

Antoni Bojańczyk

**Glosa do wyroku Sądu Najwyższego
z 14 listopada 2013 r., sygn. II KK 154/13***

Teza

„W razie obrony obligatoryjnej brak udziału w rozprawie odwoławczej jednego z ustanowionych obrońców, niezawiadomionego przez sąd o terminie rozprawy, jeżeli w rozprawie tej bierze udział inny obrońca, nie stanowi – z reguły – uchybienia o randze bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. Takie uchybienie wystąpiłoby jedynie wówczas, gdyby w rozprawie apelacyjnej nie brał udziału żaden z ustanowionych obrońców”.

Glosa

1. Nie tak dawno wyraziłem bardzo ostrożnie sformułowaną obawę, czy zniesienie limitu trzech obrońców działających w postępowaniu karnym i „uwolnienie” obrony przez dopuszczenie do udziału w procesie większej liczby obrońców „nie stwarzałoby wysokiego ryzyka anarchizacji procesu karnego [i] pokusy instrumentalnego wykorzystywania instytucji obrońcy w postępowaniu karnym” (ostatecznie jednak przyjmując, że jest to obawa nieuzasadniona)¹. Czyż można było już wtedy przypuszczać, że praktyka wkrótce pokaże w aż zanedo wymowny sposób, iż i obecne, dość przecież restrykcyjne ograniczenie liczby obrońców do trzech, może powodować istotne kłopoty i wywoływać wątpliwości, czy uprawnienie do korzystania

* OSNKW 2014, nr 3, poz. 27.

¹ *Dlaczego mandantowi przysługuje prawo do wyznaczenia tylko trzech obrońców i czy nie należałoby zmienić tej reguły w toku przyszłych prac nad rekodyfikacją prawa procesowego?*, „Palestra” 2014, nr 1/2, s. 207.

z pomocy trzech obrońców nie jest aby czasem wykorzystywane instrumentalnie przez uczestników postępowania?

2. W głosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy odniósł się do dwóch płaszczyzn procesowej oceny uchybienia polegającego na niezawiadomieniu jednego z działających obrońców o terminie rozprawy odwoławczej. Kwestii naruszenia przepisu art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. (stanowisko ujęte w publikowanej tezie judykatu) i sprawy naruszenia przepisu art. 438 pkt 2 k.p.k. Oba problemy są niezmiernie interesujące i mają duże znaczenie praktyczne, jednak wyczerpujące odniesienie się do dwóch płaszczyzn procesowych wyroku o sygn. II KK 154/13, wymagałoby obszernego artykułu monograficznego. Niniejsza glosa koncentruje się wyłącznie na drugim zagadnieniu procesowym, które z niezrozumiałych względów nie znalazło należytego odzwierciedlenia w tezie głosowanego orzeczenia.

Zacząć wypada od konstatacji niespornej. W układzie procesowym, na tle którego orzekł Sąd Najwyższy, niewątpliwie miało miejsce naruszenie prawa procesowego. Tego nikt nie kwestionuje – na skutek (zdarzających się przecież wcale nierzadko w praktyce) zaniedbań natury biurokratycznej doszło do sytuacji, w której jeden z upoważnionych do obrony adwokatów (O²) nie został powiadomiony o terminie rozprawy odwoławczej. W konkretnym układzie procesowym przyczyny tego niefortunnego niewątpliwie przeoczenia² należy upatrywać najpewniej w złożonej, wielopodmiotowej konfiguracji sprawy: dziewięciu oskarżonych działających w ramach zorganizowanej grupy przestępczej. Nie podaje się wprawdzie w uzasadnieniu, ile zostało postawionych zarzutów, ale przypuszczenie, że musiało być ich sporo (a i apelacji było niemało) zdaje się uzasadniać fakt, iż wyznaczono aż dwa terminy rozprawy apelacyjnej, co w praktyce nie jest wcale typową okolicznością. Nie może być więc rozbieżności w ocenie tego, że w sprawie doszło do naruszenia prawa (art. 117 § 1 i 2 k.p.k.). Rozbieżność – i to zupełnie fundamentalnej natury – odnosi się zatem wyłącznie do oceny tego, czy owo naruszenie miało charakter rażący i czy miało istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia (czego wszak wymaga przepis art. 523 § 1 k.p.k.). Kompleksowa analiza istotnych elementów układu procesowego niniejszej sprawy prowadzi bowiem do wniosku, że ani nie doszło w niej do rażącego naruszenia prawa, ani też naruszenie to nie mogło mieć istotnego wpływu na treść zaskarżonego wyroku sądu *ad quem*.

² Ale także przyczyny wydania „blankietowego” zarządzenia o obowiązkowym udziale obrońców w rozprawie odwoławczej.

3. W doktrynie i orzecznictwie pojęcie „innego [niż wskazane w przepisie art. 439 k.p.k.] rażącego naruszenia prawa” było przedmiotem rozbieżnych interpretacji. Nie miejsce tu na ich drobiazgową analizę. Niektórzy czołowi przedstawiciele praktyki i teorii uważali, że rażące naruszenie to tyle co „niewątpliwe (jest oczywiste)”³. Trudno się z tym jednak zgodzić. Gdyby tak rzeczywiście miało być, to doszłoby w efekcie do niezrozumiałego i nieuzasadnionego rozmycia (i zrównania) pomiędzy kasacją „oczywiście zasadną” i kasacją dopuszczalną, tj. opartą na zarzucie, o którym mowa w przepisie art. 523 § 1 k.p.k. (wszak naruszenia sformułowane w kasacji – gdyby miały być dopuszczalne i skuteczne – musiałyby być... oczywiste). Bardziej przekonujący – i to nie tylko dlatego, że zgodny ze znaczeniem przymiotnika, choć i tego argumentu nie sposób oczywiście zignorować – jest więc pogląd, w myśl którego rażący to tyle co istotny, doniosły, o znacznym, dużym ciężarze gatunkowym. Jeżeli zatem akcent położony na ciężar gatuńkowy naruszenia, to staje się jasne, że takie naruszenie prawa nie zawsze jest widoczne *prima facie* (choć oczywiście nie sposób wykluczyć i takiej ewentualności). Może niekiedy wymagać od autora kasacji zaprezentowania nader zniuansowanego i precyzyjnego wywodu prawniczego. A od sądu – przeprowadzenia wnikliwej i żmudnej analizy okoliczności sprawy celem potwierdzenia tez stawianych w kasacji. Otóż gdy spojrzymy na naruszenie, do którego doszło w niniejszej sprawie na etapie postępowania odwoławczego, to godzi się powiedzieć, że bezsprzecznie doszło do naruszenia przepisu art. 117 § 1 i 2 k.p.k. Oczywiście naruszenie tylko tego przepisu nie mogłoby zostać ocenione jako rażące, gdyby nie jego „otoczenie normatywne”, tj. uwzględnienie tego kto i o czym nie został zawiadomiony. Słusznie więc Sąd Najwyższy przyjmuje złożoną kwalifikację prawną tego naruszenia, tj. naruszenie art. 6 k.p.k. w zw. z art. 77, art. 117 § 1 i 2 oraz art. 450 § 3 k.p.k., która dopiero pozwala na uzyskanie pełnego „obrazu klinicznego” uchybienia, do którego doszło w postępowaniu odwoławczym. Jest to – trzeba przyznać – nader alarmujące nagromadzenie uchybień prawnych. Wskazuje ono na naruszenie przez sąd nie tylko ustawowego, ale przede wszystkim konstytucyjnego prawa do korzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu karnym. Ale czy rzeczywiście powyższe zestawienie oddaje pełny obraz charakteru (ciężaru gatunkowego) naruszenia prawa do korzystania z pomocy obrońcy, do którego doszło w niniejszej sprawie i – przede wszystkim – upoważnia do przyjęcia, jak chce tego najwyższa

³ Z. Doda, J. Grajewski, A. Murzynowski, *Kasacja w postępowaniu karnym. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 24 (na tle art. 463a § 1 k.p.k. z 1969 r.).

instancja sądowa, że naruszenie to miało charakter rażący? Otóż wyłącznie wtedy, gdy przyjmie się czysto formalny (czy nawet formalistyczny) punkt widzenia, ograniczający się wyłącznie do stwierdzenia naruszenia powyższych przepisów ustawy postępowania karnego i pomijający zarówno złożony kontekst procesowy sprawy, jak i samą istotę prawa do korzystania z pomocy obrońcy.

4. Wyjdźmy od tej ostatniej kwestii. O naruszeniu prawa do korzystania z pomocy obrońcy (nie wspominając już o rażącym naruszeniu tego prawa) może być mowa tylko wtedy, gdy do unicestwienia tego prawa dochodzi, *primo*, z winy sądu (sąd ma w tym unicestwieniu swój udział; z naturalnych względów pomijamy tutaj całą dżunglę arcytrudnych zagadnień związanych z naruszeniem tego prawa z winy samego obrońcy) i, *secundo*, wtedy gdy do naruszenia dochodzi w sytuacji, w której podmiot prawa (w tym wypadku podsądny) nie ma świadomości tego naruszenia i, w konsekwencji, nie jest mu w związku z tym dana sposobność skutecznego przeciwstawienia się ograniczeniu przysługującego mu prawa do korzystania z pomocy obrońcy czy przedsięwzięcia jakichkolwiek działań naprawczych albo „obronnych” przed naruszeniem.

Pamiętać przecież trzeba, że chodzi tutaj o p r a w o (a nie obowiązek) korzystania z pomocy obrońcy. Nie będzie zatem błędu w stanowisku, że sąd n i e jest obowiązany do zagwarantowania oskarżonemu prawa do korzystania z pomocy obrońcy za w s z e l k ą cenę nawet wówczas, gdy sam oskarżony (nie będąc takiej możliwości pozbawionym) n i e ż y c z y sobie tego prawa wykonywać. Prowadziłoby to przecież do przeistoczenia się prawa do korzystania z pomocy obrońcy w o b o w i ą z e k korzystania z pomocy obrońcy; *de facto* oznaczałoby przymuszenie do wykonywania prawa do obrony (korzystania z pomocy obrońcy) i jaskrawo kłóciło się z jego istotą. Nie kwestionując rzecz jasna tego, że prawo procesowe po prostu nie pozwala sądowi na to, żeby w tym zakresie zajął pozycję c a ł k o w i c i e pasywną, że wykonywanie przez oskarżonego prawa do korzystania z pomocy obrońcy czy obrońców wymaga jednak często j a k i c h ś czynności procesowych ze strony sądu (zazwyczaj o charakterze informacyjnym, w tym – także – polegających na powiadomieniu we właściwej formie procesowej o terminie czynności), to należy podkreślić z całą mocą, że granicy obowiązków sądu na płaszczyźnie stworzenia właściwych warunków do realizacji prawa do korzystania z pomocy obrońcy nie da się w sposób precyzyjny wytyczyć raz na zawsze (i że rzadko kiedy dbanie o realizację prawa do

korzystania z pomocy obrońcy obciąża wyłącznie sąd). Zależać będzie ona częściowo od przepisów wyraźnie określających obowiązki ciążące na sędzię w tym zakresie, ale – także – każdorazowo będzie ją wyznaczał (odmiennie) niepowtarzalny układ procesowy danej sprawy.

5. Przenosząc powyższe refleksje na układ procesowy niniejszej sprawy trzeba powiedzieć, że o ile jest pewne, iż doszło do naruszenia techniczno-procesowego przepisu nakładającego na organ procesowy obowiązek zawiadomienia drugiego z działających z wyboru obrońców (O²) o terminie rozprawy odwoławczej, to ostatecznie, z uwagi na specyficzny układ procesowy sprawy, nie sposób podzielić stanowiska najwyższej instancji sądowej, że w sprawie doszło do naruszenia prawa do korzystania z pomocy obrońcy, nie wspominając już o rażącym naruszeniu prawa. O ile nie może być wątpliwości co do tego, że niezawiadomienie jednego z działających w sprawie obrońców o terminie rozprawy odwoławczej i jego (usprawiedliwiona) nieobecność z b i e g a j ą c a s i ę z nieobecnością oskarżonego, co do zasady oznacza naruszenie prawa oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy (w takim układzie oskarżony z natury rzeczy przecież nic nie wie o naruszeniu prawa do korzystania z pomocy obrońcy i w związku z tą niewiedzą nie ma możliwości „oprotestowania” postępowania sądu), o tyle nie sposób mówić o takim naruszeniu na tle układu procesowego, który się zmateriałizował w niniejszej sprawie.

Na czym więc polega *differentia specifica*, pozwalająca na przyjęcie, że nie doszło w niniejszej sprawie do naruszenia prawa do korzystania z pomocy obrońcy? Po pierwsze chodzi o to, że podsądny był obecny na rozprawie odwoławczej, był przy odczytaniu swej własnej apelacji, z której niedwuznacznie wynikało, iż wyznaczył dwóch obrońców w sprawie i nie cofnął upoważnienia do obrony żadnemu z nich. Co więcej – nie ma jakiegokolwiek powodu, by żywić wątpliwości co do stanu poczytalności oskarżonego czy zakładać działanie w warunkach błędu procesowego. Przeciwnie, działał on z pełnym rozeznaniam i trzeba w związku z tym przyjąć, że także z pełnym rozeznaniam zrezygnował (w sposób konkludentny) z reprezentacji przez nieobecnego obrońcę wyznaczonego z wyboru. Jasno dał do zrozumienia swym milczeniem na rozprawie, że nie uważa on wcale udziału drugiego z obrońców w rozprawie odwoławczej za nieodzowny – *qui tacet consentire videtur*. Nie będzie nawet przesady w twierdzeniu, że sąd odwoławczy mógł się wręcz spodziewać protestu od działającego z rozeznaniam oskarżonego odnośnie bardzo prostego uchybienia popełnionego na etapie postępowania

międzyinstancyjnego (wszak nie chodziło tu o jakiś trudny do uchwycenia błąd procesowy, głęboko zakamuflowany, wymagający pogłębionej interpretacji prawniczej i wiedzy profesjonalnej, której z natury rzeczy oskarżony nie posiada, lecz o jednoznaczną i prostą sprawę nieobecności obrońcy na rozprawie odwoławczej). A jednak oskarżony – mówiąc obrazowo – nie zawołał „nie pozwalam!”. Mamy prawo zakładać – uwzględniając okoliczności opisane w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia – że uczynił to całkowicie świadomie. Doprawdy: czy można podać bardziej szkolny i wymowny przykład próby instrumentalnego wykorzystania formalnego tylko naruszenia prawa do obrony (krótko mówiąc – nadużycia tego prawa) niż formułowanie w takim wypadku zarzutu kasacyjnego osnutego na rzekomym naruszeniu prawa do obrony? Naruszenie prawa do korzystania z pomocy (drugiego) obrońcy było w istocie czysto iluzoryczne, skoro oskarżony (*a*) był obecny na rozprawie i (*b*) wiedział o tym, że przysługuje mu prawo do korzystania z pomocy obrońcy (nie ma żadnych powodów do przyjęcia, iż oskarżony nie został np. pouczonej w trybie przepisu art. 300 k.p.k. o prawie do korzystania z pomocy obrońcy), wiedział (!) o tym, że korzysta z pomocy dwóch obrońców (bo ich przecież sam wyznaczył), a sąd mu jeszcze o tym przypomniał na rozprawie, gdy odczytał apelację osobistą oskarżonego, „gdzie ten wprost wskazywał dwóch swoich obrońców”⁴ (choć oczywiście jeden z nich nie został zawiadomiony o terminie rozprawy). A jednak świadomie błędu tego nie próbował nawet skorygować⁵, w sytuacji, w której przecież

⁴ Jak wynika z motywów głosowanego orzeczenia, przewodniczący składu orzekającego w instancji odwoławczej nie zwrócił uwagi na ten fakt mimo odczytania apelacji osobistej oskarżonego.

⁵ Inne stanowisko zajmuje SN w wyroku z 9 VII 1998 r., w którym przyjmuje się, że nie ma „dodatkowej” formy powiadamiania sądu przez oskarżonego o zamiarze posiadania dwu obrońców, „poza formą polegającą na prawidłowym udzieleniu pełnomocnictwa dwu adwokatów [...] i złożenia przez obu tych adwokatów pełnomocnictw do akt sprawy”. Stanowisko to razi jakimś niezrozumiałym formalizmem, mającym niewiele wspólnego z należyтым wyważeniem gwarancyjności postępowania karnego. Przez zredukowanie całej sprawy do „formy pełnomocnictwa w aktach sprawy” SN w wyroku z 9 VII 1998 r. zdejmuje obowiązek czuwania nad zapewnieniem prawa do korzystania z pomocy obrońcy z barków oskarżonego, przenosząc cały ciężar dbania o realizację prawa do korzystania z pomocy obrońcy na sąd. O ile można się zgodzić z tym, że na sądzie ciąży jakaś część czy część tego obowiązku, o tyle trudno pogodzić się z tezą, że niezawiadomienie obrońcy o terminie czynności procesowej (mimo „prawidłowego udzielenia pełnomocnictwa adwokatowi do akt sprawy”), może być postrzegane w kategoriach naruszenia prawa do obrony wtedy, gdy biorący udział w czynności oskarżony udaje, że nie wie, iż ma obrońcę (że „prawidłowo udzielił pełnomocnictwa adwokatowi”). Trzeba powiedzieć, że jest coś wręcz perwersyjnego w uznaniu, iż prawo oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy zostało naruszone

absolutnie nic nie stało na przeszkodzie próbie takiej korekty. *Vigilantibus iura scripta sunt*. Trudno byłoby zaakceptować stanowisko, że to na sędzie – w każdej sytuacji procesowej, niezależnie od indywidualnego układu procesowego sprawy – zawsze spoczywa obowiązek sprawowania najdalej idącej pieczy nad realizowaniem czy wykonywaniem prawa przysługującego pod sądnemu. W tym zakresie zupełne minimum aktywności jest jednak od oskarżonego wymagane. Tego minimum aktywności (np. w postaci zasygnalizowania przez pod sądnego potrzeby obecności na rozprawie drugiego obrońcy z wyboru) działający z rozeznaniem oskarżony nie przejawiał, co należy uznać (na tle niepowtarzalnego zapewne układu procesowego niniejszej sprawy) za dorozumianą rezygnację z pomocy drugiego obrońcy wyznaczonego z wyboru podczas rozprawy odwoławczej.

Jak to wszystko, co powiedziano wyżej, ma się do kasacyjnej przesłanki rażącego naruszenia prawa? Otóż milcząca zgoda⁶ oskarżonego na prowa-

(i to w sposób rażący!) w układzie, gdy oskarżony był obecny na sali rozpraw i o b e j ę t n i e obserwował przebieg czynności procesowych odbywających się bez udziału jego drugiego obrońcy, doznawszy „amnezji” obejmującej tylko fakt ustanowienia obrońcy (obrońców) z wyboru. Jest to tym bardziej uderzające, że ewentualna refleksja dotycząca braku obrońcy na sali rozpraw nie wymagała przecież od pod sądnego jakiegś specjalnie wysublimowanej wiedzy prawniczej. W efekcie doszło do paradoksalnej (i kompletnie nieuzasadnionej z punktu widzenia prawa do korzystania z pomocy obrońcy) sytuacji, w której oskarżony wykazuje pełne *désintéressement* swymi prawami, a sąd na siłę niejako chce narzucić egzekucję tych niechcianych przez oskarżonego uprawnień. Sens dbania o należyte zagwarantowanie praw oskarżonego istnieje jednak tylko wtedy, gdy to on sam nie może o nie zadbać lub zdanie się na niego prowadzić mogłoby do dezorganizacji procesu (i na tym też polega znaczenie prawidłowego zawiadomienia obrońcy o terminie czynności procesowej).

⁶ Milcząca zgoda oskarżonego, o której tu mówimy, nie może być przy tym – na co trzeba położyć szczególny nacisk – utożsamiana z milcząca zgodą na c o f n i ę c i e u p o w a ż n i e n i a do obrony (rozwiązanie stosunku obrony z wyboru). Jest to milcząca zgoda wyłącznie na prowadzenie określonej, jednostkowej czynności procesowej pod nieobecność obrońcy. Nie rzutuje zatem na wygaśnięcie stosunku obrończego. *A maiori ad minus* – jeżeli pod sądnemu wolno rozwiązać stosunek obrony z wyboru, to jest jasne że wolno mu także czasowo niejako ten stosunek „wygasić” czy „zawiesić”, a wobec braku jakichkolwiek wyraźnych przeciwwskazań ustawowych można przyjąć, że oskarżony to może uczynić w sposób konkludentny, jeżeli tylko nie budzi to wątpliwości. Czy zatem samo upoważnienie do obrony może być cofnięte w sposób konkludentny? Raczej nie. O ile można zgodzić się na zaakceptowanie obniżonych rygorów formalnych i uznanie w wyjątkowych sytuacjach procesowych milczącej zgody na brak udziału obrońcy w jednostkowej czynności procesowej (bo tę milcząca zgodę ocenia się w immanentnym powiązaniu i na tle kontekstu konkretnej czynności procesowej), o tyle z „otoczenia procesowego” czy z kontekstu procesowego nie sposób jednoznacznie wnioskować o trwałym wygaśnięciu upoważnienia do obrony (cofnięciu upoważnienia do obrony). Tu wymagane jest wyraźne oświadczenie oskarżonego.

dzenie obrony bez udziału drugiego z jego obrońców nie może zostać pominięta przy ocenie stopnia naruszenia prawa w tym wypadku (ocenie tego, czy było to naruszenie o charakterze „rażącym”). Rzecz w tym, że kryterium „rażącego naruszenia prawa” nie wolno traktować jako jakiegoś abstrakcyjnego bytu samego w sobie, sztucznie wypreparowanego z otoczenia faktycznego, wyizolowanego przez sąd kasacyjny z kontekstu procesowego danej sprawy. Należyte uwzględnienie tego kontekstu (możliwość zażądania przez oskarżonego przeprowadzenia rozprawy odwoławczej z udziałem drugiego obrońcy z wyboru i świadomej rezygnacji z tej możliwości) prowadzi do wniosku, że naruszenie prawa, do którego doszło w niniejszej sprawie nie ma charakteru kwalifikowanego (nie jest to „rażące” naruszenie prawa). W związku z tym – i to już z tego tylko tytułu – nie było podstaw do uwzględnienia wniesionej w niniejszej sprawie kasacji. Reasumując tę partię rozważań spróbujmy sformułować tezę, która oddawałaby prezentowane tu stanowisko co do znaczenia zachowania oskarżonego z punktu widzenia oceny, czy doszło do naruszenia prawa do korzystania z pomocy obrońcy: przeprowadzenie czynności procesowej w sytuacji, gdy w czynności tej nie bierze udziału drugi (lub dwaj pozostali) wyznaczony przez oskarżonego obrońca, który nie został zawiadomiony o terminie czynności przez sąd nie stanowi naruszenia prawa oskarżonego od korzystania z pomocy obrońcy, jeżeli oskarżony brał udział w danej czynności, z okoliczności sprawy zaś wynika, że miał świadomość wyznaczenia drugiego (trzeciego) obrońcy i nie żądał przeprowadzenia czynności z udziałem niezawiadomionego o terminie czynności obrońcy (obrońców) nieobecnego podczas czynności. Zgoda ta może mieć postać dorozumianą, czemu ustawa procesowa się nie sprzeciwia.

6. Ale jest i druga warstwa oceny zasadności zarzutu kasacyjnego sformułowanego w niniejszej sprawie, której nie sposób w tych rozważaniach pominąć, bo patrząc także i z tego punktu widzenia nie można twierdzić, że zarzut był zasadny. Chodzi oczywiście o kwestię ewentualnego (także kwalifikowanego – „istotnego”) wpływu naruszenia na treść wyroku (art. 523 § 1 k.p.k.). Odniesienie się również do tej płaszczyzny normatywnej podstaw zarzutu kasacyjnego ma o tyle istotne znaczenie, że rzut oka na konfigurację procesową sprawy dowodzi dobitnie, iż naruszenie do którego doszło w niniejszej sprawie (jeżeli w ogóle przyjąć, że w istocie doszło do rażącego naruszenia prawa) nie mogło mieć istotnego wpływu na treść orzeczenia.

W doktrynie (Wiesław Daszkiewicz⁷) i w orzecznictwie najwyższej instancji sądowej⁸ dość silnie zarysowała się koncepcja, którą określić można koncepcją „nieprzewidywalności” akcji obrończej. W myśl tego stanowiska nieobecność drugiego (czy trzeciego) obrońcy na rozprawie odwoławczej *z a w s z e* może mieć wpływ na treść wyroku (rozstrzygnięcia procesowego), bo po prostu – wedle tego zapatrywania – nie sposób przewidzieć jak by się rozwinęła akcja obrończa w danym wypadku w razie udziału obrońcy w czynności procesowej i czy obrońca ten nie zdołałby – być może – zmienić biegu i rezultatu czynności (sprawy). „Faktyczne odsunięcie obrońcy od postępowania lub jego fragmentu *z a w s z e* też może mieć wpływ na przebieg tego postępowania oraz na treść wydanego w tym postępowaniu orzeczenia” – pisze W. Daszkiewicz. I dalej: „takiego wpływu nie da się praktycznie wyłączyć [...], gdyby nawet drugi obrońca wykonał tego rodzaju czynności [chodzi o czynności, których mógłby dokonać obrońca niebiorący udziału w czynności – przyp. moje, AB], to i tak nie niwelowałyby to uchybienia [...]. Obrońca pozbawiony [prawa do udziału w czynności] mógłby przecież działać inaczej⁹, oprzeć czynności na innej podstawie prawnej lub faktycznej [wszystkie podkr. moje, AB]”. Doprawdy trudno się zgodzić z takim stanowiskiem – w jaskrawy wręcz sposób ignoruje ono po prostu realia praktyki procesowej i sprowadza się w zasadzie do akceptacji niewzruszalnego domniemania skuteczności (z punktu widzenia interesów procesowych oskarżonego) działań podejmowanych przez obrońcę. Czy naprawdę jesteśmy skłonni zgodzić się z tezą, że w dowolnych okolicznościach procesowych, *z a w s z e*, w przypadku każdej czynności procesowej każdy kolejny obrońca i jego ewentualny udział w czynności wniósłby do przebiegu sprawy coś aż tak istotnego (czego nie mógł wnieść pierwszy z obrońców działających w sprawie), żeby przyjmować zmaterializowanie się przesłanki istotnego wpływu naruszenia na treść orzeczenia? Dość wątpliwe to zapatrywanie i doprawdy niewiele mające wspólnego z wnioskami płynącymi

⁷ Glosa do wyroku SN z 17 III 1980 r., „Państwo i Prawo” 1982, nr 11, s. 153. Pogląd sformułowany na tle odpowiednika dzisiejszego przepisu art. 439 § 1 k.p.k. (art. 388 k.p.k. z 1969 r.), można go jednak odnieść również do naruszenia prawa do obrony w kontekście zmaterializowania się względnej przyczyny odwoławczej czy kasacyjnej nawiązującej do naruszenia prawa mającego wpływ na treść orzeczenia.

⁸ Wyrok SN z 9 VII 1998 r., V KKN 207/97, OSNKW 1998, nr 7/8, poz. 37.

⁹ W tym samym duchu orzeczenie SN z 9 VII 1998 r., V KKN 207/97, które stoi na stanowisku, że ocena ewentualnego wpływu nieobecności niezawiadomionego o terminie czynności „drugiego” obrońcy na rozprawie odwoławczej „jest po prostu niemożliwa bez wysłuchania właśnie przez sąd funkcjonalnie właściwy wyводу obrończego, który zaprezentuje adwokat [...] w odpowiedzi na skargę apelacyjną prokuratora”.

z pobieżnej nawet obserwacji codziennej praktyki karnej. Oczywiście należy tu przeprowadzić subtelny demarkacyjną linię pomiędzy dwiema odrębnymi kwestiami – a d e k w a t n ą ochroną prawa oskarżonego do korzystania z pomocy przewidzianej przez Kodeks postępowania karnego liczby obrońców z jednej strony i ewentualnym wpływem nie wzięcia przez obrońcę w czynności procesowej – z drugiej. Jeżeli chodzi o tę drugą sprawę, to nie da się przyjąć, że potencjalne czynności obrończe chronione są swoistym immunitetem przed oceną sądu kasacyjnego (czy apelacyjnego), że są całkowicie wyjęte spod kontroli odwoławczej i należy tu zawsze przyjmować domniemanie możliwości wpływu braku udziału obrońcy w czynności na treść orzeczenia. Przeciwnie: ujęcie obu przepisów w zakresie, w którym formułują one podstawy apelacyjne i podstawy kasacyjne (art. 438 pkt 2 i art. 523 § 1 k.p.k.) zobowiązuje sąd apelacyjny i sąd kasacyjny do uważnego zbadania, czy nieobecność obrońcy podczas danej czynności mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia (jednak może tu chodzić wyłącznie o te układy, w których sam oskarżony nie brał udziału w czynności i nie da się w związku z tym ustalić, czy zgadzał się na prowadzenie postępowania pod nieobecność obrońcy). Żadnych domniemań (i to oczywiście niezależnie od tego, że sama ustawa procesowa żadnych domniemań w tym zakresie nie przewiduje) nie wolno tu formułować. Znowu: konieczne jest badanie przez sąd *a casu ad casum* czy „pominięta” akcja obrończa mogła mieć jakkolwiek (w tym – istotny) wpływ na bieg sprawy i na treść zaskarżonego orzeczenia. Spróbujmy i tu sformułować tezę, której zabrakło w glosowanym orzeczeniu. Zawiniona przez sąd (organ procesowy) nieobecność „nadliczbowego” obrońcy(-ów) podczas czynności procesowej (gdy w czynności nie brał udziału sam oskarżony, który mógłby należycie zareagować na nieobecność obrońcy) z reguły powinna być kwalifikowana jako tzw. względna przyczyna odwoławcza, tj. uchybienie prawne mogące mieć wpływ (istotny wpływ) na treść zaskarżonego orzeczenia. Jednak należyte uwzględnienie pełnego kontekstu procesowego sprawy, w szczególności zaś takich czynników, jak „kierunek” przeprowadzanej czynności procesowej (np. przeprowadzenie na rozprawie dowodu odciążającego lub dowodu obciążającego) czy kierunek zapadającego po przeprowadzeniu danej czynności procesowej rozstrzygnięcia oceniany z punktu widzenia interesów procesowych oskarżonego, ujawniony (i znany sądowi) podział zadań obrończych pomiędzy adwokatami, okoliczność, czy czynność procesowa odbywa się z inicjatywy (na wniosek) nieobecnego obrońcy oraz poprzednia aktywność procesowa obrońcy (lub jej brak) może przemawiać za wyjątkowym uznaniem, że niezawiniona nieobecność obrońcy (obrońców) podczas czynności procesowej nie mogła mieć żadnego wpływu na treść zaskarżonego orzeczenia.

W tym kontekście należy uwzględnić jeszcze następujące, istotne uwarunkowania procesowe. Po pierwsze, w niniejszej sprawie „niezawiadomiony” obrońca był w postępowaniu międzyinstancyjnym całkowicie pasywny. Nie przejawiał żadnej (przewidzianej przez prawo procesowe) aktywności, która mogłaby zostać odczytana jako objaw woli zakwestionowania orzeczenia sądu pierwszej instancji. W szczególności nie złożył wniosku o sporządzenie i doręczenie wyroku wraz z uzasadnieniem na piśmie¹⁰. W dodatku niezależnie od tego, w „otwartym” przecież także dla niego terminie do wniesienia apelacji (czyli w „terminie oskarżonego”) nie wniósł tego środka zaskarżenia¹¹. Apelacja i argumentacja kwestionująca orzeczenie sądu pochodziła wyłącznie od obrońcy zawiadomionego i obecnego na rozprawie odwoławczej (oprócz tego była ponadto tzw. apelacja osobista oskarżonego). Czy można racjonalnie zakładać, że obecność obrońcy niezawiadomionego o sprawie, zajmującego całkowicie pasywne stanowisko wobec postępowania apelacyjnego, obrońcy, który ani nie żądał doręczenia uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji, ani nie formułował w procesowo właściwej formie żadnych zastrzeżeń pod adresem wyroku sądu, mogłaby w jakikolwiek sposób wpłynąć na treść orzeczenia sądu odwoławczego? Jeżeli

¹⁰ Inaczej wypadaloby się zapatrywać na zarzut naruszenia prawa do korzystania z pomocy obrońcy w sytuacji, gdyby obrońca bez swojej winy nie został powiadomiony o wydaniu wyroku w sprawie i tym samym został pozbawiony prawa do uruchomienia czynności otwierających drogę do zaskarżenia orzeczenia. W Daszkiewicz pisze, że „złożenie np. środka odwoławczego przez jednego obrońcę nie pozbawia takiej możliwości drugiego obrońcy, który może zresztą nie podzielać argumentów przedstawionych przez swego kolegę”. Oczywiście w niniejszej sprawie obrońca miał możliwość przedstawienia alternatywnego zespołu argumentów podważających wydane orzeczenie (zaskarżenia orzeczenia sądu pierwszej instancji), ale świadomie z tego uprawnienia zrezygnował. Nie sposób zatem dopatrywać się tu jakiegokolwiek naruszenia prawa do korzystania z pomocy obrońcy (uniemożliwienia obrońcy realizacji swojej funkcji procesowej), skoro obrońca ten sam nie wykonywał zadań w tym zakresie nie wnosząc apelacji.

¹¹ Nawiasem mówiąc obrońca niezawiadomiony chyba miał jakąś możliwość uzyskania informacji o biegu sprawy i terminie rozprawy odwoławczej. Nie może bowiem ująć uwadze to, że obrońcy działający w niniejszej sprawie w imieniu tego samego mandanta nie tylko pracowali wspólnie, ale również prowadzili kancelarię pod jednym adresem, co samo w sobie nakazuje chyba przypuszczać, że mieli oni jakiś kontakt ze sobą i istniał jakiś przepływ informacji pomiędzy nimi. Oczywiście ustawa nie nakłada na obrońcę obowiązku zawiadamiania o terminie czynności procesowych koleżanek czy kolegów stających w sprawie. Zagadnienie jest nader delikatne. Zdecydowanie niedopuszczalnym zabiegiem byłoby konstruowanie jakichkolwiek „obowiązków informacyjnych” na linii obrońca O¹, obrońca O² czy obrońca O³. Nie wynikają one z ustawy postępowania karnego. Pragmatyki służbowe (kodeks etyki zawodowej) też nie nakładają takich obowiązków na adwokatów.

przyjmie się stanowisko W. Daszkiewicza, to trzeba by odpowiedzieć na to pytanie twierdząco. Należałoby zawsze uznać nieprzewidywalność procesowych konsekwencji udziału obrońcy O² w postępowaniu odwoławczym i zaakceptować kierunek przyjęty w glosowanym orzeczeniu. Rzecz jednak w tym, że tego typu zapatrywanie klóci się z elementarnymi i twardymi realiami praktyki, które dowodzą, że nieoczekiwana zmiana kierunku obrotu sprawy należy do rzadkości, szczególnie w bądź co bądź sformalizowanym postępowaniu odwoławczym, zainicjowanym przez pisemny środek zaskarżenia pochodzący od podmiotu fachowego. Krótko mówiąc, nie ma żadnych powodów by przyjmować, że obrona oskarżonego doznała jakiegokolwiek uszczerbku z powodu nieobecności obrońcy na rozprawie odwoławczej. Dodajmy poza tym, że zdaje się, iż wszystko, co powinno być (w każdym razie z prawnego punktu widzenia) powiedziane (i zrobione) w instancji odwoławczej, zostało już w tej sprawie powiedziane (i zrobione). I można mieć właściwie pewność co do tego, że obrońca niezawiadomiony o terminie rozprawy odwoławczej niczego już nie „dorzuciłby” do powtórnej kontroli odwoławczej, jego aktywność nie wniosłaby tu żadnej wartości dodanej. Zresztą rzut oka na tę przyszlą, „prawkidlową” i rzekomo czyniącą zadość prawu do obrony kontrolę i jej zderzenie z kontrolą odwoławczą, do której w sprawie doszło, daje nam pewne wyobrażenie o racjonalności przekazywania sprawy do ponownego rozpoznania. Sprawę w instancji odwoławczej badało już tr z e c h sędziów zawodowych (zobowiązanych do rozpoznania sprawy w granicach zaskarżenia i w zakresie szerszym wyznaczonym m.in. przez przepisy art. 439 § 1 i art. 440 k.p.k.). Taki sam obowiązek ciążył w gruncie rzeczy na prokuratorze (rzecznik interesu publicznego objęty obowiązkiem obiektywizmu). Działał w sprawie jeden obrońca, który na rozprawie popierał sporządzony przez siebie środek odwoławczy i miał pełną możliwość ustnego rozwinięcia zawartej w nim argumentacji. A zatem co najmniej c z t e r e c h (i to nawet jeżeli w tej rachubie pominiemy prokuratora) profesjonalnych prawników poddało sprawę dogłębnej kontroli, w tym obrońca – autor środka odwoławczego i sędziowie zawodowi, zobowiązani do rozpoznania środka odwoławczego nie tylko w granicach zaskarżenia ale także w granicach wykraczających poza zarzuty sformułowane w apelacji. I teraz sprawa ma zostać zwrócona do kontroli odwoławczej, żeby po raz drugi c z t e r e c h prawników (plus jeden dodatkowy obrońca) mogło po raz wtóry wykonać dokładnie to samo! Tylko dlatego, że zakłada się możliwość (nader mało prawdopodobną), że niezainteresowany sprawą obrońca wniesie coś prawdziwie rewelacyjnego do sprawy, coś, czego nie wniosł ani obrońca, który w sprawie sporządził środek odwoławczy, ani sędziowie dokonujący kontroli

odwoławczej. Czy w takim układzie naprawdę jest sens przekazywać sprawę do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym? *Cui bono*? Bez wątpliwości jest to pytanie retoryczne. Praktyka nie dostarcza zbyt wielu dowodów na to, że w takiej konfiguracji może się jeszcze coś nadzwyczajnego zdarzyć. Wszystko zresztą wskazuje na to, że przeprowadzone postępowanie dowodowe nie było dotknięte żadnymi wadami prawnymi, a ustalenia faktyczne były prawidłowe.

Ocenę nietrafności stanowiska zajętego w glosowanym orzeczeniu istotnie amplifikuje dodatkowo układ procesowy, w którym doszło do naruszenia. Wyrok sądu *meriti* został zaskarżony na korzyść (a nie na niekorzyść!) podsądnego, sąd *ad quem* orzekł na korzyść oskarżonego, zgodnie z kierunkiem wniesionego środka zaskarżenia, łagodzając mu karę zarówno na płaszczyźnie kary pozbawienia wolności (redukcja globalnej kary o rok), jak i kary grzywny (obniżenie wysokości stawki). Zapytajmy więc znowu: w czym zatem dopatrywać się możliwego wpływu naruszenia na treść zaskarżonego wyroku? W tym, że obrońca, który ani nie interesował się zbyt wiele sprawą (nie składał wszak wniosku o sporządzenie i doręczenie wyroku wraz z uzasadnieniem na piśmie), ani nie miał w sprawie nic do powiedzenia w procesowo właściwej formie (nie wniósł przecież apelacji w układzie istnienia tzw. przymusu adwokackiego) i którego obecności na rozprawie apelacyjnej w ogóle nie domagał się jego mandant być może stawilby się na rozprawie i własnoręcznie dokonał przewrotu kopernikańskiego, obracając jej bieg w kierunku wydania wyroku uniewinniającego? Mogło być i tak. Istnieją jednak granice niedorzeczności przy rozważaniu pewnych potencjalnych układów procesowych, których nie powinno się przekraczać.

7. Reasumując: Należy respektować prawo podsądnego do korzystania z pomocy obrońcy(-ów). To aksjomat współczesnego porządku konstytucyjnego, porządku prawnomiędzynarodowego i twardy oraz niekwestionowany fundament każdego cywilizowanego systemu prawa procesowego. Ale szczytny skądinąd sztandar prawa do obrony nie powinien być używany jako zasłona dymna przesłaniająca zdrowy rozsądek. Twardo broniąc prawa do obrony i uprawnień składających się na prawo do obrony równie silnie należy także przeciwstawiać się wszelkim próbom jego instrumentalnego wykorzystania czy jego nadużywania. Niestety, glosowane orzeczenie najwyższej instancji sądowej stanowi przykład nieuzasadnionego kierunku „hiperochrony” prawa oskarżonego do obrony (do korzystania z pomocy obrońcy), nawet wtedy, gdy sam oskarżony nie przejawia żadnej, nawet minimalnej inicjatywy w kierunku realizacji tych praw. Nie ma bowiem jakichkolwiek

racjonalnych powodów przemawiających za przyjęciem, że ciążąca na sądzie powinność zagwarantowania podsądnemu możliwości realizacji prawa do obrony rozciąga się także na te układy, w których oskarżonemu nie tylko nie uniemożliwia korzystania z prawa do korzystania z obrońcy i brak obrońcy wynika po prostu z decyzji (i to nawet wyartykułowanej w sposób konkludentny) samego oskarżonego, który następnie instrumentalnie traktuje drobne i nie mające w istocie większego znaczenia naruszenia o charakterze technicznym, które sam miał możliwość z łatwością naprawić bez większego wysiłku jako wygodny powód przeciągnięcia procesu.