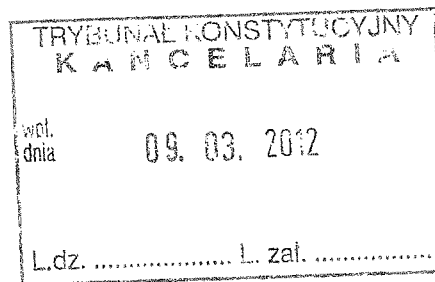




PG VIII TK 3/12
(K 37/11)



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich „o stwierdzenie niezgodności art. 245 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) w części zawierającej słowa „;zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny” z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”

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

przedstawiam następujące stanowisko:

art. 245 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), w części zawierającej wyrazy: „zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny”, jest zgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

UZASADNIENIE

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej także: Wnioskodawca) zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie niezgodności z art. 42 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji artykułu 245 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm., dalej: k.p.k.) w części dotyczącej brzmienia tej normy po średniku.

Zaskarżony przepis, wraz z kwestionowanym przez Wnioskodawcę fragmentem, stanowi: „Art. 245. § 1. Zatrzymanemu na jego żądanie należy niezwłocznie umożliwić nawiązanie w dostępnej formie kontaktu z adwokatem, a także bezpośrednio z nim rozmowę; **zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny**”.

Wnioskodawca, w oparciu o poglądy doktryny i orzecznictwo Sądu Najwyższego, zakłada w pierwszej kolejności, że, określone w art. 245 § 1 k.p.k., prawo osoby zatrzymanej do kontaktu z adwokatem stanowi realizację na poziomie ustawy konstytucyjnego prawa do obrony, pomimo tego że adwokat udzielający osobie zatrzymanej pomocy prawnej nie jest jeszcze jej formalnym obrońcą. Wychodząc z tego założenia, Wnioskodawca koncentruje się na tym fragmencie zaskarżonego przepisu, który umożliwia obecność zatrzymującego podczas bezpośredniej rozmowy osoby zatrzymanej z adwokatem, ale bez równoczesnego uzależnienia przez ustawodawcę decyzji w tym zakresie od ziszczenia się jakichkolwiek warunków i bez wskazania, że obecność taka powinna mieć wyjątkowy charakter. Wątpliwości co do zgodności tej regulacji z art. 42 ust. 2 Konstytucji Wnioskodawca uzasadnia w następujący sposób: „[u]stawodawca nie wywiązał się z konstytucyjnego obowiązku określenia w ustawie wyraźnego konturu wprowadzanego ograniczenia w korzystaniu z prawa do obrony. 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. W praktyce to od woli organu zatrzymującego zależy jedynie, czy owa zasada poufności zostanie naruszona. Organ ten nieograniczony postanowieniami ustawy, dowolnie może kształtować relacje pomiędzy adwokatem a zatrzymanym” (str. 9 uzasadnienia wniosku). W nawiązaniu do drugiego z powołanych wzorców kontroli, a mianowicie art. 31 ust. 3 Konstytucji, Wnioskodawca zarzuca kwestionowanej regulacji, że „[u]stawodawca [...] nie podjął nawet próby uczynienia zadość zasadzie proporcjonalności choćby poprzez zamieszczenie w treści art. 245 § 1 k.p.k. stwierdzenia o wyjątkowym charakterze zastrzeżenia obecności zatrzymującego podczas bezpośredniej rozmowy zatrzymanego z adwokatem”, co – zdaniem Wnioskodawcy – jest wynikiem błędnego przyjęcia przez ustawodawcę, „[ż]e materia będąca przedmiotem regulacji w art. 245 § 1 k.p.k. pozostaje poza zakresem konstytucyjnie chronionych praw jednostki” (str. 10-11 uzasadnienia wniosku). W końcowym fragmencie wniosku Rzecznik Praw Obywatelskich, starając się uwypuklić skutki kwestionowanej regulacji w perspektywie braku gwarancji interesów zatrzymanego, który zostaje przesłuchany w czasie trwania zatrzymania, wyraża pogląd: „Wysłuchanie zatrzymanego oraz obowiązek zaprotokołowania jego oświadczeń oznacza, iż z punktu widzenia prowadzonego postępowania już w fazie zatrzymania staje się on osobowym źródłem informacji dla organu prowadzącego to postępowanie. Nieskrępowany kontakt z adwokatem nabiera w tej sytuacji szczególnego znaczenia, pozwala on bowiem zatrzymanemu zrozumieć, jakie znaczenie prawne z punktu widzenia prowadzonego postępowania będą miały jego wypowiedzi oraz składane przez niego oświadczenia” (str. 11 uzasadnienia wniosku).

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

Precyzując istotę prawa określonego w tej normie konstytucyjnej, Trybunał Konstytucyjny stwierdził w wyroku z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02: „Konstytucyjne prawo do obrony należy rozumieć szeroko, jest ono bowiem nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale też elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego. Prawo to przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego (w praktyce od chwili przedstawienia zarzutów) aż do wydania prawomocnego wyroku, obejmuje również etap postępowania wykonawczego. Prawo do obrony w procesie karnym ma wymiar materialny i formalny. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych). Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu. Obrońca jest pełnomocnikiem oskarżonego, jego procesowym przedstawicielem, a jego głównym zadaniem jest ochrona oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony. Charakter działań obrońcy determinowany jest interesem prawnym oskarżonego, dla którego ochrony przepisy procedury karnej przewidują szereg koniecznych uprawnień” (OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7, str. 115).

Prawo do obrony, określone w art. 42 ust 2 Konstytucji, nie jest prawem absolutnym i może podlegać ograniczeniom. Art. 31 ust. 3 Konstytucji określa przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela. W aspekcie formalnym przepis ten wymaga, by ograniczenia te były ustanawiane tylko w ustawie, a w aspekcie materialnym

– dopuszcza ustanawianie tylko takich ograniczeń, które nie naruszają istoty danej wolności lub prawa podmiotowego, i tylko wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Zasada proporcjonalności, wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji, nakazuje, aby spośród skutecznych środków, ograniczających korzystanie z wolności i praw, wybierać środki najmniej uciążliwe dla jednostki. Przepis wprowadzający ograniczenie jest niezgodny z Konstytucją, jeżeli te same efekty można osiągnąć za pomocą środków, które w mniejszym zakresie ograniczają korzystanie z wolności lub prawa podmiotowego. Innymi słowy – stosownie do zasady proporcjonalności, proklamowanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji, „ograniczenia wolności i praw są dopuszczalne, jeżeli: 1) wprowadzona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (jest przydatna); 2) regulacja ta jest wymagana do ochrony interesu publicznego, któremu służy (jest niezbędna); a ponadto 3) jej korzyści pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu)” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108, str. 1104).

Znacznie wcześniej, bo już w wyroku z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P. 2/98, Trybunał Konstytucyjny podniósł, że „[p]rzesłanka „konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie”, sformułowana w art. 31 ust. 3 Konstytucji, stanowi w pewnym sensie odpowiednik wypowiedzianych w orzecznictwie Trybunału postulatów kształtujących treść zasady proporcjonalności. Z jednej strony stawia ona każdorazowo przed prawodawcą wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w konkretnym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś – winna być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, czyli rzeczywiście służące realizacji zamierzonych celów.

Ponadto chodzi tutaj o środki niezbędne w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób, albo w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to także skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa i wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi zatem pozostawać w racjonalnej i właściwej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie” (OTK ZU nr 1/1999, poz. 2, str. 18).

Zatrzymanie osoby jest środkiem przymusu, polegającym na krótkotrwałym pozbawieniu wolności. Krótkotrwałość tej formy pozbawienia wolności określa wprost art. 41 ust. 3 Konstytucji, z którego wynika (zdanie 2), że zatrzymany powinien być w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania przekazany do dyspozycji sądu. Wykroczenie poza granicę tego sztywnego terminu jest niedopuszczalne. Jeżeli ustanie przyczyna zatrzymania, a także jeżeli, w ciągu 48 godzin od chwili zatrzymania, zatrzymany nie zostanie przekazany przez uprawniony organ do dyspozycji sądu wraz z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania, należy go natychmiast zwolnić (art. 248 § 1 k.p.k.). Z kolei procedura przed sądem, w ramach której badana jest zasadność wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, musi być zakończona w ciągu najdalej 24 godzin od przekazania zatrzymanego (będącego już podejrzanym) do dyspozycji sądu, co wynika z art. 41 ust. 3 zd. 3 Konstytucji, a na poziomie ustawy – z art. 248 § 2 k.p.k. Dodatkową ważną gwarancję przewiduje art. 248 § 3 k.p.k., który stanowi, że ponowne zatrzymanie osoby podejrzanej na podstawie tych samych faktów i dowodów jest niedopuszczalne.

W piśmiennictwie wyróżnia się, na gruncie ustawodawstwa polskiego, dwa rodzaje zatrzymań: „[z]atrzymanie procesowe, czyli dokonywane w celach określonego postępowania, w tym i karnoprosowe, normowane w k.p.k. oraz tzw. zatrzymanie pozaprosowe, zwane też porządkowym, dokonywane bez

związku z określonym postępowaniem i następujące z innych ustawowo określonych powodów, wskazanych w normach ustaw szczególnych” (T. Grzegorzcyk, uwagi ogólne do Rozdziału 27 k.p.k. pt. „Zatrzymanie” [w:] *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, str. 531). Cytowany Autor stwierdza dalej: „Zatrzymanie karnoprosesowe występuje na gruncie kodeksu w postaci: a) tzw. ujęcia obywatelskiego (art. 243), b) zatrzymania *sensu stricto* (art. 244) i c) zatrzymania w celu doprowadzenia na zarządzenie sądu lub prokuratora (art. 75 i 247)” (str. 532). Należy jednak zaznaczyć, że przepis kwestionowany przez Wnioskodawcę w niniejszej sprawie nie dotyczy bezpośrednio tzw. ujęcia obywatelskiego, albowiem, w świetle art. 243 § 2 k.p.k., osobę ujętą należy niezwłocznie oddać w ręce Policji, która dopiero podejmuje decyzję o ewentualnym formalnym zatrzymaniu, ale po stwierdzeniu przesłanek wymienionych w art. 244 k.p.k. i na podstawie tego właśnie przepisu. Tak więc obowiązek zapewnienia zatrzymanemu kontaktu i bezpośredniej rozmowy z adwokatem, niebędącym jeszcze obrońcą, dotyczy tych postaci zatrzymania procesowego, o których mówi art. 244, a także art. 247 k.p.k., umożliwiające zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej, która nie ma jeszcze statusu podejrzanego. W pewnym także stopniu obowiązek, o którym mowa w poddanym kontroli przez Wnioskodawcę art. 245 § 1 k.p.k., dotyczyć może sytuacji określonej w art. 75 § 2 k.p.k. – wówczas, gdy zatrzymanie i sprowadzenie przymusowe następuje wobec już wprawdzie oskarżonego (podejrzanego), ale który – pozostając na wolności – nie ma obrońcy.

Art. 244 k.p.k. określa, w § 1, trzy rodzaje przesłanek, które warunkują dopuszczalność zatrzymania osoby: 1) uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo; 2) obawa ucieczki lub ukrycia się tej osoby albo zatarcia śladów przestępstwa bądź też brak możliwości ustalenia jej tożsamości (te przesłanki mogą występować alternatywnie); albo 3) istnienie przesłanek do

przeprowadzenia przeciwko tej osobie postępowania w trybie przyspieszonym (*vide* art. 517b § 1 k.p.k., dopuszczający ten tryb w stosunku do niektórych przestępstw, jeśli sprawca został ujęty na gorącym uczynku ich popełnienia lub bezpośrednio potem), przy czym w tym ostatnim wypadku legalność i zasadność zatrzymania nie jest uzależniona od obawy ucieczki, ukrycia się czy zatarcia śladów (por. T. Grzegorzczak, *op. cit.*, str. 535). Z kolei, w § 1a i 1b, dodanych do art. 244 k.p.k, z mocą od dnia 1 sierpnia 2010 r., przez art. 6 pkt 1 ustawy z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 125, poz. 842), powiązано zatrzymanie (fakultatywne lub obligatoryjne, w zależności od sposobu działania sprawcy) z konkretnym, wymienionym w tych przepisach przestępstwem z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej.

Istotne znaczenie, w aspekcie otoczenia prawnego, w którym występuje przepis zaskarżony przez Rzecznika Praw Obywatelskich w Jego wniosku, ma to, iż ustawodawca, oprócz sprecyzowania przesłanek warunkujących dopuszczalność zatrzymania, nałożył na organ zatrzymujący konkretne obowiązki i przyznał zatrzymanemu konkretne prawa, których łączne funkcjonowanie przeciwdziałać ma arbitralności organu zatrzymującego. Do obowiązków tych i praw należą: poinformowanie zatrzymanego o przyczynach zatrzymania i o przysługujących mu prawach, w tym o prawie do skorzystania z pomocy adwokata, oraz wysłuchanie zatrzymanego (art. 244 § 2 k.p.k.); sporządzenie przez zatrzymującego protokołu z zatrzymania z podaniem jego imienia, nazwiska i funkcji oraz wpisaniem dokładnego czasu zatrzymania (w tym, oprócz daty, również godziny zatrzymania) i podaniem, o jakie przestępstwo podejrzewa się zatrzymanego; do protokołu tego „należy także wciągnąć” złożone przez zatrzymanego oświadczenia oraz zaznaczyć udzielenie mu informacji o przysługujących prawach z jednoczesnym doręczeniem zatrzymanemu odpisu tego protokołu (art. 244 § 3 k.p.k.). O zatrzymaniu należy zawiadomić prokuratora (art. 244 § 4 k.p.k.), który, w myśl art. 256 k.p.k.,

sprawuje nadzór m.in. nad prawidłowością zatrzymania i z tego tytułu władny jest zarządzić zwolnienie zatrzymanego, jeśli uzna, że zatrzymania dokonano z naruszeniem prawa (*vide* także § 190 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. Nr 49, poz. 296 ze zm.)), który szczegółowo określa zakres kontroli prokuratora w przedmiocie zatrzymania osoby w postępowaniu przygotowawczym przez Policję i inne uprawnione organy). Zgodnie z art. 246 § 1 k.p.k., zatrzymanemu przysługuje zażalenie do sądu, w którym to zażaleniu może on domagać się zbadania zasadności, legalności oraz prawidłowości jego zatrzymania. I wreszcie – w wypadku niewątpliwie niesłusznego zatrzymania zatrzymanemu przysługuje odszkodowanie i zadośćuczynienie (art. 552 § 4 k.p.k.).

Wymienione wyżej przesłanki dopuszczalności zatrzymania osoby, znacznie zawężające swobodę organu zatrzymującego, a ponadto ustanowienie katalogów, obejmujących, z jednej strony – obowiązki nałożone na organ zatrzymujący, a z drugiej – prawa służące osobie już zatrzymanej, uzasadniają przyjęcie, że ustawodawca zadbał, od strony prawnej, o to, by instytucja procesowego zatrzymania – choć w krótkim tylko czasie znoszącego wolność osobistą – ograniczona była do niezbędnych wypadków.

Wnioskodawca zdaje się jednak uważać, że katalog przedstawionych wyżej gwarancji, towarzyszących zatrzymaniu osoby podejrzewanej o popełnienie przestępstwa, nie jest wystarczający w kontekście konstytucyjnego prawa do obrony w tym zakresie, że zaskarżony przezeń art. 245 § 1 k.p.k. „nie określa sytuacji”, w których zatrzymujący może zastrzec swą obecność podczas bezpośredniej rozmowy zatrzymanego z adwokatem, przez co „zatrzymujący może w sposób dowolny i nie podlegający zewnętrznej weryfikacji kształtować treść przysługującego zatrzymanemu prawa do obrony” (str. 6 i 7 uzasadnienia wniosku).

Przed merytorycznym ustosunkowaniem się do zarzutu Wnioskodawcy wypada podzielić słuszność Jego założenia, że wzorcem kontroli zaskarżonego przepisu może być w niniejszej sprawie art. 42 ust. 2 Konstytucji. Należy bowiem uwzględnić, że pomimo tego, iż osoba zatrzymana nie jest – w pierwszej fazie trwania tego środka przymusu i do czasu postawienia jej zarzutu – podejrzanym w rozumieniu art. 71 § 1 k.p.k, uprawnionym do ustanowienia obrońcy, to jednak, jak wcześniej wspomniano, zatrzymanie procesowe tej osoby uwarunkowane jest konieczną przesłanką „uzasadnionego przypuszczenia, że popełniła ona przestępstwo”, i w związku z tym już samo jej zatrzymanie, a tym bardziej następujące po nim, przed formalnym postawieniem zarzutu, niezbędne czynności w celu uprawdopodobnienia tego przypuszczenia, uprawniają tezę, że czynności te inicjują stadium postępowania przeciwko osobie, w świetle powołanej normy konstytucyjnej. Jednocześnie w tej kwestii wypowiedział się także Sąd Najwyższy, stwierdzając w wyroku z dnia 9 lutego 2004 r., sygn. akt V KK 194/03: „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 nie formalne przedstawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie określonej osoby, czyni ją podmiotem prawa do obrony” (źródło: LEX nr 110658). Wykładnia taka idzie dalej niż prezentowany przez Trybunał Konstytucyjny, w cytowanym wcześniej wyroku z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02, pogląd (powtarzany w późniejszych orzeczeniach) zakładający, że prawo do obrony przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego, a w praktyce – od chwili przedstawienia zarzutu. Należy jednak wziąć pod uwagę, że adwokat (niebędący jeszcze formalnym obrońcą), z którym kontakt ustawodawca zapewnił w art. 245 § 1 k.p.k. osobie zatrzymanej, jest podmiotem, który – w fazie zatrzymania, poprzedzającej

wszczenie postępowania i postawienie zatrzymanemu zarzutu popełnienia przestępstwa – może podejmować działania wyłącznie w interesie zatrzymanego. W istocie więc, już choćby przez poinstruowanie zatrzymanego, by powstrzymał się on od składania oświadczeń do czasu postawienia mu zarzutu czy też jego pisemnego uzasadnienia, adwokat, o którym mowa w zaskarżonym przepisie, wykonuje *de facto* wstępne czynności obrończe i taki jest cel gwarancji jego kontaktu z zatrzymanym. Tezie tej nie można zatem przeciwstawiać powyższego poglądu Trybunału Konstytucyjnego, skoro gwarancja, dana zatrzymanemu przez ustawodawcę w omawianym przepisie, poszerzać ma zakres prawa do obrony, w stopniu jeszcze większym niż definiował to Trybunał.

Nie można natomiast zaakceptować zarzutu Wnioskodawcy, że zastrzeżenie zatrzymującego o jego obecności przy rozmowie zatrzymanego z adwokatem nadmiernie i bez zachowania zasady proporcjonalności ogranicza prawo do obrony.

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

teza 6, str. 996 i powołany tam P. Hofmański [w:] *U progu nowych kodyfikacji*, str. 306). W dalszym fragmencie Autorzy uznają jednak za zrozumiałe, w kontekście art. 73 § 2 i 4 k.p.k., zastrzeżenie przewidziane w art. 245 § 1 k.p.k., argumentując: „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” (*op. cit.*, teza 9, str. 997 i powołane tam piśmiennictwo).

Logiczność tego ostatniego argumentu nie powinna budzić zastrzeżeń. Warto w związku z tym powołać się na wskazany wcześniej wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02, którym orzeczono o zgodności art. 73 § 2 k.p.k. z art. 42 ust. 2 i art. 78 Konstytucji. W uzasadnieniu tego wyroku Trybunał stwierdził: „Treść art. 73 § 2 k.p.k. mieści się w wyznaczonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji granicach ustanawiania ograniczeń w korzystaniu z wolności i praw. Uznać trzeba, że ograniczenie prawa oskarżonego do porozumiewania się z jego obrońcą pod nieobecność innych osób – w kształcie unormowanym przepisami Kodeksu – nie stanowi nadmiernej ingerencji w prawo do obrony. Wynika to przede wszystkim z krótkotrwałego – bo zaledwie 14-dniowego okresu, w którym prokurator może ograniczyć swobodę kontaktów oskarżonego z obrońcą. Ograniczenie to nie może mieć zasadniczego wpływu na sytuację procesową oskarżonego i nie stanowi przeszkody w przygotowywaniu obrony. Faktycznie bowiem obrona ta – zarówno w sensie materialnym jak i formalnym – jest realizowana i nie ma żadnych przeszkód w kontakcie oskarżonego i jego obrońcy, a jedyne ograniczenie dotyczy jawnej obecności osoby trzeciej (nie są zatem stosowane środki techniki operacyjnej). Z tych względów uznać należy art. 73 § 3 k.p.k. [powinno być: art. 73 § 2 k.p.k. – przyp. wł.] za zgodny

z art. 42 ust. 2 Konstytucji. [...] Zarządzenie ograniczające swobodę porozumiewania się oskarżonego z obrońcą podczas nieobecności innych osób musi być uzasadnione ważnym interesem toczącego się postępowania. Ma ono istotne znaczenie zwłaszcza we wstępnej fazie postępowania, gdy zachodzi obawa matactwa albo konieczność sprawdzenia alibi” (*op. cit.*, str. 117 – 118).

Z. Gostyński i S. Zabłocki, opierając się na przykładach orzecznictwa strasburskiego, wyrazili pogląd: „Zastrzeżenie, jakie uczyniono w § 2 komentowanego art. 73 k.p.k., gdy uwzględni się z kolei ograniczenie przewidziane w § 4, nie narusza standardu konwencyjnego. Także w orzecznictwie strasburskim wyrażano bowiem poglądy, iż przepis art. 6 ust. 3 lit. b nie gwarantuje oskarżonemu prawa do kontaktowania się z obrońcą w każdym czasie i prawa wymieniania bez żadnych ograniczeń poufnych informacji (zob. decyzje w sprawie *Bonzi v. Szwajcaria* z 12 VII 1978 r., skarga nr 7854/77, DR 12/185, oraz w sprawie *Kröcher i Möller v. Szwajcaria* z 9 VII 1981 r., skarga nr 8463/78, DR 26/24 – w tej ostatniej ograniczenie częstotliwości wizyt do dwóch w tygodniu, wymóg wcześniejszego uprzedzenia władz o zamiarze odbycia wizyty, oddzielenie podejrzanego od obrońcy szklaną szybą oraz zakaz wnoszenia magnetofonu zostały uznane za dopuszczalne). Z punktu widzenia okresu „karencyjnego”, przyjętego w § 2, szczególną uwagę należy zwrócić na decyzje w sprawach *Kröcher i Möller v. Szwajcaria* oraz *Schertenleib v. Szwajcaria* z 12 VII 1979 r., skarga nr 8338/78, DR 17/180, w których początkowy całkowity zakaz wizyt adwokatów w okresie 3 tygodni, kiedy oskarżeni przebywali w celach izolacyjnych, został uznany za uzasadniony interesem publicznym i względami bezpieczeństwa, oraz orzeczenie w sprawie *Alimena v. Włochy* z 19 II 1991 r., A.195. Innego rodzaju ograniczenie w zakresie kontaktów adwokata z aresztowanym oskarżonym dopuszczono w decyzji w sprawie *Kurup v. Dania* z 10 VII 1985 r., skarga nr 11219/84, DR 42/287, gdy to zakazano adwokatowi dyskusowania z klientem o zeznaniach świadka, który w celu zachowania anonimowości był

przesłuchiwany pod nieobecność oskarżonego” (komentarz do art. 73 k.p.k. [w:] J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński (red.), S. Przyjemski, R. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC, 2003, tom I, str. 522).

Autorzy cytowanego wcześniej komentarza do k.p.k. (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek), oceniając znaczenie 14-dniowego terminu, stanowiącego maksymalną granicę stosowania zastrzeżeń przewidzianych w art. 73 § 2 i 3 k.p.k., stwierdzają: „To nowe rozwiązanie służyć ma z jednej strony urealnieniu prawa do obrony, z drugiej zaś powinno oddziaływać dyscyplinująco na organy prowadzące postępowanie przygotowawcze, które w ciągu pierwszych 14 dni od chwili zatrzymania powinny przeprowadzić te czynności dowodowe, które w największym stopniu obciążone są ryzykiem matactwa” (*op. cit.*, str. 379).

Jeśli więc przyjmie się – na gruncie niniejszej sprawy – że kontakt z adwokatem osoby zatrzymanej w związku z uzasadnionym przypuszczeniem, iż popełniła ona przestępstwo, początkuje szeroko rozumiane prawo do obrony, to – w świetle powyższych poglądów orzecznictwa i doktryny – nieuprawniony staje się postulat, by kontakt ten był nieskrępowany obecnością zatrzymującego, skoro analogiczne ograniczenie, uznane za zgodne z Konstytucją, dopuszczalne jest, na podstawie art. 73 § 2 k.p.k., w okresie nawet 14 dni od daty zatrzymania. Należy dodać, że w praktyce zastrzeżenie, o którym mowa w art. 245 § 1 *in fine* k.p.k., funkcjonuje zwykle w okresie krótszym niż cały okres zatrzymania, albowiem z chwilą postawienia zatrzymanemu zarzutu [w formie postanowienia lub – jak w przypadku dochodzenia – powiadomienia o treści zarzutu wpisanego do protokołu przesłuchania (art. 325g § 2 k.p.k.)] przystępuje się do przesłuchania zatrzymanego mającego już status podejrzanego, a w przesłuchaniu takim, zgodnie z art. 301 k.p.k., ma prawo uczestniczyć, na żądanie podejrzanego, ustanowiony przezeń obrońca. W razie zgłoszenia

takiego żądania organ procesowy musi je uwzględnić. Inny jest także wówczas, od ustalonego w przepisach dotyczących osoby zatrzymanej, katalog pouczeń podejrzanego, określony w art. 300 § 1 k.p.k. Udział obrońcy w przesłuchaniu podejrzanego, przed zastosowaniem każdego środka zapobiegawczego, gwarantuje dodatkowo art. 249 § 3 k.p.k., co więcej – jeśli środkiem tym jest tymczasowe aresztowanie, podejrzany i jego obrońca mają prawo, co do zasady, do zapoznania się z aktami sprawy w części zawierającej dowody wskazane przez prokuratora we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania (art. 156 § 5a k.p.k.). Jeśli natomiast – teoretycznie rzecz ujmując – doszłoby do uzyskania przez zatrzymującego oświadczenia osoby zatrzymanej i wpisania tego oświadczenia do protokołu zatrzymania jeszcze przed skontaktowaniem się zatrzymanego z adwokatem, to wówczas odpowiednie zastosowanie w trakcie dalszego postępowania może mieć, przewidziany w art. 174 k.p.k., zakaz zastępowania dowodu z wyjaśnień oskarżonego lub z zeznań świadka treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych.

Powołane regulacje, uwzględniające pewien porządek chronologiczny, prowadzą do konkluzji, że zatrzymany, który nie korzysta z możliwości złożenia jakiegokolwiek oświadczenia w związku z jego zatrzymaniem, nie jest źródłem niekorzystnych dla siebie informacji, bo do złożenia takiego oświadczenia nie można go, co oczywiste, zmusić. Jeśli zatrzymany zostaje następnie, w okresie zatrzymania, przesłuchany w charakterze świadka (czego nie da się wykluczyć w wyjątkowych, korzystnych dla zatrzymanego okolicznościach, które ujawniły się po zatrzymaniu), ustawodawca gwarantuje mu prawo uchylenia się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na skutek określony w art. 183 § 1 k.p.k. Jeśli natomiast dochodzi, w okresie zatrzymania, do postawienia zatrzymanemu zarzutu, uzyskuje on, już jako podejrzany, dalsze konkretne uprawnienia procesowe, z odmową wyjaśnień włącznie, a w przypadku wniosku o jego tymczasowe aresztowanie – do zapoznania się z częścią dowodów.

Informowanie zatrzymanego, czy później podejrzanego, o jego prawach należy, jak wspomniano wcześniej, do obowiązku organów procesowych, a obowiązek ten i skutki jego niedopełnienia określa wprost art. 16 k.p.k.

W istocie więc bezpośrednia rozmowa zatrzymanego z adwokatem, o której mowa w zaskarżonym art. 245 § 1 k.p.k., ma mieć na celu poinformowanie adwokata przez samego zatrzymanego o okolicznościach i przyczynach zatrzymania oraz ewentualne potwierdzenie przez adwokata osobie zatrzymanej udzielonych przez zatrzymującego pouczeń lub ich poszerzenie, w tym także uzgodnienie ewentualności złożenia zażalenia do sądu. Zagwarantowanie przez ustawodawcę tego kontaktu (niezwłocznego, co należy podkreślić) i bezpośredniej rozmowy zatrzymanego z adwokatem ma zarazem umożliwić zatrzymanemu, do czasu nawiązania tego kontaktu, powstrzymanie się od złożenia oświadczenia emocjonalnego i nieprzemyślanego, którego ryzyko wynikać może z samej czynności zatrzymania. Nie wydaje się, by aktywność adwokata w obrębie tych czynności mogła być w znaczącym stopniu hamowana obecnością zatrzymującego, skoro czynności te, w tym nawet zasugerowanie zatrzymanemu pasywnej czy raczej wyczekującej postawy do czasu skonkretyzowania zarzutu, nie są przez prawo zakazane. Z drugiej strony nie wydaje się natomiast zasadne upatrywanie w omawianym kontakcie (i wiązanie z nim) możliwości ustalenia szczegółowej linii obrony, skoro nie doszło jeszcze do postawienia zatrzymanemu zarzutu popełnienia przestępstwa i, tym bardziej, do pisemnego uzasadnienia tej decyzji.

Mając więc na uwadze zarysowany wyżej zakres pomocy prawnej, udzielanej przez adwokata zatrzymanemu przed postawieniem mu zarzutu, w który to zakres – jak starano się wcześniej wykazać – obecny przy rozmowie zatrzymujący nie może skutecznie ingerować, niecelowym byłoby uzależnienie przez ustawodawcę zastrzeżenia przewidzianego w art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. od wykazania „szczególnie uzasadnionego wypadku”. Kontakt bowiem i rozmowa, zapewnione w omawianym przepisie, służyć mają wprawdzie interesowi osoby

zatrzymanej i taki jest ich cel, ale – z drugiej strony – ów interes nie może dominować nad innymi wartościami, a w szczególności nie może kolidować z przesłanką bezpieczeństwa, uzasadniająca, na gruncie omawianego przepisu, ograniczenie prawa do obrony. Niezależnie od krótkotrwałości tego ograniczenia (zwłaszcza w kontekście powoływanego już art. 73 § 2 k.p.k., który przewiduje znacznie dłuższy okres ingerencji w prawo do obrony niż przewiduje to art. 245 § 1 k.p.k.), podnieść bowiem należy, że to na organie zatrzymującym, a nie na adwokacie, ciąży obowiązek zapewnienia ochrony przed możliwymi ze strony zatrzymanego ewentualnymi ekscesami. Wymaganie od zatrzymującego, by przy każdym zatrzymaniu szczegółowo badał, w aspekcie „szczególnie uzasadnionego wypadku”, ewentualność niebezpiecznego zachowania się zatrzymanego, byłoby wymaganiami nadmiernymi, niezwiązanymi bezpośrednio z celem zatrzymania i, co także istotne, pochłaniającymi krótki przecież czas trwania zatrzymania, którego przekroczenie jest niedopuszczalne. Dla porządku należy dodać, że ustawodawca, posługując się w zaskarżonym przez Wnioskodawcę przepisie zwrotem „może zastrzec”, dopuścił przecież możliwość nieskorzystania przez zatrzymującego z jego obecności przy rozmowie zatrzymanego z adwokatem, słusznie uznając jednak, że zatrzymujący odpowiada za bezpieczny przebieg czynności z udziałem zatrzymanego, a zatem, że to właśnie zatrzymujący oceniać ma potrzebę swej obecności przy takiej czynności.

Zwrócenia uwagi wymaga także, iż, postulowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich, rozbudowanie kwestionowanej normy byłoby wskazane wtedy, gdyby ograniczenie w korzystaniu z prawa lub wolności miało charakter stały lub długotrwały, nie zaś, gdy ograniczenie takie jest krótkotrwałe, liczone w godzinach. Nie ulega też wątpliwości, że sugestia Rzecznika, dająca się wyinterpretować z Jego wniosku, by rozmowa zatrzymanego z adwokatem, bez obecności zatrzymującego, była regułą, nie da się pogodzić z wieloma regulacjami Kodeksu postępowania karnego, które – dając organom

prowadzącym postępowanie przygotowawcze uprawnienia umożliwiające realizację zasady trafnej represji, określonej w art. 2 § 1 k.p.k. – ograniczają kontradykcyjność tego etapu postępowania karnego, zapewnioną w pełnym zakresie dopiero w postępowaniu jurysdykcyjnym. Innymi słowy – nieskrępowana obecnością zatrzymującego rozmowa zatrzymanego z adwokatem podważałaby sens regulacji ograniczających zakres i przebieg analogicznego kontaktu (porozumiewania się) na etapie późniejszym niż zatrzymanie, które to regulacje – gwarantujące wykonywanie prawa do obrony z ograniczeniami, nienaruszającymi jednak istoty tego prawa – umożliwić mają osiągnięcie celów postępowania karnego.

W świetle powyższych argumentów, kwestionowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich zastrzeżenie, przewidziane w art. 245 § 1 k.p.k., należy ocenić jako ograniczające wprawdzie konstytucyjne prawo do obrony, ale też jako konieczne i zgodne z zasadą proporcjonalności ograniczania praw i wolności, wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

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

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego

Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego

