



Warszawa, 7.12.2023

RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Marcin Wiącek

II.511.682.2023.MM

3322

Trybunał Konstytucyjny

Al. Jana Christiana Szucha 12 A

00 - 918 Warszawa

sygn. akt SK 93/23

W związku z otrzymanym w dniu 10 listopada 2023 r. zawiadomieniem o wszczęciu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie skargi konstytucyjnej M K , sygn. akt SK 93/23, działając na podstawie art. 63 ust. 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r., poz. 2393 - t.j.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2023 r., poz. 1058 - t.j.) zgłaszam udział w przedmiotowym postępowaniu i wnoszę o stwierdzenie, że:

art. 17 ust. 15i w zw. z art. 17 ust. 15h w zw. z art. 17 ust. 15g pkt 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 104, poz. 708, ze zm. - dalej jako: „ustawa o CBA”) w zakresie w jakim nie przewiduje możliwości wniesienia zażalenia przez inną niż Prokurator Generalny osobę, na postanowienie sądu w przedmiocie dopuszczenia do wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 k.p.k. albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji,

o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. **jest niezgodny** z art. 45 ust. 1 oraz art. 78 w zw. z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP.

UZASADNIENIE

1. Pismem z dnia 10 listopada 2023 r. Rzecznik Praw Obywatelskich został zawiadomiony o wszczęciu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie skargi konstytucyjnej M K (SK 93/23).
2. Skarżący wniósł o stwierdzenie, że art. 17 ust. 15i w zw. z art. 17 ust. 15h w zw. z art. 17 ust. 15g pkt 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 104, poz. 708, ze zm. - dalej jako: „ustawa o CBA”) w zakresie, w jakim wskazane przepisy nie przewidują możliwości wniesienia zażalenia przez inną osobę niż Prokurator Generalny, na postanowienie sądu w przedmiocie dopuszczenia do wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 k.p.k. albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. są niezgodne z: art. 32 ust. 1 w zw. z art. 78 Konstytucji RP, art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, art. 78 w zw. z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 45 ust. 1 w zw. z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP.
3. Skarżący wskazał, że postanowieniem z dnia września 2022 r. Sąd Apelacyjny w W (sygn.) utrzymał w mocy zaskarżone przez obrońcę M K zarządzenie z lipca 2022 r. (sygn.) w przedmiocie odmowy przyjęcia zażalenia na postanowienie Sądu Okręgowego w W z dnia marca 2022r. w przedmiocie stwierdzenia, że wyszczególnione w tym postanowieniu materiały pochodzące z kontroli operacyjnej zawierają informacje stanowiące tajemnicę związaną z wykonywaniem zawodu radcy prawnego i doradcy podatkowego oraz o wyrażeniu zgody na ich wykorzystanie w postępowaniu karnym. Tym samym przesądził o odmowie przyjęcia zażalenia skarżącego na postanowienie Sądu Okręgowego w W z marca 2022 r., dopuszczające do wykorzystania w postępowaniu karnym informacji zawierających tajemnicę zawodową radcy

prawnego i doradcy podatkowego, przyjmując że przepisy art. 17 ust. 15i w zw. z art. 17 ust. 15h oraz art. 17 ust. 15g pkt 2 ustawy o CBA nie przewidują możliwości wniesienia zażalenia przez inną, niż Prokurator Generalny, osobę na postanowienie Sądu w przedmiocie dopuszczenia do wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 k.p.k. albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k.,

4. W ocenie skarżącego takie rozwiązanie stanowi pominięcie prawodawcze ustawodawcy, które skutkuje podważeniem konstytucyjnej zasady równości wobec prawa, prawa do sądu, prawa do obrony, prawa obywatela do zaskarżania orzeczeń i decyzji oraz zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego, co oznacza, że wskazane pominięcie prawodawcze ma wpływ na podstawowe prawa i wolności jednostki zagwarantowane w Konstytucji RP oraz ratyfikowanych umowach międzynarodowych.

5. Przed przystąpieniem do rozważań natury szczególnej 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). B. Hołyst, pisząc o podsłuchu operacyjnym użył wręcz określenia „podsłuch przedprocesowy” (B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2012, s. 1188). Czynności te mogą ponadto być przedsięwzięte w celu pozyskiwania dowodów dla toczącego się postępowania, albowiem do niektórych źródeł dowodowych nie można dotrzeć w trybie czynności procesowych. Niemniej jednak nie są one czynnościami procesowymi i nie mają względem nich zastosowania przepisy Kodeksu postępowania karnego. Podstawę prawną

stanowią zatem poszczególne przepisy ustaw regulujących działalność poszczególnych służb państwowych. 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. 19 ust. 6 ustawy o Policji).

6. 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 dalej 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*).
7. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie, co znajduje swoje uzasadnienie w charakterze i celu podejmowania działań operacyjnych. W tym kontekście, podkreślić należy, że z jednej strony niejawność 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 12.12.2005 r., K 32/04, OTK Z.U. 2005/11A/132).

8. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie konstatawał, że czynności operacyjno-rozpoznawcze ingerują w konstytucyjnie chronione prawa i wolności obywatelskie. I tak w powołanym wyżej wyroku, Trybunał stwierdził, że: „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” (wyrok TK z 12.12.2005 r., K 32/04, OTK Z.U. 2005/11A/132). Należy przy tym przypomnieć, że tajemnica adwokacka (radcy prawnego), to instytucja chroniąca w pierwszej kolejności prawo do prywatności oraz swobodę komunikowania się jednostki w sferze związanej z możliwością korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej (P. Kardas, Tajemnica adwokacka a procesowe zakazy dowodowe, w: red. J. Giezek, P. Kardas, Etyka adwokacka w kontradictoryjnym procesie karnym, Warszawa 2015, s. 230 i n.).

9. Zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami, stosowanie kontroli operacyjnej zostało przewidziano m.in. w: ustawie o CBA. Kontrolę operacyjną zarządza Sąd Okręgowy w W (art. 17 ust. 2 ustawy o CBA) na podstawie pisemnego wniosku Szefa CBA, złożonego po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego (art. 17 ust. 1 ustawy o CBA). Co warte podkreślenia, sąd może zarządzić kontrolę operacyjną tylko w celu podjęcia przez CBA czynności operacyjno-rozpoznawczych, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy o CBA. W tym miejscu na uwagę zasługuje, jednakże fakt, iż ustawodawca przewidział w tzw. przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby ona spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej przez Szefa CBA po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego. Organ zarządzający kontrolę operacyjną jest wówczas zobligowany do jednoczesnego skierowania do Sądu Okręgowego w W wniosku o wydanie stosownego postanowienia. W terminie 5 dni od dnia otrzymania wniosku, sąd wydaje postanowienie w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej. W przypadku nieudzielenia przez sąd zgody, Szef CBA wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz poleca niezwłoczne, protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania (art. 17 ust. 3 ustawy o CBA).
10. Zgodnie z art. 15i ustawy o CBA, na postanowienie sądu w przedmiocie dopuszczenia do wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów, o których mowa w ust. 15g pkt 2 (materiałów zawierających informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k., nieobjęte zakazami określonymi w art. 178a i art. 180 § 3 k.p.k. z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 k.k.), Prokuratorowi Generalnemu przysługuje zażalenie. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego. W konsekwencji, tylko Prokurator Generalny ma uprawnienie do złożenia zażalenia. W praktyce oznacza to przyznanie Prokuratorowi Generalnemu prawo do złożenia zażalenia na postanowienie odmawiające wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu adwokata lub radcy prawnego. Podmiot, wobec którego zastosowano kontrolę operacyjną czy też adwokat, radca prawny nie ma możliwości złożenia zażalenia na postanowienie Sądu Okręgowego w W . Taki stan prawny musi wzbudzać niepokój, w

szczegółności, że sąd decyduje w istocie rzeczy o zarządzeniu czynności, które wkraczają w podstawowe prawa i wolności obywatelskie oraz w sprawy objęte tajemnicą adwokacką lub radcy prawnego. 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... op. cit., s. 38, zob. również P. Pająk, *Kontrola operacyjna do kontroli konstytucyjnej*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2010 r., z. 2, s. 171).

11. Warto przypomnieć, że tajemnica adwokacka czy radcy prawnego chroni nie adwokata czy radcę prawnego, ale ich klienta, który w kontakcie z profesjonalnym pełnomocnikiem oczekuje realizacji swych praw i wolności. Istotą tajemnicy zawodowej adwokata i radcy prawnego jest nić zaufania z klientem. Utrzymanie tej relacji ma podwójne znaczenie: jest potrzebne klientowi, który powierzając sekrety, może znaleźć oparcie w zaufanej osobie swojego adwokata. Jest także korzystne dla ogółu społeczeństwa, ponieważ dzięki temu, że ułatwia poznanie prawa i realizację prawa do obrony, przyczynia się do rzeczywistego wymierzania sprawiedliwości oraz ujawnienia prawdy. Relacja łącząca adwokata (radcę prawnego) z klientem jest jednak bardzo wrażliwa, ze względu na naturę powierzanych informacji. Dlatego musi być objęta szczególną ochroną (A. Bodnar, Wprowadzenie, w: M. Mrowicki red., *Ochrona tajemnicy adwokata (radcy prawnego) a działania władzy*, Warszawa 2019, s. 5). System prawny przewiduje zaś zarówno regulacje chroniące tajemnicę adwokacką, jak i rozwiązania mające na celu ochronę dobra postępowania karnego oraz zagwarantowanie najpełniejszej realizacji jego celów. W tym stanie rzeczy decyzja w przedmiocie zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej jest w istocie rozstrzygnięciem o wyborze jednej z pozostających w kolizji chronionych prawem wartości kosztem pominięcia ochrony drugiej (P. Kardas, *Zasady ochrony tajemnicy adwokackiej w polskim systemie prawa*. (Kilka uwag o praktyce sądów

w zakresie zwalniania adwokatów z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym), w: M. Mrowicki red., Ochrona tajemnicy adwokata (radcy prawnego) a działania władzy, Warszawa 2019, s. 15).

- 12.** Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że obowiązek ochrony tajemnicy zawodowej na poziomie konstytucyjnym jest przejawem ochrony: prywatności (art. 47 Konstytucji RP), autonomii informacyjnej jednostki (art. 51 Konstytucji RP), prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP), a także prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Z wyroku tego wynika, że nie da się abstrakcyjnie określić relacji między dobrem, któremu ma służyć tajemnica zawodowa, a dobrem wymiaru sprawiedliwości. Takie wartościowanie należy przeprowadzić ad casum, z uwzględnieniem okoliczności sprawy (wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80).
- 13.** Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że przywiązuje szczególne znaczenie dla ryzyka naruszenia tajemnicy adwokackiej, gdy naruszenie takie może mieć wpływ na prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, a tajemnica adwokacka opiera się na relacji zaufania pomiędzy adwokatem a jego klientem (wyrok ETPC z 6.12.2012 r. Michaud p. Francji, skarga nr 12323/11). Jakkolwiek, według ETPC, art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka chroni poufność wszelkiej „korespondencji” pomiędzy osobami, to przyznaje on wzmocnioną ochronę porozumiewania się adwokatów z ich klientami. Uzasadnieniem tego jest okoliczność, iż adwokatom została przypisana zasadnicza rola w demokratycznym społeczeństwie, tj. rola obrony stron procesowych. Adwokaci mogą jednak wywiązać się z tego podstawowego zadania, jeżeli nie mogą zagwarantować osobom, których bronią, poufności wzajemnej komunikacji. Chodzi tu o relację zaufania pomiędzy adwokatem a klientami, która jest niezbędna dla wypełnienia tej misji. Pośrednio, lecz konieczne zależne od tego jest prawo każdego do rzetelnego procesu, włącznie z prawem oskarżonego do niedostarczania dowodów na własną niekorzyść (S. Trociuk, Konstytucyjne aspekty ochrony tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego), w: M. Mrowicki red., Ochrona tajemnicy adwokata (radcy prawnego) a działania władzy, Warszawa 2019, s. 10-11).

14. Związane nierozzerwalnie z instytucją tajemnicy adwokackiej zakazy dowodowe to wszak formalne przeszkody w przeprowadzaniu i wykorzystywaniu dowodów, blokada, której znaczenie w realiach konkretnego postępowania bywa naprawdę znaczące. W tym kontekście napięcia dotyczące zakresu i charakteru ochrony tajemnicy adwokackiej występujące między adwokatami, będącymi depozytariuszami objętych ochroną informacji, a prokuratorami, dążącymi do maksymalnego zawężenia zakresu danych niepodlegających z uwagi na tajemnicę ujawnieniu w toku czynności dowodowych w procesie karnym, uznać należy wręcz za naturalne. Stanowią nieodłączny składnik procesu, w którym występują okoliczności wskazujące na dysponowanie przez adwokata informacjami mającymi znaczenie dla prowadzonego postępowania, których ujawnienia na żądanie organu procesowego adwokat, jako zobowiązany do dyskrecji zawodowej depozytariusz, odmawia. Prowadzone w tym obszarze spory, poddawane są rozstrzygnięciu przez niezawisłe sądy. Powierzenie sądom kognicji do rozstrzygania kwestii zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej, a tym samym otwarcia drogi do przeprowadzenia dowodu z przesłuchania depozytariusza tajemnicy co do okoliczności, o których wiedzę uzyskał prowadząc sprawę lub udzielając porady prawnej, wydaje się wręcz oczywiste. Tylko sąd, instytucjonalnie usytuowany w pozycji arbitra i tym samym niezaangażowany w spór dotyczący możliwości wykorzystania chronionego osobowego źródła dowodowego (P. Kardas, *Zasady ochrony tajemnicy adwokackiej w polskim systemie prawa. (Kilka uwag o praktyce sądów w zakresie zwalniania adwokatów z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym)*, w: M. Mrowicki red., *Ochrona tajemnicy adwokata (radcy prawnego) a działania władzy*, Warszawa 2019, s. 14). Prawnik jest przy tym nie tylko powiernikiem swojego mocodawcy, ale przede wszystkim profesjonalistą zobowiązanym do działania wyłącznie w jego interesie, w granicach i w sposób dopuszczalny przez przepisy prawa. Bez istnienia instytucjonalnych gwarancji poufności nie jest możliwe, zarówno w sensie prawnym, jak i społecznym, funkcjonowanie jakiegokolwiek systemu profesjonalnej pomocy prawnej. W tej perspektywie ochrona tajemnicy zawodowej adwokatów to zarówno ochrona prywatności jednostek korzystających z pomocy prawnej, jak i ochrona mającego ogólnospołeczny charakter interesu związanego z systemem pomocy prawnej (ibid., s. 21).

- 15.** Mając na względzie powyższe, zażalenie powinno przysługiwać nie tylko Prokuratorowi Generalnemu, ale również drugiej stronie tego postępowania incydentalnego, jak i również osobom objętym obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej adwokata, radcy prawnego czy doradcy podatkowego, wobec których orzeczono o zwolnieniu ich z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Obywatel powinien mieć prawo do złożenia zażalenia na decyzje sądu w zakresie przeprowadzonych względem niego czynności operacyjnych, w szczególności zaś w zakresie dopuszczenia materiałów objętych tajemnicą adwokacką lub radcy prawnego. 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 nawet informowany o zarządzanej wobec niego kontroli operacyjnej. Brak zapewnienia jednostce wyżej wskazanego uprawnienia do zaskarżenia wskazanego orzeczenia jest niezgodny z konstytucyjnymi standardami, w szczególności z prawem do zaskarżalności i zasadą dwuinstancyjności postępowania.
- 16.** Przytoczyć należy tu również utrwalone orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej „ETPC”), zgodnie z którym już samo istnienie regulacji zezwalających na arbitralną inwigilację obywateli stanowi naruszenie art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: „EKPC”) oraz uprawnia do wniesienia skargi do ETPC (zob. wyroki ETPC z 4.12.2015 r. w sprawie Zakharov przeciwko Rosji, skarga nr 47143/06; z 12.01.2016 r. w sprawie Szabó i Vissy przeciwko Węgrom, skarga nr 37138/14, z 25.05.2021 r. w sprawie Big Brother Watch and Others przeciwko Zjednoczonemu Królestwu [Wielka Izba], skargi nr 58170/13, 62322/14, 24960/15, z 25.05.2021 r. w sprawie Centrum För Rättvisa przeciwko Szwecji, skarga nr 35252/08). Podobnie, do skutecznego wniesienia skargi wystarczy już gromadzenie danych o jednostkach, bez względu na to, w jaki sposób mają one zostać w przyszłości wykorzystane (zob. wyrok ETPC z 4.05.2000 r. w sprawie Rotaru przeciwko Rumunii, skarga nr 28341/95).
- 17.** W tym stanie rzeczy, w mojej ocenie, przepisy regulujące omawianą wyżej materię powinny zostać uznane za niezgodne z art. 78 oraz art. 176 ust. 1 Konstytucji RP.

- 18.** Należy zwrócić uwagę na stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym „wyższe standardy konstytucyjności regulacji niejawnego pozyskiwania informacji o jednostkach dotyczą wiadomości przekazywanych osobom wykonującym zawody zaufania publicznego w ramach wykonywanych przez nie funkcji” (Wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80). Chodzi zwłaszcza o kontakty związane z udzielaniem pomocy prawnej, które opierają się na szczególnym zaufaniu klientów nie tylko do kwalifikacji zawodowych, ale też do zachowania w dyskrekcji przekazywanych treści nierzadko o charakterze ściśle osobistym czy intymnym. Stąd „ochrona poufności takich przekazów - a nie osób, którym te informacje powierzono - jest istotnym elementem budującym klimat wzajemnego zaufania i koniecznym warunkiem jego ochrony, w wymiarze indywidualnym i społecznym. Z tego powodu ustawodawca jest zobowiązany chronić poufność wiadomości przekazywanych w warunkach dyskrekcji osobom wykonującym zawody zaufania publicznego znacznie intensywniej niż poufność innych informacji przekazywanych między jednostkami” (ibidem).
- 19.** Podstawową funkcją tajemnicy zawodowej jest ochrona wolności i praw konstytucyjnych jednostek przekazujących w dyskrekcji pewne informacje na swój temat osobom wykonującym zawody zaufania publicznego (por. wyrok TK z 2 lipca 2007 r., sygn. K 41/05, cz. III, pkt 7). Ochrona tajemnicy zawodowej powinna być zatem każdorazowo widziana jako przejaw m.in. ochrony wolności i praw jednostki, zwłaszcza jej prywatności (art. 47 Konstytucji), autonomii informacyjnej (art. 51 ust. 1 Konstytucji), prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji) czy prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji). Dlatego prawo do prywatności i poufności informacji przysługuje nie radcom prawnym czy adwokatom, ale ich klientom; natomiast na radcach prawnym czy adwokatach spoczywa obowiązek respektowania tego prawa (mutatis mutandis: wyrok TK z 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 107, cz. III, pkt 3).
- 20.** Konieczne, w ocenie Trybunału Konstytucyjnego, jest jednak zapewnienie stosownych gwarancji proceduralnych, eliminujących nieuprawnione pozyskanie przez służby policyjne oraz służby ochrony państwa informacji, które - z uwagi na ich treść i okoliczności przekazania - powinny podlegać ochronie prawnej. Trybunał Konstytucyjny wskazał na modelowe rozwiązanie przewidziane w tym zakresie w art. 180 § 2 k.p.k., tj. mechanizm zwolnienia z tajemnicy zawodowej

przez sąd, jeżeli jest to konieczne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, zaś dana okoliczność nie może zostać wykazana w inny sposób, niełamiający tajemnicy zawodowej (wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80). Ów mechanizm został pozytywnie oceniony przez Trybunał Konstytucyjny (zob. wyrok TK z 22.11.2004 r., sygn. SK 64/03). W ocenie Trybunału, zbliżone w swej istocie rozwiązania legislacyjne powinny dotyczyć również ochrony tajemnicy zawodowej w trakcie czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym kontroli operacyjnej. Nie ma żadnych uzasadnionych podstaw, by na tym etapie postępowania stosować łagodniejsze standardy niż przewidziane w postępowaniu karnym. Przeciwnie, standardy te - z uwagi na niejawnosć kontroli oraz jej ponadprocesowy charakter - powinny być co najmniej zbieżne ze standardami w postępowaniu karnym (wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80).

- 21.** Należy wskazać w zaskarżonym przepisie brak dostatecznych gwarancji proceduralnych zapewniających ochronę poufności informacji przekazywanych podmiotom wykonującym zawody zaufania publicznego. Nie przewiduje on - w sposób niebudzący wątpliwości interpretacyjnych - ani obowiązku uprzedniej, kontroli instancyjnej zwolnienia (uchylenia) z tajemnicy zawodowej w konkretnej sprawie. Mankamentem konstytucyjnym zaskarżonego przepisu jest niezagwarantowanie w ustawie, że w sytuacji uzasadnionego podejrzenia, że zgromadzone materiały zawierają informacje objęte tajemnicą zawodową i z tego powodu wymagają szczególnej ochrony, nastąpi dodatkowa weryfikacja tych materiałów przez sąd i ewentualne zwolnienie z tajemnicy zawodowej, zanim zostaną przekazane funkcjonariuszom służb bądź prokuratorowi. Nie pozwala podmiotom objętym niniejszym zwolnieniem na wskazanie swojego stanowiska czy też kontroli prawidłowości i legalności orzeczenia sądowego w tym zakresie. Temu mogłoby służyć zażalenie składane przez inny podmiot niż ten zainteresowany użyciem tych materiałów, podmiot niezależny, który kontrolowałby ewentualną arbitralność przy decydowaniu o wykorzystywaniu materiałów obejmujących tajemnicę zawodową w postępowaniu karnym. Wynika to z ryzyka możliwości zapoznania się przez funkcjonariuszy służb z informacjami stanowiącymi tajemnicę zawodową, zwłaszcza wobec braku jednoznacznego ustawowego zakazu wykorzystywania dowodów pochodzących z "zatrutego drzewa". Ryzyko to jest poważne, aczkolwiek nie na tyle, aby usprawiedliwiać zupełne wyłączenie określonej grupy podmiotów - również adwokatów i radców

prawnych - spod kontroli operacyjnej. Jednakże aktualne rozwiązanie nie minimalizuje ryzyka wykorzystania informacji wymagających ochrony.

- 22.** Dodatkowo, należy wskazać, że Trybunał zwracał już uwagę na daleko idącą rozbieżność unormowań w zakresie uzyskiwania informacji w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, de lege lata zezwalających utrwałać takie komunikaty, które nie mogą następnie być wykorzystane w postępowaniu karnym jako dowód w sprawie (aktualny art. 168a i art. 168b k.p.k.). Obowiązujące unormowania o charakterze gwarancyjnym, jakie przewidują przepisy k.p.k. w stosunku do tajemnicy zawodowej, stają się tym samym iluzoryczne, skoro pomimo ogólnego zakazu wprowadzania treści stanowiących tajemnicę zawodową do procesu karnego jako dowodów w sprawie, ustawodawca zezwala - chociażby pośrednio, przez niejednoznaczną regulację ustawową - na ich gromadzenie i przechowywanie przez służby uprawnione do stosowania kontroli operacyjnej (wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80). Zwrócić wreszcie trzeba uwagę na poważne zagrożenia, jakie dla ochrony tajemnicy zawodowej wynikają z wprowadzenia do obrotu prawnego art. 168a k. p. k. W myśl tego przepisu dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że uzyskany został z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k. k., chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. Z art. 168a k. p. k. wynika więc, że co do zasady (z wyjątkami określonymi w tym przepisie) jako dowód w procesie karnym mogą być dopuszczone materiały uzyskane z naruszeniem tajemnicy zawodowej. W ten sposób wynikająca z przepisów Prawa o adwokaturze oraz ustawy o radcach prawnych tajemnica zawodowa staje się nieodporną na ekscesywne działania funkcjonariuszy publicznych. Dodatkowo, jeśli będą to działania podejmowane przez prokuratora, może on nie ponieść żadnej odpowiedzialności z tego tytułu. Z art. 137 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze wynika bowiem, że nie stanowi przewinienia dyscyplinarnego działanie lub zaniechanie prokuratora podjęte wyłącznie w interesie społecznym (S. Trociuk, Konstytucyjne aspekty ochrony tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego), w. M. Mrowicki red., Ochrona tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego) a działania władzy, Warszawa 2019, s. 12).

- 23.** Konstytucyjny standard zaskarżalności orzeczeń określony jest w art. 176 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji. Art. 176 ust. 1 Konstytucji gwarantuje, że postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne, z kolei art. 78 Konstytucji, 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).
- 24.** Dzięki kontroli instancyjnej istnieje możliwość wyeliminowania błędnych decyzji i ustaleń naruszających prawa oskarżonego. Podejrzenie naruszenia któregoś 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). Gwarancji realizacji prawa do zaskarżania poszukiwać należy bezpośrednio w przepisach Konstytucji RP. Zgodnie z art. 78 Konstytucji RP, każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w I instancji. 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, 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 usprawiedliwiałyby pozbawienie strony postępowania środka odwoławczego (wyrok TK z 12.06.2002 r., P 13/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 42). W niniejszej sprawie, zgodzić się należy ze Skarżącym, że takie ukształtowanie przepisów doprowadziło do nieuzasadnionego i niezgodnego z art. 78 Konstytucji pozbawieniem strony prawa do środka odwoławczego.

- 25.** Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, gwarancja instancyjności jako proceduralnej zasady postępowania sądowego i administracyjnego wyrażona w art. 78 zdanie pierwsze Konstytucji wzmacnia konstytucyjne prawo do sądu i stanowi, iż każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. „O ile przedmiotem roszczenia na podstawie art. 45 ust. 1 jest «rozpatrzenie sprawy», o tyle zasada instancyjności z art. 78 Konstytucji dotyczy procesu decyzyjnego, a więc pierwszego rozstrzygnięcia w tej sprawie. Z istoty rzeczy odnosi się więc do pewnego etapu rozpatrywania sprawy. Podniesiona do konstytucyjnej rangi kontrola ma zapobiegać pomyłkom i arbitralności w pierwszej instancji” (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). Takim organem, z uwagi na określone stanowisko w sprawie i interes w wykorzystaniu materiału dowodowego, nie jest Prokurator Generalny.

- 26.** Prawo do sądu jako organu sprawującego wymiar sprawiedliwości obejmuje w szczególności prawo do rzetelnej procedury sądowej, w tym zaś prawo do zaskarżenia pierwszoinstancyjnego orzeczenia 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 niewątpliwy 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.
- 27.** 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).

- 28.** W moim przekonaniu, rozpatrywane zagadnienie jest „sprawą” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, albowiem podjęcie decyzji w przedmiocie dopuszczenia do wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów - uzyskanych w wyniku zastosowania wobec adwokata, radcy prawnego, doradcy podatkowego, kontroli operacyjnej - zawierających informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k przez sąd ingeruje w podstawowe prawa obywatelskie (np. prawo do prywatności, prawo do komunikowania się), a więc sąd rozstrzyga o konstytucyjnych prawach obywateli. Sąd Okręgowy w W , wydając postanowienie w przedmiocie dopuszczenia do wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów objętych tajemnicą zawodową rozstrzyga zatem o konstytucyjnie chronionych prawach obywatelskich. Powyższe stanowisko zgodne jest z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego. W tym względzie na uwagę zasługuje 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 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: 8.10.2013 r., K 30/11, OTK ZU 2013/7A/98; 27.05.2008 r., SK 57/06, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 63, cz. III, pkt 5; 30.10.2012 r., SK 20/11, OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 110, cz. III, pkt 5.1.1 uzasadnienia).
- 29.** Co niezwykle istotne w kontekście problematyki, będącej przedmiotem niniejszego postępowania, Trybunał uznał, że „ochrona przewidziana w art. 45 ust. 1 Konstytucji 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 8.10.2013 r., 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” (I KZP 26/11, OSNKW 2012, nr 4, poz. 36).

- 30.** Odnosząc się z kolei do art. 78 Konstytucji RP, należy stwierdzić, że naruszeniem art. 78 Konstytucji jest „sytuacja, w której następnie 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).
- 31.** Reasumując powyższe uwagi, skonstatować wypada, że w przypadku tak głębokiej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie, jak kontrola operacyjna w ramach której dochodzi do uchylenia (zwolnienia) tajemnicy adwokackiej czy radcy prawnego, 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 na nieporównywalnie słabszej pozycji. Mając na uwadze zaprezentowane wyżej uwagi, skonkludować należy, że ustawodawca w istocie rzeczy pozostawił jednostkę bez skutecznych narzędzi, mogących zagwarantować mu ochronę konstytucyjnych praw i wolności. Wypada

zatem stwierdzić, że brak środków zaskarżenia w prezentowanej sprawie powoduje, że przepisy, o których mowa w *petitum* niniejszego stanowiska, są niezgodne z art. 45 ust. 1, art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji.

- 32.** Problematyka niejawnej obserwacji obywateli była również przedmiotem wielu orzeczeń TK (zob. wyr TK z: 12.12.2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, Nr 11, poz. 132; 23.06.2009 r., K 54/07, OTK-A 2009, Nr 6, poz. 86; post. TK z 15.11.2010 r., S 4/10, OTK-A 2010, Nr 9, poz. 111; wyr. TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 80). Uwzględniając orzecznictwo ETPC, Trybunał Konstytucyjny zrekapitułował w wyroku z 30 lipca 2014 r. (K 23/11, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 80) konieczne elementy ustawowej regulacji czynności operacyjno-rozpoznawczych zmierzających do inwigilacji jednostki, w tym standard konstytucyjny w zakresie unormowania procedury informowania jednostek o niejawnym pozyskaniu informacji na ich temat, w rozsądnym czasie po zakończeniu działań operacyjnych i zapewnienie na wniosek zainteresowanego poddania sądowej ocenie legalności zastosowania tych czynności. Niejawne pozyskiwanie przez organy władzy publicznej informacji o jednostce wymaga zachowania daleko idących gwarancji proceduralnych.
- 33.** W ocenie Trybunału Konstytucyjnego „przede wszystkim ma istnieć obowiązek poinformowania jednostki o podjętych wobec niej działaniach operacyjno-rozpoznawczych oraz pozyskaniu informacji na jej temat, i to bez względu na to, czy były to osoby podejrzane o naruszenie prawa, czy osoby postronne, które przypadkowo stały się obiektem kontroli. Powiadomienie jednostki na etapie wykonywania działań operacyjno-rozpoznawczych i gromadzenia informacji, co oczywiste, narażałoby je na nieskuteczność. Dlatego ustawodawca powinien zagwarantować późniejsze poinformowanie o tym fakcie. Tego wymagania nie uchyla wprowadzenie innych, zastępczych rozwiązań, jak choćby pełnomocnika osoby kontrolowanej” (wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 80). Na konieczność ustanowienia takiego obowiązku informacyjnego Trybunał zwracał uwagę też wcześniej, w postanowieniu z 25 stycznia 2006 r. (S 2/06, OTK-A 2006/1/13).

- 34.** Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego „zapewnienie informacji jest przesłanką skorzystania przez jednostki z wynikającego z art. 51 ust. 3 Konstytucji prawa dostępu do urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Co do zasady, wszystkie zgromadzone i przetwarzane przez władze publiczne dane o jednostce - chociażby nawet nie tworzyły jednego zorganizowanego zbioru - powinny być udostępniane tej osobie, jeżeli wystąpi ze stosownym żądaniem. Warunkiem (i to podstawowym) skorzystania z prawa unormowanego w art. 51 ust. 3 Konstytucji jest wiedza o gromadzeniu określonych danych i istnieniu ich zbioru. Zaniechanie poinformowania o zebraniu informacji o jednostkach przez władze publiczne samo w sobie stanowi naruszenie art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji. Skoro jednostka nie wie o zebraniu na jej temat określonych informacji - ponieważ dokonało się to w sposób niejawnny, bez jej wiedzy i zgody - nie dysponuje możliwością uzyskania dostępu do nich i nie może żądać ich sprostowania lub usunięcia na warunkach określonych w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Obowiązek informacyjny w powyższym zakresie ma eliminować ryzyko niekontrolowanego tworzenia oraz utrzymywania zbiorów danych nieprzydatnych dla postępowań prowadzonych przez organy państwa, lecz potencjalnie wartościowych z punktu widzenia przyszłych, bliżej nieokreślonych czynności (wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 80).
- 35.** Na marginesie należy również wskazać, że w raporcie pt. „Osiodłać Pegaza” autorzy wnosili, by zakazać w ustawie o Policji (i odpowiednio w ustawie o CBA) kontroli komunikacji, która w sposób oczywisty jest objęta tajemnicą adwokacką. Należałoby również zdefiniować, kiedy to domniemanie może być obalone – standard ten powinien dotyczyć także innych rodzajów uprzywilejowanej komunikacji (A. Bodnar et al., Osiodłać Pegaza”. Przestrzeganie praw obywatelskich w działalności służb specjalnych – założenia reformy, Warszawa 2019, s. 29, https://panoptykon.org/sites/default/files/osiodlac_pegaza_-_jak_powinien_wygladac_nadzor_nad_sluzbami._raport_ekspertow.pdf).
- 36.** Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

11 11 11 11 11