

strony dowody uzyskane przy zastosowaniu różnych środków technicznych, pozwalających na rejestrację obrazu, dźwięku, czy ruchu przedmiotu lub osoby. Jeżeli taki dowód pojawia się na rozprawie, to trudno prowadzić kontradiktoryjny spór co do jego treści. Jaka jest treść nagrania, każdy usłyszy lub zobaczy. To natomiast, co obrona może czynić w kontradiktoryjnym procesie celem podważenia takiego dowodu, to wykazanie nielegalności jego uzyskania. I tu pojawia się cały problem procedury. Okazuje się, że tego typu dowody uzyskuje się poza procesem, dlatego że mamy tak ułożone przepisy ustawodawstwa policyjnego, które pozwala na prowadzenie czynności w celu utrwalenia i zbierania dowodów, mimo tego, że proces karny nie został jeszcze wszczęty. Jeżeli taki dowód pojawi się w procesie, trudno jest dyskutować z tym, co zostało już nagrane i utrwalone. Można dyskutować jedynie, czy powstało to w warunkach, w których mogło powstać, a zatem, czy były spełnione przesłanki legalności pozyskania dowodu. Ale żeby taką dyskusję prowadzić, trzeba mieć możliwość wglądu do tej dokumentacji, czy do tego stanu faktycznego, które istnieją w dacie, w której była podjęta decyzja o zastosowaniu takiego środka. Z mojej wiedzy i doświadczenia wynika, że obrońca takich uprawnień nie posiada. W związku z czym, jeżeli mówimy o ukontradiktoryjowaniu procesu, czy Państwo widzicie jakieś remedium i możliwość wprowadzenia określonych środków, które dawałyby obronie realne szanse i możliwości sprawdzenia w jakim momencie i czy na pewno w warunkach określonych ustawowo zapadły decyzje prowadzące do utrwalenia materiału dowodowego zapadały?

*czyli o kontroli obroncy
legalności nagrywania*

Cezary Kulesza

Kontradiktoryjność postępowania odwoławczego w świetle projektu nowelizacji kodeksu postępowania karnego Komisji Kodyfikacyjnej z dnia 8 listopada 2012 r. (druk sejmowy nr 870)¹

W polskiej literaturze przedmiotu w zasadzie jednolicie definiuje się zasadę kontradiktoryjności postępowania karnego jako nieskodyfikowaną dyrektywę, zgodnie z którą proces jest prowadzony w formie sporu równoprawnionych stron przed bezstronnym sądem². Wskazuje się na jej związki z zasadą skargowości, prawem do obrony oraz na rolę zasady kontradiktoryjności dla wykrycia prawdy obiektywnej. Podkreśla się także, że zasadniczą domeną tej zasady jest rozprawa główna, akcentuje się przeciwstawną zasadę śledczości dominującej w postępowaniu przygotowawczym i jedynie wzmiankuje obowiązywanie zasady kontradiktoryjności w postępowaniu odwoławczym³.

¹ Projekt ten stał się po dalszych pracach Komisji Kodyfikacyjnej podstawą uchwalonej w dniu 27 września 2013 r. przez Sejm RP (po poprawkach Senatu) ustawy – o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego i innych ustaw (druk sejmowy nr 1586). Ponieważ poprawki Komisji i Senatu zasadniczo nie dotknęły postępowania odwoławczego, i mając na względzie zgodność niniejszej publikacji z tytułem i tezami referatu, w trakcie korekty uwzględniono jedynie zmianę w ustawie nowelizującej (w stosunku do projektu) art. 452 § 2 k.p.k. (o czym dalej).

² Zob. np. M. Cieślak, *Dziela wybrane*. Tom IV, S. Waltoś (red.), Kraków 2011, s. 54; A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, wyd. 2, Warszawa 1984, s. 161; J. Tylman (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, wyd. 8, Warszawa 2011, s. 123; B. Bienkowska (w:) B. Bienkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, P. Piszczek, S. Pawelec, *Wykład prawa karnego procesowego*, P. Kruszyński (red.), wyd. 4, Białystok 2012, s. 66; B. Bienkowska (w:) B. Bienkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, P. Piszczek, S. Pawelec, *Wykład...*, s. 70; J. Tylman (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie...*, s. 125

W kontekście prawa do obrony wskazywano także, że realizacja zasady kontradiktoryjności wymaga efektywnego udziału obrońcy w procesie⁴. Jak stwierdziła Prof. Zofia Świada: „Różne są realne możliwości dowodzenia swoich racji w procesie karnym. Ważne jest przeanalizowanie stosowania prawa w sytuacji sporu, a także możliwości prezentowania argumentów. W badaniach procesu stosowania w aspekcie korzystania z norm kompetencyjnych należy uwzględnić, że jednostka nie zawsze potrafi ocenić potrzebę i szanse swoich szans w procesie. Zwykle też nie potrafi sama działać w procesie”⁵.

Jeszcze na tle poprzedniego k.p.k. z 1969 r.⁶, jak i na gruncie obowiązującego k.p.k.⁷ wskazywano także, że ograniczeniem zasady kontradiktoryjności na rozprawie głównej jest możliwość przeprowadzania przez sąd dowodów z urzędu (art. 152 k.p.k. z 1969 r. i art. 167 k.p.k. z 1997 r.). Zarówno w komentarzach do poprzedniej ustawy karnoprocesowej, jak i do obowiązującego k.p.k. z 1997 r. inicjatywę dowodową sądu na rozprawie wyprawdzano z obowiązku dążenia do wykrycia prawdy obiektywnej⁸.

Nawet powierzchowna ocena regulacji projektu nowelizacji k.p.k. z dnia 8 listopada 2012 r. (druk sejmowy nr 870) wymaga dokonania chociażby skrótovej analizy prawnowornawczej wybranych krajów Unii Europejskiej pod kątem obowiązywania w nich zasady kontradiktoryjności, jako tła do uwag *de lege lata* odnoszących się do procesu polskiego. W niniejszym opracowaniu siłą rzeczy nawiązano więc do angielskiego systemu wymiaru sprawiedliwości, gdzie zasada ta obowiązuje od stuleci w „czystej postaci”, procesu włoskiego, który przeszedł w ostatnim dwudziestoleciu ewolucję od

(ten Autor jedynie w kontekście sprawozdania oskarżonego pozbawionego wolności na rozprawę apelacyjną).

⁴ Zob. np. C. Kulesza, *Jakość obrony formalnej jako warunek rzetelnego procesu (refleksje prawnowornawcze)*, (w:) *Rzetelny proces karny: księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdły*, pod red. Jerzego Skorupki (red.), Warszawa 2009, s. 145–167.

⁵ Z. Świada, *Realizacja praw człowieka w kontradiktoryjnym procesie karnym*, Wrocław 1994, s. 8.

⁶ A. Murzynowski, *Istota i zasady...*, s. 168–169.

⁷ J. Tyłman, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie...*, s. 127.

⁸ Na tle k.p.k. z 1969 r. zob. np. M. Lipczyńska, R. Ponikowski, *Miał komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1988, s. 142. Na tle obecnego k.p.k. z 1997 r. zob. np. K.T. Boratyńska (w:) K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Wązny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 396–397 i podane tam orzecznictwo. W literaturze zob. np. B. Bienkowska, (w:) B. Bienkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, P. Piszczek, S. Pawelec, *Wykład...*, s. 85.

zasady inkwizycyjności (głównie w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym przez sędziego śledczego) oraz towarzyszącej jej dyrektywnej zobowiązującej sąd do inicjatywy dowodowej na rozprawie do rozprawy z założenia „czysto” kontradiktoryjnej. Z dokonanej analizy prawnowornawczej wybranych europejskich systemów wymiaru sprawiedliwości (która będzie miała miejsce w referacie) wypływają *prima facie* chociażby następujące, być może powierzchowne wnioski, świadczące o tym, że nie jest możliwe bezpośrednie i bezkrytyczne przenoszenie doświadczeń tych krajów na grunt polskiej reformy k.p.k.

System angielski, holdujący „czystym” zasadom skargowości i kontradiktoryjności postępowania, jest oparty na zasadzie oportunistu delicta, ścisłych regulacjach dowodowych umożliwiających eliminację dowodów nielegalnych (*exclusionary rules*) i gwarantujących zasadę bezpośredniości postępowania dowodowego na rozprawie głównej (*hearsay is no evidence*) oraz zwalnia, co do zasady, sąd na rozprawie od dochodzenia prawdy materialnej z urzędu⁹. Jednakże w angielskim systemie wymiaru sprawiedliwości istnieje jeden z najlepszych w Europie systemów dostępu do bezpłatnej obrony z urzędu i to od momentu zatrzymania podejrzanego przez Policję. Poza tym obrońcy angielscy mają nie tylko prawo, ale i obowiązki prowadzenia własnych śledztw (np. przesłuchiwać świadków i powoływać biegłych), których wyniki mogą być prezentowane jako dowód na rozprawie głównej¹⁰.

Jeśli chodzi o możliwość zaskarżenia wyroku w angielskim postępowaniu odwoławczym, to różni się ono radykalnie w zależności od tego, czy wyrok zapadł w trybie uproszczonym (*summary trial*), czy też w sprawie, w której był wymagany akt oskarżenia (*trial on indictment*)¹¹. W przypadku postępowania uproszczonego tylko obrońca (lecz nie oskarżeni) przysługuje automatycznie prawo apelacji od kary (*against sentence*) do właściwego miejscowo sądu królewskiego – zaś przeciwko skazaniu (*against conviction*), co do zasady tylko wtedy, gdy oskarżony nie przyznawał się do winy (*plead not guilty*)¹².

⁹ Zob. np. J.R. Spencer, *The English system* (w:) *European Criminal Procedures* (red. M. Delmas-Marty, J.R. Spencer), Cambridge University Press, wyd. 3, Cambridge 2008, s. 160–164; R. Munday, *Evidence*, wyd. 2, London 2003, s. 17–100, 131–172.

¹⁰ Zob. np. E. Cape, *England & Wales* (w:) E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, J. Spronken, *Effective Criminal Defence in Europe*, Intersentia, Antwerp–Oxford–Portland 2010, s. 115–117, 143–164.

¹¹ Tamże, s. 202–203.

¹² Jeśli chodzi o wymiar statystyczny takich apelacji od wyroków *magistrates' courts* do sądów królewskich, to w roku 2007 złożono ponad 5800 od winy (*against*

Jednakże od tej zasady są wyjątki świadczące o tym, że w procesie angielskim wyroki zapadłe wskutek *plea bargaining* są w pewnych sytuacjach zaskarżalne w trybie apelacji. Jednakże, jak podkreśla się w literaturze i orzecznictwie, *Crown Court* wyznaczy rozprawę odwoławczą, mimo że oskarżony przed *magistrates' court* przyznał się do winy w sytuacjach, kiedy przyznanie się do winy było niejednoznaczne (*unequivocal*) w momencie jego składania (np. przyznając się do winy oskarżony jednocześnie podnosił argumenty na swoją obronę kwestionujące sprawstwo), bądź takim stało się później, a przed wydaniem wyroku, a także kiedy przyznanie się nie było dobrowolne (*under duress*)¹³. Skazany powinien w terminie 21 dni od wydania wyroku złożyć pisemną apelację wraz z podaniem jej podstaw, zaś jej przyjęcie nie zależy od zezwolenia sądu.

Postępowanie odwoławcze polega na całkowitym powtórzeniu rozprawy głównej (*rehearing*) przed sądem składającym się z sędziego zawodowego i dwóch nieprofesjonalnych sędziów pokoju (*lay magistrates*). Na posiedzeniu odwoławczym obrona może podnosić zarówno argumenty natury prawnej, jak i faktycznej. Sąd koronny może powziąć każdy błąd zawarty w wyroku, może wyrok utrzymać w mocy, zmienić, albo przekazać sądowi pierwszej instancji, bądź wydać każdą inną decyzję procesową. Jednakże w przypadku uchylenia wyroku w całości (odnośnie do skazania) bądź w części odnoszącej się do kary, sąd odwoławczy może skazać na każdą karę, którą mógłby wymierzyć sąd pierwszej instancji. Dlatego też apelujący ponosi ryzyko zaostrożenia kary, chociaż z reguły sądy królewskie nie korzystają z tej możliwości¹⁴.

Ponadto zarówno obrona, jak i oskarżenie mogą zaskarżyć wyroki sądów pokoju w oparciu o zarzuty naruszenia prawa do Sądu Wyższej Instancji (*Higher Court*) w Londynie¹⁵. Taki środek odwoławczy może przybrać dwie formy: apelacji podnoszącej zarzut braku jurysdykcji przez *Magistrates Court* bądź nieprawidłowego zastosowania przez niego prawa (*appeal by way of case stated*)¹⁶. Natomiast w przypadku,

¹³ *conviction*), z których 37% zostało uwzględnionych, i prawie 6600 apelacji od kary (*against sentence*), z których 44% zakończyło się sukcesem: E. Cape, *England & Wales...*, s. 141.

¹⁴ J. Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure* wyd. 12, Oxford 2008, s. 512–514 i podane tam orzecznictwo.

¹⁵ E. Cape, *England & Wales...*, s. 141.

¹⁶ J.R. Spencer, *The English system...*, s. 203.

¹⁷ W takim postępowaniu sąd odwoławczy rozpoznaje jedynie kwestie prawne i jest związany ustaleniami faktycznymi dokonanymi przez sąd *meriti*. Uwzględniając

gdy apelacja taka nie została uwzględniona – apelacji bądź wniosku o sądową kontrolę stosowania prawa przez sąd pierwszej instancji (*Judicial review*) składanych do Sądu Najwyższego (*Supreme Court*)¹⁷. W przypadku trybu zwykłego, wymagającego aktu oskarżenia, obrona ma ograniczone prawo do apelacji od wyroku sądu królewskiego do Sądu Apelacyjnego, co wynika z *Criminal Appeal Act 1968* (znowelizowanego przez *Criminal Appeal Act 1995*)¹⁸. Przede wszystkim skazana osoba może wnieść taką apelację co do zasady tylko wtedy, gdy nie przyznawała się do winy, a ponadto musi użyć sformułowania (*certIFICATE*) sędziego sądu pierwszej instancji, że sprawa „nadaje się do apelacji”. Ponadto w literaturze wskazuje się na dyskusję wokół podstaw apelacyjnych i dopuszczalności odwołania w określonych sytuacjach, co wiąże się z instytucją tzw. pozwolenia (*leave*) na wniesienie apelacji. W niektórych przypadkach wniesienie apelacji wymaga pozwolenia Sądu Apelacyjnego, którego ten sąd udziela, jeśli uznaje wyrok sądu pierwszej instancji za „podważalny, czyli zawierający uchybienia tego rodzaju, że mogą skutkować jego uchyleniem”¹⁹.

Do uchybień (zwykle natury procesowej), które mogą spowodować podważenie wyroku (tzw. *unsafe conviction*, czyli że oskarżony został błędnie uznany winnym popełnienia przestępstwa), zalicza się zarówno nierzetelność postępowania, brak należytej informacji dla oskarżonego o prawie wezwania świadków, czy też nieefektywną obronę formalną (o czym dale).

Tak więc w procesie angielskim szersze zastosowanie ma apelacja od kary (*against sentence*) niż apelacja od winy (*against conviction*), której zakres jest stosunkowo wąski. Ze względu na problematykę niniejszego opracowania skoncentrujemy się jednak na możliwościach wnoszenia apelacji od winy, jako tła do rozważań odnoszących się do możliwości podnoszenia w polskim postępowaniu odwoławczym

apelację, sąd odwoławczy koryguje zaskarżone orzeczenie w kwestii prawnej, której dotyczyła apelacja.

¹⁷ Na mocy *Constitutional Reform Act 2005*, Sąd Najwyższy w Anglii zastąpił w październiku 2009 r. komitet sędziowski Izby Lordów (judicial committee of the House of Lords) jako najwyższy sąd apelacyjny.

¹⁸ J.R. Spencer, *The English system...*, s. 203.

¹⁹ Zob. E. Cape, *England & Wales...*, s. 142; J.R. Spencer, *The English system...*, s. 203; H. Kuczyńska, *Rzeczny proces karny w orzecznictwie sądów angielskich (w) Rzeczny proces karny*, P. Wiliński (red.), Warszawa 2009, s. 63–64 i podane tam orzecznictwo sądów angielskich.

zartutu błędu w ustaleniach faktycznych oraz zaskarżalności wyroków zapadłych wskutek porozumień procesowych.

Ustawa o apelacji karnej (CAA z 1968 r. – po nowelizacji z 1995 r.) w art. 1 w przypadku spraw rozpoznawanych z aktem oskarżenia nie różnicuje uprawnień oskarżonych do odwołania się od winy w zależności od tego, czy **przyznali się do winy** (najczęściej w **trybie plea bargaining**), czy też nie przyznawali się do zarzutów. Jednakże Sąd Apelacyjny ze zrozumiałych względów rzadziej udziela zezwolenia na apelację od winy, jeśli oskarżony przyznał się do winy przed sądem koronnym. Klasyczne stanowisko zajął tu Lord Avory w sprawie *Forde* (1923) 2 KB 400, stwierdzając, że jeśli przed sądem pierwszej instancji zaprotokolowano przyznanie się oskarżonego do winy, Sąd Apelacyjny może zezwolić na apelację od winy (*against conviction*), jeśli okaże się, że²⁰:

- 1) apelujący nie rozumiał zarzutów oskarżenia bądź nie zamierzał przyznać się do nich (*did not intend to admit he was guilty of it*),
- 2) oskarżony na podstawie przyznanych przez niego faktów nie mógł być zgodnie z prawem skazany.

Pierwsze dwie sytuacje, wymienione w pkt 1, dotyczą spraw, gdzie rzekome przyznanie się do winy uważa się za nieważne ze względu na presję wywieraną na oskarżonego przez sąd bądź adwokata. Duże znaczenie miała tu sprawa *R. v. Turner* (1970) 54 Criminal Appeal Reports 352, w której wytyczono wyraźne wytyczne określające dobrowolność przyznania się oskarżonego do winy²¹:

- obrońca, prowadząc obronę oskarżonego, powinien wprowadzić informować oskarżonego o możliwości złagodzenia kary w przypadku przyznania się do winy, ale wyraźnie zastrzec, że nie może on przyznawać się do niedopełnionego przestępstwa;
- uwzględniając poradę obrońcy, oskarżony powinien mieć zapewnioną całkowitą wolność wyboru przy podejmowaniu decyzji o przyznaniu się;
- sędzia nie powinien informować oskarżonego o karze, jaką może na niego nałożyć i że w przypadku odmowy przyznania się może to być kara surowsza. Ma to zapewnić wskazaną wyżej dobrowolność przyznania się.

²⁰ J. Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, s. 477.

²¹ Zob. S. Pawlak, *Plea Bargaining in England and Wales* (w:) *Criminal Plea Bargains in the English and the Polish Administration of Justice Systems in the Context of the Fair Trial Guarantees*, C. Kulesza (red.), Białystok 2011, s. 20–21.

Stanowisko Sądu Apelacyjnego odnośnie do możliwości wskazania przez sędziego *meriti* o możliwym wymiarze kary, jeśli przyzna się on do winy, zostało złagodzone przez zmianę wytycznych orzecznictwa tego sądu w sprawie *R. v. Goodyear* (2005) 2 Criminal Appeal Reports (*sentencing*), (2005) 1 WLR 2532, co było spowodowane wejściem w życie z dniem 4 kwietnia 2005 r. *Criminal Procedure Rules*. Wytyczne te umożliwiają sędziom pierwszej instancji informowanie na wniosek oskarżonych o wyroku (i wysokości kary), jaki może zostać wydany w przypadku przyznania się oskarżonego do winy i tym samym rezygnacji z rozprawy głównej.

Przyrządek wymieniony w pkt 2 zdarza się rzadko, gdyż zakłada, że zarówno obrońca, jak i oskarżyciel na rozprawie przed Sądem Koronnym byli w błędzie co do istotnych elementów, które oskarżyciel musiał udowodnić, aby uznać zarzuty za udowodnione – gdyby ani obrona ani oskarżenie nie pozostawali w błędzie, powinni nie pozwolić na proces na podstawie *guilty plea*.

Poza tymi przypadkami, spełniającymi kryteria Lorda Ivory, do przyczyn uzasadniających nierzetelność skazania można również zaliczyć sytuacje, gdy przyznanie się do winy zostało spowodowane błędami proceduralnymi popełnionymi przez sędziego, dotyczyło osoby ograniczonej mentalnie, na którą wywierali nacisk obrońca i sędzia (sprawa *Lee* (1984) 1 WLR 578), bądź jeśli do przyznania się oskarżonego do winy doszło wskutek błędów, niekompetencji bądź niedbalstwa obrońcy, jeśli stanowiły one konieczną przesłankę (*necessary prerequisite*) błędnego skazania²². Warto tu wskazać chociażby na orzeczenie w sprawie *R. v. Ensor* (1989), w której uznano wprawdzie, że błąd obrońcy nie może stanowić podstawy apelacyjnej, jednakże stwierdzono, że: „Prawdziwe znaczenie ma nie stopień błędu obrońcy, ale rozważenie czy dana decyzja (...) prowadziła do wydania błędnego wyroku (*miscarriages of justice*)²³”. Gdy sąd odwoławczy uzna postępowanie przed sądem pierwszej instancji za nierzetelne, wyrok staje się podważalny (*unsafe*) i ulega uchyleciu. Z orzecznictwa Izby Lordów dotyczącego problemu, czy odrzucenie apelacji przez odmowę jej przyjęcia (*leave*) jest zgodne z rzetelnością procesu, wynika, że jeśli sąd uważa, że nie istnieją podstawy apelacyjne, nie może pozwolić na przekazanie jej do sądu

²² J. Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, s. 477–478.

²³ W sprawie tej Izba Lordów badała zgodność praw ochronnych ofiary przestępstwa zawartych w Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 z art. 6 EKPCz, R. Munday, *Evidence* (wyd. 2), Lexis Nexis, Butterworths 2003, s. 160–162.

drugiej instancji. W wyroku *Chalkley v. Jeffries* (1998), opierając się na orzecznictwie EKPCz (w sprawach *Murray v. UK*, *Saunders v. UK*, *Coyne v. UK*) sędziowie doszli do wniosku, że jeżeli nierzetelność postępowania jest tego typu, że nie stanowi podstawy apelacyjnej, orzeczenie nie musi być uchylone. „Ani błędy popełnione przez prokuratorę, ani że miało miejsce naruszenie ogólnego pojęcia *fair play* nie stanowią same w sobie podstaw do uchylenia wyroku”. W doktrynie wskazuje się, że jeśli postępowanie było nierzetelne w świetle prawa angielskiego i orzecznictwa sądów, bądź w świetle art. 6 EKPCz, wyrok musi być uchylony. W sprawie *R. v. A* (2002 r.) uznano, że gwarancje wyrażone w art. 6 EKPCz mają charakter absolutny, a wyrok uzyskany z ich naruszeniem musi być uchylony. Natomiast w późniejszym orzeczeniu w sprawie *Davis, Johnson & Rove* (2001) 1 Cr AppR115, 132–134, wyrażono opinię, że nie każde uchybienie w ujawnianiu dowodów będzie uznane za naruszenie rzetelności, gdyż należy odpowiedzieć na pytanie, czy doszłoby do skazania, gdyby reguły rzetelności nie zostały naruszone²⁴.

Postępowanie odwoławcze przed sądem apelacyjnym nie obejmuje ponownego rozpoznania sprawy, aczkolwiek sąd apelacyjny (*Court of Appeal*) ma prawo i często przeprowadza dowody z dokumentów sprawy oraz transkrypcji kluczowych stadiów postępowania przed sądem pierwszej instancji. Sąd Apelacyjny może sam rozpoznać sprawę, lecz może ją także przenieść na wyższy poziom – do Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy może rozpoznać sprawę pod dwoma warunkami: sąd przekazujący sprawę musi potwierdzić, że dotyczy ona kwestii prawnych oraz sąd lub sam Sąd Najwyższy musi wydać zezwolenie na apelację²⁵.

Niską skutecznością w procesie angielskim charakteryzuje się nadzwyczajna procedura (odpowiednik polskiej kasacji), gdzie skarżący mógł zgłosić po wyczerpaniu zwykłych środków odwoławczych swój wniosek o „ponowne otwarcie sprawy” (*reopening the case*) do Królowej, a po zmianie stanu prawnego w 1995 r. do *Criminal Cases Review Commission* (CCRC)²⁶.

Jeśli chodzi o proces włoski, to po uchwaleniu nowego k.p.k. z 1988 r. można tu mówić o drastycznym przejściu od procesu inkwizycyjnego do wzorowanego na modelu angielskim procesu kontradyktoryjnego.

²⁴ H. Kuczyńska, *Rzeczny proces karny...*, s. 64.

²⁵ Zob. odnośnie do procedury przed Izłą Lordów H. Kuczyńska, *Rzeczny proces karny...*, s. 62 i podane tam orzecznictwo.

²⁶ E. Cape, *England & Wales...*, s. 143; J. R. Spencer, *The English system...*, s. 203–204.

Jednakże z punktu widzenia polskiej reformy wypadła zauważyć, że zmiana ta napotkała stanowczy opór środowiska sędziów, przywiązanych do prowadzenia postępowania dowodowego na rozprawie głównej z urzędu. Należy też wspomnieć o orzecznictwie włoskiego Trybunału Konstytucyjnego, które „stąpiło ostrze” pierwotnych zmian. Należy jednak wskazać, że w systemie włoskim każdy oskarżony ma prawo korzystania z pomocy obrońcy, którego udział w rozprawie jest obowiązkowy. Od 2000 r. obrońcy mają prawo do prowadzenia własnych śledztw i przedstawiania ich wyników na rozprawie głównej²⁷. Procedura włoska przewiduje, że w przypadku apelacji sąd apelacyjny może zmienić skazanie na uniewinnienie, a pod pewnymi warunkami może unieważnić wyrok, zwracając sprawę do ponownego rozpoznania bądź przeprowadzenia na nowo postępowania przygotowawczego. Bez względu na to, czy wyrok zaskarżono apelacją, zawsze można ją zaskarżyć w oparciu o art. 111 § 7 Konstytucji Włoch do Sądu Kasacyjnego, który rozstrzyga sprawę w oparciu o podstawy naruszenia właściwego zastosowania prawa, bądź jego niejednolitej interpretacji. Warto również wskazać, że na mocy ustawy z dnia 20 lutego 2006 r. włoski parlament zniósł prawo oskarżyciela i obrońcy do zaskarżenia wyroku uniewinniającego oskarżonego²⁸.

Te rozważania komparatystyczne wypadają zakończyć uwagami dotyczącymi procesu niemieckiego, jako opartego na podobnych zasadach jak polski system wymiaru sprawiedliwości. Za szczególnie ważne w kontekście niniejszego opracowania należy uznać różnicowanie mocy dowodowej na rozprawie głównej protokołów czynności dowodowych przeprowadzonych przez sędziego ds. postępowania przygotowawczego (*Ermittlungsrichter*)²⁹ w porównaniu z protokołami prokuratorскими i policyjnymi, zaś w dziedzinie postępowania odwoławczego możliwość wyboru przez skarżącego bądź odwołania (*Berufung* – zbliżonego do polskiej apelacji), bądź też rewizji (*Revision*, odpowiadającej polskiej kasacji)³⁰.

²⁷ M. Caianiello, *Italy* (w:) E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, T. Spronken, *Effective Criminal Defence...*, s. 387–388, 396–399, 407–409.

²⁸ Tamże, s. 406.

²⁹ Zob. V. Erb, (w:) Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfahrensgesetz*, Grosskommentar, 26. neu bearbeitete Auflage, Fünfter Band, Berlin 2008, s. 544–572.

³⁰ Zob. np. R. Eschelbach (w.), *Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Kommentar, (red. J.P. Graf), München 2010, s. 1270–1627; C. Roxin, B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26 Auflage, München 2009, s. 413–440 i podane

Aktualnie wśród środków odwoławczych można wyróżnić następujące:

1) w przypadku nieobecności oskarżonego na rozprawie głównej i jego skazania w pierwszej instancji (§ 232 StPO), ma on do dyspozycji dwa środki odwoławcze:

a) przywrócenie do stanu poprzedniego (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* – § 235 StPO) oraz

b) odwołanie (*Berufung*) służące zaskarżeniu wyroków wydanych przez sąd rejonowy pierwszej instancji (*Amtsgericht*) w składzie 1-osobowym i ławniczym – § 312–332 StPO. Właściwość rzeczową jednoosobowych sądów w sprawach karnych określają § 24–25, zaś sądów ławniczych § 28 ustawy o ustroju sądów powszechnych z dnia 9 maja 1975 r. – GVG (BGBl. I, S. 1077 z późn. zm.). Odwołaniem nie mogą być zaskarżone wyroki Wielkiej Izby, sądów przysięgłych (*Schwurgerichts*), ani OLG³¹.

Rewizja jako środek odwoławczy od wyroków wydziałów karnych sądów okręgowych (*Landesgericht* – *Strafkammern*) i sądów przysięgłych (§ 333–358 StPO) jest składana do sądu apelacyjnego (*Oberlandesgericht*), zaś w przypadku gdy pierwszą instancją jest sąd apelacyjny – rewizję rozpatruje Federalny Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof* – BGH).

Odwołanie odznacza się dużą elastycznością i brakiem formalizmu, tak że może ograniczyć się tylko do niektórych zarzutów, a jeśli ich nie precyzuje (StPO nie wymaga także uzasadnienia zarzutów – § 317), wyrok uważa się za zaskarżony w całości (§ 328 StPO). Odwołanie jest rozpatrywane przez sąd okręgowy (*Landgericht*), który występuje wówczas jako sąd odwoławczy (§ 74 ust. 3 GVG). Jeśli sąd odwoławczy stwierdzi, iż złożenie odwołania było niezgodne z procedurą, może je oddalić postanowieniem, na które przysługuje zażalenie (§ 322 StPO). Sąd odwoławczy przeprowadza postępowanie dowodowe w szerokim zakresie, mając nieograniczone możliwości powtórzenia dowodów przeprowadzonych przez sąd pierwszej instancji i przeprowadzania nowych dowodów (por. § 323–325 StPO). Nie ma tu jednakże miejsca

tam orzecznictwo; H. Gössel, *Die Überprüfung tatsächlicher Feststellungen im Rechtsmittelzug des deutschen Strafverfahrens* (w:) *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci Prof. Zbigniewa Dody*, A. Gaberle, S. Waltoś (red.), Kraków 2000, s. 83–106; C. Kulesza, K.T. Boratynska, *Problemy usprawianiania niemieckiego postępowania karnego*, Prok. i Pr. 2004, nr 4, s. 7–20.

³¹ C. Roxin, B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht...*, s. 414.

ponowne odczytanie aktu oskarżenia, zaś zasada bezpośredniości rozprawy (§ 250 StPO) jest ograniczona, gdyż sąd odwoławczy może odczytywać protokoły zeznań świadków złożonych przed sądem pierwszej instancji. Sąd odwoławczy może odczytywać także protokoły tylko za zgodą stron, lecz powinien także bezpośrednio przesłuchiwać tych świadków, jeśli sąd uzna to za istotne dla wydania orzeczenia (ze względu na ciężący także na sędzie odwoławczym obowiązek wyjaśnienia prawdy – § 244 ust. 2 StPO), jeśli oskarżyciel nie wnosil o ich odczytanie w akcie oskarżenia, bądź w szczególności sprzeciwił się temu oskarżony (§ 325 StPO)³².

Wyrok sądu odwoławczego rozpoznającego *Berufung* może uznać odwołanie za nieuzasadnione i odrzucić je (*verwerfen*), bądź uwzględniając je uchylić wyrok i wydać orzeczenie reformatoryjne (§ 328 StPO)³³.

W przeciwieństwie do odwołania rewizja posiada określone ustawowo przyczyny rewizyjne, które za podstawę mają naruszenie prawa (§ 337 StPO). Wśród nich można wyróżnić tzw. absolutne przyczyny rewizyjne, czyli najważniejsze naruszenia prawa (podobnie jak bezwzględne przyczyny odwoławcze z art. 439 k.p.k.), takie jak: niezgodny z prawem skład sądu, udział w nim sędziego podlegającego wyłączeniu z mocy ustawy bądź na wniosek strony, złamanie właściwości rzeczowej sądu, odbycie rozprawy pod nieobecność prokuratora lub osoby, której obecność była obowiązkowa, brak podania podstaw orzeczenia bądź też niedopuszczalne ograniczenia praw obrony w kwestii istotnej dla orzeczenia (§ 338 StPO). Składający rewizję, w przeciwieństwie do odwołania, powinien ściśle określić zakres zaskarżenia, wnioski rewizyjne i ich uzasadnienie (§ 344 StPO). Jeśli rewizja nie spełnia tych wymogów, bądź została złożona bez zachowania wymaganej procedury, może być odrzucona przez sąd rewizyjny postanowieniem jako niedopuszczalna.

Jak wynika z powyższego, w Niemczech istnieje dość skomplikowany trójinstancyjny system, gdzie wyroki mogą być zaskarżone dwoma różnymi środkami: odwołaniem i rewizją³⁴. Oba charakte-

³² Tamże, s. 417.

³³ Tamże, s. 418–420.

³⁴ Na temat różnic między odwołaniem i rewizją w procesie niemieckim a apelacją w polskim procesie karnym por. T. Weigend, *Das Rechtsmittel der Appellation aus deutscher Sicht* (w:) *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Z. Dody*, Kraków 2000, s. 147–170.

ryzują się bezwzględną dewolucyjnością (tzw. *Abwälzungseffekt*) i suspensyjnością oraz występowaniem zakazu *reformatio in peius*, niemniej jednak występuje między nimi szereg odmienności. W literaturze przedmiotu za podstawowe przyjmuje się następujące różnice³⁵:

- ile przy odwołaniu możliwe jest przeprowadzenie nowych dowodów (§ 324 ust. 2 StPO), przy ograniczeniach zasady bezpośredniości (§ 325 StPO), to nie jest to możliwe przy rewizji. Poza tym obecność oskarżonego nie jest obowiązkowa (§ 350 StPO), zaś w większości przypadków o losach rewizji rozstrzyga się postanowieniem (bez przeprowadzania rozprawy – § 349 ust. 2 i 4 StPO);
- w przypadku odwołania następuje kompleksowa kontrola wyroku, chyba że skarżący ograniczy się do określonych zarzutów (§ 318 StPO). Natomiast w przypadku rewizji kontrola następuje jedynie w granicach zaskarżenia (§ 352 StPO);
- rewizja wymaga uzasadnienia (§ 344 StPO), natomiast tylko od składającego odwołanie zależy, czy je uzasadni, i to w oparciu o okoliczności faktyczne, a nie prawne (§ 317 StPO). Oznacza to w rezultacie, że sąd odwoławczy dochodzi na podstawie własnych ustaleń faktycznych i oceny dowodów do innych wniosków niż sąd rejonowy. Natomiast sąd rewizyjny stwierdza jedynie naruszenie ustawy i na tym opiera swój wyrok (§ 337 ust. 1 StPO);
- o ile wyrok sądu odwoławczego może być zaskarżony rewizyjnie (§ 333 i n. StPO oraz § 74 ust. 3 GVG), od wyroku sądu rewizyjnego nie przysługuje żaden środek odwoławczy. Jeśli sąd rewizyjny orzeka merytorycznie w sprawie, bądź odrzuca rewizję, wówczas jego wyrok staje się natychmiast prawomocny. Natomiast w przypadku zwrotu sprawy do ponownego rozpoznania, od nowego wyroku sądu pierwszej instancji przysługuje środek odwoławczy.

Biorąc pod uwagę (w pewnym uproszczeniu), iż sąd odwoławczy jest sądem fakty, zaś sąd rewizyjny sądem prawa, w zasadzie odwołanie uważa się za środek odwoławczy bardziej korzystny niż rewizję, a to ze względu na mniejszy formalizm i rygoryzm w jego wnoszeniu i rozpoznawaniu, a także fakt możliwości zaskarżenia wyroku sądu odwoławczego rewizją. Jednakże ze względu na to, że odwołania są możliwe jedynie w drobnych sprawach (należących do właściwości

³⁵ Tamże, s. 422–435; F. Ch. Schroeder, *Strafprozessrecht...*, s. 196–206; K.H. Gössel, *Die Überprüfung tatsächlicher Feststellungen im Rechtsmittelzug des deutschen Strafverfahrens (w:) Srodki zaskarżenia...*, s. 183–185.

sądów rejonowych), § 333 rozszerza stosowanie § 335 StPO w ten sposób, iż rewizja jest dopuszczalna także w tych sprawach, gdzie możliwe byłoby odwołanie, a więc od wszystkich wyroków. Skarżący wyrok sądu rejonowego bezpośrednio rewizją pomija, niejako „przeskakuje” odwołanie (tzw. *Sprungrevision*).

Wracając do polskiego procesu karnego, należy wskazać, że „pochód” zasady kontradiktoryjności rozpoczyna się już na etapie postępowania przygotowawczego. Zasada ta na wstępnym etapie procesu ma jednak status *nasciturusa*, gdyż jej ograniczone przejawy można postreżać jedynie w udziale oskarżonego i obrońcy (art. 249 § 3 k.p.k.) bądź samego obrońcy (art. 249 § 5 k.p.k.) w posiedzeniach aresztowych, czynnościach wnioskowanych przez obronę (art. 315 § 2 k.p.k.), niepowtarzalnych (art. 316 § 1 i 2 k.p.k.) oraz możliwości udziału w przesłuchaniu biegłego i zapoznania się z jego opinią (art. 318 k.p.k.). Jednakże w przypadku oskarżonego tymczasowo pozbawionego wolności uprawnienia z art. 315–316 oraz art. 318 k.p.k. z reguły realizuje jego obrońca. Warto również wskazać na reformę polskiego k.p.k. z dnia 10 stycznia 2003 r. z mocą od dnia 1 lipca 2003 r. (Dz. U. Nr 17, poz. 155), która zmieniła m.in. art. 439 pkt 10 k.p.k. stanowiąc, że brak obrońcy obligatoryjnego w postępowaniu przygotowawczym, bądź niebranie przez niego udziału w obligacyjnych czynnościach tego postępowania nie stanowi bezwzględnej przyczyny odwoławczej.

Na tle obecnie obowiązującego modelu postępowania odwoławczego wyrażane są w doktrynie poglądy o jego zgodności z Konstytucją (w szczególności zasadą dwuinстанcyjności³⁶ – art. 176 i zasadą prawa do obrony – art. 42 ust. 2 Konstytucji RP)³⁷ oraz wymogami rzetelnego procesu. Wskazuje się, że występujące niekiedy w praktyce procesowej nieprawidłowości wynikają z błędnego stosowania prawa przez sądy odwoławcze³⁸.

W aktualnym stanie prawnym należy jednakże zwrócić uwagę na ograniczony zakres kognicji sądu odwoławczego, w porównaniu z sądem *meriti*. O ile sąd pierwszej instancji jest zobowiązany do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy (zob. art. 7

³⁶ Zob. P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji...*, s. 154–166 i podane tam orzecznictwo TK.

³⁷ Zob. rozważania P. Wilińskiego i orzecznictwo TK odnoszące się do zakazu *reformatio in peius*, tamże, s. 188–192.

³⁸ Zob. np. T. Grzegorzczak, *Rzeczne postępowanie odwoławcze i kasacyjne (w:) Rzecznictwo proces karny*, J. Skorupka, W. Jasiński (red.), Warszawa 2010, s. 118–123.

i art. 410 k.p.k.), to sąd odwoławczy, co do zasady, rozpoznaje sprawę jedynie w granicach środka odwoławczego – art. 433 § 1 k.p.k. (z wyjątkami przewidzianymi ustawą – zob. art. 435, 439, 440, a w przypadku apelacji – art. 455 k.p.k.), i nie może przeprowadzać postępowania dowodowego co do istoty sprawy (art. 450 § 1 k.p.k.), rzadko korzystając z uprawnień dowodowych przewidzianych przez art. 450 § 2 k.p.k.

W związku z powyższym *de lege lata* uprawnione jest stwierdzenie, że w porównaniu z rozprawą główną w postępowaniu odwoławczym zawężeniu ulega „przedmiot sporu równouprawnionych stron”. Z reguły spór ten ogranicza się do zagadnień prawnych, zaś przewód sądowy w sądzie *ad quem* odnosi się z reguły do podstawy odwoławczej z art. 438 pkt 3 k.p.k. jedynie w kontekście ustaleń faktycznych dokonanych przez sąd *a quo*. Ponadto należy zauważyć, że warunkiem kontradyktoryjności postępowania jest fizyczny udział w nim stron sporu, zaś w postępowaniu odwoławczym udział oskarżonego nie jest obowiązkowy, a jeśli jest on pozbawiony wolności, zależy od uznania sądu odwoławczego, który może dojść do wniosku, że wystarczający jest udział obrońcy (art. 451 k.p.k.). Jednocześnie w literaturze przedmiotu dostrzega się ograniczenia prawa do obrony w postępowaniu odwoławczym³⁹.

Ponadto nie tylko obowiązujące regulacje prawne, lecz i praktyka procesowa wskazują na to, że w przeciwieństwie do rozprawy głównej rozprawa odwoławcza holduje formie pisemnej, co umożliwia sądom odwoławczym podjęcie (choćaby wstępnej) decyzji o losach sprawy jeszcze przed wysłuchaniem głosów stron.

Warto też wskazać na niedocenianie w obecnej praktyce procesowej pisemnej odpowiedzi strony na środek odwoławczy⁴⁰ (art. 428 § 2 k.p.k.), która nie jest ograniczona żadnym terminem i nie musi być doręczana przez sąd odwoławczy stronie przeciwnej, nawet jeśli jest sporządzona w kilku egzemplarzach (czego kodeks nie wymaga)⁴¹. Jednakże w kontekście prawa do obrony należy dostrzec orzecznictwo ETPC w Strasburgu, który jest skłonny tolerować naruszenia

³⁹ J. Izdorzycyk, *Prawo do obrony w postępowaniu odwoławczym* (w:) *Węzłowe problemy procesu karnego*, P. Hofmański (red.), Warszawa 2010, s. 963–971.

⁴⁰ S. Zabłocki, *Postępowanie odwoławcze w nowym k.p.k.*, Komentarz praktyczny, Warszawa 1998, s. 34.

⁴¹ Zob. D. Świecki, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, wyd. I, Warszawa 2010, s. 293–295; J. Grajewski, (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinhorn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, 2 wyd., Warszawa 2010, s. 42–43.

prawa podejrzanego do obrony w postępowaniu przygotowawczym, jednakże pod warunkiem, że takie uchybienia zostaną „konwalidowane” w postępowaniu sądowym⁴².

Sztandarową regulacją projektu nowelizacji k.p.k., mającą zapewnić kontradyktoryjność postępowania sądowego, ma być nowe brzmienie art. 167 k.p.k., zwalniające – co do zasady – sąd z obowiązku inicjatywy dowodowej na rozprawie i dochodzenia z urzędu do prawdy obiektywnej oraz nakładające *onus probandi* na strony procesowe. W toku prac Komisji zdecydowano się jednak – dostrzegając potencjalne niebezpieczeństwa wynikające z oddania losów procesu w ręce stron dla możliwości wykrycia prawdy obiektywnej – na pewne wyjątki od zasady pełnej kontradyktoryjności. Ostatecznie więc projektowane brzmienie art. 167 k.p.k. stanowi:

„Art. 167 § 1. W postępowaniu przed sądem wszczętym z inicjatywy strony dowody przeprowadzane są przez strony, po ich dopuszczeniu przez prezesa, przewodniczącego lub sąd. W razie nie-stawienia strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu.

§ 2. W innym postępowaniu przed sądem oraz w postępowaniu przygotowawczym dowody przeprowadzane są przez organ procesowy prowadzący postępowanie. Nie wyłącza to prawa do zgłoszenia wniosku dowodowego przez stronę”.

W uzasadnieniu regulacji § 1 art. 167 k.p.k. stwierdzono, że z jednej strony zwalnia ona sąd z aktywności dowodowej na rozprawie w sytuacji pasywności w tej mierze oskarżyciela, z drugiej zaś sąd ten „w mniejszym niż dotąd stopniu pełnił będzie rolę «gwaranta» wobec oskarżonego, którego – jako stronę procesową – obciążał będzie w większym niż dotąd stopniu ciężar dowodu w znaczeniu materialnym”⁴³.

Tak więc dowód na rozprawie głównej będzie przeprowadzała ta strona, która go wnioskuje. Ponieważ projekt nowelizacji, co

⁴² Zob. np. C. Kulesza, *Efektowność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawoporównawczej*, Kraków 2005, s. 204–217 i podane tam orzecznictwo ETPC.

⁴³ Tamże, s. 6. Zob. także P. Wilimski, *Materiałny ciężar dowodu winy oskarżonego – przyczynek do rozważań* (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, Warszawa 2012, s. 1841–1856.

do zasady, nie przewiduje obowiązkowego udziału oskarżonego w rozprawie, więc zdanie drugie § 1 art. 167 k.p.k. stanowi, że w razie niestawienia strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. Natomiast najdalej idącym wyjątkiem od zasady kontradyktoryjności ma być możliwość dopuszczenia i przeprowadzenia przez sąd dowodu z urzędu, jednakże znowu „w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach” (§ 1 art. 167 zdanie trzecie).

W tym miejscu nie będziemy zajmować się problemem wpływu tej regulacji na możliwości dotarcia do prawdy obiektywnej, gdyż jest on przedmiotem innego panelu. Wypada jedynie wskazać, że w ostatnio powstałym piśmiennictwie odnoszącym się do tej materii przyjmuje się z reguły pozytywne relacje pomiędzy zasadą prawdy materialnej (rozumianą w sposób dyrektywalny) a zasadą kontradyktoryjności (postępowania)⁴⁴. Warto tu wskazać na szeroko uzasadniony pogląd P. Kardasa, który ujmując zasadę prawdy jako „dyrektywę nakładającą na sąd obowiązek dążenia do dokonania ustalen faktycznych odpowiadających rzeczywistości stanowi rzeczy w tej mierze, w jakiej jest to faktycznie i prawnie możliwe”, wskazuje na jej wielopłaszczyznowe związki z zasadą kontradyktoryjności⁴⁵. Należy więc podkreślić, że

⁴⁴ Zob. np. J. Skorupka, *Zasada prawdy materialnej w projekcie noweli kodeksu postępowania karnego opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego (w:) Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, s. 1745–1756. Zob. także referaty wygłoszone na konferencji poświęconej pozycji i roli adwokatów jako uczestnika procesu legislacyjnego, która odbyła się w dniu 2 grudnia 2011 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, które wygłosili m.in.: J. Giezek, *Kontradyktoryjność procesu karnego – uwagi wprowadzające (w:) Adwokatatura jako uczestnik procesu legislacyjnego*, J. Giezek, A. Malicki (red.), t. V, Warszawa 2012, s. 27–37; J. Skorupka, *W kierunku kontradyktoryjnej rozprawy głównej (w:) Adwokatatura...*, s. 38–51; P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej a kontradyktoryjność postępowania dowodowego. Przeciwnostawne czy komplementarne zasady procesu karnego?* (w:) *Adwokatatura...*, s. 52–98; T. Razowski, *O dwóch determinantach zasady kontradyktoryjności procesu karnego (w:) Adwokatatura...*, s. 106–116.

⁴⁵ Autor ten wskazuje, że tak rozumiana zasada prawdy obiektywnej opiera się na pięciu filarach: 1) na wyrażonej w art. 2 § 2 k.p.k. „ogólnej dyrektywie kierunkowej”, aby sądy opierały swoje decyzje na prawdziwych ustaleniach faktycznych; 2) na regułach dowodowych, określających prawne możliwości i granice dokonywania ustaleń faktycznych, wśród których istotną rolę pełni regulacja określająca kompetencje sądu do przeprowadzania dowodów z urzędu; 3) na zasadzie bezpośredniości postępowania dowodowego dowodów przed sądem; po czwarte 4) „na ustawowo określonych wyjątkach od zasady prawdy materialnej, określających w sposób kompletny, poprzez

projekt zachowując zasadniczo w niezmiennym kształcie szerokie wyjątki od zasady bezpośredniości na rozprawie głównej, nie zmienia skromnych przejawów kontradyktoryjności postępowania przygotowawczego, poza zniesieniem sztucznych (i w praktyce procesowej niewystępujących) ograniczeń obrony w zapoznaniu się z aktami sprawy „aresztowej” (nowelizacja art. 156 § 5a k.p.k.)⁴⁶. Nie zmienia natomiast zasad udziału stron (w tym obrony) w czynnościach postępowania przygotowawczego, w tym nie znosi ograniczeń wynikających z art. 317 § 2 k.p.k. Warto również wskazać, że projektowana nowelizacja nie dostarcza potrzebnych wzmocnienia prawa podejrzanego do obrony, które przewiduje projektowane ustawodawstwo UE⁴⁷.

Tak więc należy zauważyć, że zarówno *de lege lata*, jak i w analizowanym projekcie zmian k.p.k. brak obrońcy obligatoryjnego w postępowaniu przygotowawczym nie stanowi bezwzględnej przyczyny odwoławczej, zaś sędzia, który zastosował wobec oskarżonego areszt tymczasowy, może wydać wyrok w jego sprawie (niezmieniony art. 40 k.p.k.)⁴⁸.

Jako podstawowe założenie reformy w odniesieniu do modelu postępowania odwoławczego projektodawcy uznali nowe jego ukształtowanie w sposób umożliwiający szersze orzekanie reformatoryjne, a tym samym ograniczający kasatoryjność tego postępowania przyczyniając się do przedłużania postępowania karnego. Podstawowym środkiem mającym służyć osiągnięciu tego celu ma być zasada orzekania przez sąd odwoławczy w granicach zaskarżenia i zarzutach, do których określenia zobowiązane zostały strony (bez względu na to, czy są podmiotami fachowymi, czy też nie). Takie założenie, łącznie z nową

taksatywnie wyliczenie przypadków, w których ustalenie prawdy obiektywnej nie stanowi warunku ważności orzeczenia”; 5) na przepisach określających podstawy konstruowania środka zaskarżenia w oparciu o zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej...*, s. 75, 79.

⁴⁶ Na problem ten w kontekście zasady prawdy materialnej i rzetelnego procesu wskazywali m.in. J. Skorupka i P. Kardas już w 2009 r. Zob. J. Skorupka, *Rzetelny proces przygotowawczy (w:) Rzetelny proces karny*, J. Skorupka, W. Jasiński (red.), Warszawa 2010, s. 15–41; P. Kardas, *Gieść refleksyjna o standardzie rzetelnego procesu w kontekście zasady prawdy materialnej oraz konstrukcji czynności sądowych w postępowaniu przygotowawczym (w:) Rzetelny proces karny...*, s. 145–170 oraz na tle analizowanego projektu nowelizacji: P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej...*, s. 95–98.

⁴⁷ Zob. C. Kulesza, P. Starzyński, *Unia w obronie podejrzanego*, PiP 2012, z. 8.

⁴⁸ Zob. szerzej np. C. Kulesza, *Od obrony formalnej do obrony realnej? Nowa rola obrońcy w projekcie reformy procedury karnej (w:) Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga pamiątkowa prof. J. Skupińskiego*, Warszawa 2013, s. 462–473.

regulacją art. 167 § 1 i ograniczeniem zakresu podstaw odwoławczych (o czym dalej), ma w rezultacie służyć nie tylko przyspieszeniu postępowania przed sądami pierwszej i drugiej instancji, lecz chronić także Sąd Najwyższy przed nadmierną ilością kasacji i przeciwdziałać próbom „obchodzenia” przez strony formalistycznych wymogów tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia⁴⁹.

Przystępując do analizy poszczególnych regulacji projektu odnoszących się do postępowania odwoławczego, autor opracowania pozwala sobie na dość swobodne stwierdzenie, że projektodawca kieruje pod adresem uczestników postępowania odwoławczego i sądu szeregiem nakazów i postulatów, o różnej mocy wiążącej⁵⁰. Nakazy i zakazy mają charakter bezwzględny (bezwartunkowy), jeśli nie dopuszczają wyjątków, bądź względny (wartunkowy), jeśli ustawodawca przewiduje od nich wyjątki np. możliwe jest odstąpienie od nich pod pewnym warunkiem. Jednakże złamanie takich zakazów i nakazów (bądź niezastosowanie się do nich mimo niespełnienia wymagalnych prawem warunków) rodzi określone, konkretne konsekwencje procesowe wobec ich adresata. Z kolei postulaty nie mają takiej mocy wiążącej, zaś ich nieprzestrzeżenie nie powoduje bezpośrednich skutków procesowych dla podmiotu, który ich nie spełnia. Nakazy, zakazy i postulaty mogą być wyrażone w przepisach k.p.k. *expressis verbis*, bądź dać się z nich wyinterpretować.

Odnoszą się one, jak wspomniano wcześniej, także do sądu, aczkolwiek w mniejszym stopniu niż do uczestników procesu, gdyż to sąd jest *dominus litis* postępowania odwoławczego, korzystającym z konstytucyjnego przywileju niezawisłości oraz gwarantowanej przez ustawę swobody oceny dowodów i samodzielności jurysdykcyjnej⁵¹.

⁴⁹ P. Hofmański, S. Zablocki, *Reforma procedury karnej a Sąd Najwyższy (w:) Państwo prawa i prawo karne...*, s. 1638 i n.

⁵⁰ Oczywiście można by w tej mierze skorzystać z koncepcji teoretycznoprawnych zasad i reguł R. Dworkina oraz R. Alexy'ego, które są w ostatnich latach szeroko eksplloatowane w doktrynie procesu karnego przy analizie zasad procesowych i uprawnień stron (zob. np. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. 10, Warszawa 2009, s. 216; P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej...*, s. 79 i n.; P. Wiliński, *Kolizja uprawnień ulymatycznych i optymalizacyjnych uczestników postępowania karnego (w:) Rzetelny proces karny...*, s. 144–152). Jednakże tego typu podejście, chociaż niewątpliwie bardziej wyrafinowane, wymagałoby szerszych rozważań teoretycznych, które nie są niezbędne dla przeprowadzenia z zadońcenia pragmatycznych analiz.

⁵¹ Zob. P. Wiliński, *Proces karny w świetle konstytucji*, s. 121–128. Odnosnie do ograniczeń samodzielności jurysdykcyjnej sądów zob. np. M. Wąsek-Wiaderek,

Stosując powyższą terminologię do nowej regulacji art. 167 § 1 k.p.k., można by się zastanawiać, jaką ma ona moc wiążącą wobec stron procesowych i sądu *meriti*.

Odnosząc się do tej kwestii należy zauważyć, że wprawdzie projektodawca nie posuwa się do wyrażenia *expressis verbis* tezy o prekluzji dowodowej⁵² w postępowaniu odwoławczym, tym niemniej można ją odczytać z proponowanych regulacji art. 427 § 4 i odnośnie do apelacji – art. 447 § 5 k.p.k. Nowa treść art. 427 § 4 zakazuje podniesienia w środku odwoławczym zarzutu nieprzeprowadzenia przez sąd określonego dowodu, jeżeli strona nie składała w tym zakresie wniosku dowodowego, ani też zarzutu przeprowadzenia dowodu, pomimo braku wniosku strony w tym przedmiocie lub poza zakresem wniosku. Natomiast art. 447 § 5 zabrania w postępowaniu wszczętym z inicjatywy strony podnosić w apelacji zarzutu niedopuszczenia dowodu z urzędu lub niedostatecznej aktywności sądu w przeprowadzaniu dowodu ani też zarzutu przeprowadzenia dowodu pomimo braku wniosku strony w tym przedmiocie.

Jak wskazuje projektodawca, „należało wprowadzić dla strony – która wykazywała na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego bierność w zakresie inicjatywy dowodowej (czy to co do zgłoszenia wniosku dowodowego, czy to co do aktywności przy przeprowadzaniu dopuszczonego dowodu) – barierę stawiania zarzutu sądowi zarówno co do tego, że nie dopuścił lub nie przeprowadził on określonych dowodów z urzędu, jak i co do tego, że w trybie wyjątkowym z jednej lub z obu tych prerogatyw skorzystał pomimo bierności strony”⁵³. Ponadto należy wskazać także na projektowaną regulację art. 427 § 3 k.p.k., przez uzupełnienie jego treści o warunek, że odwołujący się będzie mógł wskazać nowe fakty i dowody jedynie wówczas, „jeżeli nie mógł powołać ich w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji”.

Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego wobec kompetencji Trybunału Konstytucyjnego i trybunałów europejskich, Lublin 2012.

⁵² Krytykowanej w doktrynie w odniesieniu do zgłoszonych opinii ekspertów, zob. M. Jeż-Ludwichowska, *Krytycznie o koncepcji prekluzji dowodowej (w:) Iudicium et Scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmicicka, A. Przyborowska-Klimczak i A. Taracha (red.)*, Warszawa 2011, s. 539–552. Zob. także odnośnie do prekluzji w samym postępowaniu odwoławczym krytyczne uwagi J. Izydorczyka, *Zasada prawdy a prekluzja dowodowa w postępowaniu karnym odwoławczym (w:) Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji*, Kraszycyn 15–16 października 2006, Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), Kraków 2006, s. 283–288.

⁵³ Uzasadnienie projektu, s. 92.

Powyzsze rozważania prowadzą do wniosku, że regulacja art. 167 § 1 k.p.k. (interpretowana w kontekście powołanych wyżej regulacji postępowania odwoławczego) stanowi dla stron procesowych względny nakaz składania przez nie wniosków dowodowych i przeprowadzania dowodów na rozprawie głównej (bądź względny zakaz „bierności procesowej”). Za takim charakterem tej instytucji przemawia fakt, że strona pasywna (w szczególności obrona, na którą nałożono materialny ciężar dowodu⁵⁴) ponosi skutki w postaci ograniczenia możliwości skutecznego zaskarżenia orzeczenia. Jednocześnie względność tego nakazu wynika z wyjątkowych możliwości inicjatywy dowodowej, jaką może przejawiać sąd *a quo* (art. 167 § 1 zdanie drugie i trzecie projektu). W przypadku apelacji zakaz z art. 447 § 5 ma charakter względny, gdyż nie obowiązuje, jeśli przeprowadzenie dowodu jest obowiązkowe (art. 447 § 6 k.p.k.). *A contrario* wydaje się, że w przypadku zażaleń i zarządzeń zakaz z art. 427 § 4 wydaje się mieć charakter bezwzględny, ze względu na brak stosownego wyjątku.

Jeśli chodzi o sąd *a quo*, to projektowana regulacja art. 167 § 1 k.p.k. będzie miała w stosunku do niego jedynie charakter postulatów. To być może kontrowersyjne stwierdzenie uzasadnia dokonana wyżej analiza przepisów odnoszących się do postępowania odwoławczego. Odstąpienie przez ten sąd od wymogów „czystej kontradyktoryjności” (zdanie pierwsze § 1 art. 167 k.p.k.) nie będzie rodziło skutków procesowych, gdyż uchybienie takie nie może być podnoszone przez strony w środku odwoławczym⁵⁵. *A contrario*, nadmierna pasywność dowodowa sądu pierwszej instancji (a więc nieskorzystanie z wyjątkowych prerogatyw przewidzianych przez zdanie drugie i trzecie § 1 art. 167 k.p.k.) może być rozpoznawana przez sąd *ad quem* jedynie przez przyzmat art. 440 k.p.k. Wskazuje na to chociażby projektowane ograniczenie

⁵⁴ Zob. np. P. Wiliński, *Materialny ciężar dowodu winy...*, s. 1850–1856.

⁵⁵ Za zbyt daleko idącą należy uznać jednak interpretację P. Hofmańskiego i S. Zablockiego proponowanej regulacji art. 447 § 5: „Przepis ten wyrażnie podkreśla, że podejmowanie z urzędu inicjatywy dowodowej w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji jest dyskrecyjną prerogatywą sądu, pozostającą poza kontrolą instancyjną, a rozwiązanie to powinno uwolnić sąd od obaw o napiętowanie jego rozstrzygnięcia w zakresie prawidłowości budowy jego podstawy faktycznej”. P. Hofmański, S. Zablocki, *Reforma procedury karnej a Sąd Najwyższy (w:) Państwo prawa i Prawo karne...*, s. 1637. Takie bowiem pojmowanie art. 167 § 1 k.p.k. (do którego treści nawiązuje art. 447 § 5) jako normy, której stosowanie zależy od zupełnego uznania sądu *meriti*, byłoby sprzeczne z samą ideą zasady (wzmożonej) kontradyktoryjności jako podstawy projektowanej nowelizacji.

możliwości „odwrócenia kierunku środka odwoławczego” z art. 434 § 2 k.p.k. przez uwzględnienie środka odwoławczego złożonego na niekorzyść oskarżonego na jego korzyść jedynie w przypadku, gdy zachodzą przesłanki z art. 440 k.p.k., tj. „jedynie w tych sytuacjach, w których bierność sądu prowadziłaby do wydania orzeczenia rażąco niesprawiedliwego”⁵⁶.

W uzasadnieniu projektu wskazuje się, że „po wejściu w życie tych zmian istotnemu ograniczeniu ulegnie obowiązek przeprowadzenia kontroli odwoławczej poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów i nieaktualne będą na gruncie nowego stanu prawnego poglądy o istnieniu w każdej sprawie obowiązku dokonania przez sąd *ad quem* (zw. totalnej kontroli odwoławczej)”⁵⁷.

Jego konsekwencją jest wzrost (w porównaniu z obowiązującym k.p.k.) ilości nakazów i zakazów kierowanych przez projektodawcę pod adresem stron procesowych w postępowaniu odwoławczym. Jednocześnie można zauważyć swoistą korelację tego zjawiska z ograniczeniami stawianymi przez projektodawcę sądowi *ad quem* polegającą na zwiększeniu swobody jego orzekania (zniesienie bądź ograniczenie zakazów i nakazów).

W tym kontekście należy wskazać na nową treść art. 427 § 1 k.p.k., który nakazuje m.in., aby każdy odwołujący się, nie zaś jedynie *praw. podmiot* fachowy wnoszący środek odwoławczy, wskazywał w treści tego środka zarzuty stawiane zaskarżanemu rozstrzygnięciu. Jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu, regulacja ta nie zobowiązuje strony do przedstawienia tych zarzutów w precyzyjnej formie prawnej, odwołując się do enumeratywnie wymienionych przepisów ustawy, to jest określonych podstaw wymienionych w art. 439 k.p.k. lub w art. 438 k.p.k., a jedynie o to, aby „wyartykułowała (choćby własnymi słowami)” to, jakie, jej zdaniem, uchybienia obciążają

⁵⁶ Uzasadnienie projektu, s. 92.

⁵⁷ Tamże, s. 92–93. Na temat pojęcia „totalnej kontroli odwoławczej” na tle obronie obowiązującego k.p.k. zob. np. P.K. Sowińskiego, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony*, Rzeszów 2012, s. 786–787. Warto w tym kontekście wskazać, że tego pojęcia (w kontekście gwarancji praw pokrzywdzonego) użył np. Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 7 września 2010 r. (P 2/10, OTK-A 2010, nr 7, poz. 69), stwierdzając zgodność z Konstytucją przepisu 325e k.p.k. przewidującego m.in., że postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia, jego umorzeniu i wpisaniu sprawy do rejestru spraw nie wymagają uzasadnienia. Odnośnie do konstytucyjnych aspektów ochrony praw pokrzywdzonego w procesie karnym zob. P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 226–232 i podane tam orzecznictwo TK.

zaskarżone orzeczenie⁵⁸. Jednakże nakładając na skarżącego obowiązek wskazania zarzutów projektodawca na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k., na kim będzie spoczywał obowiązek wykazania wpływu wskazanego „niefachowo” uchybienia na treść zaskarżonego orzeczenia⁵⁹, w rezultacie istotnie ograniczono obowiązki przeprowadzania kontroli odwoławczej poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Jak stwierdza projektodawca: „Zgodnie z zasadą dyspozytywności (jako refleksem zasady kontradyktoryjności) to strona powinna decydować o tym, w jakim zakresie i w aspekcie jakich uchybień, których dopuścił się według niej sąd *a quo*, powinna przebiegać kontrola odwoławcza. Działanie sądu *ad quem* «z urzędu» powinno mieć miejsce jedynie wówczas, gdy zakres i wzorzec kontroli zadysponowany przez stronę jest nie do pogodzenia z elementarnymi względami sprawiedliwości, albowiem nakazywałby zignorowanie błędów o wręcz fundamentalnym charakterze (stąd zobligowanie sądu odwoławczego do rozpoznania środka odwoławczego poza granicami zaskarżenia i podniesionych zarzutów w wypadkach wskazanych w art. 439 § 1 k.p.k. oraz w art. 455 k.p.k.) albo prowadził do wydania orzeczenia rażąco niesprawiedliwego (takie samo zobowiązanie nałożone w wypadku wskazanym w art. 440 k.p.k.), w tym także pod względem tzw. wewnętrznej sprawiedliwości orzeczenia (zobowiązanie związane z treścią art. 435 k.p.k.)⁶⁰. Dlatego też poza wskazanymi wyżej przypadkami sąd odwoławczy będzie rozpoznawał wniesiony środek odwoławczy jedynie w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, będąc tym samym (jak wskazywano wcześniej) zwolniony z obowiązku dokonania w każdej sprawie tzw. totalnej kontroli odwoławczej (*argumentum ex art. 433 § 1 k.p.k.*)»

Wobec osób skazanych z zastosowaniem jednego z trybów konsensualnych (art. 343, art. 343a oraz art. 387 k.p.k.) nowelizacja przewiduje zakaz powoływania jako podstawy apelacji zarzutu błędów w ustaleniach faktycznych i zarzutu rażącej niewspółmierności kary (art. 438 pkt 3 i 4), które związane są z treścią zawartego przez tę stronę porozumienia (nowe brzmienie art. 447 § 7 k.p.k.). Apelacja

⁵⁸ Uzasadnienie projektu, s. 98–99.

⁵⁹ Odnośnie do rozpoznawania przez sądy odwoławcze apelacji składanych przez czynnik niekwalifikowany zob. np. M. Klejnowska, *Orzeczenia sądu odwoławczego orzekającego w sprawie karnej po wniesieniu środka zaskarżenia*, Rzeszów 2008, s. 232–244.

⁶⁰ Uzasadnienie projektu, s. 99–100.

oparta na takich podstawach zostanie uznana za niedopuszczalną jako kontestująca samą istotę porozumienia dobrowolnie zawartego przez stronę⁶¹. Jak wskazuje projektodawca, strona jednak będzie mogła wnieść apelację od wyroku wydanego z zastosowaniem jednego z tych trybów, jeśli „podstawą środka odwoławczego uczyni jakikolwiek inny zarzut (tj. naruszenie prawa materialnego, w tym nie tylko prowadzące do błędnej kwalifikacji prawnej czynu przypisanego, ale także polegające np. na wymierzeniu kary poza ustawowymi granicami sankcji, a także naruszenie prawa procesowego, mogące mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, w tym także związane z naruszeniem ustawowych warunków zakończenia sprawy w trybie konsensualnym) i wówczas jest, bez żadnych wyłączeń, chroniona zakazem *reformations in petus*”⁶².

Podobną uwagę można odnieść także do wskazanych wyżej zarzutów z art. 447 § 5 i 427 § 4, co powoduje, że uczynienie ze wskazanych w nich przyczyn **wyłącznych** podstaw wnoszenia środków odwoławczych (przy uwzględnieniu wyjątku z art. 447 § 6) będzie skutkowało niedopuszczalnością tych środków i w rezultacie sąd będzie pozostawiał je bez rozpoznania.

Natomiast nowe brzmienie § 4 art. 434 stanowić ma, że w przypadku skazania z zastosowaniem art. 60 § 3 lub 4 k.k. lub art. 36 § 3 k.k.s., sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego, i to niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, także wówczas, jeżeli środek odwoławczy wniesiono wyłącznie na korzyść oskarżonego, który po wydaniu wyroku odwołał lub w istotny sposób zmienił swoje wyjaśnienia lub zeznania. Nie będzie to dotyczyło jednak przypadku zasadnego podniesienia zarzutu obrazy prawa materialnego lub stwierdzenia przez sąd odwoławczy okoliczności uzasadniających uchylenie orzeczenia, określonych w art. 439 § 1 k.p.k.

Szukając aksjologicznego bądź pragmatycznego uzasadnienia różnicowania negatywnych konsekwencji, jakie mogą spotkać w postępowaniu odwoławczym „wiarołomnych małych świadków koronnych” (ograniczenie zakazu *reformations in petus*⁶³ z art. 434

⁶¹ Tamże, s. 96–97.

⁶² Na gwarancyjną funkcję tego zakazu wskazywał P.K. Sowiński, *Uprawienia składowe się na prawo...*, s. 797–804. A. Kafal podkreślał jeszcze na tle poprzedniego k.p.k. z 1969 r. pozytywny związek zakazu *reformations in petus* z zasadą prawdy materialnej, gdyż brak tego zakazu mógłby powodować, że oskarżony nie składałby środków odwoławczych, sąd odwoławczy nie mógłby kontrolować zaskarżonego orzeczenia, co

§ 4) oraz osób skazanych w trybach konsensualnych (zakaz z art. 447 § 7 k.p.k.), nie można ograniczyć się do stwierdzenia projektodawców, że takie rozwiązanie „podjęte zostało przy zastosowaniu modelu całkowicie odmiennego od określonego w noweli styczniowej i uznanego przez Trybunał za sprzeczne, w pewnych warunkach, z wzorcami konstytucyjnymi”⁶³. Przede wszystkim należy zauważyć, że o ile „wiarołomni mali świadkowie koronni” nie są wprawdzie chronieni dobrodziejstwami zakazu *reformationis in peius*, to jednak ustawodawca nie ogranicza ich w zakresie podstaw odwoławczych, jak to czyni w przypadku osób skazanych w trybach konsensualnych (art. 343, 343a i 387). Taka swoista dyskryminacja tej ostatniej grupy skazanych ma niewątpliwie uzasadnienie pragmatyczne wynikające z chęci przyspieszenia postępowania (*expressis verbis* powoływanego w uzasadnieniu projektu jako główny motyw zmian modelu postępowania odwoławczego), z drugiej zaś strony z zasady stabilności orzeczeń (tu opartej o zasadę *pacta sunt servanda*). Warto w tym miejscu wskazać, że P. Kardas, posilkując się poglądami doktryny poddającymi w wątpliwość zgodność trybów konsensualnych z zasadą prawdy materialnej⁶⁴, uznaje взгляд na ochronę stabilności orzeczeń jako jeden z wyjątków od tej zasady⁶⁵. Poza tym analiza praktyki funkcjonowania tych poziomów (których zakres projekt jakościowo rozszerza) oraz analiza orzecznictwa SN wskazuje, że porozumienia takie zarówno w Polsce, jak i np. w systemie anglosaskim budzą wątpliwości w kontekście ich zgodności z gwarancjami rzetelnego procesu⁶⁶. Ponadto nie wglębiając się w analizę projektowanych zmian w trybach konsensualnych wypada wskazać, że „premia” dla oskarżonego za zawarcie porozumienia z projektowanego art. 343 § 1 (w postaci nadzwyczajnego

prowadziliby do petryfikacji rozstrzygnięć niezgodnych z prawem; A. Kañal, *System środków odwoławczych w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972, s. 259–260.

⁶³ Uzasadnienie projektu, s. 96.

⁶⁴ Zob. np. R. Kmiecik, *O zasadzie prawdy materialnej, konsensualizm i gwarancjach procesowych osoby niewinnej* (w:) *Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji, Krasyczyn 15–16 października 2006*, Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), Kraków 2006 s. 148–149; H. Paluszkievicz, S. Stachowiak, *Rozwiązania konsensualne wprowadzone do polskiego procesu karnego a wykrycie prawdy* (w:) *Zasada prawdy materialnej...*, s. 91–110; J. Tyłman, *Zasada bezpośredniości na tle zmian w polskim prawie karnym procesowym* (w:) *Rzeczny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Swidy...*, s. 126–144.

⁶⁵ P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej...*, s. 73.

⁶⁶ Zob. np. monografię, *Criminal plea bargains...*, C. Kulesza (red.).

złagodzenia kary, warunkowego zawieszenia jej wykonania bądź odstąpienia od niej) i art. 387 § 4 (nadzwyczajne złagodzenie kary, zaś w przypadku zbrodni jedynie przy zachowaniu terminu do złożenia wniosku z art. 338a k.p.k.) jest fakultatywna i zależy od uznania sądu. Ogólnopolskie badania ankietowe sędziów i prokuratorów wykonane przez naszą Katedrę w latach 2006–2008 wykazały, że prokuratorzy bardzo rzadko wnoszą o nadzwyczajne złagodzenie kary na podstawie art. 343 § 1 k.p.k., zaś sędziowie również rzadko korzystają z tej regulacji⁶⁷. Należy zauważyć, że projekt w zakresie k.k. nie zmienia obecnego brzmienia art. 60 § 3 k.k. ani art. 36 § 3 k.k.s., zawierających nakaz obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary przez sąd, w przeciwnieństwie do kierowanego pod adresem sądu jedynie postulatu z projektowanych art. 343 § 1 i art. 387 § 4 k.p.k. Ponadto wypada stwierdzić, że nie tylko analiza orzecznictwa sądowego, lecz i opinie sędziów sądów odwoławczych wskazują na częste błędy popełniane przez sądy pierwszej instancji przy stosowaniu konsensualnych form zakończenia postępowania karnego⁶⁸.

Z ograniczeniem z art. 447 § 7 k.p.k. koresponduje § 3 dodany do art. 424 k.p.k. Przewiduje on, że: „W wypadku złożenia wniosku o uzasadnienie wyroku wydanego w trybie art. 343, 343a lub 387 sąd może ograniczyć zakres uzasadnienia do wyjaśnienia podstawy prawnej orzeczenia oraz wymiaru kary”. Trudno zgodzić się z uzasadnieniem projektu, że przepis ten upoważnia „sąd pierwszej instancji, który wydał wyrok przy zastosowaniu któregokolwiek z trybów konsensualnych, do ewentualnej rezygnacji ze sporządzenia pisemnego uzasadnienia orzeczenia w tym zakresie, jeżeli wyrok nie może być kontestowany w wywiedzionym środku odwoławczym”⁶⁹ (jedynie wtedy? – przyp. C.K). Literalne brzmienie tego przepisu, odnoszące się do wszystkich wyroków zapadłych w trybach konsensualnych, nie pozwala na tak wąską jego interpretację, dokonaną w cytowanym uzasadnieniu projektu, a więc jedynie do wyroków niezaskarżalnych

⁶⁷ Częste wnioskowanie o skorzystanie z tej regulacji deklarowało jedynie 8,83% prokuratorów (89 respondentów), zaś częste jej stosowanie jedynie 5,2% sędziów (16 respondentów); zob. *Porozumienia karnoprocesowe w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, C. Kulesza (red.), Białystok 2009, s. 60–61.

⁶⁸ Zob. np. opinię SSA w Białymstoku J. Domańskiej-Szerel, *Postępowanie odwoławcze* (w:) *Sąd dla obywatela – alternatywne metody rozwiązywania sporów i rola sądów karnych*, A. Adamska-Gallant i J. Przygucki (red.), Warszawa 2010, s. 81.

⁶⁹ Uzasadnienie projektu, s. 97.

ze względu na zakaz z art. 447 § 7 k.p.k. Poza tym, jak sąd pierwszej instancji rozpoznający wniosek skazanego w trybach konsensualnych o sporządzenie uzasadnienia wyroku może stwierdzić, że „wyrok nie może być kontestowany w wywiedzionym środku odwoławczym” przed jego złożeniem? Tak więc można tu zauważyć kolejny (poza przewidzianym w art. 423 § 1a k.p.k.) wyjątek od względnego nakazu uzasadniania wyroku przez sąd pierwszej instancji, stanowiącego ważną gwarancję prawa do obrony i wiążanego w doktrynie z wymogami rzetelnego procesu⁷⁰. Warto dodać, że powyższa regulacja ogranicza jedynie prawa odwołującego się, gdyż sąd odwoławczy może w wypadkach określonych w art. 423 § 1a i art. 424 § 3 przed wydaniem orzeczenia zwrócić sprawę sądowi pierwszej instancji w celu sporządzenia uzasadnienia zaskarżonego wyroku w niezbędnym zakresie, jeżeli ma to zapewnić prawidłowe wyrokowanie w sprawie (art. 449a projektu).

Zarówno w doktrynie procesu karnego, jak i w opinii praktyków podnosi się, że obowiązujący model postępowania odwoławczego, w szczególności w odniesieniu do apelacji, jest dysfunkcyjny przede wszystkim z uwagi na dominację w nim elementów kasatoryjności nad elementami klasycznej apelacyjności⁷¹. Dlatego też projektodawca za jeden z głównych celów nowelizacji uznał „poszerzenie możliwości reformatoryjnego orzekania przez sąd odwoławczy, z zapewnieniem jednak stosownych gwarancji, zwiększających możliwości bezpośredniego zetknięcia się przez sąd *ad quem* z dowodami”⁷².

Za pozytywną z punktu widzenia stron procesowych należy uznać nowelizację art. 452 k.p.k. przez skreślenie jego § 1 „wprowadzającego dysharmonię między prawem sądu *ad quem* do merytorycznego rozpoznania sprawy (art. 437 § 2 *in principio* k.p.k.), a jego uprawnieniami do bezpośredniego poznania faktów stanowiących podstawę

⁷⁰ Odnosnie do prawa oskarżonego do sporządzenia i doręczenia pisemnego uzasadnienia orzeczenia zob. np. P.K. Sowiński, *Uprawienia składające się na prawo...*, s. 740–754 i podana tam literatura. Zob. także C. Nowak, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego w świetle EKPC i orzecznictwa ETPC* (w:) A. Blachnio-Parzych, J. Bosonoga, H. Kuczyńska, C. Nowak, P. Wiliński, *Rzetelny proces karny*, P. Wiliński (red.), Warszawa 2009, s. 144–147 oraz C. Kulesza, R. Starzyńska, *Obowiązek uzasadniania orzeczeń sądowych a prawo do obrony*, Prok. i Pr. 2010, nr 5, s. 16 i n.

⁷¹ T. Grzegorzczak, *Rzetelne postępowanie odwoławcze i kasacyjne...*, s. 122–123; zob. także opinię J. Domańskiej-Szerel (SSA w Białymstoku), *Postępowanie odwoławcze...*, s. 79–81.

⁷² Uzasadnienie projektu, s. 94.

tego rozstrzygnięcia”⁷³. Natomiast § 2 art. 452 w brzmieniu projektu z dnia 12 listopada 2012 r. wysuwał wobec sądu odwoławczego **postulat**, aby ten uznając potrzebę uzupełnienia przewodu sądowego, przeprowadzał określone dowody na rozprawie, **także z urzędu**, jeżeli przyczyni się to do przyspieszenia postępowania, a nie jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości. Dowody sąd będzie mógł, tak jak obecnie, dopuścić również przed rozprawą. Niewątpliwie za istotne należy uznać uwolnienie sądu odwoławczego od wymogu ograniczającego inicjatywę dowodową tego sądu do „wyjątkowych wypadków” oraz zastąpienie liczby pojedynczej („dowód”) liczbą mnogą („określone dowody”) (zob. art. 452 § 2 k.p.k. w brzmieniu przed nowelizacją).

Takie brzmienie projektowanej regulacji budziło wątpliwości co do systemowej spójności rozszerzonego zakresu postępowania dowodowego prowadzonego przez sąd odwoławczy z urzędu (art. 452 k.p.k.) z zasadą uzależnienia prowadzenia przewodu sądowego przed sądem pierwszej instancji od inicjatywy stron (art. 167 § 1 zdanie pierwsze projektu). Nie był do końca jasny zamysł projektodawców, którzy w pewnym sensie zdawali się przenieść ciężar postępowania dowodowego z sądu *meriti* na sąd *ad quem*, przy wskazanych wcześniej konsekwentnym związaniu sądu odwoławczego granicami środka odwoławczego (art. 433 § 1), ograniczeniach podstaw odwoławczych zawartych w art. 427 § 4 i odnośnie do apelacji – art. 447 § 5 k.p.k., „względnym zakazie” podnoszenia przez strony w środku odwoławczym nowych faktów i dowodów (art. 427 § 3), oraz w przypadku wyroków zapadłych w trybach konsensualnych – zakazie powoływania jako podstawy apelacji zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych i zarzutu rażącej niewspółmierności kary i które związane są z treścią zawartego przez tę stronę porozumienia (nowe brzmienie art. 447 § 7 k.p.k.). Wydaje się, że ze względu na te wątpliwości w ostatecznym brzmieniu art. 452 § 2 k.p.k., nadanym ustawą z dnia 27 września 2013 r., zrezygnowano z zapisu upoważniającego sąd odwoławczy do przeprowadzania dowodów „także z urzędu”

Projektodawca, uzasadniając regulację art. 452, stwierdza jedynie (optymistycznie), że „sąd odwoławczy w każdym wypadku gdy uzna potrzebę uzupełnienia przewodu sądowego, powinien przeprowadzić określone dowody, z zachowaniem bezpośredniości, na rozprawie

⁷³ Tamże.

odwoławczej, jeśli tylko przyczyni się to do przyspieszenia postępowania (rozumianego «całościowo», a nie etapowo). Wprowadzone rozwiązania powinno wręcz zachęcać sądy odwoławcze do końcańcia spraw, również tych wadliwie osądzonych w sądzie pierwszej instancji, do wydawania orzeczeń o charakterze reformatorycznym, bez potrzeby uchylania spraw do ponownego rozpoznania⁷⁴.

Jednakże o tym, że projektowana regulacja art. 452 § 2 k.p.k. stanowi jedynie postulat (w znaczeniu przyjętym w tym opracowaniu), świadczy fakt, że nieuzasadniona rezygnacja przez sąd odwoławczy z inicjatywy dowodowej nie może stanowić podstawy kasacyjnej, a biorąc pod uwagę przewidzianą przez nowelizację dalszą formalizację tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia, w szczególności że strona składająca kasację nie może kontestować bierności sądu *ad quem* (bądź też brak reakcji z urzędu tego sądu na karygodną pasywność sądu *a quo*), czyniąc z niej zarzut kasacyjny naruszenia art. 440 (niedopuszczalny z mocy projektowanego art. 523 § 1 zdanie trzecie)⁷⁵.

Należy dostrzec również, że projekt proponuje skreślenie § 2 art. 454 k.p.k. uznając, że zmiana ta obniża gwarancje praw oskarżonego, nie narusza jednak ani standardów konwencyjnych ani konstytucyjnych, w szczególności zasady dwuinстанcyjności (art. 176 Konstytucji RP) rozumianej materialnie⁷⁶, która zdaniem projektodawców nie stanowi bariery do orzekania merytorycznego przez sąd odwoławczy. Uzasadniając tę zmianę postulatami ekonomii procesowej autorzy projektu stwierdzają, że: „Dwuinстанcyjność w rozumieniu konstytucyjnym formułuje tylko postulat dwukrotnej oceny stanu faktycznego i stanu prawnego sprawy oraz kontroli prawidłowości stanowiska zajętego przez sąd pierwszej instancji. Nie oznacza zaś ona konieczności dwukrotnego badania każdego ustalenia i niezbędności, niejako kaskadowego, badania każdej zmiany dokonanej przez sąd w trakcie postępowania, w szczególności ustaleń podjętych przez sąd odwoławczy⁷⁷”.

⁷⁴ Tamże, s. 143.

⁷⁵ P. Hofmański i S. Zabłocki uzasadniają ten zakaz wskazując, że swoistym „wentylem bezpieczeństwa” jest możliwość wniesienia na podstawie naruszenia art. 440 k.p.k. „kasacji nadzwyczajnej” przez podmioty określone w art. 521. P. Hofmański, S. Zabłocki, *Reforma procedury karnej a Sąd Najwyższy* (w:) *Prawo i Prawo Karne*, s. 1643.

⁷⁶ Zob. także P. Wiliński, *Proces karny*, s. 164 i podana tam literatura.

⁷⁷ Uzasadnienie projektu, s. 95.

Nie wnikając się w spory doktrynalne dotyczące charakteru prawnego i ewolucji reguł *ne peius*, wypada jednak wskazać, że w literaturze przedmiotu, wskazując na konieczność odróżniania ich od zakazu *reformationis in peius*, dostrzega się ich znaczenie dla materialnego prawa do obrony w postępowaniu odwoławczym⁷⁸. Również najnowsze orzecznictwo sądowe odnosi się do obecnego brzmienia art. 454 § 2 k.p.k. wskazując na znaczenie tej regulacji jako gwarancji praw oskarżonego chroniącej go przed zastrzeżeniem kary w postępowaniu odwoławczym⁷⁹.

W kontekście rozważań niniejszego opracowania należy wskazać, że zdaniem Komisji Kodyfikacyjnej „nowela zmierza do zwiększenia kontradiktoryjności nie tylko postępowania pierwszoinстанcyjnego, ale także i postępowania odwoławczego⁸⁰”. Ma to zapewnić także regulacja dotycząca nowego systemu pomocy prawnej udzielanej z urzędu w toku postępowania międzyinstancyjnego. Strona, działająca dotąd bez obrońcy (pełnomocnika), będzie miała prawo złożyć wniosek o wyznaczenie obrońcy (pełnomocnika) z urzędu w celu sporządzenia środka odwoławczego (art. 80a § 2 k.p.k.). W postępowaniu tym przewidziano obowiązek ponownego pouczenia oskarżonego, nieopiniowanego obrońcy z wyboru, o uprawnieniu do złożenia wniosku o wyznaczenie obrońcy z urzędu w celu sporządzenia apelacji, a także o możliwości obciążenia wnioskującego kosztami wyznaczenia takiego obrońcy (art. 444 § 3), zaś odpowiednio do pokrzywdzonego – art. 444 § 4 (w wypadku wydania na posiedzeniu wyroku warunkowo umiarkowanego postępowanie).

Warto zauważyć, że analizowany projekt utrzymuje w przypadku apelacji od sądu okręgowego przymus adwokacko-radcowski (art. 446 § 1 k.p.k.), z którego zrezygnowano w wersji tego projektu z grudnia 2011 r. wskazując, że strony wykazujące „wysoką aktywność osobistą w procesie” odbierały ten przymus nie jako ułatwienie, lecz

⁷⁸ Zob. np. S. Zabłocki, *Reguły ne peius a materialne prawo do obrony w postępowaniu przygotowawczym* (w:) *Węzłowe problemy procesu karnego*, s. 921–931 i podane tam orzecznictwo oraz literatura.

⁷⁹ Zob. np. uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 23 marca 2011 r. (I KZP 28/10, OSNKW 2011, nr 4, poz. 30) oraz wcześniejsze wyroki SN z dnia 18 listopada 2008 r. (II KK 121/08, Biul. PK 2009, nr 1, poz. 10) oraz z dnia 27 sierpnia 2008 r. (IV KK 52/08, IIX nr 465874).

⁸⁰ Uzasadnienie projektu, s. 99.

jako nadmierną ingerencję w ich prawa, odbierającą im możliwość osobistego przedstawienia własnych racji⁸¹.

Jak stwierdza sam projektodawca, nieliczne są zmiany w zasadach udziału stron w rozprawie odwoławczej. Jak wynika z nowego brzmienia art. 450 § 1, udział obrońcy w rozprawie odwoławczej będzie obowiązkowy w wypadkach tzw. obrony obligatoryjnej, określonych w art. 79, art. 80 oraz nowym art. 80a k.p.k. W projekcie doprecyzowano jedynie tryb składania przez oskarżonego pozabawionego wolności wniosku o doprowadzenie go na rozprawę odwoławczą, zakreślając na złożenie takiego wniosku 7-dniowy termin, liczony od daty doręczenia mu zawiadomienia o przyjęciu apelacji. Wniosek złożony po tym terminie podlegał jednak będzie rozpoznaniu, jeżeli nie spowoduje to konieczności odroczenia rozprawy (art. 451 *in principio* k.p.k.). W sytuacji gdy sąd wniosku oskarżonego nie uwzględni i nie zarządzi sprowadzenia oskarżonego na rozprawę, nadal, tak jak obecnie, konieczne będzie wyznaczenie obrońcy z urzędu taktiem oskarżonemu, który go nie posiada, zaś udział obrońcy w rozprawie odwoławczej będzie (tak jak dotychczas) obowiązkowy⁸².

Wypada jednak wskazać, że poprzez zmniejszenie zakresu podstaw odwoławczych (przede wszystkim przewidziane w art. 427 § 3 i 4, art. 447 § 5 i 7 projektu) projektodawca siłą rzeczy ograniczył przejawy zarówno pisemnego, jak i ustnego sporu stron (ich obrońców i pełnomocników) w postępowaniu odwoławczym. Zarówno bowiem pisemna odpowiedź na apelację (niezmieniony art. 428 § 2 k.p.k.), jak i ustna polemika stron na rozprawie apelacyjnej muszą koncentrować się zasadniczo wokół zarzutów odwoławczych⁸³. Skutkiem konsekwentnego związania sądu odwoławczego zakresem zaskarżenia i zarzutami podniesionymi przez stronę (nawet niefachową) i, co do zasady, zwolnienia z obowiązku działania z urzędu, strony rzadko będą mogły skutecznie (w formie pisemnych bądź ustnych wniosków) wzbudzać tę aktywność korzystając z regulacji art. 9 § 2⁸⁴.

⁸¹ Zob. krytykę tego poglądu Komisji Kodyfikacyjnej wyrażonego w uzasadnieniu projektu z grudnia 2011 r. na tle obowiązującej regulacji, przedstawioną przez P.K. Sowińskiego, *Uprawnienia składające się na prawo...*, s. 772-778.

⁸² Uzasadnienie projektu, s. 102.

⁸³ Zob. D. Świecki, *Czynności procesowe obrońcy...*, s. 380-385.

⁸⁴ P. Hofmański i S. Zablocki sugerują obrońcom (pełnomocnikom) ustanowionym dopiero w postępowaniu odwoławczym możliwość korzystania z regulacji art. 9 § 2 przy zwracaniu sądowi odwoławczemu uwagi, aby zmienił lub uchylił orzeczenie

Kończąc wędrowkę po postępowaniu odwoławczym wypada jedynie wskazać ciekawą motywację, jaką przedstawił projektodawca do rezygnacji w art. 457 § 2 k.p.k. ograniczającego możliwość zwolnienia sądu odwoławczego z obowiązku sporządzenia z urzędu uzasadnienia orzeczenia jedynie do sytuacji, kiedy uznaje on apelację za oczywiście bezzasadną. Projektodawca proponuje rezygnację w treści art. 457 § 2 k.p.k. z owego dodatkowego warunku, nawiązującego do oceny stopnia zasadności apelacji: „Dla uzdrowienia sytuacji, zapobiegnięcia pokusie nadawania wyrokom utrzymującym zaskarżone orzeczenie w mocy takiej właśnie redakcji niezależnie od stopnia skomplikowania sprawy i jakości wniesionego środka odwoławczego”⁸⁵. Jako obrońca – praktyk pozostawiam to spostrzeżenie z pytaniem, czemu (komu) ma służyć ta regulacja: ochronie praw stron przed nieformalnym, pragmatycznym podejściem sądów do ich apelacji czy też formalnemu, dalszemu ograniczeniu obowiązku sądów do sporządzenia uzasadnień orzeczeń?

Podsumowując wnioski z niniejszych rozważań autor samokrytycznie przyznaje, że zamiast pisać o przejawach kontradiktoryjności postępowania rozpraw i posiedzeń odwoławczych, skoncentrował się na regulacjach projektu, które powodują, że do takiego sporu nie dojdzie. Jak wspomiano wcześniej, podstawowym narzędziem osiągnięcia takiego stanu „stabilności orzeczeń” (a niekoniecznie sprawiedliwości proceduralnej), ma się stać ustanowienie stron (ich obrońcom bądź pełnomocnikom) szeregu zakazów uniemożliwiających wniesienie przez nie środków odwoławczych jako skutek ich wcześniejszej bierności przed sądem *meriti* bądź jako sankcja za złamanie zasady *packa sunt servanda*.

Uzupełniając powyższe uwagi wypada wskazać, że projektodawca nie zmienia katalogu bezwzględnych przyczyn odwoławczych z art. 439 i jedynie modyfikuje podstawę z art. 438 pkt 4, która uzupełnia go o „rażącą niewspółmierność środka karnego”. Zmianę tę niewątpliwie należy uznać za słuszną jako spełniającą postulaty doktryny i sankcjonującą dotychczasową linię orzecznictwa.

Postępując się przyjętą w opracowaniu terminologią należy uznać względne przyczyny odwoławcze z art. 438 k.p.k. za względne

na korzyść oskarżonego w oparciu o podstawę z art. 440; P. Hofmański, S. Zablocki, *Reforma procedury karnej a Sąd Najwyższy...*, s. 143-144.

⁸⁵ Uzasadnienie projektu, s. 102.

(warunkowe) nakazy zmiany bądź uchylecia orzeczenia przez sąd odwoławczy, jeśli wystąpią przewidziane w tym przepisie sytuacje. Nie nawiązując do obszernej literatury odnoszącej się do tej regulacji, wypada jedynie stwierdzić, że np. względność obrazy przepisów prawa procesowego wynika przede wszystkim z konieczności wykazania ich wpływu na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2). Natomiast dotychczasowa podstawa błędu w ustaleniach faktycznych (art. 438 pkt 3) czy rażącej niewspółmierności kary (znowelizowany art. 438 pkt 4) nie będą mogły być podnoszone we wskazanych wcześniej, „zawinionych przez stronę” sytuacjach.

Natomiast w sensie formalnym „bezwzględność” nakazu uchylecia orzeczenia w oparciu o podstawy z art. 439 § 1 (z wyjątkiem określonym w § 2 tego artykułu) wynika z „ustawowego domniemania wpływu na treść orzeczenia” i taksatywnego charakteru tych przyczyn odwoławczych. Odnosząc się do praktyki orzeczniczej należałoby postulować, aby z pozoru jednoznaczne sformułowania np. regulacji art. 439 § 1 pkt 10 i 11 odwołujących się do pojęć „braku obroncy bądź niebrania przez niego udziału w czynnościach” czy też „rozpoznanie sprawy podczas nieobecności obrońcy, gdy była ona obowiązkowa”, były jednolicie interpretowane. Jednakże nawet powierzchowna analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych wskazuje, że tak nie jest. Dlatego też *de lege lata* można pokusić się o niewątpliwie kontrowersyjną tezę, że dokonując wykładni zawężającej wskazanych wyżej przepisów odnoszących się do prawa do obrony, Sąd Najwyższy, a także sądy apelacyjne mogą tworzyć obronie pozaustawowe ograniczenia dostępności kasacji jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia⁸⁶. Nawiązując do uczynionych na wstępie zasadniczych zastrzeżeń wobec nowelizacji k.p.k., która bez czynnego obrońcy już na etapie postępowania przygotowawczego (choćaby w trakcie znanej w procesie angielskim fachowej selekcji „*unused materials*” oskarżenia w trybie art. 321 k.p.k.) pozwała na rozprawie wykorzystać w postępowaniu sądowym protokoły z tego wstępnego etapu procesu, należy wskazać na realne niebezpieczeństwo, że błędy postępowania przygotowawczego mogą wpłynąć nie tylko na zasadność oskarżenia, wyniki rozprawy głównej, lecz także na orzeczenia sądu odwoławczego.

⁸⁶ Zob. szerzej C. Kulesza, *The relative nature of absolute violations of the right to defense as grounds for appeal*, *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric* 2012, nr 31, s. 99–112 i podane tam orzecznictwo sądowe.

Oceniając proponowaną reformę systemu środków odwoławczych w aspekcie epistemologicznym, można przytoczyć stwierdzenie J. Woleńskiego że: „*Errare humanum est* nie stanowi jedynie odbicia pożałowania i zawinionej niestarannością słabości, ale reflekssem natury ludzkiego poznania”⁸⁷.

Autor nie podjął się w niniejszej pracy zadania kompleksowej, przez co obiektywnej analizy regulacji odnoszących się do modelu postępowania odwoławczego w projekcie nowelizacji z dnia 8 listopada 2012 r. Przyjął natomiast, że wysuwane w niej subiektywne wątpliwości i zastrzeżenia mają wnieść jedynie „twórczy zamęt” do przyszłej dyskusji nad projektem i ustawą z dnia 27 września 2013 r. Dlatego też nawiązując do koncepcji P. Kardasa traktującej przepisy określające podstawy konstruowania środka zaskarżenia w oparciu o zarzut błędu w ustaleniach faktycznych jako „piąty filar, na którym opiera się zasada prawdy obiektywnej”⁸⁸, można mieć obawy, że został on przez projektodawców nadwątlony, co z kolei zagrażać może stabilności całej konstrukcji.

Stanisław Zabłocki

Komentarz

Pani Profesor, Panie, Panowie

Pięć minut to bardzo niebezpieczny przedział czasowy, bo zdecydowanie to za krótko, żeby przeprowadzić jakiś interesujący, zamknięty wywód, a aż nadto, aby palnąć jakiś piramidalne głupstwo. Umówmy się zatem, że Państwo nie oczekujecie ode mnie w tym czasie zamkniętego, zwartego wywodu, nowych tez, które w rewolucyjny sposób nasświetlałyby problematykę postępowania odwoławczego w aspekcie pogłębiania zasady kontradiktoryjności. Ja zaś ze swej strony obiecuję w zamian, że będę się starał unikać przez te pięć minut niebezpieczeństwa spektakularnej wpadki. A teraz zupełnie poważnie. Otóż prof. Kulesza przez ponad pół godziny mnożył

⁸⁷ J. Woleński, *Epistemologiczne aspekty środków odwoławczych (w): Środki zaskarżenia w procesie karnym...*, s. 80.

⁸⁸ P. Kardas, *Zasada prawdy materialnej...*, s. 79.