

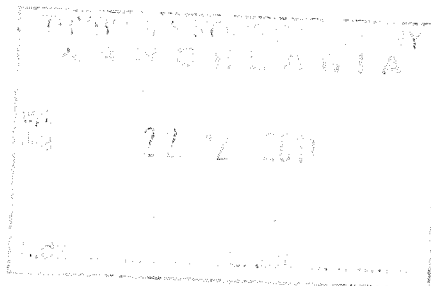


SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, 22 grudnia 2011 r.

Sygn. akt K 25/11

BAS-WPTK-1865/11



Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 18 lipca 2011 r. (sygn. akt K 25/11), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że 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.

Uzasadnienie

I. Przedmiot kontroli

1. Artykuł 73 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.; dalej jako k.p.k.) stanowi:

„§ 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”.

2. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej jako RPO lub wnioskodawca) w przedłożonym Trybunałowi Konstytucyjnemu wniosku kwestionuje konstytucyjność art. 73 § 2 i 3 k.p.k.

II. Analiza formalnoprawna

Z uwagi na to, że RPO przedmiotem kontroli uczynił m.in. art. 73 § 2 k.p.k., zaś wzorcami konstytucyjności art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (prawo do obrony), przypomnieć należy, iż wyrokiem z 17 lutego 2004 r. (sygn. akt SK 39/02) Trybunał Konstytucyjny orzekł, iż art. 73 § 2 k.p.k. jest zgodny z art. 42 ust. 2 i art. 78 Konstytucji. Wnioskodawca, mając świadomość istnienia tego wyroku, wskazuje, że jego wątpliwości „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 [w przywołanym wyroku z 17 lutego 2004 r. – uwaga własna]), lecz przyjęte przez ustawodawcę kryterium wprowadzenia takiego krótkotrwałego ograniczenia

[w postaci zwrotu „w szczególnie uzasadnionym wypadku” – uwaga własna]”. Stwierdzenie to ma uzasadniać dopuszczalność merytorycznego rozpoznania niniejszej sprawy przez Trybunał Konstytucyjny, mimo orzeczenia już przez ten organ o zgodności art. 73 § 2 k.p.k. z art. 42 ust. 2 ustawy zasadniczej.

Powyższe stanowisko RPO budzi jednak pewne wątpliwości. Przede wszystkim wydaje się, że zbyt wąsko odczytał on zakres problemu konstytucyjnego, który był przedmiotem skargi konstytucyjnej i rozważań Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt SK 39/02. Należy mieć bowiem na uwadze, że o ile w sprawie tej skarżący faktycznie nie postawił wprost zarzutu niedookreśloności zawartego w art. 73 § 2 k.p.k. kryterium ograniczenia prawa do obrony (na czym skupia się RPO w niniejszej sprawie), o tyle jednak zakwestionował on całą tę regulację, uznając że nie jest ona konieczna w demokratycznym państwie prawnym. Ponadto skarżący, podobnie jak czyni to RPO w niniejszej sprawie, wskazywał na możliwość nadmiernej uznaniowości i dowolności w stosowaniu przez prokuratora art. 73 § 2 k.p.k. W związku z takimi zarzutami skarżącego, w sprawie o sygn. akt SK 39/02 Trybunał Konstytucyjny odniósł się także do kwestionowanego aktualnie przez RPO kryterium ograniczenia prawa do obrony z art. 73 § 2 k.p.k. Przy czym należy podkreślić, że było to odniesienie aprobujące. Sąd konstytucyjny uznał mianowicie, że posłużenie się w art. 73 § 2 k.p.k. sformułowaniem „w szczególnie uzasadnionym wypadku” jest jednym z argumentów przemawiających za jego konstytucyjnością. Przesądza ono bowiem o wyjątkowym charakterze tego przepisu, który może być zastosowany tylko w szczególnie uzasadnionych okolicznościach. Odnosząc się do treści sformułowania „w szczególnie uzasadnionym wypadku” Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Oczywiście pojęcie to może budzić pewne kontrowersje, jednak wskazać trzeba, że suwerenna decyzja prokuratora oparta musi być na wiedzy o stanie prowadzonego postępowania i powinna służyć realizacji celów postępowania karnego o których mowa w art. 2 § 1 k.p.k. Tym samym nie ulega wątpliwości, że generalna dyrektywa nakazuje zasadniczą ostrożność w stosowaniu ograniczeń swobody kontaktów oskarżonych z ich obrońcami”.

Powyższe uprawnia do stwierdzenia, że podnoszony w niniejszej sprawie zarzut niezgodności art. 73 § 2 k.p.k. z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji został już w zasadzie rozpoznany przez Trybunał Konstytucyjny w sprawie o sygn. akt SK 39/02. Kwestionowane przez RPO sformułowanie „w szczególnie uzasadnionym wypadku” zostało tam uznane za jeden z argumentów

przemawiających za konstytucyjnością art. 73 § 2 k.p.k. i dlatego też nie sposób przyjąć, aby w niniejszej sprawie to samo sformułowanie stało się – jak chce tego wnioskodawca – powodem niekonstytucyjności art. 73 § 2 k.p.k. W takim stanie rzeczy Trybunał Konstytucyjny powinien rozważyć **umorzenie niniejszego postępowania** w zakresie badania zgodności art. 73 § 2 k.p.k. z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji z powodu zbędności wydania wyroku (art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.). Na wypadek, gdyby sąd konstytucyjny nie podzielił zapatrywań Sejmu w tej kwestii, w dalszej części niniejszego pisma odniesiono się do *meritum* podniesionego przez RPO zarzutu niezgodności art. 73 § 2 k.p.k. z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

III. Prawo do obrony

1. Zarzuty wnioskodawcy

1. Według wnioskodawcy kwestionowane przepisy, poprzez przewidziane w nich „ograniczenia w zakresie swobody kontaktów podejrzanego z obrońcą”, naruszają art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (prawo do obrony). Jak wywodzi RPO: „Istota tych ograniczeń sprowadza się do możliwości zastrzeżenia przez prokuratora obecności swojej albo osoby trzeciej podczas widzenia podejrzanego z obrońcą, a także do możliwości kontroli korespondencji z obrońcą”. Dostrzega on przy tym, że powyższe ograniczenia mają charakter czasowy, co wynika z art. 73 § 4 k.p.k.

2. W odniesieniu do art. 73 § 2 k.p.k. wnioskodawca podnosi, że wątpliwości co do konstytucyjności tego przepisu wynikają ze sposobu sformułowania zawartego tam kryterium ograniczenia swobody kontaktów podejrzanego z obrońcą. Kryterium to ma postać zwrotu „w szczególnie uzasadnionym wypadku”, który – w ocenie RPO – charakteryzuje się nadmierną niedookreślonością i „pojemnością”. Ta nadmierna niedookreśloność sprawia z kolei, iż ów zwrot w doktrynie i orzecznictwie rozumiany jest zbyt szeroko, bowiem odnosi się go do tzw. ważnego interesu śledztwa (dochodzenia), czy też zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania przygotowawczego. Tymczasem – jak wywodzi, odwołujący się m.in. do

orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz), RPO – „przyczyn uzasadniających przejściowe ograniczenie prawa do obrony należy szukać raczej nie w celach prowadzonego postępowania karnego (...), lecz w co najmniej uprawdopodobnionych, przybierających formę naruszającą porządek prawny, relacjach obrońcy z tymczasowo aresztowanym”. Wnioskodawca podkreśla przy tym, że decyzja procesowa wydana na podstawie art. 73 § 2 k.p.k. nie podlega zaskarżeniu, co – w jego ocenie – przesądza o konieczności zapewnienia większej precyzji zawartego w tym przepisie ograniczenia prawa do obrony.

Rekapitulując uwagi poczynione względem art. 73 § 2 k.p.k. RPO stwierdza, że niezgodność tego przepisu z Konstytucją wynika z tego, że „pozostawia prokuratorowi nadmierną swobodę w określaniu ostatecznego kształtu przejściowego ograniczenia konstytucyjnego prawa do obrony”.

3. W odniesieniu do art. 73 § 3 k.p.k. wnioskodawca wskazuje, że przepis ten nie przewiduje żadnej przesłanki („adekwatnej okoliczności”), która uzasadniałaby zastrzeżenie przez prokuratora kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą. Sprawia to, 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”. W związku z tym, jak stwierdza RPO, nie sposób przyjąć, że „istotne treściowo elementy ograniczenia prawa do obrony zostały umieszczone w ustawie, czego wymaga art. 31 ust. 3 Konstytucji”.

Ponadto wnioskodawca, odwołując się do zakazu dowodowego z art. 178 pkt 1 k.p.k., stwierdza, że skoro w myśl tego przepisu „niedopuszczalne jest przesłuchanie obrońcy jako świadka co do faktów, o których dowiedział się udzielając jako obrońca porady prawnej lub prowadząc sprawę, to konsekwentnie niedopuszczalne winno być również zapoznavanie się prokuratora z treścią korespondencji podejrzanego z obrońcą”. W związku z tym RPO wyraża wątpliwość, czy „treść art. 73 § 3 k.p.k. da się pogodzić z istotą konstytucyjnego prawa do obrony”, która „obejmuje (...) brak prawnej możliwości ingerencji organów procesowych w treść przekazu informacji pomiędzy podejrzanym i jego obrońcą”, będący elementarnym warunkiem „prawidłowego funkcjonowania stosunku obrończego i gwarancję zachowania zaufania podejrzanego do obrońcy”.

2. Wzorce kontroli

1. Zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji: „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”.

Jak zauważa Trybunał Konstytucyjny: „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” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02; zob. też np. wyroki TK z: 6 grudnia 2004 r., sygn. akt SK 29/04; 19 marca 2007 r., sygn. akt K 47/05; 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07; 9 lipca 2009 r., sygn. akt K 31/08).

Doprecyzowując powyższą wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego należy wskazać, iż przysługiwanie prawa do obrony „od chwili wszczęcia (...) postępowania karnego (...) aż do wydania prawomocnego wyroku” oznacza, że wynikające z art. 42 ust. 2 Konstytucji gwarancje muszą być uwzględniane we wszystkich fazach postępowania karnego, w tym również w tych, które toczą się przed organami niesądowymi, np. Policją czy prokuratorem (zob. np. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 42, s. 8). Nie należy przy tym jednak zapominać, że specyfika przedsądowych etapów postępowania karnego może w pewnych wypadkach uzasadniać limitowanie prawa do obrony. Kwestia ta dostrzegana jest w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który w odniesieniu do niej m.in. stwierdza: „Proces karny jest ze swej istoty kontradiktoryjny, stanowi on spór

równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem. W postępowaniu przygotowawczym, którym kieruje prokurator, owa kontradiktoryjność jest w pewnym zakresie ograniczona, co nie oznacza jednak, iż owe ograniczenia mogą naruszać istotę prawa do obrony” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02; zob. też np. postanowienie TK z 27 stycznia 2004 r., sygn. akt SK 50/03, w którym wskazuje się na specyfikę postępowania przygotowawczego, uzasadniająca ograniczenia w dostępie do akt sprawy odnoszące się do podejrzanego i jego obrońcy).

2. W ramach konstytucyjnego prawa do obrony wyróżnić można szereg uprawnień, przysługujących zarówno oskarżonemu (podejrzanemu), jak i jego obrońcy. W realiach niniejszej sprawy należy zwrócić szczególną uwagę na jedno z nich, a mianowicie prawo do kontaktu oskarżonego (podejrzanego) ze swoim obrońcą. Jest ono dostrzegane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który z perspektywy uprawnień obrońcy stwierdza: „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” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Z kolei w doktrynie zauważa się, iż: „Przygotowanie się do obrony wymaga współdziałania oskarżonego z jego obrońcą. Wprawdzie każdy z tych podmiotów dysponuje na ogół pewną autonomią w toku postępowania, niemniej najczęściej niezbędne są uzgodnienia wielu szczegółowych kwestii. Z tego powodu zapewnienie możliwości przygotowania obrony musi oznaczać umożliwienie obrońcy kontaktu z oskarżonym, co ma znaczenie wówczas, gdy jest on w toku procesu pozbawiony wolności (...) nie ulega wątpliwości, że umożliwienie porozumiewania się aresztowanego oskarżonego ze swoim obrońcą należy do fundamentów rzetelnego procesu sądowego, umożliwiającego przygotowywanie obrony i realizowanie jej w toku postępowania” (P. Hofmański/A. Wróbel [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 420 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz; zob. też np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. P. Hofmański, t. I, Warszawa 2011, komentarz do art. 73, nb. 2).

Należy podkreślić, że standard konstytucyjny wymaga, aby kontakt oskarżonego (podejrzanego) ze swoim obrońcą był co do zasady kontaktem swobodnym (zob. wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Oznacza to, że porozumiewanie się obrońcy i jego klienta powinno być nieskrępowane, wolne od kontroli i innych, nadmiernych utrudnień. Stworzenie takich warunków służyć ma prawidłowemu funkcjonowaniu stosunku obrończego, opartego m.in. na zaufaniu oskarżonego (podejrzanego) do swojego obrońcy (zob. P. Hofmański/A. Wróbel [w:] *Konwencja o Ochronie...*, s. 420).

3. Wyrażone w art. 42 ust. 2 Konstytucji prawo do obrony nie ma charakteru absolutnego (zob. np. wyroki TK z: 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07; 9 lipca 2009 r., sygn. akt K 31/08). Tym samym podlega ono limitowaniu, jednakże na warunkach określonych w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej.

Przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji formułuje następujące, kumulatywnie ujęte, przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności: 1) ustawowa forma ograniczenia; 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób); 4) zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności (zob. np. L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 31, s. 14 i n.).

3. Analiza zgodności

1. Na gruncie polskiego ustawodawstwa karnego można mówić o zasadzie swobodnego porozumiewania się tymczasowo aresztowanego (oskarżonego i podejrzanego) ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. Zasada ta ma swoje normatywne umocowanie w dwóch przepisach. Mowa tu o art. 215 § 1 zd. 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 ze zm.), który stanowi, iż: „Tymczasowo aresztowany ma prawo do porozumiewania się z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie” oraz o art. 73 § 1 k.p.k., zgodnie z którym: „Oskarżony

tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie”.

Zasada swobodnego porozumiewania się oskarżonego (podejrzanego) ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie nie ma i nie może mieć charakteru absolutnego. Należy jednak podkreślić, że mimo istnienia przepisów umożliwiających limitowanie tej zasady, *de lege lata* jest ona restrykcyjnie przestrzegana. W aktualnym stanie prawnym brak jest bowiem przepisu, który umożliwiłby całkowite od niej odstępstwo. Innymi słowy: „W obecnym stanie prawnym nie przewiduje się sytuacji, w której organ procesowy mógłby w ogóle odmówić kontaktu tymczasowo aresztowanego, podejrzanego oraz oskarżonego ze swym obrońcą” (W. Posnow [w:] *Kodeks postępowania karnego – komentarz OnLine (Legalis)*, red. J. Skorupka, komentarz do art. 73, teza 1).

2. Przejawem limitowania zasady swobodnego porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie są kwestionowane przez RPO art. 73 § 2 i art. 73 § 3 k.p.k. Pierwszy z tych przepisów uprawnia bowiem prokuratora do tego, aby w postępowaniu przygotowawczym, w szczególnie uzasadnionym wypadku, zastrzec, że on sam albo osoba przez niego upoważniona będą obecni podczas kontaktu (rozmowy) podejrzanego z obrońcą. Drugi z tych przepisów pozwala zaś prokuratorowi w postępowaniu przygotowawczym zastrzec kontrolę korespondencji prowadzonej między podejrzany a jego obrońcą.

Z uwagi na to, że – jak już była o tym mowa – swoboda porozumiewania się oskarżonego (podejrzanego) ze swym obrońcą jest elementem konstytucyjnego prawa do obrony, kwestionowane przepisy stanowią niewątpliwie ingerencję w prawo wyrażone w art. 42 ust. 2 ustawy zasadniczej. Nie można jednak podzielić stanowiska RPO, że ingerencja ta nie odpowiada warunkom określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

3. W odniesieniu do obu kwestionowanych przepisów należy przede wszystkim zwrócić uwagę na następujące argumenty, które przeczą stanowisku RPO zaprezentowanemu w niniejszej sprawie.

Po pierwsze, art. 73 § 2 i 3 k.p.k. nie przyznają prokuratorowi uprawnienia do zakazania porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swym obrońcą, a jedynie pozwalają na ograniczenie swobody owego porozumiewania się. Poza tym, jak już była o tym mowa, w aktualnym stanie prawnym brak jest przepisu, który dawałby prokuratorowi lub innemu organowi podstawę do uniemożliwienia kontaktu tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swoim obrońcą.

Po drugie, przewidziane w art. 73 § 2 i 3 k.p.k. ograniczenia swobody porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swym obrońcą nie mogą znaleźć zastosowania na dowolnym etapie postępowania karnego, lecz tylko w jego pierwszym stadium, jakim jest postępowanie przygotowawcze. Świadczy o tym bezspornie brzmienie tych przepisów, w których mowa jest o postępowaniu przygotowawczym (art. 73 § 2 k.p.k.) i podejrzanym (art. 73 § 3 k.p.k.). Tym samym z chwilą wniesienia aktu oskarżenia do sądu ograniczenia z art. 73 § 2 i 3 k.p.k. nie mogą mieć miejsca, co dotyczy także sytuacji, w której akt oskarżenia wniesiony został do sądu przed upływem 14 dni od chwili zatrzymania podejrzanego (zob. np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, nb. 8 i 13; W. Posnow [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, teza 9).

Po trzecie, analizowane ograniczenia swobody porozumiewania się podejrzanego ze swym obrońcą znajdują zastosowanie tylko wówczas, gdy wobec tego pierwszego wykonywany jest najsurowszy środek zapobiegawczy, jakim jest tymczasowe aresztowanie. Tym samym ograniczenia te nie wchodzi w grę w sytuacji, gdy wobec podejrzanego stosowane są inne środki zapobiegawcze (np. dozór Policji), a tym bardziej, gdy nie stosuje się wobec niego żadnych środków zapobiegawczych.

Po czwarte, specyfika wstępnej fazy postępowania przygotowawczego i okoliczności uzasadniających stosowanie środka zapobiegawczego, jakim jest tymczasowe aresztowanie, wymaga wprowadzenia ograniczeń swobody porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swym obrońcą. Warto przy tym zauważyć, że niepodważalność tej konstatacji dostrzegana jest przez Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku z 17 lutego 2004 r. (sygn. akt SK 39/02) wprost stwierdził: „Z oczywistych względów kontakty obrońcy z oskarżonym, wobec którego zastosowano jako środek zapobiegawczy tymczasowe aresztowanie, podlegają ograniczeniom”. Jeżeli chodzi o wstępną fazę postępowania

przygotowawczego, to należy pamiętać, że w wielu wypadkach jest ona kluczowym momentem dla całego postępowania karnego. To bowiem na tym etapie powinno dojść do jak najszybszego zabezpieczenia oraz utrwalenia śladów i dowodów, zanim zostaną one zniekształcone bądź przez upływ czasu, bądź też np. poprzez działania człowieka, w tym podejrzanego (np. zacieranie śladów, nakłanianie do składania fałszywych zeznań). Dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania przygotowawczego stosowane są m.in. środki zapobiegawcze, przy czym najsurowszy z nich – tymczasowe aresztowanie polega na pozbawieniu podejrzanego wolności i umieszczeniu go w areszcie śledczym. Do istoty tego środka należy fizyczne odizolowanie podejrzanego od świata zewnętrznego i objęcie kontrolą jego kontaktów z tym światem. Ta specyfika wstępnej fazy postępowania przygotowawczego i okoliczności uzasadniających stosowanie tymczasowego aresztowania, która wymaga wprowadzenia ograniczeń swobody porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swym obrońcą, jest dostrzegana zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W doktrynie wskazuje się, że kwestionowane regulacje służą „interesowi prowadzonego postępowania karnego, a zwłaszcza zaś osiągnięciu celów postępowania przygotowawczego, o których mowa w art. 297 k.p.k.” (zgodnie z tym ostatnim przepisem celem postępowania przygotowawczego jest m.in. ustalenie, czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo; wykrycie i w razie potrzeby ujęcie sprawcy; zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu), zapobieżeniu mactwu, właściwemu zabezpieczeniu śladów i dowodów w początkowej fazie postępowania przygotowawczego (zob. W. Posnow [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, tezy 7, 10 i 11; a także np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, nb. 9; D. Tarnowska, *Prawo tymczasowo aresztowanego oskarżonego do kontaktowania się ze swoim obrońcą*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12, s. 144, która z jednej strony wskazuje m.in. na możliwość wykorzystania obrońcy do przekazywania przez podejrzanego informacji na zewnątrz, z drugiej zaś podnosi, że obecność prokuratora lub osoby przez nią upoważnionej służyć może zapewnieniu bezpieczeństwa obrońcy, gdy tymczasowo aresztowany zachowuje się agresywnie). Z kolei Trybunał Konstytucyjny w odniesieniu do wynikającego z art. 73 § 2 k.p.k. ograniczenia swobody kontaktów podejrzanego i jego obrońcy podnosi m.in.: „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. Generalnie to właśnie prokurator ustala taktykę postępowania, a ta jego silna pozycja procesowa wynika nie tylko z przepisów postępowania karnego, ale też rozdziału trzeciego ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (...) 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”.

Po piąte, przewidziane w art. 73 § 2 i 3 k.p.k. ograniczenia swobodnego porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejznanego ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie mają charakter przejściowy. Wynika to wprost z art. 73 § 4 k.p.k., który stanowi, iż: „Zastrzeżenia, o których mowa w § 2 i 3 [art. 73 k.p.k. – uwaga własna], nie mogą być utrzymywane ani dokonane po upływie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejznanego”. Przepis ten wskazuje więc na krótkotrwały, ściśle określony i nie podlegający przedłużeniu w żadnych okolicznościach limit czasowy stosowania dopuszczalnych ograniczeń swobody porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejznanego ze swym obrońcą. Analogicznie art. 73 § 4 k.p.k. odczytuje Trybunał Konstytucyjny, który m.in. stwierdza: „Zarządzenie prokuratora o swoistym nadzorowaniu kontaktów ma (...) charakter krótkotrwały, bowiem nie może być utrzymane ani dokonane po upływie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania” i dalej: „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” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Krótkotrwałość 14-dniowego terminu z art. 73 § 4 k.p.k. podkreślana jest także w doktrynie (zob. np. K.T. Boratyńska [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2009, komentarz do art. 73, nb. 3; Z. Gostyński, S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Z. Gostyński, R.A. Stefański, S. Zabłocki, t. I, Warszawa 2003, s. 521). Należy przy tym mieć na uwadze korzystne dla podejrzanego zasady obliczania 14-dniowego terminu z art. 73 § 4 k.p.k., które nie pozwalają na jego nadużywanie czy też nieformalne wydłużanie. I tak okres tymczasowego aresztowania liczy się od dnia zatrzymania (art. 265 k.p.k.), który odnotowywany jest (wraz z godziną zatrzymania) w protokole zatrzymania (art. 244 § 3 k.p.k.). Chodzi tu zatem o datę faktycznego pozbawienia wolności, a nie o datę wydania formalnego postanowienia o tymczasowym aresztowaniu (zob. np. W. Posnow [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, teza 6 i przywołany tam wyrok SN z 24 stycznia 1989 r., sygn. akt V KRM 294/88). Ponadto 14-dniowy termin tymczasowego aresztowania rozpoczyna bieg także wówczas, gdy rzeczywiste pozbawienie wolności nastąpiło poza granicami kraju (zob. np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 265, nb. 3).

Powyższe w zasadzie uniemożliwia uznanie w perspektywie całego postępowania karnego, że z powodu zastosowania art. 73 § 2 lub 3 k.p.k. może dojść do zniweczenia obrony podejrzanego. Nie sposób zatem mówić tu, jak to czyni RPO w odniesieniu do art. 73 § 3 k.p.k., o naruszeniu istoty konstytucyjnego prawa do obrony. Warto przy tym zauważyć, 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” i właśnie z tej perspektywy Trybunał Konstytucyjny uznał, że przewidziane w art. 73 § 2 k.p.k. ograniczenie prawa do obrony „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 § 2 k.p.k. za zgodny z art. 42 ust. 2 Konstytucji” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02).

4. Odnosząc się do eksponowanego przez RPO zarzutu, zgodnie z którym zawarte w art. 73 § 2 k.p.k. kryterium ograniczenia swobody kontaktów podejrzanego z obrońcą w postaci zwrotu „w szczególnie uzasadnionym wypadku” charakteryzuje się nadmierną niedookreślonością i „pojemnością”, na wstępie należy przyznać, że faktycznie mamy tu do czynienia z pojęciem nieostрым. Na nieostrość tę należy jednak patrzeć w kontekście funkcji kwestionowanego zwrotu, którą jest – jak już była o tym mowa – wskazanie na wyjątkowy charakter art. 73 § 2 k.p.k. i na możliwość jego zastosowania tylko w szczególnie uzasadnionych okolicznościach (zob. wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02, w którym m.in. stwierdzono: „Przed 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 wydane w trybie art. 73 § 2 k.p.k. ma charakter wyjątkowy i może być wydane w szczególnie uzasadnionym przypadku”). Zwrot ten należy więc odczytywać nie tyle z perspektywy ograniczenia prawa do obrony, co z punktu widzenia zabezpieczenia tego prawa przed nieuzasadnionymi ograniczeniami.

Nie można ponadto podzielić stanowiska RPO o zbyt szerokim rozumieniu zwrotu „w szczególnie uzasadnionym wypadku”. Jest on bowiem interpretowany w sposób zawężający. Wskazuje się w szczególności na „zasadniczą ostrożność w stosowaniu ograniczeń swobody kontaktów oskarżonych z ich obrońcami” (K.T. Boratyńska [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, nb. 4), na to, iż „zastrzeżenie prokuratora, wydane w trybie art. 73 § 2 k.p.k., ma charakter wyjątkowy” (W. Posnow [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, teza 10), czy też na to, że „prokurator może skorzystać z tego prawa w wyjątkowych sytuacjach” (D. Tarnowska, *Prawo tymczasowo aresztowanego...*, s. 144). Taki sposób interpretacji art. 73 § 2 k.p.k., stanowiącego wyjątek od zasady swobodnego porozumiewania się tymczasowo aresztowanego (oskarżonego i podejrzanego) ze swym obrońcą, jest jak najbardziej uzasadniony w świetle jednej z podstawowych reguł wykładni, zgodnie z którą wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendendae*).

5. Jak już wskazano, RPO stoi na stanowisku, iż „przyczyn uzasadniających przejściowe ograniczenie prawa do obrony należy szukać raczej nie w celach prowadzonego postępowania karnego (...), lecz w co najmniej uprawdopodobnionych, przybierających formę naruszającą porządek prawny, relacjach obrońcy z tymczasowo aresztowanym”. Wnioskodawca, prezentując taki pogląd, zdaje się przeciwstawiać zapobieżenie bezprawnym relacjom obrońcy z tymczasowo aresztowanym osiągnięciu celów prowadzonego postępowania karnego. Takie rozumowanie nie może jednak zyskać aprobaty, bowiem bezprawne relacje obrońcy z tymczasowo aresztowanym (np. dostarczenie tymczasowo aresztowanemu przez obrońcę telefonu komórkowego) najczęściej będą sprzeciwiać się celom postępowania karnego i w związku z tym ich przeciwstawianie, a nawet samo izolowanie, trudno uznać za uprawnione.

Ponadto nie sposób przyjąć, jak czyni to RPO odwołując się m.in. do orzecznictwa ETPCz, że ograniczenie swobody kontaktu tymczasowo aresztowanego podejrzanego z obrońcą powinno być dopuszczalne tylko wówczas, gdy „istnieją poważne przypuszczenia, iż kontakty obrońcy z aresztowanym godzić będą w porządek prawny”. Wypowiedzi ETPCz nie dają bowiem podstaw do formułowania tak kategorycznego stanowiska. W celu wyjaśnienia tej kwestii należy w pierwszej kolejności wskazać, że ETPCz z art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej jako EKPCz), który stanowi, iż: „Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do: bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony – do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości”, wyprowadza „prawo oskarżonego do komunikowania się ze swoim obrońcą bez udziału osób trzecich”, uznając je za jeden z podstawowych wymogów rzetelnego procesu. Podkreśla przy tym, że jeżeli obrońca nie może naradzać się ze swoim klientem i otrzymywać poufnych instrukcji bez nadzoru, wówczas świadczona pomoc prawna może stracić wiele ze swojej efektywności, podczas gdy EKPCz ma gwarantować prawa, które są rzeczywiste i skuteczne. Z drugiej jednak strony ETPCz zauważa, iż „prawo oskarżonego do komunikowania się ze swoim obrońcą bez udziału osób trzecich” nie jest wyraźnie wyrażone w EKPCz, nie ma charakteru

absolutnego i może być przedmiotem ograniczeń (zob. np. orzeczenia ETPCz z: 28 listopada 1991 r. w sprawie S. przeciwko Szwajcarii, skargi nr 12629/87 i 13965/88; 19 grudnia 2006 r. w sprawie Oferta Plus S.R.L. przeciwko Mołdawii, skarga nr 14385/04; 10 maja 2007 r. w sprawie Modarca przeciwko Mołdawii, skarga nr 14437/05; 13 stycznia 2009 r. w sprawie Rybacki przeciwko Polsce, skarga nr 52479/99). Dopuszczalność tych ograniczeń, wbrew temu co zdaje się sugerować RPO, może wynikać z różnych powodów, nie zaś tylko z uzasadnionego podejrzenia bezprawnych relacji tymczasowo aresztowanego z obrońcą. Można tu przykładowo wskazać na charakter (wagę) zarzutu postawionego tymczasowo aresztowanemu, jego „stopień niebezpieczeństwa”, czy też bezpieczeństwo osobiste obrońcy (zob. np. orzeczenie ETPCz z 10 maja 2007 r. w sprawie Modarca przeciwko Mołdawii, skarga nr 14437/05 i przywołana tam sprawa Kröcher and Möller przeciwko Szwajcarii, skarga nr 8463/78). W związku z tym podzielić należy ten fragment opinii Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego dotyczącej zgodności art. 73 § 2-4 k.p.k. z wzorcami konstytucyjnymi (sygn. KKPK 401/6/11), w którym stwierdza się, że „analiza orzecznictwa strasburskiego pozwala na poszukiwanie rozsądnego kryterium ograniczenia dyskrecjonalności kontaktu (zarówno bezpośredniego, jak i korespondencyjnego) tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą bądź to w «konieczności zapewnienia ochrony interesów postępowania», bądź w «potrzebie zapewnienia bezpieczeństwa» (zarówno szeroko pojętego bezpieczeństwa publicznego, jak i bezpieczeństwa uczestników postępowania, w tym samego obrońcy, którego podejrzany – mając świadomość wstępnej fazy postępowania, a więc kształtowania dopiero materiału dowodowego – może nakłaniać do naruszenia już nie tylko standardów etycznych, ale i prawnych; świadomość tego, że kontakt z obrońcą poddany jest kontroli minimalizuje to zagrożenie), bądź w «uzasadnionej obawie podjęcia próby matactwa»” (s. 7).

6. Należy w końcu zaznaczyć, że RPO, opierając zarzut niekonstytucyjności art. 73 § 2 k.p.k. w zasadzie wyłącznie na krytyce sformułowania „w szczególnie uzasadnionym wypadku” i twierdzeniu, iż ograniczenie swobody kontaktu tymczasowo aresztowanego podejrzanego z obrońcą powinno być dopuszczalne tylko wówczas, gdy „istnieją poważne przypuszczenia, iż kontakty obrońcy z aresztowanym godzić będą w porządek prawny”, nie przykładając należytej wagi do okoliczności, że – jak już wskazywano – „prawo do obrony oceniać należy na

podstawie przebiegu całego postępowania, z rozważeniem kwestii czy ewentualna niedostępność pewnych środków obrony miała wpływ na treść orzeczenia” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Takie uzasadnienie zarzutu niekonstytucyjności może dziwić zwłaszcza dlatego, że RPO odwołuje się do orzecznictwa ETPCz, który to organ wielokrotnie podkreślał, że ograniczenia swobodnych kontaktów oskarżonego i obrońcy zawsze muszą być oceniane przez pryzmat tego, czy i w jakim stopniu wpłynęły lub mogły wpłynąć na dalszy bieg sprawy, a zwłaszcza czy uniemożliwiły przygotowania skutecznej obrony. I dlatego też ETPCz orzekał przykładowo, że nawet 20-dniowy okres oczekiwania na pierwszy kontakt z obrońcą, co niewątpliwie jest obostrzeniem idącym dużo dalej niż zapewnienie kontaktu z obrońcą w warunkach 14-dniowego „nadzoru”, nie naruszył EKPCz (zob. np. P. Hofmański/A. Wróbel [w:] *Konwencja o Ochronie...*, s. 421-422 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz; a także orzeczenia ETPCz z: 4 października 2005 r. w sprawie Sarban przeciwko Mołdawii, skarga nr 3456/05; 10 maja 2007 r. w sprawie Modarca przeciwko Mołdawii, skarga nr 14437/05).

W związku z powyższym Sejm, odsyłając do poczynionych już rozważań, pragnie podkreślić, że nie sposób badać konstytucyjności kwestionowanego przepisu bez uwzględnienia jego całej zawartości normatywnej oraz kontekstu normatywnego, w jakim się znajduje. Nie można tu więc pomijać takich kwestii jak: przejściowy (14-dniowy) charakter ograniczenia swobodnego porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swym obrońcą, możliwość zastosowania tego ograniczenia tylko w pierwszym stadium postępowania karnego, jakim jest postępowanie przygotowawcze i tylko w sytuacji stosowania tymczasowego aresztowania. W końcu nie można ignorować specyfiki wstępnej fazy postępowania przygotowawczego i okoliczności uzasadniających stosowanie środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania, która to specyfika wymaga wprowadzenia ograniczeń swobody porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swym obrońcą.

7. W związku z zarzutem, iż art. 73 § 3 k.p.k., w odróżnieniu od art. 73 § 2 k.p.k., nie przewiduje żadnej przesłanki („adekwatnej okoliczności”), która uzasadniałaby zastrzeżenie przez prokuratora kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą, przypomnieć należy, że „utrwalona praktyka sądowa dotycząca interpretacji przepisów prawnych, zwłaszcza gdy jest ona dość jednoznaczna,

wskazuje na treść stosowanego prawa, a więc na wolę ustawodawcy, choćby teoretycznie istniała możliwość innej wykładni. Ocenie powinna podlegać wola ustawodawcy wynikająca z literalnego brzmienia przepisu prawnego oraz ukształtowanej na jej bazie wykładni. Przy braku rozbieżności prawnych w interpretacji przepisów prawa, utrwaloną w praktyce treść prawa należałoby traktować jako odpowiadającą woli ustawodawcy. W takim też zakresie podlega ona kontroli z punktu widzenia zgodności z Konstytucją” (wyrok TK z 6 września 2001 r., sygn. akt P 3/01). Oczywiście z uwagi na to, że decyzja o kontroli korespondencji podejmowana jest przez prokuratora i nie podlega zaskarżeniu do sądu, trudno tu mówić o „utrwalonej praktyce sądowej”. Mimo to istnieją podstawy, aby stwierdzić, że zarówno praktyka prokuratorska, jak i wypowiedzi doktryny ukształtowały taki sposób wykładni art. 73 § 3 k.p.k., który nie pozwala podzielić zarzutu RPO dotyczącego braku przesłanki („adekwatnej okoliczności”), która uzasadniałaby zastrzeżenie przez prokuratora kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą.

Jeżeli chodzi o praktykę prokuratorską, to mimo braku wskazania w art. 73 § 3 k.p.k. wprost na przesłankę zastrzeżenia kontroli korespondencji, przyjmuje się, że kontrola taka jest dopuszczalna tylko w „szczególnie uzasadnionym wypadku”, a więc w sytuacji zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 73 § 2 k.p.k. Na taką praktykę wskazuje Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego w opinii dotyczącej zgodności art. 73 § 2-4 k.p.k. z wzorcami konstytucyjnymi (sygn. KKPK 401/6/11), w której stwierdza: „w praktyce owa arbitralność prerogatywy prokuratorskiej określonej w art. 73 § 3 k.p.k., ulega – w większości wypadków – osłabieniu. Większość prokuratorów nie ogranicza się bowiem do literalnego odczytywania przepisu i kieruje się wykładnią, zgodnie z którą można przyjąć, że także *de lege lata* względy systemowe i funkcjonalne przemawiają za tym, iż zastrzeżenie kontroli korespondencji nie powinno być wprowadzane całkowicie arbitralnie. W konsekwencji przyjmują oni, że także i w tym wypadku stosowania ograniczenia kontaktu na linii: tymczasowo aresztowany podejrzanym – obrońcą, niezbędne jest stwierdzenie istnienia «szczególnie uzasadnionego wypadku», przemawiającego za wprowadzeniem ograniczenia” (s. 4).

Powyższa praktyka prokuratorska znajduje wsparcie i potwierdzenie w doktrynie procesu karnego, gdzie spotyka się następujące wypowiedzi: „w odniesieniu do korespondencji z obrońcą, ponieważ stanowi ona formę wykonywania prawa do obrony stosować należy regułę, iż zasadą jest nieskrępowany kontakt, a wyjątkiem – uzasadnionym szczególnymi okolicznościami – czasowe zarządzenie cenzury korespondencji”, „regułą jest (...), że korespondencja ta nie jest poddawana cenzurze (...), a zaś wyjątkowo prokurator może zastrzec kontrolę korespondencji podejrzanego z obrońcą” (D. Tarnowska, *Prawo tymczasowo aresztowanego...*, s. 146); „jeżeli zaś chodzi o § 3 komentowanego artykułu [art. 73 k.p.k. – uwaga własna], to należy podkreślić, że korespondencja podlega cenzurze również [jak ma to miejsce w art. 73 § 2 k.p.k. – uwaga własna] wyjątkowo” (K.T. Boratyńska [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, nb. 6); „regułą jest (...), że korespondencja ta [tymczasowo aresztowanego z obrońcą – uwaga własna] nie jest poddawana cenzurze (§ 1), wyjątkowo zaś prokurator może zastrzec kontrolę korespondencji podejrzanego z obrońcą” (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, nb. 11).

Należy w końcu zauważyć, że na bardziej liberalną, niżby to mogło wynikać z literalnego brzmienia art. 73 § 3 k.p.k., praktykę prokuratorską w zakresie zastrzegania kontroli korespondencji tymczasowo aresztowanego podejrzanego z obrońcą wskazywać może także § 200 ust. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. Nr 49, poz. 296), który stanowi: „Korespondencję tymczasowo aresztowanych z (...) obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym przesyła się niezwłocznie do adresata bez jej cenzurowania, umieszczając na kopercie adnotację «Bez cenzury» opatrzoną datą i podpisem”. Zapis ten jest o tyle istotny, że kontrola korespondencji, o której mowa w art. 73 § 3 k.p.k. utożsamiana jest z jej cenzurą (zob. np. K.T. Boratyńska [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, nb. 6; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 73, nb. 11 i 12).

8. Jak już wskazano, wnioskodawca, odwołując się do zakazu dowodowego z art. 178 pkt 1 k.p.k., stwierdza, że skoro w myśl tego przepisu „niedopuszczalne jest przesłuchanie obrońcy jako świadka co do faktów, o których dowiedział się udzielając jako obrońca porady prawnej lub prowadząc sprawę, to konsekwentnie niedopuszczalne winno być również zapoznawanie się prokuratora z treścią korespondencji podejrzanego z obrońcą”. W związku z tym RPO wyraża wątpliwość, czy „treść art. 73 § 3 k.p.k. da się pogodzić z istotą konstytucyjnego prawa do obrony”, która „obejmuje (...) brak prawnej możliwości ingerencji organów procesowych w treść przekazu informacji pomiędzy podejrzanym i jego obrońcą”.

Powyższej argumentacji nie można jednak zaakceptować. U jej podstaw leży bowiem nieuprawnione łącznie dwóch odrębnych zagadnień, jakimi są zakazy dowodowe i kontrola korespondencji tymczasowo aresztowanego. Zakaz dowodowy 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”) dotyczy postępowania dowodowego i uniemożliwia przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. na okoliczność faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Należy przy tym podkreślić, że zakaz ten ma charakter niezupełny, co oznacza, iż okoliczności faktyczne (informacje) nim objęte można udowadniać sięgając po inne źródło lub środek dowodowy niż przesłuchanie w charakterze świadka obrońcy lub adwokata (zob. T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003, s. 441-443; a także np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 178, nb. 4-6, którzy m.in. stwierdzają: „Zakaz ukonstytuowany komentowanym przepisem nie jest zakazem dowodzenia, co oznacza, że okoliczności objęte zakazem mogą być dowodzone za pomocą innych środków dowodowych (...) Przepis zabrania przesłuchiwania wskazanych w nim osób w charakterze świadków. Oznacza to, że nie stoi on na przeszkodzie przesłuchiowaniu ich, także na okoliczności w nim wskazane, w innym charakterze (...) Komentowany przepis nie stoi na przeszkodzie przesłuchiowaniu wskazanych w nim osób w ogóle, ale tylko co do pewnych, wskazanych w nim faktów”). Zupełnie inny charakter ma natomiast art. 73 § 3 k.p.k., który umożliwia wychwycenie „niedozwolonych” treści lub przedmiotów, znajdujących się w korespondencji

tymczasowo aresztowanego podejrzanego z obrońcą. Przepis ten służy więc realizacji określonych celów tymczasowego aresztowania i postępowania przygotowawczego i nie ma nic wspólnego z postępowaniem dowodowym. W szczególności nie można utożsamiać wypowiedzi pisemnej obrońcy w liście do podejrzanego z zeznaniami obrońcy w charakterze świadka, jak również wypowiedzi pisemnej podejrzanego w liście do swego obrońcy z wyjaśnieniami tego pierwszego. Taki zabieg należałoby uznać za *contra legem*, skoro zgodnie z art. 174 k.p.k.: „Dowodu z wyjaśnień oskarżonego lub z zeznań świadka nie wolno zastępować treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych”.

Rekapitulując ten wątek należy stwierdzić, że z zakazu dowodowego unormowanego w art. 178 pkt 1 k.p.k. nie można wyprowadzać uprawnionych wniosków co do niedopuszczalności kontroli korespondencji przewidzianej w art. 73 § 3 k.p.k.

9. Podobnie jak miało to miejsce w odniesieniu do art. 73 § 2 k.p.k., również w wypadku art. 73 § 3 k.p.k. należy przypomnieć, 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” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Oceniając konstytucyjność art. 73 § 3 k.p.k. trzeba zatem mieć na uwadze jego otoczenie normatywne, które pozwala zbadać rzeczywisty standard prawa do obrony. Na ten standard składa się zaś przejściowy (14-dniowy) charakter ograniczenia swobodnego korespondencyjnego porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swym obrońcą, możliwość zastosowania kontroli korespondencji tylko w pierwszym stadium postępowania karnego, jakim jest postępowanie przygotowawcze i tylko w sytuacji stosowania tymczasowego aresztowania. Nie można ponadto ignorować specyfiki wstępnej fazy postępowania przygotowawczego i okoliczności uzasadniających stosowanie środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania, która to specyfika wymaga wprowadzenia ograniczeń swobody porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swym obrońcą.

10. Reasumując poczynione rozważania należy stwierdzić, że przewidziane w art. 73 § 2 i 3 k.p.k. ograniczenia konstytucyjnego prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji) mieszczą się w granicach określonych w art. 31 ust 3 Konstytucji. Zostały one bowiem unormowane w ustawie, są konieczne w demokratycznym państwie z uwagi na porządek publiczny (zapewniają prawidłowe wykonywanie tymczasowego aresztowania, a także niezakłócony przebieg i realizację celów postępowania przygotowawczego) oraz nie naruszają istoty prawa do obrony.

Zatem kwestionowany art. 73 § 2 i 3 k.p.k. **jest zgodny** z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust 3 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU



Ewa Kopacz