

Antoni Bojańczyk

Obrońca i prawo do obrony : uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2005 r., V KK 309

Palestra 51/1-2(577-578), 67-78

2006

Artykuł został 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.

WAŻNE DLA PRAKTYKI

Antoni Bojańczyk

Obrońca i prawo do obrony

Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego
z 14 stycznia 2005 r., V KK 309/04¹

Część I

1. Rzadko doprawdy zdarza się w judykaturze Sądu Najwyższego natrafić na taką kondensację interesujących, kontrowersyjnych i głębiej niezbadanych przez piśmiennictwo (a także judykaturę) problemów prawnych jak w wyroku z 14 stycznia 2005 r. Dotyka on całego splotu zagadnień węzłowych z punktu widzenia zarówno instytucji obrońcy i – szerzej – prawa do obrony w postępowaniu karnym: wypowiada się więc najwyższa instancja sądowa nie tylko na temat samej formy upoważnienia do obrony (tym razem w kontekście tzw. upoważnienia substytucyjnego, otrzymujemy więc kolejną², pogłębioną o pewne nowe wątki wypowiedź Sądu Najwyższego odnoszącą się do tego zagadnienia w przeciągu jednego roku) i chwili i sposobu ustania stosunku obrończego, na temat dopuszczalnej liczby obrońców z urzędu w postępowaniu karnym, ale także na temat obowiązkowej obrony w rozumieniu dyspozycji art. 451³. A jakby tego było jeszcze mało: okazuje się, że nie są to zagadnienia mogące frapować wyłącznie przedstawicieli «suchej» teorii. Przeciwnie, wszystkie one mają *par excellence* praktyczne znaczenie, szczególnie – czego nie musimy oczywiście szerzej uzasadniać – dla członków adwokatury. Jednym słowem: nie da się po prostu pozostawić takiego orzeczenia bez jakiegokolwiek komentarza, tym bardziej, że – jak się zdaje – niektóre zaprezentowane w nim poglądy są wysoce dyskusyjne. Formuła klasycznej glosy byłaby tu wysoce nieadekwatna. Moglibyśmy w niej zaledwie naszkicować sygnalizowane w tym wprowadzeniu zagadnienia. Stąd potrzeba przedstawienia obszerniejszej analizy, splatającej wszystkie trzy wątki, których odslony właśnie dokonaliśmy.

2. W pierwszej kolejności wyjaśnienia domaga się problem swoistego „zastępstwa” czy

¹ OSNKW 2005, z. 2, poz. 19, s. 40 i n.

² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2004 r., III KK 65/03, OSNKW 2004, z. 1, poz. 12.

³ Przepisy bez bliższego oznaczenia oznaczają kolejne artykuły Kodeksu postępowania karnego.

„substytucji” procesowej obrońcy z urzędu wyznaczonego w postępowaniu pierwszoinstancyjnym przez obrońcę wyznaczonego w fazie postępowania międzyinstancyjnego. Kwestia ta – zarówno na gruncie konkretnej sprawy, jak i w świetle obowiązującego prawa procesowego – jest nader złożona i bynajmniej nie rysuje się klarownie.

Zacząć wypada od zagadnienia obrony obligatoryjnej. Jak wynika z uzasadnienia Sądu Najwyższego, przesłanki (chodzi o uzasadnione wątpliwości co do poczytalności oskarżonego, art. 79 § 1 pkt 3) aktualizujących obowiązek obrony niezbędnej w sprawie nie było. Trudno zająć stanowcze stanowisko w tej sprawie; uzasadnienie komentowanego judykatu jest w tym zakresie po prostu zbyt lakoniczne. Skoro jednak – jak czytamy w uzasadnieniu orzeczenia – nie było żadnych wątpliwości co do poczytalności oskarżonego, i to zarówno *tempore criminis*, jak i *tempore procedendi* to trudno kwestionować zaprezentowane przez Sąd Najwyższy stanowisko, że nie zachodziła sytuacja wskazana w art. 79 § 1 pkt 3, a tym samym – w art. 450 § 1, co wykluczało zaistnienie uchybienia określonego w art. 439 § 1 pkt 10 zd. 1. Na problematyce art. 79 § 1 (i § 2 art. 79 czy art. 80) zakres dyspozycji art. 439 § 1 pkt 10 bynajmniej się jednak nie wyczerpuje, co dostrzega oczywiście również Sąd Najwyższy. Przecież wymóg obrony niezbędnej w postępowaniu odwoławczym nie materializuje się wyłącznie w sytuacjach wymienionych w art. 79 § 1 i 80. Także w postępowaniu apelacyjnym wprowadza ustawodawca obowiązek obrony obligatoryjnej, jednakże w całkowicie innych konfiguracjach procesowych i faktycznych niż te wskazane w art. 79 § 1 i 2 i art. 80. Dzieje się tak w układzie, w którym sąd odwoławczy nie zarządza sprowadzenia oskarżonego pozbawionego obrońcy na rozprawę apelacyjną, uznając, że wystarczająca jest obecność obrońcy. Taka sytuacja wystąpiła właśnie w niniejszej sprawie. Wówczas obecność obrońcy na rozprawie staje się obowiązkowa, a to – co trafnie eksponuje najwyższa instancja sądowa w motywach swego orzeczenia – aktualizuje na nowo (tyle tylko, że w innym wymiarze) kwestię badania wystąpienia uchybienia wskazanego w art. 439 § 1 pkt 10 poprzez pryzmat naruszenia art. 451. I tu Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że nie doszło do naruszenia art. 439 § 1 pkt 10 w zw. z art. 451, bowiem z urzędu wyznaczono oskarżonemu pozbawionemu wolności innego obrońcę (obrońcę A. D.). Czy słusznie?

Zacznijmy od kwestii podstawowej. Otóż na naruszenie art. 439 § 1 pkt 10 w zw. z art. 451 można – jak się zdaje – patrzeć w sposób dwojaki.

Wolno bowiem – z jednej strony – uznać, że z punktu widzenia dyspozycji art. 439 § 1 pkt 10 („obrońca oskarżonego nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy”) wymagany jest „tylko” udział obrońcy w rozprawie apelacyjnej, na którą sąd postanowił nie sprowadzać oskarżonego pozbawionego wolności, który złożył wniosek o sprowadzenie go na rozprawę. (*Nota bene* w art. 451 zd. 1 ustawodawca mówi nie o „udziale”, tak jak w art. 439 § 1 pkt 10 *in fine*, a o „o b e c n o ś c i obrońcy na rozprawie”). Różnica jest zasadnicza. Jeśliby potraktować tę odmienność terminologiczną w kategoriach świadomego zróżnicowania roli procesowej spełnianej przez obrońcę niezbędnego na forum sądu odwoławczego, to w konsekwencji należałoby uznać, że w układzie procesowym określonym w art. 451 obrońca ma być tylko „obecny” na rozprawie odwoławczej.

Odmienne ujęcie redakcyjne art. 451 i art. 439 § 1 pkt 10 *in fine* może być zatem tłumaczone chyba wyłącznie pewną niestarannością legislacyjną. *De lege ferenda* postulować trzeba zresztą ujednoczenie terminologii ustawowej w tym względzie na rzecz jednego z powyższych terminów). Ustawodawca posługuje się bowiem aż trzema różnymi pojęciami, na oznaczenie tej samej rzeczy: oskarżony „nie miał obrońcy” (w postępowaniu sądowym, por. art. 439 § 1 pkt 10 *in principio*), obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego „udział” był obowiązkowy (por. art. 439 § 1 pkt 10 *in fine*) oraz – w tekście art. 451 zd. 1 – mówi o wystarczającej (obligatoryjnej) „obecności” obrońcy. Wydaje się, że spośród tych trzech określeń najpełniej ideę rzeczywistej obrony najlepiej oddaje sformułowanie „udział obrońcy w postępowaniu” (rozprawie, czynności itd.).

Jeśli by stanąć na tym właśnie stanowisku, bazującym na rygorystycznej (i wyizolowanej tak z kontekstu normatywnego, jak i sprzecznej z *ratio* instytucji obrony niezbędnej, por. uwagi poniżej) wykładni językowej art. 439 § 1 pkt 10, to okazuje się, że (*lege non distinguente*) jest rzeczą obojętną, jak to będzie obrońca – ważne jest by na rozprawie tej oskarżony był reprezentowany przez jakiegokolwiek obrońcę, który ma – jak słusznie podnosi się w piśmiennictwie – „rekompensować oskarżonemu brak możliwości osobistego zaprezentowania sądowi argumentów przemawiających za jego obroną”⁴. To formalistyczne spojrzenie na sprawę. Nie jest tu istotne, jaki obrońca bierze udział w rozprawie odwoławczej, a jedynie to, że jest on obecny na rozprawie apelacyjnej.

Takie właśnie stanowisko – co nie zostało wprawdzie wypowiedziane w judykacie *expressis verbis*, ale pośrednio i w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynika z wywodów uzasadnienia – zajmuje w komentowanym wyroku Sąd Najwyższy, nie dopatrując się zmaterializowania się bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt 10 w tym, że na rozprawie odwoławczej stawał obrońca Z. G. z substytucji obrońcy „zastępczego” A. D., wyznaczonego w postępowaniu międzyinstancyjnym (abstrahując oczywiście w tej chwili od tego, czy specyficzne upoważnienie substytucyjne tego obrońcy było *in concreto* w ogóle skuteczne), a nie obrońca z urzędu wyznaczony jeszcze w postępowaniu pierwszoinstancyjnym⁵, który był do tego nie tylko uprawniony, ale i obowiązywał. „Oskarżony na rozprawie apelacyjnej (...) miał obrońcę w osobie adw. Z. G. (...), [t]ym samym – konstatuje najwyższa instancja sądowa – nie doszło do naruszenia art. 451 na skutek niebrania przez obrońcę udziału w rozprawie, na którą nie został dopro-

⁴ P. Hofmański, E. Sadzik i K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa 2004, t. II, s. 696.

⁵ Niestety na podstawie lektury uzasadnienia komentowanego orzeczenia nie możemy ustalić precyzyjnie, w którym dokładnie momencie wyznaczono obrońcę z urzędu K. B. Wydaje się, że reprezentował on oskarżonego w postępowaniu sądowym przed sądem pierwszej instancji, ponad wszelką wątpliwość wiadomo, że sporządził i wniósł on w sprawie środek odwoławczy, w którym wnosił o uniewinnienie oskarżonego.

wadzony oskarżony pozbawiony wolności, mimo zgłoszenia takiego wniosku”. „J e d y n i e w takiej sytuacji (tj. w sytuacji gdy «obrońca nie brał udziału w rozprawie odwoławczej») – uważa Sąd Najwyższy – opisane uchybienie dyspozycji art. 451 kwalifikowane byłoby z art. 439 § 1 pkt 10”. „Czyli – stawia kropkę nad «i» Sąd – przewidziana w [tym przepisie bezwzględna] przyczyna odwoławcza zachodzi wtedy, gdy obrońca nie bierze udziału w rozprawie apelacyjnej, na którą nie został sprowadzony oskarżony pozbawiony wolności, mimo zgłoszenia takiego wniosku w trybie art. 451”. Pogląd ten przybrał postać tezy (zd. 1). Nasuwają się jednak zupełnie zasadnicze wątpliwości odnośnie do tego – tak stanowczo i generalnie sformułowanego – stanowiska.

Niewątpliwie myśl, że w sytuacji, gdy sąd oskarżonego pozbawionego wolności postanawia nie sprowadzać na rozprawę, uznając za wystarczającą (czyli o b o w i ą z k o w ą w tej konfiguracji) obecność obrońcy na rozprawie odwoławczej, a obrońca n i e bierze udziału w tej rozprawie, to mamy do czynienia z bezwzględną przyczyną odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 10, jest w zupełności trafna. Rzecz jednak w tym, że na tym zagadnienie obrony niezbędnej przecież wcale się nie wyczerpuje. I tu dochodzimy do drugiej, konkurencyjnej propozycji interpretacyjnej unormowania art. 439 § 1 pkt 10. Można bowiem przyjąć, że do naruszenia tego przepisu dochodzi nie tylko wtedy, gdy obrońcy w ogóle (fizycznie) nie było na rozprawie odwoławczej (czy na rozprawie głównej albo kasacyjnej, por. art. 79 § 3 i art. 80 zd. 2), ale także wówczas, gdy obrońca co prawda był obecny na rozprawie, ale wykonywana przez niego pomoc obrończa była sama w sobie (z najrozmaitszych zresztą przyczyn) f i k c y j n a, a nie – r z e c z y w i s t a, co – w konsekwencji – czyniło iluzorycznym cel, któremu ma służyć art. 451. Jest nim przecież nie „fizyczna” obecność obrońcy na sali rozpraw, lecz należyte zagwarantowanie prawa do korzystania z pomocy obrony w sytuacji, gdy oskarżony pozbawiony wolności nie jest obecny na rozprawie i nie może w niej aktywnie uczestniczyć.

Tego typu założenie jest zresztą głęboko zbieżne z myślą, która przyświecała Sądowi Najwyższemu już w połowie ubiegłego wieku, gdy w postanowieniu z 25 lutego 1956 r. (II K. Z. 13/56)⁶ – wydanym jeszcze na gruncie art. 79 § 1 k.p.k. z 1928 r. (w brzmieniu ustalonym tekstem jednolitym z 1950 r.), który wymagał, by w warunkach obrony niezbędnej „oskarżony przed wszystkimi sądami miał obrońcę” (nie wymagało więc prawo procesowe – inaczej niż dziś – „obecności” czy „udziału” obrońcy w rozprawie) – formułował ogólną tezę, że „obrona przewidziana w art. 79 k.p.k. (z 1928 r.) nie jest formalną w tym rozumieniu, iż oskarżony ma mieć obrońcę z wyboru, a w jego braku obrońcę wyznaczonego przez sąd z urzędu, ale r z e c z y w i s t ą, polegającą na koniecznym udziale obrońcy we wszystkich stadiach postępowania sądowego”. Niestety Sąd nie podał żadnych bardziej szczegółowych kryteriów oceny owej obrony „rzeczywistej”.

Powyższy pogląd może – niewątpliwie – spotkać się z zarzutem wykładni rozszerzającej art. 439 § 1 pkt 10 (równie dobrze zarzut taki dałoby się postawić stanowisku

⁶ OSN 1956, z. III, poz. 45, s. 142 i n.; krytyka prof. St. Śliwińskiego, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego, prawo karne procesowe, III kwartał 1956 r.*, „Państwo i Prawo” 1957, z. 3, s. 531.

zaprezentowanemu w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 25 lutego 1956 r. – ustawa nie stawiała wymogu „rzeczywistej obrony”, lecz właśnie wymóg obrony „formalnej”. Żądała – doprawdy dość niejasno – by oskarżony „miał przed sądem obrońcę”⁷). To prawda, tyle tylko że trudno wyklądać art. 439 § 1 pkt 10 (w zw. z art. 79 § 1 i 2, art. 80 i art. 451) jako gwarantujący samą tylko fizyczną obecność obrońcy na rozprawie. Przepisy te mają na celu zagwarantowanie skutecznego, rzeczywistego udziału obrońcy w rozprawie (obrony rzeczywistej), a nie fikcyjnej pomocy obrońcy. Rację mają Z. Doda i A. Gaberle⁸ gdy twierdzą, że „nie ulega (...) wątpliwości, że przewidziane w ustawie wypadki obrony obligatoryjnej są nastawione na potrzebę obrony rzeczywistej, a nie pozornej”. Ten ostatni rodzaj obrony należy „traktować na równi z brakiem obrońcy”, obrońca nie jest bowiem „potrzebny do dekoracji sali sądowej, a «mieć obrońcę» znaczy tyle, ile «korzystać z pomocy obrońcy»”⁹.

Myśli powyższe silnie wspiera zresztą brzmienie przepisu rangi konwencyjnej. Art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji Europejskiej wymaga bowiem, by oskarżony o popełnienie czynu zabronionego miał („co najmniej”) prawo nie do „obecności” (czy „udziału”) obrońcy w rozprawie, lecz do „b r o n i e n i a s i ę (...) przez ustanowionego przez siebie obrońcę” [w tekście w języku autentycznym: *to defend himself (...) through legal a s s i s t a n c e of his own choosing*] czy, w przypadku braku środków do ustanowienia obrońcy, do korzystania – co zasługuje na szczególne wyekspozowanie – „z p o m o c y obrońcy wyznaczonego z urzędu” (*to be given free legal a s s i s t a n c e*). Pomoc obrońcy ma ponadto być – zgodnie ze stanowiskiem wypracowanym w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – nie tylko rzeczywista, ale wręcz skuteczna (*effective*)¹⁰. Jak zatem widać, moment

⁷ Art. 88 § 1 k.p.k. z 1928 r. (oznaczenie przepisu sprzed zmiany numeracji artykułów wprowadzonej w 1949 r., Dz.U. Nr 33, poz. 243, wedle tekstu jednolitego z roku 1949 – artykuł 86, według tekstu z 1950 r., Dz.U. Nr 40, poz. 364 – art. 79), wprowadzający do polskiego procesu karnego instytucję obrony niezbędnej, brzmiał: „Przed wszystkimi sądami, nawet w toku śledztwa, oskarżony musi mieć obrońcę...” (ustawą z 27 kwietnia 1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego, Dz.U. Nr 32, poz. 238, w art. 88 § 1 opuszczono wyrazy „nawet w toku śledztwa”), nowy przepis art. 398 § 1 lit. e k.p.k. z 1928 r. (numeracja wg tekstu jednolitego z 1949 r.). Brzmienie obu tych przepisów dało prof. St. Śliwińskiemu asumpt do sformułowania następującego poglądu (na gruncie wykładni językowej całkowicie uzasadnionego): „w przypadkach obrony niezbędnej obrońca musi być ustanowiony, ale nie musi brać udziału w postępowaniu. Brak nawet przepisu, że nie można przeprowadzić rozprawy głównej w nieobecności obrońcy niezbędnej” (*Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 195). Jednak już dziesięć lat wcześniej stwierdzał prof. Śliwiński, że „w przypadkach obrony niezbędnej względy publiczne wymagają, aby interesy oskarżonego były strzeżone przez obrońcę” (*Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*. Warszawa 1948, s. 381). Jako retoryczne jawi się pytanie, czy możliwe jest „strzeżenie interesów oskarżonego” przez obrońcę, który nie tylko, że nie bierze udziału w rozprawie głównej, ale w ogóle w postępowaniu, będąc wyłącznie „ustanowiony w sprawie”.

⁸ *Kontrola odwoławcza w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, t. II, Warszawa 1997, s. 197.

⁹ Jw.

¹⁰ D. J. Harris, M. O’Boyle i C. Warbrick: *Law of the European Convnetion on Human Rights*, Londyn-Dublin-Edynburg 1995, s. 264 i powołane tam orzecznictwo, zob. w szczególności *Artico p-ko Włochom*.

„m a t e r i a l n y” prawa do obrony formalnej¹¹ jest w przepisie (a także orzecznictwie) konwencyjnym bardzo silnie uwydatniony.

Podsumowując zatem powyższe uwagi: ogólny pogląd sformułowany w zdaniu 1 tezy głosowanego orzeczenia nie jest trafny. Nie jest trafny w tym sensie, że spełnienie wymogu obrony obligatoryjnej w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 10 w zw. z art. 451 nie może być utożsamiane wyłącznie z samą obecnością (czy udziałem) obrońcy na rozprawie. Jest to warunek k o n i e c n y dla spełnienia wymogu o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 10, bynajmniej jednak n i e w y s t a r c z a j ą c y. Udział obrońcy w rozprawie apelacyjnej musi ponadto czynić zadość wymogom zapewnienia przez obrońcę oskarżonemu obrony r z e c z y w i s t e j.

Nota bene nie jest to pogląd ani rewolucyjny, ani też specjalnie nowy. Ma on już dość długą tradycję w judykaturze Sądu Najwyższego, w której ugruntowała się linia orzecznicza, wedle której nie spełnia standardu obrony obligatoryjnej sam udział obrońcy w czynności(-ach) procesowych, istotna poza tym jest właśnie owa „materialna” komponenta świadczona przez obrońcę w postępowaniu karnym pomocy prawnej. Poglądy te wykształciły się przede wszystkim (choć nie wyłącznie, o czym więcej poniżej) na kanwie problematyki tzw. kolizji interesów procesowych oskarżonych (art. 85 § 1), tj. sytuacji, gdy ten sam obrońca reprezentuje dwóch lub więcej oskarżonych, których interesy, *verba legis*, „pozostają w sprzeczności”¹². I tak w wyroku z 15 września 1972 r. (IV KR 178/72¹³) stwierdził Sąd Najwyższy, że „ze względu na treść art. 9 k.p.k. (z 1969 r.) gwarantującego oskarżonemu nie tylko obronę formalną, lecz także obronę materialną, bezwzględny powód rewizyjny określony w art. 388 pkt 6 k.p.k. (z 1969 r.) istnieje również wówczas, gdy oskarżony formalnie ma obrońcę, lecz obrona jego (z racji wystąpienia sprzeczności pomiędzy interesami oskarżonych, których obronę skupił w jednej ręce ten sam obrońca – przyp. AB) w s e n s i e m a t e r i a l n y m j e s t n i e m o ż l i w a” (por. również wyroki Sądu Najwyższego z 23 kwietnia 1979 r., IV KR 217/77, 25 maja 1985 r., IV KR 94/85 i 29 grudnia 1988 r., I KR 348/88¹⁴).

Szkopuł oczywiście w tym, jak określić kryteria pozwalające na uznanie, że obrona świadczona w danej sprawie była obroną „rzeczywistą”, a nie wyłącznie „formalną”?

Celowo zresztą nie posługujemy się tu zwrotem „obrona efektywna” czy „skuteczna”, bo czymś zupełnie innym jest przecież obrona „rzeczywista”, a czymś cał-

¹¹ Takie ujęcie terminologiczne (w ten sposób np. Sąd Najwyższy w wyrokach z 15 września 1972 r., IV KR 178/72, OSNKW 1973, z. 1, poz. 11, s. 39; z 25 maja 1985 r., IV KR 94/85, OSNPG 1985, z. 11, poz. 143 i z 23 kwietnia 1979 r., I KR 50/79, „Gazeta Prawnicza”, 16/1979, s. 6) krytykują słusznie Z. Doda i A. Gaberle (*iw.*, s. 166), optując za posługiwaniem się pojęciami obrony „rzeczywistej” i „pozornej”.

¹² Szerzej o obronie więcej niż jednego oskarżonego w tej samej sprawie karnej zob. St. Zabłocki, *Zakaz obrony kilku oskarżonych przez jednego obrońcę w sytuacji kolizyjnej*, cz. I, „Palestra” 1993, Nr 11 (s. 4 i n.); cz. II, „Palestra” 1993, nr 12 (s. 33 i n.).

¹³ OSNKW 1973, z. 1, poz. 11, s. 39.

¹⁴ OSNKW, z. 5–6, poz. 45.

kowiec odmiennym obrona „efektywna” albo „skuteczna”¹⁵. Wątpliwe jednak, by na obrońcę można było nałożyć obowiązek świadczenia w postępowaniu karnym „obrony efektywnej (skutecznej)”, jeżeli będziemy to określenie pojmowali w ten sam sposób, w jaki rozumie je polszczyzna literacka¹⁶. Jego obowiązkiem jest raczej świadczenie obrony w danej konfiguracji procesowej najstaranniejszej, ale nie koniecznej prowadzącej przeciw do jakiegoś (pożądanego np. przez mandanta) skutku czy wyniku, lecz – najczęściej – „tylko” (a właściwie: aż) do zagwarantowania pełnego respektowania praw oskarżonego w danym postępowaniu i przedsięwzięcia wszelkich zgodnych z prawem i możliwych działań na korzyść mocodawcy. Taką obroną można nazwać „rzeczywistą”, a nie formalną tylko.

Przedstawiliśmy tu pewną propozycję rozstrzygnięcia (istotnej) kwestii termi-

¹⁵ Por. jednak w. SN z 22 czerwca 1976 r., VI KRN 125/76, OSNKW 1976, z. 10–11, poz. 132: „Intencją powyższego przepisu (art. 75 § 2 k.p.k. z 1969 r.) jest zapewnienie oskarżonemu ciągłej i skutecznej obrony (...)”.

¹⁶ Jeżeli bowiem efektywny jest ten obrońca (czy ten sposób obrony), który „daje dobre wyniki, przynosi spodziewane efekty” (*Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 1, A–J, Warszawa 2003, 788–789), to musielibyśmy na rzecz całą spojrzeć z punktu widzenia owych „dobrych wyników” czy „spodziewanych efektów”. Tu zaś – jak widać – wkrada się zawsze niebezpieczny dla interpretatora element ocenny (wyniki „dobre”, efekty „spodziewane”). O obiektywnie „dobrych wynikach” obrony raczej mówić nie możemy (znowu – brak tu jakichkolwiek jasnych kryteriów, co dla jednego będzie dobrym wynikiem, dla drugiego – niekorzystnym, albo nawet bardzo niekorzystnym). Punktem oceny (odniesienia) mógłby tu być np. punkt widzenia tego podmiotu, którego interesów w postępowaniu karnym ma bronić obrońca. A zatem do celów oceny „efektywności” („skuteczności”) obrony moglibyśmy przyjąć subiektywną perspektywę oskarżonego. Tyle tylko, że – po pierwsze – obrona, której owocem byłoby cokolwiek «mniej» niż uniewinnienie (ostatecznie: umorzenie postępowania, ale i to nie zawsze) nie będzie oczywiście z punktu widzenia „statystycznego” oskarżonego obroną „efektywną (skuteczną)”, przynoszącą „dobry” (dla oskarżonego) wynik (rezultat). Po drugie, przyjmując optykę (konkretnego) oskarżonego wpadalibyśmy w bardzo zwodniczą i niebezpieczną pułapkę subiektywizmu. Okazywałoby się bowiem, że tyle mamy „obron efektywnych”, ile różnych subiektywnych punktów widzenia rozmaitych oskarżonych na zagadnienie obrony dającej „dobre wyniki”. Byłoby więc niezmiernie trudno zaakceptować określenie „obrona efektywna” dopóty, dopóki nie zaproponujemy jasnych, precyzyjnych i – przede wszystkim – obiektywnych (przedmiotowych) kryteriów tego rodzaju obrony. Zresztą powyższe rozważania odwołują się chyba pewne intuicyjne spostrzeżenie: nie jest obowiązek obrony (wykonywania obrony) obowiązkiem rezultatu (efektu, skutku), lecz obowiązkiem starannego działania. Zgodnego z prawem działania obrońcy ukierunkowanego na jak najszybsze ukształtowanie sytuacji prawnej mandanta w z danej konfiguracji procesowej i faktycznej. W pewnej sytuacji owo staranne działanie może więc w istocie doprowadzić do uniewinnienia oskarżonego (np. gdy czynu obiektywnie nie popełniono, jest rzeczą obrońcy by to wykazać i doprowadzić do uwolnienia od postawionych zarzutów), jednak częściej będzie zapewne tak, że obowiązkiem obrońcy będzie „tylko” to, by przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone z pełnym poszanowaniem wymogów prawa. Całkowicie inaczej definiuje pojęcie „efektywności obrony formalnej” C. Kulesza (*Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Kraków 2005, s. 43), który uznaje, że jest to „skuteczne działanie na korzyść oskarżonego”, stwierdzając, że „skutkiem czynności obrońcy powinno być działanie w interesie oskarżonego, który ulega jednak zobiektywizowaniu, gdyż to nie oskarżony, lecz obrońca, działając również w interesie publicznym, decyduje, co jest dla jego klienta korzystne, a co nie (przy poszanowaniu jednak woli oskarżonego)”.

nologicznej. Pytanie zasadnicze pozostaje jednak nadal bez odpowiedzi. Kiedy obrona przestaje być obroną rzeczywistą i staje się obroną pozorną?

Istotne jest tu jedno spostrzeżenie. Otóż sama ustawa (poza dwoma wyjątkami) nie daje prawie żadnej wyraźnej odpowiedzi co do wymogów stawianych akcji obrończej w postępowaniu karnym, co do „jakości” tej obrony, co do tego, jakie okoliczności decydują o tym, że obrona może być uznana za obronę rzeczywistą. Owszem, nie ma sporu co do tego, że w przypadku obrony w sytuacji kolizyjnej (art. 85 § 1) nie można mówić o obronie rzeczywistej, lecz – jak obrazowo pisze S. Zabłocki – o „pół-» czy «ćwierćobronie», która nie może być „obroną efektywną, jest obroną pozorowaną i pozorną”¹⁷. Nie jest też kwestionowany pogląd, że skoro obrońca „może przedsięwziąć czynności procesowe jedynie na korzyść oskarżonego” (art. 86 § 1), to – *a contrario* – czynności ocenione jako niekorzystne dla oskarżonego są z mocy ustawy bezskuteczne. *Nota bene* fakt, że k o n k r e t n e, p o s z c z e g ó l n e czynności (czy nawet czynność) obrońcy są przedsięwzięte na niekorzyść oskarżonego wcale nie oznacza automatycznie, że cała akcja obrończa, cała obrona jest niekorzystna dla oskarżonego (i tym samym bezskuteczna)¹⁸.

Rzecz jednak w tym, że nie można utrzymywać, iż w interesującej nas konfiguracji procesowej biorący udział w rozprawie apelacyjnej obrońca Z. G. przedsięwziął „czynności procesowe na niekorzyść oskarżonego”. Nie. Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2005 r. na rozprawie odwoławczej „w końcowym głosie (...) poparł (on) apelację i wnioski w niej zawarte” (apelacja i wnioski środka odwoławczego nie zawierały żadnych elementów niekorzystnych dla oskarżonego, a zatem i ich poparcie nie było dla niego niekorzystne). Nie mógł także obrońca działać w sytuacji kolizyjnej: stawał przeciw w sprawie jednopodmiotowej.

Mimo to wydaje się, że – *in concreto* – wolno twierdzić, że obrona w tej sprawie była obroną pozorną tylko, co prowadzić musi do wniosku, że obrońca oskarżonego nie brał udziału w czynnościach (rozprawa odwoławcza), w których jego udział był obowiązkowy (art. 439 § 1 pkt 10 w zw. z art. 451), a tym samym zmaterializowała się wzmiankowana bezwzględna przyczyna odwoławcza. Oczywiście, takie stanowisko można zaakceptować wyłącznie przy założeniu celowościowej interpretacji zwrotów użytych art. 439 § 1 pkt 10, przy założeniu, że w przypadku obrony obligatoryjnej badać należy nie tylko to, czy oskarżony w postępowaniu – *verba legis* – „n i e m i a ł o b r o Ń c y” w wypadkach określonych w art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80, lub „o b r o Ń c a n i e b r a ł u d z i a ł u” w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy (obrońca n i e z o s t a ł u s t a n o w i o n y, albo był f i z y c z n i e n i e o b e c n y na rozprawie), lecz także to, czy w danym wypadku obrona była obroną r z e c z y w i s t ą, a nie pozorną.

Jak bumerang powraca w tej sytuacji pytanie o kryteria pozwalające odróżnić jeden

¹⁷ Zakaz obrony kilku oskarżonych..., cz. II, jw., s. 36 i cytowana tam literatura.

¹⁸ Zob. w tym względzie celne uwagi W. Daszkiewicza w głosie do wyroku SN z 23 kwietnia 1979 r., sygn. I KR 50/79, „Państwo i Prawo” 1980, z. 3, s. 174.

rodzaj obrony od drugiego. Kłopot w tym, że w zasadzie poza wspomnianymi już dwoma przepisami (art. 85 § 1 oraz art. 86 § 1, nastręczającymi zresztą sporo kłopotów interpretacyjnych) brak w tym względzie jakichkolwiek precyzyjnych kryteriów normatywnych. Nie oznacza to wszakże, że każda akcja obrończa (obrona), w toku której nie zostały przedsięwzięte przez obrońcę żadne czynności na niekorzyść oskarżonego (*arg. a contrario* ex art. 86 § 1) i nie było sprzeczności pomiędzy interesami oskarżonych bronionych przez jednego obrońcę (art. 85 § 1) zasługuje na miano obrony rzeczywistej. Czy da się jednak stworzyć wyczerpujący katalog przyczyn (innych, niż te związane z dyspozycjami art. 85 § 1 i 86 § 1) skutkujących redukcją „jakości” obrony z obrony rzeczywistej do poziomu obrony pozornej? To pytanie otwarte. Sądzę, że – *in abstracto* – nie jest to raczej możliwe (zresztą próba taka przekraczałaby znacznie ramy niniejszego opracowania), choć zapewne warto by w przyszłości poświęcić temu zagadnieniu odrębną analizę na wzór powoływanej już rozprawy pióra S. Zabłockiego o wpływie sprzeczności interesów oskarżonych na wykonywanie ich obrony przez jednego obrońcę. I tak decydująca rola musi w tym względzie przypaść chyba jurysprudencji Sądu Najwyższego, która – *a casu ad casum* – powinna definiować sytuacje powodujące niedopuszczalną redukcję „jakości” prowadzonej w konkretnej sprawie akcji obrończej. To dzieło zostało zresztą już zapoczątkowane: w nielicznych orzeczeniach najwyższa instancja sądowa stara się budować katalog kryteriów umożliwiających ocenę „jakości” obrony (o czym niżej).

Nas interesuje w tym tekście (ze względu na „wiązącą” konfigurację procesową sprawy, w której wypadło orzekać Sądowi Najwyższemu) akurat tylko jedna – spośród licznych – okoliczność mogąca wpływać w sposób znaczący na istotę akcji obrończej. Chodzi mianowicie o zmianę obrońcy z urzędu w toku postępowania. Rzecz bowiem w tym, że niekiedy już *s a m a* tylko *z m i a n a* *a d w o k a t a* pełniącego funkcję obrońcy z urzędu powoduje, że obrona przekształca się z obrony realnej w obronę pozorną, co w efekcie – oczywiście, powtórzmy raz jeszcze, tylko przy funkcjonalnej interpretacji zwrotów użytych w art. 439 § 1 pkt 10 – musi prowadzić do stwierdzenia, że oskarżony „nie miał obrońcy”, lub „obrońca nie brał udziału w czynnościach”, w których jego udział był obowiązkowy. I to nawet choćby ten „nowy” obrońca nie prowadził obrony dwóch mandantów w warunkach wzajemnej sprzeczności ich interesów czy też podejmował wyłącznie czynności na korzyść mandanta.

Zilustrujmy rzecz na (hipotetycznym) przykładzie: w toku postępowania sądowego przed sądem pierwszej instancji oskarżony, przy istnieniu przesłanek obrony obligatoryjnej, korzysta z pomocy pięciu, powoływanych *ad hoc* obrońców z urzędu (1, 2, 3, 4 i 5). Obrońca nr 1 jest obecny na rozpoczęciu rozprawy, podczas odczytania aktu oskarżenia i w pierwszej „dowodowej” fazie przewodu sądowego rozprawy głównej przy przesłuchiowaniu dwóch świadków. Do przesłuchania następnych dwóch świadków dochodzi jednak dopiero na kolejnym terminie rozprawy, kiedy oskarżonego reprezentuje już obrońca nr 2, tym razem zgłaszając wnioski dowodowe (o sprowadzenie i zapoznanie się z dowodem rzeczowym oraz o przeprowadzenie eksperymentu procesowego). Podczas następnego (trzeciego) terminu rozprawy (podczas którego zostaje przeprowadzony eksperyment procesowy) w imieniu oskarżonego działa już obrońca z

urzędu nr 3. Na ostatnim terminie rozprawy, podczas którego opinię co do właściwości dowodu rzeczowego przedstawia biegły i zostaje zamknięty przewód sądowy, udział bierze oraz wygłasza końcowe przemówienie obrońca nr 4. Obrońca nr 5 sporządza i wnosi apelację od wyroku sądu pierwszej instancji.

Otóż, gdyby stanąć na stanowisku, że przy ocenie tego, czy obrona jest obroną rzeczywistą, liczą się wyłącznie dwa wyżej powołane „parametry” normatywne wynikające wprost z ustawy procesowej (brak sprzeczności pomiędzy interesami dwóch oskarżonych i brak czynności przedsięwziętych na niekorzyść oskarżonego), to należałoby uznać powyższą obronę „mozaikową”, za obronę rzeczywistą. Wszak zarówno w toku całego postępowania pierwszoinstancyjnego, jak też i na etapie postępowania „międzyinstancyjnego” oskarżony – *verba legis* – „miał obrońcę”. To nie ulega wątpliwości. Rzecz jednak w tym, że przed stwierdzeniem, czy obrona była obroną rzeczywistą można (i należy) – moim zdaniem – zbadać również inne istotne czynniki, które mogły mieć zasadniczy wpływ na „jakość” obrony. Problem w tym, że owe kryteria – co trzeba przyznać – nie wynikają wprost z ustawy procesowej (wyjątkiem są tu dwa wzmiankowane przepisy art. 85 § 1 i 86 § 1), ich wyodrębnienie opierać się musi przede wszystkim na ogólnie zredagowanym przepisie art. 6 oraz na innych normach ustawy procesowej, niedotyczących wprost zagadnienia „jakości” obrony, ale pośrednio wiążących się z tą kwestią. W przypadku naszkicowanego powyżej przykładu obrony „mozaikowej” wolno żywić zasadnicze wątpliwości co do tego, czy obrona oparta na fragmentarycznej tylko i „papierowej” wiedzy o sprawie (oczywiście przy założeniu sumiennego wykonywania swych obowiązków przez obrońców, którzy każdorazowo zapoznawali się z aktami sprawy), prowadzona przez adwokatów występujących niejako „z doskoku”, jest obroną rzeczywistą.

Powyżej przedstawione stanowisko czerpie swe uzasadnienie nie tylko z niewymagającego szerszego omawiania założenia, że prawo do obrony (w rozumieniu formalnym) ma być dla oskarżonego gwarancją *reale*, a nie fikcyjną, lecz ma również bardzo mocne zakorzenienie normatywne. Chodzi tu o przepis art. 84 § 2 zd. 1, zgodnie z którym wyznaczenie obrońcy z urzędu nakłada na obrońcę obowiązek czynności procesowych do prawomocnego zakończenia postępowania. *Ratio legis* tego przepisu nie budzi wątpliwości. Nie jest to przecież przepis o charakterze instrukcyjnym. Jest on wyrazem przekonania ustawodawcy, że rzeczywistą obronę oskarżonego zapewnić może wyłącznie rozwinięcie akcji obrończej oskarżonego przez *tego samego* obrońcę w całym postępowaniu. Nic przecież nie stało na przeszkodzie, by ustawodawca zagadnienie to uregulował zgoła odmiennie, np. na zasadzie swego rodzaju obrony „mozaikowej”, gdzie różni obrońcy byłiby wyznaczani do poszczególnych czynności procesowych (np. do poszczególnych terminów rozpraw w postępowaniu przed sądem I instancji), lub na zasadzie zmienności obrońcy z urzędu w zależności od miejsca czynności¹⁹.

¹⁹ Tak też zresztą tę kwestię normował ustawodawca przedwojenny, stanowiąc (art. 93 § 1 k.p.k.

Tyle tylko, że wtedy prawo do obrony formalnej przekształciłoby się w puste hasło, a obrońca byłby tylko aktorem na scenie sali sądowej. Rekonstrukcję *ratio* art. 84 § 2 zd. 1 potwierdza zresztą zdanie 2 tego przepisu, które wprowadza wyjątek od zasady sformułowanej w zdaniu 1 art. 84 § 2. O ile więc zasadą jest, że *je d e n i t e n s a m* obrońca z urzędu ma w sposób ciągły reprezentować oskarżonego aż do prawomocnego zakończenia postępowania (a ciągłość ta jest przyporządkowana – podkreślmy to jeszcze raz – funkcji tego przepisu, jaką jest zapewnienie oskarżonemu realnej obrony), o tyle *w y j ą t k i e m* od tej zasady jest zastąpienie obrońcy „zasadniczego” przez obrońcę zamiejscowego (jednego z miejscowych adwokatów). Może to nastąpić jednak jedynie wyjątkowo, wówczas gdy czynności należy dokonać poza siedzibą lub miejscem zamieszkania wyznaczonego z urzędu obrońcy i tylko na uzasadniony wniosek dotychczasowego obrońcy z urzędu.

Zapewne miał (częściowo) rację prof. Daszkiewicz, gdy stwierdzał (na gruncie poprzedniego stanu prawnego, odpowiednikiem art. 84 § 2 był art. 75 § 2 k.p.k. z 1969 r.), że „przepis ten (art. 75 § 2 k.p.k. z 1969 r.) w większym stopniu spełnia funkcję złagodzenia obowiązków obrońcy z urzędu, aniżeli zapewnienia ciągłości i podmiotowej niezmienności obrony”²⁰. Ta interpretacja straciła jednak zupełnie na aktualności w obecnym stanie prawnym. O ile bowiem dawniej obrońca „zasadniczy” mógł się niejako automatycznie zwolnić od obowiązku prowadzenia obrony (co w istocie stawiało pod znakiem zapytania próby wykazywania, że art. 75 § 1 k.p.k. z 1969 r. ukierunkowany jest wyłącznie na zagwarantowanie oskarżonemu skutecznej i ciągłej obrony), gdy czynności należało dokonać poza jego siedzibą lub miejscem zamieszkania (wystarczyło złożenie wniosku o wyznaczenie obrońcą jednego spośród adwokatów miejscowych lub zespołu adwokackiego²¹, którego kierownik miał delegować obrońcę), o tyle *de lege lata* wniosek obrońcy głównego musi być ponadto „uzasadniony”. Czym powinien uzasadnić swój wniosek dotychczasowy obrońca? Akurat tego ustawa procesowa nie wskazuje. Trzeba jednak owe względy uzasadniające wyznaczenie innego adwokata obrońcą z urzędu wiązać nie tylko z tym, że istnieją niemożliwe lub bardzo trudne do usunięcia przeszkody, które nie pozwalają dotychczasowemu adwokatowi uczestniczyć w „zamiejscowej” czynności, ale także z wykazaniem, że zmiana obrońcy nie przyniesie uszczerbku dla jakości obrony. Trafne jest zatem stanowisko, że w uzasadnieniu wniosku składanego na podstawie art. 84 § 2 zd. 2 „obrońca powinien zatem co najmniej wskazać, dlaczego wykonanie czynności poza miejscem jego zamieszkania wiązałyby się z niedającymi się pokonać trudnościami i że o b r o -

z 1928 r.), że obrońcą z urzędu wolno wyznaczyć tylko adwokata zamieszkałego w miejscowości, w której „odbywa się rozprawa albo toczy dochodzenie lub śledztwo”.

²⁰ *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego (Prawo karne procesowe – II półrocze 1976 r.)*, „Państwo i Prawo” 1978, z. 8–9, s. 167.

²¹ Choć ustawa procesowa tego nie stwierdzała – także *m i e j s c o w y* zespół adwokacki, inaczej przepis ten byłby pozbawiony większego sensu.

na oskarżonego na tym nie ucierpi” (P. Hofmański, E. Sadzik i K. Zgryzek²²). Również S. Zabłocki, choć nie stwierdza wprost, że w uzasadnieniu wniosku obrońcy dotychczasowego o wyznaczenie obrońcą z urzędu miejscowego adwokata niezbędne jest także wykazanie (lub co najmniej – wskazanie), że taka „zmiana miejsc” nie odbije się negatywnie na jakości obrony w sprawie, pisze, że „czasem specyfika i stopień skomplikowania sprawy, znanej już przez dotychczas działającego obrońcę z urzędu, będą przemawiać za przyznaniem (obrońcy dotychczasowemu) dodatkowego wynagrodzenia na pokrycie kosztów podróży, aby zachować ciągłość obrony”²³. Oczywiście, fakultatywność, którą wprowadza art. 84 § 2 zd. 2, dopuszczając jednak zastąpienie „zasadniczego” obrońcy z urzędu adwokatem miejscowym, wyznaczonym przeciw *ad hoc* do wzięcia udziału np. w rozprawie odwoławczej, jest pewnym kompromisem, rozwiązaniem zdecydowanie niesatisfakcjonującym z punktu widzenia prawa od obrony (formalnej). Z pewnością – właśnie z tej perspektywy – znacznie lepiej byłoby, gdyby oskarżonego reprezentował w całym postępowaniu *je d e n i t e n s a m* obrońca z urzędu (i to nie tylko podczas wszystkich czynności „zamiejscowych” w postępowaniu przed uprawomocnieniem się wyroku, ale także nawet w postępowaniu po uprawomocnieniu się wyroku; to wymagałoby jednak stosownej zmiany art. 84 § 2 zd. 1), jako najlepiej znający sprawę i wszystkie jej niuanse (jakże często niemożliwe do wychwycenia przy samej lekturze akt i – ewentualnym – zapoznaniu się z retentami adwokackimi prowadzonymi przez koleżkę(-żankę), czyli przy „papierowym” zapoznawaniu się ze sprawą); gdyby ustawa procesowa nie dopuszczała żadnych wyjątków w tym względzie. Mimo kompromisowego charakteru przepisu art. 84 § 2 zd. 2 trzeba ostatecznie stwierdzić, że ustawodawca w sumie daje jednak prymat roli procesowej „zasadniczego” obrońcy z urzędu. Tylko bowiem na zasadzie wyjątku i przy jednoczesnym przekonywującym uzasadnieniu swego stanowiska może on wnosić o zastąpienie go przez obrońcę spośród miejscowych adwokatów. (W związku z tą partią rozważań nasuwa się jeszcze niewielka uwaga *de lege ferenda*. Skoro, jak już powiedzieliśmy, we wniosku o wyznaczenie „zastępczego” obrońcy z urzędu dotychczasowy obrońca powinien przede wszystkim wykazać, że obrona oskarżonego nie dozna żadnego uszczerbku na skutek owego zastępstwa obrończego, to incydentalna decyzja w przedmiocie tego wniosku w postępowaniu sądowym chyba zupełnie nietrafnie została przekazana przez ustawodawcę w gestię prezesa sądu, przed którym ma być dokonana czynność. To rozwiązanie dysfunkcyjne. Chodzi o to, że do dokonania prawidłowej oceny, czy wyznaczenie w sprawie zastępczego obrońcy z urzędu nie godzi w prawo oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy jest zdecydowanie bardziej predestynowany sąd orzekający w sprawie (przewodniczący sądu orzekającego), znający sprawę „od podszewki”, niż prezes (upoważniony sędzia) sądu zamiejscowego.

²² Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Warszawa 2004, t. I, s. 428.

²³ Z. Gostyński (red.), R. A. Stefański i S. Zabłocki (red. II wydania), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa 2003, t. I, s. 583.