

# Jerzy Milewski

---

## Bezbronny obrońca

---

Palestra 2/12(12), 77-83

---

1958

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

## II

JERZY MILEWSKI

adwokat

## Bezbronny obrońca

Niniejsze rozważania są głosem z pozycji praktyki. Praktyka — jak to praktyka: z jednej strony zbliża bardzo do socjalnej empirii, z drugiej jednak strony zawęża wzrok do zjawisk z dość wąskiego kręgu doznań własnych i doznań swego najbliższego środowiska. Wnioski wywiedzione na tej podstawie są bezpośrednie, pulsują życiem, ale też bywają ograniczone, pozostając w sprzeczności z ogólniejszymi i powszechniejszymi prawidłowościami. Takim zastrzeżeniem „teorio-poznawczym” chciałbym poprzedzić własną ocenę praktycznego znaczenia roli adwokata w postępowaniu przygotowawczym. Ocenę tą wyraziłem dość dobitnie — jak się zdaje — w tytule niniejszych rozważań. Stwierdzam, że udział adwokata w tej fazie procesu karnego jest, praktycznie rzecz biorąc (mam, rzecz jasna, na myśli większość wypadków; nie ma reguły bez wyjątków), pozbawiony jakiegokolwiek znaczenia. Od tego smętnego stwierdzenia trzeba zacząć, omawiając arcyważny problem procedury karnej, jakim jest działalność obrońcy w toku postępowania przygotowawczego.

### Ustawa i życie

Grzechem śmiertelnym przeciw najpierwszym regułom myślenia prawniczego jest przypuszczenie, że przepis prawny może być bezsensowny. Zasady tej uczą się studenci prawa już chyba na pierwszym kursie studiów.

Ustawodawca ludowy dość szeroko (właśnie!) określił udział obrońcy w postępowaniu przygotowawczym. Ma ten obrońca prawo zapoznać się z aktami, składać wnioski dowodowe, uczestniczyć przy istotnych czynnościach śledczych (dochodzeniowych), jak przesłuchanie świadków, podejrzanego itp. Prawda, prawo to ograniczone jest w sposób istotny: wszystko to, wyjąwszy parę uprawnień przy zamykaniu śledztwa, jest uzależnione od zgody prowadzącego postępowanie przygotowawcze.

Względność praw obrończych w postępowaniu przygotowawczym (ze względu na uzależnienie ich efektywnego wykonania od zgody organu kierującego postępowaniem przygotowawczym) nie przekreśla samej zasady ich istnienia. Obok tych praw obrończych względnych istnieją poważne uprawnienia bezwzględne, które obrońca wykonuje niezależnie od zgody prowadzącego postępowanie przygotowawcze.

Wniosek? Oczywiście może być tylko jeden: ustawodawca kształtując pozycję obrońcy w śledztwie, chce go widzieć obrońcą efektywnym, działającym, a nie dowiadującym się, rzeczywistym, a nie malowanym. Gdybyśmy inaczej sprawę traktowali, musielibyśmy zarzucić ustawodawcy — nonsens. A zarzucenie ustawodawcy nonsensu jest — jak już wyżej wspomnieliśmy — grzechem śmiertelnym przeciwko najpierwszym regułom myślenia prawniczego.

Spróbujmy teraz dokonać dość ważnego zabiegu myślowego. Stanowisku obrońcy działającemu w postępowaniu przygotowawczym poświęca ustawa karna procesowa cały kompleks przepisów prawnych. Spróbujmy odczytać z nich funkcję obrońcy: jakie właściwie zadanie, jaką rolę ma do spełnienia obrońca w postępowaniu przygotowawczym, „poco on jest”? Będzie to niejako funkcjonalna synteza przepisów prawnych k.p.k. Ten zabieg jest potrzebny dla heurystycznie wartościowego skonfrontowania funkcji obrońcy: takiej, jaka wynika z ustawy, i takiej, jaką praktycznie się spełnia.

Otóż sprawę trzeba rozpatrywać na dwóch płaszczyznach. Na płaszczyźnie maksimum (uprawnienia względne obrońcy, uzależnione od zgody prowadzącego postępowanie przygotowawcze, i uprawnienia bezwzględne, takie jak udział przy zapoznawaniu podejrzanego z materiałami sprawy) obrończego i na płaszczyźnie minimum (tylko uprawnienia bezwzględne).

Na płaszczyźnie maksimum można funkcję obrońcy sformułować następująco: jest to wykonywanie obrony podejrzanego na zasadach quasi-kontradyktoryjnych. Zadawanie pytań świadkom, naprowadzanie okoliczności faktycznych, stawianie wniosków, zaskarżanie postanowień i decyzji prowadzącego postępowanie przygotowawcze — mamy tu wszystkie elementy obrony na zasadzie kontradyktoryjności, bo od udziału w ustalaniu stanu faktycznego aż po wywody oceniające sprawę pod względem prawnym i faktycznym. Piszę jednak, że zachodzi tu quasi — kontradyktoryjność ze względu na zachodzącą w postępowaniu przygotowawczym tak przekonywająco namalowaną przez prof. Cieślaka deformację tradycyjnego układu kontradyktoryjnego (trójkąt: teza — antyteza — synteza łączący się z trójkątem podmiotowym: oskarżenie — obrona — orzekanie).

Tak sprawa wygląda na płaszczyźnie maksimum. Na płaszczyźnie minimum rzecz przybiera rozmiary skromniejsze. Nie ma tu już żadnej kontradyktoryjności, są za to dwa dobitnie zarysowane i wcale konsekwentnie ujęte momenty funkcjonalne: obrońca ma być przede wszystkim „krytykiem” postępowania przygotowawczego, a ponadto jeśli uważa to z jakichś względów za stosowne, ma wydobyć luki postępowania, wskazać w razie potrzeby na jego mniej lub bardziej oczywistą niezasadność. Najgłębszy sens płaszczyzny minimum roli obrońcy w postępowaniu przygotowawczym widzę w stworzeniu możliwości niedopuszczenia do rozprawy sądowej w wypadkach, gdy krytycyzm obrońcy zdoła wskazać oskarżycielowi publicznemu na bezzasadność i beznadziejność ewentualnego oskarżenia. Funkcja to niezwykle ważna z punktu widzenia zarówno interesów oskarżonego, jak i z punktu widzenia szerszego interesu społecznego, w tym — i samej prokuratury. To jest jeden aspekt roli obrońcy na płaszczyźnie minimum. Drugim — może mniej istotnym z procesowego punktu widzenia, ale za to niezwykle doniosłym — jest pośrednictwo między władzą prowadzącą postępowanie przygotowawcze a rodziną podejrzanego, gdy pozostaje on w areszcie tymczasowym.

W każdym razie zarówno na płaszczyźnie maksimum, jak i na płaszczyźnie minimum pozycja obrońcy jest ustalona w sposób dość konsekwentny, no i — istotny.

Tak jest w ustawie. Jak w życiu? Zasada płaszczyzny maksimum istnieje tylko w teorii. A przecież ustaw nie pisze się dla teoretyków, pisze się je dla praktyków. Zasada płaszczyzny minimum sprowadza się do tego, że adwokat rozmawia z prokuratorem w taki oto sposób: „Co sły-chać?” „Ano, śledztwo trwa”. „Kiedy planuje pan zakończenie?” „Ano, trudno powiedzieć”. Po czym w dzień czy w przeddzień zapoznania z materiałami sprawy otrzymujemy kartę lub telefon, że już... Osobiście chodzę na te ceremonie rzadko, raczej dla satysfakcji klienta niż dla rzeczywistej potrzeby, boć wiadomo, że nieznajomość sprawy uniemożliwia jakąkolwiek „krytykę” w sensie wyżej sformułowanej.

Konfrontacja ustawy z praktyką smutna, ale prawdziwa.

### **Potrzebny jest kierunek interpretacji**

Z powyższego wynika, że ustawa jest dobra, że żadna nowelizacja jej nie jest potrzebna. Potrzebna jest natomiast interpretacja. Niżej przedstawiam pewne propozycje interpretacyjne. Tu chciałbym parę słów poświęcić sprawie zasadniczej: **d y r e k t y w i e i n t e r p r e t a c y j n e j**.

Jest ona stosunkowo prosta, znajduje się na pograniczu prymitywizmu prawniczego, a streszcza się w sposób następujący: interpretujemy, panowie, przepisy w taki sposób, aby w rezultacie zabiegów interpretacyjnych miały one jakiś sens. Interpretacja odbierająca przepisowi prawnemu sens jest tylko pozornie interpretacją; faktycznie jest łamaniem prawa. Dla przykładu: ludzie, którzy interpretują przepis k.p.k. nakazujący zawiadamianie obrońcy o przystąpieniu do zapoznawania podejrzanego z materiałami sprawy w ten sposób, że można o tym zawiadomić choćby na godzinę przed przystąpieniem do czynności (bo termin minimum nie jest w ustawie określony) — przekreślają sens przepisu o zawiadamianiu obrońcy. Nie jest to interpretacja, lecz łamanie ustawy w szatach legalizmu.

### Co ma prawo wiedzieć obrońca?

Zdarzył mi się osobiście taki wypadek. Do kancelarii mojej przychodzi brat podejrzanego, który jest tymczasowo aresztowany. Prosi o podjęcie się obrony. Brat przyjechał z krańca kraju, może z odległości 700, a może 800 kilometrów. Kontakt z podejrzanym był minimalny; od czasu do czasu spotykali się może raz do roku, i to nie co rok. Pyta, czy bym się nie mógł dowiedzieć, co brat „przeskrobał”. Staram się dowiedzieć: prokurator informuje mnie, że mój klient stoi pod zarzutem z dekretu marcowego. „Ale co, jak, dlaczego...?” „Nic nie mogę powiedzieć” — odpowiada mój interlokutor. Zwracam się do Generalnej Prokuratury: że przecież w tych warunkach moja rola jako obrońcy jest po prostu... godna pożałowania. Po jakimś czasie otrzymuję pisemko, w którym ktoś z pracowników Generalnej Prokuratury informuje mnie, że wszystko jest w porządku.

W porządku? Z punktu widzenia jakiejś najbardziej formalistycznej wykładni — może i tak. Nigdzie wszak nie powiedziano, że prokurator ma obowiązek podać coś więcej niż oznaczenie przepisu prawnego, z którego podejrzanym ma odpowiadać. Można zresztą pójść dalej: nigdzie nie jest zakazane, żeby prokurator w ogóle nic nie powiedział obrońcy, żeby nawet nie przytoczył przepisu prawnego określającego zarzucane przestępstwo. Ale jeśli tak, to tracą sens wszystkie, dosłownie wszystkie przepisy o instytucji obrońcy w śledztwie.

Musimy ustalić: w jakim zakresie obrońca powinien być poinformowany przez prokuratora co do stanu sprawy?

Myszę, że ma on prawo wiedzieć przynajmniej tyle co podejrzany. Myszę, że powinien on mieć przynajmniej wiadomości z zakresu postano-

wienia o przedstawieniu zarzutów. Z czego taką zasadę wywodzę? Z kilku rzeczy, a przede wszystkim z tego, że:

1) skoro za niesporne prawo obrońcy uznajemy składanie zażalenia na areszt tymczasowy, jedną zaś z przesłanek stosowania aresztu tymczasowego są cechy charakterystyczne czynu (znaczna szkodliwość), to absurdem jest dać prawo do skarżenia się na areszt tymczasowy przy założeniu, że nie znany jest skarżącemu czyn, który uzasadnia zastosowanie aresztu tymczasowego;

2) skoro za niesporne prawo obrońcy uznajemy składanie wniosków o dokonanie określonych czynności dowodowych, przy czym na decyzję w tym przedmiocie przysługuje zażalenie, to absurdem byłoby założyć, że czynność taką można sobie w y o b r a z i ć (w kantowskim rozumieniu tego słowa), nie znając czynu zarzucanego.

Te dwa argumenty chyba wystarczą.

### Kiedy „maksimum“, a kiedy „minimum“?

Kiedy obrońca w postępowaniu przygotowawczym ma korzystać z maksimum swych uprawnień (uprawnienia względne, uzależnione od zgody prowadzącego postępowanie przygotowawcze, plus uprawnienia bezwzględne, niezależne od zgody prowadzącego postępowanie przygotowawcze), a kiedy — minimum (tylko uprawnienia bezwzględne)?

Granica jest oczywista: dobro śledztwa. Dobro śledztwa — rzecz to powszechnie znana i uznana — wymaga w pewnych wypadkach ścisłej tajności. Podkreślam i akcentuję słowa: w p e w n y c h w y p a d k a c h. Rzadkich? Częstych? Trudno tu o schematy. Ale na podstawie wiedzy empirycznej można stwierdzić: raczej rzadkich.

Wniosek? Jeżeli nie pozostaje to w sprzeczności z dobrem śledztwa, prowadzący je powinien umożliwić obrońcy maksymalne wykorzystanie swych uprawnień. Argumentuję tak: swobodna decyzja prowadzącego śledztwo nie jest decyzją dowolną, odmowa więc umożliwienia wykorzystania uprawnień obrończych musi być podyktowana względami rzeczowymi. Jeśli te względy nie przemawiają przeciw szerszemu udziałowi obrońcy w śledztwie czy dochodzeniu (z reguły będzie przeważnie chodziło o śledztwa), należy ten udział maksymalizować w granicach przewidzianych przez ustawę karnoprosową. Myślę, że tego rodzaju wykładnia jest najzupełniej uzasadniona.

## W sprawie ryzyka

Warto poruszyć rzecz trochę drażliwą. Gdzie szukać źródeł wstrzeźliwości prokuratorskiej co do udziału adwokata w śledztwie (dochodzeniu)? Mówi się: dobro śledztwa. A jak się rozumie to sformułowanie? Jaka konkretną treścią nasycy się to pojęcie? Nazwijmy rzecz po imieniu: obawa przed niedyskrecją adwokata, bo mógłby uprzedzić osoby, które nie powinny być o tych czy innych rzeczach uprzedzone. Nazwijmy rzecz po imieniu: obawa przed sfabrykowaniem kontrdowodów. Krótko mówiąc: obawa przed nierzetelnością.

Rozważmy ten argument. Trudno wydawać ogólne sądy o etycznym i zawodowym poziomie polskiej adwokatury. Ale nawet najsurowszy jej sędzia będzie musiał przyznać, że wypadki tego rodzaju nielojalności są raczej w życiu praktycznym polskiej palestry niezwykle rzadkie. Istnieją zresztą sposoby na walkę z objawami tego rodzaju. I to dość skuteczne. Omawiany więc argument wydaje się być nieprzekonywający. Wszelka działalność ludzka zakłada większy lub mniejszy element ryzyka. Jest ono jakby cieniem naszych czynów. W tym wypadku ryzyko jest bardzo niewielkie. Minimalne nawet. Nie powinno więc ono przekreślić praktycznego znaczenia poważnej instytucji karnoprocesowej.

I sądę, że wspomniany argument nie jest argumentem rzeczywistym. To tylko fasada, za którą ukrywa się co innego. Tym czymś innym jest pewna niechęć do sytuacji, w której adwokat mógłby „zepsuć koncepcję” śledztwa, wprowadzić „zamęt”. Jeśli tak jest naprawdę, to tego rodzaju postawa jest mocno niebezpieczna. Zbyttnia „konceptyjność” śledztwa grawituje niebezpiecznie ku popularnemu w swoim czasie „naciąganiu”. Zbyttnia „konceptyjność” śledztwa prowadzić może do efektownych aktów oskarżenia, lecz znacznie mniej już efektownych (z punktu widzenia oskarżenia) wyroków.

## I jeszcze o interesie społecznym

To — rzecz jasna — nie leży wcale w interesie społecznym. Tendencja dążąca do zapinania śledztwa „na ostatni guzik”, do stworzenia w postaci zinstytucjonalizowanego i ukontradyktoryjnego zamknięcia śledztwa jakiegoś filtru sprawdzającego wartość oskarżenia przed wniesieniem sprawy do sądu, do ograniczenia wypadków bezzasadnego sadzania obywatela na ławę oskarżonych — jest chyba słuszna. Słuszna — i jak się zdaje — przyjęta aktualnie przez polski wymiar sprawiedliwości.

A jeśli tak, to nie wolno zapominać, że integralną częścią składową tego kierunku jest urealnienie udziału obrońcy w postępowaniu przygotowawczym.

W swoim czasie dyskutowano szeroko na temat liczby instancji w procesie karnym. Dwie czy trzy? Dziś sprawa jest chyba przesądzona: porzucimy na dwuinstancyjności. Profesor Haber, zabierając kiedyś głos na ten temat, wypowiedział kapitalną myśl: potrzeba czy też niepotrzeba trzeciej instancji powinna być rozważana w związku ze strukturą aktualnie istniejących stadiów postępowania karnego. Im bardziej kontradyktoryjne, im bardziej autokratyczne, im bardziej „filtrujące” jest postępowanie przygotowawcze, tym mniejsza potrzeba dużej liczby instancji odwoławczych. I odwrotnie: im bardziej autokratyczne jest śledztwo, tym większa możliwość omyłek, tym większa potrzeba trzeciej instancji czy to w postaci autentycznej, czy to w postaci jej surogatu.

### Pobożne życzenie

Dobrze się stało, że „Palestra” rzuciła hasło podjęcia dyskusji na temat roli adwokata w postępowaniu przygotowawczym. Ta strona działalności obrończej jest mocno niedoceniona z oczywistą szkodą dla naszych klientów i ze szkodą dla interesu wymiaru sprawiedliwości. Trzeba więc dyskutować. I trzeba walczyć o prawidłowy kierunek interpretacji obowiązujących przepisów.

Obawiam się tylko jednej rzeczy: żeby ta dyskusja nie była przysłowiową rozmową dziada z obrazem. Żeby zabrali w niej głos także przeciwnicy też dopiero co wypowiedzianych. Monolog sprawia przyjemność tylko gadułom.

Przeciwnicy szerszego udziału adwokatów w postępowaniu przygotowawczym — odezwiście się!