
Rozdział I.

Ogólne uwarunkowania działania obrońcy i pełnomocnika w procesie karnym (adw. *P. Rybiński*)

1. Status obrońcy i pełnomocnika względem mocodawcy i organu procesowego

Gdyby zadać szeregowcowi pytanie, jaką właściwie funkcję pełni żołnierski mundur, usłyszeliśmyby prozaiczną odpowiedź – na polu walki pozwala odróżnić „swoich” od nieprzyjaciela. Oficer mógłby dodać, że mundur jest nieodzownym instrumentem organizacji wielkiej zbiorowości jaką jest armia oraz iż stanowi on nośnik symboli o krytycznym znaczeniu dla morale. Gdyby zadać to samo pytanie filozofowi, dopowiedziałby prawdopodobnie trzeci czynnik: mundur ma znaczenie depersonalizujące czynności żołnierza, rzec by można – oddzielające go od jego własnej twarzy. Żołnierz podejmuje się, w warunkach egzystencjalnie krańcowych (tj. z narażeniem życia i w obliczu konieczności o rozmiarach przekraczających jakąkolwiek jednostkową skalę), obowiązków o nie mniej krańcowej wymowie. Gdy na polu walki, samemu będąc w mundurze, oddaje śmiertelny strzał do również umundurowanego nieprzyjaciela, to właśnie mundur ustala kontekst tego zdarzenia, zmniejszając jego moralny ciężar tak dalece, że nie mamy już do czynienia z zabójstwem, lecz ze zdarzeniem właściwym dla szerszego, zdepersonalizowanego zjawiska – wojny. Innymi słowy, mundur wytycza rolę temu, kto go nosi, i jednocześnie nie pozwala na przyjęcie, że czyn żołnierza jest czynem człowieka o konkretnym imieniu, nazwisku i twarzy.

Toga jest – w tym ostatnim, trzecim sensie – podobna do munduru. Uczestnicy procesu noszą na salach rozpraw togi po to, aby nieustannie przypominały im o publicznym charakterze zdarzeń, w których uczestniczą.

O ile ów **czynnik publiczny**, jako właściwy całemu wymiarowi sprawiedliwości, naznacza wszystkie procedury, w procedurze karnej jest najbardziej widoczny. Prawo karne materialne samo w sobie jest prawem publicznym, ponieważ wytycza granice ludzkiego zachowania. Proces karny, służebny wobec tego prawa, z konieczności więc aksjologicznie angażuje całą zbiorowość, nie tylko osoby bezpośrednio uwikłane – proces karny jest sporem zbiorowości z jednostką. Adwokat lub radca prawny, stający na owej publicznoprawnej scenie i świadom wiążących się z nią etycznych uwarunkowań, reprezentuje w tym sporze, jako obrońca

czy jako pełnomocnik, konkretne osoby. Jego osobiste rozumienie własnej pozycji względem mocodawcy i względem organu procesowego z konieczności uwzględnia, obok czynnika publicznego, również zakotwiczenie w dyskursywnej grze, którą jest proces.

Adwokat jako obrońca albo pełnomocnik może działać w sprawie tylko tak długo, jak długo cieszy się **zaufaniem** klienta. Obowiązek uzyskania i utrzymania zaufania przedstawia się co do obrońców i pełnomocników jednakowo. Jest to obowiązek etyczny (§ 51 zd. 1 KEA). Jakkolwiek na stwierdzeniu kategoryczności tego nakazu można by było poprzestać – od obowiązku tego nie ma odstępstw – warto wyraźnie przywołać przyczyny, dla których zaufanie jest wartością krytyczną. Z dużym prawdopodobieństwem możemy założyć, że tocząca się właśnie sprawa karna jest dla strony postępowania najważniejszą, która w danym momencie dzieje się w jej życiu. Tym samym przyczyną, dla której ktokolwiek zgłasza się do adwokata po pomoc, jest stan niepewności w trudnym momencie. Klient, mając nadzieję na pomyślny dla siebie obrót rzeczy, będzie kalkulował, czy sprawa potoczy się dla niego lepiej, jeżeli będzie reprezentowany niż w przypadku działania osobistego, być może w pojedynkę i w osamotnieniu.

Zaufanie klienta adwokat kulturywuje całokształtem pracy w sprawie, ale już od pierwszej chwili, w której nawiązany zostaje kontakt, zaufanie łatwiej zdobyć, jeżeli zadba się o cztery czynniki. Po pierwsze zaufanie budowane jest przez słowność. Jest tak dlatego, że klient w potrzebie, będzie (zapewne bezwiednie, ale jednak) postrzegał więź z adwokatem przez pewnego rodzaju analogię do przyjaźni, a przynajmniej do swego rodzaju pragmatycznego sojuszu, w którym akt udzielenia pomocy jest równoważny z aktem solidarności międzyludzkiej. Dotrzymywanie obietnic jest powszechnie wiązane z jakością charakteru człowieka – taki adwokat, którego słowo ma wartość, w oczach klienta rokuje. Po wtóre podstawową powinnością przy wstąpieniu do sprawy jest racjonalna ocena sytuacji poprzedzona wnikliwym ustaleniem jej statusu (stanu sprawy). Po trzecie zaufanie budowane jest przez przygotowanie i wdrożenie optymalnego planu działania (zob. dalej: strategia i taktyka w procesie) w warunkach transparentności przed klientem. Klient musi mieć świadomość węzłowych elementów planu oraz zdawać sobie sprawę z ryzyka, jakie z planem się wiąże – następstw sukcesu bądź fiaska poszczególnych jego kroków. Po czwarte wreszcie, zaufanie buduje się nie tyle emocjonalnym wsparciem, co przede wszystkim profesjonalizmem (fachowością); wszystkie elementy planu muszą mieć, bezpośrednio lub prakseologicznie, uzasadnienie prawne, ponieważ właśnie prawo jest tą sferą, w której potrzebna jest klientowi pomoc.

Zaufanie zatem to nic innego jak powstanie u klienta przekonania, że reprezentacja przynosi mu korzyść – w tym sensie, iż jego sytuacja w procesie w warunkach reprezentacji jest lepsza niż bez niej.

Reprezentować klienta możemy jako jego obrońca lub pełnomocnik. Kilka słów poświęcić więc należy uwarunkowaniom towarzyszącym działaniu w tym charakterze.

Kodeks postępowania karnego nie zawiera własnej, autonomicznej regulacji instytucji **pełnomocnika**, poprzestając na odesłaniu do odpowiedniego stosowania przepisów obowiązujących w postępowaniu cywilnym (art. 89 KPK). Stosowanie odpowiednie to takie, które uwzględnia kontekst i cel postępowania karnego. Pełnomocnik z mocy prawa uprawniony jest więc do udziału we wszystkich czynnościach procesowych aż do zakończenia postępowania jurysdykcyjnego (art. 91 pkt 1 KPC w zw. z art. 89 KPK), może udzielić substytucji (art. 91 pkt 3 KPC w zw. z art. 89 KPK), uczestniczyć w negocjacjach związanych z konsensualnym sposobem zakończenia postępowania (art. 91 pkt 4 *a fortiori* KPC w zw. z art. 89 KPK) oraz odbioru kosztów (art. 91 pkt 5 KPC w zw. z art. 89 KPK).

Z warsztatowego punktu widzenia wypada nam odróżnić dwa podgatunki pełnomocnika w postępowaniu karnym.

Po pierwsze pełnomocnik może reprezentować stronę inną niż oskarżony (art. 87 § 1 KPK), a więc, prototypowo, pokrzywdzonego i oskarżyciela (posiłkowego, prywatnego). Pełnomocnik jest osobą działającą w procesie zamiast reprezentowanego – w taki sposób, że jego czynności odnoszą skutek bezpośrednio w sferze praw mocodawcy. W grę wchodzi zatem przedstawicielstwo w cywilnoprawnym rozumieniu. Jeżeli stroną tą jest pokrzywdzony, a sprawa jest publicznoskargowa, to pełnomocnik powinien pamiętać o złożeniu oświadczenia o działaniu w roli oskarżyciela posiłkowego najpóźniej do rozpoczęcia przewodu sądowego na rozprawie głównej (art. 54 § 1 KPK). Jeżeli tego nie uczyni, jego mocodawca bezpowrotnie utraci status strony i odtąd wszelkie jego czynności w sprawie – jak choćby wniosek o naprawienie szkody (art. 46 § 1 KK, art. 49a KPK) – będzie musiał wykonać osobiście bądź udzielić dodatkowego pełnomocnictwa na podstawie art. 87 § 2 KPK.

Po drugie osoba inna niż strona może ustanowić pełnomocnika, jeżeli wymaga tego jej interes w postępowaniu (art. 87 § 2 KPK). Ów interes jest jedynym czynnikiem różnicującym pozycję pełnomocnika strony i osoby innej niż strona. Interes w byciu reprezentowanym podlega uprawdopodobnieniu. Jeżeli zatem w chwili zgłoszenia się pełnomocnika mogłaby powstać wątpliwość, na czym ów interes polega, warto zawrzeć zwięzłą argumentację na ten temat w piśmie przewodnim do pełnomocnictwa, w którym sformułowany zostaje wniosek o dopuszczenie do udziału w sprawie. Co ważne, odmowa dopuszczenia do udziału w sprawie jest zaskarżalna jedynie w postępowaniu przygotowawczym (art. 302 § 1 i 3 w zw. z art. 87 § 2 KPK; por. także art. 459 § 2 i 3 KPK – szczególnie „wypadku przewidzianego w ustawie” nie ma). Wyróżnijmy sytuacje typowe, w których ów interes może dojść do głosu.

Pełnomocnika w rozumieniu art. 87 § 2 KPK może ustanowić świadek, któremu służą prawo do odmowy zeznań (art. 182 KPK) bądź do odmowy odpowiedzi na pytanie (art. 183 KPK). Tu szczególną pozycję mają osoby podejrzewane (formalnie jeszcze nie podejrzane), wzywane na przesłuchanie w charakterze świadków w sprawach, w których rysuje się prawdopodobieństwo postawienia im zarzutów w przyszłości. W takiej sytuacji ich interes w sprawie jest równoznaczny z prawem do obrony¹. Dalej, pełnomocnika może ustanowić osoba, której służy prawo wniesienia zażalenia na postanowienie, zarządzenie albo czynność, jak choćby czynność przeszukania (art. 219 § 1 KPK); osoba ukarana karą porządkową (art. 285 § 1 KPK, art. 49 PrUSP); świadek, którego zwolniono z obowiązku zachowania tajemnicy (art. 180 KPK); świadek *incognito* (art. 184 KPK), a ponadto pokrzywdzony działający w postępowaniu wykonawczym. Tu wypada uczynić pewną uwagę ogólną: wbrew temu, co by można wnioskować z treści art. 91 pkt 2 KPC w zw. z art. 89 KPK, pełnomocnictwo udzielone przez pokrzywdzonego nie obejmuje postępowania wykonawczego, ponieważ pokrzywdzony nie jest stroną w tym postępowaniu (zob. Rozdział II i III KKW; to jeden z tych wypadków, w których „stosowanie odpowiednie” przepisów obowiązujących w postępowaniu cywilnym nie jest możliwe ze względu na charakter i cel postępowania karnego jako części prawa publicznego). W grę może wchodzić jednak wdrożenie do wykonania obowiązków nałożonych na skazanego, a które dotyczą osoby pokrzywdzonego, jak choćby wykonywanie uprawnień wierzyciela z tytułu orzeczonego obowiązku naprawienia szkody czy odbiór nawiazki. Względy praktyczne mogą skłonić tutaj pokrzywdzonego do działania przez pełnomocnika; podstawą

¹ Zob. wyr. TK z 3.6.2014 r., K 19/11, Legalis; zob. także wyr. SN z 9.2.2004 r., V KK 194/03, Legalis oraz wyr. Trybunału Praw Człowieka z 27.11.2008 r. w sprawie *Salduz przeciwko Turcji*, skarga Nr 36291/02.

udzielenia pełnomocnictwa przez pokrzywdzonego w postępowaniu wykonawczym będzie więc art. 87 § 2 KPK w zw. z art. 1 § 2 KKW.

Inaczej niż w odniesieniu do pozycji pełnomocnika, w przypadku obrońcy mamy do czynienia z regulacją zupełną (autonomiczną, bez odesłania poza Kodeks postępowania karnego). Mimo zupełności regulacji, status obrońcy jest nieco bardziej skomplikowany niż status pełnomocnika i rzeczywisty wizerunek działania obrońcy daleko bardziej uzależniony bywa od uwarunkowań etyki zawodowej i od czynników ocennych.

Tradycyjnie opisuje się rolę obrońcy za pomocą jednej z dwóch konkurujących metafor: obrońca jest albo pełnomocnikiem oskarżonego (jak w postępowaniu cywilnym), albo też jego *sui generis* pomocnikiem. Metafora pełnomocnika jest trafna o tyle, że zaufanie jest obecne (i konieczne) jak w prawie cywilnym przy zleceniu jako stosunku podstawowym wobec pełnomocnictwa. I rzeczywiście niektóre czynności obrońcy odnoszą skutek bezpośrednio, wprost w sferze praw i obowiązków oskarżonego. Na przykład złożenie zapowiedzi apelacji (wniosku o sporządzenie uzasadnienia) wstrzymuje uprawomocnienie się wyroku, a wniesienie samej apelacji otwiera nowy etap postępowania jurysdykcyjnego i wywołuje prawną konieczność jej rozpoznania w sądzie II instancji. Obrońca jednak, w przeciwieństwie do pełnomocnika pozwanego, nie może zająć samodzielnie stanowiska w procesie (w tym znaczeniu, że pełnomocnik pozwanego może skutecznie uznać powództwo, ale obrońca nie może za klienta „przyznać się” do czynu). Co więcej, czynności obrońcy mogą skutkować wyłącznie na korzyść oskarżonego (art. 86 § 1 KPK; *notabene*, to właśnie ten przepis jest główną przyczyną, dla której ukształtowała się linia orzecznicza, różna od tej znanej z postępowania cywilnego, według której niedochowanie terminu przez obrońcę może prowadzić do jego przywrócenia na korzyść oskarżonego, ponieważ to nie on ponosi winę w niedochowaniu terminu).

Trzeba zaznaczyć, że ani litera prawa, ani praktycy nie opowiadają się jednoznacznie za jednym stanowiskiem i przeciw drugiemu – kwestia ta należy do wyników osobistej refleksji każdego praktyka. Z czasem, w miarę nabywania doświadczeń zawodowych, adwokat odpowie na to pytanie sam, na własny użytek. W każdym zaś razie, obok łatwych do zauważenia względów natury konstytucyjnej i traktatowej (związanych z ponadnarodowymi regulacjami dotyczącymi ochrony praw człowieka), racje bytu obrońcy w procesie (a także, *mutatis mutandis*, pełnomocnika), obejmą przynajmniej trzy czynniki.

Po pierwsze fachowość. Wiedza, w połączeniu z doświadczeniem (swoistym praktycznie ukierunkowanym „szóstym zmysłem”, wyobraźnią, czy też arsenalem intuicji, nieustannie wzbogacany w miarę pracy), jest zapewne najważniejszym uzasadnieniem miejsca obrońcy i pełnomocnika w procesie. Chodzi oczywiście o taki splot obeznania z literą prawa i z ową wyobraźnią, w efekcie którego adwokat będzie legitymował się operatywną zdolnością przewidywania rozwoju wypadków w procesie; zdolność przewidzenia wielu możliwych scenariuszy umożliwi przygotowanie taktyki procesowej w odpowiedzi na każdy z nich.

Po drugie wyręczenie. Większość czynności procesowych może być *de lege* wykonana również przez oskarżonego czy pokrzywdzonego (oskarżyciela) działającego osobiście. Zastrzeżenie przez ustawę przymusu adwokacko-radcowskiego to rzadkość. Należy pamiętać, że wiedza adwokata nie jest wiedzą tajemną, z założenia niedostępną dla samego klienta. Rzecz jednak w tym, że wiedza i doświadczenie pozwalają na wykonanie tych samych zadań efektywniej, szybciej i przy mniejszym nakładzie sił i kosztów niż w wypadku osobistego działania samej strony.

Po trzecie wreszcie dystans. Dystans do sprawy to czynnik najtrudniej uchwytny, ale kto wie, czy nie najważniejszy z tych trzech powyższych. Adwokaci starej daty zwykli mawiać, że ten,

kto broni się sam, ma nierozsądnego i klienta, i obrońcę. Dystans zmniejsza prawdopodobieństwo popełnienia błędu przez to, że odciąża od ogromnego emocjonalnego balastu związanego ze skutkami przyszłego zwycięstwa albo przegranej. Im poważniejsza sprawa, tym większa potrzeba dystansu. W sytuacji typowej proces karny jest, o czym już powiedzieliśmy, punktem zwrotnym w życiu klienta, a wyniki sprawy mogą wywoływać skutki przez lata.

Na koniec tej części rozważań warto wspomnieć o dwóch kwestiach ogólniejszej natury, zahażających nieco o potoczny wizerunek adwokata-obrońcy w opinii publicznej. Chodzi o dylemat związania stanowiskiem klienta oraz o dylemat adherencji do kodeksowej zasady prawdy. Obie kwestie są powiązane i należą, przynajmniej w części, do wyników osobistej refleksji adwokata nad naturą własnej pracy. Rozważmy więc, czy obrońca jest związany stanowiskiem swojego klienta w procesie. Czy kiedy klient mówi, „jestem niewinny”, „chcę składać wyjaśnienia”, „oczekuję przeprowadzenia tego dowodu” itd., to obrońca upoważniony jest, jeżeli tak mu dyktuje wiedza i doświadczenie, do obrania odmiennej linii działania? Litera prawa zdaje się odpowiadać, że tak: wynika to z wspomnianej już zasady działania wyłącznie na korzyść oskarżonego (art. 86 § 1 KPK); któż, jeśli nie obrońca, dysponujący wiedzą i doświadczeniem, jest lepiej predysponowany do oceny, co będzie korzystne? Samodzielność, odczytywana pośrednio także z art. 86 § 2 KPK, jest nieodłączną i konieczną cechą pozycji obrońcy w relacji z oskarżonym. Samodzielność nie jest jednak wartością niczym nieograniczoną: adwokat ma obowiązek dbać o zaufanie klienta, a więc działanie wbrew jego wyraźnie ujawnionej woli nie może uchodzić za dopuszczalne. Pożądane byłoby przeto znalezienie stanowiska pośredniego między ekstremami – absolutnym związaniem i absolutną samodzielnością. Jeżeli *in concreto* zarysuje się różnica stanowisk co do tego, jaki kurs działania w sprawie będzie korzystniejszy, to decyzja co do tego kursu powinna zapaść w warunkach transparentności przed klientem. Ocena rozmiarów ryzyka dla każdej ewentualności mieści się w granicach fachowości (wiedzy i doświadczenia), a więc należy do obrońcy. Klient musi być świadom konsekwencji obu ewentualności, tj. procesowych następstw zarówno scenariusza proponowanego przez obrońcę, jak i własnych propozycji. Jeżeli więc rozmiary tego ryzyka nie są obustronnie akceptowalne, znaczy to, że klient zaufania do obrońcy już nie ma i nadszedł moment, w którym adwokat powinien wypowiedzieć upoważnienie do obrony.

Dylemat prawdy, nieodległy od powyższego, wypływa zwłaszcza w kontekście celu, któremu Kodeks służy, tj. zwalczaniu i zapobieganiu ekstremalnemu społecznemu złu – przestępczości. Poglądowi o związaniu zasadą prawdy sprzyja brzmienie § 11 i 15 KEA, gdzie czytamy, że adwokatowi nie wolno świadomie podawać sądowi nieprawdziwych informacji, a ponadto że – jakkolwiek nie ponosi odpowiedzialności za zgodność z prawdą faktów podawanych przez klienta – adwokat powinien zachować umiar w formułowaniu okoliczności mało prawdopodobnych. Jest to jednak dylemat pozorny (a przynajmniej – łatwiejszy do osobistego rozstrzygnięcia niż problem związania). Nie chodzi tu wyłącznie o argument najczęściej podnoszony w obronie obrońców, że prawo do obrony jest zasadą konstytucyjną, a państwo, które ustanawia tę zasadę i jej przestrzega ma się z reguły lepiej niż takie, które tego nie czyni. To oczywiście ważne, ale warto przywołać w tym miejscu dosłowne brzmienie art. 2 § 2 KPK, a problem może okazać się rozstrzygalny: zasada ta stanowi o „ustaleniach”, z czego wypada wnosić, że przepis wyraźnie adresowany jest do organu procesowego, a nie do stron. Obrońcy nie wolno być sędzią własnego klienta. Obrazowo rzecz ujmując, prawdziwość ustaleń to wynik postępowania, a nie stan na samym jego początku. Proces jest dyskursywną drogą do prawdy. Inaczej być nie może, ponieważ przy przeciwnym założeniu powstałby stan „paraliżu na starcie”: jeżeli obrońca *ex ante* zaakceptowałby prawdziwość twierdzeń przeciwnika, nie mógłby wysunąć

żadnej kontry, skoro w chwili początkowej „prawdą” jest to, co stanowi dowód, a dowód jest taki, jakim przedstawia go oskarżyciel. Obowiązkiem obrońcy jest wziąć udział w dyskursie. Obrońca może i powinien kwestionować to, co w oczach innych uczestników procesu uchodzi za prawdę. Mało tego: prawdziwość ustaleń zazwyczaj nie jest stanem łatwym do osiągnięcia, i prawo do obrony w sensie materialnym niejednokrotnie będzie polegać na podnoszeniu twierdzeń niepopularnych. Kodeks etyki adwokackiej nieprzypadkowo wskazuje na odwagę i honor w przepisie otwierającym rozdział poświęcony stosunkowi do klienta. Adwokat jest zobowiązany do obrony jego interesów w sposób odważny i honorowy, przy zachowaniu należytego sądomi i innym organom szacunku oraz uprzejmości, nie bacząc na własne korzyści osobiste ani konsekwencje wynikające z takiej postawy dla siebie lub innej osoby (§ 43 KEA). Nietrudno wyobrazić sobie sprawę, w której zarzuty będą na tyle poważne, że samo zaprezentowanie linii obrony będzie, w ogólnoludzkim sensie, aktem odwagi.

Preferowana przez Kodeks etyki postawa adwokata akcentująca honor i odwagę została w tradycji adwokatury wyprowadzona z wzorca adwokata jako osoby publicznej, współkształtującej wymiar sprawiedliwości w państwie. Z całości uwag odnośnie do relacji z klientem można wysnuć uogólnienie, że owo współkształtowanie wymiaru sprawiedliwości polega na zapewnianiu optymalnych warunków orzekania przez przedstawienie sądomi sytuacji prawnej (sprawy) klienta w najlepszym możliwym świetle. Przyjrzyjmy się bliżej, co wypada przez to rozumieć – rozważmy formułę rotę ślubowania.

Artykuł 5 PrAdw stanowi: „Ślubuję uroczyście w swej pracy adwokata przyczyniać się ze wszystkich sił do ochrony praw i wolności obywatelskich oraz umacniania porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, obowiązki swe wypełniać gorliwie, sumiennie i zgodnie z przepisami prawa, zachować tajemnicę zawodową, a w postępowaniu swoim kierować się zasadami godności, uczciwości, słuszności i sprawiedliwości społecznej”. Pobieżne odczytanie rotę może pozostawić wrażenie, że jest to litania przysłówków – ustawa za pomocą wielkich słów nakazuje, „jak” adwokat ma wykonywać obowiązki zawodowe. W rzeczywistości jednak nie o litanie chodzi – art. 5 PrAdw wskazuje wyraźnie dwie wartości, wokół których adwokat powinien skupiać swe wysiłki. Pierwszą jest ochrona praw i wolności człowieka, drugą – umacnianie porządku prawnego Rzeczypospolitej.

Dyrektywa pierwsza wydaje się, w świetle uwag poczynionych powyżej, jednoznaczna. Dyrektywa druga natomiast – umacnianie porządku prawnego Rzeczypospolitej – wymaga dodatkowego komentarza. Przede wszystkim od adwokata wymaga się pewnego rodzaju lojalności wobec sądu – lojalności, której standardem minimalnym jest rzeczowa, powściągliwa postawa, trochę podobna do tej cechującej stoików². Postawie tej powinno towarzyszyć poczucie się do zasad *fair play*, a więc dobra wiara, że dążenia innych uczestników postępowania, w tym zwłaszcza sądu, są w nie mniejszym stopniu zorientowane na zapewnienie rzetelnego przebiegu postępowania, niż dążenia samego adwokata³. Owo promowanie *fair play* nie oznacza bynajmniej stanu aksjologicznego podporządkowania adwokata sądomi. Praca na rzecz umacniania porządku prawnego nie oznacza roli służebnej czy też prostej, bezwarunkowej lojalności wobec konkretnego składu sądu: mówimy o lojalności wobec zjawisk większych niż dany sąd i konkretna sprawa; jest to lojalność wobec zasad, wobec prawa, i to właśnie z prawem, a nie z zasiadającymi za stołem sędziowskim osobami, aktualnie dzierżącymi insygnia władzy, utożsamiona jest inwokowana w ślubowaniu Rzeczypospolita. Jest tak dlatego, że kolejność przytoczenia obu dyrektyw w rocie nie jest pozbawiona znaczenia: lojalność wobec

² Por. § 1 ust. 2; por. także § 13–17 wprost, § 11 pośrednio, oraz § 27 ust. 1, § 28 KEA.

³ Por. § 27 ust. 2; por. także § 30 KEA.

konkretnego składu sądu musi ustąpić tam, gdzie zagrożone są prawa i wolności. Ochrona praw i wolności jest tym paradygmatem, wokół i w imię którego adwokat może i powinien podjąć się procesowej gry, poczynając od przygotowania i wdrożenia linii obrony (linii oskarżenia) aż do zaskarżenia wadliwego rozstrzygnięcia.

2. Strategia i taktyka w procesie

Powiedzieliśmy już, że zdobycie i utrzymanie zaufania klienta odbywa się przez, m.in. dobrą pracę koncepcyjną. Jest to najważniejsza część pracy adwokata w procesie, choć ani Kodeks postępowania karnego, ani Kodeks etyki adwokackiej, ani Prawo o adwokaturze nie poświęcają jej jednego słowa. Praca koncepcyjna dzieje się niejako w ukryciu, w „zaczysku umysłu” adwokata; ani klient, ani sąd zazwyczaj nie widzą jej efektów bezpośrednio, choć każda czynność widziana przez sąd i klienta pozostawać musi w ścisłej relacji do koncepcji. Koncepcja sprawy – linia obrony czy linia oskarżenia – jest tym dla procesu karnego, czym projekt architektoniczno-budowlany dla wieżowca.

Otoczeniem dla pracy koncepcyjnej jest **model procesu**. Model procesu to inaczej najdalej idące uogólnienie, z pomocą którego daje się streścić naturę całej regulacji. Jest to, rzecz jasna, wybór ustawodawcy. Uwagi o istocie strategii i taktyki oraz wskazania warsztatowe musimy przeto poprzedzić zwięzłym przypomnieniem, jakim modelem hołduje procedura karna.

Tradycją polskiej karnistyki jest model śledczy postępowania przygotowawczego, polegający na wytworzeniu, w warunkach kontrolowanej jawności wobec stron, wysoko sformalizowanych dowodów. Dowód taki ujęty jest w protokół. Celem, dla którego powstaje protokolarnie utrwalony dowód jest to, aby w postępowaniu jurysdykcyjnym – już w warunkach pełnej jawności – móc dowody te bez zniekształceń powtórzyć. Obrazowo rzecz ujmując, w postępowaniu przygotowawczym powstaje pewien „prefabrykat” („gotowiec”), z założenia treściowo obejmujący wszystko, co zdaniem organu procesowego – przyszłego oskarżyciela – w procesie powinno się wydarzyć, aby główny postulat oskarżyciela (wniosek, np. o skazanie) zyskał posłuch sądu. Postępowanie przygotowawcze jest więc tym, na co wskazuje źródłosłów: prokurator, organ postępowania przygotowawczego i przyszły oskarżyciel publiczny w fazie jurysdykcyjnej, przygotowuje dla sądu materiał do pracy, a praca sądu – co do zasady – polegać będzie na powtórzeniu wyników pracy prokuratora. Taki właśnie model obowiązuje obecnie w polskiej procedurze karnej.

Przeciwieństwem modelu śledczego są takie modele, w których nie dochodzi do zaferowania sądowi „prefabrykatu”, lecz jedynie pewien „drogowskaz” albo postulat – akt oskarżenia, zawierający twierdzenia (to, co oskarżyciel będzie chciał wykazać) i wnioski dowodowe (sposób, w jaki te twierdzenia oskarżyciel wykazać planuje), lecz bez samych dowodów. Dowody przeprowadzane są dopiero „po raz pierwszy” w I instancji. Istnieją również takie modele, w których funkcjonują rozwiązania kompromisowe, począwszy od powierzenia uprawnienia do tworzenia protokołów sędziom śledczym, modele przyznające uprawnienia do tworzenia „prywatnych protokołów” podmiotom innym niż Policja i prokurator, skończywszy na modelach wprost przewidujących „prywatne śledztwa”.

Model inkwizycyjny w I instancji jest przedłużeniem modelu śledczego postępowania przygotowawczego, tym razem z sądem w roli głównej. Innymi słowy założeniem tu jest aktywna

rola sądu w dążeniu do wytworzenia ustaleń faktycznych na podstawie wyników śledztwa. Sąd bierze w swoje ręce materiał powstały w postępowaniu przygotowawczym i go *de facto* powtarza (*de lege*: „ujawnia”, zob. art. 410 KPK), dając zarazem stronom możliwość uzupełniania bądź kwestionowania tego materiału. Sąd I instancji zatem obarczony jest, potocznie rzecz ujmując, odpowiedzialnością za prawdziwość ustaleń i ma obowiązek, do granic możliwości, do tej prawdy dotrzeć. Taki właśnie model obowiązywał w Polsce do lipca 2015 r. i obowiązuje obecnie, począwszy od kwietnia 2016 r.

Model kontradiktoryjny w I instancji jest prakseologicznym przeciwieństwem inkwizycyjnego i zakłada pasywną rolę sądu w procesie. Budowanie ustaleń następuje w toku narady nad wyrokiem na podstawie ujawnionych wyników pracy stron, przy czym ciężar twierdzenia i dowodu spoczywa na oskarżycielu. Jeżeli model kontradiktoryjny w I instancji jest ustanowiony w sąsiedztwie modelu śledczego postępowania przygotowawczego, to praktycznym efektem takiego porządku jest to, że prokurator w śledztwie przygotowuje pracę (dowody) „dla siebie”; innymi słowy to, co oskarżyciel przed sądem twierdzi i udowadnia, będzie powtórzeniem jego własnego postępowania przygotowawczego. Obrona przeciwdziała tym wysiłkom, oferując kontrtwierdzenia i kontrdowody. Model kontradiktoryjny w tym kształcie obowiązywał w Polsce niespełna rok – od lipca 2015 r. do kwietnia 2016 r.

Model rewizyjny w postępowaniu w II instancji jest naturalnie zsynchronizowany z modelem inkwizycyjnym w I instancji i polega na ograniczeniu kontroli instancyjnej sprawowanej przez sąd odwoławczy do wyników pracy sądu I instancji, tj. do wyroku z uzasadnieniem. Mówimy, że „rewizji” podlega wyrok sądu *a quo*. Przejawia się to w obowiązującym w II instancji zakazie prowadzenia postępowania dowodowego co do istoty sprawy: istotą sprawy jest tzw. fakt główny, czyli czyn – przedmiot oskarżenia. W razie sukcesu strony inicjującej postępowanie drugoinstancyjne nastąpi uchylenie wyroku i powtórzenie merytorycznego procesu w I instancji.

Model apelacyjny – przeciwieństwo rewizyjnego – jest naturalnie zsynchronizowany z modelem kontradiktoryjnym i zakłada, na podobieństwo rozwiązań przyjętych w Kodeksie postępowania cywilnego, pracę merytoryczną w II instancji. Nie ma tu zakazu postępowania dowodowego co do istoty sprawy. Przedmiotem pracy sądu odwoławczego nie jest więc kontrola wyrokowania, ale „naprawa” uchybień powstałych w całym postępowaniu przed sądem I instancji w takich granicach, jakie postuluje strona inicjująca. W razie sukcesu strony inicjującej (apelującego) dochodzi więc do zmiany orzeczenia, a powtórzenie całej I instancji stanowić może najwyżej odstępstwo od zasady – uchylenie wyroku następuje tylko wtedy, kiedy naprawienie w drodze czynności dowodowych i orzeczenia reformacyjnego okaże się niemożliwe lub nieopłacalne.

Nowela Kodeksu postępowania karnego, która weszła w życie w 2015 r. wprowadziła model kontradiktoryjny w I instancji i model apelacyjny w II instancji w miejsce inkwizycyjnego i rewizyjnego. Nowela kwietniowa z 2016 r. przywróciła natomiast model inkwizycyjny w I instancji, ale pozostawiła model apelacyjny w instancji odwoławczej. Podstawowe założenia modelu śledczego nie uległy zmianom ani w 2015 r., ani w 2016 r.

W tym miejscu wypada poczynić ważną obserwację. Otóż literalne odczytanie przepisów przejściowych towarzyszących obu nowelizacjom pozwalałoby na postawienie tezy, że – w zależności od daty wniesienia aktu oskarżenia – obecnie powinny obowiązywać trzy różne porządki proceduralne: inkwizycyjno-rewizyjny (sprawy wniesione do sądu przed lipcem 2015 r.), kontradiktoryjno-apelacyjny (sprawy wniesione do sądu między lipcem 2015 r. a kwietniem 2016 r.) oraz inkwizycyjno-apelacyjny (sprawy wniesione od kwietnia 2016 r.). „Krajobraz”

ten został znacząco uproszczony uchwałą SN z 29.11.2016 r.⁴ Sąd Najwyższy, wysuwając argument z metazasady „chwytania w locie” rządzącej przepisami przejściowymi (nowelizacja procedury powinna „chwycić” sprawy wszczęte przed jej wejściem w życie), orzekł, że w sprawach prowadzonych po 14.4.2016 r., w których akt oskarżenia, wnioski o wydanie wyroku skazującego, wnioski o warunkowe umorzenie postępowania lub wnioski o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego skierowano do sądu przed 1.7.2015 r., zastosowanie znajdują przepisy regulujące przebieg postępowania karnego wprowadzone przez ustawę z 11.3.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁵, a więc – co do zasady – przepisy nowe.

W świetle uchwały zatem powinniśmy mieć dwa układy modeli rządzących procedurą karną: kontradiktoryjno-apelacyjny (lata 2015–2016; procesy toczyć się będą według tych modeli aż do uprawomocnienia się wyroku) i inkwizycyjno-apelacyjny (wszystkie pozostałe, czyli sprawy wszczęte przed lipcem 2015 r. i do dziś niezakończone oraz sprawy wszczęte po kwietniu 2016 r.); skoro bowiem ostatnia nowelizacja „chwyciła w locie” wszystkie niezakończone jeszcze sprawy, to tym samym „chwyciły” również zmiany odpowiadające za apelacyjny model postępowania odwoławczego, w tym zwłaszcza zaniechanie przywrócenia art. 452 § 1 KPK (zakaz prowadzenia postępowania dowodowego co do istoty sprawy), zmiana w art. 437 KPK (warunki dopuszczalności orzeczenia reformatoryjnego) czy w art. 454 KPK (reguły *ne peius*). Jednak w 2017 r., w serii orzeczeń wydanych już po wpisaniu uchwały do księgi zasad prawnych, Sąd Najwyższy zarysował stanowisko, że przywołana w uchwale zasada „chwytania w locie” nie objęła przepisów „modelowych”, wyszczególnionych w art. 36 pkt 2 ustawy nowelizującej z 27.9.2013 r.⁶ Na tle tych interpretacji ukształtowały się rozbieżne praktyki w wydziałach odwoławczych rozpoznających apelacje w „starych sprawach”: niektóre składy sądzące opowiadają się za orzekaniem merytorycznym (jak w aktualnym brzmieniu Kodeksu), inne – za orzekaniem kontrolnym (jak przed 2015 r.). Rozbieżności te są jednak, w szerszej skali, raczej marginalne. Naturalną koleją rzeczy jest, że liczba toczących się dalej „starych spraw” z czasem maleje.

Koncepcja obrony bądź oskarżenia jest tym samym co linia obrony bądź linia oskarżenia. Wypada na wstępie uczynić pewną uwagę terminologiczną: notuje się skłonność niektórych składów sądzących do używania zwrotu „linia obrony” jako opisującego sytuację, w której skład sądu ocenia wyjaśnienia jako nieprawdziwe: „Sąd uznał wyjaśnienia za przyjętą przez oskarżonego linię obrony”, jak często czytamy. Zdanie to jest mylące. „Linia obrony” to termin techniczny opisujący nie pojedynczy środek dowodowy (jak np. wyjaśnienia), lecz całość tego, co jest, w najszerszym sensie, efektem pracy obrońcy w procesie. Linia obrony jest prakseologicznym przeciwieństwem linii oskarżenia. Zbudowanie linii obrony jest, jak powiedzieliśmy, kulminacją pracy intelektualnej i zarazem najważniejszą powinnością obrońcy, tak jak racjonalne wspieranie linii oskarżenia zbudowanej przez oskarżyciela publicznego jest najważniejszą powinnością pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego.

Czym więc jest owa linia? Najłatwiej opisać to pojęcie przez odwołanie się do elementów konstrukcyjnych aktu oskarżenia. Akt oskarżenia zawiera zarzut (jest to projekcja subsumpcji, a więc to, jak oskarżyciel wyobraża sobie sentencję wyroku), dalej następuje uzasadnienie (uzasadnieniem są twierdzenia, czyli tezy dowodowe), jeszcze dalej zaś listy osób, których

⁴ I KZP 10/16, Legalis.

⁵ Dz.U. z 2016 r. poz. 437 ze zm.

⁶ Czyli nowelizacji, która weszła w życie 1.7.2015 r. Por. wyr. SN z 11.10.2017 r., III KK 97/17, Legalis; wyr. SN z 19.7.2017 r., V KK 94/17, Legalis.

wezwania na rozprawę żąda oskarżyciel oraz wykazy innych dowodów, których ujawnienia oczekuje (innymi słowy, są to wnioski dowodowe). Zauważmy, że akt oskarżenia w modelu kontradiktoryjnym przedstawiał się tak samo. Jedyną różnicą było to, że w miejsce narracji uzasadnienia oskarżyciel przedstawiał wyodrębnione redakcyjnie tezy dowodowe. Jak łatwo zauważyć, pozew w sprawie cywilnej ukształtowany jest według analogicznego schematu pojęciowego. Swoisty atom koncepcji przedstawia się zatem następująco:

[Dowód] \Leftrightarrow [Twierdzenie]

Innymi słowy, koncepcja sprawy składa się z prakseologicznie uporządkowanych „dipoli” [T]–[D]. To uporządkowanie polega na tym, że twierdzenie [T] będzie udowodnione, gdy dowód [D] pokryje treściowo owo twierdzenie [T]. I odwrotnie: gdy [D] się nie powiedzie, [T] upada.

Co się wydarzy dalej, gdy już twierdzenie zostanie udowodnione?

[Twierdzenie] \Rightarrow [Postulowane rozstrzygnięcie]

Postulowane rozstrzygnięcie to procesowy wniosek strony (*petitum*), czyli to, czego ta strona oczekuje od sądu. Strona może wnosić o skazanie, uniewinnienie, zmianę kwalifikacji prawnej, zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary itp. Rzecz w tym, że powyższy schemat implikacji (jeżeli [twierdzenie], to [postulowane rozstrzygnięcie]) odnosi się do litery prawa; zauważmy, że schemat ten odpowiada schematowi klasycznej definicji normy prawnej, w którym odpowiednikiem twierdzenia [T] jest hipoteza, a odpowiednikiem postulowanego rozstrzygnięcia [PR] – dyspozycja normy. Sąd uczyni zadość postulatowi i zastosuje normę prawa karnego dopiero wtedy, gdy jej hipoteza pokryje się z twierdzeniem w procesie.

Powtarzamy tę (skądinąd oczywistą) konstatację w jednym celu: adwokat musi rozumieć, że jego praca koncepcyjna polega na tworzeniu takiego układu „dipoli” [T]–[D], aby wszystkie te „dipole”, we wzajemnym powiązaniu, wsparły wniosek [PR].

Mając powyższe na uwadze, postawmy następującą tezę: linia oskarżenia i linia obrony powstają zawsze w trzech krokach.

Krokiem pierwszym jest identyfikacja kierunku oskarżenia (kierunku obrony) i ustalenie kryteriów zwycięstwa na podstawie oczekiwań reprezentowanej przez adwokata strony. Skoro zaś proces karny w najogólniejszym zarysie przebiega według sylogistycznego schematu stosowania prawa, krok pierwszy polega na wyobrażeniu sobie, jak wyglądać będzie końcowy efekt rozumowania sądu – subsumpcja. Przykładowo, jeżeli dla przypisania danego czynu prawo materialne wymaga działania w określonej postaci zamiaru, to uniewinnienie nastąpi zarówno wtedy, gdy okaże się, że czynu nie popełniono w ogóle, jak i wtedy, gdy okaże się, iż stronie przedmiotowej towarzyszy „niewystarczająca” postać zamiaru.

Krok drugi to postawienie takich twierdzeń, które umożliwią i zarazem racjonalnie uzasadnią kierunek obrony. Przykładowo, jeżeli obrońca chce przeciwdziałać twierdzeniu oskarżyciela, że oskarżony działał w zamiarze określonego rodzaju, to postawi takie twierdzenia, przy udowodnieniu których ustalenie o owym kwalifikowanym zamiarze będzie niemożliwe.

Krok trzeci to już czysta „inżynieria” – dobranie optymalnych środków wiodących do celu, czyli dobranie właściwych dowodów do postawionych twierdzeń.

Każdy kolejny krok wymaga geometrycznie większego nakładu **pracy koncepcyjnej**. W sytuacji typowej ustalenie kierunku obrony i kryteriów zwycięstwa nie nastęrcza trudności; klient zazwyczaj wie, czego chce i jego oczekiwania są jednoznaczne. Postawienie natomiast właściwych twierdzeń oraz dobranie do nich dowodów jest tym, w czym kryje się cała trudność.

Tradycyjnie obrońcy przywykli stosować metodę, którą można określić mianem analitycznej. Punktem wyjścia jest tu ciężar dowodu w procesie karnym. Skoro ciężar ten spoczywa na oskarżycielu, to wiemy, że koncepcja obrony polegać będzie nie tyle na sformułowaniu kompletu twierdzeń, które dotyczą zarzutu, i następnie na dowodzeniu co do każdego z nich z osobna, ale raczej na „szukaniu dziury w całym”. Wiadomo, że jeżeli oskarżyciel musi wykazać znamiona zarzuconego czynu w koniunkcji, to dla uniewinnienia wystarczy skutecznie podważyć jedno, aby przypisanie całości nie było już możliwe (koniunkcja jest fałszywa, jeżeli już tylko jeden jej człon jest fałszywy). Metoda analityczna jest więc poruszaniem się od dowodu do twierdzenia: skuteczne zakwestionowanie dowodu prowadzi do obalenia twierdzenia i niemożliwości zadośćuczynienia żądaniu oskarżyciela. Metoda ta sprawdzała się w modelu inkwizycyjno-rewizyjnym, ale obecnie odchodzi do lamusa. Jej wadą jest to, że skłania do bierności w I instancji, co z kolei, w razie przegranej, utrudni pracę naprawczą w II instancji, gdzie wymagana jest praca merytoryczna.

Metoda „syntetyczna” jest przeciwieństwem powyższej. Zakłada się tu, że linia obrony powinna w zasadzie odnosić się do całości tego, czym jest linia oskarżenia. Obrońca nie szuka więc w linii oskarżenia słabego punktu, ale prezentuje kompletną alternatywę (praktyczne przeciwieństwo) wobec twierdzeń oskarżyciela. Stawia się więc najpierw twierdzenia, a potem dobiera do nich dowody. Jest to więc pracochłonny ruch od twierdzenia do dowodu, innymi słowy – budowanie pewnej „syntezy”. Metoda ta sprawdza się w procesie kontradiktoryjno-apelacyjnym, ponieważ jest zapożyczona z warsztatu cywilistów: z podobnym warsztatowym nastawieniem konstruuje się odpowiedź na pozew.

Zalecenia strategiczne. W teorii wojskowości (a także w języku szachistów) odróżnia się strategię od taktyki. Nie wchodząc zanadto w szczegóły, poprzestańmy na założeniu, że jedno i drugie polega na planowaniu: o ile strategią określa się planowanie wysokiego poziomu (planowanie na wielkim stopniu ogólności; manewry *Hannibala* w Italii, dążenie do opanowania centralnych pól na szachownicy), taktyką jest planowanie na poziomie szczegółowym (użycie lekkiej piechoty w centrum i jazdy na skrzydłach szyku w bitwie, użycie koni i pionów w otwarciach czy wież w partii środkowej). Metafora strategii i taktyki jest pomocna w pracy procesualisty. Możemy powiedzieć, że strategia w procesie polega na uplasowaniu dążenia klienta w otoczeniu dążeń sądu i innych uczestników procesu, taktyka zaś – na właściwym wykorzystaniu twierdzeń i dowodów, aby dążenie to zrealizować.

Adwokat jako obrońca albo pełnomocnik, myśląc strategicznie, nie może zamykać oczu na ogólny kształt procedury. Skoro postępowanie jurysdykcyjne polega na powtarzaniu *ex officio* materiału postępowania przygotowawczego (a podstawowym obowiązkiem sądu I instancji jest, jak już powiedzieliśmy, ujawnić całokształt tego materiału), to naturalną skłonnością sądu jest użycie gotowych dowodów jako wspomnianych prefabrykatów dla zbudowania ustaleń. Sąd może po prostu ulec pokusie, że li tylko wykonuje program podany mu na tacy przez prokuratora (nie bez kozery mówiło się w doktrynie o funkcji programowej aktu oskarżenia). Adwokat reprezentujący stronę nie może pozostawać wobec tego faktu obojętny, ale skłonność do wykorzystywania „gotowców” sama w sobie nie świadczy jeszcze o dysfunkcji systemu procesowego.

Po pierwsze takiej skłonności do powtarzania nie należy utożsamiać ze stronniczością składu sądzącego, ponieważ w sytuacji typowej innego materiału niż obciążający w sprawie po prostu nie ma. Przepisy nie przewidują prywatnego śledztwa obrońcy, a ściślej, obrońca nie może wytworzyć protokołu, np. przesłuchać świadka czy przeprowadzić oględziny. Obrońca może natomiast zaprezentować alternatywę dla wyników śledztwa za pomocą własnych układów

[T]–[D]; jeżeli tego nie uczyni, w chwili zamknięcia przewodu ujawniony będzie tylko materiał z postępowania przygotowawczego w postaci powtórzonej przez sąd. Po wtóre, myśląc strategicznie, trzeba pamiętać o kolejności wartości, którym służy adwokat: skoro ochrona praw i wolności ma pierwszeństwo przed wspieraniem porządku prawnego *en bloc*, to adwokat ma moralny obowiązek swoją pracą – linią obrony, linią oskarżenia – chronić prawa obywateli zwłaszcza wtedy, gdy wymaga to zakwestionowania dążeń sądu w danej i następnej instancji. Tu warto uczynić, z pozycji doświadczenia, następującą uwagę: otóż w sprawach, w których strona reprezentowana przez adwokata przegrywa, zazwyczaj pojawia się wcześniej punkt zwrotny, w którym na podstawie czynności procesowych sądu (np. sposobu rozstrzygnięcia w przedmiocie kluczowych wniosków dowodowych, sposobu rozstrzygnięcia co do środków zapobiegawczych itd.) już wiadomo, że linia strony przeciwnej przeważa. Adwokat doświadczony będzie w stanie wykryć taki punkt zwrotny w czasie rzeczywistym. To z etycznego punktu widzenia delikatny moment w dynamice procesu: powinniśmy pamiętać o zasadzie umiaru i rzeczowości zwłaszcza w chwili przeżywania punktu zwrotnego.

Kanon aksjomatów strategicznych. Podstawowym zaleceniem strategicznym obrońcy jest: **należy przygotować linię obrony tak, aby proste powtórzenie wyników postępowania przygotowawczego okazało się niemożliwe** (np. prowadziłyby do rozbieżności między [T] a [D], bądź wprost do stanu naruszenia prawa). Co oczywiste, podstawowym zaleceniem strategicznym dla pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego jest wspierać, uzupełniać i poprawiać linię oskarżyciela publicznego.

Drugorzędnym zaleceniem strategicznym jest: **należy przygotować linię tak, aby na wypadek fiaska dało się naprawić przyszłe uchybienia w II instancji w warunkach kontradiktoryjności**. Innymi słowy – planowanie apelacji zaczyna się jeszcze przed pierwszą rozprawą główną.

Zalecenia taktyczne. Nie ma co prawda w procedurze karnej legalnej teorii dowodowej, ale notuje się, rzec by można, naturalną słabość dowodów ze źródeł osobowych w zestawieniu z dowodami rzeczowymi i dowodami pochodnymi (opiniami biegłych). Najczęściej decydują tu dwa czynniki.

Przed wszystkim w grę wchodzi niedoskonałość działania ludzkiego umysłu, choćby przy maksimum dobrej woli i przy wyżynach sprawności intelektualnej świadka czy oskarżonego. Chwila zeznawania czy wyjaśniania jest na ogół odległa od momentu relacjonowanego. Czas robi swoje i nieuchronnie prowadzi do zniekształceń faktów przywoływanych z pamięci. Jeżeli świadek albo oskarżony słuchany jest wielokrotnie na te same okoliczności (co w warunkach narzuconych przez model śledczy jest normą, por. art. 391 oraz 389 KPK), to przy kolejnym przesłuchaniu trudno już oddzielić relację na temat zdarzenia od wzmocnienia śladów pamięciowych po zdarzeniu przez sam fakt wcześniejszego relacjonowania. Nie da się również w pełni oddzielić depozycji od zabarwień emocjonalnych, skoro zeznania i wyjaśnienia dotyczą zdarzeń ważnych dla składającego. W grę może również wchodzić silny stres. Tu wypada uczynić uwagę: nasilenie stresu może przybrać postać ostrego zaburzenia stresowego (albo ostrej reakcji na stres; *acute stress disorder* – ASD), a to oznacza, że zajdzie konieczność zarządzenia przesłuchania z udziałem psychologa i zasięgnięcia opinii psychologicznej (art. 192 § 2 KPK; dla porządku warto zaznaczyć, że przepis ten dotyczy wyłącznie świadków, więc jeżeli potrzeba zasięgnięcia opinii psychologicznej dotyczy oskarżonego, w grę wchodzi ogólna podstawa dopuszczenia dowodu z opinii biegłego i udziału biegłego w czynności przesłuchania, tj. art. 193 § 1 oraz art. 198 § 1b KPK).

Po wtóre dowody ze źródeł osobowych bywają skażone interesem – faktycznym albo prawnym – w złożeniu depozycji określonej treści. Niekoniecznie przy tym wejda w grę fałszywe

zeznania albo nieprawdziwe wyjaśnienia. Na porządku dziennym adwokat zetknie się z wielorakimi sposobami przedstawiania obiektywnej rzeczywistości w korzystnym dla mówiącego świetle – przez dobór słów, cienie semantyczne, rozłożenie akcentów w wypowiedzi, aluzje czy starannie uporządkowane konteksty. Ryzyko takiego zniekształcenia jest tym większe, im silniejszy jest ów interes.

Dalej dowody z opinii biegłych oceniane są, jak wszystkie, na zasadach określonych w art. 7 KPK, lecz w odniesieniu do opinii biegłych najważniejszym kryterium oceny są wskazania wiedzy. Wiedza jest stanem obiektywnym (zawsze) i pewnym (zazwyczaj, tj. jeśli pomijając pogranicza nauki, czyli obszary na jej styku ze „znanym nieznanym”, w których hipotezy pionierów dyscyplin naukowych nie zostały jeszcze doprowadzone do postaci teorii; dodajmy tylko, że prawdopodobieństwo, iż w procesie karnym opinia będzie roztrząsać takie obszary graniczne, jest skrajnie małe). Rzecz w tym, że dopuszczenie dowodu z innej opinii przy istniejącej opinii biegłego na dany temat wymaga wykazania kwalifikowanej wady opinii już istniejącej. Artykuł 201 KPK zawiera listę trzech takich sytuacji: nową opinię sąd dopuści wtedy i tylko wtedy, gdy istniejąca będzie sprzeczna (wewnętrznie albo zewnętrznie), gdy będzie niepełna (np. gdy nie odpowie na wszystkie pytania zawarte w postanowieniu o dopuszczeniu) albo gdy będzie niejasna (tj. wywód nie wiedzie prostą i czytelną drogą do wniosków). Jeżeli więc wady takiej w istniejącej opinii nie ma, wysoce prawdopodobne jest, że dowód z niej zostanie uznany za wiarygodny niejako „automatycznie”, ponieważ sąd, osobiście niedysponujący wiadomościami specjalnymi (art. 193 KPK), będzie skłonny do uznania opinii za wiarygodną przez zaufanie do autorytetu epistemicznego biegłego (autorytetu eksperta). Obrazowo przeto rzecz ujmując, w sprawie, gdzie dowody z opinii współistnieją z dowodami ze źródeł osobowych, u progu narady mamy „morze” dowodów o nieustalonej jeszcze wartości wiarygodnościowej, w którym, niczym „skały” albo „nieruchome punkty”, pojawiają się takie dowody, których status wiarygodnościowy jest zobiektywizowany i tym samym łatwiejszy do prognozowania. Typowymi punktami nieruchomymi są właśnie opinie, ale mogą pełnić tę rolę również dokumenty czy dowody rzeczowe.

Kanon aksjomatów taktycznych. Pierwszorzędnym zaleceniem taktycznym zatem jest: **należy konstruować linie obrony bądź linie oskarżenia tak, aby tworzyły się treściowe i prakseologiczne powiązania między dowodami**, ponieważ te właśnie powiązania przesądzą później w toku narady nad wyrokiem o wiarygodności dowodów wzajemnie powiązanych przeciwko dowodom pozostającym w rozsypce. Bezwzględnie trzeba pamiętać tu o art. 169 § 2 KPK: przedmiotem dowodu może być nie tylko fakt mający bezpośrednie znaczenie dla rozstrzygnięcia (por. art. 170 § 1 pkt 2 KPK *a contrario*), ale również ocena dowodu właściwego albo wykrycie dowodu właściwego. Artykuł 169 § 2 KPK jest kluczowym instrumentem procesowym dla taktyki, ponieważ dzięki niemu strona może te powiązania między dowodami kreować.

Drugorzędnym zaleceniem taktycznym jest: **należy zabiegać o wytwarzanie powiązań między dowodami osobowymi a dowodami mogącymi stanowić punkty nieruchome**. Powiązania między samymi tylko dowodami osobowymi to mało. Im więcej powiązań z dowodami nieruchomymi, tym łatwiej o wiarygodność całej takiej wiązki i tym łatwiej przezwyciężyć słabości dowodów osobowych, opierając się na zobiektywizowaniu rozumowania na temat wiarygodności.

Trzeciorzędnym zaleceniem taktycznym jest: **należy dążyć do powstania nowych nieruchomości**, które będą treściowo korzystne dla klienta. Jak już powiedzieliśmy, nowym punktem nieruchomym będzie dowód z nowego dokumentu albo nowa opinia. Trzeba przy

tym pamiętać, że opinia jest dowodem pochodnym – w tym sensie, że operuje na dowodach pierwotnych podobnie jak zdanie w metajęzyku dotyczy zdania przedmiotowego. Dla taktyki procesowej płynie stąd wskazówka, że przed dopuszczeniem dowodu z opinii należy przygotować wystarczający materiał – poprzez zgromadzenie maksymalnie kompletnego zestawu dowodów źródłowych, które w przyszłości posłużą biegłemu jako przedmiot do opiniowania. Pamiętajmy też, że nie ma punktów wieczyste nieruchomości (co wynika z zasady oceny swobodnej), ale argumentacja przeciwko dokumentom i opiniom jest zazwyczaj utrudniona.

Uwagi o strategii i taktyce w procesie wypada uwieńczyć sugestiami praktycznej (warsztatowej) natury – jak pracować, aby myśl strategiczna i taktyczna znalazła najlepsze możliwe przełożenie na czynności adwokata w procesie. Innymi słowy, odnotujmy parę słów o samym notowaniu.

Każdy adwokat-procesualista sporządza **notatki**, ale nie wszystkie notatki mają dla niego i sprawy jednakowe znaczenie. Jeśli przyrzeć się celom, dla których notatki w ogóle powstają, okazuje się, że mamy trzy rodzaje notatek: koncepcyjne (typ „K”), robocze (typ „R”) i bieżące (typ „B”).

Notatki koncepcyjne obejmują kierunek obrony (kierunek oskarżenia), istniejące i planowane „dipole” [T]–[D], a także powiązania między dowodami. Innymi słowy, notatki typu „K” utrwalają to wszystko, co składa się na linię obrony bądź linię oskarżenia. Można powiedzieć, że są one z punktu widzenia obrońcy funkcjonalnym odpowiednikiem planu śledstwa⁷. Powstają w pierwszej kolejności i posłużą za punkt wyjścia do formułowania pism procesowych (np. odpowiedzi na akt oskarżenia), wniosków dowodowych, konstruowania przemówienia, a także – w razie przegranej – do wywiedzenia apelacji. Nie istnieje jedna optymalna metoda tworzenia notatek koncepcyjnych; stosownie do osobistych preferencji i natury sprawy adwokaci sporządzają krótkie teksty, wypunktowania, tabele, wykresy, schematy blokowe, mapy myśli (*mind maps*) itd. Ważne jest natomiast, aby notatki przybrały fizyczną postać, choćby ich pisaniu towarzyszyło poczucie, że notujemy sami dla siebie rzeczy oczywiste, o których i tak będziemy pamiętać. Proces karny jest zjawiskiem dynamicznym, w którym łatwo w ferworze rozprawy popełnić błąd pominięcia lub przeoczenia czegoś, co już zostało przemyślane i ujęte w planach. Fizyczne istnienie notatek „K” nie wyeliminuje całkowicie takiego ryzyka, ale może je radykalnie ograniczyć.

Dalej notatki robocze to takie, które są rozwinięciem koncepcyjnych i stanowią plan przeprowadzenia konkretnego dowodu. Typowym przykładem notatek typu „R” jest lista pytań do świadka albo rozpisanie wyводу opinii biegłego na poszczególne kroki rozumowania. Warto stworzyć takie notatki z wyraźnym odesłaniem do linii obrony czy oskarżenia. Przykładowo, jeżeli przed samą listą pytań umieścimy, dla przypomnienia, tezę dowodową lub zakotwiczenie dowodu w koncepcji sprawy, to notatki „R” zyskują nową jakość – dynamiczny charakter. Dzięki temu nie tylko wiemy, co i jak robimy, ale i wiemy, po co robimy to, co robimy: w czasie rozprawy łatwiej będzie dodać nowe pytania, zrezygnować z niektórych bądź zmienić kolejność, jeżeli zajdzie taka konieczność.

Wreszcie notatki bieżące – typu „B” – to te, które sporządza się w czasie rzeczywistym – z rozprawy, przesłuchania, rozmowy z klientem itd. Notujemy nie tylko przebieg czynności (przez

⁷ Por. § 127 rozp. Ministra Sprawiedliwości z 7.4.2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1206 ze zm.; por. także § 24–30 zarządzenia Nr 1426 Komendanta Głównego Policji z 23.12.2004 r. w sprawie metodyki wykonywania czynności dochodzeniowo-śledczych przez służby policyjne wyznaczone do wykrywania przestępstw i ścigania ich sprawców, Dz.Urz. Komendy Głównej Policji z 2005 r. Nr 1, poz. 1.

co uruchamiamy w sobie tzw. aktywne słuchanie, angażujące umysł daleko bardziej niż słuchanie bierne, choćby w stanie maksymalnie wytężonej uwagi), ale i własne spostrzeżenia, które będzie można przenieść do notatek typu „R” czy nawet „K”.

Na zakończenie wypada przypomnieć, że przydatność notatek zostaje zwielokrotniona, kiedy adwokat wyrobi w sobie nawyk regularnego wracania do nich. O ile do notatek bieżących wracamy głównie po to, aby odświeżyć w pamięci przebieg i wyniki czynności, o tyle notatki koncepcyjne i robocze powinny podlegać ciągłym aktualizacjom, uzupełnieniom i rewizji.

3. Udzielenie i wypowiedzenie pełnomocnictwa i upoważnienia do obrony

Prawem do obrony w sensie formalnym zwykle się określać uprawnienie do korzystania z pomocy obrońcy. Udzielenie upoważnienia do obrony może nastąpić w dwóch sytuacjach.

Osobiste udzielenie upoważnienia przez podejrzanego bądź oskarżonego (art. 83 § 1 *in principio* KPK) to sytuacja typowa. Z treści upoważnienia do obrony musi wynikać zakres czasowy, tj. wskazanie, z jaką chwilą upoważnienie wygasa. Jeżeli zakres nie jest określony wyraźnie, będzie on dekodowany z kodeksowych pojęć modalnych – uprawnienia do działania (art. 84 § 1 KPK wprost) oraz obowiązku działania (*arg. ex art. 84 § 2* KPK). Otóż obrońca (czy z wyboru, czy z urzędu) jest **obowiązany** do działania aż do prawomocnego zakończenia postępowania, ale jednocześnie pozostaje **uprawniony** do działania po uprawomocnieniu się. Znaczy to, tytułem przykładu, że kasacja wniesiona w oparciu o upoważnienie aktualne we wcześniejszych fazach uchodzi za wniesioną przez podmiot uprawniony i podlega rozpoznaniu, choć już w sytuacji, gdy tym podmiotem uprawnionym jest obrońca z urzędu, Skarb Państwa nie wypłaci wynagrodzenia za żadną czynność, którą obrońca wykonałby w warunkach uprawnienia, a nie obowiązku⁸. Pozycja obrońcy w postępowaniu wykonawczym jest jednak odmienna. Artykuł 8 § 1 KKW przyznaje skazanemu prawo do korzystania z pomocy obrońcy ustanowionego **w tym postępowaniu**, co oznacza, że stosowanie art. 84 § 1 i 2 KPK za pośrednictwem odesłania z art. 1 § 2 KKW jest wyłączone.

Możliwe jest również udzielenie **upoważnienia tymczasowego** przez inną osobę (art. 83 § 1 *in fine* KPK) po to, aby umożliwić reprezentację osobie pozbawionej wolności. *De lege* tą inną osobą może być każdy, lecz ze względów praktycznych – przede wszystkim z uwagi na zrozumiałą nieufność osoby pozbawionej wolności do nieznanych, obcych osób – praktykuje się uzyskiwanie tymczasowego upoważnienia od kogoś, kogo klient mógłby obdarzyć zaufaniem w trudnym momencie życiowym. Naturalnymi kandydatami są osoby najbliższe w rozumieniu prawa materialnego, ale mógłby to być również bliski przyjaciel czy, jak nierzadko się dzieje w przypadku cudzoziemców, osoba tej samej narodowości. Tymczasowość natomiast wyraża się w tym, że z założenia obrońca powinien się ograniczyć do starań o uzyskanie upoważnienia właściwego (stanowczego) i do tego czasu powinien poprzestać na zadbaniu o stworzenie warunków i możliwości działania na przyszłość, i powstrzymać się od dalej idących, merytorycznych czynności. Uzasadnienia dla takiej powściągliwości należy poszukiwać nie tylko w naturalnej ostrożności na początku udziału w nowej, nieznannej jeszcze sprawie, ale

⁸ Zob. post. SN z 15.1.2013 r., II KZ 56/12, Legalis.