

Pojęcia kluczowe:

tajny nadzór, podsłuch telefoniczny, podsłuch procesowy, podsłuch operacyjny, konstytucyjne prawa i wolności, kontrola sądowa, kontrola operacyjna

Artykuły

Robert Rynkun-Werner

KONTROLA OPERACYJNA BEZ KONTROLI – KILKA REFLEKSJI NA KANWIE POSTANOWIENIA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z 28.06.2022 R. (SK 60/21)

Czynności operacyjne, w tym podsłuch telefoniczny, prowadzone przez organy ścigania nader często stanowią istotną część materiału dowodowego, który wykorzystany jest w procesie karnym. W polskim porządku prawnym rozróżniamy czynności operacyjne procesowe oraz nieprocesowe. Obie te formy mają wprawdzie inną podstawę prawną, ale jeden cel – wykrycie i uzyskanie dowodów przestępstwa. Inne są także gwarancje procesowe w zakresie praw i wolności, z których może skorzystać jednostka. Przedmiotem niniejszego opracowania jest zwrócenie uwagi na nierówność gwarancyjną procedur prawnych kształtujących czynności operacyjne procesowe i nieprocesowe z punktu widzenia szeroko rozumianego prawa do rzetelnego postępowania sądowego. Podstawą tej refleksji stało się postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 28.06.2022 r. (SK 60/21)¹, odnoszące się do kwestii dopuszczalności złożenia przez osobę, która poddana została kontroli operacyjnej w postaci podsłuchu telefonicznego, zażalenia na orzeczenie sądu w tym zakresie. Na samym wstępie uczynić jednak należy uwagę, że doniosłość konstytucyjna przedmiotu rozstrzygnięcia Trybunału, a w zasadzie jego braku, spowodowała, iż na marginesie rozważań należało pozostawić wszelkie wątpliwości natury konstytucyjnej odnośnie do prawidłowości obsady sędziowskiej aktualnego składu Trybunału. Tym bardziej że zostały one już szeroko omówione

¹ Postanowienie TK z 28.06.2022 r. (SK 60/21), OTK-A 2022, poz. 55.

w doktrynie. Dodatkowo wskazanym postanowieniem, wbrew oczekiwaniom tak skarżącego, jak i wszystkich osób faktycznie, jak i potencjalnie inwigilowanych w drodze kontroli operacyjnej, Trybunał umorzył postępowanie w sprawie, uchylając się tym samym od zajęcia merytorycznego stanowiska w sprawie.

CZYNNOŚCI OPERACYJNE PROCESOWE – PODSŁUCH TELEFONICZNY

Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych jako jedna z czynności operacyjnych w oczywisty sposób wkracza w konstytucyjne prawa i wolności, w tym prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego (art. 47 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²), prawo do wolności komunikowania się i związaną z nim ochronę tajemnicy komunikowania (art. 49 Konstytucji RP), której materialnoprawnym rozwinięciem są m.in. przepisy ustawy z 16.07.2016 – Prawo telekomunikacyjne³. W myśl przepisu art. 159 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego tajemnica komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych obejmuje:

- 1) dane dotyczące użytkownika;
- 2) treść indywidualnych komunikatów;
- 3) dane transmisyjne (...) w tym dane lokalizacyjne, które oznaczają wszelkie dane przetwarzane w sieciach lub w ramach usług telekomunikacyjnych wskazujące położenie geograficzne urządzenia końcowego użytkownika (...);
- 4) dane lokalizacyjne, które oznaczają dane lokalizacyjne wykraczające poza dane niezbędne do transmisji komunikatu;
- 5) dane o próbach uzyskania połączenia między telekomunikacyjnymi urządzeniami końcowymi lub zakończeniami sieci, które zostały zestawione i nie zostały odebrane przez użytkownika końcowego lub nastąpiło przewrwanie zestawianych połączeń.

Kontrola operacyjna to także ingerencja w prawo do prywatności, o którym mowa w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁴. Każda kontrola operacyjna powinna być celowa, tzn. musi być konieczna i niezbędna do wykrycia i uzyskania dowodów popełnienia przestępstwa. Owa niezbędność oznacza, że nie jest możliwe pozyskanie dowodów przestępstwa za pomocą innych, mniej inwazyjnych w prawa i wolności jednostki środków dowodowych. W konsekwencji w tej materii musi funkcjonować zasada proporcjonalności, o której mowa w

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 ze zm.).

³ Ustawa z 16.07.2016 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2022 r. poz. 1648 ze zm.).

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), dalej: EKPC. Zob. też wyrok ETPCz z 6.09.1978 r. *Klass i inni v. Niemcy*, A.28; wyrok ETPCz z 8.06.2006 r. *Lupsa v. Rumunia*, skarga nr 71525/081; wyrok ETPCz z 2.09.2010 r. w sprawie *Uzun v. Niemcy*, skarga nr 12015/86, DR 57/108; wyrok ETPCz z 7.02.2017 r. *Dragojević v. Chorwacja*, 68955/11; wyrok ETPCz z 7.02.2017 r. *Irfan Guzel v. Republika Turcji*, skarga nr 35285/08.

art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Tym samym wszelkie ograniczenia w zakresie korzystania z praw i wolności jednostki mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Oznacza to, że prawo do prywatności, wolności komunikowania się i zachowania jej tajemnicy nie mają charakteru bezwzględnych. A zatem państwo – ustawodawca – jest w pełni uprawnione do prawnego uregulowania zasad dotyczących prowadzenia czynności operacyjnych. Z uwagi na powyższe w oczywisty sposób regulacje te powinny być jednak niezwykle ściśle i precyzyjne, skoro wkraczają w konstytucyjne wolności i prawa jednostki⁵. Ponadto przepisy prawa odnoszące się do czynności operacyjnych powinny być uregulowane systemowo, tak aby nie kreowały problemów natury interpretacyjnej oraz nierówności podmiotów wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP), tak jak dzieje się to w obecnym stanie prawnym. Kontrola operacyjna wkracza w sferę podstawowych praw i wolności obywatelskich, stąd też dokonując interpretacji przepisów dających podstawę do legalnego ograniczania tych praw, należy mieć na względzie z jednej strony zasadę tzw. życzliwej interpretacji i uwzględniać przy jej stosowaniu zasadę proporcjonalności, a z drugiej należy baczyc, aby wykładnia ta nie prowadziła do rezultatu pozostającego w sprzeczności z Konstytucją RP⁶. W kontekście omawianego problemu najistotniejsze, jak się wydaje, jest prawo jednostki do rzetelnego postępowania sądowego rozumianego szeroko w kontekście art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2, art. 78 oraz art. 176 Konstytucji RP, o czym w dalszej części artykułu. Nie budzi wątpliwości fakt, że w każdym demokratycznym państwie dopuszcza się możliwość przeprowadzania podsłuchu, jak i inwigilacji elektronicznej. Wiąże się to jednak z szeregiem wymagań proceduralnych, które muszą zostać spełnione, aby taka kontrola była czynnością legalną, a w konsekwencji skuteczną procesowo, jeżeli przyjmiemy jako warunek tej legalności standard demokratycznego państwa prawa⁷. W tym miejscu dla przypomnienia wskazać należy, że podsłuchem procesowym jest uzyskiwanie, a w konsekwencji także i utrwalanie, w sposób niejawni treści rozmów telefonicznych, jak i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych, w szczególności dotyczy to korespondencji przesyłanej drogą elektroniczną. Podstawę prawną do zastosowania podsłuchu procesowego znajdziemy w rozdziale 26 Kodeksu postępowania karnego⁸, który

⁵ Por. Ł. Twarowski, *Legalizacja i procesowe wykorzystanie podsłuchów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji*, „Palestra” 2010/9–10, s. 73. Zob. też wyrok TK z 11.01.2000 r. (K 7/99), OTK-A 2000/1, poz. 2; wyrok TK z 21.03.2001 r. (K 24/00), OTK-A 2001/3, poz. 51; wyrok TK z 22.5.2002 r. (K 6/02), OTK-A 2002/3, poz. 33.

⁶ Postanowienie SN 26.04.2007 r. (I KZP 6/07), OSNKW 2007/5, poz. 37.

⁷ Zob. w tym zakresie standard konstytucyjny i europejski regulujący niejawnie pozyskiwanie informacji zaprezentowany w wyroku TK z 30.07.2014 r. (K 23/11), OTK-A 2014/7, poz. 80.

⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm.), dalej: k.p.k.

odnosi się bezpośrednio do kontroli i utrwalania rozmów. Zgodnie z art. 237 § 1 k.p.k. zastosowanie przez sąd na wniosek prokuratora podsłuchu procesowego dopuszczalne jest jedynie w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. Obowiązek wykazania celowości zarządzenia kontroli operacyjnej leży po stronie prokuratora wydającego postanowienie w tym zakresie, które uzasadnia we wniosku skierowanym do sądu właściwego do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji. Wniosek powinien spełniać warunki określone w art. 119 § 1 k.p.k. oraz powinien wskazywać cel podsłuchu, osobę, wobec której ma on być zastosowany, okres, na jaki ma być stosowany, oraz uzasadnienie podejrzenia popełnienia jednego z przestępstw wymienionych w katalogu z art. 237 § 3 i 3a k.p.k. bądź obawę jego popełnienia. Zastosowanie podsłuchu procesowego nie jest możliwe wobec podejrzenia popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa, tak opisanego w Kodeksie karnym, jak i poza jego ramami, ale tylko wobec zamkniętego katalogu przestępstw wskazanych w § 3 i 3a art. 237 k.p.k. Do katalogu tego należą najpoważniejsze przestępstwa opisane w Kodeksie karnym, jak i w innych ustawach, przykładowo w ustawie z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁹. Na marginesie trzeba jednak zauważyć, że katalog ten ma stałą tendencję do powiększania się, co nie jest zjawiskiem pożądanym, gdyż tym samym zwiększa się możliwość rozszerzonej ingerencji organów państwa w prawa i wolności jednostki. W wypadkach niecierpiących zwłoki kontrolę i utrwalenie treści rozmów telefonicznych może zarządzić prokurator, który jest obowiązany zwrócić się w terminie 3 dni do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia (art. 237 § 2 k.p.k.). Sąd w terminie 5 dni wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku na posiedzeniu niejawnym. Kontrola i utrwalenie rozmów telefonicznych mogą być wprowadzone najwyżej na okres 3 miesięcy, z możliwością przedłużenia, w szczególnie uzasadnionym wypadku, na okres najwyżej dalszych trzech miesięcy (art. 238 § 1 k.p.k.). W wypadku niezatwierdzenia postanowienia prokuratora sąd w postanowieniu, wydanym w przedmiocie wniosku, zarządza zniszczenie wszystkich utrwalonych zapisów. Prokurator ma prawo do zaskarżenia przedmiotowego postanowienia, co wstrzymuje jego wykonanie. Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 237 § 4 k.p.k. kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się skontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub z grożącym przestępstwem. Ogłoszenie postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy, może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy (art. 239 § 1 k.p.k.), jednak nie później niż do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego (art. 239 § 2 k.p.k.). Co istotne z punktu widzenia niniejszego opracowania, zgodnie z art. 100 § 2 w zw. z art. 240 k.p.k. na wydane postanowienie osobie

⁹ Ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2023 r. poz. 172).

podsluchiwanej przysługuje zażalenie. W zażaleniu osoba taka może domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. W konsekwencji zażalenie przysługuje na postanowienie o:

- 1) zastosowaniu,
- 2) przedłużeniu,
- 3) zatwierdzeniu postanowienia prokuratora,
- 4) odmowie uwzględnienia wniosku prokuratora o zastosowanie podsłuchu,
- 5) odmowie przedłużenia stosowania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych¹⁰.

Jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym (art. 237a k.p.k.). Jak z powyższego wynika, prokurator nie jest już zobligowany do uzyskania zgody następczej sądu na wykorzystanie tak uzyskanego dowodu w postępowaniu sądowym. Niemniej jednak brak zgody sądu powoduje niedopuszczalność wykorzystania w postępowaniu głównym informacji dotyczącej przestępstwa katalogowego z § 3 art. 237 k.p.k., ale takiego, które nie zostało wymienione w postanowieniu sądu o zarządzeniu kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych oraz informacji dotyczącej popełnienia przestępstwa katalogowego, ale przez inną osobę niż wskazana w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli¹¹. Tak uzyskany dowód nie uprawnia zatem jeszcze prokuratora do zgodnego z prawem wprowadzenia go do głównego procesu. Ponadto, co istotne, swobodna decyzja prokuratora w tej kwestii nie jest dla sądu wiążąca i zasadniczo odnosić się może tylko do postępowania przygotowawczego¹².

CZYNNOŚCI OPERACYJNE – PODSŁUCH TELEFONICZNY

Czynności operacyjno-rozpoznawcze prowadzone są na podstawie szeregu przepisów ustaw regulujących materialnoprawne podstawy funkcjonowania poszczególnych służb specjalnych czy też policyjnych¹³. Tym samym czynno-

¹⁰ Zob. J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 587–588.

¹¹ J. Skorupka, *Kodeks...*, s. 584. Por. S. Hoc, *Glosa do postanowienia składu 7 sędziów SN z 26.04.2007 r. (IKZP 6/07)*, „Ius Novum” 2007/2–3, s. 148.

¹² Por. D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 2018/10, s. 112.

¹³ Przykładowo wskazać można tu ustawę z 24.05.2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2022 r. poz. 557 ze zm.) czy też ustawę z 9.06.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 1900 ze zm.); zob. R. Rynkun-Werner, *Tajemnica danych telekomunikacyjnych a prawo do obrony*, „Themis Polska Nova” 2013/1, s. 98–119; P. Pająk, *Czy*

ści te nie są prowadzone na podstawie wspomnianych przepisów rozdziału 26 k.p.k., lecz na podstawie ustaw szczególnych. Z punktu widzenia niniejszego opracowania w kręgu naszego zainteresowania pozostają w szczególności przepisy ustawy z 6.04.1990 r. o Policji¹⁴. W myśl art. 19 ust. 6 ustawy o Policji kontrola operacyjna 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.

Kontrola i utrwalanie treści rozmów prowadzone przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci teleinformatycznych, mogą zatem odnosić się do wszelkich rozmów, nie tylko zresztą *stricte* telefonicznych. Mogą to być np. rozmowy prowadzone za pomocą telefonów, w tym telefonia internetowa (rozmowy), komunikatorów internetowych (rozmowa), czy też inne rodzaje rozmów, do których stosuje się środki techniczne lub są prowadzone przy ich użyciu zgodnie z najnowszym rozwojem technologicznym w dziedzinie informatyki, teleinformatyki i telekomunikacji. Na przykład rozmowy prowadzone z wykorzystaniem łączności radiowej, czyli rozmowy rejestrowane przy użyciu środków technicznych¹⁵. W przypadku gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo nieprzydatne, kontrolę operacyjną może zarządzić sąd okręgowy w drodze postanowienia, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, Komendanta Centralnego Biura Śledczego (CBŚP), Komendanta Biura Spraw Wewnętrznych Policji (BSWP) lub Komendanta Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości (CBZC), złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego (PG), albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji (art. 19 ust. 1 ustawy o Policji). W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP, Komendant BSWP, Komendant CBZC albo komendant wojewódzki Policji mogą zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, kontrolę operacyjną, zwracając się

dojdzie do zmiany linii orzeczniczej dotyczącej wykorzystania dowodowego materiałów operacyjnych?, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011/1, s. 149–163.

¹⁴ Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2023 r. poz. 171 ze zm.).

¹⁵ J. Kudła, *Zakres kontroli operacyjnej – praktyczny komentarz*, LEX/el. (dostęp: 20.03.2023 r.).

jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż trzy miesiące. Sąd może jednak na pisemny wniosek podmiotów, o których wspomniano wyżej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, jednorazowo przedłużyć kontrolę operacyjną na okres nie dłuższy niż kolejne trzy miesiące, jeżeli nie ustały przyczyny tej kontroli. W razie niewyrażenia przez sąd zgody w terminie pięciu dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji). W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, również po upływie okresów, o których mowa w art. 19 ust. 8 ustawy o Policji, wydawać kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, których łączna długość nie może jednak przekraczać 12 miesięcy (art. 19 ust. 9 ustawy o Policji). W tym miejscu należy zauważyć, że nie wskazano tu jednak, o jakie to uzasadnione przypadki chodzi, co w oczywisty sposób rodzi możliwość dowolności (arbitralności) stosowania takiej kontroli. Zgodzić się zatem można z tezą, że wymóg zaistnienia „nowych okoliczności” jest jedynie formalną atrapą, co umożliwia trwanie kontroli operacyjnej w obowiązującym stanie prawnym przez trzy miesiące, sześć miesięcy lub dłużej, przez czas wprawdzie oznaczony, ale w żaden sposób nielimitowany ustawą¹⁶. I o ile wskazanie takiego okresu w przypadku kontroli dokonywanej przez służby kontrwywiadowcze czy też wywiadowcze może być trudne z uwagi na specyfikę zadań, o tyle kontrola operacyjna dokonywana przez służby policyjne powinna być zakończona niezwłocznie po ustaniu przyczyn jej zarządzenia, najpóźniej jednak z upływem okresu, na który została wprowadzona. Wnioski o przeprowadzenie kontroli operacyjnej sąd okręgowy rozpoznaje jednoosobowo, przy czym czynności sądu związane z rozpoznawaniem tych wniosków powinny być realizowane w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz z odpowiednim zastosowaniem przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 k.p.k. W posiedzeniu sądu mogą wziąć udział wyłącznie prokurator i przedstawiciel organu Policji wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej. Kontrola operacyjna może zostać zarządzona jedynie w odniesieniu do przestępstw objętych zakresem przedmiotowym określonym w katalogu art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Katalog przestępstw zawarty w tym przepisie jest katalogiem zamkniętym, co oznacza, że nie jest dopuszczalne wykorzystywanie dowodów zebranych w danej sprawie w zakresie innych przestępstw,

¹⁶ M. Tomkiewicz, *Podsluchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, „Prokuratura i Prawo” 2015/4, s. 153–171.

o ile potencjalne przestępstwa nie mieszczą się w tym katalogu oraz nie zarządzono kontroli operacyjnej wobec wskazanych we wniosku konkretnych przestępstw¹⁷. W żaden sposób nie zmienia tego stanu rzeczy treść art. 168b k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 15.04.2016 r., który pozwala prokuratorowi na ewentualne wykorzystanie dowodu zdobytego bez powyższych wymogów w postępowaniu karnym. W oczywisty sposób takie scedowanie prawa do wykorzystania dowodu, tym bardziej bez decyzji sądu, stanowiłoby naruszenie prawa do rzetelnego procesu gwarantowanego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i art. 14 ust. 1 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych¹⁸. Podkreślenia ponownie wymaga fakt, że decyzja prokuratora o sposobie wykorzystania określonych dowodów nie jest dla sądu orzekającego w żaden sposób wiążąca. Osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania tej kontroli. Przepis ten według ustawy nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 k.p.k., a więc sytuacji procesowej, w której istnieją podstawy do zamknięcia śledztwa. W takim przypadku na wniosek podejrzanego lub jego obrońcy o końcowe zaznajomienie z materiałami postępowania prowadzący postępowanie powiadamia podejrzanego i jego obrońcę o terminie końcowego zaznajomienia, pouczając ich o prawie uprzedniego przejrzenia akt w terminie odpowiednim do wagi lub złożoności sprawy, określonym przez organ procesowy. W celu przejrzenia akt prokurator może udostępnić akta w postaci elektronicznej. Powyższe odnosi się jednak tylko do czynności procesowych, w tym również do materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, które zostały następnie przekazane do wykorzystania w ramach czynności procesowych. Regulacja art. 321 k.p.k. prowadzi do wniosku, że strona musiałaby otrzymać do wglądu akta sprawy, w tym, co oczywiste, materiały z kontroli operacyjnej, co w myśl obowiązującego art. 19 ustawy o Policji nie jest możliwe, o ile następczo nie nastąpi to w ramach czynności procesowych. Ponadto na postanowienia sądu, o których mowa w art. 19 ust. 1, 3, 8 i 9 ustawy o Policji, przysługuje prawo wniesienia zażalenia organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Tym samym zażalenie przysługuje na: niezastosowanie kontroli operacyjnej w zakresie podejrzenia popełnienia jednego z przestępstw, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji; na niezarządzenie kontroli w przypadkach niecierpiących zwłoki (ust. 3 art. 19 ustawy o Policji), przy czym tu zażalenie przysługuje również właściwemu prokuratorowi; na nieprzedłużenie kontroli na okres ponad trzech miesięcy (ust. 8 art. 19 ustawy o Policji); oraz na wyrażenie zgody na

¹⁷ Zob. postanowienie SN z 10.10.2013 r. (II KK336/11), OSNKW 2013/1, poz. 6 oraz uchwała SN z 28.06.2018 r. (I KZP 4/18), OSNKW 2018/5, poz. 52.

¹⁸ Zob. uchwała SN z 28.06.2018 r. (I KZP 4/18), OSNKW 2018/5, poz. 52; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 22.11.2017 r. (II AKa 224/17), Legalis nr 1743886. Por. także S. Brzozowski, *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2016/6, s. 20–26; D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze...*, s. 107, 120.

kontrolę operacyjną, ale na czas krótszy od wnioskowanego (art. 19 ust. 9 ustawy o Policji). Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego. Zażalenie na postanowienie sądu okręgowego dotyczące trybów stosowania kontroli operacyjnej rozpoznaje sąd apelacyjny, a organ Policji ma prawo występować przed sądem odwoławczym.

Jak wspomniano i co stanowi istotę omawianego problemu – prawa tego nie posiada inwigilowany ani jego pełnomocnik. Na marginesie zauważyć należy, że powstaje pytanie, dlaczego ustawodawca, w sytuacji faktycznej wręcz identycznej, w zakresie przeprowadzania czynności kontroli operacyjnej procesowej i nieprocesowej, bowiem cel tych czynności oraz użyte środki są tożsame, stworzył taką nierówność wobec prawa. W końcu czy zrobił to celowo (zaniechał wprowadzenia odpowiedniej regulacji w ustawie o Policji), jak uważa Trybunał, czy też jedynie ją pominął? Rozważana kwestia zawiera również inny problem konstytucyjny. Zgodnie bowiem z art. 51 ust. 3 Konstytucji RP każdy ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Jednak żądanie takie musi być poprzedzone uzyskaną wiedzą czy informacją jednostki o gromadzeniu określonych danych i istnieniu ich zbioru. Jeżeli jednostka nie wie o gromadzeniu danych na swój temat i istnieniu określonego zbioru danych, ponieważ nie została o tym poinformowana, to z oczywistych względów nie ma możliwości dostępu do nich. W konsekwencji nie może, w myśl art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, potencjalnie żądać sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą¹⁹. Jak to już zaznaczono, ustawa może wprowadzić ograniczyć jednostce dostęp do dotyczących go dokumentów i zbiorów danych, jednak nie może tego dostępu całkowicie wyłączyć, ponieważ wówczas naruszono by gwarancje konstytucyjne (art. 51 ust. 3)²⁰. Specyfika procesu karnego powoduje, że jego normy, rozumiane tu jako przepisy Kodeksu postępowania karnego, ale również i innych ustaw mające swoje odniesienie do procedury karnej, pełnią funkcję gwarancyjną dla wolności i praw jednostki, o których mowa w Konstytucji. Szczególna rola przypada tu sprawiedliwości proceduralnej, w której to sąd, a nie inny organ, pełni rolę gwaranta praw i wolności dla równorzędnych stron postępowania. To zatem na sądzie spoczywa obowiązek dokonania oceny legalności, w tym celowości przeprowadzonej czynności operacyjnej wobec jednostki. Aby można było tego dokonać, jednostka musi mieć zagwarantowane prawo do sądu.

HISTORIA SPRAWY

Wydane postanowienie Trybunału zapadło w wyniku skargi złożonej przez inwigilowanego obywatela, któremu w oparciu o art. 19 ust. 3 ustawy o Policji założono podsłuch na telefonie. Przy czym dla jasności wyводу zasadne jest wskazanie treści zaskarżonego przepisu, który ma następujące brzmienie:

¹⁹ Tak też w wyroku TK z 30.07.2014 r. (K 23/11), OTK-A 2014/7, poz. 80.

²⁰ Zob. postanowienie TK z 25.01.2006 r. (S 2/06), OTK-A 2006/1, poz. 13.

„W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP, Komendant BSWP, Komendant CBZC albo komendant wojewódzki Policji może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora (...), kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania”. Na powyższe postanowienie sądu organowi Policji, jak i prokuratorowi przysługuje zażalenie. Ponadto na postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej, o których mowa w art. 19 ust. 1, 8, 9 ustawy o Policji, zażalenie przysługuje organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.

Wobec skarżącego w 2015 r. na wniosek Komendanta CBŚP, zatwierdzony przez Prokuratora Generalnego, zarządzono kontrolę operacyjną na telefonie użytkowanym przez skarżącego. Odpowiednim postanowieniem Sąd Okręgowy w Warszawie podjął decyzję o kontynuowaniu kontroli przez okres dalszych trzech miesięcy. W toku prowadzonego postępowania ustalono (funkcjonariusze), że zgromadzone dowody stanowią dowód popełnienia innego przestępstwa niż to, które zostało wskazane jako podstawa kontroli operacyjnej. W konsekwencji na wniosek prokuratora sąd wydał zgodę następczą na wykorzystanie w postępowaniu karnym tak zdobytych dowodów na popełnienie przestępstwa innego niż objęte kontrolą. Obrońca podejrzanego zapoznał się z dokumentacją sprawy w kancelarii tajnej przy okazji czynności w sprawie, w której dowody te zostały wykorzystane. Przy czym czynności wglądu w akta sprawy (tajne) odbyły się dopiero po pięciu latach od przeprowadzonej kontroli operacyjnej w postaci podsłuchu telefonicznego. Co również istotne, wobec skarżącego, głównie w oparciu o przeprowadzone dowody z czynności operacyjnych, zastosowano tymczasowe aresztowanie oraz wydano europejski nakaz aresztowania. Po analizie materiału dowodowego obrońca podejrzanego na podstawie art. 425 § 1 i 2 w zw. z art. 459 § 2 k.p.k. w zw. z art. 8 i art. 13 EKPC złożył zażalenie. Sąd okręgowy zarządzeniem odmówił przyjęcia zażalenia do rozpoznania, uznając, że zażalenie zostało wniesione przez osobę nieuprawnioną, albowiem przepisy ustawy o Policji przewidują prawo do wniesienia zażalenia jedynie przez prokuratora lub organ Policji, ale nie przez skarżącego (obrońcę). Skarżący złożył zażalenie na powyższe zarządzenie, które Sąd Apelacyjny w Warszawie postanowieniem z 25.11.2020 r. utrzymał w mocy²¹. Również i ten sąd uznał obrońcę za osobę nieuprawnioną, chociaż dopuścił go do udziału w postępowaniu wypadkowym. Sąd Apelacyjny uznał, że osobie inwigilowanej nie przysługuje

²¹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie (II PKZ-Pf-20/2020), niepubl.

prawo do zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji odnośnie do zastosowania tejże kontroli, jak i jej kontynuowania. Skarżący wniósł zatem o stwierdzenie niezgodności art. 19 ust. 20 ustawy o Policji – którego zastosowanie doprowadziło do naruszenia jego konstytucyjnych praw, w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli (jej przedłużenia) – 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 art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Skarżący, kwestionując zgodność art. 19 ust. 20 ustawy o Policji z Konstytucją RP, podniósł, że odmowa przyjęcia środka odwoławczego na postanowienie w przedmiocie kontynuowania kontroli operacyjnej, w zakresie, w jakim zaskarżony przepis to uniemożliwiało, stanowiła naruszenie prawa do zaskarżania orzeczeń sądowych, prawa do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd oraz naruszyła prawo do dochodzenia naruszonych praw. Ponadto jego zdaniem naruszono zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego (art. 78 Konstytucji RP), zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), a także zasadę demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji RP). Zdaniem skarżącego brzmienie zaskarżonego przepisu, które uniemożliwiało zaskarżenie orzeczenia w tym zakresie, stanowiło również naruszenie zasady równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP), co miało związek z pominięciem prawodawczym czy było jego konsekwencją. Do tak sformułowanej i przyjętej przez TK do rozpoznania skargi swój udział w postępowaniu zgłosił Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO). Rzecznik wniósł o stwierdzenie, że art. 19 ust. 20 ustawy o Policji, w zakresie, w jakim 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 z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP²². W treści swojego stanowiska Rzecznik wskazał, że obecny stan prawny wzbudza niepokój, w szczególności jeśli sąd decyduje w istocie rzeczy o zarządzaniu czynności, które wkraczają w podstawowe prawa i wolności obywatelskie. Zdaniem Rzecznika po zakończonej kontroli operacyjnej obywatel powinien mieć prawo do złożenia zażalenia na decyzje sądu w zakresie przeprowadzonych wobec niego czynności operacyjnych. Z uprawnieniem tym wiąże się konieczność każdorazowego poinformowania obywatela o przeprowadzonych czynnościach operacyjnych po ich zakończeniu. W obowiązującym stanie prawnym obywatel nie jest informowany o zarządzanej wobec niego kontroli operacyjnej, co zdaniem RPO stanowi naruszenie konstytucyjnych standardów, w szczególności w zakresie prawa do zaskarżenia orzeczeń sądowych oraz zasady dwuinstancyjności postępowania. W obecnym stanie prawnym przeprowadzenie czynności operacyjnych opiera się na regulacjach prawnych, które zezwalają na całkowicie arbitralny charakter inwigilacji, co stanowi naruszenie art. 8 Eu-

²² Stanowisko RPO z 10.12.2021 r., https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2021-12/Stanowisko_RPO_inwigilacja_TK%2C.pdf (dostęp: 20.03.2023 r.).

ropejskiej Konwencji Praw Człowieka²³. Swoje stanowisko przedstawił również Prokurator Generalny, który wnosił o umorzenie postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym²⁴, wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia, bowiem zdaniem PG skarżący zakwestionował zaniechanie prawodawcze, które nie jest w kognicji TK, a ponadto zwrócił uwagę, że samo uzasadnienie skargi było zbyt lakoniczne²⁵. W swojej argumentacji przywołał szerokie wywody zaprezentowane w uzasadnieniu do postanowienia TK z 30.06.2021 r.²⁶, w tym podkreślił, że przyznanie racji skarżącemu musiałoby się wiązać z nowelizacją szeregu przepisów i nie ograniczałoby się jedynie do uzupełnienia katalogu uprawnionych do wniesienia zażalenia. Przede wszystkim ustawodawca musiałby określić, w których warunkach ustały zagrożenia dla toczącego się postępowania już po ustaniu kontroli operacyjnej, a dopiero potem uzupełnić katalog podmiotów wskazanych w zaskarżanych przepisach.

POSTANOWIENIE TRYBUNAŁU – CZYLI UCIECZKA OD PROBLEMU

Trybunał wydał przedmiotowe postanowienie w składzie pięcioosobowym większością głosów przy dwóch zdaniach odrębnych. Uznał, iż skarga nie spełniała wymogów wskazanych w art. 53 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym²⁷, a zatem że skarżący nie uzasadnił w sposób niezbędny zarzutu niezgodności kwestionowanego przepisu ustawy ze wskazanymi konstytucyjnymi wolnościami lub prawami, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie. Zdaniem większości członków Trybunału prawidłowe wykonanie tych obowiązków polega na przedstawieniu przez skarżącego takich argumentów, które uprawdopodobniają ewentualną niekonstytucyjność kwestionowanego przepisu. Trybunał nie może zastępować skarżącego w wykonaniu tego obowiązku, to bowiem na skarżącym – jak zauważa Trybunał – leży obowiązek udowodnienia zarzutu niezgodności z Konstytucją zaskarżonego przepisu. Zdaniem Trybunału zarzutem niekonstytucyjności nie jest 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. Jeżeli natomiast brak treści stanowiącej sedno zarzutu niekonstytucyjności sformułowane pod adresem konkretnego

²³ Zob. stanowisko RPO z 10.12.2021 r. pkt 11 oraz wyrok ETPCz z 4.12.2015 r. w sprawie *Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06; wyrok ETPCz 4.05.2000 r. w sprawie *Rotaru przeciwko Rumunii*, skarga nr 28341/95.

²⁴ Ustawa z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2393).

²⁵ Stanowisko Prokuratora Generalnego z 22.12.2021 r., dostępne na www.trybunal.gov.pl.

²⁶ Postanowienie TK z 30.06.2021 r. (K 32/15), OTK-A z 2021 r., poz. 35.

²⁷ Ustawa z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2393).

przepisu wykazuje cechy zaniechania ustawodawczego, wówczas – jak stwierdził Trybunał – pozostaje to poza zakresem kontroli konstytucyjności. Skarżący w żaden sposób nie wykazał, aby w zaskarżonym akcie prawnym doszło do niepełnej regulacji zagadnienia, tj. pominięte normy są wynikiem zbyt wąskiego zakresu zastosowania, z uwagi na cel i przedmiot regulacji, co jest źródłem naruszenia konstytucyjnych praw skarżącego. Stwierdzenie niezgodności pominięcia prawodawczego jest uzasadnione tylko wtedy, gdy istnieje konstytucyjny nakaz uregulowania jakiejś kwestii, a ustawodawca wykonuje ten nakaz tylko w części. Nie wskazano na przypadkowe wyłączenie z zakresu normowanego pewnej grupy zjawisk lub osób oraz zasad konstytucyjnych, z których wynika, że powinny być objęte unormowaniem. Wszelkie niedające się rozstrzygnąć wątpliwości w zakresie odróżnienia pominięcia prawodawczego od zaniechania ustawodawczego muszą zaś być, w ocenie TK, rozstrzygane na korzyść tego ostatniego, przy czym na uzasadnienie tego stanowiska zasadniczo przywołał uzasadnienie wyrażone w postanowieniu z 10.10.2012 r. (Ts 38/12)²⁸ oraz postanowieniu z 30.06.2021 r. (K 32/15)²⁹. Zdania odrębne do przedmiotowego postanowienia złożyli sędziowie TK Piotr Pszczółkowski i Jakub Stelina. W obu zdaniach odrębnych w jednoznaczny sposób podkreślono, że sprawa powinna zostać rozpoznana merytorycznie i brak było podstaw do jej umorzenia. Zwrócili oni uwagę, że uzasadnienie skargi sporządzone było w sposób prawidłowy, a w sprawie nie mamy do czynienia z zaniechaniem prawodawczym, stan faktyczny rozpoznanej sprawy prowadzi bowiem do wniosku o wystąpieniu instytucji pominięcia prawodawczego, a nie zaniechania, jak uznał to Trybunał, które znajduje się w kognicji Trybunału.

ZANIECHANIE USTAWODAWCZE CZY POMINIĘCIE PRAWODAWCZE?

W części pisemnej uzasadnienia podniesiono, że w przypadku konieczności daleko idących zmian stworzenie nowej regulacji prawnej wskazuje na zaniechanie legislacyjne, nie zaś pominięcie. Za stanowiskiem Prokuratora Generalnego podkreślono, że przyznanie wnioskodawcy racji w rozpatrywanej sprawie musiałoby się wiązać z nowelizacją szeregu przepisów i nie ograniczyłoby się jedynie do uzupełnienia katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia. Przede wszystkim ustawodawca musiałby określić, w których warunkach ustały zagrożenia dla toczącego się postępowania już po ustaniu kontroli operacyjnej, a dopiero potem uzupełnić katalog podmiotów wskazanych w zaskarżonych przepisach. O ile stanowisko zawarte przez Prokuratora Generalnego w jakimś stopniu można byłoby uzasadnić, chociażby obroną własnych interesów (brak ingerencji osób inwigilowanych w działania służb), nawet w kolizji z gwarancjami konstytucyjnymi, o tyle stanowisko Trybunału jest czystą hipokryzją i ucieczką od rozwiązania realnego

²⁸ Postanowienie TK z 10.10.2012 r. (Ts 38/12), OTK 2012/6, poz. 534.

²⁹ Postanowienie TK z 30.06.2021 r. (K 32/15), OTK-A 2021, poz. 35.

problemu. Dość wskazać, że przepis art. 19 ust. 20 ustawy o Policji w wersji do 7.02.2016 r. nie przewidywał złożenia zażalenia przez prokuratora, upoważniając do tego jedynie organ Policji. Dopiero na mocy przepisów art. 1 pkt 1 lit. j ustawy z 15.01.2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw³⁰ prokurator nabył takie uprawnienia. Skąd zatem teza Trybunału, podniesiona za Prokuratorem Generalnym, o niezwykle trudnym do zrealizowania powiększeniu katalogu podmiotów uprawnionych do złożenia zażalenia, w sytuacji gdy potencjalna zmiana regulacji art. 19 ust. 20 ustawy o Policji dotyczyłaby dodania osoby inwigilowanej i jego pełnomocnika. Tym bardziej że w demokratycznym państwie prawnym ingerencja władzy wykonawczej w prawa jednostki musi być poddana skutecznej kontroli³¹. Najskuteczniejszą zaś kontrolą jest kontrola sądowa, która zapewnia najpełniejszą gwarancję niezależności i bezstronności oraz stosowania właściwej procedury. Powyższe wskazuje, że nie ma w omawianej sprawie problemu konstytucyjnego polegającego na niemożliwości rozpoznania sprawy, odnoszącego się do zaniechania ustawodawczego, które zachodzi wówczas, gdy ustawodawca w ogóle nie unormował określonych regulacji prawnych, co określane jest jako luka aksjologiczna³². Trybunał Konstytucyjny nie ma bowiem kompetencji do kontroli zaniechania ustawodawcy, co jest przyjmowane jako dogmat i tradycyjnie uzasadniane rolą ustrojową sądu konstytucyjnego jako „negatywnego prawodawcy”, zajmującego określoną pozycję w ramach zasady trójpodziału władzy³³. Jest natomiast problem pominięcia prawodawczego, który Trybunał był władny rozstrzygnąć. Z pominięciem prawodawczym mamy do czynienia, gdy zakres regulacji jest zbyt wąski lub gdy w określonym akcie normatywnym występuje pominięcie istotnych kwestii mających znaczenie z perspektywy koniecznego poszanowania zasad i wartości konstytucyjnych. Mogą mieć one różny charakter, odnosić się do braków proceduralnych, a także do niedostatków rozwiązań materialnoprawnych, wynikających z obranego przez prawodawcę sposobu zakreslenia przesłanek realizacji praw konstytucyjnych³⁴. Trudno jest bowiem logicznie uzasadnić fakt zaniechania, skoro ustawodawca

³⁰ Ustawa z 15.01.2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 147).

³¹ Zob. wyrok ETPCz z 6.09.1978 r., *Klass i inni v. Niemcy*, skarga nr 5029/71, § 41; 50–59; wyrok ETPCz z 4.05.2000 r., *Rotaru v. Rumunia*, skarga nr 28341/95, § 59.

³² Por. P. Radziejewicz, *Kontrola konstytucyjności zaniechań ustawodawczych przez Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 2013/9, s. 3; R. Stefanicki, *Zaniechanie a pominięcie ustawodawcze. Spór o granice kognicji Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sądowy” 2017/1, s. 51; A. Górską, *Sposoby usuwania wadliwości procesu tworzenia prawa przez sądy administracyjne*, „Przegląd Sądowy” 2021/1, s. 89. Zob. w tej materii wyrok TK z 22.07.2008 r. (K 24/07), OTK-A 2008/6, poz. 110; wyrok TK z 13.06.2011 r. (SK 41/09), OTK-A 2011/5, poz. 40; wyrok TK z 6.11.2012 r. (K 21/11), OTK-A 2012/10, poz. 119; postanowienie TK z 28.10.2015 r. (P 6/13), OTK-A 2015/9, poz. 16; postanowienie TK z 5.12.2018 r. (SK 25/17), OTK-A 2018, poz. 76.

³³ Zob. P. Radziejewicz, *Kontrola konstytucyjności zaniechań ustawodawczych przez Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 2013/9, s. 7.

³⁴ Zob. R. Stefanicki, *Zaniechanie...*, s. 51–52 i przywołana tam literatura.

unormował, i to dość obszernie, zagadnienie dotyczące kontroli operacyjnej, w tym osób – organów uprawnionych do wniesienia środka zaskarżenia na decyzję sądu w tym zakresie. Skarżący na poparcie swojej tezy przywołał treść wyroku z 19.05.2003 r. w sprawie K 39/01³⁵, w którym TK wskazał, że naruszeniem zasady równości i równego traktowania, a tym samym niedozwolonym i dyskryminującym pominięciem, jest brak określonej regulacji – takiej samej, podobnej lub zbliżonej – w odniesieniu do pewnej kategorii podmiotów. To właśnie owo pominięcie ma charakter dyskryminujący i dopiero odpowiednia zmiana przepisów, poszerzająca krąg podmiotów, pozwoli na wyeliminowanie nierównego traktowania w analizowanej sferze stosunków prawnych. W omawianej sprawie Trybunał uznał, że działalność operacyjna służb, regulowana w ustawodawstwie zwykłym, realizowana w warunkach niejawności, pozostaje w naturalnym, nieusuwalnym konflikcie z niektórymi prawami zasadniczymi jednostki. To przecież oczywiste. Stąd też właśnie z uwagi na powyższe tak ważna jest w tym przypadku rola niezależnego i niezawisłego sądu. Trybunał uznał jednak, że sądowa kontrola działalności operacyjnej nie stanowi realizacji wymiaru sprawiedliwości, zapominając, jak się zdaje, o drugiej sferze funkcjonowania sądów w zakresie ochrony prawnej jednostki. W konsekwencji nie budzi wątpliwości fakt, że i w tym zakresie jednostka może kwestionować zapadłe wobec niej orzeczenie. Ustawodawca, zdaniem Trybunału, w pełni świadomie i celowo nadał art. 19 ust. 20 ustawy o Policji taki kształt, co stanowi pominięcie prawodawcze, które nie podlega kognicji Trybunału. W konsekwencji Trybunał konkluduje, że ustawodawca w sposób zamierzony nie przyznał osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia. W swoim uzasadnieniu Trybunał podniósł także fakt, że w wypadku zarządzenia kontroli operacyjnej przez sąd literalne wypełnienie wszystkich reguł wskazanych w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a więc traktowanie rozpatrzenia przez sąd wniosku o zarządzenie takiej kontroli jako klasycznej „sprawy” mieszczącej się w pojęciu wymiaru sprawiedliwości, oznaczałoby paraliż i eliminację tej formy pozyskiwania informacji przez służby państwa. Takiego rezultatu wykładni art. 45 ust. 1 Konstytucji RP nie można pogodzić nie tylko z art. 2 Konstytucji RP, ale także z preambułą i art. 5 Konstytucji RP³⁶. W konsekwencji nie jest zatem możliwe objęcie analizowanego obszaru pojęciem „sprawa”, użytym w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Nic bardziej mylnego. Niewątpliwie w omawianym przypadku mamy do czynienia ze sprawą w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. W wyroku z 8.10.2013 r. K 30/11³⁷ Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że treść normatywna pojęcia „rozpatrzenie sprawy” utożsamiana jest z każdym rozstrzygnięciem o prawach i obowiązkach danego podmiotu, zapadającym na podstawie norm prawnych zawartych w obowiązujących przepisach. Jak stwierdził z kolei Sąd

³⁵ Wyrok TK z 19.05.2003 r. (K 39/01), OTK 2004/5, poz. 40.

³⁶ Por. szerzej postanowienie TK z 30.06.2021 r. (K 32/15), OTK-A 2021, poz. 35.

³⁷ Wyrok TK z 8.10.2013 r. (K 30/11), OTK-A 2013/7, poz. 98.

Najwyższy w uchwale z 28.03.2012 r. (I KZP 26/11)³⁸, pojęcie „sprawa” interpretowane przy uwzględnieniu Konstytucji RP oznacza sprawę w zakresie głównego przedmiotu postępowania, a także kwestii incydentalnej, która związana jest z możliwą ingerencją w sferę podstawowych praw zagwarantowanych przepisami Konstytucji. Wydaje się być zatem niekwestionowanym fakt, że wszędzie tam, gdzie sąd rozstrzyga o prawach i obowiązkach jednostki, bez względu na to, czy jest to postępowanie główne, czy wypadkowe, po pierwsze, powinna ona mieć prawo do informacji o stosowanej wobec niej kontroli operacyjnej, a po drugie, powinna mieć prawo do zaskarżenia każdej decyzji procesowej godzącej w jej prawa i wolności obywatelskie³⁹. W szczególności w tych przypadkach, gdy uzyskane w toku takiej kontroli materiały nie zostały w ogóle przekazane do postępowania karnego. Nie ulega wątpliwości, że każde zarządzenie kontroli operacyjnej wprost ingeruje w prawa i wolności jednostki. Tym bardziej dzieje się tak przy prowadzeniu kontroli operacyjnej zarządzanej jeszcze bez zgody sądu, w okresie pierwszych pięciu dni w przypadkach niecierpiących zwłoki, o których mowa jest w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji.

WNIOSKI

Nie trzeba chyba nikogo przekonywać, jak ważna dla bezpieczeństwa państwa i jak zarazem niebezpieczna z punktu widzenia możliwości naruszenia gwarancji praw i wolności jednostki jest kontrola operacyjna, w szczególności przeprowadzana w formie podsłuchu telefonicznego. Nikt rozsądny nie kwestionuje faktu, że państwo musi posiadać środki techniczne, jak i procesowe do tego, aby zagwarantować swoim obywatelom bezpieczeństwo i porządek publiczny. Państwo, a zatem jego organy, zgodnie z art. 7 Konstytucji RP, muszą jednak działać na podstawie i w granicach prawa, w tym nie mogą podejmować działań arbitralnych. Ingerencja państwa w gwarancje praw jednostki musi odbywać się na zasadzie proporcjonalności⁴⁰.

Zarządzenie kontroli operacyjnej w postaci podsłuchu telefonicznego na podstawie art. 19 ustawy o Policji ma niestety znamiona arbitralnego działania, które pozostaje poza realną kontrolą sądową. Nie niweluje tej tezy fakt, że to sąd wydaje zgodę na przeprowadzenie takiej kontroli. Po pierwsze, jednostka nie ma wiedzy o samym fakcie przeprowadzonej kontroli, a po drugie, w konsekwencji nie ma prawa do weryfikacji jej legalności i zasadności przez niezależny organ,

³⁸ Uchwała składu 7 sędziów SN z 28.03.2012 r. (I KZP 26/11), OSNKW 2012/4, poz. 36; zob. też wyrok TK z 17.07.2013 r. (SK 9/10), OTK-A 2013/6, poz. 79; wyrok TK z 30.10.2012 r. (SK 20/11), OTK-A 2012/9, poz. 110.

³⁹ Zob. wyrok ETPCz z 4.05.2000 r. *Rotaru v. Rumunia*, skarga nr 28341/95.

⁴⁰ Zob. wyrok ETPCz z 7.02.2017 r. w sprawie *Irfan Guzel v. Turcja*, skarga nr 35285/08, § 86; wyrok ETPCz z 12.01.2016 r. *Szabo i Vissy v. Węgry*, skarga nr 37138/14, § 7072; wyrok ETPCz z 4.12.2015 r. w sprawie *Zakharov v. Rosja*, skarga nr 47143/06, § 260.

jakim jest sąd. Trzeba bowiem pamiętać, że decyzja sądu o wyrażeniu zgody na kontrolę operacyjną oparta jest jedynie na „dowodach”, które *de facto* stanowi jedynie materiał operacyjny, w tym notatki funkcjonariuszy Policji. Z oczywistych względów organ wnioskujący ma swój cel w pozyskiwaniu informacji, o którym „nie musi” w pełnym zakresie informować sądu. W konsekwencji to organ wnioskujący, a więc organ Policji, decyduje, na jakiej podstawie prawnej zostanie wystosowany wniosek do sądu o zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej. Ponadto organy ścigania nie mają w Polsce obowiązku wskazywania, jakimi metodami będzie prowadzona kontrola operacyjna, co najdobitniej ujawniło się w związku z użyciem systemu oprogramowania *Pegasus*⁴¹. Dodatkowo, zarówno sam sąd, jak i organ Policji nie informują osoby inwigilowanej *ex post* o przeprowadzonej kontroli, co zarazem jest warunkiem skorzystania przez jednostkę z wynikającego z art. 51 ust. 3 Konstytucji RP prawa dostępu do urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Warunkiem takiego skorzystania z powyższego prawa jest jednak wiedza o gromadzeniu danych i istnieniu zbiorów danych⁴².

Konkludując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że obowiązująca regulacja art. 19 ust. 20 ustawy o Policji, która nie przewiduje możliwości zaskarżenia postanowienia o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie kontroli operacyjnej czy też przedłużenie okresu jej stosowania przez osobę inwigilowaną i jej obrońcę, narusza liczne przepisy Konstytucji RP. I tak w szczególności art. 32 w zw. z art. 78 ust. 1 Konstytucji RP – równość wobec prawa powiązana z prawem do zaskarżenia orzeczenia – poprzez przyznanie takiego uprawnienia tylko jednemu zainteresowanemu podmiotowi, tj. Policji lub prokuratorowi, ale już nie osobie kontrolowanej. Stoi to w oczywistej sprzeczności wobec jednoczesnego przyznania inwigilowanemu na podstawie art. 240 k.p.k. prawa do zaskarżenia kontroli operacyjnej na podstawie art. 237 § 1 lub 2 k.p.k. Zasadą zaś jest, że podmioty znajdujące się w podobnej sytuacji prawnej powinny być traktowane w sposób równy, a więc taki, który umożliwi im (jednostce) realizację swoich praw, co przede wszystkim pozwoli na uniknięcie arbitralności w działaniu władz⁴³. I jakkolwiek prawo do zaskarżenia orzeczeń wynikające z art. 78 Konstytucji RP nie ma charakteru absolutnego, to jednak brak możliwości zaskarżenia zarządzenia kontroli operacyjnej w trybie art. 19 ust. 20 ustawy o Policji nie stanowi wyjątku określonego w ustawie, ale faktyczny brak regulacji, co nie jest przecież tożsame. Powyższe prowadzi do wniosku, że aktualny stan prawny w omawianej materii narusza także zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Brak możliwości zbadania zasadności inge-

⁴¹ M. Matusiak-Frączak, *Kontrola operacyjna oraz użycie systemu Pegasus w Polsce*, „Palestra” 2022/7–8, s. 17.

⁴² Zob. wyrok TK z 30.07.2014 r. (K 23/11), OTK-A ZU 2014/7, poz. 80.

⁴³ Zob. uchwała składu 7 sędziów SN z 16.03.2000 r. (I KZP 56/99), OSNKW 2000/3–4, poz. 19; postanowienie TK z 24.10.2001 r. (SK 10/01), OTK-A 2001/7, poz. 225.

rencji organów władzy publicznej w prawo do prywatności oraz w wolność komunikowania się przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd narusza z kolei prawo jednostki do sądu, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Zastosowanie bowiem niejawniej kontroli operacyjnej jest „sprawą” w rozumieniu tego przepisu, a prawo do sądu przysługuje każdemu, kogo sprawa jest przedmiotem rozpatrzenia⁴⁴. Etap zdobywania informacji w sposób operacyjny musi zatem podlegać szczególnej kontroli, tym bardziej że w toku tych czynności często ujawnia się dane wrażliwe, tj. dane odnoszące się przykładowo do pochodzenia, przekonania religijnego, poglądów politycznych, stanu zdrowia czy życia seksualnego⁴⁵. Zapewnienie jednostce gwarancji konstytucyjnych, o których była mowa powyżej, miałyby realne odniesienie do omawianej regulacji ustawy o Policji, gdyby taką możliwość zaskarżenia określonego orzeczenia do organu wyższej instancji miała strona postępowania. Oznaczałoby to, że wówczas jednostka miałaby realną możliwość skontrolowania jego prawidłowości i zasadności za pośrednictwem niezależnego sądu⁴⁶. Spełniony byłby wówczas przez ustawodawcę standard demokratycznego państwa prawa, o którym mowa jest w art. 2 Konstytucji RP. W obowiązującym stanie prawnym, co jeszcze raz należy podkreślić, osoba inwigilowana nie ma przede wszystkim wiedzy o prowadzonych przeciwko sobie czynnościach operacyjnych, poprzez brak dostępu do odpowiednich dokumentów lub zbiorów danych. Nie pozyskuje takiej wiedzy również po zakończeniu czynności operacyjnych, a tym samym poddana zostaje arbitralnemu działaniu władz, na które nie ma żadnego wpływu. Gdyby zaś powzięła taką wiedzę, nie może zażądać skutecznego sprawdzenia legalności i rzetelności przeprowadzonych działań operacyjnych. Chyba że materiał zebrany w wyniku kontroli operacyjnej zostanie przekazany do postępowania sądowego, ale wówczas zastosowanie znajdzie art. 240 k.p.k. Konkludując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że prawo jednostki do informacji wynikające z art. 51 ust. 3 Konstytucji RP, a w konsekwencji możliwość wniesienia do sądu zażalenia, o czym mowa jest w art. 78 Konstytucji RP, na podstawie art. 19 ust. 20 ustawy o Policji, ma tu kluczowe znaczenie, i *de lege ferenda* z punktu widzenia systemowego uregulowanie tej kwestii przez praworządnego ustawodawcę jest wręcz niezbędne.

⁴⁴ O pojęciu „sprawy” zob. szerzej P. Grzegorzczak, K. Weitz (w:) *Konstytucja...*, uwagi do art. 45, s. 1104–1111 i wskazane tam orzecznictwo.

⁴⁵ Por. M. Wild (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, red. L. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, uwagi do art. 51, s. 1230–1231. Zob. też wyrok TK z 11.05.2007 r. (K 2/07), OTK-A 2007/5, poz. 48.

⁴⁶ Wyrok TK z 4.03.2008 r. (SK 3/07), OTK-A 2008/2, poz. 25.

ABSTRACT

dr Robert Rynkun-Werner

The author is a doctor of law, an advocate (District Bar Association in Warsaw).

Operational control without control – some reflections on the canvas to the decision of the Constitutional tribunal of 28 of July 2022 in the case SK 60/21

The article presents issues related to the problems with usage of interception as evidence in a criminal trial. The main problem discussed in the article is the procedural issue which concerns the possibility of lodging a complaint against the court's decision to consent to the operational control. Telephone wiretapping is a threat to the constitutional rights and freedoms of citizens. That is why the proper legal regulation of this institution is so important. In the Polish legal order, this issue raises fundamental constitutional reservations, of a constitutional nature, because the person under surveillance has no right to appeal against the court's decision to subject them to an operational act under the Police Act. The Polish Constitutional Tribunal, on the other hand, does not want to make a clear statement on this matter.

Keywords: *secret surveillance, telephone tapping, trail wiretapping, judicial control, constitutional civil rights, operational control*

dr Robert Rynkun-Werner

ORCID: 0000-0001-6559-7731; e-mail: rynkunwerner@poczta.onet.pl

Autor jest doktorem nauk prawnych, adwokatem (Izba Adwokacka w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Brzozowski Sebastian, *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2016/6, s. 20–26

Górska Anna, *Sposoby usuwania wadliwości procesu tworzenia prawa przez sądy administracyjne*, „Przegląd Sądowy” 2021/1

Grzegorzcyk Paweł, Weitz Karol (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, red. M Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, uwagi do art. 45

- Hoc Stanisław**, *Glosa do postanowienia składu 7 sędziów SN z 26.04.2007 r. (I KZP 6/02)*, „Ius Novum” 2007/2–3, s. 148
- Kudła Jacek**, *Zakres kontroli operacyjnej – podręczny komentarz*, LEX/el. (dostęp: 20.03.2023 r.)
- Matusiak-Frącczak Magdalena**, *Kontrola operacyjna oraz użycie systemu Pegasus w Polsce*, „Palestra” 2022/7–8, s. 17
- Pająk Piotr**, *Czy dojdzie do zmiany linii orzeczniczej dotyczącej wykorzystywania dowodowego materiałów operacyjnych?*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011/1, s. 149–163
- Radzewicz Piotr**, *Kontrola konstytucyjności zaniechań ustawodawczych przez Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 2013/9, s. 7
- Rynkun-Werner Robert**, *Tajemnica danych telekomunikacyjnych a prawo do obrony*, „Themis Polska Nova” 2013/1, s. 98
- Skorupka Jerzy**, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020
- Stefanicki Robert**, *Zaniechanie a pominięcie ustawodawcze. Spór o granice kogencji Trybunału Konstytucyjnego*, „Przeгляд Sądowy” 2017/1
- Szumilo-Kulczycka Dobrosława**, *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej. Uwagi na tle art. 168b k.p.k.*, „Państwo i Prawo” 2018/10, s. 107
- Tomkiewicz Małgorzata**, *Podsluchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, „Prokuratura i Prawo” 2015/4, s. 153
- Twarowski Łukasz**, *Legalizacja i procesowe wykorzystanie podsłuchów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji*, „Palestra” 2010/9–10, s. 73
- Wild Mikołaj** (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, red. M. Safjan. L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, uwagi do art. 51