



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Irena LIPOWICZ

Warszawa, 15. XI. 2013.

RPO-742891-VII-720/13/MMa

00-090 Warszawa Tel. centr. 22 551 77 00
Al. Solidarności 77 Fax 22 827 64 53

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

Wniosek

Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 z późn. zm.)

wnoszę o

stwierdzenie, że art. 217c ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 ze zm.) w zakresie, w jakim wyłącza możliwość telefonicznego porozumiewania się tymczasowo aresztowanego z obrońcą jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Uzasadnienie

W związku z wykonywaniem przez Rzecznika Praw Obywatelskich funkcji Krajowego Mechanizmu Prewencji w rozumieniu Protokołu fakultatywnego do Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjętego przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w Nowym Jorku dnia 18 grudnia 2002 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 30, poz. 192) ujawnił się problem uniemożliwiania przez organy wykonujące karę pozbawienia wolności, tj. pracowników oraz funkcjonariuszy Służby Więziennej (por. art. 78 § 1 k.k.w.) utrzymywania kontaktu telefonicznego tymczasowo aresztowanego z obrońcą, a zatem korzystania w pełni z prawa do obrony.

Podczas wizytacjach prowadzonych przez przedstawicieli Krajowego Mechanizmu Prewencji uniemożliwianie korzystania przez tymczasowo aresztowanych z możliwości porozumiewania się telefonicznego z obrońcami zostało stwierdzone we wszystkich wizytowanych placówkach. Wskazany problem jest sygnalizowany przez Rzecznika od 2008 r. w kolejnych raportach rocznych¹. Trzeba tu wskazać, że praktyka dotycząca realizacji art. 217c k.k.w. jest jednolita, w pełni utrwalona i polega ona na odmowie telefonicznego kontaktu tymczasowo aresztowanego z obrońcą. Ten stan rzeczy potwierdził w piśmie z dnia 15 grudnia 2011 r. i z dnia 12 marca 2012 r. Dyrektor Generalny Służby Więziennej wskazując, że realizacja rekomendacji Krajowego Mechanizmu Prewencji, aby umożliwić tymczasowo aresztowanym kontakt telefoniczny z obrońcami „może skutkować wypełnieniem przez kierowników wizytowanych jednostek znamion czynu z art. 231 Kk. W konsekwencji zaś może powodować reakcję organów ścigania polegającą na przedstawieniu dyrektorom aresztów śledczych zarzutu niedopełnienia obowiązków służbowych”. Treść obu pism stanowi załącznik do wniosku.

W myśl art. 217c k.k.w. *tymczasowo aresztowany nie może korzystać z aparatu telefonicznego oraz innych środków łączności przewodowej i bezprzewodowej.*

Kodeks karny wykonawczy reguluje kwestię kontaktów tymczasowo aresztowanego również w art. 215 § 1 k.k.w. W myśl tego przepisu *tymczasowo aresztowany ma prawo do*

¹ Biuletyn RPO. Źródła 2011, nr 3, s. 56-57, Biuletyn RPO. Źródła 2012, nr 5, 45-46, Biuletyn RPO. Źródła 2013, nr 5, s. 29.

porozumiewania się z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. Jeżeli organ, do którego dyspozycji tymczasowo aresztowany pozostaje, zastrzeże przy widzeniu obecność swoją lub osoby upoważnionej - widzenie odbywa się w sposób wskazany przez ten organ.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w art. 42 ust. 2 wskazuje natomiast, że *każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu.*

W orzeczeniach sądów powszechnych i Sądu Najwyższego odnajdujemy rozwinięcie zagadnienia prawa do obrony w znaczeniu formalnym. Przykładowo w wyroku z dnia 28 marca 2007 r. (sygn. akt SDI 3/07, LEX nr 568840) Sąd Najwyższy przyjął, że „prawo do obrony powinno być realne, czyli oskarżony powinien mieć czas na przygotowanie się do obrony, w tym uzgodnienie linii obrony z obrońcą oraz możliwość bronięcia się osobiście przed Sądem pierwszej i drugiej instancji. Należy bowiem wyróżnić prawo do obrony w sensie materialnym, rozumiane jako prawo przeciwstawiania się tezie oskarżenia, jak i prawo do obrony w sensie formalnym, rozumiane jako prawo do korzystania z pomocy obrońcy. Zasada prawa do obrony podniesiona została do rangi zasady konstytucyjnej (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP) i znajduje swoje miejsce w traktatach międzynarodowych regulujących zagadnienia praw człowieka (art. 6 ust. 3 lit. c EKPC i art. 14 ust. 3 lit. d MPPOiP). Jeśli więc oskarżony ma prawo do rzeczywistej obrony, w tym do korzystania z pomocy obrońcy, to oczywiste jest, że obrona w toku całego procesu (we wszystkich jego fazach) powinna przebiegać w warunkach umożliwiających obrońcy spełnienie jego zadań”.

Także bogate w tej mierze pozostaje orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z dnia 11 grudnia 2012 r. (K 37/11) Trybunał przyznał, że „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)".

Bardzo istotne, że jak wskazuje Trybunał w tym wyroku „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.)".

Prawo do obrony statuuje także regulacje międzynarodowe. Z art. 14 ust. 3 lit. b i d Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167) wynika, że każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo do bronięcia się przez obrońcę i porozumiewania się z obrońcą przez siebie wybranym. Z kolei zgodnie z art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma prawo do bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony - do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości.

W doktrynie podniesiono, że „jest oczywiste, że w sytuacji, gdy oskarżony pozbawiony jest wolności w toku postępowania, prawo do obrony poprzez korzystanie z usług adwokata może być realizowane efektywnie tylko wówczas, gdy organy procesowe nie ograniczają w jakikolwiek sposób kontaktu oskarżonego z jego obrońcą” .

Prawo do rozmów telefonicznych zaliczyć należy do szeroko rozumianego prawa do kontaktowania się z obrońcą (prawa do obrony w znaczeniu formalnym). W skład tego ostatniego wchodzi również prawo do kontaktu osobistego z obrońcą i prawo do prowadzenia korespondencji z obrońcą.

² A. Wróbel (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*. Tom I, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2010, s. 433.

Oprócz przywołanego art. 215 § 1 k.k.w. również przepisy kodeksu postępowania karnego regulują to zagadnienie w art. 73 § 1, który stanowi, że *oskarżony tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie*. Należy się zgodzić z poglądami wyrażonym przez Z. Gostyńskiego, że art. 215 § 1 k.k.w. stanowi normę generalną wobec art. 73 k.p.k. który jest wobec niego przepisem szczególnym, wyłącza zatem jego stosowanie w myśl zasady *lex specialis derogat legi generali*.

Analizując przepis art. 215 § 1 k.k.w. trzeba zauważyć, iż posługuje się on pojęciem ogólnym, wskazując że *tymczasowo aresztowany ma prawo do porozumiewania się [...]*. W przepisie zatem nie uszczegółowiono, że może chodzić także o porozumiewanie się telefoniczne. Z kolei w art. 217c k.k.w. w sposób nie budzący wątpliwości wprowadzono zakaz korzystania przez tymczasowo aresztowanych z aparatu telefonicznego oraz innych środków łączności przewodowej i bezprzewodowej. Służba Więzienna, która *de facto* wykonuje karę pozbawienia wolności, przyjmuje, że przepis art. 217c k.k.w. ma zastosowanie także do obrońców i pełnomocników, a zatem wg tej służby jest przepisem szczególnym wobec art. 215 § 1 k.k.w. i wyłącza jego stosowanie.

W doktrynie występują rozbieżne zdania w tej mierze. Według pierwszego stanowiska reprezentowanego przez K. Postulskiego zakaz, o którym mowa w art. 217c k.k.w. nie dotyczy kontaktów tymczasowo aresztowanego z obrońcą lub z pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym⁴.

Ten sam autor podaje także, iż *„nie może budzić wątpliwości, że uprawnienia tymczasowo aresztowanego, o których mowa w art. 215 § 1, należy odnieść do jego porozumiewania się z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym za pomocą aparatu telefonicznego. Zakaz zawarty w art. 217c nie ma w tym przypadku zastosowania. W literaturze podkreśla się, że korespondencją w rozumieniu art. 8 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. są różne sposoby komunikowania się, w tym także rozmowa telefoniczna. Tak więc zarówno art. 73 k.p.k, jak też art. 215, wbrew ich dosłownemu brzmieniu, przyznają tymczasowo aresztowanemu prawo kontaktowania się z wymienionymi osobami również*

³ Z. Gostyński (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki i in. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 1998, s. 326, D. Tarnowska, *Prawo tymczasowo aresztowanego oskarżonego do kontaktowania się ze swoim obrońcą*, Prok. i Pr. 2003, Nr 12, s. 148,

telefonicznie bądź przy wykorzystaniu innych dostępnych mu technicznych środków przekazywania informacji [zob. S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski i in., *Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Warszawa 2003, tom I, s. 525 i cyt. tam literatura*]⁶. Ten pogląd zdaje się także akceptować K. Dąbkiewicz⁶.

Stanowisko tożsame z K. Postulskim przedstawiają także inni przedstawiciele doktryny wskazując, że „z tego przepisu [art. 215 k.k.w.] nie wynika jednak zakaz porozumiewania się drogą telefoniczną”. D. Tarnowska (odnosząc się do art. 73 § 1 k.p.k.) podnosi z kolei, że „normy przyznające określone uprawnienia uczestnikom procesu karnego, a w szczególności oskarżonemu jako podmiotowi zagrożonemu zastosowaniem przewidzianej przez ustawę kary, mogą być interpretowane rozszerzająco”⁸.

Przeciwnie zdanie zaprezentował Z. Hołda który wskazał, że „tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swoim obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie (art. 73 § 1 k.p.k. i art. 215 § 1), z czego wynika, że nie ma prawa porozumiewać się telefonicznie”⁹.

Rzecznik Praw Obywatelskich mając na uwadze praktykę wykonywania tymczasowego aresztowania oraz zalecenia Europejskiego Komitetu do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT) po wizytacji w Polsce w 2009 r. zwrócił się pismem z dnia 30 marca 2010 r. do Ministra Sprawiedliwości o zmianę dyspozycji art. 217 c k.k.w.¹⁰.

W odpowiedzi z dnia 5 maja 2010 r. Minister Sprawiedliwości podał, że „zakaz zawarty w tym przepisie [art. 217c k.k.w.], nie ma zastosowania do kontaktów tymczasowo aresztowanego z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym, o których mowa w treści art. 215 § 1 k.k.w. (zob. Zbigniew Hołda, Kazimierz Postulski, *Komentarz do art. 217c kodeksu karnego wykonawczego*, [w] Z. Hołda, K. Postulski,

⁴ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska 2012, s. 896.

⁵ K. Postulski (w:) Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2005, s. 680-681.

K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 594.

⁷ L. Bogunia, *Kluczowe zagadnienia wykonywania tymczasowego aresztowania* (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego, Tom VIII*, L. Bogunia (red.), Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2001, s. 313.

⁸ D. Tarnowska, *op. cit.*, s. 145.

Z. Hołda, *Komentarz do art. 8 k.k.w.* (w:) Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2005, s. 95; Pogląd tożsamy Z. Hołda prezentuje także w kolejnym komentarzu do art. 8 k.k.w., Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2007, s. 95.

¹⁰ <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/szczegoly.php?pismo=1473026>

Kodeks karny wykonawczy. Komentarz LEX/Arche, 2008¹¹, S. Zabłocki (w:) J. Bratoszewski i in., Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Warszawa 2003, tom I, s. 525 i cyt. tam literatura). Nie może budzić wątpliwości, że uprawnienia tymczasowo aresztowanego, określone w art. 215 § 1 k.k.w., należy odnieść również do porozumiewania się za pomocą aparatu telefonicznego. W literaturze podkreśla się, że korespondencja w rozumieniu art. 8 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. są różne sposoby komunikowania się, w tym także rozmowa telefoniczna (zob. Marek A. Nowicki, Komentarz do art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U.93.61.284), [w:] M.A. Nowicki, Wokół Konwencji Europejskiej, Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Oficyna, 2009). Tak więc zarówno art. 215 k.k.w. jak też art. 73 k.p.k., przyznają tymczasowo aresztowanemu prawo kontaktowania się z wymienionymi osobami również telefonicznie. Taki sam wniosek można wyprowadzić z treści art. 8 § 3 k.k.w., mającego także odniesienie do tymczasowo aresztowanego (art. 242 § 1 k.k.w.), który przewiduje możliwość kontaktowania się telefonicznego. Przepis szczególny wobec art. 8 § 3 k.k.w., czyli art. 215 § 1 k.k.w. nie zakazuje takiego sposobu kontaktowania się tymczasowo aresztowanego z obrońcą (zob. też L. Bogunia, Kluczowe zagadnienia wykonywania tymczasowego aresztowania, (w:) Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, tom VIII, Wrocław 2001, s. 313)". Treść pisma stanowi załącznik do wniosku.

W tej sprawie Rzecznik Praw Obywatelskich prowadził z Ministrem Sprawiedliwości bogatą korespondencję¹². W piśmie z dnia 2 czerwca 2011 r. Minister Sprawiedliwości przyznał, iż zostaną zainicjowane działania legislacyjne, które należy podjąć celem umożliwienia realizacji uprawnienia prowadzenia rozmów telefonicznych przez osoby tymczasowo aresztowane z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym oraz rozszerzenia uprawnienia tymczasowo aresztowanych do utrzymywania więzi z osobą najbliższą, poprzez rozmowę telefoniczną, obejmujące między innymi zmianę przepisów: art. 215 k.k.w., art. 217c k.k.w., art. 249 § 3 pkt 7 k.k.w., art. 73 § 1 k.p.k. Treść pisma stanowi załącznik do wniosku.

¹¹ We wskazanym piśmie Minister Sprawiedliwości nie rozróżnia kto jest autorem twierdzenia podając jedynie źródło i współautorów, którzy co należy podnieść różnili się w tej mierze.

¹² Por. M. Kolendowska-Matejczuk, Konstytucyjne prawo do obrony w działalności Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2013, s. 43-47.

Minister Sprawiedliwości konsekwentnie wskazuje, że art. 217c k.k.w. nie dotyczy kontaktów tymczasowo aresztowanych z obrońcą lub pełnomocnikiem. Opracowując V i VI Sprawozdanie Okresowe Rzeczypospolitej Polskiej z realizacji postanowień Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania obejmujące okres od 1 października 2004 r. do 15 października 2011r. (ze szczególnym uwzględnieniem okresu od 1 maja 2007 r. do 15 października 2011r.) Ministerstwo Sprawiedliwości podnosi, że *„uprawnienia tymczasowo aresztowanego, o których mowa w art. 215 § 1 Kkw, odnoszą się również do jego porozumiewania się z obrońcą lub pełnomocnikiem korespondencyjnie lub za pomocą aparatu telefonicznego. Przepis art. 217a Kkw, stanowiący, że korespondencja tymczasowo aresztowanego podlega zatrzymaniu, cenzurze lub nadzorowi, nie ma w tej sytuacji zastosowania. Również przepis art. 217c Kkw, zakazujący tymczasowo aresztowanemu korzystania z aparatu telefonicznego oraz innych środków łączności przewodowej i bezprzewodowej, nie dotyczy utrzymywania kontaktów z obrońcą lub pełnomocnikiem”*.

Na potrzeby Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego działającej przy Ministrze Sprawiedliwości, członek tej komisji P. Wiliński przygotował *Opinię dotyczącą zakazu prowadzenia rozmów telefonicznych przez osobę tymczasowo aresztowaną*. Wskazał w niej, że „zakaz korzystania przez tymczasowo aresztowanego z rozmów telefonicznych nie obejmuje kontaktu z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym. Organy procesowe ani organy służby więziennej nie mają uprawnienia do wprowadzania ograniczeń w tym zakresie, zatem wskazywana w piśmie Rzecznika Praw Obywatelskich z 8 czerwca 2010 r. praktyka odmowy tymczasowo aresztowanym w aresztach śledczych kontaktu telefonicznego z w/w osobami jest pozbawiona podstaw prawnych”. Treść opinii stanowi załącznik do wniosku.

Trzeba zauważyć, iż w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przyjmuje się, iż w pojęciu korespondencji, zawierają się także rozmowy telefoniczne (por. postanowienie z 29.06.2006 r. *Weber and Saravia p-ko Niemcom*, par. 77). W przywołanym wyżej piśmie Ministra Sprawiedliwości do Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 5 maja 2010 r. wskazano również przedmiotowy argument.

W cytowanej opinii P. Wilińskiego, autor wskazuje, że „jak podkreśla L. Garlicki z orzecznictwa ETPC wynika, że pobyt w więzieniu nie przekreśla ochrony wynikającej

z Konwencji. Zatem choć pobyt w więzieniu (tu: areszcie) może wiązać się z ograniczeniem swobody korespondencji, to jednak ograniczenia te odpowiadać muszą wymaganiom art. 8 ust. 2, a zatem znajdować odpowiednio precyzyjną podstawę prawną, oraz być konieczne w demokratycznym społeczeństwie".

Analizując dyspozycję przepisu art. 217c k.k.w. i jego literalne brzmienie nie może ulegać wątpliwości, że tymczasowo aresztowany nie może korzystać z aparatu telefonicznego, co wynika *expressis verbis* z jego brzmienia.

Z kolei z art. 215 § 1 k.k.w. nie wynika wprost, że tymczasowo aresztowanemu przysługuje kontakt telefoniczny z obrońcą.

Mając na uwadze reguły interpretacyjne, za R. Morawskim stwierdzić należy, że „interpretator powinien się opierać na rezultatach wykładni językowej i dopiero gdy ta prowadzi do nie dających się usunąć wątpliwości korzystać z wykładni systemowej, jeżeli natomiast również wykładnia systemowa nie doprowadziła do usunięcia wątpliwości interpretacyjnych, to wolno jest posłużyć się wykładnią funkcjonalną". Rozwijając ten pogląd przywołany autor wskazuje ponadto, że „zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej składa się jakby z dwóch, zresztą ściśle powiązanych ze sobą dyrektyw, z których pierwsza - zgodnie z zasadą *interpretatio cessat in claris* - stwierdza, że jeżeli wykładnia językowa prowadzi do jasnego i jednoznacznego rezultatu, to w zasadzie tekst nie wymaga już dalszych zabiegów interpretacyjnych (zasada pierwszeństwa wykładni językowej), natomiast druga mówi, że gdy wykładnia językowa nie usuwa wszystkich wątpliwości interpretacyjnych, to należy się odwołać do wykładni systemowej i funkcjonalnej (zasada subsydiarności wykładni systemowej)”¹³. Jeżeli odwołamy się zatem do dyrektywy pierwszej to przyjmiemy, że art. 217c k.k.w. jest jednoznaczny i nie należy sięgać do art. 215 § 1 k.k.w., jeżeli natomiast odwołamy się do dyrektywy drugiej, to trzeba sięgnąć przy interpretacji art. 217c. k.k.w. do art. 215 § 1 k.k.w.

Oceniając zależność przepisów art. 217c k.k.w i art. 215 § 1 k.k.w. można odwołać się także do reguł kolizyjnych i zasady *lex specialis derogat legi generali*. Sięgając do wskazanej reguły kolizyjnej, trzeba pamiętać jednak, że „przy ustaleniu relacji *lex specialis*

¹³ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 74-75.

- *lex generalis* należy brać pod uwagę zakresy adresatów obu norm, jak i zakresy innych warunków ich zastosowania"¹⁴.

Jeżeli zestawimy ze sobą adresatów norm z art. 217c k.k.w. i art. 215 § 1 k.k.w. zauważymy, iż art. 217c k.k.w. jest adresowany do wszystkich tymczasowo aresztowanych w ich kontaktach ze światem zewnętrznym (*lex generalis*), natomiast art. 215 § 1 k.k.w. jest adresowany do tymczasowo aresztowanych w ich kontakcie z obrońcą lub pełnomocnikiem (*lex specialis*).

Możliwe jednak jest zestawienie tych norm ze względu na kryteria przedmiotowe, tj. sposób porozumiewania się podmiotów. Wówczas art. 215 § 1 k.k.w, który umożliwia porozumiewanie się w szerszym zakresie (osobiście, korespondencyjnie) staje się normą o charakterze generalnym (*lex generalis*), a art. 217c k.k.w. który ogranicza się do korzystania z aparatu telefonicznego i łączności przewodowej i bezprzewodowej, staje się normą o charakterze specjalnym (*lex specialis*).

Analizując dyspozycję art. 217c k.k.w. w kontekście konstytucyjnego prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP) należy pamiętać, że stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji RP „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

W wyroku z dnia 23 listopada 2009 r. (sygn. akt P 61/08) Trybunał Konstytucyjny przyjął, że „proporcjonalność jest przez Trybunał Konstytucyjny rozumiana jako suma trzech zasad składowych: zasady przydatności, zasady konieczności oraz zasady proporcjonalności *sensu stricto*, tzn. zakazu nadmiernej ingerencji (por. wyrok z 11 kwietnia 2000 r., sygn. K 15/98, OTK ZU nr 3/2000, poz. 86).

Zasada przydatności polega na przeprowadzeniu testu racjonalności instrumentalnej, tzn. do ustalenia, czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków. Przyjmuje się, że warunków tych nie spełniają tylko takie przepisy, które utrudniają osiągnięcie celów lub nie wykazują żadnego związku z tymi celami (są irrelewantne). Co ważne, cele normowania należy ustalać przede

¹⁴ L. Morawski, *op. cit.*, s. 270.

wszystkim na podstawie historii legislacyjnej badanych regulacji albo intencji deklarowanych przez ustawodawcę przed ich przyjęciem, a nie na podstawie ich rzeczywistych skutków (jak słusznie zwraca uwagę K. Wojtyczek, przeprowadzanie testu przydatności przez pryzmat skutków regulacji byłoby błędem logicznym, por. np. K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 154-156).

Aplikacja zasady konieczności wymaga przeprowadzenia bardziej złożonego rozumowania. Należy bowiem udowodnić, że badane przepisy są niezbędne dla ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (pięciu dóbr ogólnospołecznych lub indywidualnych "wolności i praw innych osób"), a ponadto, że spośród środków skutecznie chroniących te wartości zostały wybrane środki najmniej uciążliwe. Stosowanie tej zasady wymaga więc rozważenia możliwych do zastosowania środków alternatywnych i określenia ich skuteczności. Jest to proces skomplikowany, ponieważ badane przepisy z reguły oddziałują na różne podmioty w różny sposób, więc dana regulacja może być dla niektórych grup jej adresatów bardziej uciążliwa, a dla innych prawie nieodczuwalna. W rezultacie trzeba np. rozstrzygnąć, czy lepsze jest ograniczenie bardziej restrykcyjne, ale dotyczące mniejszej grupy adresatów, czy też mniej dotkliwe, ale o szerszym zakresie podmiotowym.

Najtrudniejszym elementem testu proporcjonalności jest sprawdzenie, czy efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zakaz nadmiernej ingerencji, zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu). Należy więc dokonać swoistego rachunku aksjologicznego, sprawdzając - mówiąc w pewnym uproszczeniu - czy zalety badanej regulacji przeważają nad jej wadami. Ta ocena powinna uwzględniać specyfikę wartości chronionych przez zaskarżoną regulację (wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji) i praw, które w jej rezultacie doznają ograniczenia, a także aksjologię Konstytucji jako całości. Im bardziej cenne jest dobro naruszane i im wyższy stopień jego naruszenia, tym cenniejsza musi być wartość chroniona i wyższy stopień jej realizacji, przy czym w żadnym wypadku ograniczenia nie mogą naruszać istoty wolności i praw (art. 31 ust. 3 Konstytucji). W doktrynie wskazuje się, że zakaz nadmiernej ingerencji implikuje dążenie do optymalizacji, tzn. do stanu, w którym obydwa kolidujące dobra byłby realizowane w najwyższym możliwym stopniu (J. Zakolska, *Zasada...*, s. 28; K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 305). Stawiana jest także teza, że ocena spełnienia warunku proporcjonalności *sensu stricto* nie może następować abstrakcyjnie, ale

powinna być dokonywana w ramach konkretnych sytuacji faktycznych, wyznaczanych przez zaskarżony przepis (J. Zakolska, *Zasada...*, s. 29; K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 305)".

Streszczeniem zasady proporcjonalności jest udzielenie odpowiedzi na trzy pytania: 1) czy wprowadzone ograniczenie służy realizacji założonego celu, 2) czy jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu oraz 3) czy nie stanowi zbyt wysokiego kosztu realizacji założonego celu, a zatem, czy pozostaje w odpowiedniej proporcji w stosunku do ciężarów nakładanych przez nie na jednostkę - proporcjonalność *sensu stricto* (wyroki z: 29 stycznia 2002 r., K 19/01 i 25 marca 2010 r., P 9/08).

Mając na uwadze, że art. 217c k.k.w. spełnia formalną przesłankę ograniczeń praw i wolności zawartą w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, należy postawić pytanie, czy takie ograniczenie konsumuje którąś z przesłanek materialnoprawnych wskazanych w tym przepisie, tj. czy ograniczenie to jest konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Wydaje się, iż ograniczenie zawarte w art. 217c k.k.w. w zakresie w jakim uniemożliwia prowadzenie rozmów telefonicznych tymczasowo aresztowanym ze swoimi obrońcami, nie jest konieczne ze względu na wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji dobra prawne. Przesłanki ograniczeń zawarte w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, które należy w szczególności rozważyć to przesłanka bezpieczeństwa lub porządku publicznego.

W wyroku z dnia 6 lipca 2011 r. (sygn. akt P 12/09) Trybunał Konstytucyjny przyjął, że „przesłanka bezpieczeństwa państwa oznacza „stan, w którym brak jest zagrożeń dla bezpieczeństwa państwa jako całości oraz dla jego demokratycznego rozwoju” (K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 184). Przy czym ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw ze względu na to uwarunkowanie mogą znajdować uzasadnienie nie tylko w zagrożeniach zewnętrznych (wynikających z agresywnych działań lub zamierzeń innych państw), ale także w zagrożeniach wewnętrznych, pod warunkiem że osiągną one taki rozmiar, że dotkną podstaw bytu państwa, integralności jego terytorium, losu jego mieszkańców lub istoty systemu rządów (zob. L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” z. 10/2001, s. 14). Natomiast zagrożenia o mniejszej wadze należy odnosić do przesłanki porządku

publicznego (zob. *ibidem*), rozumianej jako „postulat takiego ukształtowania stanu faktycznego wewnątrz państwa, który umożliwi normalne współzycie jednostek w organizacji państwowej” (wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2). Jest to w szczególności konsekwencją braku zagrożeń dla funkcjonowania instytucji ustrojowych państwa (por. wyrok TK z 10 kwietnia 2002 r., sygn. K 26/00, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 18)”.

W doktrynie przyjmuje się natomiast, że „przesłanka porządku publicznego jest zorientowana na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania życia społecznego i - tym samym - nie jest bezpośrednio czy wyłącznie powiązana z «państwem», a jest bliższa (...) ochronie praw i wolności jednostki przed codziennymi zagrożeniami”¹⁵. W wyroku z dnia 7 października 2008 r. (sygn. akt P 30/07) Trybunał Konstytucyjny przywołując stanowisko L. Garlickiego rozwinął tę myśl wskazując, że „porządek publiczny nie stanowi wartości samej w sobie, lecz spełnia funkcję ochronną dla stabilnego funkcjonowania demokratycznego społeczeństwa”. Rozmowa telefoniczna obrońcy z tymczasowo aresztowanym ma służyć ustaleniu/przygotowaniu linii obrony i ze swej natury, jak się wydaje, nie godzi w żadne z dóbr chronionych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Inną kwestią pozostaje, co akcentuje w swojej opinii P. Wiliński, że „istnienie zagrożenia w sytuacji ograniczonego nawet udostępnienia tymczasowo aresztowanym możliwości prowadzenia rozmów telefonicznych - w postaci problemu identyfikacji rozmówcy tymczasowo aresztowanego. Udostępnienie - nawet w ograniczonym zakresie i w niektórych przypadkach - możliwości prowadzenia rozmów telefonicznych nie może służyć do prowadzenia rozmów z innymi osobami. Wydaje się jednak, że kwestia sposobu identyfikacji rozmówcy rozstrzygnięta zostać powinna w odpowiednim akcie wykonawczym, zaś trudności w tym zakresie nie mogą pozbawiać tymczasowo aresztowanego przysługujących mu uprawnień”.

P. Wiliński dokonuje także oceny relacji art. 217c k.k.w. w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji, niemniej jednak jako wzorzec konstytucyjny przyjmuje art. 47 Konstytucji oraz art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (prawa do ochrony życia prywatnego), zastanawiając się czy całkowite wyłączenie możliwości rozmów

¹⁵ L. Garlicki, komentarz do art. 31, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, tom. III, Komentarz*, Warszawa 2003, s. 25

telefonicznych z tymczasowo aresztowanego z osobami bliskimi, jest zgodne z materialnym aspektem zasady proporcjonalności. W opinii stwierdza, że „obowiązujący przepis art. 217c k.k.w. w zakresie, w jakim nie uzależnia stosowania określonego w nim zakazu od istniejącej realnie konieczności pozostaje w dysproporcji z jego celami. Uniemożliwiając weryfikację ograniczeń prawa określonego w art. 47 Konstytucji i art. 8 ust. 1 Konwencji nie spełnia kryteriów wynikających z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Obecna regulacja jest więc nadmiernie restrykcyjna w stosunku do stopnia ograniczenia możliwości korzystania z konstytucyjnego prawa do ochrony życia prywatnego”.

Trzeba także zauważyć, iż uzasadnieniem wprowadzenia do porządku prawnego art. 217c k.k.w., który został dodany przez pkt 140 art. 1 ustawy z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 142, poz.1380) była potrzeba przeniesienia regulacji dotyczącej ograniczeń w kontaktach tymczasowo aresztowanych z rozporządzenia do ustawy. W uzasadnieniu tej zmiany wskazano, „nie może ulegać wątpliwości, że tymczasowo aresztowani nie mogą korzystać z aparatu telefonicznego. Jednak pozbawienie tymczasowo aresztowanych tego prawa nie może, jak dotychczas, wynikać z regulaminu wykonywania tymczasowego aresztowania. Takie uregulowanie nie jest zgodne z Konstytucją. Dlatego też proponuje się przenieść owo uregulowanie z regulaminu wykonywania tymczasowego aresztowania do Kodeksu (projektowany art. 217c)”¹⁶. Dodanie art. 217c k.k.w. choć w założeniu miało jedynie dookreślić pewne ograniczenie praw tymczasowo aresztowanego, zaburzyło funkcjonowanie art. 215 § 1 k.k.w., nie określając wzajemnej relacji pomiędzy tymi przepisami.

Jak już wskazano - niezależnie od wątpliwości wskazanych w doktrynie co do wykładni art. 217c k.k.w. - organy wykonujące karę pozbawienia wolności, tj. pracownicy oraz funkcjonariusze Służby Więziennej dokonują jego wykładni w sposób jednolity, utrwalony, poparty stanowiskiem Dyrektora Generalnego Służby Więziennej, uniemożliwiając telefoniczny kontakt tymczasowo aresztowanego z obrońcą.

Trybunał Konstytucyjny wskazywał zaś w swoim orzecznictwie, że dokonując oceny konstytucyjności kwestionowanej normy prawnej uwzględnia taką jego wykładnię, jaka

¹⁶ [http://orka.seim.gov.pl/Druki4ka.nsf/\(\\$vAllBvUnidV02C657F2C6AA4285C1256B2F0043E8FB/\\$file/183.pdf](http://orka.seim.gov.pl/Druki4ka.nsf/($vAllBvUnidV02C657F2C6AA4285C1256B2F0043E8FB/$file/183.pdf)

została przyjęta przez sądy lub inne organy stosujące prawo, zwłaszcza jeśli jest to wykładnia utrwalona (m.in. wyrok z dnia 8 maja 2000 r., sygn. akt SK 22/99, OTK z 2000 r., Nr 4, poz. 107). Ze względu na domniemanie konstytucyjności kwestionowanej normy prawnej, w pierwszym rzędzie powinno się stosować jej wykładnię w zgodzie z Konstytucją. Jednak - na co zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 stycznia 2000 r. (sygn. akt P 11/98, OTK z 2000 r., Nr 1, poz. 3) - są granice posługiwania się taką wykładnią. Orzeczenie niekonstytucyjności może bowiem okazać się konieczne wówczas, gdy przepis został sformułowany na tyle nieprecyzyjnie, że pozwala na nadawanie mu praktycznego kształtu kolidującego z Konstytucją.

W niniejszej sprawie brzmienie art. 217c k.k.w. odczytane przez organy stosujące prawo, doprowadziło do ukształtowania jednolitej i w pełni utrwalonej treści przepisu w sposób niezgodny z przywołanymi wzorcami konstytucyjnymi.

Reasumując, biorąc pod uwagę utrwaloną i jednolitą praktykę, art. 217c k.k.w. należy postawić zarzut nadmiernej represyjności w zakresie kontaktu telefonicznego z obrońcą. Powyższe przesądza z kolei, że art. 217c k.k.w. w zakresie w jakim wyłącza możliwość telefonicznego porozumiewania się tymczasowo aresztowanego z obrońcą jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak na wstępie.

