

Antoni Bojańczyk

Jakie konsekwencje procesowe wywołuje niezaakceptowanie przez mandanta osoby obrońcy substytucyjnego?

Palestra 58/3-4(663-664), 224-228

2013

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.

Pytanie o obronę (12)

Antoni Bojańczyk

JAKIE KONSEKWENCJE PROCESOWE WYWOŁUJE NIEZAAKCEPTOWANIE PRZEZ MANDANTA OSOBY OBROŃCY SUBSTYTUCYJNEGO?

1. Odpowiedź na tytułowe pytanie nie jest łatwa. I nie chodzi tu tylko o różnorodność i zniuansowanie potencjalnych konfiguracji procesowych, które sprawia, że nie wydaje się możliwe zaprezentowanie jednego, wiążącego stanowiska wobec analizowanej kwestii. Bardzo wiele zależy bowiem od przyjętych wcześniej założeń ogólnych co do relacji łączącej mandanta z obrońcą, głównie o charakterze aksjologicznym. Wszak zaakceptowanie tych lub innych założeń podstawowych będzie nieuchronnie determinowało ocenę konkretnych układów procesowych czy mniej lub bardziej utartej „praktyki substytucyjnej”. W pierwszej kolejności wypada więc przedstawić właśnie założenia o charakterze ogólnym, dotyczące problematyki związanej ze swobodą wyboru osoby obrońcy, a dopiero następnie odnieść się do kwestii bardziej szczegółowych.

2. Prawo do korzystania z pomocy obrońcy ma charakter swobodny (otwarty) w tym sensie, że polskie ustawodawstwo przyjęło założenie, w myśl którego to oskarżony w zasadzie w sposób nieskrępowany decyduje o tym, który konkretnie adwokat ma być jego obrońcą (por. art. 42 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP, art. 83 § 1 *in principio* k.p.k.). Trzeba podkreślić, że wyraźne zaakcentowanie reguły swobodnego wyboru osoby obrońcy przez samą ustawę zasadniczą („każdy, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania, może on w szczególności wybrać obrońcę [...]”) ma szczególnie doniosłe znaczenie z punktu widzenia rozstrzygnięcia ewentualnych sporów interpretacyjnych dotyczących kwestii wyboru obrońcy i obrony wykonywanej przez obrońcę substytucyjnego. Oznacza to bowiem, że ustrojodawca przywiązuje szczególne znaczenie do wolności wyboru obrońcy w postępowaniu karnym (ale szerzej – także w każdym postępowaniu o charakterze represyjnym). Wydaje się zatem, że z regulacji konstytucyjnoprawnej płynie obowiązek ścisłej (lub nawet – restryktywnej) oceny wszystkich tych regulacji ustawowych, które ograniczają prawo do wolnego wyboru osoby obrońcy, i bardzo ostrożnego podchodzenia do tych układów procesowych, w których dochodzi do tego typu ograniczeń. Uzasadnienie koncepcji swobody wyboru obrońcy i funkcja takiej

regulacji to zagadnienie powikłane i niedostatecznie zbadane przez piśmiennictwo. Szczegółowe omówienie tych kwestii wykraczałoby daleko poza ramy objętościowe niniejszego cyklu. W tym miejscu godzi się jednak powiedzieć, co następuje.

Ratio legis zasady swobody wyboru obrońcy należy upatrywać, jak się zdaje, w konieczności najpełniejszego zagwarantowania więzi zaufania łączącej mandanta i jego obrońcę. Dla powstania pełnego zaufania pomiędzy obrońcą a mandantem niewystarczająca jest zatem sama ustawowa gwarancja fachowości po stronie obrońcy (wynika ona z tego, że funkcję obrońcy może pełnić wyłącznie osoba upoważniona do obrony w myśl przepisów o ustroju adwokatury, por. art. 82 k.p.k.). Równie istotne są tu czynniki o charakterze czysto subiektywnym, leżące po stronie samego mandanta: jego stosunek do osoby obrońcy, do jego umiejętności i zdolności, do obranej przez niego w konkretnej sprawie taktyki obrończej. Wydaje się więc, że wcale nie będzie przesadą stwierdzenie, iż przy wyborze obrońcy (i zawiązaniu się stosunku zaufania pomiędzy mandantem i obrońcą) niepoślednią rolę odgrywa także osobowość obrońcy (a więc czynnik zgoła pozaprofesjonalny, którego ustawa procesowa nie uwzględnia przy określaniu osób upoważnionych do obrony) i zaakceptowanie tej osobowości przez mandanta. Wszystkie te okoliczności mają istotne znaczenie dla mandanta: w końcu to obrońcy powierza on ochronę swoich najważniejszych dóbr prawnych, którym realnie może zagrozić wynik procesu karnego. Zaufanie do obrońcy jest zatem rzeczą zupełnie pierwszoplanową. Na marginesie tylko wypada dodać, że o wymogu fachowości obrońcy – co znamienne – Konstytucja milczy. Czy jest to pominięcie celowe, czy też ma ono raczej charakter przypadkowego błędu ustrojodawcy, to inna sprawa. Z punktu widzenia niniejszych rozważań znaczenie ma wyłącznie to, że ustawa zasadnicza silnie akcentuje prawo oskarżonego (podejrzanego) do wyboru osoby obrońcy.

3. Swoboda wyboru obrońcy nie ma jednak charakteru nielimitowanego. Ustawodawstwo wprowadza wiele – mniej lub dalej idących – odstępstw od zasady swobody wyboru obrońcy. Nie mają one przy tym wspólnego mianownika i są podyktowane niejednorodnymi względami.

W postępowaniu karnym tylko wyjątkowo w dokonaniu wyboru osoby obrońcy (przy stosunku obrony z wyboru) może oskarżonego wyręczyć inny podmiot. Za nieletniego lub ubezwłasnowolnionego oskarżonego ustanowić obrońcę może osoba, pod której pieczęą pozostaje oskarżony (art. 76 k.p.k.). Jeżeli oskarżony jest pozbawiony wolności, ustanowić obrońcę może „inna osoba”, o czym należy niezwłocznie zawiadomić oskarżonego (art. 83 § 1 k.p.k.). Ostatnie słowo co do wyboru obrońcy w sytuacjach opisanych zarówno w przepisie art. 76 k.p.k., jak i w art. 83 § 1 k.p.k. należy jednak zawsze do oskarżonego. Może on (ale nie musi) usankcjonować wybór podmiotu trzeciego bądź to przez upoważnienie danego obrońcy do prowadzenia obrony w dalszym ciągu w postępowaniu, bądź też przez zachowanie pasywności, co będzie tożsame z niepodważeniem skuteczności upoważnienia do obrony udzielonego „zastępczo”. Oskarżony może też ustanowić innego obrońcę w miejsce dotychczas wyznaczonego przez podmiot trzeci (traci wtedy moc wcześniejsze upoważnienie do obrony) lub *expressis verbis* cofnąć upoważnienie do obrony pochodzące od osób wskazanych w art. 76 k.p.k. i art. 83 § 1 k.p.k. Istotne tutaj jest to, że mimo wprowadzenia przez ustawę procesową pewnych odstępstw od konstytucyjnej zasady swobody wyboru obrońcy w przypadku obrony z wyboru mają one – po pierwsze – charakter gwarancyjny dla samego oskarżonego

(chodzi wszak o wyłączenie go w możliwości ustanowienia obrońcy wtedy, gdy wybór i ustanowienie obrońcy mogłyby być dla niego samego utrudnione z powodu okoliczności o charakterze zobiektywizowanym), a po wtóre, nie mają charakteru nieodwracalnego (trwałego); podlegają ewentualnej rewizji ze strony oskarżonego.

Ograniczenia w swobodzie wyboru obrońcy wprowadza również ustawa ustrojowa adwokatury (art. 25 ust. 2 Prawa o adwokaturze). Przepis ten nasuwa zresztą zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia jego zgodności z konstytucyjną zasadą swobody wyboru. Oczywiście ma on zdecydowanie mniejsze znaczenie praktyczne obecnie, gdy tylko mały odsetek adwokatów wykonuje zawód w zespołach adwokackich. Zespoły jednak nadal istnieją, a przepis nie został uchylony. Wolno żywić wątpliwości co do tego, czy rzeczywiście ustawa powinna przyznawać kierownikowi tak dalece idącą swobodę w zakresie wyboru adwokata, usuwając w zasadzie na drugi plan wolę klienta i operując bardzo nieprecyzyjnie sformułowaną przesłanką pozwalającą na nieuwzględnienie tej woli („kierownik zespołu uwzględnia życzenia klienta co do wyboru adwokata, chyba że uzasadnione względy uniemożliwiają temu adwokatowi udzielenie pomocy prawnej”). Wątpliwości te pogłębia fakt, że ustawa nie przewiduje możliwości poddania decyzji kierownika jakiegokolwiek kontroli.

I wreszcie wyłączona jest swoboda oskarżonego co do wyboru obrońcy w razie wyznaczenia mu obrońcy z urzędu (*argumentum a contrario ex* art. 81 § 2 k.p.k., por. też m.in. postanowienie SN z 1 grudnia 1999 r., sygn. III KZ 139/99, „Palestra” 2000, nr 2–3, s. 175). Takie jest też stanowisko organów strasburskich, które uważają, że Europejska Konwencja Praw Człowieka „nie gwarantuje oskarżonemu prawa do wyboru obrońcy z urzędu ani bycia konsultowanym w tej sprawie przez sąd” (decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka *F. przeciwko Szwajcarii* z 9 maja 1989 r., cyt. w tłumaczeniu M. A. Nowickiego). Na inne uregulowanie zasad korzystania z pomocy z urzędu z wyboru zezwala też wyraźnie Konstytucja, pozostawiając ustawie zwykłej określenie zasad korzystania z pomocy obrońcy z urzędu (art. 42 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP *in fine*). W efekcie w obecnym systemie prawnym funkcjonują równoległe dwa różne reżimy obrony, odmiennie normujące kwestię swobody wyboru obrońcy. Do tego kontrowersyjnego zagadnienia wypadnie wrócić kiedy indziej w tym cyklu. Wymaga ono jednak drobiazgowej analizy różnic pomiędzy istotą i funkcją obrony z urzędu i obrony z wyboru.

4. Rzecz jasna, bezwzględne przeprowadzenie zasady swobodnego wyboru obrońcy nie jest w praktyce możliwe także z powodów przyziemnych, o charakterze czysto organizacyjnym. Niedające się z góry przewidzieć obciążenie obowiązkami adwokackimi zmusza do korzystania z instytucji substytucji obrończej. Kodeks postępowania karnego nie reguluje wprost zagadnienia udzielania substytucji w ramach stosunku obrończego (czy to z wyboru, czy z urzędu). Ustawa ustrojowa zawiera wprawdzie odrębny przepis (art. 25 ust. 3 Prawa o adwokaturze) upoważniający wyraźnie adwokata-członka zespołu adwokackiego do udzielenia substytucji (również w sprawie karnej) wtedy, gdy „nie może wziąć osobiście udziału w rozprawie lub wykonać osobiście poszczególnych czynności w sprawie”, lecz nie określa ona zasad, na których ma być udzielona substytucja. W szczególności milczy o tym, czy adwokat (kierownik zespołu adwokackiego) ma się konsultować lub uzyskiwać zgodę mandanta na osobę substytutą.

Jeżeli chodzi o udzielenie substytucji w sytuacji obrony z urzędu, to trzeba przyjąć (*argumentum a maiori ad minus*), że skoro ustawodawca uznaje, iż wola oskarżonego co do osoby ustanawianej obrońcą z urzędu nie ma dla podmiotu wyznaczającego obrońcę

z urzędu wiążącego znaczenia, to – konsekwentnie – nie jest także wymagane wyjednanie przez obrońcę z urzędu zgody oskarżonego na osobę obrońcy substytucyjnego. Tu osoba konkretnego obrońcy – z woli samego ustawodawcy – nie odgrywa żadnego znaczenia. A zatem w tym zakresie obrona z urzędu ma także odmienny (niższy) standard niż obrona z wyboru.

Inaczej przedstawia się jednak zagadnienie w przypadku obrony z wyboru i ustanowienia przez mandanta obrońcy z wyboru. Skoro tak istotnym momentem procesowym tego rodzaju stosunku obrończego (eksponowanym, jak powiedzieliśmy, przez samą Konstytucję) jest swobodny wybór osoby obrońcy, to nie może to pozostać bez wpływu na dopuszczalność udzielania przez obrońcę z wyboru substytucji obrończej i konsekwencje procesowe niezaakceptowania przez mandanta osoby obrońcy substytucyjnego. Przede wszystkim należy powiedzieć, że konsekwencje procesowe związane z ewentualnym zaakceptowaniem bądź niezaakceptowaniem osoby obrońcy substytucyjnego przez mandanta wyznacza treść „pierwotnego” upoważnienia do obrony, swobodnie ukształtowanego przez oskarżonego i obrońcę. W tym zakresie może mieć ono charakter nieograniczony bądź ograniczony.

Jeżeli upoważnienie do obrony wyraźnie wyłącza dopuszczalność wyłączenia się przez obrońcę z wyboru substytutem (w ogóle czy też tylko odnośnie do określonych czynności procesowych), to należy uznać, że ewentualne naruszenie zakresu upoważnienia do obrony przez obrońcę z wyboru i wyznaczenie wbrew warunkom „pierwotnego” upoważnienia do obrony obrońcy substytucyjnego musi prowadzić – w warunkach tzw. obrony obligatoryjnej – do naruszenia art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. Nieco inaczej przedstawia się sprawa wtedy, gdy obrońca nie działa w sytuacji zmaterializowania się przesłanek obrony obligatoryjnej, a zatem gdy chodzi o ocenę tego typu uchybienia z punktu widzenia przesłanek stypizowanych w przepisie art. 438 pkt 2 k.p.k. Mając na uwadze konstytucyjny charakter zasady swobody wyboru obrońcy, należałoby uznać, że uchybienie to ma doniosły charakter, w rachubę wchodzi jednak naruszenie przepisu rangi ustrojowej. Szkopuł jednak w tym, że trudne (jeżeli wręcz nie niemożliwe) może się okazać wykazanie potencjalnego wpływu naruszenia na treść orzeczenia, czego przecież wymaga przepis formułujący katalog tzw. względnych przyczyn odwoławczych (art. 438 k.p.k.). Wszak oskarżonego w postępowaniu reprezentuje obrońca i jego prawo do obrony jest realizowane (inna sprawa, że nie przez tego obrońcę, którego wyraźnie wyznaczył do obrony).

Upoważnienie do obrony może z kolei nie zawierać żadnych ograniczeń co do zakresu podmiotowego substytucji. Wyłania się wówczas pytanie, jak należy interpretować zakres takiego upoważnienia. W rachubę wchodzi dwa możliwe rozwiązania.

Pierwsze zakłada, że tego typu ujęcie upoważnienia do obrony oznacza, iż obrońca z wyboru nie musi się liczyć ze zdaniem mandanta co do charakteru czynności procesowych, co do których może zostać udzielone upoważnienie substytucyjne, i co do wyboru samej osoby substytutu, że upoważnienie ma najszerszy charakter, jeżeli idzie o udzielanie substytucji przez obrońcę, który ma w tym zakresie „wolną rękę” i jest zwolniony z obowiązku konsultowania się z mandantem. Byłoby to jednak w zasadzie tożsame ze stosowaniem, na zasadzie analogii, przepisów Kodeksu postępowania cywilnego regulujących zakres pełnomocnictwa procesowego, w tym w szczególności dyspozycji art. 91 pkt 2 k.p.c., w myśl którego pełnomocnictwo procesowe obejmuje z samego prawa umocowanie do udzielenia dalszego pełnomocnictwa procesowego

adwokatowi. Przeciwno takiemu stanowisku przemawiają silnie względy wykładni dokonywanej w duchu prokonstytucyjnym. Aprobata dla takiego poglądu oznaczałaby bowiem przyjęcie założenia jawnie antykonstytucyjnego, to znaczy uznania, że milczenie oskarżonego równa się jego rezygnacji z prawa do wyboru osoby obrońcy, z prawa do decydowania także o tym, kto jest jego (substytucyjnym) obrońcą. Oczywiście nie można zanegować, że oskarżony ma prawo do zrezygnowania z przyznanego mu przez konstytucję uprawnienia. Takiej rezygnacji nie wolno jednak domniemywać – musi ona w sposób jednoznaczny i bezsporny wynikać z samej treści upoważnienia do obrony. Zatem na obszarze prawa karnego procesowego i substytucji obrończej należy przyjąć – odmiennie niż na gruncie prawa cywilnego procesowego (art. 91 pkt 2 k.p.c.) – regułę, że w razie milczenia upoważnienia do obrony co do zakresu prawa obrońcy do substytucji nie blokuje ono wprawdzie możliwości ustanawiania przez obrońcę substytutów, ale wymaga każdorazowego wyjednanego zgody mandanta na ustanowienie obrońcy substytucyjnego. Zaletą tego rozwiązania jest jego zgodność z konstytucyjną zasadą wolności wyboru obrońcy. Pośrednio zatem mandant akceptuje wybór osoby substytutu dokonany przez obrońcę (możliwe jest oczywiście wyraźne uregulowanie tej kwestii w upoważnieniu do obrony w ten sposób, że udzielanie substytucji przez obrońcę jest dopuszczalne i nie wymaga każdorazowej aprobaty mandanta).

Pozostaje krótko odnieść się do konsekwencji procesowych niez zaakceptowania przez mandanta osoby obrońcy substytucyjnego wybranego przez obrońcę „pierwotnego” (oczywiście przy założeniu, że upoważnienie do obrony zastrzeżę wyraźnie w swej treści uzyskanie zgody mandanta na ustanowienie substytutu). W piśmiennictwie i orzecznictwie dominuje w zasadzie pogląd, że oznacza to cofnięcie upoważnienia do obrony „pierwotnemu” obrońcy i wygaśnięcie tego upoważnienia. Wydaje się, że stanowisko to idzie chyba zbyt daleko. Przecież nie sposób zignorować tego, że wola mandanta wcale nie jest rezygnacja z pomocy „pierwotnego” obrońcy, lecz brak zgody na substytucję (w ogóle) lub na osobę konkretnego substytutu. W takim układzie nie wygasa jednak „oryginalne” upoważnienie do obrony wystawione przez mandanta. Wyjścia z tej sytuacji należałoby poszukiwać w zarządzeniu przerwy w rozprawie czy wyznaczeniu nowego terminu czynności procesowej, co pozwoliłoby na dokonanie ustaleń co do dalszego sposobu wykonywania obrony pomiędzy mandantem a obrońcą. Dopiero niemożność dojścia do porozumienia pomiędzy oskarżonym a obrońcą co do sposobu substytuowania powinna skutkować cofnięciem upoważnienia do obrony.

5. Co do formy samej zgody, to kwestii tej nie reguluje ustawa. Mając jednak na uwadze doniosłość prawa mandanta do wyboru osoby obrońcy (także wtedy, gdy chodzi o obrońcę substytucyjnego), byłyby wskazane, gdyby do formy tej zgody stosować *per analogiam* wymogi obowiązujące w odniesieniu do zaniechania wniesienia środka odwoławczego przez obrońcę, kiedy co do zasady konieczne jest uzyskanie pisemnej zgody oskarżonego na zaniechanie wniesienia środka odwoławczego i właściwe udokumentowanie odmowy udzielenia przez oskarżonego takiej zgody, braku zgody lub niemożności jej uzyskania (por. § 56 Kodeksu etyki adwokackiej). Przemawia za tym także to, że w samym „właściwym” upoważnieniu do obrony wyraźnie określa się osobę obrońcy upoważnionego do obrony. Nie ma powodu, by mniej rygorystyczne wymogi stosować co do wyrażania zgody przez oskarżonego na wybór konkretnego substytutu przez obrońcę, gdy zgody takiej wymaga upoważnienie do obrony.