

ARTYKUŁY

Cezary Kulesza

Efektywna obrona w postępowaniu przygotowawczym *a favor procuratori*

W prawie polskim zasada prawa do obrony została podniesiona do rangi konstytucyjnej¹. Zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, każdy, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać sobie obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrony z urzędu.

Jak słusznie stwierdza się w polskiej literaturze przedmiotu, skutkiem bezpośredniego stosowania Konstytucji (art. 8 ust. 2 Konstytucji RP) ustawa karna procesowa nie może określać węższego zakresu prawa do obrony niż czyni to Konstytucja. Jedynie w zakresie prawa do korzystania z obrońcy z urzędu Konstytucja pozostawia ustawodawcy swobodę do określenia jej zakresu (art. 78 i 81 k.p.k.)².

Po ratyfikowaniu przez Polskę w dniu 19 stycznia 1993 r. Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r., rząd RP uznał kompetencję Europejskiej Komisji Praw Człowieka do zajmowania się skargami indywidualnymi wnoszonymi przeciwko Polsce oraz uznał jurysdykcję Europejskiego Trybunału Praw Czło-

¹ Należy zauważyć, że istnieją ustawodawstwa, gdzie prawo do obrony nie ma rangi naczelnej zasady procesowej ani tym bardziej nie jest *expressis verbis* regulacją konstytucyjną. Przykładowo w niemieckich podręcznikach procesu karnego jest ono wprawdzie wymieniane jako prawo oskarżonego, lecz nie figuruje w katalogu zasad procesowych; por. K. Volk, *Strafprozessrecht* (2. Aufl.), München 2001, s. 141–150; F. C. Schroeder, *Strafprozessrecht* (2. Aufl.), München 1997, s. 28–36.

² P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. I: Komentarz do art. 1–296, Warszawa 2004, s. 50.

wieka. W związku z powyższym w sferze polskiego procesu karnego zyskał znaczenie przepis art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji przyznający oskarżonemu prawo do obrony. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu prawo to (określone w art. 6 k.p.k. z 1997 r.) obejmuje trzy aspekty³:

1. prawo do obrony materialnej, które oznacza, że postępowanie karne nie może się toczyć przeciwko oskarżonemu, któremu nie stwarza się możliwości przedstawienia swoich argumentów i obrony tychże. Uprawnienie oskarżonego do bronięcia się samemu jest realizowane przede wszystkim dzięki możliwości aktywnego uczestnictwa w postępowaniu, co gwarantuje mu, niezależnie od art. 6 ust. 3 lit. c KE, także lit. d tego przepisu.
2. prawo do obrony formalnej, czyli korzystania z wybranego przez siebie obrońcy, zaś udział obrońcy oznacza, iż obrońca ma być obecny przy oskarżonym i nie jest wystarczające, że jest jego przedstawicielem.
3. prawo do korzystania z nieodpłatnej pomocy obrońcy przysługujące wówczas, gdy spełnione są łącznie dwa warunki – oskarżony nie posiada środków na opłacenie obrony oraz udział obrońcy leży w interesie wymiaru sprawiedliwości.

W polskiej literaturze przedmiotu⁴ wskazuje się także na orzecznictwo SN eksponujące „rzeczywistość i skuteczność” prawa do obrony. Podkreśla się jednak, że „aspekt skuteczności” nie może być w żadnej mierze odnoszony do ostatecznego rezultatu procesu, a jedynie do pozostającej do dyspozycji oskarżonego i jego obrońcy możliwości podejmowania nieskrępowanych działań, w ramach uprawnień ustawowych. Zgodzić się należy jednak z P. Wilińskim, że istota prawa do korzystania z pomocy obrońcy zawiera element skuteczności: „Istota prawa do posiadania obrońcy i korzystania z jego pomocy sprowadza się do zapewnienia oskarżonemu kompetentnej i niezbędnej pomocy w skutecznym realizowaniu mu praw tam, gdzie wiedza i umiejętności samego oskarżonego nie są wystarczające”⁵.

Tak więc efektywna obrona formalna to skuteczne działanie obrońcy na korzyść oskarżonego. Ten kierunek działalności obrońcy jest ustawowo gwarantowany we wszystkich ustawodawstwach procesowych (a w prawie polskim jest on statuowany przez art. 86 § 1 k.p.k.).

W odniesieniu do efektywności udziału obrońcy w procesie w niemieckiej literaturze przedmiotu pisze się o minimalnych standardach obrony karnej (*Mindeststandards der Strafverteidigung*)⁶, bądź też o obronie opty-

³ P. Hofmański, Konwencja Europejska a prawo karne, Toruń 1995, s. 260–262.

⁴ Z. Gostyński, S. Zabłocki, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003, s. 219 i podane tam orzecznictwo.

⁵ P. Wiliński, Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 296.

⁶ Por. monografię S. Barton, *Mindeststandards der Strafverteidigung*, Baden–Baden 1994.

malnej⁷. Jakość obrony S. Barton odnosi zarówno do procesu prowadzenia obrony, jak i rzeczywiście osiągniętego efektu. W związku z powyższym za pojęcie pokrewne jakości uważa biegłość, zaangażowanie, kompetencje, bądź też sukces⁸.

Z kolei w orzecznictwie sądowym i literaturze amerykańskiej twierdzi się, że rozsądnie efektywny udział obrońcy w procesie oznacza, że obrońca posiada nie tylko odpowiednią wiedzę i umiejętności, lecz że dysponuje także czasem i środkami niezbędnymi do użycia swojej wiedzy i umiejętności w celu obrony każdego ze swoich klientów⁹.

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)¹⁰. Taka efektywność działań obrońcy jest efektywnością *ex post*, gdyż powinna być oceniana po ich dokonaniu¹¹. Przy tym skutkiem (efektem) działań obrońcy może być nie tylko obiektywna poprawa sytuacji procesowej oskarżonego, lecz także i inne niemierzalne korzyści, jak wzrost jego zaufania do obrońcy, zmniejszenie stresu psychicznego związanego z udziałem w procesie, pozyskanie wiedzy i informacji o rządzących nim regułach czy zwiększenie poczucia bezpieczeństwa. Osiągnięcie tych wszystkich, ze swojej istoty niemierzalnych korzyści, stanowi istotę efektywnego (skutecznego) udziału obrońcy w procesie.

Najbardziej mierzalnym skutkiem działalności obrońcy jest niewinienie oskarżonego, lecz w praktyce sądowej występuje ono rzadko (ok. 2% ogółu spraw skierowanych do sądu z aktem oskarżenia). Tak więc z reguły przed sądem polem manewru dla obrońcy pozostaje podnoszenie okoliczności wpływających na kwalifikację prawną czynu, eliminację niektórych zarzutów oraz łagodzenie odpowiedzialności karnej oskarżonego bądź niekiedy cywilnej.

Z przyjętej definicji efektywnego udziału obrońcy w procesie karnym wynika, że polega ona na skutecznym realizowaniu medycznej zasady *primum non nocere*. Strategia obrończa może polegać na działaniu bądź zaniechaniu działań, jeśli ich skutki mogą się okazać niekorzystne dla oskarżonego. Indywidualna efektywność obrony rozumiana jako odpowiednia jakość jej

⁷ U. Eisenberg, Aspekte der Rechtstellung des Verteidigers, NJW 1991 (vol. 20), s. 1259.

⁸ S. Barton, *op. cit.*, s. 38–40.

⁹ J. H. Rutherford, Dziubak v. Mott and the Need to better Balance of the Indigent Accused, (w:) Minnesota Law Review MLR 1993–1994 (vol. 78), s. 1006–1008 i podane tam orzecznictwo.

¹⁰ P. Kruszyński, Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym, Białystok 1991, s. 38–50.

¹¹ *Ibidem*, s. 54–58.

przygotowania i prowadzenia nie gwarantuje wprawdzie uzyskania korzystnego dla oskarżonego skutku, lecz zwiększa prawdopodobieństwo jego osiągnięcia.

Problem polega na tym, że efektywność obrony rozumiana jako skuteczność działania na korzyść oskarżonego, w dużym stopniu od adwokata nie zależy. Warunkują ją bowiem okoliczności o charakterze obiektywnym, niezależne od stron stosunku obrończego. Są to przede wszystkim względy systemowe, a więc uwarunkowania wynikające z konieczności zapewnienia sprawności i skuteczności systemu wymiaru sprawiedliwości. Taka efektywność wymiaru sprawiedliwości jest postrzegana często przez jego przedstawicieli w wąskim, statystycznym wymiarze, rozumianym jako oszczędność czasu i środków, a podstawowym narzędziem jej realizacji jest dyrektywa szybkości postępowania. Jest to więc efektywność *in sensu stricto*. Należy jednak wskazać, że stanowi ona jedynie jeden z elementów efektywności *sensu largo*, czyli skutecznego osiągania przez system wymiaru sprawiedliwości stawianych przed nim celów zarówno w dziedzinie sprawiedliwości materialnej (poznanie prawdy materialnej i zasada trafnej represji), jak i sprawiedliwości proceduralnej (zasada *fair trial*).

Jednakże efektywna obrona formalna nie pozostaje w prostej antynomii z efektywnością ścigania i wymiaru sprawiedliwości w obu jej wymiarach.

Aktywne zaangażowanie obrońcy w prowadzoną obronę w postępowaniu przygotowawczym może spotkać się z przychylnością organów ścigania, prokuratury i wymiaru sprawiedliwości co do zasady wtedy, gdy sprzyja efektywności ich funkcjonowania. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że wspólne interesy efektywnej obrony i sprawnego, czyli szybkiego wymiaru sprawiedliwości, mogą doprowadzić do współpracy w szczególności w takich dziedzinach, jak¹²:

- wczesne, aktywne zaangażowanie się obrońców w postępowanie przygotowawcze, jeśli pozwoli to na uniknięcie bezpodstawnych oskarżeń bądź nadmiernego stosowania środków przymusu. Jednakże stopień aktywności obrońcy na wstępnym etapie procesu będzie uzależniony z jednej strony od zakresu i realności przyznanych mu na tym etapie postępowania uprawnień, możliwości ich ograniczenia przez organy procesowe (w szczególności odmowy udostępnienia akt sprawy), z drugiej zaś strony od względów taktyki obrończej;
- zawieranie formalnych (bądź nieformalnych) porozumień procesowych służących konsensualnemu zakończeniu procesu i w rezultacie jego przyśpieszeniu, przy poszanowaniu gwarancji prawa do obrony.

Oceniając wzajemne relacje pomiędzy efektywnością systemu wymiaru sprawiedliwości a efektywnością obrony, należy wskazać, że przy opraco-

¹² Por. szerzej na ten temat np. C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawno-porównawczej*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005, s. 44–53 i podana tam literatura.

wywaniu danych statystycznych polskiego Ministerstwa Sprawiedliwości za jeden z mierników oceny pracy prokuratury uznano współczynnik skuteczności ścigania, mierzony ilorazem sumy spraw przesłanych sądowi z aktem oskarżenia, wnioskami o umorzenie w trybie amnestii, wnioskami o warunkowe umorzenie i wnioskami o umorzenie w trybie art. 324 k.p.k., przez liczbę ogółu zakończonych śledztw – dochodzeń (wobec osób)¹³. Ponadto, w polskiej doktrynie procesu karnego wskazuje się na pozytywny wpływ konsensualnych form jego zakończenia na efektywność systemu wymiaru sprawiedliwości¹⁴, a więc również skuteczności działań prokuratury¹⁵.

W nawiązaniu do powyższych rozważań należy stwierdzić, że zarówno w kontradiktoryjnym anglosaskim modelu procesu karnego, jak i w systemie procesu mieszanego panującego na kontynencie europejskim dostrzega się zjawisko współpracy obrońców z oskarżycielami publicznymi. Jak się wskazuje w literaturze amerykańskiej, obrońcy jak i inni uczestnicy działający w ramach systemu sprawiedliwości rozumieją, iż współpraca z tym systemem jest istotna dla efektywnego prowadzenia spraw. Dość często obrońcy odczuwają presję ze strony oskarżycieli, sędziów czy nawet personelu sądowego, aby dążyć do szybkiego zakończenia spraw¹⁶.

¹³ Zgodnie ze statystyką Ministerstwa Sprawiedliwości za I półrocze 2006 r. współczynnik ten w I połowie 2004 r. wynosił 79,7 jednostek ilorazowych, w I połowie 2005 r. 79,5 i w pierwszej połowie 2006 r. – 82,1. Informacja statystyczna o działalności powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury za I półrocze 2006 r., Departament Organizacyjny Ministerstwa Sprawiedliwości, s. 9, www.ms.gov

¹⁴ A. Ważny, Porozumienia procesowe po nowelizacji kodeksu postępowania karnego, (w:) Problemy znowelizowanej procedury karnej, Materiały Konferencji naukowej, Rzeszów–Czarna, 17–18 października 2003 r., Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, s. 249–266; C. Kulesza, Uwarunkowania efektywności prawa do obrony w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego, (w:) Problemy znowelizowanej procedury karnej, *op. cit.*, s. 22–29 i podana tam literatura; H. Paluszkiewicz, S. Stachowiak, A. Trzcńska, Instytucje służące skróceniu postępowania w sądzie pierwszej instancji po nowelizacji kodeksu postępowania karnego, (w:) Problemy znowelizowanej procedury karnej, *op. cit.*, s. 31–34.

¹⁵ Warto wskazać na jakościowy wzrost wniosków prokuratury o skazanie bez rozprawy w trybie art. 335 § 1 k.p.k. (po reformie z dnia 10 stycznia 2003 r.). W I połowie 2004 r. wynosił on 41 061 wniosków (wobec 46 307 osób), w I połowie 2005 r. – 94 854 wniosków (wobec 196 867 osób), a w I połowie 2006 r. – 106 502 wniosków (wobec 119 124 osób). Jeśli chodzi o wskaźniki dynamiki, to przyjmując I połowę 2004 r. za 100, w analogicznym okresie 2005 r. wynosił on 231, a odpowiednio w 2006 r. – 259,4. Jeszcze bardziej wyraźny był wzrost skazań w trybie art. 335 i 343 k.p.k. wynoszący w I połowie 2004 r. – 25 331 skazań, w I połowie 2005 r. – 80 975 skazań, a w analogicznym okresie 2006 r. – 99 330 skazań. Odpowiednie wskaźniki dynamiki skazań, przyjmując I połowę 2004 r. za 100, wynosiły: w I połowie 2005 r. – 231, a odpowiednio w 2006 r. – 259,4. Źródło: Informacja statystyczna..., *op. cit.*, s. 20 i 23.

¹⁶ F. A. Hessick, R. M. Safjani, Plea Bargaining and Convicting Innocent: Role of the Prosecutor, the Defence Counsel and the Judge, *Yale University Journal of Public Law* 2001–2002, t. XVI, s. 210.

W szczególności oskarżyciele publiczni przeciążeni ogromem spraw naciągają na obrońców aby akceptowali ich oferty ugody, co działa jako ważny bodziec ze względu na specyfikę stosunków zachodzących między obrońcami publicznymi a oskarżycielami w codziennej praktyce sądowej. Jak stwierdził jeden z komentatorów: „Obrońca publiczny i oskarżyciel prowadzą sprawy codziennie, występując przeciwko sobie. Zaczynają patrzeć na swoją pracę jako dwaj zapaśnicy zmagający się ze sobą co noc w różnych miastach i z czasem stają się dobrymi przyjaciółmi. Największym zmartwieniem zapaśników jest pewność, że wzajemnie nazbyt się nie uszkodzą. Odnosząc to do sytuacji obrońcy publicznego i oskarżyciela, nie jest dobre dla systemu wymiaru sprawiedliwości oparcie go na systemie przeciwników”¹⁷.

Ze specyfiki podziału funkcji procesowych pełnionych przez oskarżenie, obronę i niezawisły sąd wynika konieczność pewnej współpracy obrońcy z organami procesowymi. W literaturze niemieckiej wskazuje się na jeden z warunków indywidualnej efektywności obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, jakim jest działanie adwokata służące stworzeniu i utrzymaniu dobrych stosunków z prokuraturą celem uzyskania jej przychylności – tzw. *favor procuratori*.

Jednakże, jak wskazuje H. Dahs, pojęcie to jest bardzo niebezpieczne. Jeśli będzie źle interpretowane, może prowadzić do zagrożenia wewnętrznej niezawisłości i wolności obrońcy¹⁸. Z samej istoty działalności obrończej wynika zadanie adwokata sprzeciwiania się decyzjom procesowym i zachowaniom organów procesowych niekorzystnym dla oskarżonego, a w szczególności świadczącym o ich stronniczości. Wymaga to od obrońcy stanowczości i zajmowania twardego stanowiska zarówno na kontradiktoryjnej rozprawie, jak i w inkwizycyjnym postępowaniu przygotowawczym. Prowadząc sprawę swojego klienta, adwokat nie może myśleć o przyszłych rozprawach i konieczności uzyskiwania na nich przychylności sędziów i prokuratorów. W przeciwnym razie może zaniedbać swoje obowiązki energicznej obrony oskarżonego. Tak więc troska o *favor procuratori* nie zawsze idzie w parze z wymogami efektywnej obrony.

Nie należy bowiem zapominać, że procesowe uzgodnienia o charakterze mniej lub bardziej formalnym z sądem i oskarżeniem nie mogą przesłaniać

¹⁷ „The public defender and the prosecutor are trying cases against each other every day. They begin to look at their work like two wrestlers who wrestle with each other in a different city every night and in time to get to be good friends. The biggest concern of the wrestlers is to be sure they don't hurt each other too much. Apply that to the public defender and prosecutor situation, and it is not a good thing in a system of justice that based on the adversary system”. R. A l s c h u l e r, The Defence Attorney's Role in Plea Bargaining, The Yale Law Journal 1975, t. 84, s. 1210.

¹⁸ H. D a h s, Handbuch des Strafverteidigers, wyd. 6, Köln 1999, s. 108

faktu, że warunkiem efektywnego sprawowania funkcji obrończej jest niezależność, stanowiąca jeden z kanonów etyki adwokackiej¹⁹.

Odnosząc się do pojęcia używanego przez H. Dahsa, należy stwierdzić, że niniejsze opracowanie nie dotyczy granic legalności dbania przez obrońcę o przychylność prokuratora. Należy więc wyraźnie stwierdzić, iż troska o *favor procuratori* nie powinna oczywiście wykraczać poza sferę kontaktów służbowych obrońcy z prokuratorem i winna sprowadzać się jedynie do procesowych środków zapewnienia rzetelnego procesu a w szczególności przestrzegania przez prokuratora zasady obiektywizmu, domniemania niewinności i reguły *in dubio pro reo*²⁰, a także odpowiedniego sprawowania nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym (por. art. 326 k.p.k.).

Na konieczność utrzymywania przez obrońców odpowiedniego dystansu i właściwych form w stosunkach osobistych z prokuratorami wskazuje też H. Dahs. Podnosi jednocześnie, że w sytuacji stronniczości prokuratora obrońca nie powinien wahać się przed składaniem wniosków o jego wyłączenie²¹. Z kolei zdaniem tego autora odpowiednie pojmowanie *favor procuratori* powinno zobowiązywać obrońcę do utrzymywania w tajemnicy (także przed jego klientem) okoliczności rozmów i uzgodnień z prokuratorem, a także dotrzymywania zawartych, nawet nieformalnych porozumień na zasadzie *gentlemen's agreement*²².

Powyższe reguły należy uznać za aktualne także w polskiej praktyce procesowej. Warto dodać, że w zasadzie kwestia wzajemnych stosunków personalnych pomiędzy prokuratorem a adwokatem nie została uregulowana ustawowo (poza instytucją wyłączenia prokuratora – art. 47 i 48 k.p.k.). Problemem ten znajduje uregulowanie w normach etycznych przyjętych przez obie korporacje prawnicze. Zbiór zasad etycznych prokuratorów²³ wskazuje, że w stosunkach z adwokatami prokurator powinien unikać publicznego prezentowania zażyłości i przeciwdziałać sytuacjom rodzącym przypuszczenia, że na decyzje merytoryczne mogły mieć wpływ rozwiązania pozaprocessowe. Jednocześnie za słuszne i zgodne z normami etycznymi przyjętymi w adwokataturze polskiej należy uznać postulowania zakazu afiszowania się swoimi (rzeczywistymi bądź pozornymi) znajomościami w sądzie czy prokuraturze,

¹⁹ H. Dahs, Handbuch..., *op. cit.* s. 98–107; Z. Krze mi ń s k i, Etyka adwokacka. Teksty, orzecznictwo, komentarz, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003, s. 55–62.

²⁰ Na zadania obrońcy jako gwaranta przestrzegania tych zasad wskazuje się w szczególności w doktrynie niemieckiej, por. np. C. R o x i n, Strafverfahrensrecht, München 1998, s. 108; K. P e t e r s, Strafprozess. Ein Lehrbuch, wyd. 2, Heidelberg 1985, s. 30 i 279; G. P f e i f e r, (w:) Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum GVG mit Einführungsgesetz, wyd. 5, München 2003, uwaga 26 we wstępie.

²¹ H. Dahs, Handbuch..., *op. cit.*, s. 102–103 i 124–126.

²² Tamże, s. 98–102.

²³ Uchwała przyjęta na II Krajowym Zjeździe Członków Stowarzyszenia Prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 25 maja 2002 r. (dokument ten nie ma charakteru urzędowego).

nawet jeśli w ten sposób obrońca mógłby zyskać większe uznanie w oczach klienta. Warto tu wskazać na § 27 zasad etyki adwokackiej stanowiący, że: „Adwokat obowiązany jest zachować umiar i takt wobec sądu, urzędów i instytucji, przed którymi występuje”²⁴. Ponadto § 18 ust. 2 tychże zasad stanowi, że niedopuszczalne jest okazywanie przez adwokata zażyłości z osobami zatrudnionymi w sądzie, w urzędach i organach ścigania²⁵.

Jeśli chodzi o wczesne angażowanie się obrońców we wstępny etap procesu, istotne znaczenie dla efektywności obrony ma zmiana polskiego modelu postępowania przygotowawczego na mocy reformy z dnia 10 stycznia 2003 r.²⁶. Nastąpiło wtedy odformalizowanie i zredukowanie form postępowania przygotowawczego. Podstawową formę w polskim procesie karnym po tej reformie stanowi śledztwo, zaś postać zredukowaną – dochodzenie²⁷. O ile redukcja formalizmu postępowania w dochodzeniu nie stanowi sama w sobie zagrożenia dla efektywnej obrony, o tyle mogą one wynikać ze sprzężenia tej tendencji z dominacją w nim Policji i rozluźnieniem sądowej kontroli dowodów utrwalonych na tym etapie procesu²⁸. Owo rozluźnienie wynika z tendencji do rozszerzania wyjątków od zasady bezpośredniości postępowania dowodowego na rozprawie głównej²⁹. Jest ona szczególnie niebezpieczna w przypadku wprowadzania do procesu karnego wyników kontroli operacyjnej jako podstawy wyrokowania. Będzie to bowiem wprowadzenie dowodu pośredniego, chyba że w toku rozprawy zapadnie decyzja o przesłuchaniu w charakterze świadków *incognito*, agentów policji, którzy taką kontrolę przeprowadzali³⁰. W takiej sytuacji powstają zagrożenia nie

²⁴ Por. także orzecznictwo Wyższej Komisji Dyscyplinarnej podane przez Z. Krzemińskiego, *Etyka adwokacka. Teksty, orzecznictwo, komentarz*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003, s. 46–47.

²⁵ Z. Krzemiński, *Etyka adwokacka...*, s. 55–57 i podane tam orzecznictwo sądów dyscyplinarnych.

²⁶ Dz. U. Nr 17, poz. 155.

²⁷ P. Hofmański, D. Szumiło-Kulczycka, S. Waltoś, *Przyspieszanie postępowania karnego w Polsce*, referat wygłoszony na międzynarodowej konferencji poświęconej przewlekłości postępowania karnego oraz środkom służącym jego przyśpieszeniu (Kraków, 5–6 kwietnia 2004 r., s. 28–29 i 31–32). W II połowie 2003 r. aż 80,87% wszczętych postępowań przygotowawczych było prowadzonych w formie dochodzenia, z czego aż 99,52% dochodzeń było prowadzone przez policję lub inny uprawniony organ. Tylko 0,49% dochodzeń było wszczynanych bądź przejętych do prowadzenia przez prokuraturę, *ibidem*, s. 36.

²⁸ Por. np. C. Kulesza, *Obrońca w postępowaniu przygotowawczym (wybrane aspekty)*, (w:) *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga Pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, Toruń 2004, s. 201–204.

²⁹ Tendencję do rozszerzania wyjątków od zasady bezpośredniości w procesie karnym XXI wieku uważa za nieuchronną m.in. S. Waltoś, *Wizja procesu karnego XXI wieku*, (w:) *Postępowanie karne w XXI wieku (materiały z konferencji)*, P. Kruszyński (red.), Warszawa 2002, s. 31.

³⁰ Tamże, s. 32. Na temat sporów w doktrynie polskiej i niemieckiej oraz orzecznictwa sądów niemieckich w tym zakresie por. np. C. Kulesza, *Obrońca...*, *op. cit.*, s. 204–215 i podana tam literatura oraz orzecznictwo.

tylko dla efektywnej obrony, lecz i zasady prawdy obiektywnej przez opieranie orzeczeń sądowych na dowodach zgromadzonych przez organy ścigania bez udziału obrońcy i przy braku sądowej kontroli ich zbierania i utrwalania.

Na tle powyższych rozważań powstaje więc pytanie, dlaczego obrońca powinien dbać o *favor procuratoris*? Taka troska adwokata powinna wynikać chociażby z kompetencji prokuratora do podejmowania bądź zatwierdzania przez niego jako główny organ postępowania przygotowawczego szeregu decyzji o mniejszym lub większym stopniu dyskrecjonalności:

- wszczęciu, bądź odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego,
- umorzeniu postępowania przygotowawczego,
- przedstawieniu zarzutów, ich zmianie bądź uzupełnieniu (zob. art. 308 § 3 i 4 oraz 313 k.p.k.),
- sporządzeniu wniosków o areszt oraz możliwość zmiany bądź uchylenia aresztu tymczasowego zastosowanego przez sąd,
- samoistnemu decydowaniu (co do zasady) w przedmiocie nieizolacyjnych środków zapobiegawczych oraz stosowania innych środków przymusu,
- podejmowaniu ostatecznej zgody na udostępnienie akt postępowania przygotowawczego bądź odmowa udostępnienia,
- decydowaniu o udziale obrony w czynnościach postępowania przygotowawczego (w szczególności innych niż niepowtarzalne – art. 317 k.p.k.),
- czuwaniem nad prawidłowym i sprawnym przebiegiem postępowania przygotowawczego (art. 326 k.p.k.),
- zakreślaniu przedmiotowych i podmiotowych granic aktu oskarżenia,
- sporządzaniu obok innych organów ścigania wniosków o skazanie oskarżonego bez rozprawy w trybie art. 335 k.p.k.,
- wyrażeniu sprzeciwu w stosunku do warunkowego dobrowolnego poddania się oskarżonego karze w trybie art. 387 k.p.k.,
- wnioskowaniu o warunkowe umorzenie postępowania karnego (art. 336 k.p.k.) bądź umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających (art. 324 k.p.k.).

Obrońca z reguły wstępuje do procesu najwcześniej od momentu przedstawienia zarzutów określonej osobie. Ewentualna współpraca adwokata z prokuratorem prowadzącym bądź nadzorującym postępowanie przygotowawcze będzie wyglądała różnie w zależności od problemu winy podejrzanego.

Aby jednak obrońca doradzał swojemu klientowi współpracę z organami ścigania, musi być pewien następujących kwestii:

- a) oskarżony jest winny,
- b) organy te zgromadziły materiał dowodowy wystarczający do uznania podejrzanego winnym,
- c) nie istnieje realne zagrożenie dla życia, zdrowia bądź mienia w znacznych rozmiarach, podejrzanego lub osób najbliższych ze strony współ-

podejrzanych i ich współników, bądź też możliwe jest skorzystanie z instytucji świadka anonimowego bądź koronnego. Jednak ta ostatnia instytucja dotyczy tylko określonego katalogu przestępstw.

Ad a. Być może kontrowersyjnym jest stwierdzenie, że w takiej sytuacji obrońca powinien uzyskać od podejrzanego przyznanie się do winy. Oczywiście musiałyby ono nastąpić w „cztery oczy” i być objęte tajemnicą obrończą. Kontrowersyjność tego poglądu wynika z założenia, że co do zasady obrońca nie powinien pytać swego klienta, czy jest winien zarzucanych mu czynów. Taki stan niewiedzy daje adwokatowi większy komfort działania: bez względu na winę każdy oskarżony powinien być broniony, tak jak osoba niewinna.

Ponadto sama kwestia przyznania się oskarżonego do winy bądź jego brak nie powinna być decydująca dla obrania odpowiedniej taktyki obrony. Z jednej bowiem strony przyznanie się do winy może nie być prawdziwe i wynikać z różnych względów, nierzadko pozaprocesowych, osobistych. Jedynie tytułem przykładu należy wskazać na chęć ochrony osób najbliższych, współpodejrzanych, wpływ długotrwałego aresztu tymczasowego, presję organów ścigania (niekiedy na granicy prawa) bądź inne względy.

Podobnie negowanie przez podejrzanego jego winy, niekiedy wbrew oczywistym dowodom obciążającym, może wynikać ze względów osobistych, nie zawsze ściśle związanych z toczącą się sprawą. Może to być uczucie wstydu wobec osób najbliższych, znajomych bądź też brak zaufania do adwokata, traktowanego jako jeden z przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości (szczególnie, jeśli jest on obrońcą z urzędu).

Jednakże brak przyznania się oskarżonego do winy wobec obrońcy implikuje z reguły sprzeciw tegoż oskarżonego wobec współpracy z organami ścigania, a ten z kolei powinien być traktowany przez obrońcę – w tym przypadku jedynie pomocnika oskarżonego – jako zakaz porozumienia z tymi organami. W takiej bowiem sytuacji wola oskarżonego powinna być decydująca.

Ad b. Przyznanie się oskarżonego do winy złożone wobec jego obrońcy stanowi moim zdaniem *conditio sine qua non* podjęcia negocjacji z organami ścigania i prokuratorem, lecz nie jest to warunek wystarczający. Takie bowiem oświadczenie powinno być zweryfikowane przez adwokata przez analizę zebranego w sprawie materiału dowodowego. Niestety, z reguły nie jest to możliwe ze względu na częste odmowy zapoznania się z aktami postępowania przygotowawczego w trakcie jego trwania (art. 156 § 5 k.p.k.).

W sytuacji takiej odmowy, zaskarżanej jedynie w trybie nadzoru prokuratorского (art. 156 § 5 i 159 k.p.k.), obrońca może zweryfikować oświadczenie swojego klienta jedynie w drodze pozyskania innych, niejako zastępczych informacji dowodowych. Takie uzupełniające informacje może on bowiem uzyskać przez sporządzenie przez organ procesowy na wniosek obro-

ny bądź z urzędu uzasadnień postanowień (bądź zarządzeń) o przedstawieniu zarzutów (313 § 3 k.p.k.), ich zmianie bądź uzupełnieniu (art. 314 k.p.k.), jak też w przedmiocie środka zapobiegawczego.

Nieporozumieniem (bądź ewentualnie postulatem *de lege ferenda*) wydaje się jednak twierdzenie P. Wilińskiego, nie mające oparcia w aktualnym brzmieniu k.p.k., że „Zgodnie z art. 313 k.p.k. zaznajomienie z materiałami śledztwa musi nastąpić w związku z wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Podobnie będzie w przypadku zmiany lub rozszerzenia zarzutów (art. 314 k.p.k.)”³¹.

W polskiej literaturze przedmiotu wskazuje się, że ze względu na istotne ograniczenia w możliwości zapoznania się z aktami postępowania przygotowawczego obrońca powinien skłaniać podejrzanego, aby składał on wnioski o sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Takie uzasadnienie gwarantować ma nie tylko realizację prawa do obrony, ale również pozwalać na skontrolowanie zasadności stawianych zarzutów. W doktrynie przypisuje się mu duże znaczenie poznawcze, mimo że nie zawiera źródeł dowodowych, których podanie byłoby zdaniem P. Girdwojnia błędem organów ścigania, Według tego autora informacje płynące z takich uzasadnień wraz z oświadczeniami podejrzanego pozwalają odtworzyć hipotetyczne źródła dowodowe, a nawet dotrzeć do nich w ramach własnych czynności wykrywczych³².

Z reguły jednak uzasadnienia te są lakoniczne, ogólnikowe, a nawet wprowadzające w błąd co do podstawy dowodowej. Kolejnych informacji może dostarczyć obrońcy udział w czynnościach procesowych (przede wszystkim niepowtarzalnych – art. 316 k.p.k.), dokonywanych na wniosek obrony (art. 315 k.p.k.), czy zapoznanie się z opiniami biegłych (art. 318 k.p.k.).

Ad. c. Obawa dla zdrowia i mienia w znacznych rozmiarach stanowi przesłankę nadania uczestnikom procesu statusu świadka anonimowego. Tak więc *expressis verbis* dotyczy ona świadka, a nie podejrzanego. Polskie ustawodawstwo nie przewiduje bowiem żadnych instytucji chroniących podejrzanego. Taka możliwość istnieje jedynie w przypadku podejrzanego, który zyskał status świadka koronnego. Nie należy jednak zapominać o możliwości konwersji roli oskarżonego, który zeznaje jako świadek po wyłączeniu jego sprawy do odrębnego rozpoznania wobec współoskarżonych (art. 182 § 3 k.p.k.).

Jak wspomniano wcześniej, pogląd na kwestię winy oskarżonego obrońca może uzyskać na wczesnym etapie postępowania jedynie z rozmowy z klientem, lektury uzasadnień decyzji procesowych czy udziału w niektórych czynnościach procesowych. Z kolei organ prowadzący postępowanie przy-

³¹ P. Wiliński, Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym, *op. cit.*, s. 375.

³² P. Girdwojń, *Zarys kryminalistycznej taktyki obrony*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, s. 101.

gotowawcze i prokurator mają pełną znajomość zebranego w sprawie dotyczącego materiału dowodowego. Jeśli uznają, że jest on wystarczający, dokonują czynności przedstawienia zarzutów.

Pole ewentualnej współpracy z adwokata z organem postępowania przygotowawczego może być określone przez dwa fakty: do przedstawienia zarzutów wystarczy jedynie „uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa”, a ponadto jest to decyzja niezaskarżalna. Tak więc organ taki może przedstawiać zarzuty niejako „na wyrost”, bez posiadania wiedzy wystarczającej do oceny ich zasadności i słuszności przyjętej kwalifikacji prawnej.

Niepewność co do zasadności zarzutów może go skłonić do udostępnienia akt postępowania celem ich weryfikacji przez podmiot reprezentujący stronę przeciwną – obrońcę. Jednakże takie posunięcie wymaga dobrej woli prokuratora, który kierując się zasadą obiektywizmu, chciałby uwolnić obywatela od niesłusznych zarzutów już na tym etapie postępowania. Nie ulega bowiem wątpliwości, że obecne ustawodawstwo pozwala prokuratorowi w takiej sytuacji trzymać „karty przy orderach”, gdyż zażalenie na odmowę zapoznania się z aktami sprawy rozpoznawane jest w pionie prokuratury. Warto dodać, iż art. 156 § 5 k.p.k. nie przewiduje żadnych kryteriów odmowy prowadząc decydentów do przekonania, że jest to decyzja w pełni dyskrecjonalna.

W mojej praktyce adwokackiej spotkałem się z dość skrajnymi poglądami wyrażanymi przez młodych prokuratorów, że „w przeciwieństwie do innych krajów, polskie ustawodawstwo nie przewiduje możliwości zapoznania się obrońców z aktami postępowania przygotowawczego przed jego zakończeniem”. Warto dodać, że również orzecznictwo Sądu Najwyższego nie traktuje braku właściwego zaznajomienia obrońcy z materiałami postępowania przygotowawczego za rażące uchybienie procesowe i wskazuje na konieczność podnoszenia takiego zarzutu przez obronę na wczesnych etapach postępowania³³.

Sytuacja taka niesie szczególnie ciężkie skutki dla podejrzanego tymczasowo aresztowanego. W takim wypadku prokuratura zarządzenie o odmowie

³³ Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 marca 2005 r. (V KK 355/04, LEX nr 148196): „Nawet gdyby przyjąć, że obrońca oskarżonego nie został w sposób prawidłowy zapoznany z materiałami postępowania przygotowawczego, nie sposób przyjąć, że zarzut taki skutecznie można podnieść dopiero na etapie postępowania kasacyjnego. Co więcej, tego rodzaju uchybienie zaistnieć mogłoby wyłącznie poprzez dopuszczenie do sytuacji, w której sporządzono akt oskarżenia i skierowano go do sądu, choć część materiału dowodowego zebranego przez oskarżyciela nie była znana obronie. Uniemożliwiłoby to podjęcie obrony, poprzez zgłoszenie wniosków dowodowych, co do tych okoliczności, jeszcze na etapie postępowania przygotowawczego. Jeżeli jednak brak ten nie był oceniany w ten sposób przez obronę (lub sąd) przed otwarciem przewodu sądowego i doszło do odczytania aktu oskarżenia, a następnie złożenia wyjaśnień przez oskarżonego oraz dalszych czynności dowodowych, został on niejako konwalidowany, poprzez wkroczenie procesu w kolejne stadium”.

zapoznania się obrońcy z aktami sprawy z reguły uzasadnia obawą matactwa. Z uzasadnień zarządzeń odmownych można wysnuć wniosek, że biorąc pod uwagę, iż oskarżony jest tymczasowo pozbawiony wolności, to właśnie obrońca *de facto* jest podejrzewany przez prokuratora o zamiar popełnienia przestępstwa z art. 239 k.k.

Warto tu wskazać na orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 27 maja 2003 r. w sprawie *Wedler v. Poland* (44115/98, LEX nr 78529) stwierdzające m.in.: „Z potrzeby zagwarantowania przeprowadzenia skutecznego śledztwa może wynikać konieczność utrzymania w tajemnicy części zebranych podczas śledztwa informacji w celu zapobiegnięcia wpływowi na dowody przez podejrzanych i zakłócaniu przebiegu procesu. Jednakże, ów słuszny skądinąd cel nie może zostać osiągnięty kosztem istotnych ograniczeń praw do obrony. W związku z tym, informacje ważne z punktu widzenia oceny zgodności z prawem aresztowania danej osoby należy udostępnić we właściwy sposób obrońcy podejrzanemu”.

Jak stwierdza się w polskiej literaturze przedmiotu³⁴, we wszystkich tych przypadkach, w których podejrzany jest tymczasowo aresztowany w śledztwie czy dochodzeniu, a jednocześnie przez cały czas trwania postępowania przygotowawczego odmawia się mu dostępu do akt tegoż postępowania (w tym także do tej części materiału dowodowego, która stanowi podstawę faktyczną przedłużania stosowania tego środka zapobiegawczego, a na którą powołują się sądy w sposób nieskonkretyzowany w swoich postanowieniach), wysoce prawdopodobne jest stwierdzenie naruszenia standardów rzetelnego procedowania wymaganych na gruncie art. 5 § 4 EKPC.

Prokuratorzy ze stoickim spokojem przechodzą do porządku dziennego nad argumentem, że gdyby obrońca po lekturze akt sprawy doszedł do wniosku, że zgromadzone dowody silnie obciążają jego klienta, mógłby skłonić go do współpracy z organami ścigania. Oceniając, że leży to w interesie podejrzanego, obrońca mógłby spowodować przerwanie jego milczenia i złożenie wyjaśnień przyczyniających się do lepszego poznania przez prokuratora okoliczności sprawy, w tym odnoszących się do innych podejrzanych. Nie należy także zapominać, że *favor procuratori* podejrzany może uzyskać z reguły w sprawach, gdzie występuje przynajmniej kilku podejrzanych (bądź też grupa lub związek przestępczy), a zainteresowany współpracą dostarcza materiału obciążającego innych podejrzanych³⁵. W takiej sytu-

³⁴ M. Wąsek-Wiaderek, Dostęp do akt sprawy oskarżonego tymczasowo aresztowanego i jego obrońcy w postępowaniu przygotowawczym – standard europejski a prawo polskie, *Palestra* 2003, nr 3–4, s. 55.

³⁵ Jak podkreślił sąd apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. (II AKa 107/05, LEX nr 164569): „Z treści przepisu art. 60 § 3 k.k. jednoznacznie wynika, iż może on mieć zastosowanie jedynie w wypadku ujawnienia przez oskarżonego, współdziałającego z innymi osobami, informacji dotyczących osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa

acji podejrzany mógłby skorzystać chociażby z dobrodziejstw instytucji czynnego żalu określonej w art. 60 § 3 i 4 k.k. Jest to szczególnie istotne, gdyż z kolei możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w oparciu o jego dążenia do naprawienia szkody bądź pojednania z pokrzywdzonym (art. 60 § 2 k.k.) jest w pełni fakultatywna³⁶, zaś z reguły od prokuratora zależy, czy wskaże przed sądem na takie starania oskarżonego.

Skrajnym przykładem koncesji, jakie może uzyskać podejrzany w takiej sytuacji, jest oczywiście nadanie mu statusu świadka koronnego.

Faktyczny brak możliwości zapoznania się przez obrońców z aktami postępowania przygotowawczego (co jest zasadą szczególnie w przypadku podejrzanych nie przyznających się do winy) w trakcie jego trwania wywołuje kwestię dopuszczalności tzw. śledztw własnych adwokatów³⁷. Jak wykazały badania P. Girdwojnia, sami adwokaci sceptycznie zapatrują się na problem dopuszczalności takich śledztw i praktycznej użyteczności (przy stosunkowo wysokiej ocenie abstrakcyjnej)³⁷. Wynika to niewątpliwie z negatywnych doświadczeń, jakie obrońcy nabyli w kontaktach z organami procesowymi w trakcie przesłuchiwania przez nie świadków, z którymi obrona miała wcześniej kontakt. Z doświadczeń praktyki wynika, że sądy, nie chcąc się narażać na wnioski obrony składane na podstawie art. 41 k.p.k. i w trosce o stosowną kulturę rozprawy, nie czynią widocznego rozróżnienia co do wiarygodności świadków oskarżenia i obrony (który to podział, w przeciwieństwie do procesu anglosaskiego nie ma oparcia w k.p.k.). Zdarzają się jednak dość agresywne ataki słowne prokuratorów na świadków, wyrażających niekiedy sądy na rozprawie w przypominaniu świadkom o odpowie-

oraz istotnych jego okoliczności. Powyższe oznacza zatem, iż z przewidzianego tam dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary może skorzystać wyłącznie sprawca współdziałający z innymi (co najmniej 2) osobami w popełnieniu przestępstwa. Wskazanie paserów nie jest w rozumieniu przepisu art. 60 § 3 k.k. ujawnieniem osób współdziałających, jako że współdziałający to współsprawca, podlegacz czy też pomocnik, (niezależnie od postaci zjawiskowej zachowania), ale popełniający czyn wspólnie ze sprawcą, który następnie decyduje się ujawnić istotne okoliczności przestępstwa. Sprawca działający sam może natomiast, o ile są ku temu podstawy, skorzystać z nadzwyczajnego złagodzenia kary przewidzianego w art. 60 § 1 i 2 k.k., bądź też okoliczność szczerego przyznania się oskarżonego do popełnionych przestępstw może być potraktowana przez sąd jako pozytywnie charakteryzująca jego osobę i przemawiająca tym samym za łagodniejszym wymiarem kary”.

³⁶ Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 27 lipca 2005 r. (II KK 89/05, LEX nr 152499): „Zarzut niezastosowania przez sąd przepisów art. 60 § 1 i 2 k.k. nie może być podstawą kasacji. Oczywiście jest przecież, że nie zachodzi przypadek rażącego naruszenia prawa materialnego przez niezastosowanie określonego przepisu w sytuacji, gdy ustawa przewiduje jedynie możliwość jego stosowania”.

³⁷ *In abstracto* większość ankietowanych przez tego autora adwokatów uznałaby takie własne czynności wyjaśniające za potrzebne. Jednocześnie badania te wykazały, że 59% adwokatów uznała kontakty obrońcy ze świadkami za niedopuszczalne ze względu na etykę adwokacką, 10% za raczej niedopuszczalne, a 30% nie stwierdziło ich sprzeczności z etyką; P. G i r d w o y Ń, *Zarys kryminalistycznej taktyki obrony*, *op. cit.*, s. 106–108 i 116.

działności karnej za fałszywe zeznania. Ponadto takie działania adwokatów spotykają się często z nieufnością prokuratorów prowadzących bądź nadzorujących postępowanie przygotowawcze jako naruszające w sferze dowodowej ich uprawnienia wynikające z monopolu ścigania. Jednakże należy zgodzić się z P. Girdwoyń, że przy ocenie dopuszczalności śledztw własnych adwokatów należy spojrzeć na problem z perspektywy kompleksu gwarancji wynikających z zasady prawa do obrony: „Można więc uznać, że omawiane uprawnienia stanowią prostą konsekwencję i dopełnienie praw przysługujących podejrzanemu i jego obrońcy w polskim procesie karnym, takich jak: prawo do udziału w czynności, prawo do składania wniosków dowodowych, czy prawo wglądu w akta”³⁸.

Podsumowując te wywody odnoszące się do problemu dopuszczalności własnych czynności wyjaśniających adwokatów, należy się do nich odnieść pozytywnie, jeśli ich zakresem będą objęte przede wszystkim czynności poszukiwawcze. Ich głównym celem powinno być, zgodnie chociażby z poglądem A. Tarachy, raczej pozyskiwanie informacji dowodowych niż gotowych środków dowodowych. Autor ten nie odmawia osobom prywatnym prawa do nieformalnego poszukiwania dowodów rzeczowych i dokumentów (także prywatnych) w przewidzianych przez k.p.k. granicach, jak też informacji o nieznanymi jeszcze organom ścigania źródłach dowodowych. Będą to więc działania dostarczające głównie informacji o dowodach (podobnie jak działalność operacyjna), a nie „gotowych” środków dowodowych (zwłaszcza pojęciowych). Lecz muszą to być działania legalne, nienaruszające praw osób trzecich, które „nie wkraczają w kompetencje organów ścigania uprawnionych do działania z urzędu w interesie publicznym”³⁹.

Argumentów na poparcie tezy o generalnej legalności takich działań adwokatów może stanowić szczególna pozycja zajmowana przez obrońców w procesie karnym. Wśród zwolenników różnych koncepcji stanowiska prawnego obrońcy w polskim procesie karnym istnieje zgodność, że obrońcy z jednej strony jako pomocnicy oskarżonych są zobowiązani do działania wyłącznie na korzyść oskarżonego (art. 86 § 1 k.p.k.), z drugiej zaś pełnią funkcję publiczną, obejmującą także dbanie o praworządność postępowania. Jeśli tak, to wymóg skutecznego działania na korzyść oskarżonego wymaga, aby w momencie planowania i podejmowania każdy obrońca posiadał wiedzę i informacje niezbędne do oceny *ex ante* kierunku takich działań w stosunku do interesu prawnego oskarżonego⁴⁰.

³⁸ P. Girdwoyń, *Zarys...*, *op. cit.*, s. 106–107.

³⁹ A. Taracha, O dowodach prywatnych w świetle konstytucji – polemicznie, *Palestra* 2005, nr 1–2, s. 99.

⁴⁰ Zakres takiej informacji będzie zależny od klasy prawnika, zgodnie z jednym z praw Spencera, głoszącym, iż: 1. Dowolny prawnik potrafi rozpoznać sprawę, mając dostateczną liczbę faktów. 2. Dobry prawnik potrafi rozpoznać sprawę bez dostatecznej liczby faktów. 3. Praw-

Z drugiej zaś uznanie obrońcy za osobę pełniącą funkcję publiczną powinno skłonić ustawodawcę bądź też organy stosujące prawo (w tym prokuraturę) do przyznania mu większych uprawnień (ustawowych lub swobody faktycznej) do realizacji stawianych przed nim istotnych zadań, jakie pełni nie tylko w stosunku do oskarżonego, ale i szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości. Pełniąc funkcję publiczną (w swoistym, a nie w znaczeniu określonym chociażby w k.k.), nie jest on „czystą” osobą prywatną, a więc zgromadzone przez niego dowody czy informacje powinny mieć większy wpływ (gwarantowany przez ustawę – zmiana art. 393 § 3 k.p.k. – lub praktykę orzeczniczą) na proces karny niż klasyczne „dowody prywatne”. Uwzględnienie publicznego charakteru profesji obrońcy powinno być bowiem postrzegano nie tylko w kategoriach zwiększonej odpowiedzialności za przestrzeganie prawa (granice legalności działań obrońcy), lecz i zwiększonych uprawnień.

Jeśli chodzi o dopuszczalność własnych czynności wyjaśniających adwokatów w kontekście kanonów etyki tego zawodu, to powstałe jeszcze w latach 60. XX w. orzecznictwo SN i sądów dyscyplinarnych adwokatury nie zawsze przystaje do obecnej rzeczywistości, gdzie aktywna rola obrońcy i konsensualne formy zakończenia procesu stanowią o jego nowej jakości. Można tu wskazać na orzeczenie SN z dnia 24 listopada 1962 r. (R. Adw. 29/62, *Palestra* 1963, nr 3), podnoszące, że wezwanie przez obrońcę do zespołu adwokackiego osób, które mają zeznawać w charakterze świadków, w celu odbycia z nimi rozmowy, stwarza pozór urabiania świadków przez adwokata i wywierania wpływu na kształtowanie biegu sprawy, sprzecznego z obowiązującym porządkiem prawnym⁴¹. Jednakże wątpliwości natury etycznej budzić może dyktowanie np. świadkom oskarżenia treści ich oświadczeń, które mają złożyć przed organem procesowym⁴², a za sprzeczne także z prawem, jeśli podana w nich treść jest przejawem kłamstwa procesowego.

Ponadto należy wskazać, że w praktyce procesowej tolerowane są tzw. śledztwa dziennikarskie, gdzie dziennikarze korzystają z tzw. prowokacji dziennikarskiej, dokonując nagrań ukrytą kamerą bez zgody zainteresowanych osób bądź w inny sposób gromadzą dowody, które w świetle obowiązującego k.p.k. powinny być uznane za nielegalne⁴³. Zgadzam się ze stanowiskiem S. Mikke o przemożnym wpływie mediów na obecny proces karny i zagrożenia wynikające stąd dla zasady domniemania niewinności i prawa

nik doskonały potrafi działać przy całkowitej nieznanomości faktów; A. Bloch, *Prawnicze prawa Murphy'ego*, Kraków 2003, s. 21.

⁴¹ Cytowane za: Z. Krzemieński, *Etyka...*, *op. cit.*, s. 48.

⁴² Tamże, s. 47–48.

⁴³ A. Taracha, *O dowodach prywatnych w świetle konstytucji*, *op. cit.*, s. 95 i podana tam literatura.

oskarżonego do obrony⁴⁴. Praktyką tolerowaną przez organy ścigania jest prowadzenie „wywiadów” (czy też, jak określa ten autor, „przesłuchań”) dziennikarskich ze świadkiem lub podejrzanym wezwanym przez prokuratora lub sejmową komisję śledczą. Nie można wykluczać w takich sytuacjach prób wpływania przez dziennikarza na przyszłe zeznania lub wyjaśnienia, które te osoby będą składały przed wzywającymi je organami, co np. w przypadku obrońcy mogłoby być poczytane za próbę mactwa lub wypełnianie znamion przestępstwa poplecznictwa określonego w art. 239 k.k. Ingerencja nieetycznych dziennikarzy w proces karny może przyczynić się nie tylko do zahamowania lub wypaczenia jego biegu (np. przez oczernianie prowadzących go policjantów lub prokuratorów), lecz także szkodzić, przez stawianie na tanią sensację, nie tylko podejrzanym, lecz także ofiarom przestępstw⁴⁵.

Podsumowując *de lege lata* możliwość wprowadzania do materiału sprawy dowodów prywatnych zgromadzonych przez obronę nie należy przekreślać całkowicie ich znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, chociażby przez demonizację zakazu z art. 393 § 3 k.p.k. Jeśli bowiem złożone przez adwokata prywatne ekspertyzy czy pisemne oświadczenia potencjalnych świadków, bądź „protokoły” ich „przesłuchania” przez adwokatów nie będą odczytane ani ujawnione jako dowody ściste, a przez to pominięte w podstawie wyrokowania, to nie należy zapominać, że pozostaną w aktach sprawy. Póki w polskim procesie karnym obowiązuje zasada swobodnej, a nie legalnej oceny dowodów, nie istnieje przepis, który nakazywałby wyłączenie ich z akt sprawy, a przez to mogą one wywrzeć także nieformalny wpływ na ocenę przez sędziego kwestii winy i odpowiedzialności karnej oskarżonego. Ponadto prowadzenie takich własnych czynności wyjaśniających przez obrońców może przyczynić się do zwiększenia inicjatywy dowodowej obrońców na wstępnym etapie postępowania, w szczególności w przypadku, gdy będą oni dysponowali przynajmniej częściową wiedzą o materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie. W rezultacie może to przyczynić się do lepszego wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy, skrócenia procesu i zwiększenia efektywności organów prowadzących bądź nadzorujących postępowanie przygotowawcze. Warto dodać, że w literaturze amerykańskiej i angielskiej wskazuje się, że jedną z głównych przyczyn błędnych skazań jest naduży-

⁴⁴ S. Mikke, Mediokracja, *Palestra* 2004, nr 9–10, s. 103–105. Na niebezpieczeństwo naruszenia przez media zagrożeń dla rzetelnego procesu wskazuje się także w literaturze angielskiej i amerykańskiej, por. np. J. Armstrong, You Say “Fair Trial” and I Say “Free Press”: British and American Approaches to Protecting Defendants’ Rights in High Profile Trials, *New York University Law Review* 2000, vol. 75, s. 1412–1451.

⁴⁵ Por. np. C. Kulesza, Ofiara przestępstwa w polskiej prasie, (w:) *Relacje o przestępstwach i procesach karnych w prasie codziennej w Niemczech i w Polsce* (D. Dölling, K. H. Gössel, S. Waltoś – red.), Kraków 1997, s. 151–162.

wanie uprawnień przez policję (działającą przy nikłym nadzorze oskarżycieli publicznych i symbolicznej następczej kontroli sądu) w szczególności w dziedzinie wymuszania przyznania się podejrzanego do winy, niekontrolowanego korzystania z informatorów policyjnych i ograniczania dostępu obrony do akt postępowania przygotowawczego (po jego zakończeniu)⁴⁶. Brak odpowiedniej informacji przez adwokata (a posiadanej przez oskarżyciela publicznego) sprawia szczególne trudności w efektywnym prowadzeniu obrony⁴⁷, mimo że w krajach tradycji anglosaskiej obrońcy dysponują możliwością prowadzenia własnych śledztw, których wyniki mogą być prezentowane na rozprawie sądowej i zaliczane w poczet materiału dowodowego. Warto również wskazać, że ograniczenie prawa oskarżonego do swobody składania wyjaśnień uważane jest za rażące naruszenie prawa do obrony także w orzecznictwie sądów polskich⁴⁸. Przeciwdziałaniu takim praktykom organów ścigania w postępowaniu przygotowawczym powinno służyć szersze korzystanie z możliwości przesłuchiwanie podejrzanego w obecności jego obrońcy, którą przewiduje art. 301 k.p.k.

Współpraca adwokata z prokuratorem jest szczególnie ważna dla efektywnego sprawowania obrony podejrzanego, wobec którego jest stosowany areszt tymczasowy. Mimo że obecnie ten najostrożniejszy środek zapobiegawczy jest stosowany przez sądy, należy wskazać na wysoki stopień akceptacji przez nie wniosków prokuratorskich w tej dziedzinie, przy malejącej liczbie tych wniosków⁴⁹. Z analizy danych ogólnopolskich wynika, iż przy malejącej

⁴⁶ Por. np. D. L. Martin, Lessons About Justice from the „Laboratory“ of Wrongful Convictions: Tunnel Vision, the Construction of Guilt and Informer Evidence, *UMK Law Review*, vol. 70, 2001–2002, s. 850–865; D. Horan, The Innocence Commission: An Independent Review Board of Wrongful Convictions, *Northern Illinois University Law Review*, vol. 20, 2000, s. 117–124.

⁴⁷ Por. np. R. Leng, Defence strategies for information deficit: negotiating the CPIA, *The International Journal of Evidence & Proof* 1996–1997, s. 215–232.

⁴⁸ W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2003 r. (WK 41/02, OSNWSK 2003, nr 1, poz. 93) słusznie przyjęto, że jeżeli oskarżonym w znacznym stopniu ograniczono bądź zniesiono swobodę składania wyjaśnień, w sposób rażący naruszyło to ich podstawowe procesowe prawo do obrony.

⁴⁹ Jak wynika z przytoczonych informacji statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości za pierwsze półrocza lat 2002–2006 odsetek uwzględniania takich wniosków osiągał około 90%, wynosząc odpowiednio: w 2002 r. – 91,7%; w 2003 r. – 93,4%; w 2004 r. – 89,4%, w 2005 r. – 89,1%; w 2006 r. – 90,1%. Jak wynika z tej statystyki, analiza danych pięcioletnich wskazuje, iż w I półroczu 2006 r. załamała się wzrostowa tendencja w liczbie wniosków prokuratorskich o tymczasowe aresztowanie. W I półroczu 2006 r. liczba wniosków była mniejsza niż w okresie ubiegłym o 2 tys. (9,6%), a w porównaniu z rokiem 2002 – wyższa o 541 (2,9%). Liczby zastosowanych przez sąd tymczasowych aresztowań zwiększały się od I półrocza 2002 r. do I półrocza 2005 r. Z kolei w I półroczu 2006 r. nastąpił ich spadek (w porównaniu z I półroczem 2005 r.) o 1654 (8,8%). Odsetek zastosowanych aresztów w stosunku do wniosków wyniósł 90,1% i był nieznacznie wyższy niż zanotowano w ostatnich dwóch okresach sprawozdawczych i niższy niż w I półroczach lat 2002 i 2003. Zdecy-

liczbie zastosowanych tymczasowych aresztowań, zmniejsza się również liczba rozpoznanych zażaleń, wzrasta liczba uchylonych aresztów, ale zmniejsza – uwzględnionych zażaleń przez sąd w odniesieniu do zażaleń rozpoznanych. Tak więc w okresie lat 2002–2006 sądy uwzględniały jedynie około 12% zażaleń na zastosowanie tymczasowego aresztowania, zaś prawie 90% wszystkich uchyleń aresztów dokonywała prokuratura z urzędu (art. 253 § 1 k.p.k.) bądź rozpoznając wniosek obrony (art. 254 k.p.k.)⁵⁰. Podobne wyniki wykazały badania wykonane w okręgu Sądu Okręgowego w Łodzi przez J. Izydorczyka, z których wynika, że sądy rejonowe uwzględniały ponad 90% wniosków prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania i w takiej samej proporcji sąd II instancji utrzymywał w mocy postanowienia o aresztowaniu, oddalając zażalenia obrony w tym przedmiocie. Z kolei z badań tych wynika, że prokuratorzy z urzędu bądź na wniosek obrony uchylali od 20 do nawet 60% ogółu aresztów stosowanych przez sądy⁵¹.

Na podstawie tych badań można wysnuć być może kontrowersyjny wniosek, że mimo zmiany stanu prawnego przez nowelizację k.p.k. z 1969 r. przekazującego decyzję o areszcie do kompetencji sądów i wprowadzenia analogicznego rozwiązania do k.p.k. z 1997 r., nadal prokuratura wywiera przemożny wpływ na stosowanie tego najostrożniejszego środka zapobiegawczego. Podobne wyniki wykazały badania wykonane na przełomie lat 70. i 80. ubiegłego wieku, kiedy organem stosującym areszt tymczasowy w postępowaniu przygotowawczym był prokurator. Aresztowani rzadko składali zażalenia na postanowienia o areszcie (12–13%), zaś wniesione zażalenia były w ponad 90% oddalane przez sądy. Wynikało to przede wszystkim z faktu, że oskarżeni byli często zaskakiwani krótkim, 7-dniowym terminem składania zażaleń na postanowienie o aresztowaniu⁵². Ponadto, aby obrońca mógł takie postanowienie skutecznie zaskarżyć, powinien znać nie tylko jego treść, lecz także zawartość przynajmniej części materiałów postępowania przygotowawczego, co z kolei wymagało zgody prokuratora na przejrzanie akt⁵³.

dowanie zmniejszyła się liczba osób oskarżonych tymczasowo aresztowanych w zakończonym postępowaniu przygotowawczym przekazanych sądowi: wyniosła ona 9799, podczas, gdy w I półroczu 2004 r. wynosiła 11 820. Źródło: Informacja statystyczna..., s. 6–7.

⁵⁰ Areszty tymczasowe uchylone wynosiły odpowiednio w I półroczach lat 2002–2006: w 2004 r. – 3854; w 2005 r. – 4183; w 2006 r. – 4236, w tym: 1. przez prokuratora w trybie art. 253 § 1 k.p.k.: w 2004 r. – 2920; w 2005 r. – 3251; w 2006 r. – 3393, zaś w trybie art. 254 k.p.k. odpowiednio 282; 352; 323; 2. przez sąd: w następstwie uwzględnienia zażalenia w trybie art. 252 § 1 k.p.k. w 2004 r. – 652; w 2005 r. – 580; w 2006 r. – 520. Przy ilości złożonych zażaleń przez aresztowanych (bądź ich obrońców): w 2004 r. – 5446; w 2005 r. – 4733; w 2006 r. – 4413. Źródło: Informacja statystyczna..., *op. cit.*, tabela II, s. 18.

⁵¹ J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2002, s. 329–338 i 361–365.

⁵² Por. np. A. K a f t a l, *Kontrola sądowa postępowania przygotowawczego*, Warszawa 1974, s. 95.

⁵³ Por. np. C. K u l e s z a, *Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego na tle prawno-porównawczym*, Białystok 1991, s. 195 i podana tam literatura oraz wyniki badań.

Na podstawie porównania powyższych wyników badań wykonanych pod rządami k.p.k. z 1969 r. i k.p.k. z 1997 r. można wysnuć kolejną kontrowersyjną tezę (aczkolwiek znajdującą oparcie w rozmowach z niektórymi prokuratorami), że w aktualnym stanie prawnym nastąpiło „rozmycie odpowiedzialności” pomiędzy prokuraturą a sądami za stosowanie aresztu. Kiedy prokurator stosował areszt tymczasowy, niewątpliwie zdawał sobie sprawę, że w pełni odpowiada za zasadność i skutki swojej decyzji. Sąd rozpoznający zażalenie, działając przy często pobieżnej znajomości akt i znikomej orientacji specyfiki postępowania przygotowawczego, utrzymując w mocy postanowienie prokuratorskie, nie chciał z zasady utrudniać prokuraturze sprawnego prowadzenia procesu.

W obecnym stanie prawnym prokurator, składając do sądu wnioski o zastosowanie aresztu, w pewnym stopniu zwalnia się od odpowiedzialności za ostateczną decyzję w tej kwestii, zaś sądy z wyżej wskazanych względów niejako *ex ante* afirmują zasadność takiego wniosku. W przypadku sądów odwoławczych rozpoznających zażalenie na areszt należy wskazać także na krótki co do zasady czas trwania posiedzenia i akceptację ustaleń faktycznych organów ścigania bez przeprowadzania własnego postępowania dowodowego (mimo możliwości przewidzianej przez art. 97 k.p.k.).

Istotne znaczenie ma również fakt, że w przypadku odmowy uwzględnienia przez sąd rejonowy wniosku o areszt tymczasowy postanowienie to może być skutecznie zaskarżone przez prokuratora do sądu odwoławczego, natomiast jeśli sam prokurator uchyli ten środek zapobiegawczy, nie będzie oczywiście zaskarżał własnej, korzystnej dla podejrzanego decyzji.

Badania J. Izydorzycyka wykazały ponadto rzadki udział i nikłą aktywność obrońców w postępowaniach aresztowych. Nie sposób zgodzić się jednak z tym autorem, że jedną z głównych przyczyn rzadkiego udziału adwokatów w takich posiedzeniach może być obawa, że w ich obecności dojdzie do przyznania się oskarżonego do winy, co znacznie utrudni obronę w dalszym postępowaniu⁵⁴. Zasadniczym bowiem powodem takiego stanu rzeczy jest najczęściej niemożność uprzedniego zapoznania się obrońców z aktami postępowania przygotowawczego, co z reguły sprowadza ich udział w posiedzeniu do biernej asysty.

Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać, że obrońca chcący spowodować uchylenie aresztu tymczasowego wobec podejrzanego powinien przekonywać o bezzasadności tego środka raczej nie sąd, lecz prokuratora, jako *dominus litis* wstępnego etapu procesu. Podejmując działania mające służyć skróceniu postępowania przygotowawczego, np. przez przejawianie inicjatywy dowodowej bądź prowadzenie własnych czynności wyjaśniających, powinien jednak pamiętać, że w przeciwieństwie do proku-

⁵⁴ J. Izydorzycyk, Stosowanie tymczasowego aresztowania..., *op. cit.*, s. 357–359.

ratora nie spoczywa na nim obowiązek dochodzenia do prawdy materialnej. obrońca powinien bowiem współpracować z organami procesowymi jedynie przy ustalaniu tych okoliczności faktycznych, które są korzystne dla oskarżonego. Zgodnie z publicznym charakterem pełnionej przez niego funkcji do jego zadań należy dbanie o to, aby organy ścigania i sąd nie pomijały okoliczności świadczących na korzyść jego klienta i aby przez respektowanie jego praw osiągnięty został stan sprawiedliwości proceduralnej⁵⁵.

Nawiązując do wspólnych interesów skutecznej obrony i efektywnego ścigania należy wskazać na maksymalne okresy tymczasowego aresztowania, które z jednej strony służą przyśpieszeniu procesu, z drugiej zaś ustanawiają czasowe limity ograniczania pełnej swobody kontaktów oskarżonego z obrońcą. Konieczność zachowania takich terminów należy rozpatrywać łącznie z regulacjami przewidującymi obowiązkowy udział obrońcy w sprawach oskarżonych pozbawionych wolności. Wczesne angażowanie się obrońców w sprawy osób tymczasowo aresztowanych, jak wskazują chociażby doświadczenia niemieckie i austriackie, przynosi korzyści zarówno obronie, jak i całemu systemowi⁵⁶. Należy wiązać również z tą instytucją określanie przez ustawodawcę krótkich terminów rozpoznawania przez sądy środków zaskarżenia decyzji o zastosowaniu bądź przedłużeniu tymczasowego aresztowania (por. art. 5 ust. 4 EKPC).

Kolejną płaszczyzną możliwej współpracy pomiędzy obrońcą a prokuratorem jest zgoda podejrzanego na skazanie go bez rozprawy w trybie art. 335 i 343 k.p.k. Zgodnie z obecną praktyką procesową podejrzany jest informowany o takiej możliwości przez organ postępowania przygotowawczego już w trakcie czynności przedstawiania mu zarzutów. Jeśli uczestniczy w niej obrońca, jego klient z reguły zasięga rady adwokata. Jednakże ten ostatni z zasady nie może takowej kompetentnie udzielić bez znajomości akt sprawy, biorąc także pod uwagę fakt, iż jest to pierwszy kontakt klienta z adwokatem i ograniczone możliwości swobodnej z nim rozmowy.

Jak wspomniano wcześniej, decyzja o udostępnieniu akt jest w pełni decyzją dyskrejonalną, zaś swoboda kontaktu osoby zatrzymanej bądź tym-

⁵⁵ Por. np. C. Kuleś, Prawo do obrony formalnej a zasada prawdy obiektywnej, (w:) Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji, Krasieczyn, 15–16 października 2006 r. (Z. Sobolewski, G. Artymiak – red.), Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 64. Por. także P. Kruszyński, Stanowisko..., *op. cit.*, s. 37.

⁵⁶ D. Burhoff, Verteidigungsmöglichkeiten im Rahmen der besonderen Haftprüfung durch das OLG – oder: Vermeidung von weiteren Untersuchungshaft durch Verteidigermitwirkung, (w:) Sicherheit durch Strafe? Öffentlicher Strafanspruch zwischen Legalitätsprinzip und Opferinteresse. 26. Strafverteidigertag, Mainz, 8–10 März 2002, Berlin 2002, s. 131–156; U. Busse, S. Hohmann, Verkürzung und Vermeidung von Untersuchungshaft durch frühzeitige Strafverteidigung (w:) Sicherheit durch Strafe?, *op. cit.*, s. 157–176; R. Soyler, Vermeidung von Untersuchungshaft durch frühzeitige Verteidigermitwirkung in Österreich, (w:) Sicherheit durch Strafe?, *op. cit.*, s. 177–194.

czasowo aresztowanej również może być ograniczona, przynajmniej w ciągu 14 dni od pozbawienia go wolności (por. art. 73 k.p.k.). Do motywów ewentualnej pozytywnej dla obrońcy decyzji prokuratora w obu sytuacjach należy zaliczyć kompetentną poradę adwokata co do prawnych aspektów instytucji z art. 335 k.p.k., którą podejrzany powinien przyjąć z większym zaufaniem niż informację udzieloną przez policję bądź prokuratora.

Przytaczane wcześniej informacje statystyczne świadczące o wzroście znaczenia instytucji skazania bez rozprawy w trybie art. 335 k.p.k. stanowią empiryczne uzasadnienie stawianej w literaturze przedmiotu tezy, że w tym przypadku można mówić o tym, że prokurator, zawierając umowę z obroną, staje się organem *quasi*-orzekającym, licząc się z tym, że w większości przypadków umowa stanie się następnie wyrokiem skazującym⁵⁷. W wypadku akceptacji umowy przez sąd wymierzone kary i środki karne nie mogą być inne od tych, które zaproponował prokurator za zgodą oskarżonego (przy możliwości ewentualnej zmiany wniosku za zgodą obu stron na rozprawie)⁵⁸. Wskazać należy, że oskarżyciel publiczny staje wówczas w bezprecedensowej roli, nie jak dotychczas organu jedynie proponującego karę z pozycji interesów państwa i obywateli podczas głosów końcowych po zakończeniu przewodu sądowego, ale także w roli organu wnioskującego karę przy uwzględnieniu interesów oskarżonego. Wypada dodać, że po reformie z dnia 10 stycznia 2003 r. wzrosła możliwość stosowania trybu skazania w trybie art. 335 i 343 k.p.k. nie tylko przez zwiększenie zakresu możliwych do objęcia nim przestępstw, lecz także nadanie mu mieszanego, materialno-procesowego charakteru. Niewątpliwie spowodowała to nowelizacja art. 343 k.p.k., którego § 1 i 2 stanowią obecnie samoistną, materialną podstawę nadzwyczajnego złagodzenia kary⁵⁹.

Powstaje więc problem wpływu porozumienia zawartego wyłącznie przez strony, a więc bez udziału sądu, na rozstrzygnięcie wydawane przez sąd. Rzecz oczywista, że nie jest on ostatecznie skrępowany propozycją stron, jednakże dzięki zawarciu przez nie konsensusu co do warunków skazania oskarżonego o treści możliwej do zaaprobowania przez sąd, uzyskują one

⁵⁷ E. Załewski, *Pozycja procesowa prokuratora w nowym kodeksie postępowania karnego*, Prok. i Pr. 1998, nr 4, s. 32.

⁵⁸ Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 listopada 2005 r. (V KK 296/05, LEX nr 164332): „Sąd orzekający w trybie art. 335 i 343 k.p.k. jest związany wnioskiem umieszczonym przez prokuratora w akcie oskarżenia, gdyż jego treść jest wynikiem porozumienia oskarżyciela i oskarżonego, którzy zgadzają się na takie jak we wniosku rozstrzygnięcie w sprawie, w szczególności co do kar i środków karnych”. Por. także wyroki SN: z dnia 9 grudnia 2005 r. (WK 24/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 20) i z dnia 24 listopada 2005 r. (WK 22/05, OSNKW 2006, nr 1, poz. 10).

⁵⁹ Por. np. A. Ważny, *Porozumienia procesowe po nowelizacji...*, *op. cit.*, s. 250–251; A. Sakowicz, (w:) K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2005, s. 640.

realną szansę kształtowania treści wyroku⁶⁰. Porozumienie takie stanowi więc fakt procesowy stwarzający podstawę do wydania orzeczenia o przedmiocie procesu i mający istotny wpływ na jego kształt⁶¹.

W związku z powyższym na problem zawierania porozumień procesowych skutkujących wnioskiem o skazanie w trybie art. 335 k.p.k. należy spojrzeć także z punktu widzenia etyki prokuratorskiej⁶². Zgodnie z zasadami tej etyki odnoszącymi się do relacji do stron prokurator nie powinien wszczynać postępowania karnego ani usilnie starać się o jego kontynuowanie, gdy zgromadzone dowody wskazują, że oskarżenie było pozbawione podstaw. W postępowaniu przygotowawczym prokurator powinien skutecznie dążyć do dokonania wszelkich niezbędnych ustaleń, niezależnie od tego, czy przemawiają na korzyść czy niekorzyść podejrzanego. Odnośnie postępowania sądowego wypada wskazać, że punkt pierwszy działu Zbioru Zasad Etycznych dotyczącego zasad wystąpień sądowych stanowi, że obowiązkiem prokuratora jest dążenie do ustalenia prawdy w celu wydania sprawiedliwego wyroku. W prowadzonych i nadzorowanych przez siebie postępowaniach przygotowawczych prokurator jest obowiązany do kierowania się normami k.p.k., które również mają walor etyczny. Ma więc on obowiązek przestrzegania zasady domniemania niewinności, zaś w zakresie nie dających się usunąć wątpliwości – usuwać je na korzyść oskarżonego⁶³. Rozważając problem konsensualnego zakończenia postępowania karnego należy również wskazać na art. 7 ustawy o prokuraturze⁶⁴ stanowiący, że prokurator jest zobowiązany do podejmowania działań określonych w ustawach, kierując się zasadą bezstronności i równego traktowania obywateli oraz jej art. 8 stanowiący o niezależności prokuratorów.

Dzisiaj żadnego prokuratora nie trzeba już przekonywać co do korzyści płynących z uzasadnionego sięgania po rozwiązania konsensualne pozwalające na wcześniejsze, sprawniejsze i tańsze zakończenie spraw karnych. W przypadku podejrzanego nie budzi wątpliwości, że zawarte z prokuratorem porozumienie, o ile stanowi rezultat dobrowolnej i opartej na wewnętrznym poczuciu winy zgody na ukaranie – daje gwarancje łagodniejszego potraktowania⁶⁵, uniknięcia efektu stygmatyzacji na publicznej rozprawie i wcześniejszego uchylenia środków zapobiegawczych⁶⁶.

⁶⁰ S. Steinborn, Porozumienia w polskim procesie karnym, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005, s. 303–304.

⁶¹ D. Wysocki, Instytucja „porozumienia” w postępowaniu karnym, PiP 2000, nr 10, s. 102.

⁶² Problem porozumień procesowych z punktu widzenia etyki procesowej analizuje m.in. A. Bogusławicz, Rola prokuratora w konsensualnych formach zakończenia postępowania karnego (maszynopis niepublikowanej rozprawy doktorskiej), s. 50–60.

⁶³ J. Szafnicki, Refleksje o etyce prokuratorskiej, Prok. i Pr. 1996, nr 10, s. 102.

⁶⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 21, poz. 26 z późn. zm.

⁶⁵ W doktrynie i orzecznictwie sądów amerykańskich za oczywiste i „uczciwe” uznano surowsze karanie przez sąd przysięgłych oskarżonych, którzy nie zgodzili się na porozumienie

Patrząc na instytucję porozumień procesowych nie tylko przez pryzmat zasad procesowych, lecz i etyczny, można odnieść go zarówno do ich zawierania, jak i przestrzegania.

Przy przystąpieniu do zawierania porozumień obrońca powinien kierować się dwiema podstawowymi przesłankami przewidywanej efektywności⁶⁷:

- niewielkim prawdopodobieństwem osiągnięcia korzystnego skutku w toku rozprawy (tj. gdyby ugody nie zawarto),
- uniknięciem prawdopodobnego skutku niekorzystnego dla oskarżonego w toku rozprawy lub perspektywą większych korzyści wynikających z porozumienia.

Obrońca powinien brać pod uwagę nie tylko spodziewany w obu przypadkach (rozprawy bądź ugody) wymiar kary i środków karnych, lecz i szereg innych czynników (np. w zakresie kosztów postępowania czy dodatkowych obowiązków). Powinien kierować się, o ile nie ma szczególnych przesłanek odmiennego postępowania, tzw. strategią minimum, czyli sugerować rozwiązanie charakteryzujące się większym prawdopodobieństwem osiągnięcia mniej dolegliwego rezultatu⁶⁸.

Z kolei, jak się wskazuje w literaturze przedmiotu, prokurator i sąd powinny mieć na uwadze, aby zawarte porozumienia nie prowadziły do negatywnych następstw wyrażających się w niewspółmierności wytargowanej kary i środków karnych do stopnia społecznej szkodliwości czynu i winy sprawcy, która obraża poczucie sprawiedliwości w społeczeństwie i budzi społeczny sprzeciw. Jednocześnie podkreśla się, że niedopuszczalne jest wyrażenie przez podejrzanego zgody na skazanie na korzystnych warunkach, jeśli stan dowodowy sprawy pozostawia nadal aktualne domniemanie niewinności⁶⁹. Wskazuje się także, że pochopne stosowanie konsensualnych form zakończenia postępowania karnego może zagrażać wykryciu prawdy material-

z oskarżycielem w trybie *plea bargaining*. Wskazuje się także, że takie skazanie bez rozprawy pozwala osiągnąć wszelkie cele kary i podkreśla, że żaden kompetentny obrońca nie będzie skłaniał swojego klienta do przyznania się do winy i zawarcia układu z oskarżycielem, jeśli nie uzyska w ten sposób dla niego korzyści przede wszystkim w zmniejszeniu kary; por. S. P. Grossman, An Honest Approach to Plea Bargaining, *American Journal of Trial Advocacy* 2005–2006, vol. 29, s. 101–136.

⁶⁶ Por. np. G. A. Zarański, Wniosek o skazanie bez rozprawy – kilka uwag praktycznych, *Prokurator* 2004, nr 18 (2), s. 48; P. Girdwoyń, *Zarys...*, *op. cit.*, s. 143; A. Sakowicz, (w:) K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2005, s. 640–641.

⁶⁷ P. Girdwoyń, *ibidem*, s. 136–138 i podana tam literatura.

⁶⁸ Tamże, s. 138–139.

⁶⁹ S. Waltoś, Porozumienia w europejskim procesie karnym – próba syntetycznego spojrzenia, *Prok. i Pr.* 2000, nr 1, s. 24–25.

nej⁷⁰. Odnośnie prokuratura postuluje się, że w sytuacji, kiedy dostrzeże on nieporadność podejrzanego występującego bez obrońcy w zakresie podjęcia decyzji co do porozumienia, jeżeli warunki na to pozwolą, należy wnioskować o przyznanie obrońcy z urzędu⁷¹.

W doktrynie amerykańskiej ciekawą koncepcję dopuszczalności kontroli efektywności obrony formalnej w ramach *plea bargaining*, a sprawowanej przez oskarżycieli, przedstawia F. C. Zachariae⁷². Zdaniem tego autora oskarżyciel jako organ państwa odpowiedzialny za przestrzeganie praworządności może natknąć się na kilka kategorii nieefektywności działań obrońcy na etapie *plea bargaining*⁷³. Obrońca może działać nieefektywnie w trakcie samych „targów”. W innych przypadkach oskarżyciel może przewidzieć, że obrońca będzie nieefektywny na następnych etapach procesu. Oskarżyciel niekiedy spotyka bowiem nadzwyczaj niekompetentnych obrońców, których zachowanie nie podpada pod minimalny standard braku efektywności, wywołujący ochronę prawa konstytucyjnego. Mimo że oskarżyciel zdaje sobie sprawę, że oskarżonemu nie przysługuje prawny środek do uchylania skazania po fakcie, może on poczuwać się do moralnego obowiązku działania *ex ante*. Nieefektywna pomoc obrońców może przybierać dwie podstawowe formy. Po pierwsze, mogą oni zaniedbać pozyskiwanie informacji służących wzmocnieniu pozycji ich klientów. Po drugie, obrońcy mogą dokonywać wyborów niezwykle niekorzystnych dla oskarżonego⁷⁴. Trzecią kategorię nieefektywności obrońców stanowi brak składania wniosków i niewywieranie nacisku na oskarżyciela celem uzyskania lepszego rezultatu w negocjacjach.

W takich sytuacjach zdaniem F. Zacharias obowiązki oskarżyciela wobec sprawiedliwości mogą wymagać od niego zwrócenia uwagi oskarżonego na negocjacje (w których oskarżony nie uczestniczy osobiście) bądź uzyskania od sądu decyzji o zastąpieniu niekompetentnego obrońcy innym⁷⁵. Jednakże dopóki obrońca działa wyłącznie na podstawie swojej najlepszej oceny zagrożeń i zysków, żaden ze względów efektywności nie wymaga ani nie zachęca oskarżyciela do interwencji⁷⁶. Powinien on jednak interweniować, kiedy stwierdza, że podobnie jak w sytuacji niekompetentnych adwokatów,

⁷⁰ Por. np. H. Pałuszkiewicz, S. Stachowiak, Rozwiązania konsensualne wprowadzone do polskiego procesu karnego a wykrycie prawdy, (w:) Zasada prawdy materialnej..., *op. cit.*, s. 91–109.

⁷¹ *Ibidem*, s. 25. Odnośnie przesłanek wyznaczenia obrońcy z urzędu przy skazaniu w trybie art. 387 k.p.k. por. S. Steinborn, Porozumienia..., *op. cit.*, s. 181 i nast.

⁷² F. C. Zacharias, Justice in Plea Bargaining, *William and Mary Law Review* 1997–1998 (vol. 39), s. 1159–1189.

⁷³ Tamże, s. 1164.

⁷⁴ Tamże, s. 1165.

⁷⁵ Tamże, s. 1172–1174.

⁷⁶ Tamże, s. 1175.

obrońcy poświęcają dobro klienta w imię własnych interesów finansowych bądź innych względów (np. utrzymywanie dobrych stosunków z oskarżycielem na przyszłość)⁷⁷.

Ten optymistyczny, teoretyczny obraz sprawowania *de facto* przez oskarżyciela funkcji obrony oskarżonego w trakcie *plea bargaining* naszkicowany przez F.C. Zacharias nie wydaje się zbyt realny. W warunkach procesu amerykańskiego oskarżyciel publiczny stanowi „czystą” stronę oskarżenia, dążącą często do skazania *per fas et nefas*. W przeciwieństwie do prokuratorów kontynentu europejskiego jest to urząd wybieralny⁷⁸, a podstawą oceny jego pracy przez wyborców jest skuteczność mierzona liczbą skazań. Specyfika procesu amerykańskiego przydaje mu funkcję głównego organu ścigania, niezwiązanego zasadą legalizmu, wyposażonego w szeroką władzę dyskrecyjną, służącą nie tylko do ścigania przestępstw w oparciu o model kontroli przestępczości (*crime control model*), lecz umożliwiającą także znaczne ograniczenie prawa do obrony w postępowaniu przygotowawczym⁷⁹. Dlatego też propozycje, chociażby tylko teoretyczne i mające przede wszystkim wymiar etyczny, sprawowania przez oskarżyciela kontroli nad jakością (efektywnością) obrony formalnej należy traktować z dużą ostrożnością. Zgodnie z teoriami F. Zacharias to oskarżyciel miałby oceniać aktywność (bądź jej brak) swojego przeciwnika procesowego przy niemożności wniknięcia w przyjęte przez niego taktyki obrończe. Jednakże w praktyce procesu amerykańskiego najważniejszą z punktu widzenia obrońcy sankcją za brak efektywności obrony formalnej, tj. wyłączenie adwokata z procesu i zastąpienie go innym, może nakładać jedynie sąd⁸⁰.

Jeśli chodzi o aspekt dotrzymania porozumień zawartych pomiędzy prokuratorem a obroną, to pewne ustawowe gwarancje ich trwałości polski k.p.k. przewiduje jedynie w odniesieniu do podejrzanego. Wypada bowiem wskazać na treść art. 434 § 3 k.p.k., który przewiduje, że zakazu *reformatio-nis in peius* nie stosuje się w szczególności do oskarżonego, który skorzystał z dobrodziejstwa instytucji wniosku o skazanie bez rozprawy, gdy dojdzie do skazania na karę uzgodnioną przez prokuratora z oskarżonym (art. 343 w zw. z art. 335 k.p.k.). Oznacza to, że sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego także wtedy, gdy na jego korzyść wniesiono środek odwoławczy, włącznie z sytuacją, gdy orzeczenie zaskarżył sam, bądź jego obrońca. Zakaz ten nie obowiązuje także w sytuacji, gdy w wyniku apelacji

⁷⁷ Tamże, s. 1175–1177.

⁷⁸ Dlatego też w niniejszej pracy w odniesieniu do procesu USA konsekwentnie posługujemy się terminem „oskarżyciel”, a nie „prokurator”, ze względu na istotne różnice między tymi uczestnikami procesu w USA i kontynentalnej Europie.

⁷⁹ Y u e M a, Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy, *International Criminal Justice Review* 2002 (vol. 12), s. 22–30.

⁸⁰ Por. szerzej na ten temat C. K u l e s z a, *Efektywność...*, *op. cit.*, s. 163–191.

oskarżonego łamiącego warunki porozumienia po uchyleniu wyroku przekazano sprawę do ponownego rozpoznania.

O treści tego przepisu oskarżony powinien być poinformowany po ogłoszeniu lub doręczeniu mu orzeczenia (art. 100 § 6 zd. 2 k.p.k.), co stanowić ma przestrożę dla łamiących umowy oskarżonych. Jak wskazuje się w komentarzach do tego przepisu (wprowadzonego nowelizacją z dnia 10 stycznia 2003 r.), stanowi on emanację zasady lojalności procesowej, więc brak takiego pouczenia podlega ocenie w kontekście art. 16 § 1 k.p.k. Zgodnie z art. 106 k.p.k. pouczenie takie stosuje się odpowiednio w postępowaniu przygotowawczym⁸¹.

Jednakże, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, takie niepełne zakazy *reformationis in peius* powodują, że złożenie apelacji przez oskarżonego (nawet przy bezwzględnych przyczynach odwoławczych) pogarsza jego sytuację procesową, a to z kolei narusza istotę konstytucyjnego prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji)⁸².

Z kolei, naruszenie zawartych porozumień procesowych przez prokuratora nie jest w zasadzie obwarowane żadną sankcją prawną. Ponadto, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, nowelizacja styczniowa wprowadzająca art. 325 § 3 k.p.k. zakłada, że uprawnienia prokuratora określone w art. 335 § 1, art. 336 i art. 387 przysługują także innym organom uprawnionym do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem I instancji w postępowaniu uproszczonym. Tak więc obecnie wszelkie pozaprokuratorskie organy państwowe prowadzące dochodzenie zostały dopuszczone do negocjowania warunków porozumienia z oskarżonym w każdej sprawie podlegającej trybowi uproszczonemu. W tym przypadku jednak ustawodawca jest niekonsekwentny, gdyż policyjne akty oskarżenia, w przeciwieństwie do aktów innych organów oskarżycielskich, wymagają zatwierdzenia przez prokuratora (art. 331 § 1 i 2 k.p.k.)⁸³. Policja prowadzi więc negocjacje z podejrzanym, umieszcza w akcie oskarżenia uzgodniony z nim wniosek o skazanie, ale oskarżenie wnosi do sądu prokuratora, który nie czując się związany tym wnioskiem, może zniweczyć wcześniejsze ustalenia⁸⁴.

⁸¹ P. Hofmański i in., *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 493–494.

⁸² Por. np. A. Ważny, *Porozumienia procesowe...*, *op. cit.*, s. 262–263 i podana tam literatura.

⁸³ Tamże, s. 258–259.

⁸⁴ K. Kurowska, *Instytucje dobrowolnego poddania się karze i skazania bez rozprawy w praktyce warszawskich sądów*, WPP 2003, nr 2, s. 92. Z kolei G. A. Zarański uważa, że Policja powinna jedynie powiadamiać prokuratora o możliwości porozumienia z podejrzanym, a prokurator po zbadaniu warunków musi we własnym zakresie porozumienie zawrzeć oraz opracować własny uzasadniony akt oskarżenia zawierający wniosek o skazanie bez przeprowadzania rozprawy na ustalonych warunkach; G. A. Zarański, *Wniosek o skazanie...*, *op. cit.*, s. 59–61.

Jeśli chodzi o samego prokuratora, to jego związanie porozumieniem zawartym z obroną w trybie art. 335 k.p.k. wynikać może zasadniczo tylko z norm etycznych. Zgodnie bowiem z punktem piątym powołanych wcześniej zasad wystąpień sądowych: „Prokurator nie powinien naruszać zawartych porozumień sądowych”. Jednakże Zbiór Zasad Etycznych zgodnie ze swoim charakterem nie ma mocy wiążącej prokuratorów, gdyż jego ostatnia część jedynie wzywa prokuratorów do ich dobrowolnego spełniania.

W związku z powyższym rolą obrońcy powinna być troska o odpowiednie dokumentowanie przez prokuratorów zawartych porozumień. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek prokuratury⁸⁵ w § 221 ust. 5 stawia wymóg zawarcia porozumienia w protokole wyjaśnień lub w „innym dokumencie”. Zgodzić się należy z G. A. Zarańskim, że w świetle art. 148 § 1 pkt 2 k.p.k. w protokole wyjaśnień oskarżonego powinno zostać ujęte także wstępne stanowiska negocjacyjne i wstępne propozycje porozumienia. Ponadto dokumentem potwierdzającym zawarte porozumienie pomiędzy prokuratorem a podejrzanym mogłaby być notatka urzędowa bądź pismo podejrzanego zawierające stosowne propozycje poddania się karze, określające warunki skazania, które w przypadku ich akceptacji przez prokuratora powinno być opatrzone stosowną jego adnotacją, datą, podpisem i np. imienną pieczętką służbową⁸⁶. Jednakże, pomijając te rozważania natury formalnej, nie należy zapominać, że zasadniczym motywem dotrzymywania przez prokuratora umów procesowych powinna być zasada *gentlemen's agreement*, stanowiąca jeden z aspektów właściwie rozumianego *favor procuratori*.

Rozważając podjęcie decyzji o zawarciu i realizacji porozumienia z obroną, prokurator, jak każdy organ stosujący prawo, powinien mieć na uwadze, że prawo stanowione nie zawsze jest prawem sprawiedliwym. Postępując w majestacie prawa, niekiedy może on mieć odczucie, że sankcja przepisu karnego jest nieadekwatna do zdarzenia, będącego przedmiotem postępowania przygotowawczego. Nadto wypaczenie sprawiedliwości nie musi odbywać się na płaszczyźnie ustawowej, lecz także na poziomie wytycznych wydawanych prokuratorowi w ramach zasady hierarchicznego podporządkowania⁸⁷.

Z kolei, przejawem współpracy obrońcy z prokuratorem i sądem może być chociażby uzyskiwanie przez adwokata od podejrzanego pisemnej zgody na skazanie oskarżonego bez rozprawy w trybie art. 335 k.p.k., na warunkach uzgodnionych z prokuratorem, co pozwala po przedstawieniu jej sądowi na szybkie skazanie oskarżonego *in absentia*, dopuszczalność którego nie budzi wątpliwości ani w doktrynie, ani w orzecznictwie. Rolą adwo-

⁸⁵ Dz. U. z 1992 r., Nr 38, poz. 163 z późn. zm.

⁸⁶ G. A. Zarański, *op. cit.*, s. 55–56.

⁸⁷ P. Nowicki, *Etyka prokuratora*, Prokurator 2005, nr 1, s. 14–16.

kata jest wówczas dbanie o ścisłe przestrzeganie uzgodnień zawartych z prokuraturą przez sąd orzekający na posiedzeniu. Jednakże powyższy sposób procedowania przy stosowaniu instytucji *consensusu* procesowego wymaga dużego zaufania oskarżonego do jego obrońcy. W takiej sytuacji pomysłu sfinalizowania porozumienia organy procesowe z reguły uznają sprawę za sprawnie i definitywnie załatwioną, ale obrońca związany zakazem z art. 86 § 1 k.p.k. nie zawsze może ustrzec się znanego teorii negocjacji syndromu „przekleństwa zwycięzcy”. Może mu w tym pomóc świadomość, że dołożył wszelkich starań, aby zastosowana przez niego taktyka obrończa bazowała na należytej jakości jej przygotowania i przeprowadzenia.