



RZECZPOSPOLITA POLSKA  
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 2 listopada 2011 r.

**PG VIII TK 69/11**

**(K 25/11)**

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY	
KANCELARIA	
wpl. dnia	03. 11. 2011
L.dz. ....	3213 L. zał. ....

**TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY**

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności art. 73 § 2 i 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

- na podstawie art. 33 w zw. z art. 27 pkt 5 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) -

**przedstawiam następujące stanowisko:**

**art. 73 § 2 i 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) jest zgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

## UZASADNIENIE

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: Wnioskodawca) zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie niezgodności art. 73 § 2 i 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm., dalej: k.p.k.) z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Zaskarżone przepisy wchodzi w skład kilkuczłonowej normy o brzmieniu:

„Art. 73. § 1. Oskarżony tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie.

§ 2. W postępowaniu przygotowawczym prokurator udzielając zezwolenia na porozumiewanie się może w szczególnie uzasadnionym wypadku zastrzec, że będzie przy tym obecny sam lub osoba przez niego upoważniona.

§ 3. Prokurator może również zastrzec kontrolę korespondencji podejrzanego z obrońcą.

§ 4. Zastrzeżenia, o których mowa w § 2 i 3, nie mogą być utrzymywane ani dokonane po upływie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejrzanego.”.

Kwestionując konstytucyjność art. 73 § 2 k.p.k., Wnioskodawca uwzględnia, że przepis ten był już przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego (w postępowaniu ze skargi konstytucyjnej), który, wyrokiem z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02 (OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7), orzekł o zgodności tego przepisu z art. 42 ust. 2 i art. 78 Konstytucji. Jednakże wątpliwości Wnioskodawcy budzi „nie tyle sam fakt wprowadzenia krótkotrwałego ograniczenia w zakresie swobody kontaktu obrońcy z podejrzanym i brak środka zaskarżenia (co było przedmiotem oceny Trybunału Konstytucyjnego), lecz przyjęte przez ustawodawcę kryterium

wprowadzenia takiego krótkotrwałego ograniczenia”, które – dodaje Wnioskodawca – „może bowiem zostać wprowadzone „w szczególnie uzasadnionym wypadku”” (str. 7 uzasadnienia wniosku). Uznając przesłankę „szczególnie uzasadnionego wypadku” za „bardzo pojemną i nieskonkretyzowaną”, Wnioskodawca uważa, iż „[a]rt. 73 § 2 k.p.k. w swoim obecnym kształcie [...] pozwala w postępowaniu przygotowawczym prokuratorowi rozciągać ograniczenia konstytucyjnego prawa do obrony także na inne, bliżej nieokreślone obszary [...], nie zapewnia przy tym możliwości weryfikacji motywów, którymi kierował się prokurator wprowadzając przejściowe ograniczenie prawa do obrony” (str. 13 uzasadnienia wniosku). Wspierając swą argumentację przykładami orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w przedmiocie prawa do obrony, w tym – porozumiewania się podejrzanego z obrońcą, a także odwołując się do orzecznictwa TK odnoszącego się do art. 31 ust. 3 Konstytucji (do fragmentu tej normy dotyczącego dopuszczalności ograniczeń praw i wolności „tylko w ustawie” i wykładni tego warunku w orzecznictwie TK), Wnioskodawca konkluduje, „że art. 73 § 2 k.p.k. jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przez to, że pozostawia prokuratorowi nadmierną swobodę w określaniu ostatecznego kształtu przejściowego ograniczenia konstytucyjnego prawa do obrony” (str. 13 uzasadnienia wniosku).

Powyższy problem – zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich – rysuje się jeszcze wyraźniej na tle art. 73 § 3 k.p.k., dającego prokuratorowi możliwość zastrzeżenia kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą przez okres 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejrzanego. Wnioskodawca podnosi, że „[w] przypadku art. 73 § 3 k.p.k. ustawodawca ograniczył się wyłącznie do wskazania, iż sam fakt ograniczenia prawa do obrony może wystąpić, wskazania organu upoważnionego do zarządzenia tego ograniczenia oraz do określenia czasowego zakresu tego ograniczenia” i dodaje: „Poza zakresem regulacji ustawowej pozostała natomiast materia elementów treściowych wprowadzanego

w tym przypadku ograniczenia prawa do obrony. Taka konstrukcja ustawowa powoduje, iż w tym zakresie prokurator nieskrępowany jakimikolwiek postanowieniami ustawy w istocie zastępuje prawodawcę, wyznaczając w okresie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejrzanego rzeczywiste granice jego konstytucyjnego prawa do obrony. Nie sposób w związku z tym przyjąć, że w tym przypadku istotne treściowo elementy ograniczenia prawa do obrony zostały umieszczone w ustawie, czego wymaga art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Ustawa nie określa bowiem adekwatnych okoliczności, w których prokurator może zarządzić kontrolę korespondencji podejrzanego z obrońcą” (str. 14 uzasadnienia wniosku). Zwracając uwagę na zakaz dowodowy wynikający z art. 178 pkt 1 k.p.k. („Nie wolno przesłuchiwać jako świadków obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1, co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę”), Wnioskodawca formułuje zarzut, iż zaskarżony art. 73 § 3 k.p.k. narusza istotę konstytucyjnego prawa do obrony, gdyż „ustawodawca zdecydował się wprowadzić krótkotrwałą możliwość kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą”, co jest ingerencją w treść przekazu informacji między tymi podmiotami, choć zakaz tej ingerencji „stanowi elementarny warunek prawidłowego funkcjonowania stosunku obrończego i gwarancję zachowania zaufania podejrzanego do obrońcy” (str. 15 – 16 uzasadnienia wniosku).

Art. 42 ust. 2 Konstytucji, powołany przez Wnioskodawcę jako wzorzec kontroli w niniejszej sprawie, stanowi, że każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu.

Precyzując istotę prawa określonego w tej normie konstytucyjnej, Trybunał Konstytucyjny stwierdził w wyroku z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02: „Konstytucyjne prawo do obrony należy rozumieć szeroko, jest ono bowiem nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale też elementarnym

standardem demokratycznego państwa prawnego. Prawo to przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego (w praktyce od chwili przedstawienia zarzutów) aż do wydania prawomocnego wyroku, obejmuje również etap postępowania wykonawczego. Prawo do obrony w procesie karnym ma wymiar materialny i formalny. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych). Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu. Obrońca jest pełnomocnikiem oskarżonego, jego procesowym przedstawicielem, a jego głównym zadaniem jest ochrona oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony. Charakter działań obrońcy determinowany jest interesem prawnym oskarżonego, dla którego ochrony przepisy procedury karnej przewidują szereg koniecznych uprawnień” (OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7, str. 115).

Prawo do obrony, określone w art. 42 ust 2 Konstytucji, nie jest prawem absolutnym i może podlegać ograniczeniom. Art. 31 ust. 3 Konstytucji określa przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela. W aspekcie formalnym przepis ten wymaga, by ograniczenia te były ustanawiane tylko w ustawie, a w aspekcie materialnym - dopuszcza ustanawianie tylko takich ograniczeń, które nie naruszają istoty danej wolności lub prawa podmiotowego, i tylko wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Zasada proporcjonalności wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji nakazuje, aby spośród skutecznych środków, ograniczających korzystanie z wolności i praw, wybierać środki najmniej uciążliwe dla jednostki. Przepis wprowadzający ograniczenie jest niezgodny z Konstytucją, jeżeli te same efekty można osiągnąć za pomocą środków, które w mniejszym zakresie

ograniczają korzystanie z wolności lub prawa podmiotowego. Innymi słowy - stosownie do zasady proporcjonalności, proklamowanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji, „ograniczenia wolności i praw są dopuszczalne, jeżeli: 1) wprowadzona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (jest przydatna); 2) regulacja ta jest wymagana do ochrony interesu publicznego, któremu służy (jest niezbędna); a ponadto 3) jej korzyści pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu)” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108, str. 1104).

Znacznie wcześniej, bo już w wyroku z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98, Trybunał Konstytucyjny podniósł, że „[p]rzesłanka „konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie”, sformułowana w art. 31 ust. 3 Konstytucji, stanowi w pewnym sensie odpowiednik wypowiedianych w orzecznictwie Trybunału postulatów kształtujących treść zasady proporcjonalności. Z jednej strony stawia ona każdorazowo przed prawodawcą wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w konkretnym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś – winna być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, czyli rzeczywiście służące realizacji zamierzonych celów. Ponadto chodzi tutaj o środki niezbędne w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób, albo w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to także skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa i wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi zatem pozostawać w racjonalnej i właściwej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie” (OTK ZU nr 1/1999, poz. 2, str. 18).

Aby ocenić spełnienie powyższych wymagań przez obie zaskarżone regulacje, niezbędna jest ich analiza z uwzględnieniem otoczenia prawnego, w którym funkcjonują.

Punktem wyjścia w tym zakresie może być odpowiedni fragment cytowanego na wstępie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02, w którym przedstawiono także ewolucję unormowań w przedmiocie kontaktów tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą: „Proces karny jest ze swej istoty kontradyktoryjny, stanowi on spór równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem. W postępowaniu przygotowawczym, którym kieruje prokurator, owa kontradyktoryjność jest w pewnym zakresie ograniczona, co nie oznacza jednak, iż owe ograniczenia mogą naruszać istotę prawa do obrony. Stąd też zachowane są pewne uprawnienia obrońcy, takie jak: prawo składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia (art. 315 § 1 k.p.k.), prawo do udziału w czynnościach niepowtarzalnych (art. 316 § 1 k.p.k.) oraz w innych czynnościach postępowania (art. 317 § 1 k.p.k.), a także prawo udziału w czynnościach zapoznawania podejrzanego z materiałami postępowania przygotowawczego (art. 321 § 3 k.p.k.). Uprawnienia obrońcy to nie tylko możliwość przeglądania akt postępowania karnego – zapoznawania się z materiałem dowodowym, ale przede wszystkim kontakt z jego mocodawcą. To na podstawie osobistego kontaktu, obrońca pozyskuje faktyczną wiedzę o czynie sprawcy oraz okolicznościach zdarzenia będącego przedmiotem postępowania, buduje strategię obrony, zgłasza wnioski dowodowe i współdziała z innymi obrońcami występującymi w sprawie. Z oczywistych względów kontakty obrońcy z oskarżonym, wobec którego zastosowano jako środek zapobiegawczy tymczasowe aresztowanie, podlegają ograniczeniom, których zakres ewoluował od dopuszczalności porozumiewania się „do czasu wniesienia aktu oskarżenia (...) tylko za zgodą i w obecności sędziego bądź prokuratora” (art. 94, potem art. 91 i art. 84 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca

1928 r. – Kodeks Postępowania Karnego, Dz. U. Nr 33, poz. 313), przez możliwość porozumiewania się „do czasu zaznajomienia oskarżonego ze wszystkimi materiałami śledztwa lub dochodzenia (...) tylko za zgodą prokuratora, przy czym [mógł] być obecny prowadzący śledztwo lub dochodzenie” (art. 84 powyższego rozporządzenia w brzmieniu nadanym przez art. 1 pkt 13 ustawy z dnia 28 marca 1958 r. o zmianie przepisów postępowania karnego, Dz. U. Nr 18, poz. 76), aż po uprawnienie prokuratora do zastrzeżenia jego obecności przy porozumiewaniu się oskarżonego z obrońcą do czasu zawiadomieniu ich o terminie końcowego zaznajomienia z materiałami postępowania (art. 64 § 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 13, poz. 96 ze zm.)” (*op. cit.*, str. 115 – 116).

W dalszym fragmencie cytowanego wyroku Trybunał zauważył, że „Kodeks postępowania karnego z 1997 r. zawiera regulację [art. 73 § 2 k.p.k. – przyp. wł.] stanowiącą niewątpliwe rozszerzenie procesowych uprawnień oskarżonego wobec poprzednich rozwiązań, które dawały prokuratorowi możliwość ograniczania osobistych kontaktów z obrońcą aż do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego” (*op. cit.*, str. 116).

Art. 73 k.p.k., regulujący zasady porozumiewania się podejrzanego i oskarżonego z obrońcą, wprowadza w § 1 – jako zasadę – swobodne porozumiewanie się tak w zakresie osobistych kontaktów między tymi podmiotami podczas nieobecności innych osób, jak też w drodze korespondencji niepodlegającej kontroli. Wyjątki od tej zasady unormowane zostały w § 2 i 3 art. 73 k.p.k. z zastrzeżeniem (§ 4), że wyjątki te nie mogą być utrzymywane ani dokonane po upływie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejrzanego. Taka konstrukcja art. 73 k.p.k. koresponduje z wymogami poprawnej legislacji, a w szczególności zgodna jest z § 23 ust. 3 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908), który stanowi, że jeżeli od któregoś



z elementów przepisu szczególnego przewiduje się wyjątki lub któryś z elementów tego przepisu wymaga uściślenia, przepis formułujący wyjątki lub uściślenia zamieszcza się bezpośrednio po danym przepisie szczegółowym.

Należy już w tym miejscu zaznaczyć, że art. 73 k.p.k. nie jest jedynym, lecz jednym z kilku przepisów procedury karnej, dopuszczających komunikowanie się podejrzanego z obrońcą lub szerzej – z adwokatem.

Pierwszy tego rodzaju kontakt ustawodawca gwarantuje już w przypadku zatrzymania osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa, zgodnie bowiem z art. 245 § 1 k.p.k. zatrzymanemu na jego żądanie należy niezwłocznie umożliwić nawiązanie w dostępnej formie kontaktu z adwokatem (nawet jeśli nie jest on jeszcze formalnym obrońcą osoby podejrzanej, którym może być ustanowiony dopiero po przedstawieniu tej osobie zarzutu – *vide* art. 71 § 1 w zw. z art. 83 § 1 k.p.k.), a także bezpośrednią z nim rozmowę, z zastrzeżeniem zatrzymującego, że będzie on przy tej rozmowie obecny.

W piśmiennictwie, aprobującym obowiązek umożliwienia zatrzymanemu kontaktu z adwokatem, wskazuje się, że kontakt ten, w początkowej fazie postępowania nakierowanego na ściganie konkretnej osoby, może zdecydować o dalszych losach postępowania, jest bowiem oczywiste, że stres towarzyszący zdenerwowaniu niejednokrotnie może spowodować złożenie wyjaśnień, które w dalszej perspektywie utrudnią realizację obmyśloną linią obrony (komentarz do art. 245 k.p.k. [w:] P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz do artykułów 1-296*, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2004, teza 1, str. 995 – 996). W źródle tym stwierdza się także, iż osoba zatrzymana może powstrzymać się od udzielania organom ścigania jakichkolwiek informacji aż do czasu nawiązania kontaktu z adwokatem, w przeciwnym razie gwarancja wynikająca z art. 245 § 1 k.p.k. pozbawiona byłaby wszelkiego sensu (*op. cit.*, teza 6, str. 996 i powołany tam P. Hofmański [w:] *U progu nowych kodyfikacji*, str. 306).

Na podstawie art. 301 k.p.k. podejrzany ma prawo żądać, by przesłuchano go z udziałem obrońcy, który jest w sprawie ustanowiony. W razie zgłoszenia takiego żądania organ procesowy musi je uwzględnić. Komentatorzy uważają wprawdzie, iż prawo podejrzanego określone w art. 301 k.p.k. „w zasadzie wyczerpuje się po jednorazowym takim przesłuchaniu”, ale, wychodząc z założenia, że „samo przesłuchanie z udziałem obrońcy w swoisty sposób legitymizuje oświadczenie dowodowe złożone w jego trakcie”, postulują szersze korzystanie z takiej możliwości także przy kolejnych przesłuchaniach podejrzanego, nawet z inicjatywy organu przesłuchującego (komentarz do art. 301 k.p.k. [w:] T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, 5. wydanie, Warszawa 2008, str. 638 – 639, cytowany aprobusz także w komentarzach innych autorów, np. J. Grajewskiego czy R. Stefańskiego). Niezależnie od tego, jak w praktyce realizowana jest powyższa sugestia, udział obrońcy w pierwszym przesłuchaniu podejrzanego, umożliwiającą kontrolę realizacji linii obrony uzgodnionej w trakcie kontaktu obu tych podmiotów na etapie zatrzymania (np. odmowa złożenia wyjaśnień od czasu zapoznania się z treścią pisemnego uzasadnienia zarzutów), został przez ustawodawcę zagwarantowany.

Szczególną, odrębną regulację, odnoszącą się do udziału obrońcy w przesłuchaniu podejrzanego, zawiera art. 249 § 3 k.p.k., który nakazuje dopuszczenie do udziału w przesłuchaniu podejrzanego ustanowionego obrońcy (który stawił się) przed zastosowaniem każdego środka zapobiegawczego, a więc także przed zastosowaniem przez sąd tymczasowego aresztowania. Udział obrońcy, obok podejrzanego, w posiedzeniu sądu jest w takim wypadku kolejnym przejawem gwarancji w zakresie prawa do obrony, która – co warto dodać – wzmocniona jest prawem podejrzanego i obrońcy do zapoznania się z aktami sprawy w części zawierającej dowody wskazane przez prokuratora we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania (art. 156 § 5a k.p.k.). Należy przy tym dodać, że, w myśl § 192 rozporządzenia Ministra

Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. Nr 49, poz. 296), od chwili złożenia wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania do czasu rozpoznania tego wniosku podejrzany pozostaje w dyspozycji sądu, a to oznacza, że określenie sposobu porozumiewania się podejrzanego i jego obrońcy w trakcie posiedzenia w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania należy do kompetencji sądu. Obowiązek przekazania zatrzymanego do dyspozycji sądu wraz z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania (w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania) wynika także z art. 248 § 1 k.p.k., z § 2 tego przepisu wynika z kolei, że procedura przed sądem musi być zakończona w ciągu najdalej 24 godzin od przekazania zatrzymanego do dyspozycji sądu.

Z powołanych wyżej przepisów wynika, że kontakt podejrzanego z obrońcą (adwokatem), w okresie nie dłuższym niż łącznie 72 godziny, tj. od chwili zatrzymania podejrzanego do czasu zastosowania wobec niego tymczasowego aresztowania, możliwy jest, bez konieczności uzyskiwania pozwolenia na ten kontakt od właściwego organu, aż trzykrotnie: w chwili zatrzymania (z zastrzeżeniem obecności zatrzymującego, czego Wnioskodawca nie kwestionuje we wniosku, choć zastrzeżenie to nie jest, w art. 245 § 1 k.p.k., uzależnione od zaistnienia jakiegokolwiek warunku), w trakcie pierwszego przesłuchania podejrzanego po przedstawieniu mu zarzutu oraz podczas posiedzenia sądu rozpoznającego wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania.

Liczba tych kontaktów i ich częstotliwość w pierwszym okresie pozbawienia wolności podejrzanego, przy uwzględnieniu ponadto uprawnienia zawartego w art. 156 § 5a k.p.k., uzasadniają ocenę, że ranga ograniczenia prawa do obrony, wynikającego z zastrzeżenia obecności osoby trzeciej w trakcie tych kontaktów przez maksymalny okres 14 dni (faktycznie liczony od daty zatrzymania – *vide* art. 265 k.p.k.), „nie zbliża się nawet [jak ujął to

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 14 grudnia 2004 r., sygn. akt K 25/03, OTK ZU nr 11/A/2004, poz. 116, str. 1389] do poziomu kategorii, jaką jest „istota prawa podmiotowego”.

Jak wspomniano na wstępie, Trybunał Konstytucyjny, w sprawie o sygn. akt SK 39/02, badał już zgodność art. 73 § 2 k.p.k. z art. 42 ust. 2 Konstytucji i chociaż – związany granicami skargi konstytucyjnej w tamtej sprawie – nie powołał art. 31 ust. 3 Konstytucji w *petitum* wyroku, to jednak w jego uzasadnieniu nawiązał wprost do wynikających z tej normy przesłanek.

Trybunał stwierdził mianowicie: „Treść art. 73 § 2 k.p.k. mieści się w wyznaczonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji granicach ustanawiania ograniczeń w korzystaniu z wolności i praw. Uznać trzeba, że ograniczenie prawa oskarżonego do porozumiewania się z jego obrońcą pod nieobecność innych osób – w kształcie unormowanym przepisami Kodeksu – nie stanowi nadmiernej ingerencji w prawo do obrony. Wynika to przede wszystkim z krótkotrwałego – bo zaledwie 14-dniowego okresu, w którym prokurator może ograniczyć swobodę kontaktów oskarżonego z obrońcą. Ograniczenie to nie może mieć zasadniczego wpływu na sytuację procesową oskarżonego i nie stanowi przeszkody w przygotowywaniu obrony. Faktycznie bowiem obrona ta – zarówno w sensie materialnym jak i formalnym – jest realizowana i nie ma żadnych przeszkód w kontakcie oskarżonego i jego obrońcy, a jedyne ograniczenie dotyczy jawnej obecności osoby trzeciej (nie są zatem stosowane środki techniki operacyjnej). Z tych względów uznać należy art. 73 § 3 k.p.k. [powinno być: art. 73 § 2 k.p.k. – przyp. wł.] za zgodny z art. 42 ust. 2 Konstytucji” (wyrok z dnia 17 lutego 2004 r., *op. cit.*, str. 117 – 118).

W innych fragmentach cytowanego wyroku Trybunał Konstytucyjny przedstawił poglądy, które mogą mieć zastosowanie w niniejszej sprawie, w aspekcie zarzutu Rzecznika Praw Obywatelskich, że art. 73 § 2 k.p.k., zawierający niedookreślony zwrot „szczególnie uzasadniony wypadek”, umożliwia prokuratorowi arbitralne decydowanie w przedmiocie

przewidzianego w tym przepisie zastrzeżenia: „Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na wyjątkowy charakter tego przepisu, bowiem przewidziane w nim ograniczenie swobody kontaktów oskarżonego i jego obrońcy musi być uzasadnione szczególnymi okolicznościami. Zarządzenie prokuratora o swoistym nadzorowaniu kontaktów ma ponadto charakter krótkotrwały, bowiem nie może być utrzymane ani dokonane po upływie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania. Niewątpliwie w intencji ustawodawcy ograniczenie, o którym mowa, służyć ma interesowi prowadzonego postępowania karnego, szczególnie na etapie postępowania przygotowawczego, którego celem jest: ustalenie czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo, wykrycie i ujęcie sprawcy, wyjaśnienie okoliczności sprawy oraz zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów (por. art. 297 k.p.k.). Postępowanie przygotowawcze podporządkowane jest dyrektywie inkwizycyjności, wszczynane jest i prowadzone przez organa ścigania niezależnie od czyjegokolwiek stanowiska i woli. Szczególna rola przypada tu prokuratorowi, który z reguły wszczyna postępowanie karne i nadzoruje je, podejmując decyzje o przeprowadzeniu czynności dowodowych. [...] W judykaturze utrwalił się pogląd, że prawo do obrony oceniać należy na podstawie przebiegu całego postępowania, z rozważeniem kwestii czy ewentualna niedostępność pewnych środków obrony miała wpływ na treść orzeczenia. [...] Jak już wspomniano, zarządzenie ograniczające swobodę porozumiewania się oskarżonego z obrońcą podczas nieobecności innych osób musi być uzasadnione ważnym interesem toczącego się postępowania. Ma ono istotne znaczenie zwłaszcza we wstępnej fazie postępowania, gdy zachodzi obawa matactwa albo konieczność sprawdzenia alibi” (*op. cit.*, str. 117 – 118).

Także w piśmiennictwie wskazuje się okoliczności uzasadniające możliwość skorzystania przez prokuratora z zastrzeżenia, o którym mowa

w art. 73 § 2 k.p.k., a zarazem identyfikujące pojęcie „szczególnie uzasadniony wypadek”, zawarte w tym przepisie.

T. Grzegorzczuk uważa: „Mając na uwadze czasowy charakter ograniczeń tak kontaktów osobistych, jak i korespondencyjnych, podstaw do ich stosowania upatrywać należy przede wszystkim w stanie zaawansowania sprawy, potrzebie zabezpieczenia wyjaśnień podejrzanego aresztowanego, a więc w tzw. ważnym interesie śledztwa (dochodzenia)” (komentarz do art. 73 k.p.k., *op. cit.*, str. 245).

Zdaniem J. Grajewskiego, „[r]egulacja z § 2 i 3 [art. 73 k.p.k. – przyp. wł.] jest niewątpliwie kompromisem na rzecz wyjątkowych sytuacji, które – zwłaszcza w sprawach z zakresu przestępczości zorganizowanej – rodzić mogą potrzebę takich przedsięwzięć. Skoro więc kontakt aresztowanego z obrońcą jest możliwy od momentu aresztowania – przeto nie wydaje się, by ewentualna obecność osoby trzeciej przy kontaktach podejrzanego z obrońcą mogła w znaczący sposób utrudniać obronę” (komentarz do art. 73 k.p.k. [w:] J. Grajewski (red.), L. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, tom I, str. 295).

D. Tarnowska stwierdza wprost: „Niekiedy dopuszczalne ograniczenia [w zakresie wynikającym z art. 73 § 2 k.p.k. – przyp. wł.] będą zasadne ze względu na dobro postępowania przygotowawczego, np. wtedy, gdy oskarżony może wykorzystać obrońcę do poinformowania współsprawców i pozostałe osoby spoza procesu karnego o zebranych materiale dowodowym, śladach i dowodach przestępstwa, czy też prowadziłyby to do ich zniszczenia lub zniekształcenia przez dokonywanie matactw. Nie można też wykluczyć sytuacji takiej, że obecność prokuratora lub osoby przez niego upoważnionej będzie gwarantowała bezpieczeństwo samemu obrońcy, jeżeli np. aresztowany zachowuje się agresywnie” i dodaje, po zdaniu wyrażającym opinię o ograniczonej jednak możliwości swobodnego osobistego porozumienia się podejrzanego i obrońcy, jeżeli rozmowa odbywa się w obecności prokuratora lub innej osoby: „Nie można jednak całkowicie negować wartości rozmowy

przeprowadzonej w obecności osoby trzeciej. W razie obecności prokuratora lub osoby przez niego upoważnionej obrońca może zwłaszcza poinformować oskarżonego o treści zarzutu, kwalifikacji prawnej [wydaje się, że autorce chodzi tu o przybliżenie podejrzanemu stosownych informacji w języku bardziej potocznym niż prawniczy, bo przecież treść zarzutu i kwalifikacja prawna czynu wynikają z ogłoszonego podejrzanemu postanowienia], zebranych materiale dowodowym, grożącej sankcji karnej, podjętych krokach prawnych itp.” (D. Tarnowska, *Prawo tymczasowo aresztowanego oskarżonego do kontaktowania się ze swoim obrońcą*, Prokuratura i Prawo nr 12/2003, str. 144 – 145).

Z kolei Z. Gostyński i S. Zabłocki, opierając się na przykładach orzecznictwa strasburskiego, wyrazili pogląd: „Zastrzeżenie, jakie uczyniono w § 2 komentowanego art. 73 k.p.k., gdy uwzględni się z kolei ograniczenie przewidziane w § 4, nie narusza standardu konwencyjnego. Także w orzecznictwie strasburskim wyrażano bowiem poglądy, iż przepis art. 6 ust. 3 lit. b nie gwarantuje oskarżonemu prawa do kontaktowania się z obrońcą w każdym czasie i prawa wymieniania bez żadnych ograniczeń poufnych informacji (zob. decyzje w sprawie *Bonzi v. Szwajcaria* z 12 VII 1978 r., skarga nr 7854/77, DR 12/185, oraz w sprawie *Kröcher i Möller v. Szwajcaria* z 9 VII 1981 r., skarga nr 8463/78, DR 26/24 – w tej ostatniej ograniczenie częstotliwości wizyt do dwóch w tygodniu, wymóg wcześniejszego uprzedzenia władz o zamiarze odbycia wizyty, oddzielenie podejrzanego od obrońcy szklaną szybą oraz zakaz wnoszenia magnetofonu zostały uznane za dopuszczalne). Z punktu widzenia okresu „karencyjnego” przyjętego w § 2 szczególną uwagę należy zwrócić na decyzje w sprawach *Kröcher i Möller v. Szwajcaria* oraz *Schertenleib v. Szwajcaria* z 12 VII 1979 r., skarga nr 8338/78, DR 17/180, w których początkowy całkowity zakaz wizyt adwokatów w okresie 3 tygodni, kiedy oskarżeni przebywali w celach izolacyjnych, został uznany za uzasadniony interesem publicznym i względami bezpieczeństwa, oraz

orzeczenie w sprawie *Alimena v. Włochy* z 19 II 1991 r., A.195. Innego rodzaju ograniczenie w zakresie kontaktów adwokata z aresztowanym oskarżonym dopuszczono w decyzji w sprawie *Kurup v. Dania* z 10 VII 1985 r., skarga nr 11219/84, DR 42/287, gdy to zakazano adwokatowi dyskusowania z klientem o zeznaniach świadka, który w celu zachowania anonimowości był przesłuchiwany pod nieobecność oskarżonego” (komentarz do art. 73 k.p.k. [w:] J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński (red.), S. Przyjemski, R. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC, 2003, tom I, str. 522).

Autorzy cytowanego wcześniej komentarza do k.p.k. (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek), oceniając znaczenie 14-dniowego terminu, stanowiącego maksymalną granicę stosowania zastrzeżeń przewidzianych w art. 72 § 2 i 3 k.p.k., stwierdzają: „To nowe rozwiązanie służyć ma z jednej strony urealnieniu prawa do obrony, z drugiej zaś powinno oddziaływać dyscyplinująco na organy prowadzące postępowanie przygotowawcze, które w ciągu pierwszych 14 dni od chwili zatrzymania powinny przeprowadzić te czynności dowodowe, które w największym stopniu obciążone są ryzykiem matactwa” (*op. cit.*, str. 379).

Powyższe poglądy doktryny i orzecznictwa – akceptujące zastrzeżenie przewidziane w art. 73 § 2 k.p.k. z uwagi, przede wszystkim, na jego krótkotrwałość – wskazują jednocześnie przesłanki uzasadniające to zastrzeżenie, dające się zidentyfikować na tle innych przepisów procedury karnej, regulujących cele postępowania karnego, których realizacja jest obowiązkiem organu prowadzącego to postępowanie. Z tego też względu kontradiktoryjność, jako zasada procesu karnego (występująca w pełnym zakresie na etapie postępowania sądowego), doznaje w stadium postępowania przygotowawczego pewnych ograniczeń, warunkujących osiągnięcie celów tego stadium. W związku z tym ustawodawca wyposażył prokuratora (który nie jest



stroną postępowania przygotowawczego – *vide* art. 299 § 1 k.p.k.) w takie, m.in., instrumenty, które dotyczą sfery prawa do obrony, nawet przez cały okres postępowania przygotowawczego (np. uzależnienie od jego zgody dostępu do akt, z wyjątkami określonym w art. 156 § 5a k.p.k. i art. 321 k.p.k., możliwość oddalenia wniosku dowodowego – art. 170 k.p.k., odmowa dopuszczenia podejrzanego i jego obrońcy do udziału w czynności ze względu na ważny interes śledztwa – art. 317 § 2 k.p.k.).

Zastrzeżenie obecności prokuratora lub osoby przez niego upoważnionej przy porozumiewaniu się podejrzanego z obrońcą jest niewątpliwie ingerencją w korzystanie z prawa do obrony, ale czasowość tej ingerencji, określona przez ustawodawcę w sposób bezwzględny, pozwala na uznanie, że zaskarżony art. 73 § 2 k.p.k. ogranicza konstytucyjne prawo do obrony w sposób zgodny z zasadą proporcjonalności, wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Do argumentów potwierdzających tę ocenę, a przedstawionych przez Trybunał Konstytucyjny w cytowanym wcześniej wyroku z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02, należałoby dodać, że kwestionowana regulacja jest konieczna i niezbędna z punktu widzenia potrzeby szybkiego i niezakłóconego zabezpieczenia dowodów przestępstwa (w początkowej fazie postępowania przygotowawczego) przeciwko osobie, która została zatrzymana, a następnie tymczasowo aresztowana. Nawet jeśli tymczasowe aresztowanie zastosowano w stadium zaawansowanego postępowania przygotowawczego, zaskarżona regulacja jest przydatna np. dla sprawdzenia wyjaśnień podejrzanego, choćby w zakresie podanego przezeń alibi i mających je potwierdzić dowodów. Dla porządku należy zauważyć, że w tym drugim przypadku, gdy między czynem a tymczasowym aresztowaniem sprawcy występuje pewna odległość czasowa, nie da się przyjąć, aby zastrzeżenie zawarte w art. 73 § 2 k.p.k. miało wpływ na realizację prawa do obrony, skoro sprawca przebywający na wolności, zanim zatrzymano go i przedstawiono zarzut popełnienia przestępstwa, miał możliwość ustalenia linii obrony z przyszłym obrońcą w sposób nieograniczony.

Omawiana regulacja, w świetle przedstawionych w niniejszym stanowisku argumentów, powinna być więc uznana za przejaw kompromisu, właściwie wyważającego interesy podmiotów: prokuratora, którego obowiązkiem jest zabezpieczenie prawidłowego przebiegu postępowania przygotowawczego, a w konsekwencji osiągnięcie celów tego postępowania, oraz podejrzanego i jego obrońcy, którym porozumiewanie się zapewniono przy wyborze najmniej uciążliwego ograniczenia w tym zakresie.

Brak szczegółowości zwrotu „szczególnie uzasadniony wypadek”, co zarzuca Wnioskodawca artykułowi 73 § 2 k.p.k., jest przejawem dopuszczalnej techniki legislacyjnej, zwłaszcza wówczas, gdy desygnat pojęcia daje się (a tak jest w omawianej sprawie, co potwierdzają cytowane poglądy z piśmiennictwa) bez większych trudności odczytać przez pryzmat innych przepisów, zawartych w tej samej ustawie. Powtórzenie treści tych innych przepisów (np. przesłanki „uzasadnionej obawy, że podejrzany będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne”, zawartej w art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k.) w zaskarżonej regulacji prowadziłoby do takiego jej rozbudowania, które – teoretycznie rzecz ujmując – byłoby wskazane tylko wtedy, gdyby ograniczenie w korzystaniu z prawa lub wolności miało charakter stały lub długotrwały, nie zaś, gdy ograniczenie takie jest krótkotrwałe, a potem zostaje całkowicie zniwelowane. Nie wydaje się przy tym, aby ewentualne zastąpienie zwrotu „szczególnie uzasadniony wypadek” określeniami (występującymi w innych przepisach k.p.k.) w rodzaju „w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania” czy „ze względu na ważny interes śledztwa”, zmieniło stopień ogólności (podkreślić należy ponownie – stopień dopuszczalny) sformułowania kwestionowanej normy.

Drugi z kwestionowanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepisów, a mianowicie art. 73 § 3 k.p.k., jest integralnie związany z art. 73 § 2 k.p.k., dlatego też argumenty przemawiające za konstytucyjnością art. 73 § 2

k.p.k. są analogiczne do tych, które uzasadniać mają podobną ocenę w odniesieniu do art. 73 § 3 k.p.k.

Współzależność obu tych przepisów wynika z faktu (nie licząc wspólnej dla nich treści ujętej w § 4), że tylko łączne ich stosowanie, w okresie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania, gwarantuje osiągnięcie celu, dla którego je wprowadzono.

Jeśli bowiem prokurator nie mógłby w tym okresie zastrzec kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą, to tym samym zastrzeżenie o obecności prokuratora lub osoby przez niego upoważnionej podczas osobistego kontaktowania się podejrzanego i obrońcy, wynikające z art. 73 § 2 k.p.k., traciłoby sens jako łatwe do ominięcia, nawet przez rezygnację z osobistego kontaktu tych podmiotów. Przy odwróceniu tego problemu – nieskuteczne byłoby samo zastrzeżenie korespondencji między podejrzanym i obrońcą, jeśli podmioty te mogłyby porozumiewać się osobiście bez udziału osoby trzeciej.

Wnioskodawca zarzuca jednak regulacji, zawartej w art. 73 § 3 k.p.k., naruszenie istoty konstytucyjnego prawa do obrony, a to wymaga poszerzenia dotychczasowej argumentacji.

W wyroku z dnia 10 października 2000 r., sygn. akt P. 8/99 (OTK ZU nr 6/36/2000, poz. 190, str. 1034), Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Koncepcja „istoty” praw i wolności opiera się na założeniu, że każde z nich zawiera w sobie pewien rdzeń, bez którego w ogóle nie mogłyby istnieć (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 stycznia 2000 r., P. 11/98 i powołane tam orzecznictwo wcześniejsze). „Istota” prawa lub wolności wyznacza zatem bezwzględną granicę dopuszczalnej ingerencji. Interpretacja zakazu naruszenia „istoty” ograniczanego prawa lub wolności nie powinna przy tym sprowadzać się jedynie do strony negatywnej, akcentującej potrzebę odpowiedniego miarkowania dokonywanych ograniczeń. Należy w nim widzieć także stronę pozytywną, związaną z dążeniem do wskazania (określenia) pewnego nienaruszalnego rdzenia danego prawa lub wolności (zob. wyrok Trybunału

Konstytucyjnego z 12 stycznia 1999 r., P. 2/98, OTK ZU Nr 1/1999, poz. 2). Ów „rdzeń” musi pozostawać wolny od ingerencji prawodawcy nawet wtedy, gdy działa on w celu ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 konstytucji lub w innym przepisie konstytucyjnym. A zatem żadne względy – nawet konstytucyjne – nie mogą uzasadniać naruszenia istoty prawa lub wolności, których ochronę gwarantuje konstytucja”.

Wcześniej, w wyroku z dnia 25 maja 1999 r., sygn. akt SK 9/98 (OTK ZU nr 4/26/99, poz. 78), Trybunał uznał, że, oprócz pewnych elementów podstawowych (rdzeń, jądro), w ramach każdego konkretnego prawa i wolności można wyodrębnić „[p]ewne elementy dodatkowe (otoczkę), które mogą być ujmowane i modyfikowane w różny sposób bez zniszczenia tożsamości danego prawa czy wolności” (str. 411), a w dalszym fragmencie stwierdził: „Najogólniej rzecz ujmując należy przyjąć, że istota prawa lub wolności zostanie naruszona, gdy regulacje prawne – nie znosząc danego prawa (lub wolności) – w praktyce uniemożliwią korzystanie z niego” (str. 413 i powołany tam B. Banaszak, *Prawa człowieka i obywatela w nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Przegląd Sejmowy, Nr 5/97, str. 57).

Korespondencyjne porozumiewanie się podejrzanego tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą jest jednym tylko z elementów składających się na treść prawa do obrony, bo ich katalog jest szeroki. Warto zaznaczyć, że – co do zasady – korespondencja między tymi podmiotami nie podlega kontroli, a ograniczenie wynikające z art. 73 § 3 k.p.k. jest krótkotrwałym wyjątkiem. Przepis ten (z którego nie wynika przecież obowiązek wymiany korespondencji między podejrzanym i jego obrońcą) powinien być rozumiany – inaczej niż zdaje się czynić Wnioskodawca, utożsamiający jego treść z niedopuszczalną ingerencją w swobodę korespondencji – jako powstrzymujący obu jego adresatów przed próbą przekazania informacji w zakresie szerszym od tych, jakie uznali oni za stosowne i wystarczające w trakcie ich bezpośredniego kontaktu w obecności osoby trzeciej. W istocie więc, to od woli obu tych

podmiotów zależy, czy podejmą one kontakt korespondencyjny oprócz – co najmniej trzykrotnego, zagwarantowanego w ustawie, w krótkim okresie – kontaktu osobistego, a w konsekwencji, czy w ogóle dojdzie do ewentualnego, fakultatywnego zastrzeżenia ich korespondencji.

W literaturze określa się istotę prawa do obrony, wyrażoną w art. 42 ust. 2 Konstytucji, jako „[p]odejmowanie działań zmierzających do odparcia stawianych oskarżonemu [także podejrzanemu – przyp. wł.] zarzutów za pomocą przyznanych mu uprawnień procesowych” (P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, str. 176).

Realizacja tego prawa następuje przy wykorzystaniu licznych, przyznanych podejrzanemu przez ustawodawcę, instrumentów procesowych, wśród których wymienić można przykładowo prawo odmowy złożenia wyjaśnień przez dowolny okres (w tym do czasu nieograniczonej obecnością osoby trzeciej rozmowy z obrońcą lub do czasu ustania możliwości zastrzeżenia ich korespondencji lub wreszcie – o czym wspomiano – do czasu zapoznania się z pisemnym uzasadnieniem zarzutu), możliwość przedstawiania dowodów na poparcie własnych twierdzeń i kwestionowania dowodów przeciwnych, ale przede wszystkim – co należy powtórzyć – prawo do bycia wysłuchanym (jeśli podejrzany decyduje się na złożenie wyjaśnień) w obecności obrońcy już w pierwszym okresie po przedstawieniu zarzutów.

W kontekście tych argumentów, zastrzeżenie korespondencji, o którym mowa w art. 73 § 3 k.p.k., powinno być uznane – z uwagi na jego krótkotrwałość, a także przy uwzględnieniu istnienia innych środków obronnych w okresie tego zastrzeżenia – za ograniczenie konstytucyjnego prawa do obrony spełniające test proporcjonalności, nie zaś za naruszające istotę tego prawa.

Z tych wszystkich względów, należało zająć stanowisko jak w *petitum*.

z upoważnienia  
Prokuratora Generalnego  
**Robert Hernand**  
Zastępca Prokuratora Generalnego