

## UWARUNKOWANIA EFEKTYWNOŚCI UDZIAŁU OBROŃCY W PROCESIE KARNYM W ŚWIETLE ORZECZNICTWA SĄDÓW NIEMIECKICH

W naszych rozważaniach skoncentrujemy się na formalnym aspekcie prawa do obrony, który zgodnie z poglądem powszechnie przyjętym w literaturze obejmuje niewątpliwie zarówno udział wybranego obrońcy jak i korzystanie z nieodpłatnej pomocy obrońcy.<sup>1</sup>

W literaturze procesu karnego używa się pojęcia efektywności obrony zasadniczo nie definiując go, bądź czyniąc to w sposób opisowy. Przede wszystkim wskazuje się na jej aspekt wewnętrzny, indywidualny, złączny od samego obrońcy i istoty jego stosunku obrończego. Pomija się natomiast zewnętrzne uwarunkowania efektywności obrony zarówno o charakterze systemowym, wynikające z konstrukcji procesu karnego, jego funkcji i celów, a także z uwarunkowań o charakterze przedmiotowym, determinowanych rodzajem spraw.

W literaturze niemieckiej pisze się o minimalnych standardach obrony karnej (*Mindeststandards der Strafverteidigung*)<sup>2</sup> bądź też jej jakości. W szczególności S. Barton uważa, że w tym przypadku ogólne pojęcie jakości ma dwa znaczenia: z jednej strony jako cecha działalności (procesu), z drugiej zaś odnosi to do rzeczywiście osiągniętego efektu. Jego zdaniem podobnymi pojęciami do jakości procesu jest biegłość (*Sachkunde*), zaangażowanie i kompetencja. Jeśli chodzi o pojęcia pokrewne z wynikiem procesu to Autor wymienia tu sukces czy efektywność.<sup>3</sup>

- 1 Por. P. Kruszyński: *Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym*, Białystok 1991, s. 13 i n.
- 2 Por. monografie: S. Barton: *Mindeststandards der Strafverteidigung*, Baden-Baden 1994.
- 3 Tamże, s. 40.

Wewnętrzny aspekt efektywności obrony formalnej eksponuje także U. Eisenberg widząc ją w kontekście niezależności obrońcy od organów ścigania i jednoczesnego związania poleceniami oskarżonego w ramach stosunku obrończego. Autor ten stwierdza, iż w ramach tego stosunku oskarżony ma prawo do „obrony optymalnej” rozumianej jako najwyższa kompetencja do odciążania oskarżonego wobec organów śledczych<sup>4</sup>. Tej kompetencji działań obrońcy narzucane są ograniczenia wynikające z celu procesu karnego, jakim jest dążenie do wykrycia prawdy obiektywnej. U. Eisenberg podobnie widzi jednakże możliwość oceny kompetencji obrońcy przez pryzmat jego współdziałania w realizacji tego celu procesu. Zdaniem tego Autora: „Jeśli miernik kompetencji działań obrońcy będzie ukierunkowany na cel procesu wykrycia prawdy, decydującego znaczenia nabiera formalne zapewnienie możliwości jego działania i stworzenie ekwiwalentu dla strukturalnej nierówności w podziale uprawnień decyzyjnych przy realizacji norm prawnych ze strony sądu karnego i prokuratury”<sup>5</sup>.

Z kolei w związku z rozróżnieniem obu postaci jakości S. Barton wyróżnia zapewnienie jakości (*Qualitätssicherung*) i kontrolę jakości (*Qualitätskontrolle*). Ich celem jest takie świadczenie usług przez obrońców, aby służyły one stabilizacji bądź zwiększaniu stopnia spełniania zawartych w nich funkcjonalnych potrzeb. Zapewnienie jakości ma miejsce przed każdym konkretnym procesem i działaniem, ono korzysta częściej z prewencyjnych, wewnątrzstrukturalnych „miękkich” metod i następuje, co do tendencji, „*intra muros*”.<sup>6</sup> Z kolei kontrola jakości reaguje na bariery jakości w konkretnym postępowaniu przy świadczeniu usług i dlatego jej działanie jest „ostre”. Ostatecznie dla potrzeb badań S. Barton przyjmuje, że zapewnienie jakości jako następujące przed konkretnym procesem rozciąga się na wewnątrzstrukturalne wymogi (o charakterze normatywnym, rzeczowym i personalnym) odnoszące się do działalności obrończej. Natomiast kontrola jakości rozpoczyna się wtedy, kiedy nie chodzi już o abstrakcyjne

---

4 U. Eisenberg: Aspekte der Rechtsstellung des Verteidigers, NJW 1991 (20), s. 1258–1259.

5 U. Eisenberg: Aspekte..., s. 1259.

6 V. Deneke: Grundlagen, Möglichkeiten und Grenzen der Qualitätssicherung in den freien Berufen, BRAK-Mitteilungen 1985, ss. 12–16.

zapewnienie jakości, lecz o konkretne postępowanie. W związku z tym można tu wyróżnić dwa rodzaje kontroli jakości: kontrolę własną i kontrolę zewnętrzną. Własna kontrola jakości może być sprawowana przez obrońcę i jego mandanta. Natomiast kontrola zewnętrzna (*Fremdkontrolle*) jest realizowana przez organy wymiaru sprawiedliwości, w szczególności sądy i prokuraturę.<sup>7</sup>

Jeśli chodzi o pojmowanie „standardów minimalnych”, to są one rozumiane jako równoważne pojęciu „dolnych granic obrony”. W szczególności pojęcie „standardów minimalnych” implikuje także inne prawnie relewantne standardy związane z obroną (mianowicie optymalna obrona lub „powszechnie standardy”) i odnosi się do różnych dziedzin prawa (prawa konstytucyjnego, prawa procesu karnego, cywilnego), gdzie istnieją różne standardy minimalne.

Przechodząc do rozróżnienia pomiędzy efektywnością w jej ujęciu zewnętrznym, należy stwierdzić, iż nie można jej utożsamiać z samą jakością pracy obrońcy.

Działanie efektywne to działanie skuteczne, osiągające zamierzone skutki. Wypada stwierdzić, iż w prakseologii i teorii ekonomii przyjęto definicję efektywności jako stosunek efektu do nakładu. Efektywnym w tym kontekście jest działanie, które przy stałym nakładzie przynosi maksymalny efekt, bądź też jeśli możliwy efekt jest stały – został on osiągnięty przy możliwie niskim nakładzie. Bardziej uzasadnione jest w dziedzinie obrony praw oskarżonego niewątpliwie pierwsze ujęcie, które oznaczałoby osiągnięcie przez obrońcę efektu możliwie najkorzystniejszego, czyli uniewinnienia oskarżonego, bądź złagodzenia jego odpowiedzialności karnej (a niekiedy cywilnej). Niewątpliwie niezbędną przesłanką efektywności jest rzetelność i należyta staranność w działaniach obrońcy.

Działanie nieefektywne to niewątpliwie takie, które w ogóle nie osiąga zamierzonego celu, bądź osiąga go w stopniu minimalnym, a na pewno niższym niż możliwy do osiągnięcia. W tym też kontekście należy wskazać na różny charakter przyczyn ograniczeń (bądź braku) efektywności udziału obrońcy w procesie karnym.

---

7 S. Barton, op.cit., s.41-42.

Można więc tu wyróżnić:

- 1) przyczyny o charakterze obiektywnym, niezależne od obrońcy
- 2) przyczyny subiektywne, zależne od obrońcy i jego stosunku obrończego.

Oczywiście podział ten nie jest ściśle dychotomiczny, gdyż niekiedy wadliwe działania bądź zaniechania zawinione przez obrońcę, np. uchybienie terminowi zawitemu nie mogą być konwalidowane, gdy sprzeciwia się temu dobro wymiaru sprawiedliwości.

Przyczyny obiektywne wynikają zarówno z przepisów prawa, jak i opartej na nich praktyce działania organów procesowych. Jeśli chodzi o ustawowe ograniczenia efektywnego udziału obrońcy w procesie karnym, to niewątpliwie ich ustanowienie podyktowane jest, przynajmniej z założenia, następującymi względami:

- a) dobrem wymiaru sprawiedliwości, a w szczególności zapewnieniem sprawnego przebiegu procesu
- b) ochroną praw innych uczestników procesu, w szczególności świadków i pokrzywdzonych.

W procesie niemieckim prawo każdego podejrzanego do korzystania z pomocy obrońcy (§ 137 niemieckiego kpk. – StPO z 1877 r.) jest wywodzone w oparciu o zasadę państwa prawa (*Rechtsstaatsprinzip*) z art. 2 ust. 1 Konstytucji (*Grundgesetz-GG*).<sup>8</sup> Ewolucja procedury niemieckiej rozpoczęta wejściem w dniu 01.01.1975 r. ustawy o pierwszej reformie prawa procesowego (*I.StVRG*) z 09.12.1974 r. i ustawy z 20.12.1974 r. uzupełniającej tę reformę<sup>9</sup> odznaczała się przede wszystkim dążeniami do usprawnienia procesu i ograniczenia prawa do obrony. Miało to nastąpić dzięki usunięciu z tego procesu śledztwa sądowego jako formy postępowania przygotowawczego prowadzonego przez sędziego śledczego jak i szereg postanowień szczególnych, np. skróce-

---

8 F.-Ch. Schroeder, *Strafprozessrecht* (wyd. 2), C.H. Beck, Muenchen 1997, s. 89–95; K. Bernsmann, *Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Gekdwaesche- Voruebrlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund* (Strafverteidiger- StV nr 1/2000, s. 40–41)

9 Por. np. C. Roxin, *wprowadzenie do Strafprozessordnung* (wyd. 23), C.H. Beck, Muenchen 1991, s. XVII–XX.

nie poszczególnych terminów procesowych. W dziedzinie prawa do obrony ustawa uzupełniająca z 20.12.1974 r. wprowadziła możliwość wykluczenia z procesu obrońcy, co do którego istnieje uzasadnione podejrzenie, iż konspirował z podejrzanym lub nadużywał swoich wizyt w areszcie śledczym u podejrzanych do popełniania ciężkich przestępstw lub spowodowania istotnego zagrożenia bezpieczeństwa w areszcie (138 a–d StPO). Poza tym zwiększono możliwości rozpoznawania sprawy bez obecności oskarżonego i ograniczono możliwą ilość obrońców reprezentujących jednego oskarżonego do trzech i możliwość obrony kilku oskarżonych przez wspólnego obrońcę. Ponadto w latach 1975–1978 w ramach tzw. ustawodawstwa antyterrorystycznego rozszerzono w sprawach o terroryzm podstawy tymczasowego aresztowania, wprowadzono możliwość sędziowskiej kontroli korespondencji oskarżonego z obrońcą i ograniczono możliwości ich bezpośredniego kontaktu (np. z wykorzystaniem szyby ochronnej).

Tendencja do ciągłych nowelizacji StPO mających na celu usprawnienie wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych utrzymuje się do chwili obecnej<sup>10</sup>. W szczególności szereg kontrowersji wobec ograniczenia prawa do obrony przez instytucje chroniące świadków powstały po wprowadzeniu w dniu 01.12.1998 r. ustawy o ochronie świadków (*BGBI I*, s. 820) możliwości przesłuchania przy użyciu urządzeń video na rozprawie, w tym przesłuchań konfidentów policyjnych (*V-Leuten*).<sup>11</sup> W literaturze wskazuje się na wyniki badań świadczących na niskie motywy (przede wszystkim finansowe i inne materialne) konfidentów decydujących się na współpracę z policją, oraz zaangażowanie w takie dziedziny przestępczości jak handel narkotykami czy alkoholem, jak również uzależnienie od tych środków odurzających. Wszystko to powinno wpływać na ocenę przez sądy ich wiarygodności, podobnie jak wykorzystanie w procesie dowodów uzyskanych wskutek prowokacji policyjnej i tzw. zakupu kontrolowanego. Wskazuje się także na znaczenie w orzecznictwie niemieckim decyzji Trybunału w Strasburgu. W

10 Por. np. F. Herzog, Ein kritischer Uebersicht aus der fortlaufenden StPO- Nowellgesetzgebung, StV nr 8/2000,

11 H.-J. Weider, Die Videovernehmung von V-Leuten gemaess 247 a StPO unter optischer und akustischer Abschirmung, StV 1/2000, s. 48–49.

szczegółności w decyzji z 09.06.1998 w sprawie *Castro v. Portugalia* Trybunał stwierdził, iż wyrażone w art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ogólne zasady uczciwego procesu stosuje się we wszystkich rodzajach postępowania, od najprostszych do najbardziej skomplikowanych, także przestępczości zorganizowanej. Interes publiczny nie może uzasadniać stosowania środków dowodowych będących efektem prowokacji policyjnej.<sup>12</sup> Ustawa o ochronie świadków z 1998 r. wprowadziło różne formy przesłuchania z użyciem video. § 58a StPO przewiduje, przy spełnieniu określonych wymogów, możliwość utrwalania przebiegu przesłuchań policyjnych, prokuratorskich i sędziowskich świadków na nośnikach dźwięku i obrazu (§ 168e StPO, § 247a StPO). W postępowaniu przygotowawczym § 168e StPO przewiduje możliwość przeprowadzenia konferencji video przy przesłuchaniu sędziowskim w ten sposób, że sędzia przesłuchuje świadka bez osoby uprawnionej do udziału w przesłuchaniu, zaś osobie tej w czasie czynności przekazywany jest obraz i dźwięk z jej przebiegu. Na etapie rozprawy głównej nowy § 247 a StPO zezwala na stosowanie w niektórych sytuacjach na przesłuchanie z użyciem sprzętu video świadka poza salą rozpraw z jednoczesnym przekazywaniem na tę salę głosu i dźwięku z przesłuchania. W sytuacjach takich dopuszcza się techniczne środki audiowizualne uniemożliwiające identyfikację świadka. Nowa regulacja wprowadza więc innowację, która w świetle orzecznictwa sądowego powstałego przed jej wprowadzeniem była zasadniczo niedopuszczalna<sup>13</sup>. W literaturze i orzecznictwie wskazuje się na wpływ wyjątków od zasady bezpośredniego przesłuchiwanie świadków na sędziowski obowiązek dochodzenia prawdy z urzędu.

W szeregu orzeczeń niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht- BVerfGE*) i Federalny Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof- BGH*) podkreślają, iż nawet w przypadku świadków wymagających ochrony należy zapewnić składanie im zeznań w takiej formie, która zapewnia im najlepszą sposobność do osobistego przekazania wiedzy sądowi (*BVerfGE 57, 250, 277 i nas; BGHSt*

---

12 Ibidem, s. 50, por. także wyrok Federalnego Sądu Najwyższego z 19.07.2000 r. (3 StR 245/00 (LG Duisburg), StV nr 11/2000, s. 604–605.

13 Ibidem, s. 51.

32,123). Jednakże, jak uważa się w doktrynie, nawet w świetle krytycznego orzeczenia BGH z 1999 r. (BGH StV 1999, s. 580 i nast.) do § 247a StPO (w przypadku przesłuchań video osób przebywających za granicą) należy uznać, iż przesłuchanie video jest najbardziej zbliżone do bezpośredniego przesłuchania przez sąd i ma większą wartość dowodową niż odczytywanie protokołów przesłuchań, bądź korzystanie ze świadków ze sluchu. Należy dodać, iż regulacje StPO dotyczące przesłuchań video nie naruszają praw stron, w tym obrony do bezpośredniego zadawania pytań przesłuchiwanemu świadkowi. W ten sposób oskarżony i jego obrońca mają możliwość krytycznej oceny wiarygodności świadka. Dlatego też w orzecznictwie sądowym i doktrynie uważa się, że takie przesłuchanie, nawet przy zastosowaniu optyczno-akustycznych środków uniemożliwiających identyfikację świadka, nie narusza zasadniczo standardów efektywnej obrony oskarżonego zawartych w art. 6 Konwencji Europejskiej.<sup>14</sup>

Jeśli chodzi o zakres podmiotowy stosowania ustawy z 1998 r. o ochronie świadków, to warto dodać, że zgodnie z wolą ustawodawcy niemieckiego rozwiązania te mogą być stosowane do wszystkich zagrożonych świadków, mimo że projekt z maja 1996 r. ograniczył powyższe metody przesłuchiwania jedynie do nieletnich świadków. O znaczeniu efektywnego udziału obrońcy w takich przesłuchaniach nieletniego świadka świadczy chociażby orzeczenie Sądu Krajowego (*Oberlandesgericht*) w Monachium z 23.05.2000 r. (1 Ws 310/00, StV nr 7/2000, s. 352–353) stwierdzające, że nagranie video sędziowskiego przesłuchania nieletniego nie może, wskutek sprzeciwu oskarżonego, być dopuszczone jako dowód w procesie, jeśli nie uczestniczył w takim przesłuchaniu powołany na krótko wcześniej obrońca, który z powodu innych ważnych obowiązków zawodowych nie uczestniczył w tej czynności. Prośba o przełożenie terminu nie została uwzględniona, mimo, że przeciwko krótkiemu przełożeniu nie przemawiały żadne względy”. Jak wynika z uzasadnienia tego wyroku, zakaz dopuszczenia w procesie takiego nagrania jako dowodu (*Beweisverwertungsverbot*) wynikał z naruszenia § 255a ust. 2 StPO, ponieważ obrońca, który sprzeciwił się dopuszczeniu dowodu, nie uczestniczył w przesłuchaniu.

---

14 Ibidem, s. 53-55.

W literaturze i orzecznictwie sądów niemieckich podnosi się rolę obrońcy oskarżonego przy przestrzeganiu zasady bezpośredniości postępowania dowodowego na rozprawie głównej. W szczególności wskazuje się na konieczność udziału obrońcy oskarżonego przy przesłuchiwanie świadków oskarżenia przez sędziego ds. dochodzenia (*Ermittlungsrichter*), który po usunięciu w 1975 r. z STPO instytucji sędziego śledczego nie prowadzi już śledztwa sądowego w całości, lecz poszczególne czynności (w tym dowodowe). W wyroku z 25.07.2000 r. (*BGH, 1 StR 169/00 (LG Ravensburg)* – StV nr 11/2000, s. 593–598) Federalny Sąd Najwyższy zinterpretował prawo oskarżonego do zadawania pytań świadkowi w świetle art. 6 ust. 3 lit. d Konwencji Europejskiej w ten sposób, że w celu dopuszczenia dowodu z przesłuchania przez sędziego ds. dochodzenia centralnego świadka oskarżenia należy oskarżonemu wykluczonym z takiej czynności i nie posiadającym obrońcy takiego obrońcę zapewnić. Obrońca taki dopuszczony do przesłuchania świadka musi mieć zawsze okazję do kontaktu z oskarżonym przed każdym przesłuchaniem. Zgodnie z tym orzeczeniem nie dopuszczenie obrońcy do przesłuchania zmniejsza wartość dowodową jego wyniku. Obrońca może zgłaszać wnioski o sprostowanie i uwagi co do protokołu, jeżeli inne fakty, poza wypowiedziami samego obrońcy, potwierdzą rozbieżności między treścią protokołu a zeznaniem świadka.

W literaturze i orzecznictwie niemieckim poświęca się wiele uwagi interpretacji § 251 StPO stanowiącego o możliwości odczytywania na rozprawie protokołów wcześniejszego przesłuchania świadków, biegłych i współoskarżonych<sup>15</sup>. Przepis ten przewiduje w ust. 1 pkt. 1 możliwość odczytywania sędziowskich protokołów takiego przesłuchania bez zgody stron w przypadku gdy ww. osoby nie mogą bezpośrednio złożyć zeznań na rozprawie z powodu śmierci, choroby psychicznej bądź nie można ustalić miejsca ich pobytu. Ponadto ust. 1 pkt. 2 i 3 251 StPO do przesłanek odczytywania przez sąd na rozprawie protokołów sędziowskich przesłuchań bez zgody stron zalicza nieobecność świadków,

---

15 F.Ch. Schroeder, *Strafprozessrecht* (II wyd), C.H. Beck, Muenchen 1997, s. 161–1163; T. Park, *Revisionrechtliche Aspekte der Verlesung von Vernehmungsniederschriften und schriftlichen Erklärungen gem. 251 StPO*, StV 4/2000, s. 218–219.

biegłych i współoskarżonych z powodu długotrwałej choroby, lub innej nie dającej się usunąć przeszkody, a także sąd może zaniechać wzywania świadków i biegłych i przesłuchania ich na rozprawie. Z powodu ich znacznego oddalenia od sądu, przy uwzględnieniu znaczenia ich zeznań dla sprawy.

Natomiast dla efektywnego prawa do obrony na rozprawie głównej istotne znaczenie ma pkt. 4 ust. 1 § 251 StPO, który daje możliwość odczytywania protokołów wcześniejszych sędziowskich przesłuchań świadków, biegłych i współoskarżonych za zgodą prokuratora, oskarżonego i obrońcy.

W literaturze i orzecznictwie sądów niemieckich przyznaje się protokołom sędziowskich przesłuchań dokonanych przez *Ermittlungsrichter* znaczną moc dowodową wynikającą nie tylko z karalności za fałszywe zeznania, lecz przede wszystkim z prawa udziału stron (§ 168c ust. 2 StPO), które nie przysługuje im przy przesłuchaniach dokonywanych przez organy ścigania (por. *BGH StV 1997, s. 512 z glosą Woenne*). W związku z tym naruszenia przez sędziego podstawowych reguł przesłuchania (§ 68, 69 StPO), niewłaściwe sporządzenie protokołu, brak podpisu sędziego czy też pouczenia świadka o prawie odmowy zeznań (§ 55 ust. 3 StPO) skutkować musi niedopuszczalnością wykorzystania protokołu jako dowodu na rozprawie, bez wyrażania sprzeciwu przez uczestników postępowania, a w szczególności obrońcy oskarżonego.<sup>16</sup> Również zgoda stron nie umożliwia dopuszczania takiego dowodu w procesie. Nie jest możliwe również odczytanie na rozprawie w oparciu o § 251 ust. 1 StPO protokół z przesłuchania sędziowskiego, jeśli naruszono przepisy o powiadomieniu osób uprawnionych o terminie tej czynności (§ 168c i 224 StPO) i naruszenia prawa do udziału w przesłuchaniu, jeśli prawo takie im przysługuje. Jednakże w orzecznictwie wskazuje się, że tego typu naruszenia nie powodują *ipso iure* niedopuszczalności odczytywania protokołów, a jedynie wtedy, gdy zainteresowani uczestnicy postępowania temu się

---

16 T. Kleinknecht, K. Meyer, L. Meyer Gossner, *Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergaenzende Bestimmungen* (wyd. 44), 1999, 251, uwaga 10 i 18; N. Eisenberg, *Beweisrecht der Strafprozessordnung* (wyd. 3) 1999, akapit 2120.

sprzeciwia. Ponieważ orzecznictwo niemieckiego Federalnego Sądu Najwyższego (BGH) w takiej sytuacji traktuje w kontekście postępowania rewizyjnego milczącą zgodę na odczytanie jako rezygnację z zarzutów (*Ruegeverwirkung*), obrońca oskarżonego musi wyraźnie sprzeciwić się odczytaniu protokołu, aby zatrzymać zarzut w postępowaniu odwoławczym.<sup>17</sup> Sprzeciw taki musi być odnotowany w protokole rozprawy.

Jeśli chodzi o przesłanki odczytywania protokołów przesłuchań sędziowskich świadków, biegłych i współoskarżonych zawarte w pkt. 1–3 ust. 1 § 251 StPO, to obrońca oskarżonego ma do spełnienia przed sądem I instancji istotną rolę przy ocenie, czy sędziowie kierując się względami praktycznymi i ekonomii procesowej dostatecznie starannie sprawdzają istnienie tych przesłanek. Przyczyną ewentualnej rewizji obrońcy może być w tym kontekście nie wykazanie śmierci przesłuchanej wcześniej osoby, bądź też pochopne przyjmowanie niezdolności do zeznawania osoby jedynie lekko upośledzonej psychicznie, bądź też niemożności ustalenia miejsca pobytu świadka bądź biegłego jedynie na podstawie nieskutecznego wezwania.<sup>18</sup> Jeśli chodzi o chorobę i niedołęstwo (*Gebrechlichkeit*) to traktowane są one w orzecznictwie jako ustawowe przykłady nie dającej się usunąć przeszkody. Orzecznictwo BGH wymaga od sędziiego sądu I instancji rozważenie przy podejmowaniu decyzji w przypadku nie dającej się usunąć przeszkody (niemożność zeznawania wezwanej osoby na rozprawie z powodu zagrożeń dla jej stanu zdrowia) rozważenia wagi sprawy i ważności zeznań świadka dla wykrycia prawdy obiektywnej z jednej strony, z drugiej zaś gładkiego i szybkiego przeprowadzenia rozprawy. W kwestiach takich trudno znaleźć uniwersalny środek<sup>19</sup>.

Regulacja § 251 ust. 1 pkt. 4 zezwala na odczytywanie za zgodą stron protokołów sędziowskich przesłuchań nawet wtedy, gdyby nie wystąpiły opisane wcześniej przesłanki ich odczytywania z pkt. 1–3.

---

17 Kleinknecht/Meyer/Meyer–Gossner, op. cit., 251, uwaga 18.

18 Ibidem, uwaga 5.

19 Ibidem, uwaga 6.

Zgodnie z dosłownym brzmieniem pkt. 4 ust. 1 § 251 StPO przynajmniej oskarżonemu niezależnie od obrońcy własne prawo wyrażenia zgody, jednakże w praktyce przyjmuje się, że w przypadku wyraźnej zgody obrońcy wystarczy milcząca zgoda oskarżonego.<sup>20</sup> Zgodnie z wykładnią BGH zgoda zainteresowanych uczestników postępowania nie musi być zawsze wyrażona wyraźnie, gdyż w niektórych okolicznościach wystarczy zgoda milcząca, jeśli sąd z całego zachowania obrońcy i oskarżonego wywnioskuje, że obaj zgadzają się na odczytanie protokołu.<sup>21</sup> Jednakże przyjmuje się, że w przypadku obrońcy zamierzającego składać w przyszłości apelację orzecznictwo zaleca z ostrożności procesowej, jeśli nie jest on zadowolony z odczytania protokołu, wyraźnie sprzeciwić się temu, aby zachować możliwość składania zarzutów rewizyjnych w tej mierze. Uważa się także, że formalnej wzmianki w protokole rozprawy wymaga jedynie wyraźnie wyrażona zgoda (273 ust. 1 StPO). Natomiast ponieważ w protokole takim nie odnotowuje się zgody milczącej, dlatego też z ostrożności należy podać do protokołu wyrażony sprzeciw.

W postępowaniu rewizyjnym można zarzucać sądowi zarówno zaniedbanie zbadania istnienia przesłanek określonych w pkt. 1–4 ust. 1 § 251 StPO jako naruszenie zasady bezpośredniości określonej w § 250 StPO, lecz także naruszenie obowiązku wyjaśniania prawdy zgodnie z § 244 ust. 2 StPO. Zarzut nie wyjaśnienia okoliczności sprawy (*Aufklärungsruege*) będzie uzasadniony zarówno wtedy, gdy sędzia zadowolona się odczytaniem protokołu, gdy na podstawie konkretnych okoliczności pożądane byłoby bezpośrednie przesłuchanie na rozprawie jak i przeciwnie, jeśli niezgodnie z prawem uznano odczytanie protokołu na rozprawie za niedopuszczalne.<sup>22</sup>

Dalsze wyjątki od zasady bezpośredniości z 250 StPO (zwanej zakazem odczytywania – *Verlesungsverbot*) przewiduje ust. 2 § 251 StPO dotyczący odczytywania protokołów przesłuchania innych niż sądowe i tzw. notatek urzędowych. Regulacja § 251 ust. 2 pkt. 1 StPO

---

20 Ibidem, uwaga 12.

21 T. Park, *Revisionsrechtliche Aspekte der Verlesung...*, op. cit., ss. 221–222 i podane tam orzecznictwo.

22 Eisenberg, *Beweisrecht...*, op. cit., akapit 2146.

umożliwiająca za zgodą zainteresowanych stron odczytywanie takich protokołów na rozprawie wymaga dla swojego zastosowania aby oskarżony miał obrońcę. Zgodę taką obrońca może wyrazić tylko podczas swojego udziału w rozprawie i nie wystarcza, jeśli nieobecny na rozprawie obrońca wyraża w formie pisemnej zgodę przed rozprawą. Jeśli oskarżony posiada kilku obrońców (z urzędu bądź wyboru), odczytanie protokołu wymaga zgody ich wszystkich.<sup>23</sup> Co do sposobów wyrażania takiej zgody aktualne pozostają uwagi wcześniejsze dotyczące ust. 1 § 251 StPO. W przypadku odczytywania niesądowych protokołów przesłuchania na podstawie ust. 2 § 251 StPO nie narusza się obowiązku wyjaśnienia prawdy wynikającego z § 244 ust. 2 StPO. Może on jednak skłaniać sąd, mimo zgody zainteresowanych stron na odczytywanie protokołów, do osobistego przesłuchania na rozprawie osobowego źródła dowodowego. W szczególności powinno to mieć miejsce wtedy, gdy osoba taka jest jedynym źródłem dowodu bądź jeśli protokół przesłuchania jest wyraźnie niedokładny i niejasny. W przypadku, gdy sędzia orzekający w I instancji zaniedba przesłuchania na rozprawie, możliwe jest w postępowaniu rewizyjnym podniesienie zarzutu nie wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy<sup>24</sup>.

Z kolei § 251 ust. 2 pkt. 2 StPO zezwala na odczytanie protokołów przesłuchań innych niż sądowe na rozprawie także bez zgody uczestników postępowania, jeśli przesłuchanie świadka, biegłego lub współoskarżonego nie jest możliwe w dającym się przewidzieć czasie z powodu przeszkód natury faktycznej, a nie prawnej. Przy rozważaniu możliwości skorzystania z tego przepisu sąd powinien jak poprzednio rozważyć znaczenie dowodu z zeznań dla wyjaśnienia danej sprawy, istotność i trwałość przeszkody, z drugiej zaś strony wpływ gładkiego i szybkiego przebiegu sprawy na wykrycie prawdy obiektywnej. W przypadku zaistnienia absolutnego zakazu wykorzystania dowodu np. naruszenia obowiązku poinformowania świadka o prawie odmowy zeznań § 52 ust. 3 bądź stosowania niedozwolonych metod przesłuchania – 136a StPO, odczytywanie jakichkolwiek protokołów, także w warunkach określonych w § 251 ust. 2 pkt. 1 i 2 StPO jest niedopuszczalne.

---

23 Kleinknecht/Meyer/Meyer-Gossner, op. cit., 251 uwaga 24 i 25.

24 T. Park, Revisionrechtliche..., s. 222.

Istotną gwarancją zgodnego z prawem odczytywania protokołów przesłuchań w trybie § 251 StPO jest wymóg wydawania w tej mierze przez sąd postanowienia z uzasadnieniem (§ 251 ust. 4 StPO). Uzasadnienie postanowienia nie może ograniczać się do przytoczenia jedynie ustawowego brzmienia przesłanek, lecz zawierać rzeczywiste przyczyny odczytania i kierujące sądem motywy tak, aby mogły być poddane kontroli rewizyjnej. Jedynie w przypadku, gdy odczytanie wynika ze zgody wszystkich stron (§ 251 ust. 1 pkt. 4, ust. 2 pkt. 1) wystarczające jest samo wskazanie przepisu bez bliższego wyjaśnienia<sup>25</sup>. Wymóg sporządzania uzasadnienia pozwala na wnoszenie przez obrońcę przed sąd rewizyjny zarzutu naruszenia prawa (*Rechtsfehler*), zaś w tym przypadku nie jest istotne, czy obrońca i oskarżony sprzeciwili się odczytaniu protokołu. Ponieważ BGH różnie ocenia problem naruszenia ustawy przy wydaniu wyroku (§ 337 StPO) obrońca powinien w uzasadnieniu rewizji odnieść się do problemu zaniechania sprzeciwu, jeśli znane mu były powody jakimi kierował się sąd przy odczytywaniu protokołu. Tego typu ostrożność, nawet jeśli nie wymagana przez prawo, powinna powstrzymać sąd rewizyjny przed zbyt pochopnym oddalaniem zarzutu naruszenia prawa w oparciu o § 337 ust. 1 StPO<sup>26</sup>.

Nawiązując do wskazanego wcześniej rozróżnienia na obiektywne, wynikające ze względów sprawności wymiaru sprawiedliwości i ochrony ofiar–świadków oraz subiektywne, zależne od osoby obrońcy i jego stosunku obrończego ograniczenia efektywnego udziału w procesie wypada wskazać na ciekawą regulację § 261 kk. RFN (StGB). Przepis ten podyktowany dążeniami do zwiększenia skuteczności ścigania przestępstw „prania brudnych pieniędzy” stwarza realne niebezpieczeństwo dla istoty stosunku obrończego, jakim jest zaufanie oskarżonego do swojego obrońcy.<sup>27</sup> W literaturze przedmiotu i orzecznictwie wskazuje się na tak istotne gwarancje ochrony stosunku obrończego jak prawo do swobodnego kontaktu podejrzanego z obrońcą (§ 148 StPO), prawo, a

25 Ibidem, s. 22–223; Kleinknecht/Meyer/Meyer-Gossner, op. cit., § 251 uwaga 38.

26 T. Park, Revisionrechtliche..., s. 223.

27 M. Graefin von Galen, Der Verteidiger- Garant eines rechtstaatlichen Verfahrens oder Mittel zur Inquisition. Der Beschuldigte- verteidigt oder Verkauft?, StV nr 10/2000, s. 575-576; K. Bernsmann: Das Gruntrecht auf Starverteidigung und die Geldwaesche- Vorueberlegungen zu einem besonderen Rechrfertigungsgrund, StV nr 1/2000.

nawet obowiązek obrońcy do odmowy zeznań (§ 53 ust. 1 nr 2 StPO) i związane z tym wolność od zajęcia przedmiotów.<sup>28</sup> Taka ochrona przed ingerencją organów ścigania stanowi *conditio sine qua non* wykorzystania wszelkich możliwości obrony: obrona może wypełniać swoją podstawową funkcję kompensacji strukturalnego braku autonomii podejrzanego jedynie wtedy, jeśli między stronami stosunku obrończego jest możliwa niezakłócona i pełna zaufania komunikacja. Zaufanie nie oznacza jedynie zakazu ujawniania informacji na zewnątrz, pozwala ono także po wstępnej akceptacji wersji i wyobrażeń podejrzanego zweryfikować ją na podstawie wglądu do akt i poddać wątpliwościom ze względu na jej nieużyteczność dla strategii obrończej. Obrońca powinien mieć możliwość dzięki działaniom uświadamiającym i/lub terapeutycznym doprowadzić podejrzanego do spojrzenia na nie dające się obronić pozycje, zaś szanse na to będzie miał jedynie wtedy, gdy w przeciwieństwie do organów ścigania będzie traktował swojego klienta jako osobę, a nawet zasadniczo gotów jest zaniechać wyjaśnienia prawdy bądź nawet uważać za możliwe rzeczy pozornie nie do pomyślenia (*scheinbar Undenkbare*).<sup>29</sup>

Wprowadzony na mocy ustawy z 15.07.1992 r. o zwalczaniu przestępczości zorganizowanej (OrgKG) § 261 StGB penalizuje zachowanie polegające na ukrywaniu, maskowaniu pochodzenia i udaremnianiu ustalenia pochodzenia, odnalezienia, przepadku, konfiskaty bądź zabezpieczenia przedmiotów pochodzących z przestępstw określonych w zd. 2 ust. 1 (zbrodnie, handel narkotykami i wytwarzanie ich, fałszowanie pieniędzy, przemysł i inne, oraz występki popełnione przez członka zorganizowanej grupy). Przepis ten, stanowiący odpowiednik art. 299 polskiego kk. z 1997 r. stwierdza w ust. 2 pkt. 1, iż karze podlega także ten, kto przedmiot określony w ust. 1 przyjmuje bądź przekazuje osobie trzeciej. Ponadto ust. 5 § 261 StGB przewiduje karalność osoby, która w przypadkach objętych dyspozycją ust. 1 i ust. 2 § 261 StGB lekkoomyślnie nie rozpoznaje, że przedmiot pochodzi z przestępstwa określonego w ust. 1 zd. 2 tegoż przepisu. Natomiast ust. 9 i 10 § 261 StGB

28 C. Roxin, *Strafverfahrensrecht* (wyd.25), Muenchen 1998, § 11 uwaga 11; F.–Ch. Schroeder, *Strafprozessrecht...*, op. cit., s. 93–94.

29 K. Bernsmann, *Das Grundrecht...*, s. 40–41.

przewidują zastosowanie instytucji czynnego żalu w przypadku sprawcy, który dobrowolnie zawiadomił o przestępstwie właściwą władzę, chyba że nastąpiło to w momencie, kiedy czyn został już częściowo bądź całkowicie wykryty, a sprawca o tym wiedział, bądź przy rozsądnej ocenie stanu rzeczy wiedzieć musiał, bądź też w ww. warunkach spowodował zabezpieczenie przedmiotów. Już w uzasadnieniu projektu ustawy z 1992 r. (OrgK) wskazywano, iż przez wprowadzenie określonych w ust. 9 i 10 § 261 StGB przywilejów ustawodawca chciał stworzyć „zachętę do zawiadamiania o karalnych czynach prania brudnych pieniędzy” i wyrażał nadzieję, że taka zachęta będzie prowadziła nie tylko do wyjawiania samego prania brudnych pieniędzy, lecz także przygotowań (*Vortat*) i do zabezpieczenia „wypranych przedmiotów (np. zysków z nielegalnego handlu narkotykami)” (*BT-Drucks*, 12/989, s. 28). W literaturze dyskutowano szeroko problem stosowania § 261 ust. 2 pkt. 1 i ust. 5 wobec przyjmowania przez obrońców honorarium.<sup>30</sup> Problemu stosowania tych regulacji do obrońców w sprawach przestępstw wymienionych w § 261 ust. 1 zd. 2 StGB nie był poruszany także na publicznych posiedzeniach Komitetu Prawnego Bundestagu w trakcie dyskusji nad ustawą. Jedynie w pisemnych opiniach ekspertów dostarczonych Komitetowi znajdowała się ogólna uwaga Salditta, iż projekt ustawy narusza także „stosunek zaufania określonego w § 53 ust. 1 pkt. 2 i 3 StPO podmiotu związanego tajemnicą zawodową i jego mocodawcy.”<sup>31</sup> Do kwestii tej nie przywiązywano uwagi w trakcie dalszej dyskusji nad ustawą. W literaturze przedmiotu możliwość karania obrońcy za przestępstwo „prania pieniędzy” na podstawie § 261 ust. 2 zd. 1 i ust. 5 uznano za niedopuszczalne jako sprzeczne z konstytucyjnym prawem do obrony i umożliwiające nadużywanie uprawnień przez organy ścigania. Przykładowo po obszernej analizie szeregu instytucji zarówno procesowych jak i prawa karnego materialnego K. Bersmann dochodzi do wniosku, iż uzasadnienie prawne wywodzące się ze stosunku obrony i domniemania niewinności przeciwstawia się ingerencjom śledczym i pomówieniom opartym na domniemaniu winy odnoszącym się zarówno do czynu zarzucanego obrońcy, jak i jego

---

30 M. Graefin von Galen, *Verteidiger...*, s. 575

31 *Ibidem*, s. 576.

klientowi, tak długo, jak długo trwa stosunek obrońcy. Jeśli podejrzany w tym czasie i z związku z tym płaci pieniądze, Państwo nie może wyprowadzać z tego jakichkolwiek podejrzeń wobec obrońcy.”<sup>32</sup> Podobny wniosek wyprowadza także M. Graefin von Galen w oparciu o konstytucyjne aspekty problemu, uznając ponadto, że ewentualne (przy dopuszczeniu karalności obrońcy za przyjmowanie „brudnych pieniędzy”) korzystanie z opisanej instytucji czynnego żalu z ust. 9 i 10 i ujawnianie tajemnic klienta byłoby nie tylko sprzeczne z § 43 a ustawy o adwokaturze (BRAO) dotyczącym tajemnicy adwokackiej, lecz i stanowiłoby naruszenie tajemnicy prywatnej czyli przestępstwo z 203 StGB.<sup>33</sup>

Problemy te nie były zasadniczo przedmiotem orzecznictwa sądowego. Za miarodajne uważa się tu więc orzeczenie Krajowego Hanzeatyckiego Sądu Apelacyjnego (*Hanseatischen OLG*) z 6.01.2000 r. stwierdzające że karalność przyjęcia przez obrońcę z wyboru honorarium ze środków pochodzących z przestępstwa handlu narkotykami stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w wolność wykonywania zawodu i prawo oskarżonego do korzystania z obrońcy z wyboru na każdym etapie postępowania i byłoby sprzeczne z Konstytucją.

Jeśli chodzi o standard efektywnej obrony, to w orzecznictwie sądów niemieckich wiele miejsca poświęca się udziałowi obrońcy z urzędu w kontekście przyczyn rewizyjnych. W wyroku z 24.11.1999 r. (*3 StR 390/99 (LG) Krefeld*) BGH stwierdził, iż „Bezwzględna (*absolute*) przyczyna rewizyjna z § 338 ust. 5 StPO zachodzi tylko w przypadku fizycznej nieobecności bądź dającej się poznać niezdolności do działania obrońcy, a nie tylko dlatego, że działający za oskarżonego obrońca jest niedostatecznie przygotowany, jeśli zachodzi przypadek obrony obligatoryjnej. Oddalenie wniosku o odroczenie rozprawy ze względu na to, że obrońca w przypadku obrony obligatoryjnej jest nieprzygotowany bądź niedostatecznie przygotowany uzasadnia jedynie wtedy rewizję, jeśli istnieje konkretna możliwość związku przyczynowego pomiędzy przeszkodą w postępowaniu i wyrokiem”.

---

32 K. Bernsmann, *Strafverteidigung...*, s. 45.

33 M. Graeffin von Galen..., op. cit., s. 576–583.

W krytycznej glosie do tego orzeczenia S. Stern stwierdził, iż błędem sądu I instancji w danej sprawie o oszustwo była odmowa odroczenia sprawy na wniosek obrońcy z urzędu, który zastąpił chorego obrońcę celem przygotowania się do skomplikowanej sprawy o oszustwo (196 zarzutów)<sup>34</sup>. Autor krytycznie podnosi ewidentność naruszenia przez sąd I instancji § 145 ust. 3 StPO (co było zarzutem rewizji) który nakazuje w przypadku, gdy nowo ustanowiony obrońca oświadczy, że nie wystarczy mu czasu na przygotowanie rozprawy, wówczas należy rozprawę przerwać lub odroczyć. W tej mierze oświadczenie obrońcy nie podlega ocenie sądu, zaś powinno to być zawsze regułą w sprawach skomplikowanych dowodowo także, że zgodnie z literaturą przedmiotu i innymi orzeczeniami BGH (np. *BGH NStZ 1983*) nie było zasadne oddalenie zarzutu rewizyjnego naruszenia §§ 338 ust. 1 wzgl. 337 StPO (bezwzględne i względne przyczyny rewizyjne), chociażby w związku z naruszeniem prawa wglądu do akt (§ 147 StPO), co niewątpliwie mogło mieć wpływ chociażby na wymiar kary. Ponadto w orzecznictwie podkreśla się także zobowiązanie sądu do przerywania bądź odraczania rozprawy z urzędu jeśli widzi taką konieczność (bez wniosku obrońcy). Jednakże w orzeczeniach BGH i doktrynie dominujący jest raczej pogląd, iż kwestię, czy obrońca jest dostatecznie przygotowany do swojej roli należy pozostawić samemu obrońcy i oskarżonemu. Sąd ten przykładowo uznał za wystarczające podjęcie obrony przez wyznaczonego w trybie nagłym obrońcę z urzędu w sytuacji, kiedy „oskarżony miał 5 minut do zapoznania się z obrońcą i ogólnego wprowadzenia go w sprawę”, zaś obrońca nie złożył wniosku w trybie § 145 StPO o odroczenie rozprawy. W sytuacji tej oskarżony nie sprzeciwił się kontynuowaniu rozprawy, mimo, że obrońca z wyboru poinformował wcześniej sąd o swojej gotowości o stawieniu się na najbliższe posiedzenie sądu i zgłosił częściowe przyznanie się oskarżonego do winy. K. Bernsmann w swojej krytyce przytoczonego wyroku z 24.11.1999 r. przyłączył się do dominującego w literaturze przedmiotu poglądu, opartego na literalnym brzmieniu § 338 pkt. 8 StPO jako bezwzględnej podstawy rewizyjnej, iż niedopuszczalne jest stawianie przez

34 S. Stern, Glosa do wyroku BGH z 24.11.1999 r. r–3 StR 390/99, StV nr 8/2000, s. 402–406.

BGH wymogu, aby istniała „konkretna możliwość związku przyczynowego” pomiędzy uchybieniem procesowym a wyrokiem<sup>35</sup>.

Przepis ten zalicza do bezwzględnych przyczyn rewizyjnych „nie dopuszczalne ograniczenie przez postanowienie sądu obrony w punkcie istotnym dla podjęcia decyzji” (wyroku – przyp. C.K.).

Spośród orzeczeń sądowych odnoszących się do problemu efektywności udziału obrońcy w procesie warto wymienić wyrok Bawarskiego Krajowego Sądu Apelacyjnego z 03.11.1999 r. (*Bay OBLG- 2 St RR 190/99*) stwierdzający, iż w przypadku nie dotrzymania przez obrońcę ustanowionego w postępowaniu rewizyjnym terminu do wniesienia rewizji z tego powodu, iż przyjął on bez sprawdzenia błędną datę doręczenia odpisu wyroku oskarżonemu nie uzasadnia przywrócenia terminu w oparciu o „współwinę oskarżonego”. Z kolei OLG w Duesseldorfie w wyroku z 11.11.1999 r. przyjął, iż przy ocenie, czy waga zarzucanego przestępstwa uzasadnia przyjęcie w oparciu o § 140 ust. 2 StPO, iż zachodzi przypadek obrony obligatoryjnej i wyznaczenie obrońcy z urzędu powinna uwzględniać także inne możliwe, pośrednie ciężkie skutki dla oskarżonego, jak możliwość wykonania zawieszanej wobec oskarżonego długoterminowej kary pozbawienia wolności. Wyznaczenie w takiej sytuacji obrońcy z urzędu dla oskarżonego tymczasowo aresztowanego na okres 3 miesięcy nie powoduje konieczności cofnięcia wyznaczenia obrońcy, jeśli oskarżony na 2 tygodnie przed rozprawą zostanie z aresztu zwolniony. Sąd ten stwierdził w innym wyroku z 15.09.1999 r. iż w przypadku odwołania prokuratora od wyroku uniewinniającego udział obrońcy powinien być regułą, jeśli zarzuty odwołania w przypadku ich uwzględnienia mogą spowodować wydanie wyroku skazującego przez sąd odwoławczy w oparciu o inną ocenę dowodów lub inne wartościowanie stanu faktyczno–prawnego sprawy.<sup>36</sup> Należy dodać, że odwołanie (*Berufung*) jako środek konkurencyjny do rewizji może opierać się nie tylko na naruszeniach prawa, lecz także podnosić błędy w ustaleniach faktycznych i ich ocenie, gdy rewizja jako bardziej sformalizowany środek odwoławczy może opierać się

35 K. Bernsmann, op. cit., s. 405–406.

36 StV Nr 8/2000, s. 408–409.

tylko na wymienionych w ustawie naruszeniach prawa. Tak więc, upraszczając problem można stwierdzić, iż sąd rozpatrujący odwołanie jest także „sądem faktu”, który może powtarzać w całości bądź części postępowanie dowodowe dokonane przez sąd I instancji, zaś sąd rewizyjny jest „sądem prawa”.<sup>37</sup>

Jeśli chodzi o liczbę obrońców w przypadku obrony obowiązkowej, to w orzecznictwie wskazuje się, że powołanie drugiego obrońcy z urzędu jest wskazane jedynie w sytuacjach wyjątkowych, kiedy uzasadnia to w sposób oczywisty szczególne skomplikowanie i rozmiar sprawy, zaś w przypadku konieczności powołania drugiego obrońcy, dotychczasowy obrońca z wyboru może stać się, o ile nie sprzeciwiają się temu szczególne względy, obrońcą z urzędu (*wyrok Hans OLG Hamburg z 17.02.1997- 2 Ws 26-27/97; wyroki OLG Duesseldorf z 16.05.1997 (1Ws 388/97) i z 06.09.1999 r. (1 Ws 708/99)*).

Przytoczenie w zakresie wybranych aspektów prawa do obrony w orzecznictwie sądów niemieckich może stanowić asumpt do przemysleń w kontekście reformy polskiej procedury karnej wprowadzonej ustawą z 10.01.2003 r. Jak wynika z uzasadnienia prezydenckiego projektu tej ustawy za swój główny cel *expressis verbis* stawia ona przyspieszenie i uproszczenia postępowania karnego, nierzadko kosztem prawa do obrony.

Przede wszystkim należy wskazać na kompleksową przebudowę modelu postępowania przygotowawczego. Obecnie można pokusić się o stwierdzenie, że po nowelizacji z 2003 r. polski model postępowania przygotowawczego zawiera elementy zarówno modelu francuskiego, jak i radzieckiego. Do pierwszego zbliża naszą ustawę karnoprocesową fakt występowania sformalizowanego śledztwa i uproszczonego dochodzenia a także przejawy sądowej kontroli tego postępowania (funkcja gwarancyjna). Jednakże ze względu na oddanie całości postępowania dowodowego na tym etapie procesu w ręce organów ścigania i prokuratury i jednakową moc dowodową protokołów śledztwa i dochodzenia na rozprawie głównej (funkcja przygotowawcza), można mówić o pewnych związkach z modelem radzieckim.

---

37 Szerzej nt. różnic między odwołaniem por. np. F.-Ch. Schroeder, *Strafprozessrecht...*, s.189–208.

Nowy kodeks postępowania karnego przewiduje nadal dwie podstawowe formy postępowania przygotowawczego: śledztwo i dochodzenie.

Jednakże w porównaniu z pierwotną wersją kpk. z 1997 r. nastąpiła istotna zmiana w ich ukształtowaniu. Po nowelizacji śledztwo stało się formą postępowania ujednoliconą, obejmującą wcześniejsze śledztwo i dochodzenie zwyczajne, zaś dochodzeniem stało się postępowanie przygotowawcze, prowadzone dotychczas w trybie uproszczonym.

Przed nowelizacją uprawnione było stwierdzenie iż śledztwo stanowi domenę prokuratora, zaś dochodzenie jest prowadzone przez Policję. Obecnie zróżnicowanie takie nie jest tak wyraźne. Art. 311 § 1 kpk. stanowi, iż śledztwo prowadzi Policja, jeżeli nie prowadzi go prokurator. Powyższe sformułowanie świadczyć może o tym, iż także w śledztwie ustawodawca ustanowił Policję dominującym organem prowadzącym postępowanie

Przejawem prokuratorskiego nadzoru nad śledztwem jest możliwość zastrzeżenia przez prokuratora do osobistego wykonania jakąkolwiek czynność śledztwa, a w szczególności czynności wymagających postanowienia, związanych z przedstawieniem zarzutów, zmianą postanowienia o przedstawieniu zarzutów lub zamknięciem śledztwa. Warto dodać, że w poprzednim stanie prawnym wydawanie takich postanowień także w śledztwie powierzonym Policji w całości, bądź w części zastrzeżone było do wyłącznej kompetencji prokuratora.

O dominacji organów ścigania w śledztwie świadczy regulacja zawarta w art. 312 kpk., która stanowi, że uprawnienia Policji przysługują także organom Straży Granicznej oraz Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, w zakresie ich właściwości oraz innym organom przewidzianym w przepisach szczególnych.

Jedną z najważniejszych różnic pomiędzy śledztwem i dochodzeniem stanowi znaczne odformalizowanie dochodzenia, możliwości ograniczenia jego zakresu i stosowania skróconych protokołów przy utrwalaniu czynności dochodzących. Zgodnie z art. 325h kpk. dochodzenie można ograniczyć do ustalenia, czy zachodzą wystarczające

podstawy do wniesienia aktu oskarżenia lub innego zakończenia postępowania. Należy jednak w dochodzeniu dokonać czynności związanych z przedstawieniem zarzutów (art. 313 kpk.), ich zmianą (art. 314 kpk.), zamknięciem dochodzenia (art. 321 kpk.), przesłuchać podejrzanego i pokrzywdzonego oraz utrwalić w formie protokolarnej czynności, których nie będzie można powtórzyć. Utrwalenie innych czynności dowodowych następuje w formie protokołu ograniczonego do zapisu najbardziej istotnych oświadczeń osób biorących udział w czynności.

Jeśli chodzi o nadzór prokuratora nad postępowaniem przygotowawczym, to należy stwierdzić iż kodeks postępowania karnego w obecnej wersji przyczyni się do osłabienia tej instytucji, szczególnie w przypadku dochodzenia. Ze względu na fakt zniesienia obowiązku policji zawiadamiania prokuratora o wszczęciu dochodzenia, w aktualnym stanie prawnym w znakomitej większości przypadków prokurator będzie sprawował jedynie nadzór następczy, po zakończeniu dochodzenia, bądź w momencie jego przedłużenia. Biorąc pod uwagę stosunkowo szeroki katalog spraw, w których będzie toczyło się dochodzenie i uproszczenia tej formy postępowania sytuacja ta może rodzić niepokój. Jak podkreślano w trakcie dyskusji nad projektami nowelizacji kpk., o ile trafnie rozszerzono zakres dochodzenia uproszczonego, to zniesienie obowiązku zawiadamiania prokuratora przez Policję o ich podejmowaniu należy uznać za błąd o charakterze modelowym, krok w złym kierunku.<sup>38</sup>

Jeśli chodzi o śledztwo, to również pewne wątpliwości może budzić zasada, iż są one prowadzone z reguły jako śledztwa własne policji. Również w przypadku śledztw, które powinny być osobiście prowadzone przez prokuratora jedynym ograniczeniem ich powierzania Policji jest to, że w przypadku ich prowadzenia przeciwko wskazanym w art. 309 pkt. 2 i 3 funkcjonariuszom publicznym prokurator nie może Policji powierzyć prowadzenia śledztwa w całości.

W kontekście efektywnego udziału obrońcy w procesie karnym takie uproszczenia postępowania przygotowawczego i dominacja w

---

38 J. Tylman, Głos w dyskusji, (w:) Postępowanie karne w XXI wieku. Materiały z ogólnopolskiej konferencji naukowej, Popowo 26–28 października 2001 r. (Red. P. Kruszyński), DW, Warszawa 2002, s. 118.

nim policji przy osłabieniu nadzoru prokuratora budzić może zrozumiąły niepokój. Nowelizacja doprowadziła bowiem do zwiększonego wpływu dowodów utrwalonych przez policję na rozprawę główną. Powołane w pracy orzecznictwo sądów niemieckich pozwala zyskać inny punkt widzenia na rozszerzenie wyjątków od zasady bezpośredniości na rozprawie głównej, gdyż przez zmianę art. art. 389 § 1, 391 § 1, 392 i 394 § 2 oraz dodanie art. 393a kpk., następuje generalnie rzecz biorąc powrót do regulacji d. kpk. z 1969 r. Warto w tym kontekście wskazać na uchwałę Sądu Najwyższego z 27.02.2001 r. (I KZP 48/00 OSNKW 2001/5–6/42) dotyczącą skutków braku obligatoryjnego obrońcy w postępowaniu przygotowawczym:

„Przepis art. 439 § 1 pkt 6 kpk. może mieć zastosowanie do uchybień postępowania przygotowawczego jedynie w wyjątkowych wypadkach, gdy w postępowaniu sądowym uchybienie w zakresie zapewnienia obrony obligatoryjnej nie zostało konwalidowane”. Na zawężającą interpretację naruszeń prawa do obrony wskazuje także wyrok SN z 04.04.2000 r. (II KKN 391/98 LEX nr 509150) stwierdzający:

1. Przepisy procesowe nie zakładają, a Sąd Najwyższy nie dopuszcza, iżby obrońca wyznaczony z urzędu, z faktu takiego właśnie powołania, nie przykładał się należycie, a w każdym razie zdecydowanie w mniejszym stopniu, do obrony, niżby miał to czynić jako obrońca powołany z wyboru, a tym samym nie interesował się zbytnio przebiegiem procesu, i zaczynał je przejawiać dopiero po powołaniu go na obrońcę z wyboru.

2. Nieudostępnienie akt obrońcy po wydaniu wyroku w I instancji, a przed jego zaskarżeniem, będąc bez wątplenia uchybieniem normom prawa procesowego, nie stanowi w żadnym wypadku naruszenia, które można by uznać za pozbawienie oskarżonego obrońcy (w sensie merytorycznym), gdy samo posiadanie obrońcy było obowiązkowe (art. 388 pkt 6 d. kpk., art. 439 § 1 pkt 6 kpk.), gdyż naruszenie takie można oceniać jedynie jako obrazę przepisów postępowania wskazaną w art. 438 pkt 2 kpk”.

Niewątpliwym ograniczeniem obrony obligatoryjnej jest wykluczenie z jej zakresu podejrzanych, jeśli opinia biegłych psychiatrów nie

potwierdziła wątpliwości co do ich stanu psychicznego (dodanie § 4 do art. 79 kpk.) i podejrzanego nie władającego językiem polskim (wykreślenie pkt. 4 § 1 art. 79 kpk.). Efektywne sprawowanie funkcji obrony może być utrudnione w postępowaniu przygotowawczym przez rezygnację z obowiązkowego udziału obrońcy obligatoryjnego w końcowym zaznajamianiu się oskarżonego z materiałami sprawy (zmiana § 3 i 4 art. 321 kpk.).

Ponadto nowelizacja „upraszcza” i rozszerza stosowanie instytucji wniosku o skazania bez rozprawy (art. 335 kpk.) i tzw. dobrowolnego poddania się karze (art. 387 kpk.) przez możliwość objęcia nimi spraw o przestępstwa o górnym zagrożeniu do 10 lat pozbawienia wolności. Wniosek w trybie art. 335 kpk., podobnie jak wniosek o warunkowe umorzenie postępowania (art. 336 kpk.) będą mogły składać, a także wyrażać zgodę na dobrowolne poddanie się karze (art. 387 § 2) także inne niż prokurator organy prowadzącego to postępowanie (art. 325 i kpk.). Należy więc wskazać na pewne niebezpieczeństwo ewentualnego wymuszania przez te organy zgody oskarżonego na zastosowanie tych instytucji, gdyż organy ścigania nie dają takich gwarancji obiektywizmu jak prokurator. Dla oceny przez sądy dobrowolności wyrażenia przez oskarżonego i obrońcę zgody na zastosowanie tych konsensualnych form zakończenia procesu mogą pewne spektrum stanowić doświadczenia sądów niemieckich (na przykładzie zgody na odczytanie protokołów na rozprawie).

Osiągnięcia praktyki niemieckiej mogą być pomocne przy stosowaniu w kontekście prawa do obrony nowej instytucji jaką jest przesłuchanie świadka przy pomocy urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość (nowy § 1a w art. 177 kpk.) i możliwości szerszego stosowania urządzeń rejestrujących dźwięki i obraz na rozprawie. W tej dziedzinie należy wskazać także na nowy art. 185a kpk. stanowiący, iż pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, który w chwili czynu nie ukończył 15 lat powinno przesłuchiwać się z reguły tylko raz. Warunkiem ponownego przesłuchania jest wyjście na jaw istotnych okoliczności, bądź żądanie oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania. Rozwiązanie to wskazuje

na rolę efektywnego udziału obrońcy w procesie jako faktu warunkującego ochronę nieletnich ofiar przestępstw seksualnych przed ich wtórną wiktyimizacją w procesie karnym.

Ze szczególną ostrożnością powinny sądy sięgać do nowej regulacji art. 170 § 1 pkt. 5 umożliwiającej oddalenie wniosku dowodowego, jeśli „wniosek w sposób oczywisty zmierza do przedłużenia postępowania, którą to przyczynę wykluczało orzecznictwo sądowe w poprzednim stanie prawnym (por. wyrok SN z 04.03.2002 r. VKKN 124/00, Lex 53061).

Powyższe zmiany stawiać będą przed sądami polskimi nowe, trudniejsze wyzwania w dziedzinie pogodzenia wymogów efektywnej obrony z zapewnieniem szybkości i sprawności wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych.