



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 12 lipca 2012 r.

Sygn. akt K 37/11

BAS-WPTK-14/12

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCLARIA	
wpl. dnia	12. 07. 2012
L.dz.	L.zał.

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 28 grudnia 2011 r. (sygn. akt K 37/11), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 245 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 483 ze zm.) w części zawierającej słowa „; zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny”, **jest zgodny** z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Uzasadnienie

I. Przedmiot kontroli

1. Postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym zostało zainicjowane wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: wnioskodawca) z 28 grudnia 2011 r. (dalej: wniosek). Zdaniem wnioskodawcy art. 245 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 483 ze zm., dalej: k.p.k.) w części zawierającej słowa „; zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny”, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2. Artykuł 245 § 2 k.p.k. stanowi: „Zatrzymanemu na jego żądanie należy niezwłocznie umożliwić nawiązanie w dostępnej formie kontaktu z adwokatem, a także bezpośrednią z nim rozmowę; zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny”.

II. Analiza formalnoprawna i zarzuty wnioskodawcy

1. Według wnioskodawcy zakwestionowane przepisy naruszają art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W pierwszej kolejności Rzecznik Praw Obywatelskich wskazuje, że „[n]ie powinno budzić wątpliwości to, iż prawo osoby zatrzymanej do kontaktu z adwokatem określone w art. 245 § 1 k.p.k. stanowi realizację na poziomie ustawy konstytucyjnego prawa do obrony. (...) Z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP wynika więc, że każdy ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania karnego. Prawo do obrony w każdym stadium postępowania karnego oznacza zaś także prawo do obrony w jego początkowym stadium, a więc wówczas gdy dochodzi do zatrzymania osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa” (wniosek, s. 3-4).

Jak argumentuje wnioskodawca: „Wątpliwości natury konstytucyjnej budzi jednak to, że zatrzymujący może zastrzec, iż będzie obecny w trakcie tej rozmowy. Przy czym wątpliwości wywołuje nie tyle sama możliwość złożenia takiego zastrzeżenia i w konsekwencji tego zastrzeżenia obecność zatrzymującego podczas bezpośredniej rozmowy adwokata z zatrzymanym, lecz to, że ustawa nie określa sytuacji, w których może dojść do owej kontrolowanej rozmowy. (...) W efekcie to nie

ustawa określa granice korzystania przez jednostkę z konstytucyjnego prawa do obrony, lecz organ zarządzający zatrzymanie. Regulacja pozwalająca na ingerencję w prawo do obrony ma charakter czysto blankietowy, pozwala więc w sposób nieskrępowany jakimikolwiek warunkami wkraczać zatrzymanemu w poufną sferę kontaktów zatrzymanego z adwokatem. (...) Skoro zaś ustawodawca w ogóle nie określił warunków, w których możliwe jest wprowadzenie ograniczenia w korzystaniu przez jednostkę z jej konstytucyjnego prawa do obrony, to również niemożliwy do przeprowadzenia staje się wymagany art. 31 ust. 3 Konstytucji RP test proporcjonalności wprowadzanego w tym zakresie ograniczenia. Nie można zweryfikować przyczyn, dla których to ograniczenie zostało wprowadzone, nie zostały one bowiem wysłowione w tekście ustawy. Nie można więc ustalić, czy osiągnięcie zakładanego celu w realiach danej sprawy byłoby możliwe przy zastosowaniu innych środków, mniej dotkliwych z punktu widzenia treści konstytucyjnego prawa do obrony” (wniosek, s. 5-10).

III. Wzorce konstytucyjne

III. 1. Prawo do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji)

Artykuł 42 ust. 2 Konstytucji stanowi: „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 wskazuje się w doktrynie prawa, prawo do obrony, występujące w postępowaniu karnym, oznacza możliwość podejmowania wszelkich działań niesprzecznych z prawem, które w przekonaniu osoby poddanej temu postępowaniu potwierdzą jej wersję zdarzeń (w trakcie których dojdź miało do popełnienia zarzucanego czynu) oraz jej niewinność lub występowanie określonego charakteru winy (zob. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 42, s. 8). Użyty przez ustrojodawcę zwrot „we wszystkich stadiach postępowania” oznacza, że prawo do obrony powinno występować „zarówno w stadiach przedjudykacyjnych, jak i przed organami orzekającymi, w tym i przed sądami wszystkich instancji. We wszystkich tych stadiach występuje ono w takim samym pełnym zakresie, niezależnie od tego,

że nie wszystkie z tych stadiów mogą kończyć się takim czy innym orzeczeniem” (*ibidem*).

Za istotne ułatwienie w podejmowaniu działań „obronnych” uznaje się gwarancję korzystania w procesie karnym z obrońcy. Odnośnie do wskazania w omawianym przepisie Konstytucji na obrońcę „z wyboru” oraz „z urzędu” podnosi się, że: „Są to określenia o tak już zastanym rozumieniu, że nie muszą być one przez konstytucję wyjaśnione. Kategoria pierwsza oznacza przedstawicieli procesowych w sprawach karnych, funkcjonujących na podstawie prywatnego zlecenia, kategoria druga oznacza takichże przedstawicieli, ale funkcjonujących na podstawie powołania przez pewien czynnik władzy publicznej (zwykle przez sąd) dla konkretnego oskarżonego. Twórca konstytucji tradycyjnie uznał, że w procesach karnych, w których zagrożone są najcenniejsze dla człowieka dobra osobiste, należy potwierdzić możliwość powoływania pełnomocników procesowych, a w pewnych sytuacjach tacy pełnomocnicy muszą działać nawet bez względu na wolę tudzież możliwości finansowe podejrzanego” (*op. cit.*, s. 9).

Prawo do obrony było również przedmiotem licznych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego.

W wyroku z 9 lipca 2009 r. (sygn. akt K 31/08) sąd konstytucyjny wskazał, że „konstytucyjne prawo do obrony należy rozumieć szeroko, jest ono bowiem nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale także 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 (...) art. 42-45, a także art. 78 Konstytucji znajdują zastosowanie do oceny nie tylko regulacji o *stricte* karnym charakterze, lecz także odpowiednio do innych regulacji o represyjnym charakterze, w tym do odpowiedzialności dyscyplinarnej” (por. m. in. wyroki TK z: 3 listopada 2004 r., sygn. akt K 18/03; 8 listopada 2004 r., sygn. akt K 38/03; 19 marca 2007 r., sygn. akt K 47/05; 11 grudnia 2008 r., sygn. akt K 33/07; 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt P 22/07). Z kolei w wyroku z 3 czerwca 2008 r. (sygn. akt K 42/07) Trybunał przytoczył pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym „nie formalne postawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie określonej osoby czyni ją podmiotem prawa do obrony” (por. wyrok SN z 9 lutego 2004 r., sygn. akt V KK 194/03).

Prawo do obrony może być rozpatrywane w dwóch aspektach: materialnym i formalnym. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych) – zob. przykładowo wyrok TK z 9 lipca 2009 r. (sygn. akt K 31/08). Natomiast przez obronę w aspekcie formalnym należy rozumieć prawo do korzystania z obrońcy z wyboru lub z urzędu (zob. przykładowo wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. akt K 31/08). Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 17 lutego 2004 r. (sygn. akt SK 39/02): „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. (...) Proces karny jest ze swej istoty kontradiktoryjny, stanowi on spór równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem. W postępowaniu przygotowawczym, którym kieruje prokurator, owa kontradykcyjność jest w pewnym zakresie ograniczona, co nie oznacza jednak, iż owe ograniczenia mogą naruszać istotę prawa do obrony. (...) 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” (por. też m.in. wyrok TK z 19 marca 2007 r., sygn. akt K 47/05).

Sąd konstytucyjny wypowiedział się na temat dopuszczalnych ograniczeń prawa do obrony. W wyroku z 9 lipca 2009 r. (sygn. akt K 31/08) zaakcentował, iż „prawo do obrony nie jest prawem absolutnym i może podlegać ograniczeniu w trybie art. 31 ust. 3 Konstytucji”. Ograniczenia prawa do obrony „mogą zostać uznane za zgodne z Konstytucją pod warunkiem, że są wprowadzane w ustawie, są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej lub wolności i praw innych osób oraz nie naruszają istoty ograniczanego prawa. W ramach oceny ich konstytucyjności należy m.in. ustalić: 1) czy wprowadzone ograniczenie jest w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków; 2) czy jest niezbędne dla ochrony wartości,

wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji; 3) czy jest proporcjonalne, tzn. czy jego negatywne konsekwencje dla obywateli pozostają we właściwej proporcji do osiągniętego efektu (...)" (wyrok TK z 11 grudnia 2008 r., sygn. akt K 33/07; por. też wyrok TK z 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt P 22/07).

III. 2. Zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji)

Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji stanowi: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

Zasada proporcjonalności w orzecznictwie „przedkonstytucyjnym” była wyprowadzana z klauzuli „państwa prawnego”. W orzeczeniu pełnego składu Trybunału Konstytucyjnego z 31 stycznia 1996 r. (sygn. akt K 9/95) stwierdzono, że: „Zasada proporcjonalności jest elementem składowym zasady państwa prawnego. Państwo prawne opiera się na założeniu racjonalności prawodawcy, a warunkiem koniecznym realizacji tego założenia jest przestrzeganie proporcjonalności w procesie stanowienia prawa. Racjonalny prawodawca stanowi prawo sprawiedliwe, stąd w zasadzie sprawiedliwości należy też upatrywać podstaw obowiązywania zasady proporcjonalności (...). Zdaniem TK z zasady tej wypływa, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli (...). Zasada proporcjonalności w ujęciu szerokim szczególnie nacisk kładzie na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Z powyższego wynika, iż jeżeli cel regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi” (por. także orzeczenia TK z: 26 czerwca 1995 r., sygn. akt K 11/94; 17 października 1995 r., sygn. akt K 10/95; 23 października 1996 r., sygn. akt K 1/96 oraz orzeczenie pełnego składu TK z 20 listopada 1996 r., sygn. akt K 27/95 i wypowiedzi doktryny z tamtego

okresu, w szczególności S. Wronkowskiej, teŝe [w:] *Polskie dyskusje o państwie prawa*, red. S. Wronkowska, Warszawa 1995, s. 74).

W obecnym stanie prawnym zasadę proporcjonalności wyprowadza się jednak przede wszystkim z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 12 stycznia 1999 r. (sygn. akt P 2/98) stwierdzono, że: „W ocenie Trybunału Konstytucyjnego analiza obowiązujących przepisów konstytucyjnych prowadzi do wniosku, iż zasadę proporcjonalności statuuje w sposób w pełni samodzielny i całościowy inny [niż art. 2, na który powoływał się w tej sprawie NSA – uwaga własna] przepis ustawy zasadniczej, a mianowicie art. 31 ust. 3. Wobec jego obowiązywania nie ma już potrzeby sięgania do niewątpliwie pojemnej, a przez to mieszczącej w sobie wiele odrębnych unormowań konstytucyjnych, zasady państwa prawnego. Nie oznacza to oczywiście całkowitego zerwania aksjologicznych i funkcjonalnych więzi między zasadą proporcjonalności a wywodzonymi z idei państwa prawnego zasadami (...), jak również z wymienionymi w art. 2 *in fine* Konstytucji zasadami sprawiedliwości społecznej”. Należy jednak podkreślić, że treść i znaczenie zasady proporcjonalności pozostają niezmiennie, jak bowiem zauważył w cytowanym wyżej wyroku Trybunał Konstytucyjny: „Kształt obowiązujących unormowań konstytucyjnych w pełni uzasadnia odwołanie się do wcześniej formułowanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego teŝ dotyczących interpretacji i zastosowania zasady proporcjonalności” (wyrok TK z 12 stycznia 1998 r., sygn. akt P 2/98; por. teŝe J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 32 i n.).

W orzecznictwie sądu konstytucyjnego dotyczącym zasady proporcjonalności nie budzi wątpliwości, że: „Z jednej strony stawia ona przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w danym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś winna ona być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Ponadto chodzi tu o środki niezbędne, w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi więc pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia

dokonane ograniczenie. [...] «Konieczność», którą wyraża art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści więc w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń. Nie ulega wątpliwości, iż spełnienie powyższych postulatów wymaga bliższej analizy w każdym konkretnym przypadku ograniczania prawa lub wolności, w szczególności przez skonfrontowanie wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu, jak również przez ocenę metody realizacji ograniczenia. Niezależnie jednak od tego Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, iż ocena spełnienia poszczególnych kryteriów składających się na zasadę zakazu nadmiernej (nieproporcjonalnej) ingerencji wymaga pewnego zrelatywizowania stosownie do charakteru poszczególnych praw i wolności jednostki. Surowsze standardy oceny przykładać należy do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych i socjalnych” (wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98; por. także wyroki TK z: 11 maja 1999 r., sygn. akt K 13/98; 28 czerwca 2000 r., sygn. akt K 34/99 i 24 marca 2003 r., sygn. akt P 14/01).

Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 13 marca 2007 r. (sygn. akt K 8/07): „Oceniając proporcjonalność zaskarżonej regulacji, trzeba wziąć pod uwagę ogólne zasady decydujące o niekonstytucyjności regulacji ustawowej z uwagi na brak proporcjonalności w działaniu ustawodawcy. Zgodnie z ustalonym na tle art. 31 ust. 3 Konstytucji orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zarzut braku proporcjonalności wymaga przeprowadzenia testu, polegającego na udzieleniu odpowiedzi na trzy pytania dotyczące analizowanej normy: 1) czy jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków (przydatność normy); 2) czy jest ona niezbędna (konieczna) dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (konieczność podjęcia przez ustawodawcę działania); 3) czy jej efekty pozostają w proporcji do nałożonych przez nią na obywatela ciężarów lub ograniczeń (proporcjonalność *sensu stricto*). Wskazane postulaty przydatności, niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto* składają się na treść wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji „konieczności”. W dotychczasowym orzecznictwie dotyczącym zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie wskazywał, że jeżeli dany cel jest możliwy do osiągnięcia przy zastosowaniu innego środka, nakładającego mniejsze ograniczenia na prawa i wolności, to zastosowanie przez ustawodawcę środka bardziej uciążliwego wykracza poza to, co jest konieczne, a zatem narusza Konstytucję (zob. w szczególności wyrok z 12 stycznia 2000 r., sygn. P. 11/98, OTK

ZU nr 1/2000, poz. 3 i wyrok z 10 kwietnia 2002 r., sygn. K 26/00, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 18).

IV. Analiza zgodności

1. Instytucja zatrzymania uregulowana została w rozdziale 27 k.p.k. Zatrzymanie nie zostało zaliczone do środków zapobiegawczych, choć jest do nich zbliżone z uwagi na swoją funkcję – w szczególności wykazuje funkcjonalny związek z tymczasowym aresztowaniem, które najczęściej poprzedza (zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do artykułów 1-296*, Warszawa 2007, s. 1078) Należy zwrócić uwagę, że ogólne pojęcie „zatrzymania” odnosi się do kilku szczegółowo uregulowanych procesowych środków przymusu. Przede wszystkim będą to następujące sytuacje.

W pierwszej kolejności wskazać należy na art. 243 k.p.k., zgodnie z którym: „Każdy ma prawo ująć osobę na gorącym uczynku przestępstwa lub w pościgu podjętym bezpośrednio po popełnieniu przestępstwa, jeżeli zachodzi obawa ukrycia się tej osoby lub nie można ustalić jej tożsamości” (§ 1), a „Osobę ujętą należy niezwłocznie oddać w ręce Policji (§ 2).

Natomiast w art. 244 k.p.k. uregulowane zostało tzw. zatrzymanie właściwe. Zgodnie z art. 244 § 1 k.p.k.: „Policja ma prawo zatrzymać osobę podejrzaną, jeżeli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo, a zachodzi obawa ucieczki lub ukrycia się tej osoby albo zatarcia śladów przestępstwa bądź też nie można ustalić jej tożsamości albo istnieją przesłanki do przeprowadzenia przeciwko tej osobie postępowania w trybie przyspieszonym”. Z kolei art. 244 § 1a k.p.k. stanowi: „Policja ma prawo zatrzymać osobę podejrzaną, jeżeli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej, a zachodzi obawa, że ponownie popełni przestępstwo z użyciem przemocy wobec tej osoby, zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa grozi”. Ponadto na mocy art. 244 § 1b k.p.k.: „Policja zatrzymuje osobę podejrzaną, jeśli przestępstwo, o którym mowa w § 1a, zostało popełnione przy użyciu broni palnej, noża lub innego niebezpiecznego przedmiotu, a zachodzi obawa, że ponownie popełni ona przestępstwo z użyciem przemocy wobec osoby wspólnie zamieszkującej, zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa grozi”.

W przedmiotowej sprawie szczególne znaczenie ma art. 244 § 2 k.p.k., zgodnie z którym: „Zatrzymanego należy natychmiast poinformować o przyczynach zatrzymania i o przysługujących mu prawach, w tym o prawie do skorzystania z pomocy adwokata, oraz wysłuchać go”.

Niezwłocznie po zatrzymaniu osoby podejrzanej należy przystąpić do zebrania niezbędnych danych, a także o zatrzymaniu zawiadomić prokuratora. W razie istnienia podstaw, o których mowa w art. 258 § 1-3, należy wystąpić do prokuratora w sprawie skierowania do sądu wniosku o tymczasowe aresztowanie (art. 244 § 4 k.p.k.).

Wreszcie na mocy art. 247 § 1 k.p.k.: „Prokurator może zarządzić zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że nie stawi się ona na wezwanie w celu przeprowadzenia czynności procesowej, w inny bezprawny sposób będzie utrudniała przeprowadzenie tej czynności albo jeżeli zachodzi potrzeba niezwłocznego zastosowania środka zapobiegawczego. W tym celu wolno zarządzić przeszukanie. Przepisy art. 220-222 i 224 stosuje się odpowiednio”.

Z uwagi na obowiązek oddania osoby ujętej na podstawie art. 243 k.p.k. w ręce Policji, gwarancje odnoszące się do kontaktu zatrzymanego z adwokatem znajdują zastosowanie do zatrzymań przeprowadzonych w trybie art. 244 k.p.k. oraz 247 k.p.k. Podobnie jeżeli dochodzi do zatrzymania oskarżonego (podejrzanego), który nie stawia się na wezwanie organu prowadzącego postępowanie (art. 75 § 2 k.p.k.).

2. Jak wskazuje się w doktrynie prawa przewidziana w art. 245 k.p.k. możliwość obecności zatrzymującego w czasie bezpośredniej rozmowy zatrzymanego z adwokatem „ma zapobiec ewentualnemu utrudnianiu postępowania karnego, np. przez przekazanie ważnej – z punktu widzenia dobra postępowania karnego – informacji dla jego krewnych lub znajomych” (R. A. Stefański, *Komentarz do art.245 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el.). Należy ponadto wskazać, że jak zauważa L. K. Paprzycki powyższe uprawnienie zatrzymującego „nie ma charakteru wyjątkowego, jak to się dzieje w wypadku porozumiewania się oskarżonego tymczasowo aresztowanego z obrońcą w postępowaniu przygotowawczym (art. 73 § 2 i 4 k.p.k.). Brak jednak podstaw do twierdzenia, że obecność ta powinna być regułą. Wręcz przeciwnie, obecność zatrzymującego

powinna być podyktowana wyłącznie koniecznością zabezpieczenia prawidłowego toku czynności podejmowanych w związku z zatrzymaniem. Obecność zatrzymującego może bowiem utrudniać zatrzymanemu realizowanie w mającym się toczyć albo już toczącym się postępowaniu prawa do obrony” (L. K. Paprzycki [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Grajewski, Warszawa 2010, s. 802).

W celu zbadania konstytucyjności zaskarżonej regulacji należy odnieść się do następujących kwestii.

Po pierwsze należy rozważyć czy kontakt zatrzymanego z adwokatem stanowi realizację konstytucyjnego prawa do obrony.

Po drugie – w wypadku pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytanie – należy wykazać czy obecność zatrzymującego w czasie bezpośredniej rozmowy zatrzymanego z adwokatem stanowi ograniczenie konstytucyjnego prawa do obrony.

Po trzecie niezbędne jest rozważenie czy spełnione zostały wyrażone w Konstytucji przesłanki ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

3. Odnosząc się do granic prawa do obrony należy mieć na uwadze, że: „Sama zatem ustawa procesowa w rozdziale 27 nadaje zatrzymanemu szereg uprawnień mieszczących się w pojęciu prawa do obrony, wręcz typowych dla jego istoty, a realizowanych w sytuacji uzasadnionego przypuszczenia, wysuwanego przez organ dokonujący zatrzymania, że popełnił on przestępstwo. Tak więc nieformalne przedstawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie określonej osoby, czyni ją podmiotem prawa do obrony” (wyrok SN z 9 lutego 2004 r., sygn. akt V KK 194/03). Aprobata dla stanowiska wskazanego w powyższym judykacie wyrażana jest w doktrynie prawa (zob. A. M. Tęcza-Paciorek, *Pojęcie osoby podejrzanej i jej uprawnienia*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 11, s. 56-57)

Wydaje się, że powyższa teza znajduje również uznanie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Jak wskazał Trybunał w – wydanym w pełnym składzie – wyroku z 28 listopada 2007 r. (sygn. akt K 39/07): „Nie można podzielić poglądu, jakoby problem prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji) dotyczył jedynie postępowania karnego *sensu stricto* (i to od momentu postawienia zarzutów). Artykuł 42 Konstytucji mówi o odpowiedzialności karnej, której towarzyszy prawo do obrony

«we wszystkich stadiach postępowania». Argument Prokuratora Generalnego (wyrażony w pierwotnym stanowisku) jest chybiony w zakresie, w jakim odwołuje się do orzeczenia Trybunału w sprawie o sygn. SK 39/02 jako rzekomo przesądzającego stanowisko Trybunału w kwestii wąskiego rozumienia wzorca zawartego w art. 42 Konstytucji. To orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, mające przemawiać zdaniem powołującego za ograniczeniem prawa do obrony do ram postępowania karnego *sensu stricto*, nie daje podstaw do takiego wniosku. Nawet w cytowanym przez Prokuratora Generalnego fragmencie Trybunał wypowiedział się za szerokim pojęciem prawa do obrony, a rozpatrując sprawę na tle konkretnego kazusu (skarga konstytucyjna), wskazał, że najczęściej («w praktyce») będzie chodziło o moment od chwili przedstawienia zarzutów. Z tego nie wynika jednak, że Trybunał w tym zakresie opowiedział się generalnie za wąskim zakresem stosowania art. 42 ust. 2 Konstytucji”.

Dla porządku należy odnotować, że w swoim wcześniejszym orzecznictwie sąd konstytucyjny – wskazując, że prawo do obrony przysługuje „w praktyce” od chwili przedstawienia zarzutów – kilkakrotnie odwoływał się do wyroku TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02 (zob. wyroki TK z: 3 listopada 2004 r., sygn. akt K 18/03; 19 marca 2007 r., sygn. akt K 47/05; 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt P 22/07). Jednocześnie odnotowywał w swoich judykatach (jako jeszcze dalej idący) przytaczane wyżej stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 9 lutego 2004 r., sygn. akt V KK 194/03 (zob. wyroki TK z: 6 grudnia 2004 r., sygn. akt SK 29/04; 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07).

W ocenie Sejmu zasadne jest twierdzenie, że gwarancje konstytucyjnego prawa do obrony odnoszą się również do kontaktów zatrzymanego z adwokatem. Artykuł 42 Konstytucji mówi bowiem o „wszystkich stadiach postępowania” (zatem zarówno w stadiach przedjudykacyjnych, jak i przed organami orzekającymi, w tym i przed sądami – zob. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja...*, s. 8). W tym miejscu wypada wskazać na autonomię pojęć konstytucyjnych i niedopuszczalność definiowania postanowień ustawy zasadniczej poprzez uregulowania ustawowe (względnie poglądy doktryny prawa odnoszące się do ustaw) – zob. np. wyroki TK z: 2 grudnia 2008 r., sygn. akt K 37/07; 19 lipca 2011 r., sygn. akt P 9/09. Jak bowiem wskazywał Trybunał, proces interpretacji pojęć konstytucyjnych powinien przebiegać w odwrotnym kierunku, tzn. to przepisy konstytucyjne winny narzucać sposób

i kierunek wykładni postanowień zawartych w innych aktach normatywnych (zob. np. wyrok TK z 14 marca 2000 r., sygn. akt P 5/99).

Za trafną należy uznać zatem – przytaczaną wyżej – wypowiedź sądu konstytucyjnego, że: „Nie można podzielić poglądu, jakoby problem prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji) dotyczył jedynie postępowania karnego *sensu stricto* (i to od momentu postawienia zarzutów) – wyrok TK z 28 listopada 2007 r. (sygn. akt K 39/07).

Wypada podkreślić, że kontakt zatrzymanego z adwokatem służy przede wszystkim prawidłowemu i wyczerpującemu poinformowaniu go o przysługujących mu uprawnieniach oraz wyjaśnieniu mu sytuacji w jakiej się znalazł. Należy przy tym mieć na uwadze, że zatrzymanie często jest czynnością dokonywaną w początkowej fazie postępowania przygotowawczego wobec osoby, której nie przesłuchano jeszcze w charakterze podejrzanego, zaś kontakt z adwokatem może decydować o dalszych losach postępowania i pomóc w prowadzeniu skutecznej linii obrony (zob. M. Gusowski, S. Schab, *Gwarancje procesowe osób zatrzymanych a praktyka organów ścigania*, tekst dostępny pod adresem: http://www.iureetfacto.amu.edu.pl/pdf/pub_dok_12.pdf). W tym kontekście wspomina się o *quasi-obrończym* stosunku łączącym osobę zatrzymaną z adwokatem udzielającym jej porady prawnej (zob. S. Pikulski, K. Szczechowicz, *Zatrzymanie i tymczasowe aresztowanie w świetle praw i wolności obywatelskich*, Olsztyn 2004, s. 33).

Na marginesie wypada zasygnalizować, że wyrażone w art. 245 k.p.k. prawo do kontaktu z adwokatem może przybierać różne formy w zależności od sytuacji procesowej zatrzymanego. Status procesowy adwokata udzielającego pomocy prawnej w trybie art. 245 k.p.k. może się kształtować w różny sposób w zależności od tego, czy organ procesowy zatrzymał osobę podejrzaną czy też już podejrzanego. W wypadku, gdy zatrzymanie dotyczy podejrzanego, może on żądać kontaktu albo ze swoim ustanowionym już w sprawie obrońcą albo z innym adwokatem, który nie został umocowany do działania w jego imieniu stosownym pełnomocnictwem, lub nie został nim ustanowiony mocą decyzji organu procesowego (zob. A. Ludwiczek, *Sytuacja prawna adwokata udzielającego zatrzymanemu pomocy prawnej w trybie art. 245 § 1 k.p.k.*, „Problemy prawa karnego” 2001, z. 24, s. 105-106). Ponadto zatrzymany niebędący podejrzanym może uczynić adwokata swoim pełnomocnikiem, jeżeli zamierza złożyć zażalenie na zatrzymanie (art. 246 § 1 k.p.k.) lub dochodzić

roszczeń odszkodowawczych w trybie rozdziału 58 k.p.k. Wobec powyższego adwokat nawiązujący kontakt z zatrzymanym może teoretycznie posiadać status: obrońcy, pełnomocnika lub adwokata, którego procesowa pozycja nie została w szczególności sposób określona w przepisach prawa postępowania karnego (*ibidem*, s. 107). W realiach przedmiotowej sprawy szczególnego znaczenia nabiera trzecia ze wskazanych sytuacji w jakich może występować adwokat – jej trafne odczytanie uzasadnia bowiem tezę, że zatrzymany korzysta z prawa do obrony. W przypadku zatrzymania osoby podejrzanej, która nie ustanawia adwokata swoim pełnomocnikiem, a także podejrzanego który nie udziela mu umocowania do obrony, adwokat taki występuje na gruncie postępowania karnego „jednorazowo”, udzielając zatrzymanemu jedynie *ad hoc* pomocy prawnej. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 178 pkt 1 k.p.k. adwokat działający na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. nie może być przesłuchany w charakterze świadka co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Jak wskazuje A. Ludwiczek: „W tych wypadkach o bezwzględnym charakterze tajemnicy zawodowej tego adwokata przesądzi nie jego status procesowy – ten nie jest bowiem określony, ale rodzaj przekazywanych mu informacji. Informacje te zapewne nie będą się niczym różniły od tych, jakie przekaze podejrzanemu (oskarżonemu) swojemu obrońcy. (*ibidem*, s. 112)

Należy jednocześnie zauważyć, że ustawodawca przyznał zatrzymanemu prawo do kontaktu wyłącznie z adwokatem. Zasadny wydaje się zatem wniosek, że kontakt zatrzymanego z podmiotem fachowym łączy się z możliwością ustanowienia obrońcy (przez podejrzanego oraz oskarżonego) w dalszych fazach postępowania karnego, albowiem stosownie do art. 82 k.p.k. obrońcą może być jedynie osoba uprawniona do obrony według przepisów o ustroju adwokatury. W przeciwnym razie – przy założeniu, że kontakt zatrzymanego z podmiotem fachowym nie ma ścisłego związku z prawem do obrony, a jedynie z np. objaśnieniem zatrzymanemu zagadnień procedury karnej – należałoby uznać, że zatrzymany powinien mieć możliwość kontaktu również z radcą prawnym, ponieważ zgodnie z art. 87 § 1 w zw. z art. 88 k.p.k. strona inna niż oskarżony może ustanowić pełnomocnika, którym może być adwokat lub radca prawny.

Rekapitując powyższe uwagi, w ocenie Sejmu, zasadne jest twierdzenie, że zaskarżony przepis może być badany pod kątem zgodności z art. 42 ust. 2 Konstytucji.

4. Uznając, zatem, że kontakt zatrzymanego z adwokatem stanowi realizację konstytucyjnego prawa do obrony, należy wykazać czy obecność zatrzymującego może być uznana za ograniczenie tego prawa. Jak wskazano wcześniej w doktrynie prawa wyrażany jest pogląd, że obecność zatrzymującego może utrudniać zatrzymanemu realizowanie w mającym się toczyć albo już toczącym się postępowaniu prawa do obrony (zob. L. K. Paprzycki [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, s. 802). Wskazuje się ponadto, że istotną cechą kontaktów mocodawcy z jego obrońcą (co, w ocenie Sejmu, można odnieść *mutatis mutandis* do kontaktów zatrzymanego z adwokatem) jest prawo do swobodnego, osobistego z nim kontaktu (zob. P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2006, s. 311).

Również z wypowiedzi sądu konstytucyjnego można wywieść, że wyłączenie, nieskrępowanego obecnością osób trzecich, kontaktu z adwokatem stanowi ograniczenie konstytucyjnego prawa do obrony. W wyroku z 17 lutego 2004 r. (sygn. akt SK 39/02) Trybunał badał zgodność z art. 42 ust. 2 Konstytucji art. 73 § 2 k.p.k., który stanowi, że „W postępowaniu przygotowawczym prokurator udzielając zezwolenia na porozumiewanie się [tymczasowo aresztowanego z obrońcą – uwaga własna] może w szczególnie uzasadnionym wypadku zastrzec, że będzie przy tym obecny sam lub osoba przez niego upoważniona”. Jak zauważył Trybunał we wskazanym judykacie: „Jako, że zaskarżony art. 73 § 2 k.p.k. stanowi wyjątek od przewidzianej w art. 73 § 1 k.p.k. procesowej zasady nieograniczonego kontaktu oskarżonego tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą, Trybunał Konstytucyjny winien rozważyć czy przepis ten mieści się w konstytucyjnie dopuszczalnym zakresie ograniczenia praw i wolności”. W tym kontekście należy jednak zwrócić uwagę (co podkreśla Trybunał), że w art. 73 § 1 k.p.k. wyrażono *explicite*, że oskarżony tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. Zatem to w samej ustawie została wyrażona generalna zasada, że kontakt z obrońcą może odbywać się pod nieobecność osób trzecich. Natomiast w art. 245 § 1 k.p.k. mowa jedynie o bezpośredniej rozmowie z adwokatem oraz możliwości zastrzeżenia przy niej obecności zatrzymującego. Jak się jednak wydaje w drodze wykładni (ustawa dopuszcza jedynie możliwość takiego zastrzeżenia) wskazanego wyżej przepisu można dojść do konkluzji, że również w przypadku zatrzymania generalną zasadą

powinna być bezpośrednia rozmowa zatrzymanego z adwokatem podczas nieobecności osób trzecich, a zastrzeżenie obecności zatrzymującego należałoby uznać za wyjątek (por. L. K. Paprzycki [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, s. 802).

5. W dalszej kolejności należy rozważyć czy badane ograniczenie w korzystaniu z prawa do obrony przez zatrzymanego można uznać za proporcjonalne w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz zgodne z wymogami wskazanymi w tym przepisie, w szczególności z wymogiem ustanawiania ograniczeń w korzystaniu z praw i obowiązków w ustawie (do czego w istocie odnosi się wnioskodawca).

Jak wskazał sąd konstytucyjny w – wydanym w pełnym składzie – wyroku z 12 stycznia 2000 r. (sygn. akt P 11/98): „Uzależnienie dopuszczalności ograniczeń praw i wolności od ich ustanowienia «tylko w ustawie» jest czymś więcej niż tylko przypomnieniem ogólnej zasady wyłączności ustawy dla normowania sytuacji prawnej jednostek, stanowiącej klasyczny element idei państwa prawnego. Jest to także sformułowanie wymogu odpowiedniej szczegółowości unormowania ustawowego. Skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane «tylko» w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia. Niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej czy organom samorządu lokalnego swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń” (por. wyroki TK z: 30 października 2001 r., sygn. akt K 33/00; 7 czerwca 2005 r., sygn. akt K 23/04).

Podobnie zauważył Trybunał Konstytucyjny w, wydanym w pełnym składzie, wyroku z 22 maja 2002 r. (sygn. akt K 6/02): „Po pierwsze – każdy przepis ograniczający konstytucyjne wolności lub prawa winien być sformułowany w sposób pozwalający jednoznacznie ustalić, kto i w jakiej sytuacji podlega ograniczeniom. Po drugie – przepis ten powinien być na tyle precyzyjny, aby zapewniona była jego jednolita wykładnia i stosowanie. Po trzecie – przepis taki winien być tak ujęty, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający

racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw (...)

Należy ponadto podkreślić, że „Konstytucja formułuje minimalne, a nie maksymalne gwarancje w zakresie praw i wolności jednostki. Dlatego też wszelkie ograniczenia tych praw dopuszczone w Konstytucji muszą być interpretowane ściśle i nie mogą być uznawane za regułę, podczas gdy postanowienia dotyczące praw i wolności jednostki miałyby stanowić odległy cel, którego osiągnięcie ustawa zasadnicza zaleca ustawodawcy stosownie do posiadanych możliwości. (...) Przepisy ograniczające prawa i wolności jednostki powinny być formułowane jasno i precyzyjnie, co pozwoli uniknąć pozostawiania organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego wspomnianych ograniczeń. (...)” (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

6. Ograniczenie konstytucyjnego prawa do obrony powinno być zatem skonfrontowane z charakterem i celami instytucji zatrzymania.

Należy podkreślić, że możliwość zastrzeżenia obecności zatrzymującego w czasie bezpośredniej rozmowy zatrzymanego z adwokatem ma charakter krótkotrwały. Nie wynika to jednak z przepisów konstytuujących to ograniczenie a z samej istoty instytucji zatrzymania. Zgodnie bowiem z art. 248 k.p.k.: „Zatrzymanego należy natychmiast zwolnić, gdy ustanie przyczyna zatrzymania, a także jeżeli w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania przez uprawniony organ nie zostanie on przekazany do dyspozycji sądu wraz z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania; należy go także zwolnić na polecenie sądu lub prokuratora” (§ 1); „zatrzymanego należy zwolnić, jeżeli w ciągu 24 godzin od przekazania go do dyspozycji sądu nie doręczono mu postanowienia o zastosowaniu wobec niego tymczasowego aresztowania” (§ 2). W tym kontekście należy przywołać wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego, który przy badaniu konstytucyjności art. 73 § 2 k.p.k. stwierdził, iż: „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) – wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02.

Można zatem wskazywać, że pomiędzy art. 73 § 2 k.p.k. oraz 245 § 1 k.p.k. zachodzi podobieństwo w zakresie czasu potencjalnego ograniczenia poufności kontaktu z adwokatem (bez precyzowania w jakiej roli procesowej występuje).

Dla porządku należy jednak odnotować, że porównywane regulacje wykazują również istotne różnice.

Po pierwsze w art. 73 § 2 k.p.k. ustawodawca zawarł *explicite* przesłankę obecności prokuratora lub osoby przez niego upoważnionej w czasie kontaktu tymczasowo aresztowanego z obrońcą, wskazując, że jest to dopuszczalne „w szczególnie uzasadnionym wypadku”. Na tę okoliczności wskazywał również sąd konstytucyjny w przywoływanym wyroku z 17 lutego 2004 r. (sygn. akt SK 39/02).

Po drugie w przypadku zatrzymania osoby podejrzanej wiedza jaką posiadać organ zatrzymujący na temat sprawstwa czynu zabronionego może cechować się niższym stopniem pewności. Tymczasowe aresztowanie można bowiem zastosować tylko wobec podejrzanego lub oskarżonego, a zatem osoby wobec której wydano co najmniej postanowienie o przedstawieniu zarzutów bądź też wobec której bez wydania takiego postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego. Zgodnie z art. 313 § 1 k.p.k. przedstawienie zarzutów powinno nastąpić jeżeli dane istniejące w chwili wszczęcia śledztwa lub zebrane w jego toku uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba. Należy jednak nadmienić, że zgodnie z art. 249 § 1 k.p.k. by można było zastosować jakikolwiek środek zapobiegawczy zebrane dowody muszą wskazywać na duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa przez określoną osobę. Tymczasem zatrzymanie może zostać zastosowane także wobec osoby podejrzanej (zob. art. 244 § 1 k.p.k.), jeżeli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ono przestępstwo. Należy wskazać, że przypuszczenie oraz podejrzenie nie są pojęciami tożsamymi. Podejrzenie powinno cechować większym stopniem pewności co sprawstwa określonej osoby i tym samym bardziej uzasadnia stosowanie wszelkich ograniczeń w prawach i wolnościach.

Istotne różnice występują również pomiędzy przesłankami stosowania tymczasowego aresztowania oraz zatrzymania. Już ogólna regulacja art. 249 § 1 k.p.k. stanowi, że środki zapobiegawcze (zatem również tymczasowe aresztowanie) można stosować w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, a wyjątkowo także w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa; można je stosować tylko wtedy, gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo. Odnosząc się natomiast do tymczasowego aresztowania należy wskazać, że nie stosuje się go, jeżeli wystarczający jest inny środek zapobiegawczy (art. 257 § 1 k.p.k.). Szczegółowe przesłanki stosowania omawianego środka zapobiegawczego określa art. 258 k.p.k. Tymczasowe aresztowanie można zastosować gdy: zachodzi uzasadniona obawa ucieczki lub ukrywania się oskarżonego, zwłaszcza wtedy, gdy nie można ustalić jego tożsamości albo nie ma on w kraju stałego miejsca pobytu (art. 258 § 1 pkt 1 k.p.k.); zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne (art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k.); oskarżonemu grozi surowa kara, jeżeli oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata (art. 258 § 2 k.p.k.); wyjątkowo, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub umyślnego występku, popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, a zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa groził (art. 258 § 3 k.p.k.). Powyższy katalog przesłanek wyznacza pozycję tymczasowego aresztowania jako najpoważniejszego środka zapobiegawczego – ta okoliczność nie może zatem pozostać bez wpływu na ocenę przesłanek ograniczenia prawa tymczasowo aresztowanego do kontaktu z obrońcą bez udziału osób trzecich.

W tym kontekście jako mniej restrykcyjny (co wynika również z charakteru instytucji – środka przymusu, a nie środka zapobiegawczego) jawi się katalog przesłanek zatrzymania wskazany w art. 244 k.p.k., w którym mowa o obawie ucieczki lub ukrycia się tej osoby albo zatarcia śladów przestępstwa bądź też niemożności ustalenia jej tożsamości albo istnieniu przesłanek do przeprowadzenia przeciwko tej osobie postępowania w trybie przyspieszonym (§ 1); istnieniu

uzasadnionego przypuszczenia, że popełniła ona przestępstwo z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej, a zachodzi obawa, że ponownie popełni przestępstwo z użyciem przemocy wobec tej osoby, zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa grozi (§ 1a); jeśli przestępstwo, o którym mowa w § 1a, zostało popełnione przy użyciu broni palnej, noża lub innego niebezpiecznego przedmiotu, a zachodzi obawa, że ponownie popełni ona przestępstwo z użyciem przemocy wobec osoby wspólnie zamieszkującej, zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa grozi – przy czym w tym wypadku zatrzymanie ma charakter obligatoryjny (§ 1b).

Wydaje się, że z punktu widzenia obecności zatrzymującego w czasie bezpośredniej rozmowy z adwokatem najważniejsza pozostaje przesłanka obawy zatarcia śladów przestępstwa. Należy zatem wskazać, że zatarcie śladów nie może być uznane na równi z uzasadnioną obawą, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne (art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k.) co ma miejsce przy stosowaniu tymczasowego aresztowania.

Wobec powyższego wypada skonstatować, że ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności konstytucyjnych wydają się bardziej uzasadnione w przypadku tymczasowego aresztowania, co jednak nie przesądza jednoznacznie o konieczności wprowadzenia takich samych ograniczeń w przypadku zatrzymania.

7. W dalszej kolejności należy zatem rozważyć jakie okoliczności uzasadniają dopuszczalność i konstytucyjność przedmiotowej regulacji.

Po pierwsze należy wskazać na krótkotrwałość ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnego prawa do obrony. Należy mieć bowiem na uwadze, że najpóźniej po upływie 24 godzin od przekazania zatrzymanego do dyspozycji sądu należy go zwolnić, jeżeli nie doręczono mu postanowienia o zastosowaniu wobec niego tymczasowego aresztowania. Wcześniejsze – natychmiastowe – zwolnienie zatrzymanego musi nastąpić jeżeli ustanie przyczyna zatrzymania, a także jeżeli w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania przez uprawniony organ nie zostanie on przekazany do dyspozycji sądu wraz z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Analogicznie zatrzymanego należy zwolnić na polecenie sądu lub prokuratora.

Powyższe wskazuje, że krótkotrwałość zatrzymania wiąże się nie tylko z wymogiem trwałego istnienia przyczyn zastosowania powyższego środka przymusu, ale również z normatywnym powiązaniem zatrzymania z tymczasowym aresztowaniem. Jest to zatem instytucja przejściowa, która musi zakończyć się zwolnieniem zatrzymanego albo zastosowaniem tymczasowego aresztowania w czasie liczonym w godzinach. W tym kontekście należy zatem przypomnieć, że za konstytucyjnie dopuszczalne (zarówno w doktrynie prawa jak i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego) uznaje się ograniczenie swobody kontaktu tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą.

Następnie należy rozważyć jakie uprawnienia procesowe przysługują zatrzymanemu i na ile możliwe jest – *de lege lata* – pogorszenie jego sytuacji procesowej wskutek ograniczenia poufności kontaktu z adwokatem. Jak się wydaje – co do zasady – w kontekście zatrzymanego należy odnosić się do osoby podejrzanej. Wypada przy tym zasygnalizować, że przepisy kodeksu postępowania karnego nie definiują jednoznacznie pojęcia „osoba podejrzana” (na ten temat zob. m. in. A. M. Tęcza-Paciorek, *Pojęcie osoby podejrzanej...*, s. 59 i n.). Odnosząc się natomiast do uprawnień procesowych osoby podejrzanej po zatrzymaniu należy przede wszystkim rozważyć w jakim charakterze można ją przesłuchać, na ile pozostaje ona zobowiązana do udzielania organom procesowym informacji oraz kiedy może odmówić odpowiedzi na pytania. W doktrynie prawa wskazuje się, że osoba podejrzana może zostać przesłuchana w charakterze świadka (niezależnie od oceny takiego postępowania przez organy procesowe), co wynika z regulacji zawartych w art. 189 pkt 3 k.p.k. oraz 183 § 1 k.p.k. W takiej sytuacji od osoby podejrzanej nie odbiera się przyrzeczenia (art. 189 pkt 3 k.p.k.), a ponadto ma ona możliwość uchylenia się od odpowiedzi na pytania, które mogłyby narazić ją na odpowiedzialność karną (art. 183 § 1 k.p.k.) – *ibidem*, s. 60. Powyższe oceniane jest jednak krytycznie. Po pierwsze informacje uzyskane od osoby podejrzanej przesłuchanej w charakterze świadka mogą zostać wykorzystane przeciwko współsprawcom, którym zarzuty zostały uprzednio postawione. Po drugie późniejsze przedstawienie zarzutów osobie podejrzanej, może spowodować utratę przez nią możliwości skorzystania z instytucji określonej w art. 60 § 4 k.k. dającej szansę oskarżonemu na łagodne potraktowanie przez sąd, na wniosek prokuratora, bądź nawet warunkowe umorzenie postępowania karnego – przesłuchiwanie osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego po przedstawieniu jej zarzutów sprawić

może, że okoliczności przekazane wówczas przez nią nie są już nieznane w świetle poprzednich zeznań złożonych w charakterze świadka (*ibidem*, s. 60-61). W orzecznictwie wyrażany jest natomiast pogląd, że osoby podejrzane przesłuchiwane w charakterze świadka na okoliczności związane z zarzucanym im następnie czynem, który jest powiązany z przestępstwami, na których okoliczność zeznawały w charakterze świadka, nie powinny być pociągnięte do odpowiedzialności karnej za przestępstwo określone w art. 233 k.k. (tak np. uchwała SN z 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 4/07).

Poza możliwością przesłuchania osoby podejrzanej w charakterze świadka kontrowersje budzi również przyznanie osobie podejrzanej prawa do milczenia i ewentualnego późniejszego dowodowego wykorzystywania składanych przez nią oświadczeń. W tym miejscu zasygnalizować jedynie należy, że przepisy prawa nie przyznają osobie podejrzanej prawa do odmowy składania wyjaśnień lub odpowiedzi na pytania, tak jak ma to miejsce w przypadku podejrzanego (art. 300 k.p.k.). Wobec powyższego szczególne znaczenie należy przypisać art. 174 k.p.k., który wprowadza zakaz zastępowania dowodu z wyjaśnień oskarżonego lub z zeznań świadka treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych.

Wydaje się jednak, że powyższe wątpliwości – jakkolwiek istotne – nie wiążą się bezpośrednio z materią przedmiotowej sprawy. Związane są one raczej z materialnymi aspektami prawa do obrony, zatem poufność rozmowy osoby podejrzanej z adwokatem nie wpływa na ich ewentualną realizację. Potwierdzenie lub uzupełnienie wiedzy osoby podejrzanej, która została zatrzymana o przysługujących jej uprawnieniach nie wymaga jak się wydaje nieobecności osób trzecich w czasie rozmowy z adwokatem.

Odmienne natomiast kształtuje się sytuacja zatrzymanego, który był lub stał się (w okresie zatrzymania) podejrzanym. Na jego żądanie należy przesłuchać go z udziałem ustanowionego obrońcy (art. 301 k.p.k.), przysługuje mu prawo do odmowy składania wyjaśnień i odpowiedzi na pytania (art. 300 k.p.k.). Dalej zatem może nastąpić ograniczenie jego kontaktów z ustanowionym obrońcą, jednakże przysługują mu szerokie gwarancje dotyczące innych elementów prawa do obrony.

Wydaje się również, że pomimo formalnego charakteru zarzutu sformułowanego przez wnioskodawcę (brak sprecyzowania kryteriów ograniczania poufności rozmowy zatrzymanego z adwokatem) dopuszczalne jest badanie

konstytucyjności zakwestionowanego przepisu w oparciu o dalsze – niż tylko wymóg ustawowego ograniczania korzystania z konstytucyjnych praw i wolności.

Należy zatem raz jeszcze podkreślić, że – pomimo innych przesłanek stosowania – zatrzymanie zostało normatywnie powiązane z tymczasowym aresztowaniem (niezależnie od występujących podobieństw pomiędzy tymi instytucjami). Skoro w ciągu pierwszych 14 dni od chwili aresztowania oskarżonego (podejrzanego) dopuszczalne jest zastrzeżenie prokuratorskie, że on lub osoba przez niego wyznaczona będzie obecna przy widzeniu aresztanta ze swoim obrońcą, to tym bardziej zastrzeżenie takie musi być możliwe po zatrzymaniu, a przed zastosowaniem tymczasowego aresztowania. Może bowiem ono zadecydować o powodzeniu ścigania karnego osoby zatrzymanej (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania...*, s. 1096). Jednocześnie nie wydaje się by przedmiotowa regulacja stanowiła nieproporcjonalne ograniczenie prawa do obrony. Jak bowiem zauważył Trybunał w wyroku z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02: „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”. Przy ocenie konstytucyjności art. 245 k.p.k. nie można zatem pomijać zapatrywań Trybunału Konstytucyjnego na zgodność z Konstytucją art. 73 § 2 k.p.k. Jak wskazał Trybunał: "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)". Odnosząc powyższe do problematyki zatrzymania należy zauważyć, że pomimo braku wskazania w art. 245 k.p.k. na np. wyjątkowe okoliczności w jakich może nastąpić ograniczenie poufności rozmowy zatrzymanego z adwokatem ustawodawca nie naruszył konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Jakkolwiek w przypadku zatrzymania dochodzi do realizacji prawa do obrony, to szczególny charakter tej

instytucji uzasadnia przedmiotowe ograniczenie. Ustawodawca wążąc z jednej strony interesy zatrzymanego (w tym jego prawo do obrony) z drugiej zaś dobro postępowania karnego dopuścił możliwość ograniczenia poufności kontaktu zatrzymanego z adwokatem. W tym miejscu należy przypomnieć, że faza postępowania przygotowawczego (w realiach przedmiotowej sprawy może to dotyczyć samego jej początku) cechuje się ograniczeniem zasady kontradyktoryjności na rzecz inkwizycyjności postępowania. W przedmiotowej sprawie dochodzi do ograniczenia prawa do obrony, nie jest to jednak ingerencja w istotę tego prawa (zob. wyrok TK 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Z uwagi natomiast na krótkotrwały charakter dopuszczalności tego rodzaju ograniczeń (wypada podkreślić, że kilkukrotnie dłuższy, 14-dniowy okres ograniczenia poufności rozmów tymczasowo aresztowanego z obrońcą również uznawany jest za krótkotrwały) nie wydaje się szczególnie zasadne wprowadzenie dodatkowych przesłanek dopuszczalności przedmiotowego ograniczenia. Należy mieć przy tym na uwadze, że Trybunał Konstytucyjny jest sądem prawa i możliwe nadużycia organów procesowych (utrudnianie samego nawiązania kontaktów zatrzymanego z adwokatem, wprowadzanie zatrzymanego w błąd co do jego sytuacji procesowej przed umożliwieniem mu rozmowy z adwokatem) nie powinny rzutować na ocenę konstytucyjności zaskarżonego przepisu. W tym kontekście należy uznać, że zatrzymanemu (w tym jeszcze przed postawieniem zarzutów) przysługują określone gwarancje procesowe, których nie przekreśla możliwość ograniczenia poufności rozmowy z adwokatem w brzmieniu określonym w art. 245 k.p.k.

Podsumowując, nie wydaje się by uzupełnienie normy prawnej o przesłanki stosowania przedmiotowego ograniczenia (które, zważywszy na regulacje dotyczące ograniczenia poufności kontaktów z obrońcą tymczasowo aresztowanego, cechowałyby się wysokim stopniem ogólności) w istotny sposób wpływało na realizację konstytucyjnego prawa do obrony. Wobec powyższego należy przypomnieć, że zasadą obowiązującą w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym jest domniemanie zgodności przepisów z ustawą zasadniczą.

Zatem w kontekście konstytucyjnej zasady proporcjonalności przyznanie organowi zatrzymującemu możliwości zastrzeżenia swojej obecności nawet przy niewskazaniu, że może nastąpić w np. szczególnych okolicznościach wydaje się nie naruszać standardu konstytucyjności. Ponadto trudno jednoznacznie wskazać, że z punktu widzenia celów do jakich osiągnięcia ma prowadzić przedmiotowa regulacja

wskazanie w ustawie przesłanek ograniczenia prawa do obrony w przypadku zatrzymania pozwoliłoby na mniej uciążliwe dla jednostki ograniczenie w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności.

Wobec powyższego należy wskazać na następujące okoliczności.

Po pierwsze ograniczenie poufności rozmów zatrzymanego z adwokatem na podstawie zaskarżonego przepisu może być realizowane w bardzo krótkim czasie (maksymalnie 72 godzin). W – co do zasady – tak wczesnej fazie postępowania, która cechuje się zwiększeniem uprawnień organów procesowych nie wydaje się celowe wprowadzanie dodatkowych przesłanek dopuszczalności przedmiotowego ograniczenia.

Po drugie rola adwokata działającego w sprawie na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. nie jest w pełni tożsama z rolą ustanowionego obrońcy. Jakkolwiek w obu przypadkach należy mówić o udziale adwokata w realizowaniu prawa do obrony, to przy ocenie konstytucyjności ograniczeń w korzystaniu z tego prawa (ograniczenie nie kontaktu, a poufności rozmowy z adwokatem, który nie musi być obrońcą występującym w sprawie) należy wziąć powyższe pod uwagę (tym bardziej, że kontakt z adwokatem następuje na żądanie zatrzymanego).

Po trzecie – w świetle jednoznacznego poglądu sądu konstytucyjnego – ograniczenie poufności kontaktów tymczasowo aresztowanego z obrońcą nie stanowi przeszkody w przygotowaniu obrony (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Wydaje się zatem, że sytuacja zatrzymanego (któremu być może jeszcze nie postawiono zarzutów) nie wymaga szczególnych przesłanek (innych niż dobro konkretnego postępowania rozważane przez zatrzymującego zastrzegającego swoją obecność).

Po czwarte należy pamiętać, że w art. 73 § 1 wyrażono generalną zasadę, że oskarżony może porozumiewać się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób. Odnośnie do zatrzymania ustawodawca nie wyraził *explicite* analogicznej zasady. Wypada przy tym przypomnieć, że obowiązujące regulacje w zakresie kontaktów zatrzymanego z adwokatem stanowią istotną nowość w stosunku do poprzednio obowiązującego kodeksu postępowania karnego. Do chwili wejścia w życie art. 245 § 1 k.p.k. zatrzymany nie miał w trakcie trwania zatrzymania żadnej możliwości uzyskania pomocy prawnej ze strony adwokata. Obowiązujące przepisy poszerzają zatem uprawnienia zatrzymanego, stanowiąc realizację wcześniejszych

postulatów przedstawicieli doktryny prawa (zob. A. Ludwiczek, *Sytuacja prawna adwokata...*, s. 104 wraz z przywołanym tam piśmiennictwem).

Wobec powyższego Sejm wnosi o uznanie, że art. 245 § 1 k.p.k. w części zawierającej słowa „; zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny”, jest zgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

8. Na marginesie niniejszego pisma i niezależnie od przeprowadzonego wyводу należy dla porządku odnotować projektowane zmiany w prawie europejskim dotyczące kontaktów osób podejrzanych i oskarżonych z obrońcami. Powyższe kwestie mają zostać uregulowane w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym oraz prawa do powiadomienia osoby trzeciej o zatrzymaniu. W stosownym wniosku Komisji Europejskiej (KOM[2011] 326) zawierającym projekt ww. dyrektywy wskazuje się, że: „Ponieważ zapewnienie poufności komunikacji między osobą podejrzaną lub oskarżoną a jej adwokatem ma kluczowe znaczenie dla skutecznego korzystania z prawa do obrony, państwa członkowskie powinny być zobowiązane do utrzymania i zabezpieczenia poufności spotkań między adwokatem a klientem oraz wszelkich innych form komunikacji dopuszczalnych na mocy przepisów krajowych. Nie powinno być żadnych wyjątków od zasady poufności” (motyw 14 uzasadnienia dyrektywy). Przytaczane fragmenty wniosku Komisji Europejskiej nie wpływają jednak w żaden sposób na ocenę konstytucyjności zaskarżonego przepisu.

MARSZAŁEK SEJMU



Ewa Koppacz