



Warszawa, 28. 03. 2024 r.

RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Marcin Wiącek

II.510.86.2024.PZ

Trybunał Konstytucyjny

al. Jana Chrystiana Szucha 12A

00-918 Warszawa

sygn. akt SK 1/24

W związku ze zgłoszeniem w dniu 22 lutego 2024 r. mojego udziału w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie skargi konstytucyjnej Pana ██████████ ██████████, sygn. akt SK 1/24, w ramach którego wniosłem o stwierdzenie, że art. 27 ust. 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1136 z późn. zm.) - w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje osobie, której rozmowa podlegała kontroli i utrwaleniu, wskutek kontaktu z osobą, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli, w którym mogłaby ona się domagać zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, **jest niezgodny** z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 45 ust. 1 w związku z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, przedstawiam następujące uzasadnienie niniejszego stanowiska procesowego.

W dniu 23 stycznia 2024 r. do Rzecznika Praw Obywatelskich wpłynęło zawiadomienie o wszczęciu postępowania w sprawie skargi konstytucyjnej [REDAKTION] (dalej: skarżący) ozn. sygn. SK 1/24, w ramach której skarżący domaga się stwierdzenia niezgodności art. 27 ust. 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1136 z późn. zm.; dalej: ustawy o ABW i AW) - w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, oraz osobie, której rozmowa podlegała kontroli i utrwaleniu, wskutek kontaktu z osobą kontrolowaną, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli z art. 45 ust. 1, art. 77 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji RP oraz z art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

W uzasadnieniu skargi skarżący wskazał, że [REDAKTION] Wydział Zamiejscowy Departamentu do Spraw Przeszeczności Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej [REDAKTION] prowadził śledztwo pod sygn. [REDAKTION]. W toku śledztwa skarżącemu został przedstawiony zarzut tego, że w [REDAKTION] [REDAKTION] udzielił pomocy [REDAKTION] organizowaniu przekroczenia wbrew przepisom granicy Rzeczypospolitej Polskiej ustalonym osobom, [REDAKTION] [REDAKTION] [REDAKTION] [REDAKTION] [REDAKTION] [REDAKTION] [REDAKTION] [REDAKTION] [REDAKTION] [REDAKTION], co stanowi czyn stypizowany w art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 264 § 3 k.k.

Powyższy zarzut został sformułowany w oparciu o materiał dowodowy uzyskany w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej dotyczącej art. 258 § 2 k.k., wobec [REDAKTION]

██████████, na podstawie postanowienia Sądu Okręgowego ██████████ z dnia 26.10.2015 r. uwzględniającego wniosek Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Zażaleniem z dnia 15.12.2021 r., obrońca skarżącego zaskarżył powyższe postanowienie, zarzucając mu naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na jego treść, polegające na: 1) zastosowaniu kontroli operacyjnej, w wyniku której uzyskano materiał dowodowy, na podstawie którego wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutu popełnienia czynu innego niż z art. 258 § 2 k.k. oraz wobec innej osoby niż ██████████ bez uprzedniego uzyskania postanowienia w przedmiocie wyrażenia zgody na wykorzystanie dowodu, stosownie do przepisu art. 27 ust. 15c ustawy o ABW i AW; 2) zastosowaniu kontroli operacyjnej, w wyniku której uzyskano materiał dowodowy, na podstawie którego wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutu popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 264 § 3 k.k., które to przestępstwo nie zostało wymienione w katalogu zawartym w art. 5 ustawy o ABW i AW. Podstawę prawną wniesienia zażalenia, która została wprost wskazana przez obrońcę oskarżonego, stanowiły art. 8 EKPC¹ i art. 13 EKPC.

Zarządzeniem z dnia 27.12.2021 r. Sąd Okręgowy ██████████ odmówił przyjęcia zażalenia wobec uznania, że zostało wniesione przez osobę nieuprawnioną ██████████

Zażaleniem z dnia 20.01.2022 r. obrońca oskarżonego zaskarżył powyższe postanowienie, wskazując, że zarządzenie to zostało wydane wskutek naruszenia przepisów kodeksu postępowania karnego oraz postanowień EKPC, a jednocześnie, że jest ono rażąco niesprawiedliwe.

Postanowieniem z dnia 09.02.2022 r. Sąd Apelacyjny ██████████ ██████████ utrzymał w mocy zaskarżone zarządzenie Sądu Okręgowego w

¹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.; dalej: EKPC).

██████████ wskazując, że stosownie do treści art. 27 ust 11a ustawy ABW i AW podmiotami uprawnionymi do wnoszenia zażaleń na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej są Szef ABW oraz w ograniczonym zakresie Prokurator Generalny.

Pośród argumentów podniesionych za uzasadnieniem wskazanych w skardze konstytucyjnej wzorców kontroli konstytucyjności zwrócić należy uwagę, że w ocenie skarżącego, odmowa przyjęcia środka odwoławczego na postanowienie w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej naruszyła jego prawo do zaskarżenia orzeczenia w powiązaniu z zasadą równości wobec prawa, albowiem nie znajduje wystarczającego uzasadnienia: a) dlaczego prawo do zaskarżenia decyzji w przedmiocie kontroli operacyjnej przysługuje wyłącznie jednemu z podmiotów zainteresowanych treścią rozstrzygnięcia, tj. Szefowi ABW lub Prokuratorowi Generalnemu (obecnie, po nowelizacji, która weszła w życie w dniu 14 grudnia 2023 r., Pierwszemu Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorowi Krajowemu), natomiast osobie, której prawo do poszanowania życia prywatnego jest w drodze kontroli operacyjnej naruszane, taka możliwość nie przysługuje; b) dlaczego osoby, wobec których jako podstawę zastosowania kontroli rozmów telefonicznych wskazano art. 237 § 1 lub 2 k.p.k., mają na podstawie art. 240 k.p.k. w zw. z art. 459 § 3 k.p.k. prawo do zaskarżenia takiego orzeczenia, podczas gdy zastosowanie tak samo dolegliwego środka na podstawie ustawy o ABW i AW pozostaje niezaskarżalne.

Skarżący dostrzega szczególny charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych ABW, który uniemożliwia uczestniczenie osoby podsłuchiwanej w procesie decydowania o wdrażaniu podsłuchów, gdyż unicestwiłoby to ich cel i uniemożliwiło skuteczną walkę z przestępczością. Akcentuje także, że na etapie zarządzania kontroli operacyjnej postępowanie z natury rzeczy musi mieć również charakter poufny. Jednakże **w momencie, gdy poinformowanie podsłuchiwanego o fakcie stosowania kontroli operacyjnej nie naraża już czynności operacyjno-rozpoznawczych na niepowodzenie, wówczas brak jest przekonujących powodów, aby odbierać**

podsluchiwanym - tj. (1) osobie wobec której zostało wydane postanowienie w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, jak również (2) osobie, której rozmowy zostały utrwalone w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej wobec osoby trzeciej - prawo do dochodzenia naruszeń związanych z realizacją jej podstawowych praw. Art. 77 ust. 2 Konstytucji RP wprost stanowi, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw, z którą to zasadą, w ocenie skarżącego, art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW stoi w bezpośredniej sprzeczności.

W kontekście prawa do zaskarżania orzeczeń, zdaniem skarżącego, należy uznać, że organom ABW i Prokuratorowi Generalnemu (obecnie, po nowelizacji, która weszła w życie w dniu 14 grudnia 2023 r., Pierwszemu Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorowi Krajowemu), wskazanym w art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, zostało przyznane uprawnienie mające swe źródło w art. 78 Konstytucji RP. W zakresie, w jakim podmiotom tym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu okręgowego w przedmiocie kontroli operacyjnej, są one więc stronami postępowania, korzystającymi z konstytucyjnego prawa do zaskarżania orzeczeń. Dlatego też, w ocenie skarżącego, trudno znaleźć uzasadnienie dla odmowy przyznania analogicznego uprawnienia drugiej ze stron, tj. osobom zainteresowanym treścią rozstrzygnięcia w przedmiocie kontroli operacyjnej, z zastrzeżeniem, że możliwość zainicjowania kontroli instancyjnej przez tę stronę będzie miała miejsce po zakończeniu kontroli i ustaniu zagrożenia dla działań operacyjnych.

Skarżący wskazał także na naruszenie zasady równego traktowania podmiotów podobnych, które, w jego ocenie, przejawia się w odmiennym traktowaniu podmiotów, których rozmowy podlegały kontroli i utrwalaniu, w zależności od trybu jaki został zastosowany. Od strony faktycznej, zarówno kontrola zastosowana na podstawie art. 27 ust. 1, 3 i 9 ustawy o ABW i AW, jak i kontrola zastosowana na podstawie art. 237 § 1 lub § 2 k.p.k., polegają na wdrożeniu wobec konkretnej osoby działań o identycznej dolegliwości i tak samo ingerujących w jej konstytucyjnie

zagwarantowane prawa i wolności. Teza ta odnosi się również do osób, takich jak skarżący, którego rozmowy telefoniczne zostały poddane kontroli i utrwaleniu z uwagi na fakt, że kontaktował się z nim [REDAKTOWANE] którego rozmowy były poddane kontroli i utrwalaniu. Tymczasem, osobie podlegającej kontroli (jak i tej, której rozmowy zostały nagrane przypadkiem, wskutek kontaktowania się z osobą kontrolowaną) nie przysługuje zażalenie, jeśli sąd zastosował kontrolę w trybie ustawy o ABW i AW, natomiast przysługuje zażalenie, jeśli identyczna kontrola jest zastosowana na podstawie przepisów k.p.k. Jedyną zatem okolicznością różnicującą obie sytuacje jest to, na jaką podstawę prawną (k.p.k. czy ustawę o ABW i AW) powoła się organ wnioskujący o zarządzenie/zgodę na wdrożenie kontroli. Tego rodzaju odmiennosc jest natomiast wyłącznie przejawem arbitralności, a nie relewantną cechą, która powinna różnicować sytuację prawną inwigilowanych jednostek. Gdyby więc kontrolę i nagrywanie rozmów wobec [REDAKTOWANE] (a tym samym również automatyczną kontrolę i nagrywanie rozmów skarżącego) zastosowano na podstawie przepisów k.p.k., a nie ustawy o ABW i AW, wówczas nie ulegałoby wątpliwości, że zażalenie na postanowienie w tym przedmiocie przysługiwałoby skarżącemu. Sytuacja skarżącego wskazuje więc, że obecne brzmienie art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW nie ma uzasadnienia systemowego i prowadzi do niedopuszczalnej sytuacji, w której w wypadku zastosowania kontroli i utrwalania rozmów na podstawie kodeksu postępowania karnego, możliwa byłaby kontrola zasadności i legalności tego postanowienia na podstawie art. 240 k.p.k. (oraz w przypadku skarżącego na podstawie art. 240 k.p.k. w zw. z art. 459 § 3 k.p.k.), natomiast zarządzona w tych samych okolicznościach kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych na podstawie ustawy o ABW i AW, nie podlegałaby kontroli.

W ocenie skarżącego w regulacji zawartej w art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW występuje więc tzw. pominięcie prawodawcze ustawodawcy (uregulowanie niepełne).

Zdaniem skarżącego zakwestionowany przepis uniemożliwił mu wniesienie zażalenia na postanowienie Sądu Okręgowego [REDAKTOWANE] z 26 października 2015 r. ([REDAKTOWANE])

██████████ w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej wobec ██████████, w wyniku której pozyskano materiały będące podstawą przedstawienia skarżącemu zarzutu w sprawie karnej. W przekonaniu skarżącego skutkowało to **naruszeniem jego prawa do zaskarżania orzeczeń, prawa do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd** oraz **zamknięciem drogi do dochodzenia naruszonych praw**. Zaistniała sytuacja godzi, w jego ocenie, w **zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego** (respektowanie tej zasady umożliwiłoby rozpoznanie sprawy z uwzględnieniem zasad rzetelnego postępowania, a w szczególności pozwoliłoby osobie pokrzywdzonej ingerencją władzy publicznej na przedstawienie własnego stanowiska w zakresie zasadności, celowości i legalności stosowania, a następnie wykorzystania podsłuchów wobec niej), **narusza zasadę proporcjonalności** (ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane 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, natomiast definitywne pozbawienie osoby podsłuchiwanej prawa do skontrolowania decyzji w przedmiocie podsłuchów nie spełnia żadnej z tych przesłanek), a także **zasadę demokratycznego państwa prawnego** (w demokratycznym państwie prawnym istnieją mechanizmy umożliwiające sprawowanie kontroli nad władczymi działaniami państwa ingerującymi w podstawowe prawa i wolności jednostki, w celu przeciwdziałania arbitralności tych działań i powszechnemu stosowaniu inwigilacji jednostek).

Naruszenie prawa do zaskarżenia orzeczenia w przedmiocie kontroli operacyjnej skarżący łączy ponadto z **naruszeniem zasady równości wobec prawa**, wskazując, że w treści kwestionowanego przepisu występuje pominięcie prawodawcze. Podnosi, że prawo do zaskarżenia decyzji w przedmiocie kontroli operacyjnej przysługuje wyłącznie jednemu z podmiotów zainteresowanych treścią rozstrzygnięcia, tj. Szefowi ABW lub Prokuratorowi Generalnemu (obecnie, po nowelizacji, która weszła w życie w

dniu 14 grudnia 2023 r., Pierwszemu Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorowi Krajowemu), natomiast **nie zostało przewidziane dla osoby, której prawo do poszanowania życia prywatnego jest w drodze kontroli naruszane.**

Zwraca ponadto uwagę, że osoby, wobec których jako podstawę zastosowania kontroli rozmów telefonicznych wskazano art. 237 § 1 lub § 2 k.p.k. mogą - na podstawie art. 240 w związku z art. 459 § 3 k.p.k. - zaskarżyć postanowienie sądu, natomiast osobom poddanym kontroli operacyjnej na podstawie ustawy o ABW i AW uprawnienie takie nie przysługuje.

W ocenie skarżącego, **dając możliwość wykorzystywania w sposób nieograniczony rezultatów działań operacyjnych, również tych nielegalnych, włączając je okreśną drogą w materiał procesowy, legalizowałyby się *de facto* bezprawne działania organów państwa w imię walki z przestępczością, a obrazując dosadniej - otwierałoby ścieżkę do stosowania podsłuchów „totalnych”, gromadzenia w ten sposób wszystkich możliwych informacji o obywatelach**, by następnie - pod pozorem legalności - przekształcać tę wiedzę w materiał procesowy, służący do walki z przestępczością. Takie działanie nie miałoby nic wspólnego ze standardami cywilizowanego państwa, stanowiąc pole do nadużyć, charakteryzujących systemy totalitarne².

Konsekwencją stwierdzenia niekonstytucyjności art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW byłoby umożliwienie sądowej kontroli zastosowania kontroli i utrwalania rozmów na podstawie pod względem zasadności i legalności, w tym jej zgodności z art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW (zakres przedmiotowy stosowania kontroli operacyjnej), co mogłoby doprowadzić do skutecznego wyeliminowania dowodu z materiału dowodowego w sprawie prowadzonej przeciwko skarżącemu. Wówczas można byłoby rozważyć w realiach sprawy przeciwko skarżącemu wystąpienie negatywnej przesłanki

² Za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18.03.2010 r, sygn. akt II AKa 18/10, LEX nr 577418.

procesowej w postaci braku danych uzasadniających popełnienie przestępstwa przez oskarżonego.

W uzasadnieniu skargi konstytucyjnej podkreślono, że kontrola operacyjna stosowana wobec skarżącego była stosowana niezgodnie z przepisami prawa, zaś skarżący, wobec braku podstawy prawnej z art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, nie miał możliwości zakwestionowania postanowienia Sądu Okręgowego [REDAKTOWANE] o zastosowaniu kontroli operacyjnej względem [REDAKTOWANE]. Możliwość złożenia zażalenia na to postanowienie umożliwiłaby kontrolę sądową ww. postanowienia, która - w świetle podnoszonych uchybień - doprowadziłaby do uznania, że ww. kontrola operacyjna była niezgodna z prawem, w związku z czym materiały uzyskane w wyniku jej stosowania nie mogą stanowić podstawy do postawienia skarżącemu zarzutów, a potem jego skazania, albowiem stanowią one tzw. owoce zatrutego drzewa.

Wobec powyższego w ocenie skarżącego art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW zamknął mu drogę do sądowego dochodzenia naruszonych praw, albowiem nie mógł on zakwestionować (w tym doprowadzić do uchylecia lub zmiany) ww. postanowienia Sądu Okręgowego [REDAKTOWANE] o zastosowaniu kontroli operacyjnej, czym naruszone zostało prawo skarżącego do dochodzenia naruszonych praw i wolności (art. 77 Konstytucji RP) w postaci prawa do sądu, w tym dwuinstancyjności postępowania, prawa do obrony oraz prawa do ochrony życia prywatnego i tajemnicy komunikowania się oraz prawa do nieujawniania informacji o sobie.

Skarżący podkreślił, że art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW **narusza jego prawo, jako osoby de facto poddanej kontroli operacyjnej, do rozpoznania sprawy w postępowaniu dwuinstancyjnym** (art. 78 w zw. z art. 176 Konstytucji RP), w taki sposób, że pozbawia możliwości poddania decyzji Sądu Okręgowego [REDAKTOWANE] o zastosowaniu kontroli operacyjnej kontroli instancyjnej, albowiem przepis ten nie przewiduje regulacji statuującej prawa do zaskarżenia ww. decyzji sądu I instancji przez podmiot inny, aniżeli Prokurator Generalny (obecnie, po nowelizacji, która

weszła w życie w dniu 14 grudnia 2023 r., Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego Prokurator Krajowy) i Szef ABW.

Skarżący zaakcentował również, że ograniczenie wynikające z art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, które uniemożliwiło mu złożenie skutecznego zażalenia na niekorzystne dla niego postanowienie Sądu Okręgowego [REDAKTOWANE] w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, pomimo że jest ustanowione w ustawie (ustawie o ABW i AW) **nie spełnia drugiej przesłanki z art. 31 ust 3 Konstytucji RP, tj. nie jest konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla ochrony jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób**. Uregulowanie art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW przewiduje możliwość zaskarżenia orzeczenia sądu I instancji przez stronę postępowania (tj. Prokuratora Krajowego i Szefa ABW), jednocześnie uniemożliwiając jego zaskarżenie drugiej stronie tego postępowania (osobie kontrolowanej *de iure* lub *de facto* - skarżącemu).

Ponadto, pomimo, że kontrola operacyjna zastosowana w trybie ustawy o ABW i AW i kontrola zastosowana w trybie przepisów k.p.k. (art. 237 k.p.k.) w rzeczywistości polega dokładnie na tym samym, to jednostki podlegające kontroli w trybie k.p.k. (lub jednostki kontrolowane z uwagi na zastosowanie kontroli wobec osoby trzeciej) mają możliwość zaskarżenia decyzji sądu stosującego ww. kontrolę (gdy o takim postanowieniu się dowiedzą), podczas gdy jednostki, podlegające kontroli operacyjnej w trybie ustawy o ABW i AW pozbawione są możliwości zaskarżenia decyzji sądu w tym przedmiocie, tj. o zastosowaniu kontroli operacyjnej. Tym samym, **pomimo tego, że sytuacja faktyczna jednostki kontrolowanej w trybie przepisów k.p.k. i w trybie przepisów ustawy o ABW i AW jest identyczna, nie posiadają one jednakowych uprawnień w zakresie możliwości zaskarżenia decyzji Sądu o zastosowaniu kontroli operacyjnej**.

W związku z powyższym przepis art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW narusza prawa skarżącego wynikające z art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, w taki sposób, że

uniemożliwia mu, jako osobie, której rozmowy zostały utrwalone w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej wobec osoby trzeciej (w trybie ustawy o ABW i AW) rozpoznania jego sprawy przez niezależny i niezawisły Sąd w drugiej instancji, czym ogranicza mu prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji. Przepis ten **narusza także prawo skarżącego do równego traktowania, wynikające z konstytucyjnej zasady równości wobec prawa, w ten sposób, że kształtuje jego sytuację prawną, tj. jednostki, której rozmowy zostały utrwalone w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej, wobec osoby trzeciej, mniej korzystnie, aniżeli sytuację osoby, której rozmowy zostały utrwalone w wyniku zastosowania kontroli, wobec osoby trzeciej w trybie przepisów k.p.k.**, albowiem wówczas osoba ta może na zasadzie art. 237 k.p.k. w zw. z art. 240 k.p.k. w zw. z art. 459 § 3 k.p.k. zaskarżyć orzeczenie Sądu w przedmiocie zastosowania kontroli, podczas gdy skarżący [REDAKTOWANE] takiej możliwości nie miał, albowiem przepis art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, dotknięty pominięciem prawodawczym, takiej możliwości, w stosunku do skarżącego nie przewiduje.

Otoczenie normatywne zaskarżonego art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW

Art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW stanowi, że sąd, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną - gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne - przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez ABW w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, o których mowa w:

1) art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, c, d i e, (a) szpiegostwa, terroryzmu, bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa; c) korupcji osób pełniących funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. z 2022 r. poz. 1110 oraz z 2023 r. poz. 497), jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa; d) w

zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa; e) nielegalnego wytwarzania, posiadania i obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, bronią masowej zagłady oraz środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, w obrocie międzynarodowym),

2) rozdziałach XXXV „Przestępstwa przeciwko mieniu” (art. 278 – 295 k.k.), XXXVI „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym” (art. 296 – 309 k.k.) oraz XXXVII „Przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi” (art. 310 – 316 k.k.) Kodeksu karnego oraz rozdziałach 6 „Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji” (art. 54 – 84 k.k.s.) i 7 „Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko obowiązkom celnym oraz zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami (art. 85 – 96 k.k.s.) Kodeksu karnego skarbowego - jeżeli godzą w podstawy ekonomiczne państwa,

3) art. 232 k.k. (wywieranie wpływu na czynności sądu), art. 233 § 1 k.k., 1a, 4 i 6 k.k. (fałszywe zeznania, opinia i świadczenie), art. 234 k.k. (fałszywe oskarżenie), art. 235 k.k. (tworzenie fałszywych dowodów dla podjęcia ścigania o przestępstwo), art. 236 § 1 k.k. (zatajenie dowodów niewinności osoby podejrzanej) i art. 239 § 1 k.k. (poplecznictwo) - jeżeli dotyczą przestępstw, o których mowa w pkt 1 i 2

- oraz w celu uzyskania i utrwalenia dowodów tych przestępstw, ujawnienia mienia zagrożonego przypadkiem w związku z tymi przestępstwami i ścigania ich sprawców.

Art. 27 ust. 2 ustawy o ABW i AW stanowi, że postanowienie, o którym mowa w ust. 1, wydaje Sąd Okręgowy w Warszawie. Zgodnie zaś z art. 27 ust. 3 ustawy o ABW i AW, w przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Szef ABW może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do sądu, o którym mowa

w ust. 2, z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej Szef ABW wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz poleca protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

Art. 27 ust. 8 ustawy o ABW i AW stanowi zaś, że kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd, o którym mowa w ust. 2, może, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, jeżeli nie ustały przyczyny zarządzenia tej kontroli. Z art. 27 ust. 9 ustawy o ABW i AW wynika przy tym, że w uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego, może wydawać, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8, kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy.

Na tak zarysowanym tle normatywnym wskazać należy, że art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW stanowi normę kompetencyjną decydującą o tym, że na postanowienia sądu, o których mowa w: 1) art. 27 ust. 1, 3, 8 i 9 - przysługuje zażalenie Szefowi ABW; 2) art. 27 ust. 3 - przysługuje zażalenie Pierwszemu Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorowi Krajowemu.

Art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW dodany został przez art. 45 pkt 8 lit. b) ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz.U. 2006 r., Nr 104, poz. 711) z dniem 1 października 2006 r. Przepis ten był

wielokrotnie modyfikowany. Jego istotą jest wprowadzenie możliwości zażalenia na postanowienie w przedmiocie zgody lub zgody następczej na kontrolę operacyjną w rozumieniu art. 27 ust. 6 ustawy o ABW i AW.

Analiza treści skargi konstytucyjnej

Przed przystąpieniem do rozważań natury szczegółowej wypada wskazać, że kontrola operacyjna jest jednym z rodzajów czynności operacyjno – rozpoznawczych. Czynności operacyjno – rozpoznawcze „przeprowadzane są głównie w celu uzyskania przez służby policyjne informacji o przestępstwie i przestępcy, zwykle w takich warunkach, które nie pozwalają jeszcze – w świetle obowiązującego prawa karnego procesowego – na wszczęcie postępowania przygotowawczego” (A. Taracha, *Czynności operacyjno – rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 155). Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, czynności operacyjne pełnią rolę subsydiarną względem procesu karnego wyprzedzają postępowanie przygotowawcze, dostarczając uzasadnienie do wszczęcia postępowania przygotowawczego (zob. K. Eichstaedt, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, Prokuratura i Prawo 9, 2003, s. 28). W doktrynie podsłuch operacyjny określa się mianem podsłuchu przedprocesowego (B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2012, s. 1188). Czynności operacyjne mogą ponadto być przedsięwzięte w celu pozyskiwania dowodów dla toczącego się postępowania, albowiem do niektórych źródeł dowodowych nie można dotrzeć w trybie czynności procesowych. Jednak nie są one czynnościami procesowymi i nie mają względem nich zastosowania przepisy Kodeksu postępowania karnego. Podstawę prawną stanowią zatem poszczególne przepisy ustaw, będących podstawą działalności służb. W tym kontekście podkreślić należy, że kontrola operacyjna ma charakter niejawny i może polegać 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 (art. 27 ust. 6 ustawy o ABW i AW znajduje swój odpowiednik w art. 19 ust. 6 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 145), art. 31 ust. 7 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1266 z późn. zm.), art. 17 ust. 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1900 z późn. zm.), art. 31 ust. 4 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 81 z późn. zm.), art. 118 ust. 4 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 615 z późn. zm.) oraz w art. 9e ust. 7 ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1080 z późn. zm.).

Kontrola operacyjna jest jednym z podstawowych źródeł pozyskiwania informacji i dowodów przestępstwa, która najczęściej przybiera postać tzw. „podśluchu telefonicznego”. (por. J. Onyszczyk, *Nadzór prokuratora nad kontrolą operacyjną*, Prokuratura i Prawo 7-8, 2013, s. 203). Jak zauważył J. Onyszczyk: „W bieżącej pracy prokuratora, w szczególności wykonującego swoje obowiązki w wydziałach śledczych, pojawiają się sprawy zainicjowane na podstawie materiałów wytworzonych w związku z prowadzoną kontrolą rozmów telefonicznych. Szczególnie w ostatnim czasie stał się to niezwykle skuteczny środek pozwalający ujawnić wiele przestępstw związanych z działalnością grup przestępczych zajmujących się chociażby obrotem narkotyków czy też osób fizycznych dopuszczających się przestępstw korupcyjnych” (J. Onyszczyk, *ibidem*).

Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie, co znajduje uzasadnienie w charakterze i celu podejmowania działań operacyjnych. W tym kontekście, podkreślić

należy, że z jednej strony niejawnosc prowadzonych czynności determinuje ich skuteczność, jednakże z drugiej strony ogranicza jednostce możliwość realizacji ochrony swoich praw i wolności zagwarantowanych w Konstytucji RP, albowiem obywatel nie ma wiedzy, że organy państwa ingerowały w jego prawa i wolności. W podobnym tonie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r., stwierdzając, że „istotną cechą czynności operacyjnych jest również ich poufny lub tajny charakter (T. Hanausek, Kryminalistyka. Zarys wykładu, Kraków 1998, s. 130), co stanowi przesłankę skuteczności, ale jednocześnie powoduje, że zainteresowany, nie wiedząc o prowadzonej wobec niego kontroli operacyjnej, nie jest w stanie, z przyczyn czysto faktycznych, uruchomić procedur i gwarancji, których wykorzystanie jest zależne od jego wiedzy i inicjatywy” (wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK Z.U. 2005/11A/132).

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie konstatawał, że czynności operacyjno – rozpoznawcze ingerują w konstytucyjnie chronione prawa i wolności obywatelskie. W powołanym wyroku w sprawie ozn. sygn. K 32/04, Trybunał stwierdził: „Czynności operacyjno-rozpoznawcze jako zespół prawnie określonych w oparciu o wiedzę kryminalistyczną niejawnych działań prowadzonych poza procesem karnym i administracyjnym celem wykrycia, rozpoznawania i utrwalania przestępczej działalności (...) są konieczną koncesją na rzecz skutecznego zwalczania przestępczości, wiążącą się jednakowoż z ograniczeniem gwarancji dla jednostki, korzystającej z prawa do prywatności i autonomii informacyjnej. Wynika to z pozaprocesowego (pozbawionego wpływu sądu) oraz tajnego i nieformalnego charakteru czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki, nawet te, na które zezwalają ustawy, muszą jednak odpowiadać zakresowo, przedmiotowo i co do sposobu – temu, co mówi sama Konstytucja określająca margines regulacyjny ustawodawcy zwykłego – w momencie, gdy zezwala mu poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze na wkroczenie w sferę praw i wolności regulowanych konstytucyjnie. Margines ten

określają z jednej strony wspomniane już szczególne regulacje konstrukcyjnie wmontowane w regulacje dotyczące poszczególnych konstytucyjnych praw podmiotowych (np. we wspomnianych już art. 49 i art. 51 Konstytucji), a nadto ogólna klauzula proporcjonalności, wskazana w art. 31 ust. 3 Konstytucji". W tym kontekście warto również przywołać wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 kwietnia 1990 r., który stwierdził, że podsłuchiwanie jak również inne sposoby przejmowania rozmów telefonicznych są poważną ingerencją w prawo do życia prywatnego i prawa do komunikacji (wyrok ETPC z 24.04.1990 r., 11801/85, Kruslin przeciwko Francji, LEX nr 81101).

Objęty skargą konstytucyjną art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW - w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje osobie, której rozmowa podlegała kontroli i utrwaleniu, wskutek kontaktu z osobą, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli, w którym mogłaby ona się domagać zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, narusza konstytucyjne prawo do sądu, określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, w zakresie prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, tj. zgodnie z wymogami sprawiedliwości (art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Trybunał Konstytucyjny utrwalił pogląd, że zastosowanie gwarancji wynikających z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP uzależnione jest od tego, czy dane zagadnienie mieści się w zakresie pojęcie „sprawy” w rozumieniu tego przepisu. Zwrot ten należy rozumieć w sposób autonomiczny, tzn. bez odwołań do funkcjonującego znaczenia wypracowanego w innych gałęziach prawa, np. w procedurze karnej. Jak wskazał Trybunał: „Z treści art. 45 ust. 1 Konstytucji wynika, że w sferze przedmiotowej prawo do sądu dotyczy możliwie najszerszego zakresu spraw rozpatrywanych przez sądy w związku z ich podstawową funkcją – sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości. W tym sensie zakres normowania art. 45 ust. 1 Konstytucji, jeśli chodzi o zastosowane przez ustrojodawcę pojęcie „sprawy”, obejmuje te wszystkie spory prawne, które dotyczą istoty funkcji sądowego

wymiaru sprawiedliwości” (zob. wyrok TK z dnia 8 października 2013 r., sygn. K 30/11, OTK Z.U. 2013/7A/98). Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny, pojęcie sprawiedliwości proceduralnej nie ma ściśle sprecyzowanego znaczenia, niemniej „różne koncepcje sprawiedliwości proceduralnej mają jednak wspólne jądro, sprowadzające się do: możliwości bycia wysłuchanym, ujawniania w czytelny sposób motywów rozstrzygnięcia, a więc unikania dowolności czy wręcz arbitralności w działaniu sądu, w stopniu umożliwiającym weryfikację sposobu myślenia sądu (i to nawet jeśli samo rozstrzygnięcie jest niezaskarżalne – legitymizacja przez przejrzystość), zapewnienia przewidywalności dla uczestnika postępowania, przez odpowiednią spójność i wewnętrzną logikę mechanizmów, którym jest poddany” (wyrok TK z dnia 31 marca 2005 r., sygn. akt SK 26/02, publ. OTK Z.U. 29/3/A/2005).

W tym stanie rzeczy, zaskarżony w skardze konstytucyjnej art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW dotknięty jest wadą w postaci pominięcia ustawowego, gdyż nie zawiera mechanizmu umożliwiającego poinformowanie podsłuchiwanego o fakcie stosowania kontroli operacyjnej tj. (1) osoby, wobec której zostało wydane postanowienie w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, jak również (2) osoby, której rozmowy zostały utrwalone w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej wobec osoby trzeciej. System prawa, na co wskazał skarżący, zna mechanizm odroczenia ogłoszenia postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy, a więc na czas, gdy jego ogłoszenie nie narazi już czynności operacyjno-rozpoznawczych na niepowodzenie oraz zna mechanizm kontroli następczej takiego postanowienia zapisany w art. 240 k.p.k. A przecież art. 77 ust. 2 Konstytucji RP wprost stanowi, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw, z którą to zasadą, w ocenie skarżącego, a ocenę tę należy podzielić, art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW stoi w sprzeczności. Przepis ten narusza prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez sąd w zakresie, w jakim organ ten wydaje postanowienie o zarządzeniu kontroli operacyjnej. Postanowienie to wydawane jest wyłącznie na

podstawie materiałów przekazanych przez organ wnioskujący o taką kontrolę, bez możliwości zapoznania się z całym materiałem zebrany w sprawie. Argumenty obywatela leżące u podstaw zarzutów sformułowanych w środku odwoławczym na postanowienie o zastosowaniu, wyrażeniu zgody na albo o przedłużeniu kontroli operacyjnej każdorazowo mogą zatem rzucić zupełnie inne światło na zasadność oraz legalność takiej kontroli.

Wprawdzie, skarżący nie uczynił w skardze konstytucyjnej prawa do prywatności z art. 47 Konstytucji RP, prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się z art. 49 Konstytucji RP czy prawa do ochrony danych osobowych z art. 51 ust. 2 Konstytucji RP wzorcami kontroli konstytucyjności, **to jednak możliwość skorzystania z prawa do sądu określonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, chronić ma wartości, o których mowa w art. 47, art. 49 i art. 51 ust. 2 Konstytucji RP.** Trybunał Konstytucyjny zaprezentował pogląd, że prawa i wolności konstytucyjne mogą, a czasami po prostu muszą, podlegać ograniczeniu ze względu na potrzebę ochrony lub zapewnienie realizacji innej normy konstytucyjnej (wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU 132/11/A/2005). Zakres dopuszczalnych ograniczeń limituje klauzula proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny „rozważanie czy zakaz ten nie został naruszony przez ustawodawcę uwzględniać powinno specyfikę poszczególnych praw i wolności jednostki (surowsze standardy oceny przykładać należy np. do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych czy socjalnych), bo z tego wynikają ogólne granice dopuszczalnych ograniczeń. Rozważania te powinny następnie udzielać odpowiedzi na trzy pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków: 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. Ponadto, co warte podkreślenia Trybunał uznał, że ingerencja ustawodawcy w konstytucyjne prawa i wolności jest możliwa, lecz nie może być

nadmierna to znaczy sprzeczna z zasadą proporcjonalności (zob. wyrok TK z dnia 30 października 1996 r., sygn. K 3/96, publ. OTK Z.U. 1996/ 5/41).

Odnosząc powyższe poglądy Trybunału do przedmiotowego zagadnienia, stwierdzić należy, że **zaskarżony w skardze konstytucyjnej art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW nie spełnia testu proporcjonalności. Brak określenia środka zaskarżenia, z którego w trybie kontroli następczej mogłaby skorzystać osoba, wobec której kontrola operacyjna była faktycznie stosowana, powoduje nadmierną ingerencję organów władzy publicznej w prawo do sądu.** Kontrola zasadności podejmowanych względem obywatela czynności operacyjnych, to także kontrola długości czasookresu, w jakim czynności te były podejmowane w oparciu o argumenty i informacje pochodzące nie tylko od organu wnioskującego o zgodę na przeprowadzenie takich czynności, ale także w oparciu o argumenty i informacje pochodzące od osoby kontrolowanej. Kontrola instancyjna wywołana środkiem zaskarżenia pochodzącym tylko od podmiotu wskazanego w art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW nie jest wystarczająca, a tym samym nie zapewnia obywatelowi proporcjonalnej ochrony przed arbitralnymi działaniami organów stosujących kontrolę operacyjną. **Wyłączenie zasady *audiatur et altera pars* stanowi nieproporcjonalne w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ograniczenie prawa obywatela do sądowej ochrony jego praw, w tym prawa do prywatności, prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się oraz czy prawa do ochrony danych osobowych, w oparciu o reguły rzetelnego procesu.** Postępowanie odwoławcze wywołane tylko środkiem zaskarżenia organu, który wcześniej miał możliwość dobrania materiałów uzasadniających udzielenie zgody na kontrolę operacyjną, pozwala przyjąć, że pominięcie osoby, której materiały z kontroli operacyjnej dotyczą w zaskarżonym art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW jako podmiotu uprawnionego do złożenia zażalenia na postanowienie o zarządzeniu takiej kontroli (27 ust. 1 ustawy o ABW i AW) albo na postanowienie o wyrażeniu następczej zgody na jej przeprowadzenie (art. 27 ust. 3 ustawy o ABW i AW) albo na postanowienie o przedłużeniu jej stosowania (art. 27 ust.

8 i 9 ustawy o ABW i AW), stanowi nieproporcjonalne ograniczenie jej prawa do bycia wysłuchanym przez sąd, czyli do kontroli sądowej czynności kontroli operacyjnej. Jak podkreślił Trybunał zasada proporcjonalności wymaga, by zastosowane środki ograniczające prawa i wolności obywatelskie były niezbędne, tzn., że powinny chronić określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu (por. wyrok TK z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. akt K 34/06, OTK ZU 2/1/A/2008).

Całkowite wyłączenie sądowej kontroli zasadności i legalności pozaprocesowych czynności operacyjnych w rozumieniu art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW w oparciu o argumenty podniesione przez osobę kontrolowaną nie 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.

Zaskarżony art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW - w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje osobie, której rozmowa podlegała kontroli i utrwaleniu, wskutek kontaktu z osobą, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli, w którym mogłaby ona się domagać zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, **jest zatem niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.**

Kontrolę operacyjną zarządza Sąd Okręgowy w Warszawie na podstawie wniosku Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego. Co warte podkreślenia, sąd może zarządzić kontrolę operacyjną - gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne - przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez ABW w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, o których mowa w art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW. W tym miejscu na

uwagę zasługuje, jednakże fakt, że ustawodawca przewidział w tzw. przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej przez Szefa ABW, po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego. Organ zarządzający kontrolę operacyjną jest wówczas zobligowany do jednoczesnego skierowania do Sądu Okręgowego w Warszawie wniosku o wydanie stosownego postanowienia. W terminie 5 dni od dnia otrzymania wniosku, sąd wydaje postanowienie w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej. W sytuacji braku wyrażenia zgody przez sąd, kontrolę operacyjną należy natychmiast wstrzymać, a zgromadzony w wyniku przeprowadzonych działań materiał protokolarnie, komisyjnie zniszczyć.

Na postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej Szefowi ABW oraz w węższym zakresie także Pierwszemu Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorowi Krajowemu, służy zażalenie. W praktyce oznacza to przyznanie Szefowi ABW i Pierwszemu Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorowi Krajowemu prawa do złożenia zażalenia na postanowienie odmawiające zarządzenia albo przedłużenia kontroli operacyjnej. Powyższe oznacza, że podmiot, wobec którego zastosowano kontrolę operacyjną nie ma możliwości złożenia zażalenia na postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie. Taki stan prawny musi wzbudzać niepokój, w szczególności, jeżeli sąd decyduje w istocie rzeczy o zarządzeniu czynności, które wkraczają w podstawowe prawa i wolności obywatelskie. Wątpliwości w tym zakresie zostały również wyrażone w literaturze przedmiotu. K. Eichstaedt wskazał, że: „Takie rozwiązanie ustawowe, które pozbawia podmiot, którego zarządzenie kontroli operacyjnej bezpośrednio dotyczyło, prawa do złożenia zażalenia należy poddać krytyce. Chociaż ustawa zapewnia dwuinstancyjne postępowanie sądowe w kwestii dotyczącej zarządzenia kontroli operacyjnej, to jednak nie tylko organ policji, ale także podmiot, którego kontrola operacyjna dotyczy, powinien mieć prawo, po zakończonej kontroli operacyjnej do wniesienia zażalenia na

wydane postanowienie, celem zbadania celowości i zasadności zarządzanej kontroli operacyjnej, zwłaszcza, iż nawet prokurator nie posiada takiego uprawnienia” (zob. K. Eichstaedt, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, Prokuratura i Prawo 2003, nr 9, s. 38, zob. również P. Pająk, *Kontrola operacyjna do kontroli konstytucyjnej*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2010 r., z. 2, s. 171).

Mając na względzie powyższe, **po zakończonej pozaprocessowej kontroli operacyjnej w rozumieniu art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW, tak jak w przypadku procesowej kontroli operacyjnej, o której mowa w art. 237 k.p.k., obywatel powinien mieć prawo do złożenia zażalenia na decyzje sądu w zakresie przeprowadzonych względem niego czynności operacyjnych.** Z tym uprawnieniem wiązać się powinna konieczność każdorazowego poinformowania obywatela o przeprowadzonych wobec niego czynnościach operacyjnych (po ich zakończeniu). Zgodnie natomiast z obecnie obowiązującym stanem prawnym, obywatel nie jest informowany o zarządzanej wobec niego pozaprocessowej kontroli operacyjnej.

W tym stanie rzeczy, zaskarżony w skardze konstytucyjnej **art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.**

Sąd Okręgowy w Warszawie, wydając postanowienie o zarządzaniu kontroli operacyjnej rozstrzyga o konstytucyjnie chronionych prawach obywatelskich, stąd też, zarządzanie kontroli operacyjnej przez sąd, przez to, że ingeruje w podstawowe prawa obywatelskie (np. prawo do prywatności, prawo do komunikowania się, prawo do ochrony danych osobowych) jest „sprawą” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Powyższe stanowisko zgodne jest z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego. W tym względzie raz jeszcze należy przywołać pogląd wypowiedziany przez Trybunał w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 października 2013 r., sygn. K 30/11, zgodnie z którym: „Urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu dotyczy wszystkich sytuacji, w których dochodzi do rozstrzygnięcia o prawach danego podmiotu – w relacji zarówno do innych równorzędnych podmiotów, jak i władzy publicznej – a natura

istniejącego stosunku prawnego wyklucza podejmowanie w tym zakresie arbitralnych decyzji. W rezultacie treść normatywna pojęcia <rozpatrzenie sprawy> utożsamiana jest z każdym rozstrzygnięciem o prawach lub obowiązkach danego podmiotu, zapadającym na podstawie norm prawnych zawartych w obowiązujących przepisach. Chodzi tu o czynność polegającą na prawnej kwalifikacji określonego stanu faktycznego na podstawie konkretnej i indywidualnej normy adresowanej do danego podmiotu, która wywołuje skutki prawne w sferze uprawnień bądź obowiązków tego podmiotu. Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP każda czynność spełniająca wskazane kryteria zarezerwowana jest dla niezależnego, bezstronnego i niezawisłego sądu, którego rozstrzygnięcie ma być dokonane w sposób sprawiedliwy, jawny oraz bez nieuzasadnionej zwłoki (zob. wyroki TK z dnia: 8 października 2013 r., sygn. K 30/11, OTK ZU 2013/7A/98; 27 maja 2008 r., sygn. SK 57/06, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 63, cz. III, pkt 5; 30 października 2012 r., sygn. SK 20/11, OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 110, cz. III, pkt 5.1.1 uzasadnienia).

Co niezwykle istotne w kontekście problematyki będącej przedmiotem skargi konstytucyjnej, Trybunał Konstytucyjny uznał, że: „Ochrona przewidziana w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP dotyczy nie tylko wąsko rozumianego postępowania głównego, ale może również obejmować inne postępowania, w których sąd rozstrzyga o prawach i obowiązkach danego podmiotu” (wyrok TK z dnia 8 października 2013 r., sygn. K 30/11, OTK ZU 2013/7A/98). Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy, stwierdzając w uchwale składu 7 sędziów z dnia 28 marca 2012 r., że: Pojęcie «sprawa», interpretowane przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, oznacza sprawę w zakresie głównego przedmiotu postępowania, a także kwestii incydentalnej, która związana jest z możliwą ingerencją w sferę podstawowych praw zagwarantowanych przepisami Konstytucji” (sygn. akt I KZP 26/11, OSNKW nr 4/2012, poz. 36).

W kontekście przedmiotu zaskarżenia skargi konstytucyjnej zwrócić należy uwagę na pogląd Trybunału wyrażony w wyroku z dnia 12 marca 2002 r., który stwierdził, że:

„Naruszenie przysługującego (...) prawa do sądu przejawia się w pozbawieniu go tzw. prawa do wysłuchania, które wprawdzie nie zostało wyrażone w Konstytucji, jednak jest powszechnie uznawane za składową prawa do sądu. Korzenie tego prawa odnaleźć można w rzymskiej zasadzie *audiatur et altera pars*, znaczącej dosłownie <<niechaj będzie wysłuchana i druga strona>>” (wyrok TK z dnia 12 marca 2002 r., sygn. P 9/01, OTK Z. U. 2002/2A/14). Jak wielokrotnie podkreślał Trybunał, zasada sprawiedliwości proceduralnej (rzetelności proceduralnej) wynika z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP i jest „wartością samą w sobie”. Mimo wielości koncepcji doktrynalnych co do precyzyjnego ustalenia zakresu pojęciowego tej zasady, jądro znaczeniowe, w ocenie Trybunału Konstytucyjnego, jest wspólne. Na zasadę tę składają się przynajmniej wymagania: 1) możliwości bycia wysłuchanym, 2) ujawniania w sposób czytelny motywów rozstrzygnięcia, co ma zapobiegać jego dowolności i arbitralności oraz 3) zapewnienia uczestnikowi postępowania przewidywalności jego przebiegu (wyrok TK z dnia 20 maja 2008 r., sygn. akt P 18/07, OTK Z.U. 61/4/A/2008). Odnosząc powyższe poglądy Trybunału Konstytucyjnego do zaskarżonego w skardze konstytucyjnej przepisu, zauważyć wypada, że **de facto ustawodawca w art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW pozbawił jednostkę prawa do bycia wysłuchanym w sytuacji głębokiej ingerencji władzy państwowej w konstytucyjne prawa i wolności (np. prawo do prywatności, prawo do komunikowania się, prawo do ochrony danych osobowych), co należy uznać za niedopuszczalne.**

Odnosząc się z kolei do art. 78 Konstytucji RP, należy stwierdzić, że naruszeniem art. 78 Konstytucji jest „sytuacja, w której następczo w stosunku do wydanego orzeczenia lub decyzji administracyjnej pojawia się niemożność zaskarżenia takich rozstrzygnięć w sądowym czy administracyjnym toku instancji” (wyrok z 13 marca 2000 r., sygn. K 1/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 59). Trybunał również podniósł, że wyłączenie konstytucyjnego prawa do zaskarżenia ma więc miejsce, gdy prawodawca ukształtuje oznaczone orzeczenia lub decyzje jako niezaskarżalne (zob. wyroki z: 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7; 18 kwietnia 2005 r., sygn. SK 6/05, OTK ZU

nr 4/A/2005, poz. 36; 18 października 2004 r., sygn. P 8/04, OTK ZU nr 9/A/2004, poz. 92).

Reasumując powyższe uwagi, skonstatować wypada, że w przypadku tak głębokiej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie jednostka powinna mieć zagwarantowane skuteczne środki kontroli zasadności i legalności stosowanych przez służby czynności operacyjnych (w związku z naturą działań operacyjnych powinny przysługiwać jednostce *ex post*). Jest to tym bardziej usprawiedliwione, że działania prowadzone są niejawnie, co może przyczyniać się do arbitralnych działań służb (por. wyrok ETPC(WI) z 4.05.2000 r., 28341/95, Rotaru przeciwko Rumunii, LEX nr 76775; wyrok ETPC z 21.06.2011 r., 30194/09, Shimovolos przeciwko Rosji, LEX nr 846288). Z kolei w wyroku z dnia 16 lutego 2000 r. w sprawie Amman przeciwko Szwajcarii, Trybunał stwierdził, że ryzyko arbitralności jest oczywiste, jeżeli służby działają w tajemnicy. Zdaniem Trybunału stosowanie tajnej kontroli bez poddania jej nadzorowi ze strony społeczeństwa czy też osób zainteresowanych, byłoby sprzeczne z rządami prawa, albowiem dawałoby władzy nieograniczone uprawnienia. Jednostka z kolei powinna być chroniona przed arbitralną ingerencją (wyrok ETPC(WI) z 16.02.2000 r., 27798/95, Amann przeciwko Szwajcarii, LEX nr 76904). W tym miejscu na uwagę zasługuje pogląd Trybunału wyrażony w sprawie Rotaru przeciwko Rumunii, w którym Trybunał stwierdził, że ingerencja władzy wykonawczej w prawa i wolności obywatelskie musi być poddana skutecznemu nadzorowi. W przekonaniu Trybunału, aby inwigilacja służb była zgodna ze standardami Konwencji, przepisy krajowe powinny przewidywać gwarancje kontroli odpowiednich służb. Procedury kontrolne powinny odpowiadać wartościom demokratycznym, w szczególności zasadzie praworządności. Zgodnie z tą zasadą ingerencja państwa w prawa i wolności obywatelskie powinna być przedmiotem skutecznej kontroli, która w normalnych warunkach powinna być przeprowadzana przez organy sądowe, które są – zdaniem Trybunału – najlepszym gwarantem niezależności, bezstronności i stosowania odpowiedniej procedury. Niezwykle ważny pogląd Trybunał wyraził w wyroku z dnia 8 stycznia 2013 r. w sprawie

Bucur i Toma przeciwko Rumunii (skarga nr 40238/02, LEX nr 1238149) stwierdzając, że system tajnej kontroli, który ma chronić bezpieczeństwo państwowe niesie za sobą ryzyko podkopania lub nawet zniszczenia demokracji, nawet jeżeli jego celem jest obrona tego dobra prawnego. W przekonaniu ETPC, w sytuacji ingerencji przez władze w prawa i wolności, jednostce powinno zapewnić się możliwość kontroli takiej interwencji przez niezależny organ, który oceniłby wszystkie istotne kwestie faktyczne i prawne, a również stwierdził zgodność ingerencji z prawem i ukarał za ewentualne nadużycia. Zdaniem Trybunału, musi istnieć procedura umożliwiająca obywatelowi przedstawienie własnego zdania i ustosunkowanie się do argumentów przedstawianych przez władze (wyrok ETPC z dnia 8 czerwca 2006 r. w sprawie Lupsa przeciwko Rumunii, skarga nr 10337/04, LEX nr 182314).

Ponadto Trybunał wskazał, że wyczulenie na kontrolę rozmów dokonywaną przez służby ma szczególne znaczenie w państwach, w których inwigilacja społeczeństwa była powszechna w czasach reżimu komunistycznego (wyrok ETPC z dnia 8 stycznia 2013 r. w sprawie Bucur i Toma przeciwko Rumunii, skarga nr 40238/02, LEX nr 1238149). Z tego też powodu wydaje się niezbędnym zapewnienie jednostce odpowiednich środków umożliwiających jej realizację gwarancji ochrony przed arbitralnością władzy, w szczególności, jeżeli jak wskazał ETPC istnieje ogólny interes w zachowaniu zaufania obywateli do poszanowania zasady legalności przez tajne służby państwa (wyrok ETPC z dnia 8 stycznia 2013 r. w sprawie Bucur i Toma przeciwko Rumunii, skarga nr 40238/02, LEX nr 1238149).

Podkreślić w sposób szczególny w tym miejscu należy, że w relacji łączącej obywatela i służby, to obywatel jest na nieporównywalnie słabszej pozycji. Mając na uwadze zaprezentowane wyżej uwagi, skonkludować należy, że ustawodawca pozbawił jednostkę możliwości skorzystania ze skutecznych narzędzi, mogących zagwarantować jej ochronę konstytucyjnych praw i wolności.

Ustawodawca przewidział możliwość złożenia zażalenia na postanowienie sądu dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych wydane na podstawie

przepisów Kodeksu postępowania karnego. Zgodnie bowiem z art. 240 K.p.k. „na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych przysługuje zażalenie. Osoba, której dotyczy postanowienie, może w zażaleniu domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Zażalenie na postanowienie prokuratora rozpoznaje sąd.” Wypada zatem zauważyć, że ustawodawca przewidział gwarancję ochrony praw i wolności jednostki tylko w przypadku, gdy do ich naruszenia dochodzi podczas kontroli procesowej. Z punktu widzenia jednostki, nie ma różnicy czy ingerencja państwa, np. w prawo do prywatności nastąpiła wskutek kontroli procesowej czy kontroli operacyjnej, istotny jest sam fakt takiej ingerencji, ale również przyznane jednostce środki, gwarantujące możliwość skutecznej ochrony naruszonych praw i wolności. Możliwość złożenia zażalenia jest jednak uwarunkowana posiadaniem przez jednostkę wiedzy w zakresie przeprowadzonych wobec niej pozaprocesowych czynności operacyjnych.

Istotne w tym aspekcie jest również postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 stycznia 2006 r. (sygn. S 2/06, OTK Z.U 13/1/A/2006), w którym Trybunał wskazał na potrzebę podjęcia inicjatywy ustawodawczej w przedmiocie zagwarantowania w ustawie o Policji konstytucyjnych praw osób poddanych kontroli operacyjnej. Trybunał podkreślił potrzebę wprowadzenia pozytywnego obowiązku informowania osoby poddanej działaniom operacyjnym przez policję o bezskutecznej, zakończonej kontroli operacyjnej, jeśli w stosunku do tej osoby nie są prowadzone dalsze czynności procesowe.

Podobne stanowisko zajął Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z dnia 18 listopada 1977 r. w sprawie Klass i inni przeciwko RFN (wyrok ETPC z dnia 6 września 1978 r., 5029/71, Klass i inni przeciwko RFN, LEX nr 80801.). W sprawie tej wnioskodawcy postawili zarzut, że osoba poddawana kontroli nie zawsze jest o tym następnie informowana, a więc nie może skutecznie odwołać się do sądu. W związku z tym, istnieje niebezpieczeństwo niewłaściwego stosowania podsłuchów. Zdaniem Trybunału, w świetle gwarancji wynikających z art. 8 EKPC, nie do zaakceptowania jest

sytuacja, w której Państwo stosuje względem jednostki niejawnie środki kontroli, bez przyznania takiej jednostce prawa do informacji o takim działaniu, a także środków prawnych kontroli takich działań.

Mając na uwadze powyższe uwagi wypada stwierdzić, że zaskarżony w skardze konstytucyjnej **art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW w zakresie, w jakim nie przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej i ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania doręczenia postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola ta była stosowana *de iure* oraz była stosowana *de facto*, a w konsekwencji wniesienia przez tę osobę zażalenia na to postanowienie jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.**

Konstytucyjny standard zaskarżalności orzeczeń określony jest w art. 176 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji RP. Art. 176 ust. 1 Konstytucji RP gwarantuje, że postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne, z kolei art. 78 Konstytucji RP, że każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od zasady zaskarżalności oraz tryb zaskarżania określa ustawa (por. wyrok TK z dnia 2.06.2010 r., SK 38/09, OTK-A 2010, nr 5, poz. 46). Konstytucyjna zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego, w myśl orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zakłada w szczególności: 1) dostęp do sądu drugiej instancji, a co za tym idzie przyznanie stronom odpowiednich środków zaskarżenia, które uruchamiają rzeczywistą kontrolę rozstrzygnięć wydanych przez sąd pierwszej instancji; 2) powierzenie rozpoznania sprawy w drugiej instancji - co do zasady - sądowi wyższego szczebla, a w konsekwencji nadanie środkowi zaskarżenia charakteru dewolutywnego; 3) odpowiednie ukształtowanie procedury przed sądem drugiej instancji, tak aby sąd ten mógł wszechstronnie zbadać rozpoznawaną sprawę i wydać rozstrzygnięcie merytoryczne. Dwuinstancyjność postępowania sądowego ma na celu zapewnienie zapobiegania pomyłkom i arbitralności w pierwszej instancji (wyrok TK z 9.02.2010 r., SK 10/09, OTK-A 2010/2/10).

Dzięki kontroli instancyjnej istnieje możliwość wyeliminowania błędnych decyzji i ustaleń naruszających prawa oskarżonego. Podejrzanie naruszenia któregokolwiek z jego praw jest bowiem wystarczającą podstawą do żądania procesowej kontroli prawidłowości, legalności i zasadności wydanej decyzji. Istota omawianego 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 charakterze (wyrok TK z 29.06.2010 r., P 28/09, OTKA 2010, Nr 5, poz. 52). Znaczenie ma też ustrojowy przepis art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, statuujący co najmniej dwuinstancyjne postępowanie sądowe. Co prawda poza zakresem gwarancji wynikających z zasady wyrażonej w art. 176 ust. 1 Konstytucji RP pozostają ustawowe środki zaskarżenia wykraczające poza dwuinstancyjny model postępowania sądowego (wyrok TK z 9.06.2003 r., SK 12/03, OTK-A 2003, Nr 6, poz. 51), to jednak ustawodawca decydując się na tworzenie tego rodzaju procedur, powinien tworząc je przestrzegać obowiązujących norm, zasad i wartości konstytucyjnych, uwzględniając fakt, że ograniczenia dopuszczalności korzystania z tego rodzaju środków muszą się mieścić w ramach konstytucyjnego prawa do sądu (wyrok SN z 23.07.2014 r., V CZ 48/14, LEX nr 1504598). Zgodnie z art. 78 Konstytucji RP, 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 naruszenia praw jednostki przez organ lub sąd rozpatrujący jej sprawę w pierwszej instancji (M. Florczak-Wątor, *Komentarz do art. 78 Konstytucji*, w: P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX/el. 2021, uwaga 1). 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 usprawiedliwiłyby pozbawienie strony postępowania środka odwoławczego (wyrok TK z 12.06.2002 r., P 13/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 42).

Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, gwarancja instancyjności jako proceduralnej zasady postępowania sądowego i administracyjnego wyrażona w art. 78 zdanie pierwsze Konstytucji RP 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 RP 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” (postanowienie TK z 11.06.2008 r., SK 48/07, OTK-A 2008, nr 5, poz. 93). 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” (wyrok TK z 4.03.2008 r., SK 3/07, OTK-A 2008, nr 2, poz. 25; por. wyroki TK: z 16.11.1999 r., SK 11/99, OTK 1999, nr 7/158, z 18.05.2004 r., SK 38/03).

Prawo do sądu jako organu sprawującego wymiar sprawiedliwości obejmuje w szczególności prawo do rzetelnej procedury sądowej, w tym zaś prawo do zaskarżenia pierwszoinstancyjnego orzeczenia sądowego (postanowienie SN z 23.07.2014 r., V CZ 48/14, LEX nr 1504598; wyrok TK z 10.07.2000 r., SK 12/99, OTK 2000, Nr 5, poz. 143). Nadto, prawo do sądu jako organu kontrolującego akty innych organów władzy publicznej godzących w konstytucyjne prawa i wolności jednostki w sposób niewątpliwie zawiera prawo do zaskarżenia, bo właśnie zaskarżenie decyzji do sądu

umożliwia jej kontrolę (wyrok TK z 1.12.2008 r., P 54/07, OTK-A 2008, Nr 10, poz. 171). W tym wypadku prawo do zaskarżenia również zatem może być postrzegane jako element prawa do sądu.

Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny, konstytucyjna zasada dwuinstancyjności ma zastosowanie w takim tylko wypadku, gdy sąd pierwszej instancji rozpatruje „sprawę” w rozumieniu Konstytucji. Co istotne, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Trybunału, obowiązywanie zasady dwuinstancyjnego postępowania nie ogranicza się wyłącznie do głównego nurtu postępowania sądowego. Obejmuje także kwestie rozstrzygane incydentalnie, wpadkowo, jeżeli dotyczą praw lub obowiązków danego podmiotu, choć nie wszystkie. Konieczność ustanowienia środków odwoławczych w niektórych kwestiach wpadkowych, niemających charakteru odrębnej sprawy w rozumieniu Konstytucji, może natomiast wynikać z ogólnego wymogu ukształtowania procedury sądowej zgodnie z zasadami sprawiedliwości proceduralnej (por. wyroki TK: z 19.09.2007 r., SK 4/06, z 9.02.2010 r., SK 10/09, z 2.06.2010 r., SK 38/09). Uznanie danej kwestii za „sprawę”, nawet jeżeli ma w ramach danego postępowania charakter wpadkowy, skutkuje zatem koniecznością zagwarantowania zaskarżalności takiego rozstrzygnięcia (wyrok TK z 8.10.2013 r., K 30/11).

Odnosząc się z kolei do art. 78 Konstytucji RP, należy stwierdzić, że naruszeniem art. 78 Konstytucji jest „sytuacja, w której następczo w stosunku do wydanego orzeczenia lub decyzji administracyjnej pojawia się niemożność zaskarżenia takich rozstrzygnięć w sądowym czy administracyjnym toku instancji” (wyrok z 13.03.2000 r., K 1/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 59). Trybunał również podniósł, że wyłączenie konstytucyjnego prawa do zaskarżenia ma miejsce, gdy prawodawca ukształtuje oznaczone orzeczenia lub decyzje jako niezaskarżalne (zob. wyroki: z 17.02.2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7; z 18.04.2005 r., sygn. SK 6/05, OTK ZU nr 4/A/2005, poz. 36; z 18.10.2004 r., sygn. P 8/04, OTK ZU nr 9/A/2004, poz. 92).

W kontekście uwag podniesionych w skardze konstytucyjnej na szczególną uwagę zasługuje wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2014 r.

w połączonych sprawach C-293/12 Digital Rights Ireland Ltd. oraz C-594/12 Kärntner Landesregierung i inni („Digital Rights”), w którym Trybunał uznał nieważność dyrektywy 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniającej dyrektywę 2002/58/WE. Trybunał stwierdził, że wyżej wskazana dyrektywa ingeruje w sposób nieproporcjonalny w prawo do prywatności. Trybunał podkreślił rolę retencji danych telekomunikacyjnych w przeciwdziałaniu terroryzmowi i zwalczaniu zorganizowanej przestępczości, jednakże wskazał przy tym, że tak intensywna ingerencja musi spełniać „szczególny wymóg proporcjonalności”. Zdaniem Trybunału oznacza to m.in., że dyrektywa powinna zapewniać mechanizmy uniemożliwiające jej nadużywania przez władze państwowe. Co warte podkreślenia, w kontekście przedmiotu zaskarżenia skargi konstytucyjnej (art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW), Trybunał Sprawiedliwości, podniósł, że „okoliczność, że zatrzymywanie i późniejsze wykorzystywanie danych jest dokonywane bez poinformowania o tym abonenta lub zarejestrowanego użytkownika, może – zgodnie z pkt 52 i 72 tej opinii – wywołać u osób, których danych są zatrzymywane czy też wykorzystywane, poczucie, iż ich życie prywatne podlega stałemu nadzorowi”. Trybunał stwierdził ponadto, że dyrektywa nie zawiera jasnych i precyzyjnych reguł określających zakres ingerencji w prawa podstawowe, m.in. w prawo do prywatności. W tym względzie w odniesieniu do czasu zatrzymania danych, Trybunał zauważył, że dyrektywa „nie wskazuje obiektywnych kryteriów, na podstawie których należy ustalić czas, na jaki dane te zostaną zatrzymane, aby zagwarantować, że będzie on ograniczał się do tego, co ściśle niezbędne”.

Odnosząc się z kolei do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w kontekście problematyki podniesionej w skardze konstytucyjnej (art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW) zauważyć wypada, że Trybunał określił minimalne gwarancje, które powinny zostać zapewnione w celu przeciwdziałania nadużywania prawa przez

aparatu władzy. W tym względzie Trybunał wskazał na konieczność określenia przez prawodawcę m.in. nie tylko charakteru przestępstw, których ściganie uprawnia organy ścigania do ingerencji w prawa obywatelskie przy pomocy podsłuchów; kategorii osób, które mogą być podsłuchiwane, ale co istotne, również ograniczenia czasu trwania podsłuchu telefonicznego (wyrok ETPC z dnia 1 lipca 2008 r., Liberty i in. przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 58243/00, LEX nr 411419; zob. również wyrok ETPC z dnia 24 kwietnia 1990 r., Kruslin przeciwko Francji, skarga nr 11801/85, LEX nr 81101).

Jak wskazał ETPC, tam, gdzie władza państwa podejmuje działania w sposób niejawnny, ryzyko arbitralności jest oczywiste (por. wyrok ETPC z dnia 2 sierpnia 1984 r., Malone przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 8691/79, LEX nr 80974; wyrok ETPC z dnia 1 sierpnia 2008 r. Liberty i in. przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 58243/00, LEX nr 411419; wyrok ETPC z dnia 4 maja 2000 r. w sprawie Rotaru przeciwko Rumunii, skarga nr 28341/95, LEX nr 76775, wyrok ETPC z dnia 21 czerwca 2011 r., Shimovolos przeciwko Rosji, skarga nr 30194/09, LEX nr 846288). Dlatego istotne jest, aby mieć jasne, szczegółowe zasady dotyczące podsłuchów, zwłaszcza, że technologia umożliwia permanentne podsłuchiwanie (wyrok ETPC z dnia 25 marca 1998 r., Kopp przeciwko Szwajcarii, skarga nr 23224/94, LEX nr 79444.). Prawo krajowe powinno zatem precyzyjnie określać warunki ingerencji władzy państwowej w prawa obywatelskie tak, by dać obywatelowi odpowiednie wskazówki co do wymogów, warunków i okoliczności, w których władze publiczne uprawnione są do korzystania z czynności operacyjnych (wyrok ETPC z dnia 2 sierpnia 1984 r. w sprawie Malone przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 8691/79, LEX nr 411419; wyrok ETPC z dnia 24 kwietnia 1990 r. w sprawie Huvig przeciwko Francji, skarga nr 11105/84, LEX nr 81102).

Reasumując powyższe uwagi, skonstatować wypada, że w przypadku tak głębokiej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie, jak kontrola operacyjna, jednostka powinna mieć zagwarantowane skuteczne środki kontroli zasadności i legalności stosowanych przez służby czynności operacyjnych (w związku z naturą działań operacyjnych powinny przysługiwać jednostce *ex post*). Jest to tym bardziej

usprawiedliwione, że czynności te prowadzone są niejawnie, co może przyczyniać się do arbitralnych działań służb (por. wyrok ETPC z 4.05.2000 r. w sprawie Rotaru przeciwko Rumunii, skarga nr 28341/95). Podkreślić w sposób szczególny w tym miejscu należy, że w relacji łączącej obywatela i służby, to obywatel jest stroną słabszą. Mając na uwadze zaprezentowane wyżej uwagi, stwierdzić należy, że ustawodawca w istocie rzeczy pozbawił jednostkę skutecznych narzędzi, mogących zagwarantować jej ochronę konstytucyjnych praw i wolności. Wypada zatem stwierdzić, że brak środków zaskarżenia powoduje, że przepis, o którym mowa w petitum niniejszego stanowiska, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Z punktu widzenia treści skargi konstytucyjnej nie można nie zwrócić uwagi na podobieństwo sprawy ozn. sygn. SK 60/21, w ramach której Rzecznik Praw Obywatelskich w dniu 14 grudnia 2021 r. zgłosił udział w postępowaniu przez Trybunałem Konstytucyjnym i wniósł o stwierdzenie, że art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 1990 Nr 30, poz. 179 ze zm.) w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli jest niezgodny z art. 45 ust. 1 oraz art. 78 w zw. z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP. Argumenty wówczas podniesione, co do zasady, nie straciły na aktualności. Po zakończonej kontroli operacyjnej, obywatel powinien mieć prawo do złożenia zażalenia na decyzje sądu w zakresie przeprowadzonych względem niego czynności operacyjnych. Z tym uprawnieniem wiąże się konieczność każdorazowego poinformowania obywatela o przeprowadzonych wobec niego czynnościach operacyjnych (po ich zakończeniu). Zgodnie bowiem z obecnie obowiązującym stanem prawnym, obywatel nie jest informowany o zarządzanej wobec niego kontroli operacyjnej. Tymczasem brak zapewnienia jednostce wyżej wskazanego uprawnienia jest niezgodny z konstytucyjnymi standardami, w szczególności z prawem do zaskarżalności i zasadą dwuinstancyjności postępowania.

Zauważyć jednakże należy, że **postanowieniem z dnia 28 czerwca 2022 r., sygn. SK 60/21**, na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: u.o.t.p.TK) **Trybunał Konstytucyjny umorzył postępowanie z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku.**

W uzasadnieniu Trybunał stwierdza, że skarga nie spełnia wymogów wskazanych w art. 53 ust. 1 pkt 2 i 3 u.o.t.p.TK. Z przepisu tego wynika, że skarżący powinien wskazać w skardze nie tylko, która jego konstytucyjna wolność lub konstytucyjne prawo zostały naruszone oraz określić sposób tego naruszenia (pkt 2), ale również uzasadnić zarzut niezgodności kwestionowanego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego ze wskazanymi konstytucyjnymi wolnościami lub prawami, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie (pkt 3). Prawidłowe wykonanie tych obowiązków polega na przedstawieniu przez skarżącego takich argumentów, które uprawdopodobnią ewentualną niekonstytucyjność kwestionowanego przepisu (zob. postanowienie TK z 8 czerwca 2011 r., sygn. SK 14/10, OTK ZU nr 5/A/2011, poz. 45). Trybunał stanął wówczas na stanowisku, że nie może zastępować skarżącego w wykonaniu tych obowiązków. To na skarżącym spoczywa bowiem ciężar udowodnienia zarzutu niezgodności z Konstytucją zaskarżonego przepisu (zob. postanowienia TK z: 5 czerwca 2013 r., sygn. SK 25/12, OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 68; 13 stycznia 2015 r., sygn. SK 17/13, OTK ZU nr 1/A/2015, poz. 5). W ocenie Trybunału Konstytucyjnego skarżący zakwestionował wówczas konstytucyjność wskazanego przepisu ustawy w zakresie, w jakim przepis ten nie przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej i ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania wniesienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej. Zatem zarzutem niekonstytucyjności nie była objęta treść aktu normatywnego, tylko brak określonej treści w konkretnie wskazanym przepisie ustawy. To może stanowić przedmiot kontroli konstytucyjności prawa tylko pod warunkiem, że wykazuje cechy pominięcia

prawodawczego. Jeśli natomiast brak treści stanowiącej sedno zarzutu niekonstytucyjności formułowane pod adresem konkretnego przepisu wykazuje cechy zaniechania ustawodawczego, wówczas pozostaje to poza zakresem kontroli konstytucyjności.

W ramach niniejszego postępowania ozn. sygn. SK 1/24 skarżący również zakwestionował konstytucyjność art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW w zakresie, w jakim przepis ten nie przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej i ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania wniesienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej. W tym zakresie art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW dotknięty jest wadą pominięcia ustawowego. Powtórzenie tej wady w każdej z wyżej wymienionych ustaw nie pozwala przyjąć, że jest to zaniechanie ustawodawcze, gdyż art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 45 ust. 1 w związku z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP tworzą po stronie ustawodawcy pozytywny obowiązek takiego unormowania kręgu podmiotów uprawnionych do złożenia zażalenia na postanowienie sądu o zastosowaniu kontroli operacyjnej, aby w kręgu tym znalazła się osoba, wobec której zastosowano rzeczoną kontrolę, a która tym samym będzie mogła podnieść argumenty przeczące zasadności lub legalności takiej kontroli i zostać wysłuchaną, zgodnie z regułami rzetelnego procesu, przez sąd. Stwierdzenie niezgodności pominięcia prawodawczego jest uzasadnione, gdyż istnieje konstytucyjny nakaz uregulowania jakiejś kwestii, a ustawodawca wykonał ten nakaz tylko w części. Brak możliwości zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej nie wpisuje się zaś logicznie w całość regulacji dotyczących niejawnych czynności w postępowaniu karnym.

Podzielić należy argumenty podniesione w zdaniu odrębnym sędziego TK Piotra Pszczołkowskiego do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28

czerwca 2022 r., sygn. akt SK 60/21. Wskazano w nim, że skarga konstytucyjna powinna być zostać merytorycznie rozpoznana przez Trybunał Konstytucyjny.

Zarówno na gruncie postępowania ozn. sygn. SK 60/21, jak i w skardze konstytucyjnej ozn. sygn. SK 1/24 nie mamy do czynienia z zaniechaniem ustawodawczym. Ustawodawca unormował bowiem w ustawie o ABW i AW (i innych wymienionych wyżej ustawach) problematykę kontroli operacyjnej. Przewidział model sądowego zarządzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych na wniosek właściwego Szefa ABW złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego. Jednocześnie w art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW uregulował kwestie dotyczące środka zaskarżenia postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie o zarządzeniu kontroli operacyjnej, wskazując krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia oraz przepisy odpowiednio stosowane do rozpoznania zażalenia. Nie można zatem zasadnie twierdzić - jak przyjął Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu o sygn. SK 60/21, że brak możliwości wniesienia przez osobę poddaną kontroli operacyjnej zażalenia na postanowienie o jej zarządzeniu stanowi zaniechanie prawodawcze niepodlegające kontroli Trybunału Konstytucyjnego.

Prawidłowo rzecz ujmując, taki brak jest klasycznym przykładem ograniczenia korzystania z prawa do sądu (prawa do sądowego dochodzenia naruszonych praw) oraz prawa do zaskarżenia orzeczeń kształtujących sytuację prawną jednostki wydanych w pierwszej instancji. W sytuacji, w której ustawodawca przyznaje prawo do zaskarżenia Szefowi ABW i Pierwszemu Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorowi Krajowemu, a nie przyznaje takiego prawa osobie objętej kontrolą operacyjną, mamy również do czynienia z problemem równości w kontekście tzw. równości broni w zakresie sądowej kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych. Chodzi o regulację, przyjętą przez ustawodawcę, w odniesieniu do której zachodzą - uprawdopodobnione przez skarżącego - wątpliwości co do tego, czy spełnia ona

konstytucyjne wymagania warunkujące dopuszczalność regulacji ingerujących w prywatność i autonomię informacyjną jednostek.

W pełni podzielić należy pogląd wyrażony w zdaniu odrębnym P. Pszczółkowskiego, że argument Trybunału Konstytucyjnego wyrażony w uzasadnieniu postanowienia o sygn. akt SK 61/20, iż przyznanie racji skarżącemu w tamtej sprawie musiałyby się wiązać z nowelizacją szeregu przepisów i nie ograniczyłyby się jedynie do uzupełnienia katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu okręgowego o zarządzeniu kontroli operacyjnej, nie powinien mieć znaczenia dla oceny dopuszczalności rozpoznania sprawy przez Trybunał. Fakt, że dany problem prawny podniesiony przez inicjatora postępowania przed Trybunałem ma charakter systemowy (dotyczy zaskarżonego art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, który znajduje swój odpowiednik w art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 145), art. 31 ust. 19 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1266 z późn. zm.), art. 17 ust. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1900 z późn. zm.), art. 31 ust. 14i ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 81 z późn. zm.), art. 118 ust. 16 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 615 z późn. zm.) oraz w art. 9e ust. 19 ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1080 z późn. zm.), nie dyskwalifikuje tego problemu jako przedmiotu kontroli trybunalskiej, lecz jest wręcz przeciwnie: tylko podkreśla doniosłość zagadnienia. Trybunał ma zresztą instrumenty, które pozwalają mu zapewnić ustawodawcy dostateczny czas na dokonanie stosownych zmian ustawodawczych o charakterze systemowym. Argument o potencjalnej poziomej niezgodności przepisu ustawowego w brzmieniu, które uwzględniałoby zarzuty podmiotu inicjującego postępowanie przed Trybunałem, z innymi przepisami

ustawowymi nie może mieć również decydującego znaczenia dla wyniku oceny konstytucyjności takiego przepisu.

Podzielić należy również argumenty podniesione w zdaniu odrębnym sędziego TK Jakuba Steliny do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2022 r., sygn. akt SK 60/21.

Trafnie zostało w nich wskazane, że w dotychczasowym orzecznictwie trybunalskim wypracowano koncepcję tzw. pominięć prawodawczych, które mogą podlegać ocenie w ramach hierarchicznej kontroli norm. Reprezentatywną wypowiedzią w tym przedmiocie są rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku z 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11 (OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 119), w którym Trybunał wyraził pogląd, że rozróżnienie zaniechania legislacyjnego (prawodawczego) i pominięcia prawodawczego „nie jest oparte na tak precyzyjnych kryteriach, by w praktyce nie mogły występować trudności z zakwalifikowaniem określonych sytuacji jako zaniechania albo pominięcia (...) [Z]aniechanie prawodawcze występuje niespornie wtedy, gdy na podmiocie wyposażonym w kompetencje prawodawcze spoczywa obowiązek uregulowania jakiejś dziedziny spraw aktem normatywnym, a prawodawca obowiązku tego nie spełnia: nie stanowi norm regulujących jakąś dziedzinę spraw. Ze względu na to, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sąd konstytucyjny nie jest upoważniony do badania zaniechań prawodawczych, to z punktu widzenia jego kognicji obojętne jest, czy obowiązek wydania aktu wyznacza norma konstytucyjna (tak zazwyczaj w przypadku ustaw), czy jest on wyznaczony przez akt niższej rangi (tak zazwyczaj w przypadku aktów wykonawczych)”. Natomiast w odniesieniu do pominięcia prawodawczego Trybunał stwierdził, że „zachodzi [ono] niespornie wtedy, gdy prawodawca w wydanym przez siebie akcie normatywnym przewidział jakąś czynność konwencjonalną, lecz pominął reguły jej dokonywania - wszystkie lub tylko niektóre - w następstwie czego czynności konwencjonalnej «ważnie» dokonać się nie da. Jest to typowa sytuacja określana mianem luki tetycznej (konstrukcyjnej): prawodawca w akcie normatywnym daje wyraz woli wykreowania określonej

czynności konwencjonalnej, ale czyni to konstrukcyjnie wadliwie (...). Z przypadkiem pominięcia, który w praktyce następuje najczęściej, mamy do czynienia wtedy, gdy w rozważanej regulacji prawnej nie uwzględniono pewnych podmiotów czy sytuacji, co może być konsekwencją nietrafnego doboru cech relewantnych, ze względu na które jakieś inne podmioty lub sytuacje zostały wyróżnione, albo wprowadzenia nieuzasadnionego zróżnicowania". Oznacza to, że pominięcia „są związane na ogół z niezapewnieniem właściwej realizacji konstytucyjnych wolności lub praw przysługujących danej kategorii podmiotów”, a więc dana regulacja jest obarczona wadą dotyczącą materialnych rozwiązań przewidzianych w akcie normatywnym, a nie wadą dotyczącą formy danego aktu. Dlatego Trybunał przyjmuje, iż „wada ta ma charakter konstytucyjny: ukształtowana przez prawodawcę regulacja nie odpowiada standardom konstytucyjnym. To znaczy, że z norm konstytucyjnych da się odtworzyć wzorzec instytucji prawnej kształtowanej w akcie normatywnym, lecz instytucja w akcie tym ukształtowana konstytucyjnemu wzorcowi nie odpowiada, bo np. narusza konstytucyjną zasadę równości, nie zawiera norm koniecznych do realizacji konstytucyjnych uprawnień, kompetencji czy obowiązków, jest obarczona luką tetyczną, uniemożliwiającą dokonanie niezbędnych z punktu widzenia Konstytucji czynności konwencjonalnych”.

Zauważyć należy, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego odnaleźć można szereg orzeczeń wydanych na skutek wniesienia skargi konstytucyjnej, a stwierdzających pominięcie prawodawcze polegające na braku uregulowania przez ustawodawcę możliwości wniesienia środka zaskarżenia (zob. wyroki TK z dnia 27 marca 2007 r., SK 3/05, LEX nr 257779 oraz z dnia 9 lutego 2010 r., SK 10/09, LEX nr 551973; szeroko problem zaskarżalności rozstrzygnięć incydentalnych omawia M. Kolendowska-Matejczuk, *Zaskarżalność rozstrzygnięć incydentalnych uregulowanych w Kodeksie postępowania karnego w świetle standardów konstytucyjnych. Rozważania systemowe*, Warszawa 2018, *passim*). Zachodzą zatem wszelkie podstawy do wydania przez Trybunał Konstytucyjny wyroku w niniejszym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak w *petitum* mojego stanowiska z dnia 22 lutego 2024 r.

(-) Marcin Wiącek

(podpis na oryginale)