

KKPK 401/6/11

**Opinia Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego,
dotycząca zgodności art. 73 § 2 – 4 k.p.k. z wzorcami konstytucyjnymi.**

I. O sporządzenie niniejszej opinii zwrócił się do Przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego podsekretarz stanu pan Zbigniew Wrona, działając z upoważnienia Ministra Sprawiedliwości. Tego ostatniego zainspirował, z kolei, Rzecznik Praw Obywatelskich, prof. Irena Lipowicz, który w piśmie z dnia 7 grudnia 2010 r. wyraził obawę co do tego, czy przepisy normujące zasady porozumiewania się tymczasowo aresztowanego podejrzanego z jego obrońcą nie pozostają w kolizji ze standardami konstytucyjnymi.

Rzecznik Praw Obywatelskich omawiając ograniczenia, jakim mogą być poddane te kontakty (art. 73 § 2-4 k.p.k.), stwierdza, że jego wątpliwości budzi nie tyle sam fakt wprowadzenia krótkotrwałego ograniczenia w zakresie swobody kontaktu obrońcy z podejrzanym lecz przyjęte przez ustawodawcę kryterium takiego ograniczenia (*verba legis* art. 73 § 2 k.p.k. „w szczególnie uzasadnionym wypadku”), a przede wszystkim przyznanie prokuratorowi możliwości zastrzeżenia kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą bez wskazania – cyt. „elementów treściowych wprowadzonego w tym przypadku ograniczenia prawa do obrony”, co zdaje się pozostawać w kolizji ze standardem prawa do obrony, określonym w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, który – jak wszelkie konstytucyjne wolności i prawa – może być ograniczony tylko w przepisie rangi ustawowej i jedynie w wypadku spełnienia kryteriów upoważniających do przyjęcia ograniczenia, wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

II. Niejako dla „oczyszczenia przedpola” w skrócie stwierdzić należy, że nie budzi kontrowersji kilka kwestii.

Po pierwsze to, że wszelkie ograniczenia prawa do porozumiewania się przez tymczasowo aresztowanego podejrzanego ze swym obrońcą w sposób nie podlegający żadnej kontroli stanowią ingerencję w prawo do obrony (przysługujące każdemu, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, i to we wszystkich stadiach postępowania - art. 42 ust. 2 Konstytucji RP - a więc także w jego stadium wstępnym).

Po drugie to, że nieskrępowany kontakt podejrzanego, pozostającego w areszcie, z jego obrońcą może zostać poddany ograniczeniom, jeśli tylko nie zostanie naruszona zasada, iż podstawy wprowadzonego ograniczenia przewidziane zostaną w ustawie, w celu ochrony co najmniej jednej z tych

wartości, które wymienione zostały w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i pod warunkiem, że wprowadzone ograniczenie nie naruszy istoty prawa do obrony.

Po trzecie to, że Trybunał Konstytucyjny badał już, przynajmniej w pewnym zakresie, analizowaną tu materię i w wyroku z dnia 17 lutego 2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004/2/7, stwierdził, że : „Art. 73 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, z 1999 r. Nr 83, poz. 931, z 2000 r. Nr 50, poz. 580, Nr 62, poz. 717, Nr 73, poz. 852 i Nr 93, poz. 1027, z 2001 r. Nr 98, poz. 1071 i Nr 106, poz. 1149, z 2002 r. Nr 74, poz. 676 oraz z 2003 r. Nr 17, poz. 155, Nr 111, poz. 1061 i Nr 130, poz. 1188) jest zgodny z art. 42 ust. 2 i art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”. To ostatnie uwarunkowanie dostrzega zresztą także i Rzecznik, stwierdzając, że właśnie dlatego „...jego wątpliwości budzi nie sam fakt wprowadzenia krótkotrwałego ograniczenia w zakresie swobody kontaktu obrońcy z podejrzanym (co było przedmiotem oceny Trybunału Konstytucyjnego) lecz przyjęte przez ustawodawcę kryterium takiego ograniczenia”. Dodać wypada, że od daty wydania przez Trybunał tego orzeczenia nie uległa zmianie ani treść art. 73 k.p.k., ani unormowanie wzorca konstytucyjnego.

Po czwarte to, że także w orzecznictwie organów strasburskich, współkształtującym z kolei tzw. standard konwencyjny, co prawda wskazuje się, iż kontakt aresztowanego z jego obrońcą powinien być nieskrępowany ale jednocześnie stwierdza się, iż pewne ograniczenia muszą być jednak dopuszczalne (o kryteriach tych ograniczeń – zob. dalszą część opinii).

III. Nie istnieje potrzeba powtarzania w niniejszej opinii wszystkich tych argumentów, które zostały powołane przez Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 lutego 2004 r. dla umotywowania zajętego w tym orzeczeniu stanowiska. Orzeczenie to jest bowiem powszechnie dostępne.

W związku z treścią pisma podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości do Przewodniczącego KKPK zauważyć jedynie należy, iż zagadnienie jest węższe niż zdaje się je widzieć Autor tego pisma. Otóż problem może i powinien być rozważany jedynie w odniesieniu do zasad porozumiewania się **podejrzanego** tymczasowo aresztowanego (nie zaś **podejrzanego i oskarżonego** tymczasowo aresztowanego) ze swoim obrońcą (chyba, że idzie o specyficzny układ sytuacyjno-procesowy, w którym ta sama osoba w jednej z dwu odrębnych spraw ma status oskarżonego, a w drugiej z tych spraw występuje jako podejrzany i dlatego rozważana jest możliwość zastosowania ograniczeń; także i w tym wypadku problem będzie jednak wywołany z uwagi na status tej osoby jako podejrzanego, a nie oskarżonego; status oskarżonego nie pozwala bowiem na zastosowanie jakichkolwiek ograniczeń).

IV. Materię poruszaną w piśmie Rzecznika Praw Obywatelskich trzeba, dla czytelności dalszych uwag, podzielić na dwa wątki. Pierwszy, związany z

treścią art. 73 § 2 k.p.k. i drugi, związany z treścią art. 73 § 3 k.p.k. Oba te wątki pozostają co prawda w integralnym związku, ale cechuje je także istotna różnica, związana przede wszystkim z samą treścią sentencji wspomnianego wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lutego 2004 r.

Na pierwszy rzut oka zastrzeżenia Rzecznika co do niedookreślenia (niezbyt precyzyjnego określenia) użytego w art. 73 § 2 k.p.k. kryterium ograniczenia swobody kontaktu podejrzanego z obrońcą (w ciągu co najwyżej 14 dni od daty tymczasowego aresztowania podejrzanego) wydają się w pełni zasadne, w szczególności, jeśli zważyć wzorce wynikające z cytowanych także przez RPO wcześniejszych orzeczeń Trybunału. Rzecz jednak w tym, że treść sentencji wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lutego 2004 r. nakazuje rozważyć, czy przypadkiem Trybunał nie wypowiedział się nie tylko w kwestii samej dopuszczalności ograniczenia swobody tych kontaktów, ale także i w kwestii stopnia precyzji przyjętego przez ustawodawcę w art. 78 § 2 k.p.k. kryterium ograniczenia. Treść tej sentencji stwierdza bowiem, że „cały” art. 73 § 2 k.p.k. jest zgodny m.in. z wzorcem konstytucyjnym określonym w art. 42 ust. 2, co może implikować wniosek, że w opinii Trybunału zgodne z tym wzorcem jest także kryterium ograniczenia wyrażone w słowach „w szczególnie uzasadnionym wypadku”. Zasadność takiego wniosku może być wywodzona także i stąd, że w uzasadnieniu skargi konstytucyjnej, po rozpoznaniu której zapadł analizowany wyrok, nawiązano do treści art. 31 ust. 3 Konstytucji, podkreślając, że prawo do obrony może być ograniczone jedynie na warunkach określonych w tym przepisie, co w zestawieniu z kilkakrotnie przytoczonym w uzasadnieniu wyroku zwrotem „w szczególnie uzasadnionym wypadku”, bez poddania przez Trybunał krytyce stopnia określoności tego zwrotu, zdaje się świadczyć, że w opinii Trybunału tak ogólne kryterium odpowiada jednakże warunkom art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, także co do stopnia precyzji wskazywanego kryterium ograniczającego (zob. np. pkt III-2 oraz III-5 uzasadnienia wyroku TK, a w szczególności fragment z pkt III-5 : „Przed wszystkim należy zwrócić uwagę na wyjątkowy charakter tego przepisu, bowiem przewidziane w nim ograniczenie swobody kontaktów oskarżonego i jego obrońcy musi być uzasadnione szczególnymi okolicznościami”). Lojalnie trzeba jednak przyznać, że w uzasadnieniu tym nie stwierdzono *expressis verbis*, iż zwrot „w szczególnie uzasadnionym wypadku” w wystarczająco precyzyjny sposób wyraża kryterium ograniczenia.

Zdaniem Komisji Kodyfikacyjnej, w opisanej wyżej sytuacji wątpliwe byłoby „drażnienie zagadnienia” w wyniku ponownej skargi konstytucyjnej. Nic natomiast nie stoi na przeszkodzie, aby – mając nadto na uwadze orzecznictwo Trybunału, opublikowane już po dniu 17 lutego 2004 r., a rozwijające standard określony w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – zarekomendować organowi posiadającemu inicjatywę legislacyjną stosowną nowelizację art. 73 § 2 k.p.k.

Bezspornie nowelizacji wymaga zaś art. 73 § 3 k.p.k. Ten ostatni przepis nie był poddany kontroli zgodności z wzorcami konstytucyjnymi, a co więcej –

zasadne jest spostrzeżenie Rzecznika Praw Obywatelskich, że zastrzeżenie kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą jest limitowane jedynie temporalnie (art. 73 § 4 k.p.k.), bez wskazania już nie tylko wystarczająco precyzyjnych przesłanek powstania po stronie prokuratora uprawnienia do ograniczenia swobodnych kontaktów na linii podejrzanego – obrońca, ale w ogóle jakichkolwiek przesłanek do korzystania przez prokuratora z tego prawa. Przepis art. 73 § 3 k.p.k. nie zawiera zatem jakichkolwiek wyraźnie sformułowanych gwarancji ochrony przed arbitralnością decyzji prokuratora i jako taki z pewnością wymaga nowelizacji.

Komisja Kodyfikacyjna jest zdania, że w wyniku stosownej nowelizacji kryterium ograniczające, do którego będzie odwoływał się art. 73 § 3 k.p.k., winno odpowiadać, co do stopnia dookreślenia, temu kryterium, którym operować będzie – w wyniku decyzji podjętej przez legislaturę – przepis art. 73 § 2 k.p.k. Co więcej, powinno to być dokładnie to samo kryterium, albowiem brak jest dostatecznych racji, aby różnicować kryterium ograniczające swobodny kontakt podejrzanego z obrońcą w zależności od formy tego kontaktu (osobisty czy korespondencyjny).

W drodze wypadkowej uwagi, która nie powinna ważyć na decyzji w przedmiocie nowelizacji art. 73 k.p.k., wskazać warto, że w praktyce owa arbitralność prerogatywy prokuratorskiej określonej w art. 73 § 3 k.p.k., ulega – w większości wypadków – osłabieniu. Większość prokuratorów nie ogranicza się bowiem do literalnego odczytywania przepisu i kieruje się wykładnią, zgodnie z którą można przyjąć, że także *de lege lata* względy systemowe i funkcjonalne przemawiają za tym, iż zastrzeżenie kontroli korespondencji nie powinno być wprowadzane całkowicie arbitralnie. W konsekwencji przyjmują oni, że także i w tym wypadku stosowania ograniczenia kontaktu na linii : tymczasowo aresztowany podejrzanego – obrońca, niezbędne jest stwierdzenie istnienia „szczególnie uzasadnionego wypadku”, przemawiającego za wprowadzeniem ograniczenia. Jest to jednak wykładnia o charakterze kreatywnym. Jako prowadzona *per favorem* podejrzanego może być ona uznana za dopuszczalną, ale niewątpliwie lepiej byłoby, aby stosowne kryterium ograniczające znalazło jednoznaczny wyraz w tekście ustawy.

V. Najbardziej skomplikowanym problemem jest, rzecz jasna, wypracowanie właściwego kryterium ograniczającego. W pierwszej kolejności należy rozważyć jednak to, czy występujące *de lege lata* określenie „w szczególnie uzasadnionym wypadku”, mające charakter *sui generis* klauzuli generalnej, nie spełnia kryterium dostatecznego stopnia dookreślenia. Gdyby przyjąć to ostatnie założenie pozostawałby do wykonania jedynie bardzo prosty zabieg wyraźnego przeniesienia (przy użyciu dowolnej techniki legislacyjnej) tego kryterium także i na grunt art. 73 § 3 k.p.k.

Warto w tym kontekście przypomnieć, że stopień precyzji określenia „szczególnie uzasadniony wypadek” podlegał już ocenie Trybunału

Konstytucyjnego w dwóch publikowanych orzeczeniach. W wyroku z dnia 8 maja 2006 r., P 18/05, OTK-A 2006/5/53, TK krytycznie stwierdził, że używany w ustawie o komornikach sądowych „zwrot nieostry, jakim jest niewątpliwie >szczególnie uzasadniony wypadek< , może prowadzić do nieuzasadnionych różnicowań dłużników, którzy nie chcą lub nie mogą dobrowolnie wykonać swoich zobowiązań”. W wyroku z dnia 26 maja 2008 r., SK 25/07, OTK-A 2008/4/62, rozstrzygając o tym, że : „Art. 248 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557, ze zm.) jest niezgodny z art. 40, art. 41 ust. 4 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 31 ust. 3 Konstytucji”, wskazał m.in., że : „Przewidziany w art. 248 § 1 k.k.w. >szczególnie uzasadniony wypadek< , dopuszczający odstępianie od kodeksowych gwarancji zapewnienia minimalnej normy powierzchni, stał się w istocie regułą i niweczy funkcje gwarancyjne zawarte w art. 110 § 2 k.k.w” (przepis art. 248 k.k.w. został z dniem 6 grudnia 2009 r. uchylony).

Z drugiej strony nie sposób nie dostrzec tego, że nie zakwestionowano dotąd równie niedookreślonego terminu „w szczególnie uzasadnionych wypadkach” (także na gruncie przepisów prawa karnego materialnego – art. 60 § 2 k.k., art. 69 § 4 k.k., art. 77 § 2 k.k., przy czym najbardziej symptomatyczny jest ten ostatni przepis, albowiem na jego gruncie kryterium o równie niedookreślonej treści służy za uzasadnienie zastosowania nie przywileju procesowego, ale przeciwnie - za motyw wprowadzenia surowego ograniczenia uprawnień skazanego), czy terminu „wypadku mniejszej wagi” (liczne w kodeksie karnym sytuacje określenia podstaw łagodniejszego wymiaru kary).

Niezależnie od powyżej opisanych uwarunkowań i nie bacząc na to, że przepis art. 73 § 2 k.p.k. (także i art. 73 § 3 k.p.k.) ma charakter procesowy, a nie materialnoprawny, Komisja Kodyfikacyjna wyraża jednak opinię, iż użyte w nim (a stanowiące przedmiot niniejszej analizy) określenie charakteryzuje niedostateczny sposób precyzji. Nie można bowiem tracić z pola widzenia roli, jaką pełni na gruncie art. 73 § 2 k.p.k. owo niedostatecznie precyzyjne określenie. Stanowi ono przecież, jak to już wyżej wielokrotnie sygnalizowano, przesłankę upoważniającą prokuratora do ingerencji w dyskrecjonalność kontaktu pomiędzy podejrzanym a jego obrońcą. W takiej zaś sytuacji nadmierna blankietowość może sprzyjać podejmowaniu decyzji charakteryzujących się arbitralnością. Komisja Kodyfikacyjna opowiada się zatem za odpowiednim stopniem dookreślenia przesłanki uzasadniającej taką ingerencję. Stwierdza także, że sformułowanie ustawowe, które zostanie użyte w art. 73 § 2 (a w konsekwencji także i w art. 73 § 3) k.p.k. powinno nawiązywać - mając na uwadze ewentualność skarg kierowanych do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz) - do przesłanek uznanych już w dotychczasowym orzecznictwie strasburskim (choćby niekoniecznie dosłownie je recypować).

Wskazać należy zatem, że wprowadzenie w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej jako EKPCz) brak jest gwarancji

odnoszącej się jednoznacznie do kontaktów osoby tymczasowo aresztowanej z obrońcą, analogicznej do tej, która zawarta jest w art. 14 ust. 3 lit. b Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, niemniej jednak z orzecznictwa organów strasburskich, współkształtującego standard konwencyjny, wynika, że umożliwienie nieskrępowanego porozumiewania się pozbawionego wolności oskarżonego z obrońcą należy do fundamentów rzetelnego procesu sądowego (tak np. w wyrokach ETPCz : z dnia 30 września 1985 r. w sprawie *Can v. Austria*, z dnia 28 listopada 1991 r. w sprawie *S. v. Szwajcaria*, z dnia 12 maja 2005 r. w sprawie *Öcalan v. Turcja* i licznych innych), przy czym niejednokrotnie zagadnienie to wiązane było z koniecznością zachowania tzw. równości broni.

Gdy idzie o kwestie szczegółowe, dotyczące tych kontaktów, stosunkowo najwięcej uwagi poświęcono w orzecznictwie strasburskim zagadnieniu, od jakiego momentu aresztowany winien mieć zapewnioną możliwość kontaktu z obrońcą. W tej materii rozwiązanie wewnętrzne nie nasuwa wątpliwości co do jego zgodności ze standardem konwencyjnym. Nawiązanie w tym miejscu opinii do tej kwestii jest jednak zasadne z tego powodu, że we wcześniejszym orzecznictwie, dopuszczającym nawet pewne ograniczenia czasowe, ograniczone jednak do początkowej fazy stosowania aresztu, nawiązywano do kryteriów, które mogą być pomocne przy określaniu ograniczeń o charakterze innym niż czysto temporalny. Odwoływano się zatem do „konieczności zapewnienia ochrony interesów postępowania”, czy „potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa”.

Do podobnych określeń nawiązuje orzecznictwo strasburskie dotyczące ewentualnych ograniczeń w zakresie kontaktu korespondencyjnego. Z jednej strony przyjmuje się, że nie można zaakceptować temporalnych ograniczeń korespondencji i że, co do zasady, korespondencja aresztowanego oskarżonego z obrońcą nie może podlegać cenzurze czy kontroli w żadnej formie (tak np. w wyroku ETPCz z dnia 15 listopada 1996 r. w sprawie *Domenichini v. Włochy*). Z drugiej jednak strony rygor ten jest czasem łagodzony (tak np. w wyroku ETPCz z dnia 25 marca 1992 r. w sprawie *Campbell v. Zjednoczone Królestwo*) poprzez dopuszczenie kontroli korespondencji na linii aresztant – obrońca jeśli istnieją podstawy do podejrzenia, że w przesyłce znajdują się przedmioty, których przesyłanie jest zabronione, względnie podjęto próbę matactwa (odrębnym problemem pozostaje to, w jaki sposób ma nastąpić antycypacja czy to zawartości przesyłki, czy np. treści listu pod kątem elementów matactwa; bez otwarcia samej przesyłki i lektury pisma nie da się przecież przesądzić, czy zachodzi okoliczność, która ma stanowić przesłankę ingerencji w dyskrecjonalność korespondencji).

Orzecznictwo ETPCz nawiązywało także do przesłanki o innym charakterze, dopuszczając pewne ograniczenia w dyskrecjonalności kontaktu tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą wówczas, gdy istnieje podejrzenie, iż obrońca wykorzystuje swoją uprzywilejowaną pozycję i w porozumieniu z

aresztowanym podejmuje próbę matactwa procesowego. Jednocześnie jednak podkreślano, że obrońcę należy, co do zasady, traktować jako osobę zaufania publicznego, a w konsekwencji nie powinno się przyjmować, że działa on nielegalnie, bez zaistnienia poważnych okoliczności uzasadniających takie podejrzenie. Napotkać można jednak i stwierdzenie, że pojawienie się w tej materii wątpliwości wystarczy do wysnucia konkluzji, iż rozsądne ograniczenie dyskrecjonalności kontaktu nie naruszy standardu (zob. np. § 49 cyt. już wyżej wyroku z dnia 28 listopada 1991 r. w sprawie *S. v. Szwajcaria*).

Dla wypracowania stosownego kryterium uzasadniającego - w początkowej fazie postępowania - ograniczenie pełnej dyskrecjonalności kontaktu tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą pomocna jest również analiza wyroku ETPCz z dnia 10 maja 2007 r. w sprawie *Modarca v. Mołdawia* (w szczególności pkt V §§ 80-99). Judykat ten podsumowuje bowiem dotychczasowe kierunki orzecznictwa strasburskiego w analizowanej materii, ukazując jednocześnie, że wyprowadzane *in concreto* oceny mogą być uzależnione od wielu czynników, np. charakteru zarzutu (zob. § 96 tego wyroku, z którego wynika, że Trybunał odrzucił argumentację przyjętą uprzednio w sprawie *Kröcher i Möller v. Szwajcaria*, ze względu na to, że tamta sprawa dotyczyła oskarżenia o czyny „extremely violent”, zaś sprawa niniejsza dotyczy przestępstwa nie związanego z użyciem przemocy).

Zmierzając do konkluzji, raz jeszcze stwierdzić należy, że analiza orzecznictwa strasburskiego pozwala na poszukiwanie rozsądnego kryterium ograniczenia dyskrecjonalności kontaktu (zarówno bezpośredniego, jak i korespondencyjnego) tymczasowo aresztowanego z jego obrońcą bądź to w „konieczności zapewnienia ochrony interesów postępowania”, bądź w „potrzebie zapewnienia bezpieczeństwa” (zarówno szeroko pojętego bezpieczeństwa publicznego, jak i bezpieczeństwa uczestników postępowania, w tym samego obrońcy, którego podejrzany - mając świadomość wstępnej fazy postępowania, a więc kształtowania dopiero materiału dowodowego - może nakłaniać do naruszenia już nie tylko standardów etycznych, ale i prawnych; świadomość tego, że kontakt z obrońcą poddany jest kontroli minimalizuje to zagrożenie), bądź w „uzasadnionej obawie podjęcia próby matactwa”.

Komisja Kodyfikacyjna za najmniej zręczną uważa formułę nawiązującą do tej ostatniej przesłanki. Abstrahując nawet od tego, że odwoływanie się do obaw nielegalnego działania obrońcy (w porozumieniu z jego klientem) bezzasadnie rzucałoby cień na całą korporację (w sytuacji, gdy wiadomo, że podejrzenia takie mogą być odnoszone jedynie do nielicznych „czarnych owiec” funkcjonujących w ramach tej korporacji), zauważyć należy, że przesłanka tak nazwana jest jedynie egzemplifikacją konieczności zapewnienia należytej ochrony interesów postępowania, które w sposób szczególnie zagrożone są właśnie na wstępnym etapie postępowania, gdy organy państwa dopiero zabezpieczają zręby materiału dowodowego. Komisja Kodyfikacyjna opowiada się zatem za odwołaniem się do przesłanki o bardziej ogólnym, ale przecież nie

ogólnikowym charakterze, nie rezygnując z podkreślenia konieczności stwierdzenia „wyjątkowości” sytuacji procesowej, ze względu na którą ograniczana jest dyskrecjonalność kontaktu oraz przykładowego podania okoliczności najbardziej typowej, uzasadniającej wprowadzenie temporalnego ograniczenia tej dyskrecjonalności, jaką stanowi potrzeba zapewnienia bezpieczeństwa publicznego (w jego szerokim, wyżej przedstawionym, rozumieniu).

Warto w tym kontekście przypomnieć, że do klauzul generalnych o podobnym brzmieniu ustawodawca odwołuje się także w innych przepisach kodeksu postępowania karnego i nie wzbudzało to dotąd wątpliwości co do zgodności z wzorcami konstytucyjnymi – zob. np. „dobro wymiaru sprawiedliwości” – art. 37 k.p.k., art. 647 § 3 k.p.k., art. 649 § 1 k.p.k., art. 650 § 1 k.p.k. (tak nazwana przesłanka uzasadnia odstępianie od reguły rozpoznania sprawy przez „sąd właściwy”), czy też np. „dobro postępowania” – art. 171 § 3 k.p.k., art. 611fn § 4 k.p.k.

Za spełniającą powyżej nakreślone warunki uznać należy, przykładowo, następującą propozycję nowelizacji :

Art. 73 (...)

§ 2. W postępowaniu przygotowawczym prokurator udzielając zezwolenia na porozumiewanie się może, w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych koniecznością zapewnienia ochrony interesów postępowania, a zwłaszcza bezpieczeństwa publicznego, zastrzec, że będzie przy tym obecny sam lub osoba przez niego upoważniona.

§ 3. Z przyczyn określonych w § 2 prokurator może wyjątkowo zastrzec również kontrolę korespondencji podejrzanego z obrońcą.

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

W n i o s k i :

- 1) sama możliwość wprowadzenia ograniczenia w zakresie swobody kontaktu z obrońcą we wstępnej fazie postępowania karnego nie może być kwestionowana ani z punktu widzenia standardu konstytucyjnego, ani z punktu widzenia standardu konwencyjnego; jest ona także niezbędna, jeśli zważy się konieczność zabezpieczenia bezpieczeństwa publicznego oraz praw innych osób, w tym także samego obrońcy;
- 2) problemem jest, w istocie, nadmierna ogólnikowość w sformułowaniu kryterium takiego ograniczenia w odniesieniu do kontaktu bezpośredniego podejrzanego z obrońcą (art. 73 § 2 k.p.k.) oraz brak jakiegokolwiek kryterium w odniesieniu do kontaktu korespondencyjnego podejrzanego z obrońcą (art. 73 § 3 k.p.k.);

- 3) Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego w toku dalszych prac nad szeroką nowelizacją procedury karnej przedstawi projekt nowelizacji art. 73 § 2 i 3 k.p.k., z uwzględnieniem kryterium o odpowiednim stopniu konkretyzacji, które nie będzie nasuwało wątpliwości co do jego zgodności ze standardem konstytucyjnym, a także ze standardem konwencyjnym.
- 4) Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego zauważa też potrzebę rozważenia nowelizacji art. 215 § 1 Kodeksu karnego wykonawczego, a w szczególności potrzebę analizy zagadnienia, czy nie zachodzi konieczność precyzyjnego określenia podstaw ograniczenia (choćby jedynie krótkotrwałego, np. na wzór art. 73 § 4 *in fine* k.p.k.) kontaktów tymczasowo aresztowanego podejrzanego nie z jego obrońcą, ale z pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym.

Warszawa, dnia 24 maja 2011 r.

sporządził : SSN Stanisław Zabłocki