



II.511.493.2022.MM

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

sygn. akt 58/22

W związku z otrzymanym w dniu 13 lipca 2022 r. zawiadomieniem o wszczęciu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie skargi konstytucyjnej Pana ██████████ (SK 58/22), działając na podstawie art. 63 ust. 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U.2019.2393 t.j.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U.2020.627 t.j.) zgłaszam udział w przedmiotowym postępowaniu i wnoszę o stwierdzenie, że:

art. 459 § 2 ustawy Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm., dalej: k.p.k.) w zw. z art. 168b k.p.k. - w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje podejrzanemu prawa wniesienia zażalenia na postanowienie prokuratora w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, lub popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej **jest niezgodny** z art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 oraz art. 78 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji RP oraz z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

UZASADNIENIE

Zarys historyczny

1. Na podstawie art. 1 pkt 35 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹ do ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego² został dodany art. 168b. Stanowi on, że jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.
2. Równocześnie art. 4 ww. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw uchylił art. 19 ust. 15a-15e ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji³, art. 5 tej ustawy uchylił art. 9e ust. 16a-16e ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej⁴, art. 6 ustawy uchylił art. 36d ust. 1a-1e ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej⁵, art. 12 ustawy uchylił art. 31 ust. 16a-16e ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych⁶, art. 13 ustawy uchylił art. 27 ust. 15a-15e ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁷, art. 17 ustawy uchylił art. 31 ust. 14a-14e ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego⁸, art. 18 ustawy uchylił art. 17 ust. 15a-15e ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁹. Zgodnie z uchylonym art. 19 ust. 15a ustawy o Policji wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli operacyjnej było dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego było dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot. Prokurator Generalny (prokurator okręgowy), podejmował decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Art. 238 § 3-5 oraz art. 239 Kodeksu postępowania karnego stosowane były odpowiednio (art. 19 ust. 15b ustawy o Policji). Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia

¹ Dz. U. 2016 r., poz. 437.

² Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.

³ Dz. U. z 2015 r., poz. 355 ze zm.

⁴ Dz. U. z 2014 r., poz. 1402 ze zm.

⁵ Dz. U. z 2015 r., poz. 553 ze zm.

⁶ Dz. U. z 2016 r., poz. 96 ze zm.

⁷ Dz. U. z 2015 r., poz. 1929 ze zm.

⁸ Dz. U. z 2014 r., poz. 253 ze zm.

⁹ Dz. U. z 2014 r., poz. 1411 ze zm.

przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można było zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem o kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzekał sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę następczą, na wniosek prokuratora (art. 19 ust. 15c ustawy o Policji). Wniosek, o którym mowa w ust. 15c, prokurator kierował do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Policji niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia kontroli (art. 19 ust. 15d ustawy o Policji). Sąd wydawał postanowienie, o którym mowa w ust. 15c, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora (art. 19 ust. 15e ustawy o Policji). Analogiczne co do treści rozwiązania zawarte były również w uchylonych przepisach art. 9e ust. 16a-16e ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 1a-1e ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 16a-16e ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 15a-15e ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 14a-14e ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 15a-15e ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

3. W świetle przywołanych regulacji nie ulega wątpliwości, że dodany art. 168b k.p.k. wprowadził całkowicie nowe zasady wyrażania zgody następczej na wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej (podśluchu) dotyczącego innego przestępstwa lub innej osoby niż objęte sądowym zarządzeniem kontroli. W stosunku do dotychczas obowiązującego w tym zakresie stanu prawnego podstawowe różnice polegają na tym, że po pierwsze, zgoda następcza może dotyczyć nie tylko przestępstwa, w stosunku do którego można w świetle obowiązującego prawa zarządzić kontrolę operacyjną, lecz każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego; po drugie, zgoda następcza nie jest już wyrażana przez sąd, lecz przez prokuratora; po trzecie, wyrażanie zgody następczej przez prokuratora nie jest ograniczone żadnym terminem.

Zastrzeżenia konstytucyjne co do samej treści art. 168b k.p.k.

4. Sama treść art. 168b k.p.k. budzi istotne zastrzeżenia konstytucyjne. Przed wszystkim czynności operacyjne realizowane na podstawie przepisów prawa regulujących działalność poszczególnych służb nie mają charakteru procesowego, co istotnie ogranicza rolę sądu w

tym zakresie. Co do zasady, w świetle przepisów ustawy o Policji (art. 19), ustawy o Straży Granicznej (art. 9e), ustawy o kontroli skarbowej (art. 36c), ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (art. 31), ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (art. 27), ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego (art. 31), ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (art.17), kontrola operacyjna może być stosowana jedynie w określonych wyraźnie w ustawie przypadkach, w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców przestępstw, a także uzyskania i utrwalenia dowodów tych przestępstw. Zastosowanie kontroli operacyjnej jest możliwe wyłącznie na zasadzie subsydiarności, a więc wtedy, gdy inne środki okazały się bezskuteczne lub zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne. Ponadto zarządzenie kontroli operacyjnej jest możliwe przez sąd i następuje na czas określony. Materiały zgromadzone w trakcie kontroli operacyjnej podlegają zniszczeniu po jej zakończeniu, jeśli nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego. W myśl art. 19 ust. 6 ustawy o Policji kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na: 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych; 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne; 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej; 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych; 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek. Analogiczne rozwiązania zawierają przepisy art. 9e ust. 7 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 4 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 7 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 6 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 4 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 5 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. W świetle powyższego czynności operacyjne podejmowane przez poszczególne służby w sposób głęboki ingerują w takie chronione konstytucyjnie dobra jak prawo do ochrony życia prywatnego (art. 47 Konstytucji RP), wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP), autonomia informacyjna jednostki (art. 51 Konstytucji RP) czy wreszcie nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji RP) w przypadku podsłuchu lub monitoringu zainstalowanego w mieszkaniu. Poszanowanie i ochronę prywatności przez władze publiczne oraz ogólny zakaz

ingerencji w tę sferę gwarantuje art. 47 Konstytucji RP. Rozwinięcie tych gwarancji znalazło zaś swój wyraz w postanowieniach art. 51 Konstytucji RP wyrażającego zasadę autonomii informacyjnej jednostki.

5. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że art. 47 i art. 51 Konstytucji RP chronią tę samą wartość konstytucyjną – sferę prywatności. Autonomia informacyjna jednostki stanowi istotny element składowy prawa do ochrony prywatności, a polega na samodzielnym decydowaniu o ujawnianiu innym podmiotom informacji dotyczących własnej osoby, a także na sprawowaniu kontroli nad tymi informacjami, nawet jeśli znajdują się w posiadaniu innych osób¹⁰. Szczególnym instrumentem tej kontroli jest żądanie sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych sprzecznie z ustawą (art. 51 ust. 4 Konstytucji RP). Z konstytucyjną ochroną prywatności i autonomii informacyjnej wiąże się również wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się. Z art. 49 Konstytucji RP wynika, że zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Przy czym – jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 20 czerwca 2005 r. (sygn. akt K 4/04)¹¹ – przejawem prawa do prywatności jest wolność komunikowania się, która obejmuje nie tylko tajemnicę korespondencji, ale też wszelkiego rodzaju kontakty międzysobowe. W wyroku z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11)¹² w kontekście wymienionych wzorców konstytucyjnych Trybunał Konstytucyjny uznał, że „konstytucyjną ochroną wynikającą z art. 47, art. 49 i art. 51 ust. 1 Konstytucji objęte są wszelkie sposoby przekazywania wiadomości, w każdej formie komunikowania się, bez względu na fizyczny nośnik (np. rozmowy osobiste i telefoniczne, korespondencja pisemna, faks, wiadomości tekstowe i multimedialne, poczta elektroniczna). Ochrona konstytucyjna obejmuje nie tylko treść wiadomości, ale także wszystkie okoliczności procesu porozumiewania się, do których zaliczają się dane osobowe uczestników tego procesu, informacje o wybieranych numerach telefonów, przeglądanych stronach internetowych, dane obrazujące czas i częstotliwość połączeń czy umożliwiające lokalizację geograficzną uczestników rozmowy, wreszcie dane o numerze IP czy numerze IMEI. W ramach konstytucyjnie gwarantowanej wolności człowieka i jego autonomii informacyjnej mieści się nadto ochrona przed niejawnym monitorowaniem jednostki oraz prowadzonych

¹⁰ Wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 19 lutego 2002 r., sygn. akt U 3/01, OTK z 2002 r. Nr 1/A, poz. 3; z dnia 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02, OTK z 2002 r. Nr 6/A, poz. 83; z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt K 33/08, OTK z 2011 r. Nr 10/A, poz. 116

¹¹ OTK z 2005 r. Nr 6/A, poz. 64.

¹² OTK z 2014 r. Nr 7/A, poz. 80.

przez nią rozmów, nawet w miejscach publicznych i ogólnie dostępnych. Nie ma znaczenia, czy wymiana informacji dotyczy życia ściśle prywatnego, czy też prowadzonej działalności zawodowej, w tym działalności gospodarczej. Nie ma bowiem takiej sfery życia osobistego człowieka, co do której konstytucyjna ochrona byłaby wyłączona bądź samoistnie ograniczona. W każdej z tych sfer jednostka ma więc konstytucyjnie gwarantowaną wolność przekazywania i pozyskiwania informacji, w tym udostępniania informacji o sobie samej.” W tym samym wyroku Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „choć czynności operacyjno-rozpoznawcze popadają w konflikt z prawem do ochrony prywatności, wolnością i ochroną tajemnicy komunikowania się czy autonomią informacyjną, mogą być uznane za konieczne w demokratycznym państwie prawa z uwagi na ochronę bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego bądź ochronę wolności i praw innych osób. Dopuszczalność stosowania kontroli operacyjnej, a także gromadzenia i przetwarzania danych telekomunikacyjnych zależy od przestrzegania konstytucyjnych wymagań, mających chronić jednostki przed ekscesami stosowania prawa i nadmiernym wkroczeniem w sferę ich prywatności, a ponadto zabezpieczać przed wpływaniem służb policyjnych i ochrony państwa na demokratyczny mechanizm sprawowania władzy w państwie. Wymagania te są, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, tym surowsze, im bardziej dane czynności – w szczególności prowadzone w warunkach niejawności oraz poza ramami postępowania sądowego – ingerują w konstytucyjnie chroniony status człowieka i obywatela.”

6. Odnosząc powyższe poglądy Trybunału Konstytucyjnego do standardów konstytucyjnych w tym zakresie wskazać trzeba, że w świetle art. 50 Konstytucji RP zapewnia się nienaruszalność mieszkania. Przeszukanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu może nastąpić jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie i w sposób w niej określony. Art. 50 Konstytucji RP nie pozostawia w związku z tym wątpliwości, że ingerencja władzy publicznej w nienaruszalność mieszkania (w tym ingerencja w postaci podsłuchu lub monitoringu w mieszkaniu) może nastąpić jedynie w przypadkach wyraźnie określonych w ustawie. Ten sam wymóg w zakresie wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się formułuje art. 49 Konstytucji RP stanowiąc, że ograniczenie tej wolności „może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie”. Również ogólna klauzula ograniczenia prawa do ochrony prawnej życia prywatnego (art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) zakłada, że ograniczenie tego prawa może być ustanowione tylko w ustawie. Ze wskazanych przepisów konstytucyjnych wynika, że niejawną ingerencją organów władzy publicznej w szeroką pojętą sferę prywatności jednostki musi mieć dostatecznie precyzyjną podstawę w treści ustawy. Niejawność owej ingerencji oznacza bowiem, że jednostka nie posiada żadnej

wiedzy o mającej miejsce ingerencji w jej prawa lub wolności. Nie może w związku z tym korzystać w sposób autonomiczny, właśnie z uwagi na brak owej wiedzy, z przewidzianych prawem powszechnych środków ochrony tych wolności lub praw. Dlatego swoiste funkcje gwarancyjne w tym zakresie musi pełnić ustawa. To z jej postanowień musi wynikać w sposób precyzyjny zakres i głębokość niejawnej ingerencji organów władzy publicznej w sferę chronionych wolności lub praw jednostki. Ustawa dopuszczająca niejawną ingerencję w wolności lub prawa jednostki musi więc konkretyzować przypadki, zakres, sposoby niejawnej ingerencji, a także wskazywać jakich sfer życia jednostki owa ingerencja dotyczy. Oznacza to, że regulując materię kontroli operacyjnej ustawodawca powinien zrezygnować z posługiwania się klauzulami generalnymi, powinien również unikać tworzenia otwartych katalogów czynów zabronionych uzasadniających zarządzenie kontroli operacyjnej. W przeciwnym przypadku przepisy ustawy tracą swój gwarancyjny charakter, skoro ostateczne i maksymalne kontury ograniczenia wolności lub praw jednostki określają organy stosujące w praktyce kontrolę operacyjną, a nie ustawodawca.

7. Stwierdzenie, że niejawna ingerencja organów władzy publicznej w prawo do prywatności musi znajdować dostatecznie precyzyjną podstawę w obowiązującym prawie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które kształtuje się na podstawie art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC)¹³. W orzecznictwie tym szczególną wagę przywiązuje się do tego, aby działania służb specjalnych stanowiące ingerencję w życie prywatne jednostki opierały się na dostatecznych podstawach prawnych. Przy czym nie chodzi tylko o formalną podstawę prawną do niejawnych działań podejmowanych przez służby w sferze prywatności jednostki, lecz także o odpowiednią jakość tego prawa. W wyroku w sprawie Malone przeciwko Wielkiej Brytanii¹⁴, Europejski Trybunał stwierdził, że skoro praktyczna realizacja gromadzenia informacji nie jest poddana kontroli ani osoby zainteresowanej, ani opinii publicznej, sformułowanie zakresu uznania organów wykonawczych w kategoriach niczym nieskrępowanej swobody, naruszałoby zasadę rządów prawa. Oznacza to, że ustawa musi z dostateczną jasnością wytyczać zakres tego uznania przyznany poszczególnym władzom oraz sposób jego wykonania. W sprawie Rotaru przeciwko Rumunii¹⁵ Europejski Trybunał uznał, że sam brak odpowiednio rozbudowanego uregulowania prawnego tworzy sytuację naruszenia art. 8 Europejskiej Konwencji. Ustawa powinna określać rodzaje

¹³ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

¹⁴ Wyrok z dnia 2 sierpnia 1984 r. skarga nr 8691/79.

¹⁵ Wyrok ETPC z dnia 4 maja 2000 r., skarga nr 28341/95.

gromadzonych danych, kategorie osób tym objętych oraz procedury, które muszą być przestrzegane. Z kolei w sprawie *The Association for European Integration and Human Rights* oraz *Ekimdzhev przeciwko Bułgarii*¹⁶ Europejski Trybunał wskazał, że tajna inwigilacja, ze względu na ryzyko nadużyć musi mieć szczególnie precyzyjną podstawę, zwłaszcza gdy dostępna technologia staje się coraz bardziej wyrafinowana. Wreszcie w sprawie *Iordachi i inni przeciwko Mołdawii*¹⁷ Europejski Trybunał uznał, że minimalny standard konwencyjny w zakresie inwigilacji wymaga określenia w prawie rodzaju przestępstw, w odniesieniu do których organy państwa mogą pozyskiwać niejawnie informacje o osobach. Nie jest przy tym wystarczające, aby prawodawca wskazał, że chodzi o poważne przestępstwa, nawet jeśli definiuje to pojęcie w ustawie. W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że zarówno z postanowień Konstytucji RP jak też z orzecznictwa ukształtowanego na tle art. 8 Europejskiej Konwencji wynika standard, iż w przypadku niejawnego pozyskiwania informacji o jednostce wymagana jest bardzo daleko idąca precyzja regulacji prawnej. Precyzja ta ma zapobiegać ryzyku arbitralności niejawnych działań podejmowanych przez organy władzy publicznej, które z natury rzeczy pozostają poza zasięgiem kontroli publicznej.

8. Co do zasady obowiązujące przepisy prawa realizują ten standard. Art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 1 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 1 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, określają rodzaje przestępstw ściganych z urzędu lub przestępstw skarbowych, które uzasadniają zarządzenie kontroli operacyjnej. Standardu tego nie realizuje jednak art. 168b k.p.k. Przepis ten reguluje instytucję zgody następczej na wykorzystanie w postępowaniu karnym jako dowodów uzyskanych w wyniku inwigilacji materiałów świadczących o popełnieniu każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, a więc nie tylko przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną. W ten sposób, a więc wprowadzając nieograniczony katalog przestępstw, które uzasadniają wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w wyniku niejawnych działań, ustawodawca niweczy gwarancyjny charakter wymienionych powyżej przepisów. Nielegalnie, bo poza zakresem dopuszczalnej kontroli

¹⁶ Wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 2007 r., skarga nr 62540/00.

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 10 lutego 2009 r., skarga nr 25198/02

operacyjnej, zdobyte materiały, mogą stanowić dowód w postępowaniu karnym, zaś decyzja w tym zakresie nieobwarowana jakimikolwiek dodatkowymi warunkami, należy do prokuratora.

9. Kwestionowany przepis art. 168b k.p.k. przywraca więc arbitralność niejawnych działań władzy publicznej. Materiały uzyskane w wyniku niejawnej kontroli operacyjnej mogą bowiem zostać wykorzystane przez tę władzę nie tylko do ścigania poważnych przestępstw, opisanych precyzyjnie w prawie, lecz do ścigania każdego przestępstwa. Przedstawione uwagi prowadzą do wniosku, że już sam art. 168b k.p.k. jest niezgodny z art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wbrew nakazom konstytucyjnym wprowadzenia ograniczenia prawa do prywatności tylko w ustawie (art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), ograniczenia wolności i tajemnicy komunikowania się jedynie w przypadkach określonych w ustawie (art. 49 Konstytucji RP), ograniczenia nienaruszalności mieszkania jedynie w przypadkach określonych w ustawie (art. 50 Konstytucji RP), wkroczenia w autonomię informacyjną jednostki tylko w zakresie określonym ustawie (art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), ustawodawca w tym przepisie odwołał się do ogólnej i bardzo pojemnej kategorii „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli”. Tymczasem, na co zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11), w przypadku niejawnego pozyskiwania przez władze publiczne informacji o jednostkach „(...) to ustawa ma precyzować przedmiotowe przesłanki zarządzenia takich czynności. Aby zachować standard konstytucyjny, nie wystarcza odwołanie się do ogólnych zagrożeń dóbr prawnie chronionych, zwłaszcza przez zwroty niedookreślone. Ustawodawca zobowiązany jest wobec tego zdefiniować zamknięty i możliwie wąski katalog poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki. (...) Precyzyjne ustawowe uregulowanie przedmiotowych przesłanek dopuszczalności kontroli operacyjnej i pozyskiwania danych telekomunikacyjnych jest tym bardziej konieczne, ponieważ w istocie to same służby – działając w ramach ich ustawowych zadań – definiują zagrożenia, którym następnie mają zapobiegać. O ile Trybunał nie kwestionuje ogólnego zakreślenia w ustawie zadań służb ochrony państwa, to już przesłanki niejawnego pozyskiwania informacji o osobach mają być zdefiniowane przez ustawodawcę wyczerpująco w sposób zamknięty. Odwołując się do utrwalonego orzecznictwa ETPC oraz Trybunału Konstytucyjnego, należy raz jeszcze podkreślić, że na podstawie brzmienia przepisu ustawy jednostka ma wiedzieć, jakie zachowania narażają ją nie tylko na ewentualną odpowiedzialność karną, lecz również umożliwią prowadzenie w

stosunku do niej czynności operacyjno-rozpoznawczych, głęboko ingerujących w jej prywatność.”

10. Tych warunków nie spełnia przepis art. 168b k.p.k., który w istocie stanowi obejście owych restrykcyjnych zasad wkraczania służb w prawo do prywatności sformułowanych w utrwalonym orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Co prawda ustawodawca zdefiniował katalog przestępstw uzasadniających niejawną, głęboką ingerencję służb w prawo do prywatności, wprowadził jednak w kwestionowanych przepisach łatwą i dość wygodną dla organów ścigania ścieżkę umożliwiającą organom władzy publicznej swobodne wychodzenie poza tak zakreślony katalog przestępstw poprzez korzystanie z instytucji zgody następczej.
11. Art. 168b k.p.k. narusza także zasadę proporcjonalności w sposób ogólnie określoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Nieproporcjonalnie ingeruje on bowiem w ogólnie wyrażone w art. 47 Konstytucji RP prawo do prywatności, a także w wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP), nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji RP), narusza też wynikający z art. 51 ust. 2 Konstytucji RP zakaz pozyskiwania i gromadzenia informacji o obywatelach, które nie są niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Niejawne pozyskiwanie informacji o jednostce musi spełniać wymóg konieczności w demokratycznym państwie prawnym. Jednocześnie środek w postaci niejawnego wkroczenia władzy publicznej w szeroką pojętą prywatność musi być najmniej uciążliwy dla podmiotów, których wolności lub prawa podlegają ograniczeniu, musi być stosowany wyjątkowo, w celu ścigania i wykrywania poważnych przestępstw. W wyroku z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11) Trybunał Konstytucyjny zauważył w tym zakresie, że „niejawne pozyskiwanie informacji o jednostkach w demokratycznym państwie prawa, za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest dopuszczalne jedynie w celu zapobiegania poważnym przestępstwom, ich ściganiu i wykrywaniu. (...) Ustalając katalog przestępstw, co do których dopuszczalne są czynności operacyjno-rozpoznawcze, ustawodawca nie może odrywać się od obiektywnie mierzalnej hierarchii dóbr, której wyraz daje Konstytucja. Nie może także abstrahować od uwarunkowań historycznych i społecznych, determinujących stopień zagrożenia, jakie niosą ze sobą poszczególne czyny w skali całego państwa. Nieuprawniona jest natomiast, zdaniem Trybunału, teza jakoby sama penalizacja jakiegoś czynu w ustawach karnych, a nawet zobowiązanie do jego ścigania na mocy umów międzynarodowych, były wystarczającymi przesłankami uznania go za poważny w stopniu uzasadniającym dopuszczalność niejawnego pozyskiwania informacji i

dowodów za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, które prowadzą do ingerencji w prywatność, tajemnicę komunikowania się czy autonomię informacyjną.”

12. Art. 168b k.p.k. nie spełnia tak rozumianego testu proporcjonalności. Z jednej strony bowiem ustawodawca w imię realizacji zasady proporcjonalności wprowadził zamknięty katalog poważnych w jego ocenie przestępstw, uzasadniających niejawnie pozyskiwanie informacji o osobach, z drugiej zaś strony w przepisie tym ustalił, że każde przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe uzasadnia skorzystanie z materiałów zdobytych w sposób niejawnie. Tymczasem celowość czy przydatność zastosowanego w tym zakresie rozwiązania nie jest wystarczająca dla uznania go za „konieczne w demokratycznym państwie prawnym.” W tym przypadku wyjątkowość ingerencji w podstawowe prawa jednostki, właśnie ze względu na przydatność uzyskanych w wyniku tej ingerencji materiałów, może przekształcić się we właściwe dla państwa policyjnego niejawnie poszukiwanie wszelkich możliwych obciążających materiałów przeciwko jednostce.
13. Art. 168b k.p.k. nie wyznacza także żadnych ram czasowych określających maksymalne terminy, przed upływem których prokurator miałby podjąć decyzję w przedmiocie wykorzystania w ten sposób uzyskanych dowodów w postępowaniu karnym. Nie określa w związku z tym, w jakim okresie od zakończenia kontroli operacyjnej dopuszczalne jest przechowywanie materiałów zawierających dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę, niż objęta zarządzeniem kontroli. Brak precyzyjnego określenia w ustawie ram czasowych postępowania z materiałami zgromadzonymi w wyniku niejawnej kontroli stanowiącymi potencjalny dowód popełnienia innego przestępstwa (lub przez inną osobę) niż objęte zarządzeniem kontroli powoduje, że zarówno służby jak też prokurator posiadają niczym nieskrępowaną swobodę w tym zakresie. Ten stan rzeczy nie odpowiada wymogom sformułowanym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w powoływanym już wyroku z dnia 4 maja 2000 r. w sprawie Rotaru przeciwko Rumunii, zgodnie z którymi prawo powinno określać maksymalny wiek informacji oraz czasokres ich przechowywania. W tym więc zakresie art. 168b k.p.k. nie spełnia wymogu przewidywalności pożądanego w przypadku przepisów regulujących niejawną ingerencję w szeroko pojęte prawo do prywatności i także z tego powodu jest on niezgodny z art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

14. Przepis art. 168b k.p.k. jest także niezgodny z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Ten ostatni stanowi, że każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Z punktu widzenia przedmiotu zaskarżenia znaczenie ma wynikające z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP prawo do żądania usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Co istotne, chodzi o sposób gromadzenia informacji przez podmiot, w którego posiadaniu one się znajdują, a nie o treść tych informacji. W świetle art. 51 ust. 4 Konstytucji RP o „informacjach zebranych w sposób sprzeczny z ustawą” można mówić w trojakiemu rodzaju sytuacjach. Po pierwsze, gdy uzyskiwanie danego rodzaju informacji jest w ogóle niedopuszczalne w świetle Konstytucji RP. Po drugie, gdy nie dokonuje się na podstawie i w granicach przewidzianych wyraźnie w ustawie. Po trzecie, gdy uzyskanie informacji – nawet konstytucyjnie i ustawowo dopuszczalne – nastąpiło niezgodnie z procedurą określoną w prawie¹⁸.
15. Z punktu widzenia treści przepisu art. 168b k.p.k. problem konstytucyjny dotyczy tego, czy w świetle art. 51 ust. 4 Konstytucji RP materiały uzyskane przez organy władzy publicznej w wyniku inwigilacji podjętej zgodnie z ustawą, można następnie gromadzić i ewentualnie wykorzystywać w innym celu niż pierwotny cel ich uzyskania. Skoro poszczególne służby mogą w sposób niejawni pozyskiwać informacje o przestępstwach ściganych z oskarżenia publicznego lub przestępstwach skarbowych, w stosunku do których można zarządzić kontrolę operacyjną, to w świetle art. 51 ust. 4 Konstytucji RP nie mogą gromadzić informacji o osobie wykraczających poza tak zakreślony zakres. W szczególności informacje te nie mogą zostać wykorzystane w postępowaniu karnym dotyczącym popełnienia przestępstwa wykraczającego poza zakreślony przez ustawodawcę przedmiotowo zakres kontroli operacyjnej. Rozwiązania przyjęte w art. 168b k.p.k. prowadzą do tego, że deklarowany przez ustawodawcę cel kontroli operacyjnej nie pokrywa się z celem, w jakim mogą zostać wykorzystane materiały uzyskane w wyniku tej kontroli. Z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 1 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 1 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego i art. 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym w sposób wyraźny wynika, że celem niejawnych czynności jest

¹⁸ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11.

zapobieganie, wykrywanie, ustalenie sprawców, a także uzyskanie i utrwalenie dowodów popełnienia ściśle określonych w tych ustawach przestępstw. Z tych przepisów *a contrario* wynika, że w ich trybie nie można pozyskiwać informacji w celu wykrywania innych przestępstw niewymienionych w tych ustawach. W razie pozyskania takich informacji, informacje te, jako zebrane sprzecznie z ustawą, powinny podlegać zniszczeniu. W tym kontekście wskazać należy, że w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 23 marca 2011 r.¹⁹ dotyczącej kontroli operacyjnej wykonywanej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne, Sąd Najwyższy stwierdził, iż „(...) skoro zatem ustawa o CBA odnośnie do kontroli operacyjnej wymaga, już we wniosku do sądu o jej zastosowanie, wskazania zarówno osoby, której ma ona dotyczyć, jak i czynu lub czynów, co do których kontrola ta ma być zastosowana (...), to jedynie w takim właśnie podmiotowym i przedmiotowym zakresie, określonym w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli, a więc uwzględniającym ten wniosek z uwagi na zaistnienie przesłanek do jej zastosowania, kontrola operacyjna staje się dopuszczalnym, legalnym wkroczeniem w sferę omawianej wolności. W innym przypadku – choćby to dotyczyło także przestępstw, co do których możliwe jest również zarządzenie kontroli operacyjnej albo takich przestępstw osób innych niż wskazane w postanowieniu o tej kontroli – jeżeli kontrola operacyjna nie została kolejną decyzją sądu, w tym w postaci tzw. zgody następczej, poszerzona, ustawowe ograniczenia wolności komunikowania się nie funkcjonuje, a prymat ma konstytucyjna gwarancja takiej wolności, stanowiącej element szerzej rozumianego prawa do prywatności. Dowody pozyskane zatem poza zakresem zastosowanego ograniczenia omawianej wolności uzyskano wprawdzie w ramach zarządzonej przez sąd kontroli, ale poza jej granicami, a więc niezgodnie z wymogami ustawy. Nie można tym samym uznać, że są to dowody uzyskane legalnie.”

16. Mając na uwadze treść kwestionowanych w skardze konstytucyjnej przepisów odwołać się trzeba również do wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego zawartej w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04)²⁰, w którym Trybunał kontrolował ówczesne brzmienie art. 19 ust. 4 ustawy o Policji. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że literalne brzmienie art. 51 ust. 4 Konstytucji RP wskazuje, iż „(...) nacisk położono tu na sposób, w jaki zbierano materiały (a nie kwestię ich wykorzystania w ewentualnym innym procesie, czemu ma służyć zachowanie zbioru). O ile więc następcza zgoda sądu na zachowanie materiałów operacyjnych, które skądinąd powinny ulec zniszczeniu, zgodnie z ustawą zwykłą (...)

¹⁹ sygn. akt I KZP 32/10, OSNKW z 2011 r. Nr 3, poz. 22.

²⁰ OTK z 2005 r. Nr 11/A, poz. 132.

mogłaby usanować nielegalność wykorzystania procesowego takich materiałów (skoro sąd zezwolił na zachowanie zbioru), o tyle następcza zgoda sądu na zachowanie informacji operacyjnych (art. 19 ust. 4 ustawy o Policji) nie może doprowadzić do ograniczenia czy wyłączenia prawa sformułowanego przez art. 51 ust. 4 Konstytucji. W tym bowiem zakresie ustawodawca zwykły w ogóle nie ma swobody regulacyjnej. Konstytucyjne prawo podmiotowe z art. 51 ust. 4 Konstytucji odnosi możliwość sprostowania i żądania usunięcia danych do sytuacji, gdy dane te zostały «zebrane w sposób sprzeczny z ustawą» i z tą hipotezą określoną czasowo, wiąże prawo jednostki unormowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Następcza zgoda sądu (...) dotyczy zachowania materiałów operacyjnych. To umożliwia ewentualne ich dalsze wykorzystanie procesowe, bez narażenia się na zarzut korzystania z owoców zatrutego drzewa. Nie podobna jednak uznać, że następcza zgoda sądu powoduje, iż nielegalne tymczasowo (brak zgody sądu) prowadzenie działalności operacyjnej może prowadzić do przeformułowania przesłanki wymaganej w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Takie przeformułowanie oznaczałoby, że materiały, w stosunku do których sąd wyraził zgodę na zachowanie, mimo że zostały uzyskane (zgromadzone) bez zgody sądu (...), nie zostałyby uznane za «zebrane w sposób sprzeczny z ustawą» z ustawą z punktu widzenia art. 51 ust. 4 Konstytucji. W takim wypadku bowiem konstytucyjne określenie «zebrane w sposób sprzeczny z ustawą», użyte w tym przepisie, nabrałoby innego, węższego, znaczenia, i to za sprawą (...) normy ustawowej. Problemem jest bowiem to, że czego innego dotyczy następcza zgoda sądu w art. 19 ust. 4 (zachowania nielegalnie zebranych materiałów), a czego innego dotyczy przesłanka art. 51 ust. 4 Konstytucji (legalności samego pozyskiwania materiałów jako hipotezy uzasadniającej sprostowanie i usunięcie materiałów zebranych z naruszeniem prawa – w momencie ich zbierania). Zabieg interpretacyjny polegałby tu więc na zwięzającej wykładni pojęcia «zebrany w sposób sprzeczny z ustawą», użytego w art. 51 ust. 4 Konstytucji *in fine*. Przy tym skutkiem tej interpretacji byłoby ograniczenie zakresu konstytucyjnego prawa podmiotowego do żądania sprostowania lub usunięcia informacji, o czym – co do zasady stanowi art. 51 ust. 4 Konstytucji. Tak więc w przedstawionym wypadku ujęcie ustawy zwykłej rzutowałoby na zakres pojęcia konstytucyjnego, i to ze skutkiem negatywnym dla zakresu konstytucyjnego prawa jednostki. Dodać należy, że o ile konstytucyjne prawo dostępu do urzędowej informacji (art. 51 ust. 3 Konstytucji) może być ograniczone w ustawie zwykłej, o tyle prawo sformułowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji – odesłania do ustawy zwykłej nie przewiduje i jest ujęte w sposób bardziej rygorystyczny”.

17. Przedstawione uwagi oraz przywołane poglądy Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego uzasadniają twierdzenie, że art. 168b k.p.k. jest niezgodny z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, gdyż ustawodawca, nie mając w tym zakresie żadnej swobody regulacyjnej, wprowadził rozwiązanie zezwalające na zachowanie (do ich ewentualnego procesowego wykorzystania) materiałów zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, a więc poza granicami ustawowego celu stosowania kontroli operacyjnej oraz kontroli i utrwalania rozmów. Art. 168b k.p.k. nie zawiera także wystarczających gwarancji proceduralnych wymaganych z perspektywy ochrony praw lub wolności określonych w art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 Konstytucji RP. Prawo do ochrony życia prywatnego, ochrona tajemnicy komunikowania się, nienaruszalność mieszkania oraz autonomia informacyjna wymagają adekwatnych gwarancji procesowych, zwłaszcza wówczas, gdy głęboka ingerencja w te prawa lub wolności ma charakter niejawni. W przypadku kontroli operacyjnej realizowanej na podstawie ustaw regulujących działanie poszczególnych służb zgodę na ową kontrolę wydaje sąd. Sąd też zarządza kontrolę i utrwalanie rozmów po wszczęciu postępowania karnego. Do daty wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z 2016 r. sąd też rozstrzygał w przedmiocie zgody następczej. Ustawodawca w wyniku dokonanej nowelizacji odstąpił od tej reguły, przyjął mianowicie, że decyzję w sprawie zgody następczej na wykorzystanie materiałów uzyskanych poza zakresem zarządzonej przez sąd niejawni kontroli wydaje prokurator. Ta decyzja prawodawcza nie zasługuje jednak na akceptację z punktu widzenia standardów właściwych dla demokratycznego państwa prawnego. W powoływanym powyżej wyroku z dnia 4 maja 2000 r. wydanym w sprawie Rotaru przeciwko Rumunii Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że aby systemy niejawni inwigilacji były zgodne z art. 8 Konwencji, muszą one zawierać gwarancje prawne stosowane do kontroli działań właściwych służb. Procedury kontrolne muszą odpowiadać wartościom demokratycznego społeczeństwa tak wiernie, jak to możliwe, a w szczególności zasadzie praworządności. Zasada rządów prawa zakłada, między innymi, iż ingerencja ze strony organów władzy wykonawczej w prawa jednostki powinna być przedmiotem skutecznej kontroli, która w normalnych warunkach powinna być przeprowadzona przynajmniej przez organy sądowe, jako że kontrola sądowa zapewnia najlepszą gwarancję niezależności, bezstronności oraz stosowania właściwej procedury.

Zgodność art. 459 § 2 k.p.k. w związku z art. 168b k.p.k. ze wskazanymi wzorcami konstytucyjnymi

18. Jak wykazano powyżej, istnieją silne uwarunkowania konstytucyjne, które powodują, że przewidziany w art. 168b k.p.k. standard kontroli dotyczący materii niejawniej ingerencji w prawo do prywatności, polegający w tym przypadku na wyrażaniu zgody następczej przez prokuratora, nie spełnia wymogów zawartych w Konstytucji RP. W tym kontekście – jakkolwiek nie jest to argument decydujący – wskazać także należy, że obecnie prokuratura nie jest wolna od silnych związków z władzą wykonawczą, skoro na jej czele stoi Minister Sprawiedliwości (art. 1 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. - Prawo o prokuraturze²¹). Związki te, co jest oczywiste, muszą także przenikać do poszczególnych postępowań prowadzonych przez prokuratorów, gdyż Minister Sprawiedliwości pełniący funkcję Prokuratora Generalnego może wydawać prokuratorom polecenia dotyczącej treści czynności procesowej (art. 7 § 2 Prawa o prokuraturze), może zmieniać lub uchylać decyzje prokuratorów (art. 8 § 1 Prawa o prokuraturze), przejmować sprawy prowadzone przez prokuratorów i wykonywać ich czynności (art. 9 § 2 Prawa o prokuraturze), może też zwrócić się o przeprowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez właściwe organy, jeżeli pozostawałyby one w bezpośrednim związku z toczącym się postępowaniem (art. 57 § 3 Prawa o prokuraturze). W takim kształcie ustrojowym nie sposób uznać, że prokuratura korzysta z przymiotu niezależności od władzy wykonawczej.
19. W świetle art. 45 ust. 1 Konstytucji RP każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP wynika natomiast, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP jednostce przysługuje w związku z tym prawo do sądu, zaś art. 77 ust. 2 Konstytucji RP zawiera zakaz zamykania drogi sądowej dla dochodzenia naruszonych wolności lub praw.
20. W wyroku z dnia 10 maja 2000 r. (sygn. akt K 21/99)²² Trybunał Konstytucyjny uznał, że „jeśli więc art. 45 ust. 1 konstytucji dotyczy dochodzenia przed sądem wszelkich praw (także ustanowionych w innych aktach normatywnych niż konstytucja), to art. 77 ust. 2 konstytucji obejmuje swym zakresem jedynie prawa i wolności gwarantowane konstytucyjnie. W tym znaczeniu art. 77 ust. 2, stanowiąc uzupełnienie i rozwinięcie ogólniejszego ujęcia prawa do sądu w art. 45 ust. 1, zawiera zarazem swoistą regulację szczególną w stosunku do art. 45 ust. 1 Konstytucji. Płyne stąd istotny wniosek dla zakresu dopuszczalnych ograniczeń prawa do sądu”. Trybunał stwierdził dalej, że ograniczenia takie

²¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 177 ze zm.

²² OTK z 2000 r. Nr 4, poz. 109.

ustanowione normą ustawową, stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji, muszą uwzględniać kategoryczny zakaz zamykania drogi do sądu zawarty w art. 77 ust. 2 w zakresie dochodzenia konstytucyjnych wolności i praw, *ergo* wyłączenie drogi sądowej w sprawach związanych z naruszeniem wolności i praw może być ustanowione jedynie wprost przepisami konstytucyjnymi. Wynika więc z stąd bardzo wyraźna dyrektywa interpretacyjna dotycząca przesłanek zastosowania art. 31 ust. 3 konstytucji. Po pierwsze bowiem, art. 31 ust. 3 nie może z pewnością uzasadniać ograniczenia, które wyłączyłoby całkowicie ochronę sądową prawa należącego do tej kategorii praw, których dotyczy wyraźny zakaz wyłączenia drogi sądowej wyrażony w art. 77 ust. 2 Konstytucji. Po drugie, ocena konieczności zastosowania jakichkolwiek ograniczeń w realizacji prawa do sądu musi w tym wypadku uwzględniać szczególną mocną gwarancję konstytucyjną z jakiej prawo to korzysta w zakresie wyznaczonym przez art. 77 ust. 2. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, „można też tę myśl ująć od drugiej strony, stwierdzając, że generalnie (ogólnie) prawo do sądu, wyrażone w art. 45 ust. 1 Konstytucji, nie może zostać ograniczone w postaci zamknięcia przez ustawę drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności i praw konstytucyjnych, gdyż takie ograniczenie byłoby oczywiście sprzeczne z art. 77 ust. 2 Konstytucji. W tym sensie, art. 77 ust. 2 konstytucji wyznacza, obok art. 31 ust. 3, zakres dopuszczalnych ograniczeń prawa do sądu”.

21. Prawo do zaskarżania decyzji i czynności organów procesowych to uprawnienie, które w szczególny sposób wzmacnia korzystanie z pozostałych uprawnień procesowych, w tym wynikających z prawa do obrony. Dzięki kontroli instancyjnej istnieje możliwość wyeliminowania błędnych decyzji i ustaleń naruszających prawa oskarżonego. Podejrzenie naruszenia któregokolwiek z tych uprawnień jest bowiem wystarczającą podstawą do żądania procesowej kontroli prawidłowości, legalności i zasadności decyzji. Istota tego prawa wyraża się w możliwości zaskarżania decyzji procesowych dotyczących oskarżonego, a także niektórych innych czynności organów procesowych. Służy zwalczaniu uciążliwych środków procesowych. Jest to uprawnienie o wyraźnie kontrolnym charakterze²³. Jednocześnie gwarancji realizacji prawa do zaskarżania poszukiwać należy bezpośrednio w przepisach Konstytucji RP.
22. Zgodnie z art. 78 Konstytucji każda ze stron ma samoistne prawo podmiotowe do zakwestionowania rozstrzygnięć podjętych wobec niej w postępowaniu sądowym bądź administracyjnym w pierwszej instancji. Prawo jest również środkiem reakcji w razie

²³ Wyrok TK z 29 czerwca 2010 r., P 28/09, OTKA 2010, Nr 5, poz. 52.

naruszenia praw jednostki przez organ lub sąd rozpatrujący jej sprawę w pierwszej instancji²⁴. Warto podkreślić, że ustawodawca nie ma pełnej, niczym nieskrępowanej swobody w ustalaniu katalogu wyjątków od zasady dwuinstancyjności. Nie mogą one bowiem naruszać innych norm konstytucyjnych ani samej zasady ogólnej zaskarżalności, która na gruncie zwykłego ustawodawstwa stałaby się de facto wyjątkiem od wprowadzanej w różnych regulacjach procesowych reguły postępowania jednoinstancyjnego. Takie odstępstwo może być uzasadnione szczególnymi okolicznościami, które usprawiedliwiałyby pozbawienie strony postępowania środka odwoławczego²⁵. W niniejszej sprawie, zgodzić się należy ze skarżącym, że obecne ukształtowanie przepisu art. 459 § 2 k.p.k. w związku z art. 168b k.p.k. doprowadziło do nieuzasadnionego i niezgodnego z art. 78 Konstytucji pozbawieniem strony prawa do środka odwoławczego²⁶.

23. Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, gwarancja instancyjności jako proceduralnej zasady postępowania sądowego i administracyjnego wyrażona w art. 78 zdanie pierwsze Konstytucji wzmacnia konstytucyjne prawo do sądu i stanowi, iż każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. „O ile przedmiotem roszczenia na podstawie art. 45 ust. 1 jest «rozpatrzenie sprawy», o tyle zasada instancyjności z art. 78 Konstytucji dotyczy procesu decyzyjnego, a więc pierwszego rozstrzygnięcia w tej sprawie. Z istoty rzeczy odnosi się więc do pewnego etapu rozpatrywania sprawy. Podniesiona do konstytucyjnej rangi kontrola ma zapobiegać pomyłkom i arbitralności w pierwszej instancji”²⁷. Jak wskazał bowiem Trybunał Konstytucyjny, konstytucyjne prawo zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji stanowi „bardzo istotny czynnik urzeczywistniania sprawiedliwości proceduralnej. Chodzi tu o zagwarantowanie stronie prawa do zaskarżenia orzeczeń i decyzji do organu wyższej instancji w celu sprawdzenia (skontrolowania) prawidłowości orzeczenia”²⁸.

24. Zgodzić należy się ze Skarżącym, że rozpatrzenie sprawy polegającej na wykorzystaniu dowodów zgromadzonych w toku kontroli operacyjnej, w sprawie innej niż objęta zakresem kontroli, powinno posiadać wszelkie przymioty wskazane w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP i podlegać rozpatrzeniu przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Jednakże,

²⁴ M. Florczak-Wątor, komentarz do art. 78 Konstytucji, w: P. Tuleja (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Lex/el. 2019, uwaga I.

²⁵ Wyrok TK z 12 czerwca 2002 r., P 13/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 42.

²⁶ Wyrok TK z 26 listopada 2013 r., SK 33/12, OTK ZU nr 8/A/2013, poz. 124.

²⁷ Postanowienie TK z 11 czerwca 2008 r., sygn. akt SK 48/07, OTK-A 2008, nr 5, poz. 93.

²⁸ Wyrok TK z 4 marca 2008 r., SK 3/07, OTK-A 2008, nr 2, poz. 25; por. wyroki TK: z 16 listopada 1999 r., SK 11199, OTK 1999, nr 7/158; z 18 maja 2004 r., SK 38/03.

wydanie przez prokuratora postanowienia w przedmiocie wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej, które wykraczają poza zakres wyznaczony postanowieniem sądu o zarządzeniu kontroli, sprawia, że w istocie materiały te zostają najpierw pozyskane, a następnie - wykorzystane bez jakiegokolwiek udziału sądu. Nie ulega więc wątpliwości, że poddanie takiego postanowienia kontroli instancyjnej sądu jest jedynym instrumentem, który pozwoli naprawić uchybienie i zapewnić rozpoznanie sprawy przez sąd, zgodnie z normą wynikającą z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Ma to szczególne znaczenie, gdy na podstawie materiałów operacyjnych pozyskanych bez udziału sądu, podejmowane są decyzje w jeszcze większym stopniu ingerujące w podstawowe prawa podejrzanego, tj. postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, o wydaniu europejskiego nakazu aresztowania, czy też skierowanie aktu oskarżenia.

25. W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, podobnie jak twierdzi Skarżący, przyznanie prawa do wniesienia środka odwoławczego realizuje prawo osoby podlegającej kontroli do bycia wysłuchanym, a w szczególności do przedstawienia swojego stanowiska w zakresie prawidłowości wykorzystania przeciwko niej materiałów z kontroli operacyjnej. Pierwszoinstancyjne postanowienie w przedmiocie wyrażenia zgody następczej jest bowiem w całości oparte na informacjach przedłożonych przez organ, który zastosował kontrolę, a ponadto jest wydawane przez prokuratora - a więc przyszłego oskarżyciela, który ma określony interes w wykorzystaniu materiałów pozyskanych w toku kontroli i z zasady nie jest bezstronny.
26. Prawo do sądu jako organu sprawującego wymiar sprawiedliwości obejmuje w szczególności prawo do rzetelnej procedury sądowej, w tym zaś prawo do zaskarżenia pierwszoinstancyjnego orzeczenia sądowego²⁹. Nadto, prawo do sądu jako organu kontrolującego akty innych organów władzy publicznej godzących w konstytucyjne prawa i wolności jednostki w sposób niewątpliwy zawiera prawo do zaskarżenia, bo właśnie zaskarżenie decyzji do sądu umożliwia sprawowanie przezeń kontroli³⁰. W tym wypadku prawo do zaskarżenia również zatem może być postrzegane jako element prawa do sądu. W konsekwencji, należy zgodzić się ze skarżącym co do niezgodności przepisów art. 459 § 2 w zw. z art. 168b k.p.k. z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje podejrzanemu prawa wniesienia zażalenia na postanowienie prokuratora w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa,

²⁹ Postanowienie SN z 23 lipca 2014 r., V CZ 48/14, LEX nr 1504598; wyrok TK z 10 lipca 2000 r., SK 12/99, OTK 2000, Nr 5, poz. 143.

³⁰ Wyrok TK z 1 grudnia 2008 r., P 54/07, OTK-A 2008, Nr 10, poz. 171.

popelnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, lub popelnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej.

27. Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, iż po pierwsze sprawa, w której chodzi o niejawną ingerencję organów władzy publicznej w takie prawem chronione dobra jak prywatność, wolność i tajemnica komunikowania się, nienaruszalność mieszkania, autonomia informacyjna jednostki, należy do spraw, o których mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP; po drugie, sprawa taka dotyczy dochodzenia naruszonych konstytucyjnych wolności lub praw. W efekcie w związku z kategoriowym zakazem zawartym w art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, ustawa, a więc także art. 168b k.p.k., nie może wyłączać sądu z rozpoznawania tych spraw i powierzać ich rozpoznawania organowi pozasądowemu, jakim jest prokurator. W konsekwencji art. 168b k.p.k. jest również niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP.
28. Wreszcie, przepis art. 168b k.p.k. zawiera w zakresie realizacji prawa do sądu wewnętrzną sprzeczność. Otóż pierwotna niejawną ingerencja służb w prawo do prywatności wymaga zgody sądu, zgoda następcza nie wymaga zaś już udziału sądu, nawet wówczas, gdy następuje zmiana podmiotowa polegająca na zmianie osoby inwigilowanej (a więc wówczas, gdy chodzi o inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej). Słusznie podniósł Skarżący, że sytuacja osoby inwigilowanej jest diametralnie różna w zależności tylko od tego, czy wiadomości uzyskane w drodze kontroli operacyjnej są wykorzystywane na podstawie zgody pierwotnej (wówczas zapewniona jest sądowa kontrola, bowiem to sąd takiej zgody udziela), czy też zgody następczej (wówczas sądowa kontrola jest wyłączona). W toku Przepis art. 168b k.p.k. ma w związku z tym także charakter dyskryminujący w zakresie realizacji prawa jednostki do dostępu do sądu, a zatem jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.
29. Podkreślenia wymaga, że możliwość zaskarżenia decyzji o następczym wykorzystaniu informacji zdobytych w drodze kontroli operacyjnej odnoszących się do innego przestępstwa lub innej osoby, niż wskazane w zgodzie pierwotnej, do pewnego stopnia złagodziłoby zastrzeżenia konstytucyjne dotyczące art. 168b k.p.k. wskazane na początku niniejszego pisma. Jednocześnie, biorąc pod uwagę zakres zaskarżenia przedstawiony w skardze konstytucyjnej oraz normę art. 67 ust. 1 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich w niniejszym postępowaniu, pomimo wskazanych wyżej zastrzeżeń natury konstytucyjnej do

art. 168b k.p.k. jako takiego, ograniczyć musi się do określenia kontrolowanej normy nie szerzej, niż uczynił to Skarżący.

30. Sumując przedstawione powyżej zarzuty – zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich – art. 459 § 2 k.p.k. w zw. z art. 168b k.p.k. w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje podejrzanemu prawa wniesienia zażalenia na postanowienie prokuratora w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, lub popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej jest niezgodny z art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 oraz art. 78 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji RP oraz z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP
31. W związku z tym, wnoszę jak w *petitum*.