

133/11/A/2012

WYROK

z dnia 11 grudnia 2012 r.

Sygn. akt K 37/11*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Wojciech Hermeliński – przewodniczący

Stanisław Biernat

Zbigniew Cieślak

Maria Gintowt-Jankowicz

Andrzej Rzepliński – sprawozdawca,

protokolant: Krzysztof Zalecki,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 11 grudnia 2012 r., wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

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,

o r z e k a:

I

Art. 245 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.) przez to, że nie wskazuje przesłanki, której zaistnienie uprawnia zatrzymującego do obecności przy rozmowie zatrzymanego z adwokatem, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

II

Przepis wymieniony w części I traci moc obowiązującą z upływem 12 (dwunastu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

UZASADNIENIE

I

1. W piśmie z 28 grudnia 2011 r. Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: wnioskodawca) wniósł o stwierdzenie niezgodności art. 245 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca

* Sentencja została ogłoszona dnia 21 grudnia 2012 r. w Dz. U. z 2012 r. poz. 1447.

1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.; dalej: k.p.k.) 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.

Wnioskodawca podkreślił, że w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego przepisy k.p.k. nadają zatrzymanemu szereg uprawnień mieszczących się w pojęciu prawa do obrony, które są realizowane w sytuacji uzasadnionego przypuszczenia popełnienia przestępstwa. W szczególności to nie formalne przedstawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie określonej osoby, czyni ją podmiotem prawa do obrony. Pogląd taki jest uzasadniony w świetle art. 178 pkt 1 k.p.k. – pomimo, że adwokat udzielający osobie zatrzymanej pomocy prawnej w trybie art. 245 § 1 k.p.k. nie jest obrońcą, to jednak w zakresie faktów, o których dowiedział się udzielając tej pomocy, istnieje bezwzględny zakaz dowodowy jego przesłuchania jako świadka. Dlatego prawo osoby zatrzymanej do kontaktu z adwokatem określone w art. 245 § 1 k.p.k. stanowi realizację na poziomie ustawy prawa do obrony, przewidzianego w art. 42 ust. 2 Konstytucji. Prawo to, zdaniem wnioskodawcy, należy odnosić także do początkowego stadium postępowania karnego – momentu zatrzymania osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa. Podjęcie decyzji o zatrzymaniu świadczy o istnieniu uzasadnionego przypuszczenia popełnienia przestępstwa, co aktualizuje gwarancje określone w art. 42 ust. 2 Konstytucji.

Zdaniem wnioskodawcy, zastrzeżenia konstytucyjne budzi to, że art. 245 § 1 k.p.k. nie określa sytuacji, w których może dojść do kontrolowanej rozmowy – rozmowy pomiędzy zatrzymanym i adwokatem w obecności zatrzymującego. Treść art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca pozostawił zatrzymującemu całkowitą swobodę decydowania o jego obecności podczas rozmowy adwokata z zatrzymanym. Swoboda ta i sposób jej wykorzystania nie podlega jakiejkolwiek weryfikacji, ponieważ decyzja o obecności zatrzymującego nie podlega zaskarżeniu. W rezultacie, w opinii wnioskodawcy, zatrzymujący może w sposób dowolny i niepodlegający zewnętrznej weryfikacji kształtować treść przysługującego zatrzymanemu prawa do obrony. Zastrzeżenie obecności jest przy tym bezwarunkowe i nie ma charakteru wyjątkowego.

Zdaniem wnioskodawcy, brak środka zaskarżenia decyzji o obecności zatrzymującego przesądza, że to na ustawodawcy ciąży obowiązek wyznaczenia wyraźnych granic ingerencji w to prawo. Równocześnie ustawodawca nie wywiązał się z obowiązku określenia granic ograniczenia prawa do obrony. W konsekwencji to od woli organu zatrzymującego zależy, czy zasada poufności pomiędzy zatrzymanym a adwokatem zostanie naruszona. Ponadto w opinii wnioskodawcy art. 245 § 1 k.p.k. nie chroni jednostki – w kontekście celu postępowania karnego – przed arbitralnością władzy. Celem bowiem tego postępowania jest nie tylko wykrycie i pociągnięcie do odpowiedzialności sprawcy, ale także to, aby osoba niewinna nie poniosła odpowiedzialności (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.).

Zdaniem wnioskodawcy, skoro ustawodawca w ogóle nie określił w art. 245 § 1 k.p.k. warunków ograniczenia prawa do obrony, to również niemożliwy do przeprowadzenia jest test proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie można bowiem zweryfikować przyczyn wprowadzenia tego ograniczenia i tym samym ustalić, czy osiągnięcie zakładanego celu byłoby możliwe przy zastosowaniu innych środków, mniej dotkliwych z punktu widzenia prawa do obrony.

W podsumowaniu wnioskodawca stanął na stanowisku, że art. 245 § 1 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 przez to, że zezwala organowi zatrzymującemu w sposób dowolny kształtować zakres przysługującego jednostce prawa do obrony.

Wnioskodawca w pełni podtrzymał swoje stanowisko w piśmie procesowym z 19 lipca 2012 r. Podkreślił w nim, że obecność zatrzymującego przy bezpośredniej rozmowie pomiędzy zatrzymanym a adwokatem stanowi ograniczenie prawa do obrony. Nieproporcjonalność tego ograniczenia wynika, zdaniem wnioskodawcy, z braku uregulowania przez ustawodawcę jego granic. Skutkuje to arbitralnością decyzji zatrzymującego. To on, a nie jak wymaga tego art. 31 ust. 3 Konstytucji ustawodawca, określa granice korzystania z prawa do obrony przez zatrzymanego.

2. W piśmie z 12 lipca 2012 r. stanowisko w sprawie w imieniu Sejmu zajął Marszałek Sejmu wnosząc o stwierdzenie, 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. Za podstawowy wzorzec kontroli konstytucyjnej w sprawie uznał art. 42 ust. 2 Konstytucji. Podkreślił, powołując się na poglądy doktryny, że użyty w tym przepisie 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. Za element prawa do obrony uznał gwarancję korzystania w procesie karnym z obrońcy. Zdefiniował także prawo do obrony w jego aspekcie materialnym i formalnym. Następnie przedstawił zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) w orzecznictwie Trybunału. Przechodząc do analizy zgodności, Marszałek Sejmu określił normatywny zakres stosowania instytucji zatrzymania. Przyjął też, że gwarancje konstytucyjnego prawa do obrony odnoszą się również do kontaktów zatrzymanego z adwokatem. Podkreślił, że kontakt zatrzymanego z adwokatem może decydować o dalszych losach postępowania i pomóc w prowadzeniu skutecznej obrony.

Marszałek Sejmu zbadał, czy obecność zatrzymującego przy rozmowie zatrzymanego z adwokatem może być uznana za ograniczenie tego prawa. Powołując się na stanowiska doktryny i orzecznictwo Trybunału udzielił pozytywnej odpowiedzi na to pytanie. Interpretując art. 245 § 1 k.p.k. w świetle art. 73 § 2 k.p.k. doszedł też do wniosku, że w przypadku zatrzymania, generalną zasadą powinna być bezpośrednia rozmowa zatrzymanego z adwokatem podczas nieobecności osób trzecich, a zastrzeżenie obecności zatrzymującego należałoby uznać za wyjątek. Rozważył także, czy badane ograniczenie w korzystaniu z prawa do obrony przez zatrzymanego można uznać za proporcjonalne w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji. Skonfrontował ograniczenie konstytucyjnego prawa do obrony z charakterem i celem instytucji zatrzymania i porównał z instytucją tymczasowego aresztowania. Przyjął, że ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności konstytucyjnych wydają się bardziej uzasadnione w przypadku tymczasowego aresztowania (m.in. ze względu na istnienie podejrzenia popełnienia przestępstwa) niż w wypadku zatrzymania. Następnie wskazał na okoliczności uzasadniające konstytucyjność art. 245 § 1 k.p.k. Zwrócił uwagę na krótkotrwałość ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnego prawa do obrony. Ponadto potwierdzenie lub uzupełnienie wiedzy zatrzymanej osoby podejrzanej w czasie rozmowy z adwokatem, o przysługujących jej uprawnieniach nie wyklucza obecność osób trzecich.

Podzielił także stanowisko prezentowane w doktrynie, że skoro w ciągu pierwszych 14 dni od chwili aresztowania oskarżonego (podejzranego) dopuszczalne jest zastrzeżenie prokuratorskie, że on lub osoba przez niego wyznaczona będzie obecna przy widzeniu aresztowanego ze swoim obrońcą (por. art. 73 § 2 i 4 k.p.k.), to tym bardziej zastrzeżenie takie musi być możliwe po zatrzymaniu, a przed zastosowaniem tymczasowego aresztowania (art. 245 § 1 k.p.k.). Przyjął, że pomimo braku wskazania w art. 245 k.p.k. na wyjątkowe okoliczności, w jakich może nastąpić ograniczenie poufności rozmowy zatrzymanego z adwokatem, ustawodawca nie naruszył konstytucyjnej zasady

proporcjonalności. Ustawodawca, dopuszczając możliwość ograniczenia poufności kontaktu zatrzymanego z adwokatem, zważył także prawidłowo z jednej strony interesy zatrzymanego (jego prawo do obrony), a z drugiej dobro postępowania karnego. Mając to na uwadze, Marszałek Sejmu doszedł do wniosku, że ograniczenie prawa do obrony przewidziane w art. 245 § 1 k.p.k. nie ma w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji charakteru nieproporcjonalnego i tym samym jest zgodne z Konstytucją.

3. W piśmie z 9 marca 2012 r. stanowisko w sprawie zajął Prokurator Generalny, wnosząc o stwierdzenie, że art. 245 § 1 k.p.k., 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. Przedstawił sposób rozumienia prawa do obrony w orzecznictwie Trybunału oraz reguły określające dopuszczalność ograniczenia tego prawa. Następnie zdefiniował instytucję zatrzymania przewidzianą w kodeksie postępowania karnego, podkreślając zwłaszcza ograniczony czasowo zakres stosowania tej instytucji (jej krótkotrwałość). Podzielił słusność założenia wnioskodawcy, że wzorcem kontroli zaskarżonego przepisu może być art. 42 ust. 2 Konstytucji – uznał, że gwarancje prawa do obrony odnoszą się również do osoby zatrzymanej, pomimo, że formalnie nie są jej jeszcze postawione zarzuty. Wiąże to z faktem, że zatrzymanie procesowe warunkowane jest przesłanką „uzasadnionego przypuszczenia, że popełniła ona przestępstwo”. Już samo 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 art. 42 ust. 2 Konstytucji. Wskazał, że adwokat zatrzymanego przez poinformowanie go, by powstrzymał się on od składania oświadczeń do czasu postawienia mu zarzutu czy też jego pisemnego uzasadnienia, wykonuje *de facto* wstępne czynności obrończe i taki jest cel gwarancji jego kontaktu z zatrzymanym.

Prokurator Generalny nie zgodził się z zarzutem wnioskodawcy, że zastrzeżenie zatrzymującego o jego obecności przy rozmowie zatrzymanego z adwokatem nadmiernie i bez zachowania zasady proporcjonalności ogranicza prawo do obrony. Zgodził się z poglądami wyrażonymi w literaturze, że 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 (por. art. 73 § 2 i 4 k.p.k.), to tym bardziej zastrzeżenie takie musi być możliwe po zatrzymaniu, a przed zastosowaniem tymczasowego aresztowania (art. 245 § 1 k.p.k.), ponieważ zadecydować ono może o powodzeniu ścigania karnego osoby zatrzymanej. W konsekwencji za relewantne w niniejszej sprawie uznał stanowisko Trybunału z wyroku z 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02 (OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7), w którym Trybunał orzekł o zgodności z Konstytucją art. 73 § 2 k.p.k. Doprowadziło to Prokuratora Generalnego do wniosku, że zastrzeżenie obecności zatrzymującego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. jest z perspektywy konstytucyjnej dopuszczalne. Celem rozmowy zatrzymanego z adwokatem jest 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 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. Dlatego nie wydaje się, by aktywność adwokata w obrębie tych czynności mogła być w znaczącym stopniu ograniczona obecnością zatrzymującego, skoro czynności te nie są przez prawo zakazane. Niecelowe byłoby

uzależnienie przez ustawodawcę zastrzeżenia przewidzianego w art. 245 § 1 k.p.k. od wykazania szczególnie uzasadnionego wypadku. Kontakt i rozmowa z adwokatem służyć mają wprowadzić interesowi osoby zatrzymanej, ale – z drugiej strony – ów interes nie może kolidować z przesłanką bezpieczeństwa, uzasadniającą, na gruncie omawianego przepisu, ograniczenie prawa do obrony. Zatrzymujący odpowiada za bezpieczny przebieg czynności z udziałem zatrzymanego, a zatem, to właśnie zatrzymujący oceniać ma potrzebę swej obecności przy takiej czynności. Prokurator Generalny nie zgodził się z sugestią wnioskodawcy, że rozmowa zatrzymanego z adwokatem powinna być regułą. Jest to nie do pogodzenia z wieloma przepisami k.p.k., które – dając organom prowadzącym postępowanie przygotowawcze uprawnienia umożliwiające realizację zasady trafnej represji, określonej w art. 2 § 1 k.p.k. – ograniczają kontrydiktoryjność tego etapu postępowania karnego.

W konkluzji Prokurator Generalny wskazał, że zastrzeżenie, przewidziane w art. 245 § 1 k.p.k., należy ocenić jako ograniczające wprowadzić konstytucyjne prawo do obrony, ale też jako konieczne i zgodne z zasadą proporcjonalności ograniczania praw i wolności, wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

4. W odpowiedzi na pismo Trybunału z 19 stycznia 2012 r., pismem z 27 kwietnia 2012 r. stanowisko w sprawie w dniu 27 kwietnia 2012 r. przedstawił Minister Spraw Wewnętrznych (dalej: Minister). Zostało ono opracowane na podstawie informacji przedstawionych przed Komendę Główną Policji, Komendę Główną Straży Granicznej oraz Biuro Ochrony Rządu. Minister wskazał, że jednostki organizacyjne Policji i Straży Granicznej nie prowadzą statystyk określających liczbę osób korzystających z prawa do kontaktu z adwokatem, a także liczbę przypadków, w których funkcjonariusze są obecni podczas rozmowy adwokata z osobą zatrzymaną. Według informacji przekazanych Ministrowi przez Komendę Główną Straży Granicznej, z pomocy adwokata podczas zatrzymania korzysta nieznaczna liczba osób zatrzymanych. Z pomocy adwokata korzystają głównie osoby podejrzewane o popełnienie przestępstw w warunkach zorganizowanej grupy przestępczej. W większości tego rodzaju wypadków funkcjonariusze Straży Granicznej obecni są podczas rozmowy adwokata z osobą zatrzymaną, co wynika ze specyfiki prowadzenia postępowań w sprawach o przestępstwa popełniane przez zorganizowane grupy przestępcze.

Z informacji przekazanych Ministrowi przez Komendę Główną Policji wynika, że kontakt zatrzymanego z adwokatem polega zazwyczaj na rozmowie telefonicznej prowadzonej w obecności policjanta, w trakcie której dochodzi do ustanowienia danego adwokata jako obrońcy w sprawie. Zdarza się także, że ten sam adwokat stawia się w jednostce organizacyjnej Policji, żądając kontaktu z wieloma zatrzymanymi w tej samej sprawie. W świetle stanowiska Komendy Głównej Policji umożliwienie każdemu z zatrzymanych swobodnego kontaktu z takim adwokatem naruszałoby zasadę izolacji zatrzymanych, której celem jest uniemożliwienie zatrzymanym uzgodnienia zeznań lub wyjaśnień. Komenda Główna Policji wskazała także na możliwość przekazywania za pośrednictwem adwokatów innym osobom informacji, których organy procesowe na tym etapie postępowania jeszcze nie posiadały. Zdaniem Ministra, z informacji Komendy Głównej Policji wynikać może, że z pomocy adwokata korzystają głównie osoby zatrzymane w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa w warunkach zorganizowanej grupy przestępczej. W dotychczasowej praktyce Komendy Głównej Policji art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. znajduje zastosowanie głównie w następujących wypadkach:

1) gdy prowadzone są działania zmierzające do zatrzymania większej liczby członków zorganizowanej grupy przestępczej, a nie wszyscy jej członkowie zostali już zatrzymani lub nie dokonano przeszukań wszystkich wytypowanych miejsc;

2) gdy dotychczasowa praktyka dowodzi, że możliwe jest przekazanie informacji zatrzymanemu od innych osób, jak również informacji i poleceń od samego zatrzymanego;

3) gdy z akt sprawy wynika, że ten sam obrońca jest ustanowiony przez inne osoby mające status podejrzanych w tej samej sprawie, a podjęcie przez niego obrony kolejnego zatrzymanego będzie rodziło konflikt interesów.

Komenda Główna Policji podkreśla też, że obecność osoby zatrzymującej podczas bezpośredniej rozmowy zatrzymanego z adwokatem jest niezbędna w celu zapewnienia prawidłowego toku postępowania, w tym czynności dokonywanych z udziałem zatrzymanego. Bezpośredni kontakt zatrzymanego z adwokatem bez udziału funkcjonariusza Policji może bowiem wiązać się z utrudnieniem realizacji innych zaplanowanych czynności, a nawet zagrożeniem dla policjantów wykonujących czynności w danym postępowaniu.

Zdaniem Ministra, obecność zatrzymującego podczas kontaktów zatrzymanego z adwokatem jest niezbędna m.in. z uwagi na:

1) konieczność udaremnienia kontaktów telefonicznych zatrzymanego z innymi osobami niż wymienione w k.p.k., do kontaktu z którymi zatrzymany nie jest uprawniony;

2) uniemożliwienie porozumiewania się zatrzymanego z innymi osobami w celu zatarcia śladów bądź też zniszczenia lub ukrycia dowodów mogących mieć znaczenie dla postępowania karnego lub dowodów świadczenia pomocy w ukrywaniu się przez zatrzymanego;

3) konieczność ograniczenia zagrożenia życia i zdrowia funkcjonariuszy oraz osób postronnych;

4) potrzebę zabezpieczenia prawidłowości i celowości wykonywania innych czynności procesowych w sprawie.

Ponadto w opinii Ministra, art. 245 § 1 k.p.k. pozostaje w ścisłym związku z art. 73 § 2 k.p.k. Ewentualna niemożność zastrzeżenia obecności zatrzymującego podczas rozmowy zatrzymanego z adwokatem spowodować może, że przewidziane w art. 73 § 2 k.p.k. uprawnienie do zastrzeżenia przez prokuratora obecności podczas bezpośredniej rozmowy tymczasowo aresztowanego podejrzanego z obrońcą utraci znaczenie z uwagi na możliwość przekazania informacji adresowanych do innych potencjalnych zatrzymanych podczas kontaktów zatrzymanego z adwokatem bezpośrednio po zatrzymaniu.

5. W odpowiedzi na pismo Trybunału z 19 stycznia 2012 r., pismem z 22 lutego 2012 r. stanowisko w sprawie zajęła Naczelna Rada Adwokacka (dalej: NRA). Jej zdaniem, nie powinno budzić wątpliwości, że osoba zatrzymana jest podmiotem, któremu przysługuje prawo do obrony. Potwierdza to wprowadzenie w art. 178 k.p.k. bezwzględnej reguły niedopuszczalności przesłuchania w charakterze świadka adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., na równi z zakazem dotyczącym obrońcy oskarżonego lub podejrzanego. Co więcej, możliwość zastrzeżenia przez zatrzymującego swojej obecności podczas rozmowy zatrzymanego z adwokatem nie ma – w przeciwieństwie do porozumiewania się podejrzanego tymczasowo aresztowanego z obrońcą w postępowaniu przygotowawczym (art. 73 § 2 i 4 k.p.k.) – charakteru wyjątkowego.

NRA wskazała na trudne położenie zatrzymanego, który nie ma statusu podejrzanego. Osoba taka nie dysponuje wiedzą i doświadczeniem pozwalającymi na to, by prawidłowo dbać o własne prawa i interesy. Może to powodować, że decyzje podjęte bez konsultacji z adwokatem, prowadzić będą takiego człowieka do zachowań niezgodnych z jego prawnie chronionymi interesami. Zdaniem NRA, dla realizacji prawa do obrony konieczne jest istnienie realnej możliwości kontaktu i rozmowy z adwokatem. By rozmowa taka skutecznie spełniła oczekiwaną rolę – i służyła realizacji prawa do obrony – musi być rozmową nieskrępowaną. W szczególności tylko w warunkach

poufności możliwe jest zakładanie przez adwokata, że wypowiedzi zatrzymanego są szczerze i pełne.

NRA wskazała, że bardzo niewiele osób korzysta w momencie zatrzymania z prawa do kontaktu z adwokatem. W większości wypadków do uzyskania takiego kontaktu nie dochodzi, jednocześnie policjanci często zniechęcają do kontaktu z adwokatem. Często żądanie kontaktu z adwokatem jest nieskuteczne i nie znajduje odzwierciedlenia w protokołach z podejmowanych czynności.

Przewidziana w art. 245 § 1 k.p.k. możliwość zastrzeżenia obecności zatrzymującego podczas rozmowy zatrzymanego z adwokatem jest zdaniem NRA instytucją znajdującą się w stałym użyciu procesowym. Jednocześnie, z braku odpowiednich regulacji, decyzje organu zatrzymującego o obecności podczas takiego kontaktu nie są uzasadniane i opierają się wyłącznie na powołaniu się na prerogatywę do obecności podczas takiej czynności obrończej. Często także przedstawiciel organu zatrzymującego, bez formalnego zastrzeżenia swojej obecności podczas kontaktu zatrzymanego z adwokatem, obecny jest w miejscu, w którym odbywa się rozmowa. Zdarza się też, że funkcjonariusze sugerują osobom zatrzymanym (przed ich spotkaniem z adwokatem), jakie będą konsekwencje nieprzyznania się przez nich do popełnienia czynu (np. zastosowanie tymczasowego aresztowania). Niejednokrotnie także od momentu zatrzymania do chwili zgłoszenia się adwokata, organy, które dokonują zatrzymania, prowadzą nieformalne rozmowy z zatrzymanym, zmierzające do przekonania go o niecelowości korzystania z pomocy adwokata, a wręcz o tym, że jego obecność czy zastosowanie się do jego porad, będzie pociągało dla zatrzymanego negatywne skutki. NRA negatywnie oceniła również praktykę odchodzenia od wyłącznej właściwości protokolarnego uzyskiwania relacji zatrzymanego, a umieszczanie ich w tzw. notatkach z rozpytania, bądź innych „notatkach służbowych”. Zdaniem NRA szeroko stosowaną praktyką jest przeprowadzanie z zatrzymanym tak zwanych czynności operacyjnych, które w istocie polegają na faktycznym przesłuchaniu go. W toku zaś czynności procesowych nie ma żadnej informacji, że źródłem dowodów są informacje pochodzące od zatrzymanego. W ten sposób funkcjonariusze policji naruszają zakaz zmuszania do dostarczania przez osobę zatrzymaną dowodów na swoją niekorzyść. Z faktu, że informacje pozyskane przez adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. objęte są – zgodnie z treścią art. 178 pkt 1 k.p.k. – bezwzględny zakaz dowodowy, który – zgodnie z art. 226 k.p.k. – rozciąga się również na dokumenty adwokata, które zostały sporządzone w toku takich czynności, bezwarunkowe zagwarantowanie zatrzymującemu prawa do obecności przy kontakcie adwokata z zatrzymanym prowadzi do obejścia powołanych zakazów. Stanowi to naruszenie prawa do obrony formalnej zatrzymanego. Równocześnie wyjaśnienia złożone przez zatrzymanego – nawet jeżeli zmienione na późniejszym etapie postępowania – stanowią materiał dowodowy w sprawie, a więc mogą zostać uznane za wiarygodne (w przeciwieństwie do późniejszych wyjaśnień) i mieć wpływ na ostateczne skazanie.

Zdaniem NRA, zastrzeżenie obecności zatrzymującego nie może być uzasadniane obawą, że informacje przekazane przez zatrzymanego adwokatowi dotyczące postępowania przygotowawczego zostaną udostępnione osobom trzecim. Adwokat jest bowiem osobą godną zaufania w równym stopniu co policjant, prokurator czy sąd. Ze względu na związanie normami etycznymi i prawnymi nie jest możliwe, aby adwokat przekazywał informacje uzyskane od klienta dalej, innym osobom lub dopuszczał się innych działań mających cechy przestępstwa popełnienia.

NRA wyraziła w końcu opinie, że art. 245 § 1 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. Wynika to z braku wskazania przez ustawodawcę okoliczności warunkujących możliwość skorzystania przez organ zatrzymujący z

zastrzeżenia swojej obecności podczas kontaktu zatrzymanego z adwokatem.

II

Na rozprawie 11 grudnia 2012 r. przedstawiciel Prokuratora Generalnego zmodyfikował dotychczasowe stanowisko i wniósł o stwierdzenie, że art. 245 § 1 k.p.k. w zakresie, w jakim nie zawiera przesłanek ograniczenia prawa do obrony, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Pozostali uczestnicy postępowania podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Przedstawiciel wnioskodawcy doprecyzował, że niekonstytucyjność kwestionowanego przepisu wynika jego zdaniem z braku uregulowania przesłanek ograniczenia prawa do obrony.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Przedmiot kontroli.

Przedmiotem kontroli Trybunału w niniejszej sprawie jest art. 245 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.; dalej: k.p.k.). Przepis ten 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”.

Zakwestionowany przepis wzbudza zdaniem wnioskodawcy wątpliwości konstytucyjne w części zawierającej słowa „; zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny”. Zatem tylko w tej części art. 245 § 1 k.p.k. podlega kontroli konstytucyjnej w niniejszej sprawie.

Zaskarżona część art. 245 § 1 k.p.k. (dalej również jako art. 245 § 1 *in fine* k.p.k.) znajduje zastosowanie w sytuacji zatrzymania (por. art. 243-248 k.p.k.), definiowanego jako krótkotrwale pozbawienie człowieka wolności przez właściwe organy państwowe (zob. wyroki TK z 6 grudnia 2004 r., sygn. SK 29/04, OTK ZU nr 11/A/2004, poz. 114, pkt V; 5 lutego 2008 r., sygn. K 34/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 2, pkt III.1). Zgodnie z regułami ogólnymi (zatrzymanie procesowe) do zatrzymania osoby podejrzanej może dojść, 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 (art. 244 § 1 k.p.k.). Warunkiem zatrzymania jest więc istnienie każdorazowo uzasadnionego przypuszczenia popełnienia przestępstwa przez zatrzymywanego. Mając to na uwadze, ustawodawca uznał, że człowiek w takiej sytuacji powinien móc uzyskać poradę prawną adwokata. Uzyskaniu porady prawnej niewątpliwie służy bowiem kontakt i rozmowa zatrzymanego z adwokatem. Równocześnie ustawodawca dopuścił obecność zatrzymującego (np. funkcjonariusza policji) przy bezpośredniej rozmowie zatrzymanego z adwokatem. Komentatorzy przyjmują, że obecność zatrzymującego przy rozmowie zatrzymanego z adwokatem ma zapobiec ewentualnemu utrudnianiu postępowania karnego, np. przez przekazanie ważnej – z punktu widzenia dobra postępowania karnego – informacji krewnym lub znajomym zatrzymanego (zob. R. A. Stefański, *Komentarz do art. 245 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el.). Podkreśla się równocześnie, że choć 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.), to brak jednak podstaw do twierdzenia, że

obecność ta powinna być regułą (zob. L. K. Paprzycki [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Grajewski, Warszawa 2010, s. 802). L. K. Paprzycki dostrzega, że, przeciwnie, obecność zatrzymującego powinna być podyktowana wyłącznie koniecznością zabezpieczenia prawidłowego toku czynności podejmowanych w związku z zatrzymaniem, i podkreśla, że obecność zatrzymującego może utrudniać zatrzymanemu realizowanie prawa do obrony w mającym się toczyć albo już toczącym się postępowaniu (tamże).

2. Dopuszczalność orzekania w sprawie.

2.1. Zdaniem wnioskodawcy zakwestionowany przepis jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Podnosi on, że obecność zatrzymującego przy bezpośredniej rozmowie zatrzymanego z adwokatem stanowi ograniczenie prawa do obrony. Nieproporcjonalność tego ograniczenia wynika zdaniem wnioskodawcy z braku uregulowania przez ustawodawcę granic tego ograniczenia. Skutkuje to arbitralnością decyzji zatrzymującego. To on, a nie, jak wymaga tego art. 31 ust. 3 Konstytucji ustawodawca, określa granice korzystania z prawa do obrony przez zatrzymanego. Mając to na uwadze Trybunał zbada, czy prawo do obrony określone w art. 42 ust. 2 Konstytucji znajduje zastosowanie w odniesieniu do zatrzymanego – osoby, której nie zostały postawione zarzuty. Odpowiedź na to pytanie przesądzi, czy art. 42 ust. 2 Konstytucji może być wzorcem kontroli w rozstrzyganej sprawie.

2.2. Trybunał wielokrotnie definiował konstytucyjne prawo do obrony. Podkreślał, że: „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” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7, pkt III 3.; por. też m.in. wyroki TK z: 6 grudnia 2004 r., sygn. SK 29/04; 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27; 28 kwietnia 2009 r., sygn. P 22/07, OTK ZU nr 4/A/2009, poz. 55).

Prawo do obrony, ze względu na jego zakorzenienie w konstytucyjnej zasadzie demokratycznego państwa prawnego, jest odnoszone w orzecznictwie TK do każdego postępowania, które ma charakter represyjny (zob. wyrok z 3 czerwca 2008 r., sygn. K 42/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 77, pkt III 3.). Prawo do obrony musi być także zagwarantowane proceduralnie po to, aby miało charakter realny i efektywny, a nie iluzoryczny i abstrakcyjny (zob. wyrok TK z 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 129, pkt III 11.2.1.).

2.3. Prawo do obrony przysługuje zatem każdemu od momentu wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego. Trybunał podkreślał, że „w praktyce” momentem tym jest chwila postawienia zarzutów, a więc chwila kiedy występuje już uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. Trybunał mając na względzie orzecznictwo Sądu Najwyższego przyjmuje, że prawo do obrony, o którym mowa w art. 42 ust. 2 Konstytucji odnosi się także do tej fazy postępowania, która poprzedza formalne postawienie zarzutów danej osobie. Trybunał podziela pogląd Sądu Najwyższego, że „nie formalne postawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych

skierowana na ściganie określonej osoby czyni ją podmiotem prawa do obrony” (zob. wyrok SN z 9 lutego 2004 r., sygn. V KK 194/03, OSNKW nr 4/2004, poz. 42 oraz uchwały SN z: 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 4/07, OSNKW nr 6/2007, poz. 45 oraz z 20 września 2007 r., sygn. akt I KZP 26/07, OSNKW nr 10/2007, poz. 71; takie stanowisko SN Trybunał powołał w wyroku w sprawie o sygn. K 42/07, jw., pkt III 3., zob. też A. M. Tęcza-Paciorek, *Pojęcie osoby podejrzanej i jej uprawnienia*, „Prokuratura i Prawo” nr 11/2011, s. 56-57 oraz B. Nita, *Dostęp osoby zatrzymanej do pomocy obrońcy. Uwagi w związku z wyrokiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 10 marca 2009 r. w sprawie Płonka przeciwko Polsce*, „Palestra” nr 11-12/2011, s. 43).

Trybunał podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko, że art. 42 ust. 2 Konstytucji odnosi się do wszelkich postępowań represyjnych: penalnych (niezależnie od ich stadium) i innych (quasi-penalnych: np. dyscyplinarnych czy przygotowujących do właściwego postępowania) (zob. wyrok TK z 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07, jw., pkt III 11.2.1.). Zawarte w art. 42 ust. 2 Konstytucji sformułowanie „we wszystkich stadiach postępowania” należy zatem odnosić także do tego stadium postępowania, które poprzedza postawienie zarzutów zatrzymanemu, a więc stadium, w którym występuje uzasadnione przypuszczenie, że dana osoba mogła dopuścić się przestępstwa. Istnienie takiego przypuszczenia jest potwierdzony właśnie podjęciem przez organy procesowe czynności skierowanych na ściganie danej osoby. Za takim stanowiskiem przemawia również wykładnia przepisów kodeksu postępowania karnego – w świetle art. 178 pkt 1 k.p.k. – pomimo, że adwokat udzielający osobie zatrzymanej pomocy prawnej w trybie art. 245 § 1 k.p.k. nie jest obrońcą, to w zakresie faktów, o których dowiedział się udzielając tej pomocy, istnieje bezwzględny zakaz dowodowy jego przesłuchania jako świadka (por. też art. 226 k.p.k.).

2.4. W orzecznictwie Trybunału przyjmuje się, że prawo do obrony może podlegać ograniczeniom (zob. np. wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. K 31/08, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 107, pkt III 2.2. oraz 3 czerwca 2008 r., sygn. K 42/07, jw., pkt III 3.). Ograniczenia tego prawa podlegają ocenie przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji, który formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Są to: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób) oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności. Stwierdzenie, że ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie, nakazuje rozważyć: czy wprowadzana regulacja jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona (kryterium konieczności); czy regulacja ta jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (kryterium przydatności); czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (kryterium proporcjonalności *sensu stricto*).

2.5. Możliwość ograniczenia prawa do obrony dotyczyć może każdego stadium postępowania karnego. Zdaniem Trybunału, brak jest jednak podstaw do twierdzenia, że prawo do obrony określone w art. 42 ust. 2 Konstytucji może – co do zasady – podlegać dalej idącym ograniczeniom w tym stadium postępowania, które poprzedza formalne postawienie zarzutów. Wprost przeciwnie, można twierdzić, że istnienie jedynie przypuszczenia popełnienia przestępstwa (a nie podejrzenia popełnienia przestępstwa), daje jakościowo słabszą podstawę do ograniczania praw i wolności jednostki, określonych w rozdziale drugim Konstytucji, w tym prawa do obrony.

2.6. Trybunał, mając na uwadze powyższe, stwierdza, podobnie jak wszyscy uczestnicy postępowania, że wzorcem kontroli konstytucyjności w rozstrzyganej sprawie jest art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Dlatego Trybunał zbada, czy art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. nie ogranicza w sposób nieproporcjonalny prawa do obrony.

3. Zgodność art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

3.1. Znaczenie kontaktu i rozmowy zatrzymanego z adwokatem dla prawa do obrony.

3.1.1. Przeprowadzenie kontroli konstytucyjności kwestionowanego przepisu wymaga w pierwszej kolejności przeanalizowania roli kontaktu i rozmowy zatrzymanego z adwokatem dla zagwarantowania realnego i efektywnego prawa do obrony zatrzymanego.

3.1.2. Trybunał przyjmuje w swoim orzecznictwie, że uprawnienia obrońcy to nie tylko możliwość przeglądania akt postępowania karnego – zapoznawania się z materiałem dowodowym, ale przede wszystkim kontakt z jego mocodawcą (zob. wyrok TK w sprawie o sygn. SK 39/02, pkt III 3.). Trybunał podkreślał, badając zgodność z Konstytucją art. 73 § 2 k.p.k., że to na podstawie osobistego kontaktu obrońca pozyskuje faktyczną wiedzę o czynie domniemanego sprawcy oraz okolicznościach zdarzenia będącego przedmiotem postępowania, buduje strategię obrony, zgłasza wnioski dowodowe i współdziała z innymi obrońcami występującymi w sprawie (tamże). Podobnie rozumieć należy cel kontaktu i bezpośredniej rozmowy, o których mowa w art. 245 § 1 k.p.k. Bezpośrednia rozmowa służy uzyskaniu przez zatrzymanego porady prawnej. Chodzi przy tym nie tylko o wyjaśnienie zatrzymanemu człowiekowi przysługujących mu praw, ale także wskazanie na konsekwencje nieskorzystania z nich. Rozmowa adwokata z zatrzymanym służyć ma także przygotowaniu wstępnej linii obrony, jeżeli z informacji przekazanych adwokatowi przez zatrzymującego wynika, że prawdopodobne jest postawienie mu zarzutów. Na marginesie należy zauważyć, że bezpośrednia rozmowa, o której mowa w art. 245 § 1 k.p.k., może polegać również na rozmowie przy użyciu nowoczesnych technologii. Rozmowę również w takiej formie umożliwić powinien zatrzymujący.

Trybunał przyjmuje, że kontakt zatrzymanego (osoby podejrzanej, w wypadku której zachodzi uzasadnione przypuszczenie popełnienia przestępstwa) z adwokatem jest kluczowy dla zapewnienia prawa do skutecznej obrony w trakcie całego postępowania karnego. Informacje uzyskane we wstępnym stadium postępowania karnego (przed postawieniem zarzutów) mogą mieć kluczowe znaczenie dla ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie zatrzymanego. Równocześnie moment zatrzymania i pierwszych czynności procesowych jest związany ze stresem i zaskoczeniem zatrzymanego, co może prowadzić, zwłaszcza osobę niewinną, pierwszy raz w życiu znajdującą się w tak dolegliwym położeniu, do podejmowania pochopnych decyzji, których skutki mogą zaważyć negatywnie na jej dalszych losach. Ze względu na te okoliczności konieczne jest umożliwienie zatrzymanemu efektywnej i profesjonalnej pomocy prawnej na kontrolowanym w tej sprawie wstępnym etapie postępowania karnego. Brak dostępu do takiej pomocy w takim momencie może być przyczyną niesłusznego skazania. Równocześnie – w świetle diskutowanych propozycji zmiany modelu polskiego postępowania karnego na w większym stopniu kontrydiktoryjny (na etapie sądowym) – jeszcze większego znaczenia nabiera dostęp do profesjonalnej pomocy prawnej od najwcześniejszego stadium postępowania.

3.1.3. Znaczenie prawa do obrony we wstępnym stadium postępowania podkreślane jest w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Przypomnieć w tym miejscu należy, że powinność uwzględniania istnienia orzeczenia ETPC w działaniu organów wewnętrznych zobowiązuje także TK do stosowania – w

ramach kontroli konstytucyjności – zasad i metod interpretacji prowadzących do łagodzenia ewentualnych kolizji między standardami wynikającymi z polskiego stosowanego prawa a tymi ukształtowanymi przez ETPC (zob. wyrok TK z 18 października 2004 r., sygn. P 8/04, OTK ZU nr 9/A/2004, poz. 92, pkt III 2.4.) oraz przyjmowania takiej oceny, aby w jak najpełniejszym zakresie uwzględniać standardy wypracowane w orzecznictwie ETPC na gruncie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: EKPC) (zob. wyrok TK z 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 60, pkt III 3.3.).

3.1.4. Mając to na uwadze, Trybunał, rozstrzygając niniejszą sprawę, weźmie pod uwagę fakt, że ETPC odnosi prawo do obrony określone w art. 6 ust. 3 EKPC również do wstępnego stadium postępowania karnego. Art. 6 EKPC znajduje zastosowanie od momentu, w którym pozycja danej osoby zostanie istotnie zmieniona, nawet jeśli nie zostały jej postawione zarzuty (zob. wyrok ETPC z 19 lutego 2009 r. w sprawie *Shabelnik przeciwko Ukrainie*, nr 16404/03, § 57). Zmiana pozycji procesowej może polegać zwłaszcza na faktycznym przesłuchaniu danej osoby w charakterze podejrzanego, a nie tylko świadka (tamże), co ma miejsce na przykład wtedy, gdy osoba zatrzymana jest przesłuchiwana po wcześniejszym złożeniu przez inne osoby zeznań ją obciążających (wyrok ETPC z 14 października 2010 r. w sprawie *Brusco przeciwko Francji*, nr 1466/07, § 44-55). Do naruszenia prawa do obrony dojdzie wówczas, gdy osobie podejrzaney nie zostanie zapewniona pomoc prawna (kontakt z prawnikiem), co w efekcie doprowadzi do złożenia przez osobę podejrzaną wyjaśnień, które staną się podstawą skazania (wyrok ETPC z 27 listopada 2008 r. w sprawie *Salduz przeciwko Turcji*, nr 36391/02, § 55; wyrok w sprawie *Brusco*, § 44-45). W najnowszych wyrokach ETPC wskazuje wprost, że z art. 6 EKPC płynie – co do zasady – wymóg zapewnienia dostępu do prawnika od momentu pierwszego przesłuchania przez policję (wyrok ETPC z 17 stycznia 2012 r. w sprawie *Fidanci przeciwko Turcji*, nr 17730/07, § 38). ETPC dopuszcza możliwość wprowadzenia ograniczeń w tym zakresie pod warunkiem istnienia ważnego powodu (ang. *good cause*) i pod warunkiem, że z perspektywy całego postępowania nie powoduje to naruszenia prawa do rzetelnego procesu (wyrok ETPC z 8 lutego 1996 r. w sprawie *John Murray przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, nr 18731/91, § 63).

Również w sprawach polskich brak dostępu do adwokata w początkowej fazie postępowania karnego był jednym z podstawowych argumentów prowadzących do stwierdzenia naruszenia art. 6 ust. 3 lit. c EKPC (por. wyrok ETPC z 31 marca 2009 r. w sprawie *Płonka*, § 40 oraz z 2 marca 2010 r. w sprawie *Adamkiewicz przeciwko Polsce*, nr 54729/00, § 89-91; zob. również B. Nita, *Dostęp osoby zatrzymanej...*, s. 43-52).

Z perspektywy EKPC za niedopuszczalne należy uznać prowadzenie przez zatrzymującego czynności procesowych polegających na nieformalnym przesłuchaniu (tzw. rozpytaniu) zatrzymanego bez obecności adwokata w ramach wysłuchania, o którym mowa w art. 244 § 2 *in fine* k.p.k. (zob. w tym zakresie krytycznie J. Skorupka, *W kwestii konstytucyjnych uprawnień zatrzymanego*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 455-456). Może to stwarzać pokusę wymuszenia na zatrzymanym zeznań go obciążających, które następnie są wykorzystywane jako dowód w sprawie. Taka sytuacja może zdarzyć się, zdaniem NRA, w Polsce (zob. też odnośnie sytuacji w innych krajach UE *Wspólne stanowisko w sprawie Dyrektywy dotyczącej prawa dostępu do adwokata oraz prawa do powiadomienia osoby trzeciej o zatrzymaniu*, <http://www.europapraw.org/files/2012/05/Tlumaczenie-wspolnego-stanowiska-POL2.pdf>; zob. też D. Bychawska-Siniarska, *Unijne prawo karne coraz dalej od standardów praw człowieka*, „Rzeczpospolita” z 16 lipca 2012 r., s. C8 oraz C. Kulesza, P. Starzyński, *Unia*

Europejska w obronie podejrzanego, „Państwo i Prawo” nr 8/2012, s. 33-47). W świetle przesłanek wypracowanych przez ETPC istotne jest również to, że żądający pomocy prawnej nie powinien być poddawany czynnościom procesowym do czasu jej uzyskania (zob. wyrok ETPC z 24 września 2009 r. w sprawie *Pishchalnikov przeciw Rosji*, nr 7025/04, § 79). ETPC stoi na stanowisku, że osobie pozbawionej wolności powinna zostać zapewniona pomoc prawna w taki sposób, aby możliwa była rozmowa z prawnikiem na temat sprawy, przygotowanie obrony, zebranie dowodów korzystnych dla osoby podejrzanego, przygotowanie do przesłuchania, wsparcie oskarżonego oraz kontrolowanie warunków zatrzymania (zob. wyrok ETPC z 13 października 2009 r. w sprawie *Dayanan przeciwko Turcji*, nr 7377/03, § 32).

W pełni trafna jest więc rekonstrukcja konwencyjnego standardu ochrony dokonana przez komentatorów EKPC. Podkreślają oni, że uprawnienie do korzystania z obrońcy „(...) powinno być zagwarantowane od samego początku postępowania” i że „zachowanie podejrzanego w początkowej fazie postępowania może mieć znaczenie dla dalszego przebiegu procesu i oddziaływać na możliwość realizacji jego uprawnień” (P. Hofmański, A. Wróbel, [w:] *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do art. 1-18, t. I*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 434). Zauważają także, że, w świetle wyroku ETPC w sprawie *Salduz*, pomoc adwokata musi zostać zapewniona już przy pierwszym przesłuchaniu przez policję, „chyba że – w świetle szczególnych okoliczności danej sprawy – zostanie wykazane występowanie nieodpartych argumentów [*compelling reasons*] na rzecz ograniczenia prawa do adwokata. Nawet jednak gdy takie nieodparte argumenty mogą wyjątkowo usprawiedliwić odmowę dostępu do adwokata, ograniczenie takie – jakiegokolwiek byłoby jego uzasadnienie – nie może bezpodstawnie naruszyć praw oskarżonego, gwarantowanych w art. 6 EKPC. Prawo do obrony zostaje, w zasadzie, naruszone w sposób nieodwracalny, gdy obciążające wyjaśnienia, złożone w czasie przesłuchania policyjnego bez udziału obrońcy, zostają wykorzystane dla późniejszego skazania” (tamże, s. 434-435; tak również ETPC w wyroku z 17 stycznia 2012 r. w sprawie *Fidanci*, § 38).

3.1.5. ETPC przyjmuje wprost, że jednym z podstawowych elementów prawa do obrony jest możliwość kontaktu z prawnikiem poza zakresem słuchu osoby trzeciej (zob. wyroki ETPC w sprawie *John Murray*, § 63 oraz z 13 stycznia 2009 r. w sprawie *Rybacki przeciwko Polsce*, nr 52479/99, § 56), co umożliwia otwartą i szczerą rozmowę pomiędzy prawnikiem a jego klientem (zob. wyrok ETPC z 19 grudnia 2006 r. w sprawie *Oferta Plus SRL przeciwko Mołdowie*, nr 14385/04, § 145). Podkreśla, że brak możliwości poufnego porozumiewania się, w tym otrzymywania poufnych poleceń od klienta, powoduje, że pomoc prawna traci dużo ze swojej skuteczności, podczas gdy EKPC wymaga ochrony praw w sposób praktyczny i skuteczny (zob. wyrok ETPC z 28 listopada 1991 r. w sprawie *S. przeciwko Szwajcarii*, nr 12629/87, § 48). ETPC dopuszcza możliwość pewnych ograniczeń w zakresie nieskrępowanego kontaktu pomiędzy pozbawionym wolności klientem a jego prawnikiem (zob. wyrok w sprawie *Rybacki*, § 56 i 58), pod warunkiem istnienia ku temu ważnego powodu, co wymaga oceny, czy z perspektywy całego postępowania ograniczenie to nie powoduje naruszenia prawa do rzetelnego procesu (zob. wyrok w sprawie *John Murray*, § 63).

Co szczególnie istotne w rozstrzyganej sprawie, ETPC w wyroku z 16 października 2001 r. w sprawie *Brennan przeciwko Wielkiej Brytanii*, nr 39846/98, przyjął – stwierdzając naruszenie EKPC – że obecność funkcjonariusza policji w zasięgu słuchu podczas pierwszej konsultacji skarżącego z jego prawnikiem stanowi naruszenie jego prawa do obrony (por. § 58-63 wyroku, zob. też pkt 3.2.5.5. uzasadnienia). ETPC do wniosku takiego doszedł w sprawie obywatela irlandzkiego zatrzymanego pod zarzutem działalności o charakterze terrorystycznym w Irlandii Północnej. Do ograniczenia

poufności porady prawnej w sprawie skarżącego doszło na podstawie szczegółowej regulacji (*Northern Ireland Emergency Provisions Act 1991, sec. 45*) przewidującej – ale wyłącznie na zasadzie wyjątku – możliwość ograniczenia dostępu do adwokata oraz poufności porady prawnej w sytuacji, gdy prowadzić by to mogło do utrudniania postępowania dotyczącego aktów terrorystycznych.

ETPC stwierdził naruszenie art. 6 EKPC we wskazanym zakresie także w sprawie polskiej. Do naruszenia prawa do obrony doszło w związku ze stałą, utrzymującą się przez kilka miesięcy obecnością prokuratora przy kontakcie tymczasowego aresztowanego z jego obrońcą (zob. wyrok w sprawie *Rybacki*, § 57-61). ETPC, dopuszczając możliwość ograniczenia prawa do nieskrępowanego kontaktu z obrońcą (zob. § 58 wyroku), wskazał na arbitralny charakter decyzji prokuratora z powodu braku wykazania możliwości utrudnienia toczącego się postępowania przygotowawczego na skutek nieskrępowanego kontaktu pomiędzy tymczasowo aresztowanym a jego obrońcą (tamże, § 59). Zauważył, że obrońcy nie zarzucano w sprawie zachowań sprzecznych z prawem bądź nieetycznych (tamże, zob. też wyrok w sprawie *S. przeciwko Szwajcarii*, § 49).

3.1.6. W przepisach ONZ podkreśla się, że rozmowy między więźniem śledczym a jego obrońcą mogą być obserwowane, lecz nie mogą być podsłuchane przez funkcjonariusza policji lub funkcjonariusza więziennego (por. regulę 93 Wzorcowych reguł minimum postępowania z więźniami. Rezolucja 663 C I (XXIV) Rady Społeczno-Gospodarczej ONZ z 31 lipca z 1957 r., przykład: Archiwum Kryminologii, 1989 t. 16 s. 275-298). Także Podstawowe zasady ONZ dotyczące roli adwokata z 7 września 1990 r. przyjęte przez VIII Kongres Narodów Zjednoczonych w Sprawie Zapobiegania Przestępczości i Postępowania ze Sprawcami Przestępstw podkreślają prawo do poufnej komunikacji z adwokatem (por. zasadę 8. i 22., <http://www2.ohchr.org/english/law/lawyers.htm>).

3.1.7. W systemie prawa amerykańskiego możliwość skorzystania z pomocy adwokata na wczesnym etapie postępowania jest uważana za bardzo istotną dla przeciwdziałania wywieraniu przez policję niedopuszczalnego nacisku na osobę zatrzymaną. W sprawie *Miranda v. Arizona* (387 U.S. 436, 1966) Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych przyjął, że nie jest dopuszczalne wykorzystywanie zeznań złożonych w trakcie przesłuchania podejrzanego przez policję, o ile nie zostanie wykazane, iż zachowano gwarancje procesowe skutecznie zabezpieczające przed samooskarżeniem. Jedną z czterech wyróżnionych gwarancji – o których policja ma obowiązek poinformować w momencie zatrzymania (tzw. ostrzeżenia *Mirandy*) – jest prawo zatrzymanego do kontaktu z adwokatem i jego obecności przy przesłuchaniu. Zatrzymany może odmówić składania wyjaśnień, ma także prawo nie podejmować decyzji w tym zakresie do czasu zaciągnięcia porady prawnej (por. szerzej S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie*, Warszawa 1997, s. 199-205). Praktyka stosowania „ostrzeżeń *Mirandy*” nie spowodowała, wbrew początkowym obawom, ograniczenia skuteczności prowadzonych postępowań karnych. Co więcej, wprowadzenie wyższych standardów prawa do obrony zostało zaakceptowane przez samą policję i przyczyniło się do wprowadzenia w wielu stanach USA praktyki nagrywania przesłuchań, co dodatkowo ogranicza możliwość wywierania przez policję niedozwolonego nacisku (L. J. Siegel, *Introduction to Criminal Justice*, Wadsworth 2010, s. 341).

3.1.8. Mając powyższe na uwadze, Trybunał stwierdza, że prawo do uzyskaniu nieskrępowanej porady prawnej przez zatrzymanego – we wstępnym stadium postępowania karnego – ma kluczowe znaczenie dla zagwarantowania skutecznej możliwości bronięcia się na późniejszym etapie postępowania.

3.2. Proporcjonalność ograniczenia prawa do obrony przewidzianego w art. 245 § 1

in fine k.p.k.

3.2.1. Art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. przewiduje możliwość zastrzeżenia obecności zatrzymującego (w praktyce najczęściej funkcjonariusza Policji) przy bezpośredniej rozmowie zatrzymanego z jego adwokatem. Co oczywiste złożenie takiego zastrzeżenia przez zatrzymującego skutkuje jego obecnością w trakcie wskazanej rozmowy. Obecność ta – jak zauważają zgodnie Marszałek Sejmu i Prokurator Generalny – ogranicza prawo do obrony zatrzymanego (zob. analogicznie wyrok TK o sygn. SK 39/02, pkt III 3.). Nie może on bowiem w sposób swobodny komunikować się z adwokatem. W szczególności nie może poinformować adwokata o tych okolicznościach faktycznych, które w jego ocenie wskazywać mogą na jego winę. To zaś może utrudnić bądź nawet uniemożliwić adwokatowi udzielenie zatrzymanemu pełnej porady prawnej.

3.2.2. Stwierdzenie, że zakwestionowany przepis ogranicza prawo do obrony gwarantowane przez art. 42 ust. 2 Konstytucji nie przesądza o jego niekonstytucyjności. Wnioskodawca twierdzi, że ograniczenie to jest nieproporcjonalne w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nieproporcjonalność tego ograniczenia wynika, zdaniem wnioskodawcy, z braku uregulowania przez ustawodawcę jego granic.

3.2.3. Kontrola przez Trybunał proporcjonalności ograniczenia prawa do obrony zawartego w kwestionowanym przepisie wymaga zbadania, czy zakwestionowany przepis jest niezbędny dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączony (kryterium konieczności). Należy przyjąć, że interesem publicznym, któremu ma służyć art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. jest bezpieczeństwo publiczne. Możliwość zastrzeżenia obecności zatrzymującego ma przeciwdziałać przekazywaniu informacji utrudniających prowadzenie postępowania karnego (por. jednak pkt 3.2.4. uzasadnienia). Wątpliwe jest jednak, czy dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego (czemu służyć ma skuteczność postępowania przygotowawczego) konieczne jest istnienie rozwiązania przewidzianego w zakwestionowanym przepisie. Zebranie dowodów, wskazujących na popełnienie przestępstwa, jest niezależne od ograniczenia swobodnego kontaktu pomiędzy zatrzymanym a adwokatem. Z pewnością nieracjonalne jest traktowanie obecności zatrzymującego przy bezpośredniej rozmowie adwokata z zatrzymanym jako instrumentu, który służy pozyskiwaniu w procesie karnym dowodów przestępstwa. Ponadto pamiętać należy – na co wskazuje wnioskodawca – że celem przepisów k.p.k. (a więc także art. 245 § 1 k.p.k.) jest nie tylko takie ukształtowanie postępowania karnego, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, ale także to, aby osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.).

3.2.4. Trybunał musi także przeprowadzić test, czy zakwestionowany przepis pozwala osiągnąć zamierzone skutki (kryterium przydatności). W tym kontekście pojawia się pytanie o *ratio legis* kwestionowanej regulacji. Wątpliwości wzbudza, czy podnosi ona skuteczność postępowania karnego. W zdawkowych treściowo komentarzach do tego przepisu przyjmuje się, że celem ustawodawcy jest zapobieżenie ewentualnemu utrudnianiu postępowania karnego, co w przekonaniu komentatorów byłoby na przykład przekazaniem przez zatrzymanego ważnej – z punktu widzenia dobra postępowania karnego – informacji jego krewnym lub znajomym (zob. R. A. Stefański, *Komentarz do art. 245 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el., podobnie L.K. Paprzycki, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Grajewski, Warszawa 2010, s. 802). Jeżeli założy się, że takie jest *ratio legis* przepisu, to przyjąć można, że obecność zatrzymującego przy bezpośredniej rozmowie zatrzymanego z jego adwokatem może doprowadzić do jego osiągnięcia. Jeżeli nawet podzielić rozumowanie komentatorów, że obecność przy rozmowie funkcjonariusza, który dokonał zatrzymania, może zapobiec przekazaniu adwokatowi informacji, której udostępnienie osobie trzeciej utrudniłoby postępowanie karne w sprawie, to nie sposób jednak nie dostrzec wątpliwości ETPC co do faktycznej

skuteczności podobnej regulacji brytyjskiej (sprawa *Brennan*, § 59). Trybunał nie podziela natomiast przedstawionych w rozstrzyganej sprawie stanowisk Ministra Spraw Wewnętrznych i Prokuratora Generalnego, według których celem art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. jest zapewnienie adwokatowi bezpieczeństwa w czasie jego bezpośredniej rozmowy z zatrzymanym – nie ma na to jakiegokolwiek dowodu i trudno sobie wyobrazić sytuację, w której doszłoby do zaatakowania adwokata przez jego klienta.

3.2.5. Przesądzająca o konstytucyjności zaskarżonego przepisu jest odpowiedź na pytanie o to, czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (test proporcjonalności *sensu stricto*). Odpowiedź Trybunału na to pytanie jest negatywna, co przesądza o niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu. Za stanowiskiem takim przemawiają następujące argumenty.

3.2.5.1. Obecność zatrzymującego może spowodować nieprzekazywanie adwokatowi takich informacji, których udostępnienie osobom trzecim mogłoby utrudnić postępowanie karne w sprawie (zob. pkt. 3.2.3. uzasadnienia). Równocześnie jednak zaskarżona regulacja może uniemożliwić przekazywanie także takich informacji, których posiadanie przez adwokata jest niezbędne dla zapewnieniu zatrzymanemu skutecznej obrony. Sytuacja taka nie spełnia kryterium proporcjonalności *sensu stricto*. W imię bowiem dążenia do skuteczności postępowania karnego godzi nieproporcjonalnie w prawo do obrony zatrzymanego. Trybunał podkreślał w swoim orzecznictwie, że względ na skuteczność postępowania nie może prowadzić do nieproporcjonalnego ograniczenia prawa do obrony (wyrok TK w sprawie o sygn. K 42/07, pkt III.3.). Tymczasem art. 245 § 1 *in fine* k.p.k., regulując kolizję między dwiema wartościami – skutecznością postępowania przygotowawczego i skutecznością obrony zatrzymanego – umożliwia nadmierne ograniczenie prawa do obrony.

3.2.5.2. Dzieje się tak, ponieważ zakwestionowany przepis nie reguluje zakresu ograniczenia prawa do obrony zatrzymanego. Możliwość złożenia zastrzeżenia przez zatrzymującego jest w pełni dyskrecjonalna, co otwiera drogę do arbitralności decyzji funkcjonariuszy Policji. Art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. nie precyzuje przy tym, na czym polega obecność zatrzymującego. Z opinii przekazanych Trybunałowi przez NRA i MSW wynika, że w praktyce zatrzymujący przebywa w tym samym pomieszczeniu co zatrzymany i jego adwokat i przysłuchuje się ich rozmowie.

Art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. nie reguluje również, czy i ewentualnie w jaki sposób zatrzymujący może wykorzystać informacje, w posiadanie których wszedł na skutek obecności przy rozmowie. Art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. nie przesądza w każdym razie, że informacje te powinny być objęte zakazem dowodowym. Nie wskazuje również na okoliczności, które uzasadniają złożenie przez zatrzymującego zastrzeżenia. Redakcja przepisu nie przesądza także – inaczej niż w wypadku art. 73 § 2 k.p.k. uznanego przez TK w sprawie o sygn. SK 39/02 za konstytucyjny – że zastrzeganie obecności zatrzymującego powinno być sytuacją wyjątkową. Opinie NRA i MSW jasno wskazują, że zastrzeganie obecności przewidziane w art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. jest w stałym użyciu procesowym (z opinii MSW wynika także, że jest ono regułą w wypadku postępowań dotyczących zorganizowanych grup przestępczych). Zakwestionowany przepis nie określa także formy, w jakiej zgłaszane jest zastrzeżenie, i nie przewiduje możliwości zaskarżenia decyzji zatrzymującego.

3.2.5.3. Uczestnicy postępowania uzasadniali proporcjonalność wprowadzonego w zakwestionowanym przepisie ograniczenia krótkotrwałości jego trwania. Nawiązywali przy tym do uznanego przez Trybunał za konstytucyjny art. 73 § 2 k.p.k. (por. wyrok Trybunału o sygn. SK 39/02), który, w związku z treścią art. 73 § 4 k.p.k., dopuszcza obecność prokuratora przy kontakcie tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą w ciągu pierwszych dwóch tygodni tymczasowego aresztowania. Takie stanowisko uczestników

postępowania nie jest trafne.

Uzyskanie nieskrępowanej porady prawnej we wstępnym stadium postępowania ma kluczowy charakter z perspektywy całości postępowania karnego w danej sprawie. Wniosek taki potwierdza przeanalizowane orzecznictwo ETPC. Z perspektywy fundamentalnej zasady równości broni ważne jest, aby zatrzymany miał jak najszybciej dostęp do profesjonalnej, a równocześnie nieskrępowanej obecnością osoby trzeciej, porady prawnej. Inaczej niż w wypadku tymczasowo aresztowanego (który jako podejrzany ma jasno uregulowane uprawnienia kojarzone z prawem do obrony), nie jest istotny rozumiany obiektywnie czas trwania ograniczenia prawa do obrony. Oczywiście zatrzymanie ma w świetle wymogów art. 41 ust. 3 Konstytucji charakter krótkotrwały. Okoliczność ta nie jest jednak relewantna przy ocenie wprowadzanego zakwestionowanym przepisem ograniczenia. Istotne konstytucyjnie jest to, że w tym krótkim okresie zatrzymany człowiek, zwłaszcza gdy jest niewinny i pierwszy raz zatrzymany, pozbawiony profesjonalnej (a zatem i nieskrępowanej obecnością zatrzymującego) pomocy prawnej, może popełnić krytyczne dla swojej sytuacji prawnej błędy.

3.2.5.4. Nie jest dopuszczalne wprowadzanie dalej idących ograniczeń praw i wolności w wypadku zatrzymanego niż w wypadku tymczasowo aresztowanego, w szczególności, że wobec człowieka zatrzymanego zachodzi tylko uzasadnione przypuszczenie popełnienia przestępstwa (nie zaś uzasadnione podejrzenie jego popełnienia). Zastrzeżenie obecności prokuratora na podstawie art. 73 § 2 k.p.k. przy kontakcie pomiędzy tymczasowo aresztowanym a jego obrońcą ma charakter wyjątkowy. Art. 73 § 2 k.p.k. wprowadza wyjątek od zasady nieskrępowanego kontaktu obrońcy z zatrzymanym, określonej w art. 73 § 1 k.p.k., wskazując, że zastrzeżenie obecności prokuratura może nastąpić w szczególnie uzasadnionym wypadku. Rozwiązanie przyjęte w art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. jest w tym zakresie odmienne i bardziej rygorystyczne – nie wskazuje na wyjątkowy charakter obecności zatrzymującego przy rozmowie zatrzymanego z jego adwokatem. Tymczasem w wyroku Trybunału o sygn. SK 39/02, to właśnie wyjątkowość wprowadzonego ograniczenia była (obok jego krótkotrwałości) przesądzająca dla stanowiska Trybunału, że ograniczenie prawa do obrony zawarte w art. 73 § 2 k.p.k. ma charakter proporcjonalny (por. pkt III 5. wyroku). Również praktyka stosowania zaskarżonego przepisu przedstawiona w opiniach NRA i MSW wskazuje, że obecność zatrzymującego przy bezpośredniej rozmowie zatrzymanego z adwokatem nie jest wyjątkiem. Na marginesie należy także zauważyć, że brak szczegółowej regulacji w k.p.k. sposobu ustanowienia kontaktu z adwokatem oraz jego realizacji prowadzić może do nieprawidłowości w zakresie możliwości korzystania z prawa do obrony.

3.2.5.5. Kolejnym argumentem świadczącym o nieproporcjonalności zaskarżonej regulacji jest jej odmiennność od standardów międzynarodowych ONZ (por. pkt 3.1.6. uzasadnienia). W ich świetle rozmowa osoby pozbawionej wolności z prawnikiem nie powinna przebiegać w zasięgu słuchu zatrzymującego policjanta. Stanowisko to potwierdza orzecznictwo ETPC. Przy kontroli konstytucyjności art. 245 § 1 *in fine* k.p.k. szczególnie relewantny jest wyrok ETPC w sprawie *Brennan* – dotyczy ona bowiem pierwszego kontaktu prawnika z zatrzymanym (powołany wyżej wyrok w sprawie *Rybacki* dotyczył osoby tymczasowo aresztowanej). W sprawie *Brennan* ETPC uznał, że obecność funkcjonariusza policji w zasięgu słuchu podczas pierwszej konsultacji skarżącego z jego prawnikiem naruszyła jego prawo do obrony (§ 58-63 wyroku, zob. wyżej pkt 3.1.5. uzasadnienia). ETPC przyjął, że: „prawo do komunikowania się z adwokatem poza zasięgiem słuchu osoby trzeciej jest jednym z podstawowych wymogów rzetelnego procesu i wynika z art. 6 § 3 lit. c EKPC. (...) Jeżeli prawnik nie jest w stanie naradzać się poufnie i otrzymywać poleceń od swojego mocodawcy, to jego pomoc prawna traci dużo ze swojej użyteczności, podczas gdy EKPC wymaga gwarancji praw i wolności, które są

praktyczne i skuteczne” (§ 58 wyroku).

Co istotne w kontekście celu, jakiemu ma służyć art. 245 § 1 *in fine* k.p.k., ETPC podkreślił, że w rozstrzyganej sprawie nie zostało w żaden sposób uprawdopodobnione, że zachodziła obawa, że prawnik przekaze informacje związane ze śledztwem osobom podejrzanym znajdującym się na wolności (§ 59 wyroku, podobnie ETPC w wyroku *Rybacki*, § 58-59).

W tym kontekście należy zauważyć, że adwokat jest zawodem zaufania publicznego w rozumieniu art. 17 Konstytucji. Zakładanie, że informacje otrzymane przez niego od zatrzymanego zostaną wykorzystane w celu utrudniania postępowania karnego, jest niedopuszczalne. Ponadto istotne dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie (zob. pkt 3.2.5.3. uzasadnienia) jest to, że w sprawie *Brennan* ETPC stwierdził naruszenie art. 6 EKPC pomimo tego, że ograniczenie prawa do obrony miało charakter jednorazowy i krótkotrwały. Podkreślił, że do ograniczenia poufności komunikacji doszło w odniesieniu do pierwszego kontaktu skarżącego z prawnikiem, co mogło przyczynić się do ograniczenia możliwości przekazania prawnikowi pełnej i szczerej informacji na temat okoliczności sprawy (por. § 61-62 wyroku).

3.2.5.6. Zważywszy na te ustalenia, a zwłaszcza brak uregulowania w zakwestionowanym przepisie przesłanki ograniczenia konstytucyjnego prawa do obrony, Trybunał stwierdza, że art. 245 § 1 k.p.k. przez to, że nie wskazuje przesłanki, której zaistnienie uprawnia zatrzymującego do obecności przy rozmowie zatrzymanego z adwokatem, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

4. Skutki wyroku.

W części II sentencji wyroku Trybunał odroczył utratę mocy obowiązującej zakwestionowanego przepisu o dwanaście miesięcy. W ciągu tego okresu ustawodawca jest zobowiązany do uchwalenia nowego przepisu, w którym określi przesłankę, której zaistnienie – na zasadzie wyjątku – uprawnia zatrzymującego do obecności przy rozmowie zatrzymanego z jego adwokatem. Uchwalając nową regulację ustawodawca powinien mieć na względzie konstytucyjne wymogi proporcjonalności ograniczenia prawa do obrony oraz standardy międzynarodowe. Ustawodawca przy tej okazji może rozważyć także potrzebę kompleksowego uregulowania sposobu ustanowienia kontaktu zatrzymanego z adwokatem oraz warunków jego realizacji.

W związku z powyższym Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.