

ANTONI BOJAŃCZYK

Z PROBLEMATYKI UPOWAŻNIENIA DO OBRONY
W PROCESIE KARNYM (ART. 83 § 2 K.P.K.) —
O NIEKTÓRYCH SKUTKACH PRAWNYCH BRAKU
UPOWAŻNIENIA DO OBRONY.
WOKÓŁ POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO
Z 9 GRUDNIA 2003 R.
Część II

1. Wnioski rozważań przedstawionych w I części niniejszego opracowania¹ rzutują w sposób zasadniczy na zagadnienia k o n s e k w e n c j i procesowych braku udzielenia upoważnienia do obrony. Wypada więc obecnie bliżej zająć się kwestią wpływu braku upoważnienia na ważność czynności przedsięwziętych w postępowaniu karnym przez adwokata nieupoważnionego do obrony.

2. O ile — jak już wspominaliśmy w pierwszej części tego tekstu — w przed- i powojennej judykaturze Sądu Najwyższego powszechnie (i nie-trafnie) uznawano, że upoważnienie do obrony może być wykazane również w sposób dorozumiany (a nie wyłącznie w jednej z dwóch form przewidzianych przez obowiązujące wtedy i dziś prawo procesowe), nie było zaś zgody co do konstytutywnego charakteru upoważnienia do obrony (pełnomocnictwa)², o tyle kwestia wpływu braku złożenia upoważnienia do

¹ W pierwszej części niniejszej pracy: *Z problematyki upoważnienia do obrony w procesie karnym (art. 83 § 2 k.p.k.) — charakter prawny upoważnienia do obrony*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, z. 2, s. 221 i n. zaprezentowana została problematyka prawnoprocesowego charakteru upoważnienia do obrony.

² Zob. przede wszystkim: postanowienie SN z 1 IV 1931 r., sygn. akt II. 2 K. 112/31, ZO SN 1931, z. V, poz. 142 (*contra*) i uchwałę całej Izby II (Karnej) SN z 14 XI 1931 r., sygn. akt II. 4K. 564/31, ZO SN 1931, z. XI, poz. 377 (*pro*).

obrony („pełnomocnictwa” w nomenklaturze przedwojennej ustawy karnej procesowej) na skuteczność podejmowanej(-ych) czynności prawnej(-ych) nie została poddana głębszej analizie.

Jeżeli już zajmowano się tymi zagadnieniami, to — po pierwsze — w zasadzie tylko w jednym kontekście (chodziło o skutki prawne braku upoważnienia do obrony przy rozstrzygnięciu o dopuszczalności kasacji obrońcy). Po drugie — brak było w tym orzecznictwie jednolitości. Odnotujemy w pierwszej kolejności rozstrzygnięcie silnie determinowane koncepcją dwupłaszczyznowego charakteru legitymacji obrończej³. I tak w cytowanym wyżej postanowieniu Sąd Najwyższy stwierdził, że co prawda trzeba „żądać legitymacji, przewidzianej w art. 96 k.p.k. [z 1928 r.] przed dopuszczeniem do przedsięwzięcia czynności procesowej, to jednak w wypadku, gdy obrońca lub pełnomocnik już czynność procesową przedsięwzięli, np. założyli apelację lub kasację należy, o d d z i e l a j ą c d o w ó d upoważnienia od kwestji samego upoważnienia, przyjąć, że pełnomocnictwo może być przedstawione sądowi dodatkowo i po upływie terminu do założenia danego środka odwoławczego, albowiem chodzi o to, czy środek odwoławczy założył u p r a w n i o n y do tego obrońca lub pełnomocnik, nie zaś o to, k i e d y dostarczono dowód tego uprawnienia w formie określonej w art. 96 k.p.k. [z 1928 r.]”.

W przedwojennej judykaturze Sądu Najwyższego zarysowało się jednak (niejednolite wprawdzie) stanowisko przeciwne, znacznie bardziej rygorystyczne. Wedle niego, adwokat składający kasację był jednak obowiązany do złożenia pełnomocnictwa „przed upływem terminu do wyводу (k a s a c j i)”⁴, „adwokat musi pod groźą nieważności kasacji (§ 2 art. 219 k.p.k. [z 1928 r.]) wykazać się posiadaniem pełnomocnictwa do sporządzenia wyводу kasacji do upływu terminu⁵, ustanowionego w art. 224 k.p.k. [z 1928 r.]”⁶. W innym orzeczeniu (wydanym „pomiędzy” obydwoma wyżej cytowanymi judykatami) Sąd Najwyższy jeszcze inaczej ustawił cezurę czasową obowiązku wylegitymowania się upoważnieniem do obrony: „obrońca powinien wykazać się posiadaniem upoważnienia do podpisania kasacji aż do chwili powzięcia — po upływie terminu kasacyjnego —

³ Por. postanowienie SN z 1 IV 1931 r.; S. Śliwiński, glosa, „Orzecznictwo Sądów Polskich” (dalej: OSP) 1931, poz. (K) 512, s. 502; S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*. Warszawa 1948, s. 390.

⁴ Postanowienie SN z 18 III 1930 r., sygn. akt II. 1. K. 243/30, ZO SN 1930, poz. 124, s. 62.

⁵ Chodzi o siedmiodniowy termin zawity do złożenia wyводу kasacji.

⁶ Uchwała całej Izby II (Karnej) z 14 XI 1931 r., sygn. akt II. 4K. 564/31, ZO SN 1931, z. XI, poz. 377, s. 739.

w sądzie, od którego wyroku założono kasację, zarządzenia w kwestji jej przyjęcia (art. 471 k.p.k. [z 1928 r.]⁷⁷. Wszystkie te orzeczenia spotkały się zresztą z zasadniczą krytyką Stanisława Śliwińskiego, zdaniem którego termin zawity z art. 224 k.p.k. z 1928 r. w ogóle nie dotyczył upoważnienia do obrony (złożenia upoważnienia do obrony): „tylko sam środek odwoławczy, wnoszony przez materialnie legitymowanego ma być w myśl art. 224 k.p.k. [z 1928 r.] złożony w terminie zawitym, natomiast dla formalnego wylegitymowania się nie ma terminu, a tem mniej zawitego”⁷⁸. W innym miejscu S. Śliwiński dodawał, że możliwe jest późniejsze „formalne wylegitymowanie” z „materialnej legitymacji” obrończej przez adwokata, który nie wykazał się upoważnieniem do obrony do momentu upływu terminu zawitego do złożenia wyводу kasacji, nie tylko po tym terminie, ale również po (błędym przecież) przyjęciu kasacji przez prezesa sądu odwoławczego w Sądzie Najwyższym, i to tak na etapie postępowania przed wyznaczeniem rozprawy kasacyjnej, jak i na samej rozprawie kasacyjnej: „[...] zresztą *nobile officium iudicis* — pisał S. Śliwiński — nakazuje postąpić nawet na rozprawie w [ten] sposób [...] skoro z winy prezesa Sądu *a quo*, względnie z winy prezesa Sądu kasacyjnego, sprawa dostała się aż na rozprawę kasacyjną bez usunięcia formalnego braku”⁷⁹.

Czy krytyka S. Śliwińskiego była słuszna? Z pewnością jego stanowisko było w pełni zbieżne z dwupłaszczyznową koncepcją legitymacji obrończej, której przecież był sam gorącym zwolennikiem. Gdy przyjął właśnie ten punkt widzenia, to oczywiście trudno cokolwiek takiemu rozumowaniu zarzucić: w dniu wniesienia wyводу kasacyjnego (oczywiście przed upływem terminu zawitego), kasację wnosił ów „materialnie legitymowany” obrońca, który jednak zaniedbał „przedstawienia formalnego pełnomocnictwa”⁸⁰ („np. przez przeoczenie”⁸¹). Rzecz jednak w tym, że gdy na sprawę spojrzymy z perspektywy konstytucyjnego charakteru upoważnienia do obrony (pełnomocnictwa do obrony), to widać bardzo jasno, że — w świetle uregulowań ustawy procesowej z roku 1928, dotyczących warunków dopuszczalności środków odwoławczych — złożenie (w terminie zawitym do złożenia wyводу środka odwoławczego) apelacji lub kasacji bez upoważnienia

⁷⁷ Postanowienie SN z 13 VI 1931 r., sygn. akt II. 2 K. 274/31, ZO SN 1931, z. VIII, poz. 201, s. 471.

⁷⁸ S. Śliwiński, glosa, OSP 1931, poz. (K) 512, s. 503, zob. także stanowisko S. Śliwińskiego w glosie opublikowanej w OSP 1931, poz. (K) 326, s. 324.

⁷⁹ S. Śliwiński, glosa, OSP 1931, poz. (K) 326, s. 324.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

do obrony skutkowało odmową przyjęcia środka przez prezesa sądu, jako „wniesionego przez osobę nieuprawnioną” (art. 471 k.p.k. z 1928 r., w postępowaniu kasacyjnym art. 489 § 2 w zw. z art. 471 k.p.k. z 1928 r.). Adwokat nieupoważniony do obrony w dniu składania „własnego” („obrońcy”) wywodu kasacyjnego (w odróżnieniu od wywodu kasacji „tylko” podpisywanej przez siebie jako „pomocnika w dziedzinie podpisu”¹², por. art. 489 § 1 k.p.k. z 1928 r., który w pierwotnej — i bardzo niezręcznej — redakcji¹³ wymagał, by kasacja nie pochodząca od prokuratora była „podpisana przez osobę posiadającą kwalifikacje obrońcy w rozumieniu art. 86 k.p.k. z 1928 r.”) był przecież właśnie osobą nieuprawnioną do wniesienia czy to wywodu środka odwoławczego, czy też jego zapowiedzi. Ten brak mógł zaś uzupełnić tylko do chwili upływu terminu zawitego, przez złożenie do tego właśnie momentu upoważnienia do obrony.

Jak zaś przedstawia się sprawa w świetle obowiązującego ustawodawstwa procesowego?

Generalnie rzecz biorąc, konsekwencje konstytutywnego charakteru upoważnienia do obrony przedstawiają się identycznie tak w obecnie obowiązującej ustawie procesowej, jak i w ustawodawstwie przedwojennym: środek odwoławczy wniesiony przez adwokata nieupoważnionego do obrony jest bezskuteczny, jako złożony przez osobę nielegitymowaną do przedsięwzięcia jakichkolwiek czynności w postępowaniu¹⁴.

Na tym jednak analogie pomiędzy ustawą przedwojenną i współczesną się kończą. Już bowiem ustawa procesowa z roku 1969, a w ślad za nią kodyfikacja karna z końca XX w., wprowadza w tym zakresie pewien procesowy „wentyl bezpieczeństwa”, pozwalający na naprawienie braku upoważnienia

¹² S. Śliwiński, glosa, OSP 1931, poz. (K) 325, s. 320 i tamże słuszna krytyka mocno zawężającej wykładni art. 489 § 1 k.p.k. z 1928 r. dokonanej w postanowieniu SN z 1 IV 1931 r.

¹³ Rozporządzeniem Prezydenta RP z 23 VIII 1932 r. nadano temu przepisowi znacznie bardziej poprawne brzmienie, nakładając obowiązek „sporządzenia przez adwokata” każdej kasacji nie pochodzącej od prokuratora.

¹⁴ Inna rzecz, czy w sytuacji, gdy apelację od wyroku sądu okręgowego składa np. obrońca nie posiadający upoważnienia do obrony (który nie przedstawia upoważnienia do obrony nawet w terminie zakreślonym w art. 120 § 1 *in fine*), to apelacja taka nie powinna być jednak przyjęta, jako „sporządzona i podpisana przez adwokata” (art. 446 § 1 k.p.k.). Byłoby to jednak możliwe tylko przy — bardzo ryzykownym — założeniu, że środek odwoławczy traktujemy jako pochodzący od strony, tj. od samego oskarżonego, a jedynie spełniający w tej sytuacji wymóg przymusu adwokackiego. Założenie to oparte jest jednak na pewnej fikcji (środek pochodzi przecież nie od strony, tylko od jej — nieupoważnionego — „obrońcy”), ponadto sprzeczne z wyraźną przecież dyspozycją art. 120 § 2 zd. drugie.

do obrony nawet i po upływie terminu zawitego do wniesienia środka odwoławczego. Jeżeli bowiem pismo zostało wniesione, a brak jest upoważnienia do podjęcia czynności procesowej (upoważnienia do obrony), to wzywa się osobę (adwokata działającego bez upoważnienia do obrony), od której pismo pochodzi, do usunięcia braku w terminie 7 dni (art. 120 § 1 k.p.k.). Konsekwencje uzupełnienia tego braku w terminie są istotne: pismo wywołuje wówczas skutki od dnia jego wniesienia, tak jakby zostało skutecznie wniesione w tym terminie (art. 120 § 2 zd. pierwsze k.p.k.). To zaś nie jest przecież prawdą: zakładamy tylko, że w terminie zawitym zostało co prawda w ogóle wniesione pismo procesowe (środek zaskarżenia) spełniające podstawowe wymagania wymienione w art. 119 § 1 k.p.k., ale pismo procesowe nie spełniające akurat podstawowego wymogu ustawowego, pismo wniesione przez podmiot *in concreto* do podjęcia tej czynności procesowej (wniesienia środka zaskarżenia) nie legitymowany. Jednym słowem ustawodawca przełamuje tu działanie art. 122 § 1 k.p.k., który uznaje czynności procesowe dokonane po upływie terminu zawitego (a takimi są terminy do wnoszenia środków zaskarżenia) za bezskuteczne, „rozciągając” („wydłużając”) w pewnym sensie termin zawity, gdy organ procesowy dostrzeże podczas kontroli formalnej istotny, ale usuwalny brak pisma procesowego, który bez „furtki” procesowej przewidzianej w art. 120 k.p.k. przesądzałby o konieczności pozostawienia środka zaskarżenia bez rozpoznania, jako wniesionego przez osobę do tego nieuprawnioną (bo nie legitymującą się upoważnieniem do obrony).

Konsekwencje nieusunięcia braku usuwalnego są również poważne. Nieprzedłożenie upoważnienia do obrony w terminie siedmiodniowym od wezwania do usunięcia braku (art. 120 § 2 zd. drugie k.p.k.) powoduje, że środek odwoławczy uznaje się za b e z s k u t e c z n y, co jest logicznym następstwem braku legitymacji do przedsięwzięcia danej czynności procesowej. Godzi się odnotować, że uregulowanie powyższe w pełni zresztą potwierdza tezę o konstytutywnym charakterze upoważniania do obrony. Gdyby miało być inaczej, to wzmianka o „braku upoważnienia do podjęcia czynności procesowej” w art. 120 § 1 k.p.k., jako braku podobnym do braku uniemożliwiającego pismu procesowemu „otrzymanie biegu”, byłaby całkowicie zbędna. Wedle zwolenników poglądu o deklaratoryjnym tylko charakterze upoważnienia do obrony (formy z art. 83 § 2 k.p.k.), poglądu zakładającego przecież również dopuszczalność dowodzenia (istniejącego już poza procesem) stosunku obrończego także *per facta concludentia*, wolno by nawet uznać za wniesiony przez osobę legitymowaną środek zaskarżenia pochodzący od adwokata (który nie załączył do środka zaskarżenia upoważnienia do obrony) złożony

w sekretariacie sądu pierwszej instancji przez samego oskarżonego, co z pewnością mogłoby być interpretowane jako dorozumiane udzielenie upoważnienia do obrony przez oskarżonego. O tym że jest inaczej — upoważnienie do obrony ma konstytutywny charakter, a brak upoważnienia skutkuje bezskutecznością podjętej czynności procesowej — dobitnie przekonuje właśnie treść art. 120 § 2 k.p.k.

Widać więc jasno, że art. 120 k.p.k. znacznie łagodzi potencjalne bardzo negatywne skutki procesowe wniesienia środka zaskarżenia bez upoważnienia do obrony, który — gdyby nie ów „mechanizm awaryjny” — byłby bezskuteczny, jako wniesiony przez osobę nielegitymowaną do podejmowania tej czynności procesowej. Warto ponadto odnotować, że w jednym wypadku działanie tego przepisu ustawodawca wyraźnie rozciąga — z punktu widzenia „postępowania” procesu — nawet dość daleko. Jeżeli bowiem prezes sądu odwoławczego (art. 525 § 1 w zw. z art. 530 § 2 k.p.k.), który ma obowiązek badać, czy kasacja została wniesiona przez upoważnionego obrońcę i ewentualnie — gdy okaże się, że podmiot wnoszący środek zaskarżenia w istocie nie jest upoważniony do obrony — wezwać do uzupełnienia tego braku w terminie siedmiu dni, albo zaniecha tego obowiązku, albo w ogóle braku pisma procesowego nie dostrzeże i kasację nieupoważnionego do obrony adwokata mimo wszystko jednak przyjmie, to nie oznacza to automatycznie, że kasacja taka ma zostać przez Sąd Najwyższy pozostawiona bez rozpoznania (por. art. 531 § 1 k.p.k.). Zgodnie bowiem z art. 531 § 2 k.p.k. Sąd Najwyższy może jednak zwrócić akta sprawy sądowi odwoławczemu, jeżeli stwierdzi, że nie zostały dopełnione czynności zmierzające do usunięcia braków formalnych wniesionej kasacji. A zatem jest to kolejny prawnoprocesowy „wentyl bezpieczeństwa”, łagodzący następstwa procesowe braku udzielenia upoważnienia do obrony adwokatowi wnoszącemu nadzwyczajny środek zaskarżenia już na etapie „ścisłego” postępowania kasacyjnego.

Powstaje zresztą w tym kontekście zupełnie inne — nie mniej doniosłe — pytanie. Co mianowicie ma zrobić sąd apelacyjny, gdy przez filtr kontroli formalnej środka zaskarżenia (apelacji) dokonywanej przez prezesa sądu pierwszej instancji „prześlizgnie” się do sądu odwoławczego (a nawet do etapu rozprawy apelacyjnej) środek odwoławczy wniesiony przez adwokata nieupoważnionego do obrony? Na pierwszy rzut oka mogłoby się zdawać, że żadna „konwalidacja” tej czynności procesowej nie jest możliwa, a to z tej przyczyny, że uzupełnienie takiego braku jest możliwe tylko w trybie przewidzianym w art. 120 k.p.k., tryb ten winien być zaś uruchomiony — i tak przedłużając tym samym termin zawity do wniesienia środka zaskarżenia — prezes sądu lub upoważniony sędzia. Pytanie zatem, czy

sąd odwoławczy „autonomicznie” może sięgnąć do trybu przewidzianego w art. 120 § 1 k.p.k.? Ci spośród komentatorów, którzy dostrzegają ten problem, generalnie udzielają pozytywnej odpowiedzi¹⁵. Z pewnością podejście takie da się wytłumaczyć chęcią złagodzenia negatywnych konsekwencji usuwalnego braku środka zaskarżenia także wtedy, gdy został on (wadliwie) przyjęty, a podmiot wnoszący środek nie został wezwany do usunięcia braków. Czyż jednak stanowisku takiemu nie przeczy w sposób ewidentny fakt, że tam, gdzie ustawodawca dostrzegł możliwość tego typu dysfunkcjonalnego zadziałania „filtra” wstępnej kontroli środka zaskarżenia przez prezesa sądu („nie dopełnienie czynności zmierzających do usunięcia braków formalnych kasacji”), tam wyraźnie interweniuje, wprowadzając specjalne narzędzie umożliwiające korektę zaniechania organu procesowego dokonującego formalnej, wstępnej kontroli środka zaskarżenia (art. 531 § 2 k.p.k.). Gdyby ustawodawca chciał uwzględnić podobną sytuację także w „zwykłym” postępowaniu odwoławczym (zażaleniowym, apelacyjnym) to z pewnością wprowadziłby stosowny przepis albo do rozdziału 48 k.p.k., albo do rozdziału 49 obowiązującej ustawy karnej procesowej. Tymczasem akurat korpus przepisów ustawy procesowej regulujących postępowanie odwoławcze nie przewiduje podobnej instytucji. Skoro tak, świadczy to raczej o tym, że czynności zmierzające do usunięcia braku środka odwoławczego w postępowaniu międzyinstancyjnym (przy kontroli formalnej środka odwoławczego), które zostały zaniechane właśnie w postępowaniu międzyinstancyjnym, nie mogą być następnie dokonane przed sądem właściwym do rozpoznania środka odwoławczego.

Przeciwko temu stanowisku przemawia jednak argument, że przepisy o postępowaniu odwoławczym, inaczej niż przepisy regulujące tok postępowania kasacyjnego, nie normują w ogóle kwestii pozostawienia bez rozpoznania środka odwoławczego wadliwie przyjętego z powodu braku upoważnienia do wniesienia apelacji. Przepis art. 430 § 1 k.p.k. obliuguje jedynie sąd odwoławczy do pozostawienia bez rozpoznania środka odwoławczego, który został wniesiony po terminie lub przez osobę nieuprawnioną albo jest niedopuszczalny z mocy ustawy (art. 439 § 1 k.p.k.), albo gdy przyjęcie

¹⁵ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005, s. 1056; P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2004, s. 565 i n. Jednak tylko S. Zabłocki pogląd ten opatruje istotnym zastrzeżeniem (w moim przekonaniu całkowicie słusznym), że sięgnięcie do trybu przewidzianego w art. 120 § 1 jest możliwe tylko wtedy, gdy „nie uczyniono tego dotąd” (S. Zabłocki, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Z. Gostyński, R. Stefański, S. Zabłocki, t. III, Warszawa 2004, s. 52).

środka nastąpiło na skutek niezasadnego przywrócenia terminu. Nie oznacza to zatem, że środek odwoławczy wniesiony przez osobę nie legitymującą się upoważnieniem do obrony, który został wadliwie przyjęty przez prezesa sądu pierwszej instancji, musi być pozostawiony bez rozpoznania. Nie. Wydaje się, że w istocie prezes sądu odwoławczego (upoważniony sędzia) albo nawet sąd odwoławczy procedujący już na rozprawie apelacyjnej może wezwać (w trybie właśnie art. 120 § 1 k.p.k.) podmiot¹⁶, który wniósł apelację do przedstawienia w terminie siedmiodniowym upoważnienia do obrony, jeżeli osoba składająca środek odwoławczy nie miała upoważnienia do obrony, a prezes sądu pierwszej instancji, dokonując formalnej kontroli środka odwoławczego tego braku nie dostrzegł i nie uruchomił trybu przewidzianego w art. 120 § 1 k.p.k.

Reasumując tę część rozważań należy stwierdzić, że brak upoważnienia do obrony przy wnoszeniu środków zaskarżenia nie stanowi poważnego zagrożenia ani dla samej strony (oskarżonego), ani dla prawidłowego toku postępowania, a to dzięki procesowemu „wentylowi bezpieczeństwa” (tryb uzupełnienia upoważnienia do obrony przewidziany przez art. 120 k.p.k.). Dzięki temu rozwiązaniu wada środka odwoławczego w postaci upoważnienia do obrony może być skutecznie naprawiona w każdej fazie postępowania zainicjowanego wniesieniem wadliwego środka zaskarżenia.

3. Problemy wyłaniające się w związku z wniesieniem środka zaskarżenia (czy szerzej — jakiegokolwiek pisma procesowego) przez adwokata, który nie był upoważniony do obrony, to jednak tylko jeden aspekt zagadnienia. Znacznie więcej niełatwych pytań niesie z sobą ewentualna reprezentacja oskarżonego na rozprawie przez adwokata nie mającego upoważnienia do obrony. Nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji istnienia przesłanek obrony niezbędnej (obligatoryjnej, art. 79 § 1 i 2, art. 80 k.p.k.), gdy oskarżony — *verba legis* — musi mieć obrońcę.

Konstatacja, że upoważnienie do obrony ma charakter konstytutywny, prowadzi na tym polu do istotnych konkluzji. Skoro przed udzieleniem upoważnienia do obrony w formie przewidzianej przez ustawę procesową

¹⁶ Por. w tym względzie postanowienie SN z 8 X 2002 r., sygn. akt IV KKN 317/98, SIP Lex, 74388. Rzecz jasna niezłożenie upoważnienia do obrony (pełnomocnictwa) w terminie 7 dni od wezwania do uzupełnienia tego braku pociąga za sobą bezskuteczność środka odwoławczego wniesionego przez osobę nieuprawnioną (z tych względów trudno jest zaaprobować raczej nietrafne stanowisko odnoszące się do uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa dla pełnomocnika oskarżycieli posiłkowych zaprezentowane w postanowieniu SN z 2 IX 2003 r., sygn. akt II KK 105/03, OSNKW 2003, z. 9–10, poz. 88).

nie zawiązuje się stosunek obrończy pomiędzy oskarżonym a adwokatem, to oznacza to tyle — w szczególności z punktu widzenia tej z tzw. bezwzględnych przyczyny odwoławczych, którą ustawodawca wymienia w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. — że oskarżony w postępowaniu (na rozprawie) nie ma obrońcy (nie zawiązał się przecież stosunek obrończy). Niczego w tym względzie, rzecz jasna, nie zmienia złożenie upoważnienia do obrony w terminie późniejszym: obrońca musi być należycie (w sposób wymagany przez ustawę procesową) legitymowany do udziału w postępowaniu i do podejmowania jakichkolwiek czynności obrończych w dacie postępowania i w dacie podjęcia czynności. Udzielenie upoważnienia do obrony w terminie późniejszym nie ma przecież mocy retroaktywnej (konstytutywny charakter upoważnienia do obrony).

Problem dostrzega także Sąd Najwyższy w postanowieniu z 9 grudnia 2003 r., przyjmując w nim dość szczególną optykę, polegającą — jak się wydaje — na odwróceniu porządku rzeczy. Otóż Sąd Najwyższy zakłada, że — z punktu widzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej wskazanej w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. — istotne jest to, że „wymóg posiadania obrońcy i jego udziału w rozprawie, o którym mowa w [art. 80 i art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.], jest spełniony także wówczas, kiedy adwokat oświadcza, że staje w imieniu oskarżonego i następnie wykonuje obronę, a oskarżony nie sprzeciwia się tym czynnościom” (przypomnijmy, że w sprawie oskarżony był reprezentowany na jednej rozprawie przez aplikanta adwokackiego działającego bez substytucyjnego upoważnienia do obrony; rozprawa odbyła się 31 maja 1999 r., upoważnienie zostało złożone trzy lata (!) później, 15 maja 2002 r.).

Założenie to ignoruje jednak całkowicie niezmiernie istotne uwarunkowanie. Przy badaniu, czy oskarżony w warunkach obrony niezbędnej miał obrońcę, w orbicie zainteresowania organu dokonującego kontroli odwoławczej bez wątplenia powinna znajdować się kwestia, czy obrona była „wykonywana”, czy — jak czytamy w innym miejscu uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2003 r. — „adwokat [...] faktycznie podejmował czynności obrończe” (przyjdzie nam zresztą do tego zagadnienia za chwilę powrócić, by wskazać na pewne przewartościowanie dokonane przez najwyższą instancję sądową). To jednak rzecz w t ó r n a wobec kwestii zasadniczej z punktu widzenia stwierdzenia zmaterializowania się uchybienia wskazanego w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., które polega na tym, że oskarżony w postępowaniu sądowym „nie miał obrońcy” w wypadkach określonych w art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 k.p.k. lub „obrońca nie brał udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy”. Jest rzeczą oczywistą, że wymagania

te nie są spełnione, gdy brak jest upoważnienia do obrony, gdy — w konsekwencji — nie istnieje stosunek obrończy i w postępowaniu oskarżony nie ma po prostu uprawnionego obrońcy. To niejako wymóg bazowy, przy stwierdzeniu, czy doszło do uchybienia wskazanego w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. Dopiero w dalszej kolejności, ale już po stwierdzeniu że w ogóle istniał stosunek obrończy, że w sprawie w istocie oskarżony miał obrońcę, wolno sądowi badać (a nawet powinien to uczynić), czy obrona, którą wykonywał obrońca była obroną rzeczywistą (realną), czy też tylko obrona pozorną¹⁷. Jednak nie na odwrót. Tymczasem Sąd Najwyższy pomija powyższe uwarunkowania, ignorując fakt, że w sprawie oskarżony nie miał obrońcy (brak upoważnienia od obrony) i przechodząc z miejsca do analizy materialnego aspektu obrony świadczonej w sprawie. Kolejność ta nie jest ani uprawniona, ani czymkolwiek uzasadniona. Z tego bowiem, że zostały „podjęte czynności obrończe” (bez upoważnienia do obrony — bezskuteczne) nie da się przecież żadną miarą wnioskować o istnieniu stosunku obrończego, którego *conditio sine qua non* jest udzielenie upoważnienia do obrony w formie przewidzianej przez prawo procesowe. Krótko mówiąc: „jakość obrony” (sformułowanie z postanowienia Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2003 r.) nie rzutuje w żaden sposób na istnienie stosunku obrończego. Zresztą z tego samego powodu równie mylące jest twierdzenie Sądu Najwyższego, że „ustawodawca w art. 80 i art. 439 § 1 pkt 10 (dawniej 6) nie odwołał się do treści art. 83 § 2, a więc do postulowanej tylko jako najwłaściwszej formy dowodzącej istnienia stosunku obrończego, lecz do faktów świadczących o jego realizowaniu”. Pomijając już fakt, że w świetle brzmienia art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. trudno uznać za trafny pogląd, jakoby „ustawodawca odwołał się do faktów świadczących o realizowaniu [stosunku obrończego]”, skoro w tym przepisie nie mówi się przecież o żadnych „faktach świadczących o realizowaniu stosunku obrończego”, lecz o tym, czy oskarżony w wypadkach określonych w art. 79 § 1 i 2 i art. 80 k.p.k. „miał obrońcę” lub też obrońca nie brał „udziału” w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy (*notabene* nie precyzuje się jednocześnie, na czym ten udział miałby polegać), to wypada stwierdzić, co następuje: Jak wynika z powyższych uwag, fakt, że ustawodawca w treści art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w istocie nie odwołał się *expressis verbis* do brzmienia przepisu art. 83 § 2 k.p.k., nie ma jednak większego znaczenia wobec tego, że nie udzielenie

¹⁷ Zob. A. B o j a ń c z y k, *Obrońca i prawo do obrony. Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2005 r., V KK 309/04*, „Palestra” 2006, z. 1/2, s. 70 i n. oraz powołana tam literatura i orzecznictwo SN.

upoważnienia do obrony w formie przewidzianej przez ten ostatni przepis nie skutkuje powstaniem stosunku obrończego, co w konsekwencji prowadzi do zmaterializowania się uchybienia wskazanego w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. (oskarżony nie ma obrońcy w procesie lub przy „czynnościach obowiązkowych”), jeżeli oczywiście istniały przesłanki obrony niezbędnej.

Wszystko co wyżej powiedziano nie oznacza wcale, iż nie jest możliwe stwierdzenie, że doszło do uchybienia wskazanego w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., mimo istnienia upoważnienia do obrony i mimo zawiązania się stosunku obrończego. Orzecznictwo dopuszcza taką ewentualność(-ści), jednakże tylko w wyjątkowych i ewidentnych wypadkach „obrony pozornej”, których katalog stopniowo tworzy *case-law* Sądu Najwyższego¹⁸. I z takim — gwarancyjnym wobec pozycji procesowej oskarżonego — postawieniem sprawy należy się całkowicie zgodzić. Jak już wspominaliśmy, postanowienie Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2003 r. ujmuje jednak rzecz całą odwrotnie: zezwala na — moim zdaniem niedopuszczalne — wnioskowanie z „jakości” obrony o istnieniu samego stosunku obrończego. Że nie jest to pogląd trafny i że nie da się wnioskować o istnieniu stosunku obrończego, który może się zawiązać tylko w razie ziszczenia się ściśle przez prawo procesowe określonych kryteriów, że wolno wyprowadzać jedynie wniosek odwrotny i wewnętrznie niesprzeczny (tj. przyjmować, że mimo formalnego zawiązania się i trwania stosunku obrończego obrona świadczona w danej sprawie nie miała charakteru obrony rzeczywistej) — staraliśmy się wykazać powyżej. Warto jednak wskazać na jeszcze inne, wysoce negatywne implikacje tej metody rozumowania.

Otóż Sąd Najwyższy uznaje, że „oskarżony korzysta z pomocy adwokata wtedy, kiedy faktycznie podejmuje on czynności obrończe”. Twierdzenie to jest tyleż nieprecyzyjne, co nietrafne. Ignoruje bowiem w ogóle funkcję(-je), którą ma spełniać obrońca i obrona w postępowaniu karnym. Nie ma bowiem znaku równości pomiędzy „korzystaniem [przez oskarżonego] z pomocy adwokata [winno być raczej: obrońcy — przyp. A. B.]” a „faktycznym podjęciem czynności obrończych”. Owszem, niekiedy taktyka obrończa będzie zakładała prowadzenie w toku przewodu sądowego „czynnej” akcji obrończej, która — jak pisze Sąd Najwyższy — będzie polegała na „faktycznym podjęciu czynności obrończych”. Jednakże wcale nierzadko konfiguracja procesowa konkretnej sprawy dyktować będzie obrońcy przyjęcie diametralnie różnej taktyki obrończej, a w ślad za nią — rozwinięcie całkiem innej akcji obrończej, akcji o charakterze „pasywnym”, w toku której

¹⁸ Zob. Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola odwoławcza w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, t. II, Warszawa 1997, s. 197.

obrońca (z góry założonych motywów, wynikających zarówno ze znajomości „dynamiki dowodowej” sprawy, jak i np. z konferencji przeprowadzonych z oskarżonym) wstrzyma się od zadawania przesłuchiwanym w sprawie świadkom (biegłym) jakichkolwiek pytań. Czy takie stanowisko obrońcy prowadzić będzie do „niekorzystania przez oskarżonego z pomocy adwokata [obrońcy]”? To pytanie retorycznej natury. Rzecz bowiem w tym, że „nie podjęcie przez obrońcę faktycznych czynności obrończych” bynajmniej nie równa się brakowi obrony. Ale nie tylko to. Koncepcja Sądu Najwyższego zaprezentowana w postanowieniu z 9 grudnia 2003 r., dotknięta jest chyba i tą zasadniczą wadą, że w zasadzie nie wiadomo, jakie to mianowicie „faktyczne czynności obrończe” podjęte przez „adwokata” (obrońcę) miałyby ewentualnie decydować o tym, że „oskarżony korzysta z pomocy adwokata (obrońcy)”. Czy zadanie jednego pytania świadkowi jest tu wystarczające? A jeśli tak, to czy wystarczy jakikolwiek pytanie, czy też należy je również poddać badaniu z punktu widzenia kierunku albo treści danego pytania? A może niezbędne jest tu złożenie wniosku dowodowego? Brak w tym zakresie jakichkolwiek kryteriów ustawowych, jednakże dalsza lektura pisemnych motywów postanowienia Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2003 r. wskazuje wyraźnie, że zdaniem Sądu istotny jest nie tylko fakt „podjęcia czynności obrończych” przez adwokata, ale także treść tych czynności, np. treść samego pytania (pisze bowiem Sąd Najwyższy, że substytut działający bez upoważnienia do obrony nie tylko zadawał pytania na rozprawie, ale że „treść tych pytań świadczy o przygotowaniu substytutu do obrony oskarżonego”). Tyle tylko, że kryteriów oceny treści pytań zadawanych przez obrońcę także Sąd Najwyższy nie podaje, poprzestając na konstatacji, że ich treść ma świadczyć o „przygotowaniu obrońcy”.

Konkludując ten wątek wolno sformułować następujące tezy: (a) Brak upoważnienia do obrony w formie przewidzianej przez art. 83 § 2 k.p.k., skutkuje niezawianiem się stosunku obrończego, w konsekwencji w postępowaniu — *verba legis* — „oskarżony nie ma obrońcy” (art. 439 § 1 pkt 10 *in principio* k.p.k.). (b) Braku tego nie może sanować „faktyczne podjęcie czynności obrończych przez adwokata”, które nie tylko nie skutkuje zawiązaniem stosunku obrończego, ale także jest bardzo nieostrym i zwodniczym kryterium oceny standardu prowadzonej w sprawie obrony. (c) Prowadzenie „obrony” przez adwokata nie upoważnionego do obrony w jednej z form wskazanych w art. 83 § 2 k.p.k., prowadzi w konsekwencji do zaistnienia uchybienia wskazanego w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.¹⁹

¹⁹ Podobnie S. Waltoś, który — w ramach stanu prawnego z 1928 r. — twierdził, że „udział

Z powyższych względów nie jest trafne stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 9 grudnia 2003 r., wedle którego „zaniechanie formy przewidzianej w art. 83 § 1 nie wywołuje więc skutku takiego, jak zaniechanie formy wymaganej dla niektórych czynności cywilnoprawnych, ani nie powoduje nieważności całości postępowania (jakim jest dotknięte postępowanie cywilne, jeżeli pełnomocnik strony nie był należycie umocowany — art. 379 pkt 2 k.p.c.)”. To, że art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. nie jest sformułowany w taki sam sposób, jak art. 379 pkt 2 k.p.k. („Nieważność postępowania zachodzi [...] gdy pełnomocnik strony nie był należycie umocowany”), to, że nie mówi się w nim *expressis verbis* o „nienależytym umocowaniu obrońcy”, nie oznacza wcale, że brak upoważnienia do obrony nie wywołuje podobnych skutków procesowych (bezwzględna przyczyna odwoławcza, nieważność postępowania w procedurze cywilnej) w postępowaniu karnym. Jak wspomnieliśmy: brak upoważnienia do obrony sprawia, że w postępowaniu oskarżony nie ma obrońcy (nie nawiązuje się stosunek obrończy z wyboru) — jeśli tak, to aktualizuje się przyczyna odwoławcza wskazana w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.

4. Pytanie zatem, jak naprawić to uchybienie? Klasyczna konwalidacja nie wchodzi tu w rachubę — co do zasady nie da się „zatwierdzić” działania (udziału) w postępowaniu (w tzw. czynnościach obowiązkowych, por. art. 439 § 1 pkt 10 *in fine* k.p.k.) obrońcy nie legitymującego się upoważnieniem do obrony. Jediną drogą korekty wadliwego postępowania może być zatem powtórzenie tych jego fragmentów, które zostały przeprowadzone z udziałem nielegitymowanego do obrony adwokata — tym razem w obecności należycie upoważnionego obrońcy oskarżonego. Ponadto wszelkie czynności przewidziane przez nielegitymowanego do obrony adwokata (nie skonwalidowane w trybie przewidzianym w art. 120 k.p.k., co może przecież dotyczyć jedynie czynności pisemnych) należy uznać za bezskuteczne (tak również orzeczenie Izby II (sekcji czwartej) Sądu Najwyższego z 12 lutego 1932 r.²⁰,

obrońcy nie będącego adwokatem, w rozprawie sądowej w wypadku obrony obligatoryjnej nie tylko jest nieważną czynnością procesową, ale powoduje wadliwość całego postępowania, a więc i wadliwość czynności procesowej sądu” (S. Wałtoś, *Konwalidacja w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1960, z. 4, s. 496). Nie inaczej ma się sprawa z udziałem w postępowaniu obrońcy nie upoważnionego do obrony, gdy zachodzą warunki obrony niezbędnej: w postępowaniu działa osoba *in concreto* (w tym, indywidualnym postępowaniu) nieuprawniona do obrony (adwokat, który *p o t e n c j a l n i e* może stać się obrońcą, ale *t y l k o p o d w a r u n k i e m* udzielenia przez oskarżonego upoważnienia do obrony), a nie obrońca.

²⁰ Sygn. akt II. 4. K. 30/32, OSP 1932, poz. (K) 370, s. 335.

w którym czytamy, że „ujawnienie w toku rozprawy, iż obrońca nie jest legitymowany do zastępstwa strony, skutkuje nieważnością czynności podjętych przez obrońcę w tym charakterze”²¹). Rzecz jasna, rozwiązanie takie może razić pewnym formalizmem, lecz jest to formalizm wynikający z konstrukcji samej ustawy, która — jak trafnie pisał ongiś S. Śliwiński²² — nie pozwala na „wprowadzenie do procesu karnego zasad prawa cywilnego”²³, dotyczących

²¹ Brak „legitymacji” obrońcy nie oznaczał jednak — zdaniem najwyższej instancji sądowej — wyłącznie braku upoważnienia do obrony w formie przewidzianej w art. 96 k.p.k. z 1928 r. SN w tym orzeczeniu dopuszczał przecież „wykazanie” udzielenia przez oskarżonego upoważnienia (wedle dawnego stanu prawnego: pełnomocnictwa) obrońcy także w „innej” formie”, stwierdzając, że „art. 96 k.p.k. [z 1928 r.] zawiera tylko maksymalne wymogi, jakich sąd żądać może i że dopuszczalne jest poprzestanie na formie innej, którą sąd uzna za dostatecznie udowadniającą wolę strony do udzielania pełnomocnictwa”.

²² S. Śliwiński, *Polski proces...*, *op. cit.*, s. 391. Inaczej S. Waltoś, który jest zdania, że możliwe jest skonwalidowanie wady w postaci braku pełnomocnictwa przez „potwierdzenie pełnomocnictwa obrońcy działającego do tej pory bez pełnomocnictwa” (S. Waltoś, *op. cit.*, s. 508). Por. także pogląd A. Murzynowski i ego, który w głosie do postanowienia SN z 9 XII 2003 r., OSP 2004, z. 10, poz. K 127, s. 538 pisze, nie wskazując jednak podstawy prawnej takiego stanowiska, że: „niezłożenie przez aplikanta adwokackiego pełnomocnictwa substytucyjnego w określonym terminie, do czego się wobec sądu zobowiązał, niewątpliwie stanowiło uchybienia procesowe; uległo ono jednak w toku dalszego postępowania konwalidacji przez złożenie brakującej substytucji, choć nastąpiło to z dużym opóźnieniem”.

²³ W istocie, w judykaturze w sprawach cywilnych przyjmuje się jednolicie od okresu przedwojennego, że czynności procesowe zdziałane przez pełnomocnika, który nie legitymował się w czasie podejmowania czynności procesowej (np. w dacie wniesienia pozwu) pełnomocnictwem są jednak skuteczne (zob. orzeczenie SN z 24 VIII 1937 r., sygn. akt C 1 2382/36, ZO SN 1938, poz. 282, s. 696, w którym Sąd wyraził pogląd, że „okoliczność, że złożone na żądanie sądu w trybie [art. 141 k.p.c. z 1930 r.] pełnomocnictwo zostało wydane przez mocodawcę już po wytoczeniu powództwa, nie stanowi podstawy do odrzucenia pozwu”. Art. 141 k.p.c. z 1930 r. — normatywny wzór art. 105 k.p.k. z 1969 r. i art. 120 — wprowadzał zaś możliwość „poprawienia” braku pisma procesowego polegającego na niedołączeniu pełnomocnictwa w terminie 7 dni od wezwania strony przez przewodniczącego; w razie należytego poprawienia braków w terminie „data wniesienia pisma pozostawała w mocy”; por. także zbieżne stanowisko SN w wyroku z 25 II 1999 r., sygn. akt I CKN 1108/97, OSNC 1999, z. 9, poz. 158). W powojennym orzecznictwie SN poszedł jednak jeszcze dalej i przyjął nawet, że jeżeli pełnomocnictwo zostało udzielone osobie nie mogącej być pełnomocnikiem, to późniejsze z a t w i e r d z e n i e czynności procesowych tej osoby przez udzielającego pełnomocnictwa sprawia, że czynności te są skuteczne — por. uchwałę SN z 20 XII 1968 r., sygn. akt III CZP 93/68, OSNCP 1969, z. 7/8, poz. 129; wyrok SN z 13 III 1991 r., sygn. akt I CR 484/90, OSNCP 1992, z. 7/8, poz. 138; uchwałę SN z 18 IX 1992 r., sygn. akt III CZP 112/92, OSNCP 1993, poz. 75. Odwrót od tej — dość kontrowersyjnej jak się zdaje — linii orzeczniczej następuje dopiero w orzecznictwie lat ostatnich: zob. wyrok SN z 20 VIII 2001 r., sygn. akt I PKN 586/00, OSNAPiUS 2003, z. 14, poz. 335; uchwałę SN z 28 VII 2004 r., sygn.

ratihabito”; nie są więc skuteczne „czynności procesowe obrońcy, który w chwili przedsięwzięcia czynności procesowej nie posiadał upoważnienia (działał jako *negotiorum gestor*), uzyskał zaś zatwierdzenie owej czynności przez stronę *ex post*”.

Co do zasady nie jest więc możliwe udzielenie upoważnienia do obrony z mocą wsteczną, upoważnienia o charakterze „zatwierdzającym”. Z jednym wszakże, istotnym wyjątkiem, wyraźnie wynikającym z obecnej ustawy procesowej (którego S. Śliwiński nie mógł przecież uwzględnić, gdyż formułował swój pogląd pod rządami ustawy procesowej z roku 1928, której nie było znane podobne rozwiązanie normatywne). Obecny Kodeks postępowania karnego (wzorem art. 105 ustawy procesowej z roku 1969 i wzorem art. 141 k.p.c. z 1930 r.) co prawda zezwala na „zatwierdzenie” braku upoważnienia do obrony, ale w y ł ą c z n i e do pojedynczej czynności podjętej przez adwokata, który wniósł p i s m o nie posiadając upoważnienia do podjęcia d a n e j czynności procesowej (art. 120 § 1 k.p.k.). Przyjmuje się zatem pewną fikcję prawną, wedle której późniejsze udzielenie upoważnienia do podjęcia czynności procesowej (upoważnienia do obrony) sprawia, że podjęta przez adwokata nie legitymującego się upoważnieniem pojedyncza (przy tym: pisemna) czynność procesowa jest skuteczna (choć przecież w dacie jej podjęcia była prawnie bezskuteczna) w dacie jej dokonania. Taka sytuacja nie ma miejsca, gdy w postępowaniu jurysdykcyjnym działa nie upoważniony do obrony adwokat, który najczęściej prowadzi akcję obrończą w sposób niepisemny (a możliwość konwalidacji z art. 120 k.p.k. dotyczy przecież t y l k o c z y n n o ś c i p i s e m n y c h). W konfiguracji procesowej, która powstała w sprawie, w której orzekał Sąd Najwyższy postanowieniem z 9 grudnia 2003 r. należało zatem — po zidentyfikowaniu zmaterializowania się uchybienia wskazanego w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. — uchylić zaskarżone orzeczenie i ponownie przeprowadzić ten fragment postępowania sadowego, w czasie którego oskarżony nie miał obrońcy w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., bowiem „nie miał obrońcy”, był „reprezentowany” przez osobę nieupoważnioną (aplikanta adwokackiego nie legitymującego się substytucyjnym upoważnieniem do obrony).

O ile jednak konieczność uchylenia zaskarżonego orzeczenia (niezależnie do granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia) i powtórnego przeprowadzenie jednego tylko terminu rozprawy (jak było w tym przypadku), z tego tylko powodu, że oskarżony

akt III CZP 32/04, OSNC 2006, z. 1, poz. 2 oraz uwagi aprobujące K. We i t z a, *W kwestii następczego zatwierdzenia czynności procesowych dokonanych przez osobę nie mogącą być pełnomocnikiem*, „Palestra” 2005, z. 1/2, s. 239).

nie miał wówczas obrońcy (z powodu braku upoważnienia do obrony) już budzi pewne opory, o tyle perspektywa uchylecia zaskarżonego wyroku i ponownego przeprowadzenia całego postępowania przed sądem pierwszej instancji wyłącznie dlatego, że w postępowaniu działał nielegitymowany do obrony adwokat, wydaje się trudna do zaakceptowania. Tu jednak wymagana jest wyraźna interwencja ustawodawcy, który powinien wprost uregulować zagadnienia konwalidacji udziału nielegitymowanego obrońcy w postępowaniu karnym. W jakim kierunku powinny pójść zmiany normatywne?

Z jednej strony można by postulować — *de lege ferenda* — zmianę brzmienia art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w kierunku, o którym mowa w postanowieniu Sądu Najwyższego z 9 grudnia 2003 r., tak by wyeksponować w tym przepisie znaczenie „realnego (rzeczywistego) wykonywania obrony” (Sąd Najwyższy pisze o „faktycznym podjęciu czynności obrończych przez adwokata”). Pomijając jednak kwestię natury technicznoprawnej, tj. pytanie o to, jak należałoby wymóg taki sformułować od strony legislacyjnej, to takie przesunięcie akcentów w budowie normatywnej art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. i tak sprawy nie rozwiązuje. Tak czy owak ostatecznie będzie przecież istotne to, czy „rzeczywista obrona” była wykonywana przez jedyny podmiot do tego uprawniony przez ustawę — tj. przez obrońcę (a nie adwokata nie legitymującego się upoważnieniem do obrony). To z kolei implikuje konieczność ustalenia, czy pomiędzy oskarżonym a obrońcą zawiązał się stosunek obrończy. Zresztą obecny kształt normatywny art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k., w którym mówi się nie o braku „rzeczywistej obrony”, lecz o tym, że oskarżony nie „miał obrońcy” — w wypadkach określonych w art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 k.p.k. — czy też obrońca „nie brał udziału” w czynnościach, w których jego udział był obligatoryjny, ma głęboki sens procesowy. Przede wszystkim chodzi tu o względy, o których wspominaliśmy wyżej: byłoby rzeczą niezmiernie trudną stwierdzić, kiedy obrona ma charakter obrony rzeczywistej (rzeczą znacznie łatwiejszą jest zidentyfikowanie tych wyjątkowych sytuacji, gdy obrona miała bezspornie pozorny charakter). Gdyby zmodyfikować art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. w tym właśnie kierunku, to nałożylibyśmy na sąd obowiązek każdorazowego badania, czy obrona miała w danej sprawie charakter obrony rzeczywistej. Brak tu jednak — jak już podkreślaliśmy — precyzyjnych kryteriów oceny akcji obrończej wyłącznie na podstawie „zewnątrznych”, obserwowanych przez organ procesowy przejawów akcji obrończej (cały problem szczególnie przybiera na ostrości wtedy, gdy w rachubę wchodzi „pasywna” strategia obrończa, prowadząca w konsekwencji do świadomego prowadzenia przez obrońcę „pasywnej”, „cichej” akcji obrończej). Stąd też ustawodawca roztropnie przyjmuje inne założenie i wymaga, by oskarżony

w warunkach obrony niezbędnej miał obrońcę — istotne przede wszystkim jest to, czy oskarżony był reprezentowany w sprawie przez obrońcę. Kwestia oceny „jakości” obrony, implikująca przecież ocenę całej przyjętej w sprawie taktyki obrończej, przy badaniu, czy zmaterializowała się przyczyna odwoławcza określona w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. jest — co do zasady — obojętna. Wymyka się ona (poza najbardziej oczywistymi przypadkami) spod obiektywnej oceny organu procesowego. Stąd też decydującym punktem odniesienia musi zatem być zawiązanie się i istnienie stosunku obrończego.

Zmiana art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. nie rozwiązuje więc problemu, a jednak uregulowanie to może się okazać w obecnym stanie prawnym jawnie dysfunkcjonalne. Rysują się dwa możliwe rozwiązania, oba związane z art. 120 k.p.k. Pierwsze to zastosowanie art. 120 k.p.k. *per analogiam* w sytuacji, gdy w postępowaniu działał adwokat nie legitymujący się upoważnieniem do obrony. Jest ono o tyle dyskusyjne, że zasada się na chwiejnym założeniu, że ustawodawca wyłącznie na skutek niedopatrzania zawężył zakres stosowania art. 120 k.p.k. tylko do pisemnych czynności procesowych. Dlatego znacznie lepszym pomysłem byłoby wprowadzenie do ustawy procesowej przepisu skonstruowanego na wzór art. 120 k.p.k., zredagowanego jednak na tyle pojemnie, by pozwalał na konwalidację wady w postaci braku upoważnienia do obrony w odniesieniu do całej dziedziny postępowania sądowego, do udziału obrońcy w całym postępowaniu i wszystkich — niezależnie od formy — podejmowanych przez niego w tym postępowaniu czynności. Przepis taki pozwalałby na przyjęcie fikcji prawnej istnienia stosunku obrończego (który w istocie nie istniał z powodu braku upoważnienia do obrony). Oczywiście, kształt (i umiejscowienie w systematyce ustawy procesowej) może i powinien być przedmiotem dalszej dyskusji. Skoro jednak formułujemy w tym miejscu tego typu postulat *de lege ferenda*, to wypada przedstawić choćby najbardziej ogólny szkic normatywny takiego przepisu. Mógłby on przybrać następującą formę: [art. ...] „Jeżeli adwokat brał udział w postępowaniu sądowym bez upoważnienia do obrony, wzywa się go do usunięcia tego braku w terminie 7 dni. W razie uzupełnienia braku w terminie przyjmuje się, że datą udzielenia upoważnienia do obrony jest data wskazana w upoważnieniu, a czynności przedsięwzięte przez adwokata po tej dacie nie są bezskuteczne”.

Jak się wydaje, wprowadzenie takiego (lub podobnego) uregulowania pozwoliłoby na uniknięcie dość negatywnych implikacji normatywnych wiążących się z reprezentacją oskarżonego w postępowaniu sądowym w warunkach wskazanych w art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. przez adwokata nie legitymującego się upoważnieniem do obrony.

