

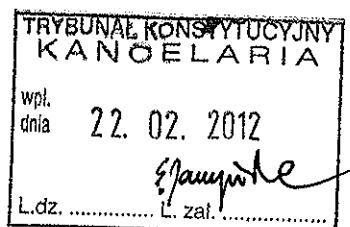


NACZELNA RADA ADWOKACKA

ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa
tel. 022 505 25 00, 022 505 25 01, fax 022 505 25 08
e-mail: nra@nra.pl www.nra.pl

Warszawa, dnia 22 lutego 2012 r.

NRA-52-2/1/12



Do:

Trybunału Konstytucyjnego

Al. Jana Christiana Szucha 12a
00-918 Warszawa

Od:

1. Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej

adw. Andrzeja Zwary

2. Przewodniczącego Komisji Praw Człowieka

przy Naczelnej Radzie Adwokackiej

adw. Mikołaja Pietrzaka

Sygn. akt: K 37/11

O P I N I A

**w przedmiocie praktyki stosowania art. 245 § 1 Kodeksu postępowania karnego
z perspektywy gwarancji praw i wolności konstytucyjnych jednostki,
a w szczególności prawa do obrony**

W związku z prośbą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 stycznia 2012 r. dotyczącą sprawy zgodności 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.*) 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 RP, badanej na wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich, zarejestrowanej pod sygn. akt K 37/11 – Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej (*dalej: NRA*) oraz Przewodniczący Komisji Praw Człowieka przy NRA – przedkładają niniejszą opinię, wyrażając nadzieję, że uwagi w niej przedstawione okażą się pomocne dla Trybunału Konstytucyjnego w rozstrzygnięciu sprawy.

Opiniujący wskazują jednocześnie, iż stanowisko, które zawarte jest w niniejszym piśmie stanowi wypadkową doświadczeń adwokatów – praktyków prawa karnego (*dalej: adwokaci*), którzy zostali zapytani i wypowiedzieli się co do kwestii będącej przedmiotem opinii. Stosownie do

prośby Trybunału Konstytucyjnego, opinia kładzie główny nacisk na praktykę stosowania zaskarżonej normy prawnej i konsekwencje wynikające z niej dla jednostek.

1. Przedmiot zaskarżenia

Przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie Rzecznik Praw Obywatelskich uczynił zgodność art. 245 § 1 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 RP. Stosownie do zaskarżonego przepisu, 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. Przepis nie wskazuje przy tym jakichkolwiek przesłanek i nie ogranicza w jakikolwiek sposób kręgu sytuacji, w których organ uprawniony jest do zastrzeżenia swojej obecności podczas rozmowy zatrzymanego z adwokatem.

2. Możliwość nawiązania nieskrępowanego kontaktu przez zatrzymanego z adwokatem a realizacja prawa do obrony

Wątpliwości nie powinno budzić, że osoba zatrzymana staje się podmiotem, któremu przysługuje prawo do obrony, gwarantowane w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP. Jak wynika chociażby z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2004 r., V KK 194/03, *Prok.i Pr.-wkl. 2004/7-8/11 „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.”*. Status ten ustawodawca potwierdza i wzmacnia poprzez wprowadzenie w art. 178 k.p.k. bezwzględnego zakazu dowodowego, czyniąc niedopuszczalnym przesłuchanie w charakterze świadka adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., na równi z zakazem dotyczącym obrońcy oskarżonego lub podejrzanego. W art. 226 k.p.k. ustawodawca wprowadza ponadto zakaz zajęcia dokumentacji adwokata sporządzonej w związku z rozmową z zatrzymanym.

Jeśli zaś chodzi o możliwość zastrzeżenia przez zatrzymującego swojej obecności podczas rozmowy zatrzymanego z adwokatem, uprawnieniu temu ustawodawca nie nadał charakteru wyjątkowego, w przeciwieństwie do porozumiewania się podejrzanego tymczasowo

aresztowanego z obrońcą w postępowaniu przygotowawczym (art. 73 § 2 i § 4 k.p.k.). Jedynie w szczególnie uzasadnionym wypadku prokurator udzielając zezwolenia na porozumiewanie się oskarżonego z obrońcą zastrzec może, że będzie obecny przy tym sam lub osoba przez niego upoważniona. Wymogu takiego nie stawia zaskarżony przez RPO art. 245 § 1 k.p.k. Co prawda przedstawiciele doktryny wskazują, że brak jednak jest podstaw do twierdzenia, że obecność zatrzymującego podczas rozmowy zatrzymanego z adwokatem powinna być regułą, przeciwnie wręcz, *„obecność zatrzymującego powinna być podyktowana wyłącznie koniecznością zabezpieczenia prawidłowego toku czynności podejmowanych w związku z zatrzymaniem. Obecność zatrzymującego może bowiem utrudniać zatrzymanemu realizowanie w mającym się toczyć albo już toczącym się postępowaniu prawa do obrony.”* (J. Grajewski (red.), L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 1-424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U.97.89.555)*, LEX/el. 2012, Stan prawny: 2012.02.14).

Jednakże praktyka organów dokonujących zatrzymania wydaje się być daleka od teoretycznych założeń i wymogów, na jakie wskazują przedstawiciele doktryny. W obecnym stanie prawnym pomimo braku istnienia okoliczności, czy też wiedzy organów o okolicznościach, które uprawdopodobniałyby hipotezę, że jednostka nawet mimo zatrzymania będzie miała możliwość i będzie próbowała utrudniać postępowanie przygotowawcze organy ścigania uprawnione są do zaznajomienia się z rozmowami zatrzymanego. Rozmowy te zaś mogą mieć charakter stricte poufny, a jednocześnie nie mieć żadnego wpływu na prawidłowość dalszego postępowania.

Moment zatrzymania w większości przypadków stanowi wstęp do późniejszego przedstawienia zatrzymanemu zarzutu popełnienia przestępstwa. Dopiero wówczas uzyskuje on status strony postępowania. Podczas zatrzymania zazwyczaj osoba taka nie ma jeszcze statusu podejrzanego, ale jest już osobą podejrzaną, podejrzanym, czy ujmując inaczej – podejrzanym faktycznie.

Położenie takiej osoby na etapie poprzedzającym przedstawienie zarzutu jest niejednokrotnie trudniejsze procesowo niż osoby mającej już status podejrzanego. Osoba taka często nie zdaje sobie sprawy ze znaczenia swego położenia oraz logiki i dynamiki postępowania, prowadzącego do późniejszego postawienia jej zarzutu popełnienia przestępstwa. Zatrzymanie wiąże się z bardzo dużą presją i stresem, które mogą doprowadzić i często prowadzą do podejmowania przez zatrzymanego – dążącego przede wszystkim do odzyskania wolności – pochopnych i nierozważnych decyzji. Osoba zatrzymana nie dysponuje wiedzą i doświadczeniem pozwalającym na to by prawidłowo dbać o własne prawa i interesy. Może to powodować, że decyzje podjęte bez

konsultacji z adwokatem, prowadzić będą taką osobę do zachowań niezgodnych z jej prawnie chronionymi interesami.

Oceniając konkretne postępowania karne *ex post*, porównując te sytuacje, gdzie adwokaci mieli dostęp do zatrzymanego od samego początku i te, w których taki dostęp nie był zapewniony na wstępnym etapie postępowania, widać jest, że wydarzenia mające miejsce przed organami ścigania (w szczególności Policją, w tym Centralnym Biurem Śledczym, Centralnym Biurem Antykorupcyjnym, czy Agencją Bezpieczeństwa Wewnętrznego) mają bardzo istotne znaczenie dla samego zatrzymanego i losów postępowania.

Z perspektywy osoby zatrzymanej, zatrzymaniu towarzyszy ogromna niepewność i presja psychiczna z nim związana, a co za tym idzie niezdolność do właściwej i realnej oceny własnego położenia. Z tego względu konieczne jest istnienie realnej możliwości kontaktu i rozmowy z adwokatem. By rozmowa taka skutecznie spełniła oczekiwaną rolę – i służyła realizacji prawa do obrony – musi ona stanowić rozmowę nieskrępowaną. Co prawda prawo kontaktu zatrzymanego z adwokatem służyć ma innym celom, niż kontaktu podejrzanego z obrońcą *sensu stricto*, jednakże mają one wiele cech wspólnych. Podstawą takiego kontaktu jest zaufanie do osoby będącej w stanie wyjaśnić zatrzymanemu jego sytuację prawną i procesową. Zatrzymany potrzebuje bowiem pomocy podmiotu niezależnego od organu dokonującego zatrzymania, organów ścigania i sądu, kontaktu z osobą, która dobrze poinformuje go o jego prawach i obowiązkach, której będzie mógł zaufać.

Choć nie jest to zasadniczym przedmiotem opinii, na marginesie wskazać trzeba, że bardzo niewiele osób korzysta w momencie zatrzymania z prawa kontaktu z adwokatem. W większości przypadków do uzyskania takiego kontaktu nie dochodzi, jednocześnie policjanci często zniechęcają do kontaktu z adwokatem. Źródłem takiej postawy jest pokutująca wśród policjantów opinia, że obecność adwokata nie służy swoiście pojmowanemu „dobru postępowania”. Z drugiej strony, brak jest sprawnego ustawowo uregulowanego systemu zapewnienia kontaktu zatrzymanego z adwokatem. Organ zatrzymujący żąda od zatrzymanego wskazania imienia i nazwiska oraz numeru telefonu adwokata, z którym miałoby dojść do kontaktu. Realnie zatrzymany może taki kontakt uzyskać, jeśli dysponuje danymi i numerem telefonu konkretnego adwokata.

W większości przypadków żądanie kontaktu z adwokatem jest nieskuteczne, a częstokroć nie znajduje odzwierciedlenia w protokołach z podejmowanych czynności.

Inną jeszcze kwestią jest, że w teorii wskazuje się, że umożliwienie nawiązania bezpośredniego kontaktu z adwokatem, na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., w dostępnej formie obejmuje „*każdy sposób porozumiewania, możliwy w miejscu przebywania osoby zatrzymanej: telefon, telefaks, poczta elektroniczna, ale także pismo sporządzone przez zatrzymanego, doręczane przez organ dokonujący zatrzymania, inną instytucję czy osobę*” (J. Grajewski (red.), L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 1-424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U.97.89.555)*, LEX/el. 2012, Stan prawny: 2012.02.14). W praktyce jednak niezmiernie rzadko zdarza się, by zatrzymanemu umożliwiono nawiązanie kontaktu z adwokatem w takiej właśnie – innej niż osobisty kontakt – formie.

3. Praktyka stosowania art. 245 § 1 k.p.k.

Przewidziana w art. 245 § 1 k.p.k. możliwość zastrzeżenia obecności zatrzymującego podczas rozmowy zatrzymanego z adwokatem, co nie budzi wątpliwości adwokatów, jest instytucją znajdującą się w stałym użyciu procesowym. Stąd też jego praktyczne znaczenie jest niebagatelne.

Przedstawiając doświadczenia związane ze stosowaniem tej instytucji w praktyce należy wyróżnić następujące rodzaje sytuacji: (1) skorzystanie przez organ zatrzymujący z możliwości zastrzeżenia swojej obecności, (2) brak obecności organu zatrzymującego podczas rozmowy zatrzymanego z adwokatem oraz (3) brak możliwości uzyskania przez zatrzymanego kontaktu z adwokatem.

3.1. Obecność reprezentanta organu zatrzymującego przy kontakcie zatrzymanego z adwokatem

Doświadczenia adwokatów wskazują na to, iż zastrzeżenie obecności reprezentanta organu zatrzymującego przy kontakcie adwokata z zatrzymanym jest bardzo częstym, o ile nie najczęstszym, przypadkiem zastosowania przepisu art. 245 § 1 k.p.k. Jednocześnie, z braku odpowiednich regulacji, decyzje organu zatrzymującego o obecności podczas takiego kontaktu nie są uzasadniane w ogóle i opierają się wyłącznie na powołaniu się na prerogatywę do obecności podczas takiej czynności obrończej.

Stosunkowo często zdarzają się również sytuacje, gdy przedstawiciel organu zatrzymującego, bez formalnego zastrzeżenia swojej obecności podczas kontaktu zatrzymanego z adwokatem, obecny jest w miejscu, w którym odbywa się rozmowa. Znajduje się on jednak w pewnej odległości, co powoduje, że nie wiadomo, czy rozmowa taka poddana jest kontroli oraz czy i co rozumie obecny funkcjonariusz. Może to wynikać z warunków, w jakich przebywa zatrzymany i braku fizycznej możliwości porozumienia się przez niego z adwokatem bez obecności funkcjonariuszy organów ścigania, czy innych osób zatrzymanych. Często po prostu nie ma fizycznych warunków pozwalających na dyskretną rozmowę z adwokatem.

Obecność funkcjonariusza podczas kontaktu zatrzymanego z adwokatem w sposób naturalny i oczywisty uniemożliwia swobodną i nieskrępowaną komunikację. Zatrzymany w takich warunkach przekazuje informacje, zadaje pytania i dzieli się swoimi wątpliwościami wężej, niż miałoby to miejsce pod nieobecność funkcjonariusza.

Podczas kontaktu zatrzymanego z adwokatem kluczową rolę odgrywa zaufanie. Z tego powodu informacje uzyskane przez adwokata podczas rozmowy z zatrzymanym chronione są jak tajemnica obrończa. Tylko w warunkach poufności możliwe jest zakładanie przez adwokata, że wypowiedzi zatrzymanego są szczere. Bez nieskrępowanego kontaktu możliwość właściwego dostosowania porady do położenia zatrzymanego jest ograniczona.

Z doświadczenia wynika, że gdy klienci nie mają zaufania, że rozmowa z adwokatem ma charakter poufny, na własną zgubę potrafią dezinformować go, utrudniając późniejszą obronę. W skrajnych sytuacjach, zatrzymany wprowadza adwokata w błąd, będąc skrepowanym obecnością funkcjonariusza np. CBS.

W szczególności podczas kontaktu z adwokatem w obecności funkcjonariusza zatrzymany nie powie, że stosowano w stosunku do niego przemoc psychiczną, a nawet fizyczną, bądź że w trakcie konwoju instruowano go, co ma powiedzieć. Z powtarzających się relacji klientów – przy czym relacje te mają zbyt wiele cech wspólnych by uznać je wszystkie za nieprawdziwe – wynika, że zdarza się, że funkcjonariusze sugerują lub mówią wprost zatrzymanym o konsekwencjach nieprzyznania się przez nich do popełnienia czynu, w szczególności o możliwości zastosowania w takim przypadku środków zapobiegawczych, a przede wszystkim tymczasowego aresztowania. Nawet jeśli presja ze strony organu zatrzymującego nie jest autentyczna, to jest odczuwalna dla zatrzymanych. Zatrzymany może postrzegać zachowania funkcjonariusza (a nawet jego samą

obecność), jako wywieranie presji i ją odczuwać, jeśli nawet funkcjonariusz takiego zamiaru nie ma, a to ze względu na szczególne położenie, w jakim zatrzymany się znajduje.

Niejednokrotnie od momentu zatrzymania osoby do chwili zgłoszenia się adwokata, któremu przekazane są informacje dotyczące zastosowanych wobec jego klienta środków przymusu, organy, które dokonują zatrzymania, prowadzą nieformalne (tj. nie znajdujące odzwierciedlenia w protokołach ani notatkach urzędowych) rozmowy z zatrzymanym, zmierzające do przekonania go o niecelowości korzystania z pomocy adwokata, a wręcz tego, iż jego obecność, czy zastosowanie się do jego porad, będzie pociągało dla zatrzymanego negatywne skutki. I tak, częstym przykładem tego typu działań jest nieformalne wskazanie zasadności niezwłocznego przyznania się przez zatrzymanego do popełnienia czynu w związku, z którym nastąpiło zatrzymanie, tj. bez oczekiwania na przyjazd i konsultacje z adwokatem. Taka „postawa procesowa” zatrzymanego ma rzekomo pozwolić mu na uniknięcie złożenia wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania względem jego osoby oraz gwarantować mu możliwie jak najszybsze zwolnienie z zatrzymania. Wynikiem tego typu działań organów postępowania przygotowawczego może być, a co zostało odnotowane w ramach konsultacji, o których mowa powyżej, iż adwokat, który zmierza już do swojego klienta, zostaje poinformowany przez zatrzymującego, iż zatrzymany, który zażądał z nim kontaktu, zrezygnował właśnie z tego uprawnienia, a co za tym idzie nie zostanie on dopuszczony do kontaktu z zatrzymanym. Oczywiście jest przy tym, iż takie działanie zatrzymanego, tj. odmowa kontaktu z adwokatem wcześniej wezwanym, motywowane jest wyłącznie tym, aby nie antagonizować zatrzymującego i uniknąć dalszych negatywnych skutków, o których wspomniano powyżej. Nie można także nie zauważyć, iż takie działanie zatrzymanego, a ściślej podporządkowanie się sugestiom (ofercie) zatrzymującego w rzeczywistości stanowi „skorzystanie z porady prawnej” nie dość, że pochodzącej od osoby, która nie legitymuje się stosownymi uprawnieniami i przygotowaniem do udzielania takich porad, ale przede wszystkim pochodzącej od osoby kierującej się interesami odmiennymi, a wręcz przeciwnymi w stosunku do interesów samego zatrzymanego. Owy konflikt interesów jest o tyle oczywisty, iż zatrzymanie, jako że podlega kontroli sądowej pod kątem jego zasadności, legalności i prawidłowości, modelowo powinno zakończyć się wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutu zatrzymanemu, co będzie na swój sposób uzasadniało zastosowany wcześniej, tj. jeszcze w toku postępowania *in rem* środek przymusu skutkujący pozbawieniem wolności osoby, co do której – w momencie zatrzymania – nie istniały w pełni uzasadnione podstawy do przedstawienia jej zarzutu. Działanie zatrzymującego, polegające na przekonywaniu zatrzymanego do przyznania się do popełnienia czynu w związku, z którym nastąpiło zatrzymanie, należy zatem jednoznacznie określić, jako wyraz niedopuszczalnego

oportunizmu procesowego, realizowanego dzięki jego przewadze informacyjnej, podtrzymywanej poprzez ograniczenie kontaktu zatrzymanego z adwokatem i nakierowanej na pozyskanie argumentów, które będą uzasadniały dokonane wcześniej zatrzymanie.

Należy także zaznaczyć, iż obecność zatrzymującego podczas kontaktu zatrzymanego z adwokatem, w realiach opisanych powyżej, kończy się częstokroć na ukrywaniu przez zatrzymanego przed adwokatem informacji co do treści takiej nieformalnej rozmowy (oferty), którą odbył z zatrzymującym. Wynika to z tego, iż zatrzymujący – w odbiorze zatrzymanego – w dalszym ciągu funkcjonuje, jako dysponent stosowanego w sprawie środka przymusu, a także jako osoba decydująca o jego dalszym stosowaniu. Decyzja o pozostawieniu adwokata bez wiedzy o przebiegu takich uzgodnień jest zatem wyrazem przekonania zatrzymanego, że załatwienie sprawy w sposób wynikający z sugestii zatrzymującego nie wynika z przepisów prawa, a zatem ujawnianie jej szczegółów – chociażby w kontakcie z adwokatem, w obecności zatrzymującego – może prowadzić do zaprzepaszczenia skutków, które miała one przynieść, tj. natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego. Jeśli adwokat uzyskałby od zatrzymanego informację o rozmowach z funkcjonariuszami prowadzonymi w tym zakresie mógłby skonfrontować ich treść z rzeczywistością i wskazać na ile realne w praktyce są możliwości wskazywane zatrzymanemu.

Widoczny w ostatnim z omawianych aspektów brak warunków zapewniających dyskrecję kontaktu z adwokatem oddziałuje w sposób krępujący na zatrzymanego. W konsekwencji powoduje to ograniczenie lub zniekształcenie informacji, które zatrzymany winien dla własnego dobra przekazać adwokatowi. Otwartości tego kontaktu z pewnością nie służy dająca się obserwować w ostatnich latach praktyka odchodzenia od wyłącznej właściwości protokolarnego uzyskiwania relacji zatrzymanego, czy podejrzanego co do zdarzeń, których dotyczy postępowanie, a umieszczanie ich w tzw. „notatkach z rozpytania”, bądź innych „notatkach służbowych”, w których zamieszczane są informacje uzyskane przez funkcjonariuszy policji na podstawie osobistego kontaktu z taką osobą. Tego rodzaju dokumenty stanowią element akt sprawy, w której je sporządzono. Nie przeprowadza się z nich co prawda dowodu bezpośredniego, jednakże mają zastosowanie pośrednie, tj. dokonuje się przesłuchania autora takiej notatki w charakterze świadka, podczas którego okazywana mu jest taka notatka, zaś świadek wzywany jest do ustosunkowania się, czy opisane w takiej notatce wydarzenia istotnie miały miejsce (a co ma z kolei potwierdzać, iż zatrzymany, bądź podejrzaný zgłaszali stanowiska wskazane w takiej notatce). Nadto, takie notatki, znajdujące się w aktach sprawy, zawsze mogą mieć znaczenie dla wartościowania innych dowodów, które zostały zebrane w sprawie, pomimo tego, iż organ orzekający wprost nie będzie się na to powoływał. W tym miejscu zauważyć należy

także szeroko stosowaną praktykę, polegającą na przeprowadzaniu z zatrzymanym tak zwanych czynności operacyjnych, które nie znajdują później żadnego odzwierciedlenia w materiale procesowym, które w istocie polegają na faktycznym przesłuchaniu osoby zatrzymanej. W toku zaś czynności procesowych nie ma żadnej informacji, że źródłem dowodów są informacje pochodzące od osoby zatrzymanej. W ten sposób funkcjonariusze policji w sposób oczywisty doprowadzają do dostarczania przez osobę zatrzymaną dowodów na swoją niekorzyść, czym w sposób nieformalny naruszają treść art. 74 § 1 k.p.k.

Zważywszy zatem na fakt, iż informacje pozyskane przez adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. objęte są – zgodnie z treścią art. 178 pkt 1 k.p.k. *in fine* – bezwzględnym zakazem dowodowym, który – zgodnie z art. 226 k.p.k. – rozciąga się również na dokumenty adwokata, które zostały sporządzone w toku takich czynności, wyraźnie dostrzega się, iż bezwarunkowe zagwarantowanie zatrzymującemu prawa do obecności przy kontakcie adwokata z zatrzymanym prowadzi do obejścia powołanych zakazów. Nie można zasadnie twierdzić, że w warunkach takich zatrzymany korzysta z obrony formalnej, w kształcie, w którym jest ona zagwarantowana szeregiem norm procesowych. Kontakt z adwokatem umożliwiać ma zatrzymanemu skorzystanie z tejże obrony. W sytuacji jednak skorzystania przez zatrzymanego z możliwości zastrzeżenia swojej obecności, warunki kontaktu klienta z adwokatem nie gwarantują zachowania uzyskanych informacji w wyłącznej dyspozycji adwokata, który – ze względu na sposób i formę ich przekazania – winien być ich jedynym beneficjentem.

3.2. Brak obecności reprezentanta organu zatrzymującego przy kontakcie zatrzymanego z adwokatem

Sytuacje, w których dochodzi do nieskrępowanego kontaktu adwokata z zatrzymanym należą do rzadkości, chociaż – w ocenie opiniujących – tego rodzaju kontakt, jako jedyny, zapewnia zatrzymanemu swobodę w przekazywaniu adwokatowi wszelkich informacji, które są istotne z perspektywy sprawy zatrzymanego. W konsekwencji wyłącznie w przypadkach, w których taki nieskrępowany kontakt jest zapewniony można zasadnie przyjmować, iż porady prawne, które zostały udzielone zatrzymanemu mogą realizować interes procesowy zatrzymanego w jego całokształcie. Opiniujący, uznając za zasadne stanowisko, które Sąd Najwyższy zajął w wyroku z dnia 9 lutego 2004 r. (sygn. akt: V KK 194/03, *Prok.i Pr.-wkł. 2004/7-8/11*), w którym wskazane zostało, iż „*nie formalne przedstawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie określonej osoby, czyni ją podmiotem prawa do obrony*”, wyrażają przekonanie, iż jedynie wtedy, kiedy zatrzymanemu zapewni się zapoznanie się z poradą prawną odnoszącą się do całokształtu skutków, które może nieść dla

niego sprawa, może on realizować swoje prawo do obrony zgodnie ze swoim rzeczywistym interesem procesowym. Ocena interesu zatrzymanego polegająca na ograniczeniu go wyłącznie do kwestii zwolnienia, nie może stanowić rzeczywistej realizacji prawa do obrony, jeżeli zatrzymany nie ma świadomości co do konsekwencji, jakie jego konkretne oświadczenia procesowe, czy podjęte przez niego czynności, nieść mogą dla sprawy, a które ujawnią się na jej późniejszym etapie. Wobec powyższego podkreślić należy, że w ocenie opiniujących prawo do obrony realizowane jest na każdy etap postępowania. Dla właściwej realizacji tego prawa, konieczne jest istnienie warunków umożliwiających pełne wyjaśnienie zatrzymanemu wszelkich szczegółów związanych z ewentualnym dalszym tokiem postępowania i jego skutkami, w sposób umożliwiający mu dostosowanie środków i decyzji procesowych do jego rzeczywistego interesu, uwzględniającego całokształt postępowania. Fakt, iż zatrzymany złoży zeznania, a potem – już jako podejrzany – wyjaśnienia, w których przyzna się do popełnienia czynu w związku, z którym nastąpiło zatrzymanie, które następnie może zmienić, nie ma żadnego znaczenia. Wyjaśnienia złożone bowiem na wstępnym etapie postępowania, w dalszym ciągu stanowią materiał dowodowy w sprawie, a więc – potencjalnie – mogą zostać uznane za wiarygodne, w przeciwieństwie do późniejszych wyjaśnień, w których je zmieniono, skutkując tym samym skazaniem i wymierzeniem kary. Interes zatrzymanego należy definiować z uwzględnieniem całokształtu rozsądnie prognozowanych okoliczności, które mogą wystąpić w toku całego postępowania, o których też zatrzymany winien być pouczony przez osobę bezstronną, którą – w takich uwarunkowaniach procesowych – może być jedynie adwokat.

3.3. Brak kontaktu zatrzymanego z adwokatem

Praktyka pozwala także na wyodrębnienie tego rodzaju sytuacji, w których do kontaktu adwokata z zatrzymanym nie dochodzi w ogóle. Nie są to częste przypadki, jednakże ich powtarzalność nakazuje uwzględnienie ich w ramach niniejszego stanowiska.

Pierwotne uchybienie stanowi tutaj niekompletne pouczenie zatrzymanego co do możliwości realizowania przez niego przysługujących mu praw. Takie pouczenie ograniczone jest do sporządzenia wyciągu z kilku przepisów, które potencjalnie mogą mieć zastosowanie w sytuacji, w której znalazł się zatrzymany. W większości przypadków jest on zatem pouczony co do tego, że przysługuje mu m.in. „prawo kontaktu z adwokatem”. W praktyce z uprawnienia tego może on jednak skorzystać pod warunkiem wskazania, z którym adwokatem żąda kontaktu. Wówczas dopiero dochodzi do skontaktowania się z takim adwokatem i poinformowania go o fakcie zatrzymania, a także prośbie o kontakt ze strony zatrzymanego. Jeżeli jednak zatrzymany nie

będzie umiał wskazać konkretnego adwokata (np. na skutek tego, że nie zna żadnego) wówczas interpretowane jest to, jako brak żądania nawiązania takiego kontaktu ze skutkami opisanymi powyżej.

Zdarzają się również sytuacje, w których zatrzymany nie jest w ogóle informowany o tym, iż stawiał się adwokat w celu skontaktowania się z nim. W takich sytuacjach zatrzymujący – który odmawia dopuszczenia adwokata do działania – wskazuje, iż kontakt pomiędzy adwokatem a zatrzymanym ograniczony jest jedynie do tych sytuacji, w których to zatrzymany bezpośrednio tego żąda (tj. wskazując adwokata, który ma być przybrany do działania). Wobec faktu, iż żądania takiego nie zgłosił zatrzymany, nie zaktualizowały się okoliczności, które wymagałyby zapewnienia zatrzymanemu prawa do takiego kontaktu. Takie działania zatrzymującego są oczywiście sprzeczne z prawem.

Odnosząc się do bezprawności takiego działania ze strony zatrzymującego należy zwrócić uwagę na jedną okoliczność. Zgodnie z zapisem blankietowym zawartym w art. 245 § 2 k.p.k. zatrzymany ma prawo domagać się, aby zatrzymujący poinformował o fakcie zatrzymania m.in. osobę najbliższą dla zatrzymanego. Stąd też – w praktyce – dopiero członkowie rodzin takich osób nawiązują kontakt z adwokatem, przekazują mu informacje uzyskane od zatrzymującego, a także udzielają tzw. tymczasowego pełnomocnictwa do działania. Takie pełnomocnictwo jest skuteczne ze względu na przepis art. 83 § 1 k.p.k. w zw. z art. 88 k.p.k., zaś adwokat staje się pełnomocnikiem zatrzymanego. Tym samym, wraz z momentem zgłoszenia się do zatrzymującego z takim pełnomocnictwem, zatrzymujący – zgodnie z treścią art. 83 § 1 k.p.k. *in fine* w zw. z art. 88 k.p.k. – winien niezwłocznie zawiadomić zatrzymanego o zgłoszeniu się jego pełnomocnika i – wg żądania zatrzymanego – umożliwić mu kontakt z takim adwokatem. Do tego kontaktu ani zawiadomienia jednak nie dochodzi, na skutek stwierdzenia przez zatrzymującego, iż zatrzymany, o czym była już mowa, nie żądał kontaktu z adwokatem, zaś pełnomocnictwo, którym legitymuje się adwokat nie stanowi wyrazu osobistego żądania wyrażanego przez zatrzymanego.

Zachowanie organów procesowych polegające na informowaniu adwokata – umocowanego do działania przez członków rodziny zatrzymanego – który stawiał się celem skontaktowania się z zatrzymanym, iż zatrzymany nie żądał osobiście kontaktu z adwokatem, przy jednoczesnej odmowie poinformowania zatrzymanego, że stawiał się adwokat, bądź poinformowaniu adwokata, że zatrzymany nie chce skorzystać z takiego kontaktu, przy jednoczesnej odmowie osobistego

(czy chociażby telefonicznego) kontaktu z zatrzymanym, aby to od niego uzyskać takie oświadczenie, określić należy jako działanie *contra legem*.

W zupełnie skrajnych sytuacjach zdarza się nawet, że zatrzymany w obecności funkcjonariusza oświadcza wobec adwokata, który się stawil, że nie chce korzystać z jego pomocy, później natomiast okazuje się, że funkcjonariusz organu zatrzymującego poinformował zatrzymanego, że ma odmówić przyjęcia pomocy prawnej, a wtedy możliwe będzie porozumienie się (bez adwokata) w taki sposób, żeby zatrzymany mógł zostać zwolniony.

W sytuacji udzielenia adwokatowi tymczasowego pełnomocnictwa do reprezentowania zatrzymanego przez członków jego rodziny pierwszym problemem, z jakim musi zmierzyć się taki adwokat jest ustalenie miejsca pobytu zatrzymanego. Jeśli adwokatowi uda się już ustalić, która komenda, bądź komisariat dokonały zatrzymania nierzadko zdarzają się sytuacje, że adwokat, który stawia się w tym miejscu uzyskuje jedynie informację, że zatrzymany umieszczony został w Policyjnej Izbie Zatrzymań, bez podawania dalej idących konkretnych danych co do tego, w której Izbie się on znajduje. W sytuacji takiej, gdy adwokat żąda natychmiastowego kontaktu z klientem uzyskuje jedynie informację, że na następny dzień zaplanowane zostały czynności i wówczas możliwy będzie taki kontakt z zatrzymanym. Jednocześnie niejednokrotnie zdarza się jednak, że zanim zostaną podjęte czynności związane z przesłuchaniem zatrzymanego w charakterze podejrzanego, jak już wyżej wskazano, funkcjonariusze prowadzą z nim rozmowy, dokumentując uzyskane informacje tzw. notatkami z rozpytania. Notatki takie wykorzystywane są co najmniej operacyjnie, a standardowo włączane są do akt sprawy. Podczas późniejszych przesłuchań zdarza się, że notatki takie są prezentowane przesłuchiwanemu wraz z prośbą by potwierdził zawarte w nich informacje. Przez co następuje inkorporowanie treści notatki urzędowej do protokołu przesłuchania.

Podobne wnioski płyną z praktyki, polegającej na zawiadamianiu adwokata – który stawil się w celu nawiązania kontaktu z zatrzymanym, a został uprzednio poinformowany bądź przez zatrzymanego, że spodziewa się on zatrzymania, bądź przez jego najbliższych – że z osobą zatrzymaną będzie miał kontakt, ale dopiero po postawieniu zarzutów, albowiem aktualnie prowadzone są czynności operacyjne.

4. Konkluzje

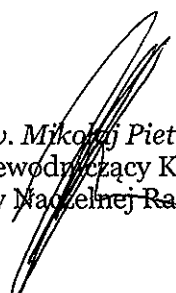
Korzystanie z instytucji zastrzeżenia przez zatrzymującego swojej obecności podczas kontaktu zatrzymanego z adwokatem, przewidzianej w art. 245 § 1 *in fine* k.p.k., jest powszechne w

praktyce, przy czym nie zawsze przyjmuje one formę oficjalnego zastrzeżenia, znajdującego odpowiednie odzwierciedlenie w dokumentach, a polega na faktycznej obecności funkcjonariusza organu dokonującego zatrzymania w pomieszczeniu, w którym odbywa się rozmowa pomiędzy zatrzymanym a adwokatem. Sytuacja taka uniemożliwia przeprowadzenie nieskrępowanej rozmowy z klientem i wyjaśnienie mu sytuacji, w jakiej się znajduje i całokształtu okoliczności jej towarzyszących. Przekłada się to na ograniczenie możliwości realizacji prawa do obrony.

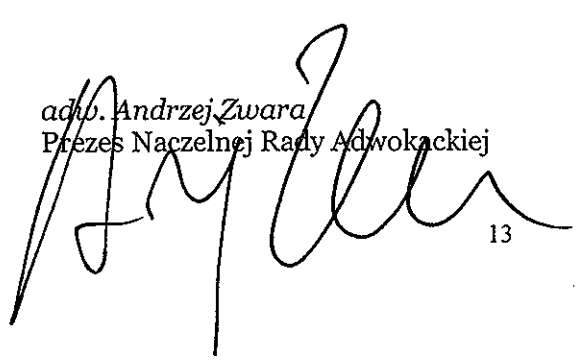
Fakt nawiązania kontaktu z obrońcą na wstępnym etapie czynności procesowych, a także warunki w jakich do niego dochodzi, przekładać mogą się i kształtować w istotny sposób dalszy tok postępowania i pozycję zatrzymanego, wówczas, gdy przysługuje mu już status podejrzanego i oskarżonego, a to ze względu na decyzje i działania, jakie podejmie on na samym początku.

Dodać należy, że w ocenie adwokatów, obecność przedstawiciela organu zatrzymującego podczas kontaktu zatrzymanego z adwokatem z założenia ma zazwyczaj zapewnić, że adwokatowi nie będą przekazywane przez klienta informacje ważne dla postępowania przygotowawczego, aby ten nie przekazał ich dalej, innym osobom. Takie postrzeganie roli adwokata jest nieuprawnione i w istocie obraźliwe. Adwokat jest godny zaufania w równym stopniu do policjanta, prokuratora, czy sądu podejmujących czy uczestniczących w czynnościach procesowych. 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 poplecznictwa.

Dlatego też pozwalamy sobie wyrazić opinię, 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 RP, a to już z samego faktu braku wskazania przez ustawodawcę okoliczności warunkujących możliwość skorzystania przez organ zatrzymujący z zastrzeżenia swojej obecności podczas kontaktu zatrzymanego z adwokatem. Jednocześnie wychodząc poza ramy opinii sporządzonej na potrzeby postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, pozwalamy sobie zasygnalizować, że sposób kontaktowania się osoby zatrzymanej z adwokatem winien znaleźć szczegółowe uregulowanie ustawowe.



adw. Mikołaj Pietrzak
Przewodniczący Komisji Praw Człowieka
przy Naczelnej Radzie Adwokackiej



adw. Andrzej Zwara
Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej