

Warszawa, dnia 13 maja 2022 r.

**Do
Trybunału Konstytucyjnego
Al. Jana Christiana Szucha 12a
00-918 Warszawa**

Dotyczy sprawy:

sygn. akt
Sądu Apelacyjnego w W

Adwokat Bogumił ZYGMONT

Kancelaria Adwokacka w Warszawie
adres – j.n., pełnomocnik Skarżącego
A E
adres – j.n.

SKARGA KONSTYTUCYJNA

Na podstawie **art. 77 ust. 1** ustawy z dnia 30 listopada 2016 roku o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (t.j. Dz.U z 2019 poz. 2393, dalej jako „ustawa o TK”) w zw. z **art. 79 ust. 1** Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. z 1997 Nr 78, poz. 483; dalej jako „Konstytucja RP”) niniejszym **wnoszę skargę konstytucyjną w przedmiocie**

n i e ż g o d n o ś c i

art. 27 ust. 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. 2002 Nr 74 poz. 676 z póź. zm.) – w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, oraz osobie, której rozmowa podlegała kontroli i utrwaleniu, wskutek kontaktu z osobą kontrolowaną, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli

- z art. 45 ust. 1, art. 77 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji RP; oraz

- z art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

I. Stan faktyczny

Wydział Zamiejscowy Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w W prowadził śledztwo pod sygn. akt .

W toku śledztwa A E został przedstawiony zarzut tego, że w dniu .12.2015 roku w nieustalonym miejscu na terenie B w celu popełnienia przestępstwa przez A S , udzielił pomocy A S w organizowaniu przekroczenia wbrew przepisom granicy Rzeczypospolitej Polskiej ustalonym osobom, tj. T I i L I poprzez udzielenie S informacji dotyczących organizowania kontroli bezpieczeństwa i uniknięcia wykrycia tożsamości podróżujących w portach lotniczych, jak również zaproponował A S pomoc w zorganizowaniu ich transportu z Rzeczypospolitej Polskiej, będąc świadomym, że A S organizuje przewóz swoich krewnych T I i L I do B , lecz A S nabył uprzednio bilety lotnicze i nie skorzystał z propozycji pomocy, co stanowi czyn stypizowany w art.

Powyższy zarzut został sformułowany w oparciu o materiał dowodowy uzyskany w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej dotyczącej art. 258 § 2 k.k. wobec A S , na podstawie postanowienia Sądu Okręgowego w W z dnia .10.2015 roku uwzględniającego wniosek Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Zażaleniem z dnia .12.2021 roku, obrońca oskarżonego A.E zaskarżył powyższe postanowienie, zarzucając mu naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na jego treść, polegające na:

- zastosowaniu kontroli operacyjnej, w wyniku której uzyskano materiał dowodowy, na podstawie którego wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutu popełnienia czynu innego niż z art. 258 § 2 k.k. oraz wobec innej osoby niż A S bez uprzedniego uzyskania postanowienia w przedmiocie wyrażenia zgody na wykorzystanie dowodu, stosownie do przepisu art. 27 ust. 15c ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu [dalej: ustawie o ABW i AW];

- zastosowaniu kontroli operacyjnej, w wyniku której uzyskano materiał dowodowy, na podstawie którego wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutu popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. które to przestępstwo nie zostało wymienione w katalogu zawartym w art. 5 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

Podstawę prawną wniesienia zażalenia, która została wprost wskazana przez obrońcę oskarżonego, stanowiły art. 8 Konwencji Europejskiej i art. 13 Konwencji Europejskiej.

Zarządzeniem z dnia .12.2021 roku Sąd Okręgowy w W odmówił przyjęcia zażalenia wobec uznania, że zostało wniesione przez osobę nieuprawnioną (sygn. akt).

Zażaleniem z dnia .01.2022r. obrońca oskarżonego zaskarżył powyższe postanowienie, wskazując, że zarządzenie to zostało wydane wskutek naruszenia przepisów kodeksu postępowania karnego oraz postanowień Konwencji Europejskiej, a jednocześnie – że jest ono rażąco niesprawiedliwe. Dalej argumentował, że Sąd *meriti*, odmawiając przyjęcia zażalenia obrońcy oskarżonego, jako wniesionego przez osobę nieuprawnioną, zaniechał rozważenia podstawy prawnej, która została wprost wskazana i uzasadniona w jego treści.

Obrońca A.E wskazywał również wprost, że uprawnienie do wniesienia przez niego zażalenia na postanowienie w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej wynika bowiem z **przepisów art. 8 Konwencji Europejskiej i art. 13 Konwencji Europejskiej**, które znajdują zastosowanie w polskim porządku prawnym na podstawie norm wynikających z **art. 8 Konstytucji RP i art. 91 Konstytucji RP**, co oznacza, że oskarżonemu, którego prawa zostały naruszone w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej w sposób sprzeczny z przepisami prawa, przysługiwało prawo do wniesienia zażalenia.

Wydanie jednak zarządzenia z dnia .12.2021 roku przez Sąd Okręgowy w W doprowadziło do uniemożliwienia oskarżonemu poddania kontroli odwoławczej orzeczenia naruszającego jego gwarantowane konwencyjnie prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji.

Do przedmiotowego zażalenia obrońca dołączył stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 14 grudnia 2021 roku (sygn. akt SK 60/21), który w analogicznej sprawie zgłosił swój udział przed Trybunałem Konstytucyjnym i wniósł o stwierdzenie, że art. 19 ust. 20 ustawy o Policji w zakresie, w którym nie przyznaje prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie w przedmiocie stosowania kontroli operacyjnej osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP i art. 78 Konstytucji RP w zw. z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP. Stanowisko to – pomimo, że odnosi się do kontroli operacyjnej stosowanej na podstawie ustawy o Policji – znajduje zastosowanie również na kanwie przedmiotowej sprawy.

W uzasadnieniu bowiem stanowiska procesowego Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał wprost, że:

„(...) po zakończonej kontroli operacyjnej, obywatel powinien mieć prawo do złożenia zażalenia na decyzje sądu w zakresie przeprowadzonych względem niego czynności operacyjnych. (...) brak zapewnienia jednostce wyżej wskazanego uprawnienia jest niezgodny z konstytucyjnymi standardami, w szczególności z prawem do zaskarżalności i zasadą dwuinstancyjności postępowania”.

Postanowieniem z dnia .02.2022 roku Sąd Apelacyjny w W (sygn. akt) utrzymał w mocy zaskarżone zarządzenie Sądu Okręgowego w

W _____, wskazując, że stosownie do treści art. 27 ust 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 roku o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu podmiotami uprawnionymi do wnoszenia zażaleń na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej są Szef ABW oraz w ograniczonym zakresie Prokurator Generalny.

W postanowieniu tym Sąd wskazał również, że:

(...) Konfrontując normę tego przepisu z treścią art. 429 § 1 k.p.k. nie może budzić wątpliwości zasadność stanowiska wyrażonego w zaskarżonym zarządzeniu, gdyż zgodnie z art. 459 k.p.k. w zw. z art. 466 § 1 k.p.k. zażalenie przysługuje na postanowienie zamykające drogę do wydania wyroku, co do środka zabezpieczającego oraz na inne postanowienia /zarządzenia/ w przypadkach przewidzianych w ustawie. Prawo do wniesienia zażalenia przysługuje stronom, a także osobie, której postanowienie /zarządzenie/ bezpośrednio dotyczy, chyba że ustawa stanowi inaczej.

Tym samym, Sąd ostatecznie orzekł, że na podstawie art. 27 ust 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 roku o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu A _____ E _____, a więc osobie, która kontaktowała się z osobą wobec której stosowano kontrolę operacyjną co skutkowało postawieniem mu zarzutu nie przysługuje prawo do zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji w przedmiocie zastosowania tejże kontroli.

Postanowienie to zostało doręczone Skarżącemu w dniu ____ .02.2022 roku, o czym świadczą: pieczętka numeratora z datą „2022 02-14”, znajdująca się na górze postanowienia, kopia strony z dziennika korespondencji Kancelarii (w załączeniu), oraz wydruk z systemu e monitoring Poczty Polskiej (w załączeniu).

Od ostatecznego postanowienia nie został wniesiony nadzwyczajny środek zaskarżenia.

II. Wskazanie konstytucyjnych praw Skarżącego, które zostały naruszone i sposobu naruszenia

Sąd Okręgowy w W _____ zarządzeniem z dnia ____ .12.2021 r., a następnie Sąd Apelacyjny w W _____ postanowieniem z dnia ____ .02.2022 r., konsekwentnie odmówił Skarżącemu prawa do wniesienia środka odwoławczego od postanowienia Sądu Okręgowego w W _____ z dnia ____ .10.2015 r. w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej _____) na wniosek Szefa ABW. Podstawą postanowienia o odmowie przyjęcia zażalenia stał się art. 429 § 1 k.p.k., który stanowi, że prezes sądu pierwszej instancji odmawia przyjęcia środka odwoławczego, jeśli wniesiony został przez osobę nieuprawnioną.

Natomiast przepisem, którego interpretacja doprowadziła sądy obu instancji do przekonania, że osoba, wobec której zastosowano kontrolę operacyjną jest osobą nieuprawnioną do wniesienia zażalenia, był art. 27 ust. 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 roku o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, i to właśnie jego zastosowanie doprowadziło do naruszenia konstytucyjnych praw A _____ E _____.

Dlatego też stwierdzenia niezgodności właśnie tego przepisu z Konstytucją, w zakresie w jakim uniemożliwił mu wniesienie zażalenia, domaga się mój Mandant.

Po pierwsze, w ocenie Skarżącego, odmowa przyjęcia środka odwoławczego na postanowienie w przedmiocie kontroli operacyjnej naruszyła jego **prawo do zaskarżania orzeczeń, prawo do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd oraz zamknęła Skarżącemu drogę do dochodzenia naruszonych praw**. Zaistnienie tego naruszenia należy powiązać z **naruszeniem zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego** (albowiem respektowanie dwuinstancyjności postępowania umożliwiłoby rozpoznanie sprawy z uwzględnieniem zasad rzetelnego postępowania, a w szczególności pozwoliłoby osobie pokrzywdzonej ingerencją władzy publicznej na przedstawienie własnego stanowiska w zakresie zasadności, celowości i legalności stosowania, a następnie wykorzystania podsłuchów wobec niej), **naruszeniem zasady proporcjonalności** (albowiem ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, a tymczasem definitywne pozbawienie osoby podsłuchiwanej prawa do skontrolowania decyzji w przedmiocie podsłuchów nie spełnia żadnej z tych przesłanek), a także **naruszeniem zasady demokratycznego państwa prawnego** (albowiem demokratyczne państwo prawne wymaga, aby istniały mechanizmy umożliwiające sprawowanie kontroli nad władczymi działaniami państwa ingerującymi w podstawowe prawa i wolności jednostki, w celu przeciwdziałania arbitralności tych działań i powszechnemu stosowaniu inwigilacji jednostek).

Po drugie, w ocenie Skarżącego, odmowa przyjęcia środka odwoławczego na postanowienie w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej naruszyła jego **prawo do zaskarżenia orzeczenia** w powiązaniu z **zasadą równości wobec prawa**, albowiem nie znajduje wystarczającego uzasadnienia: a) dlaczego prawo do zaskarżenia decyzji w przedmiocie kontroli operacyjnej przysługuje wyłącznie jednemu z podmiotów zainteresowanych treścią rozstrzygnięcia, tj. Szefowi ABW lub Prokuratorowi Generalnemu, natomiast osobie, której prawo do poszanowania życia prywatnego jest w drodze kontroli operacyjnej naruszane, taka możliwość nie przysługuje; b) dlaczego osoby, wobec których jako podstawę zastosowania kontroli rozmów telefonicznych wskazano art. 237 § 1 lub 2 k.p.k., mają na podstawie art. 240 k.p.k. w zw. z art. 459 § 3 k.p.k. prawo do zaskarżenia takiego orzeczenia, podczas gdy zastosowanie tak samo dolegliwego środka na podstawie ustawy o ABW i AW pozostaje niezaskarżalne.

III. Uzasadnienie niezgodności 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

Art. 27 ust. 1, 3, 8 i 9 ustawy o ABW i AW uprawnia Szefa ABW, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, do wystąpienia do Sądu Okręgowego w W z wnioskiem o zastosowanie niejawniej kontroli operacyjnej. W odniesieniu do Skarżącego kontrola ta polegała na uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przez A S przy użyciu środków technicznych, który to kontaktował się z moim

Mandantem za pośrednictwem telefonu. Nie ulega wątpliwości, że niejawne podsłuchiwanie rozmów jest dotkliwą i daleko posuniętą ingerencją w podstawowe prawa człowieka i obywatela, jakimi są prawo do poszanowania jego życia prywatnego i tajemnicy korespondencji. Zakres tematów poruszanych w trakcie rozmów telefonicznych może prowadzić dodatkowo do naruszenia innych podstawowych praw i wolności, np. prawa do poszanowania życia rodzinnego, prawa do czci i dobrego imienia, wolności sumienia i wyznania, wolności dysponowania swoimi danymi osobowymi itd. nie tylko osoby, wobec której prowadzona jest kontrola operacyjna, lecz także wobec osób, z którymi się ona kontaktuje za pośrednictwem środków technicznych.

O istotnym znaczeniu prawa do poszanowania prywatności i tajemnicy korespondencji w systemie prawnym świadczy jego umiejscowienie w najwyższych hierarchią aktach prawnych, w szczególności w art. 47 i art. 49 Konstytucji RP, w art. 8 ust. 1 Konwencji Europejskiej oraz w art. 17 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. nr 38, poz. 167, dalej jako MPPOiP).

Przepisy Konstytucji RP oraz przywołanych wyżej konwencji przewidują ponadto enumeratywnie wymienione przesłanki, których spełnienie czyni naruszenie prawa do prywatności uzasadnionym, tj.:

art. 31 ust. 3 Konstytucji RP:

„Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.”

Art. 8 ust. 2 Konwencji Europejskiej:

„Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób.”

Art. 17 ust. 2 MPPOiP:

„Każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami.”

Należy przy tym zauważyć, że statuujący prawo do poszanowania życia prywatnego art. 47 Konstytucji RP, w odróżnieniu od innych przepisów Konstytucji RP gwarantujących poszczególne prawa i wolności, nie przewiduje możliwości ograniczenia prawa do ochrony prawnej życia prywatnego w ustawie. Ustrojodawca przypisał więc prawu do ochrony prawnej życia prywatnego charakter co do zasady bezwzględny. Tym samym, każde ograniczenie tego prawa musi zostać poddane szczególnej weryfikacji pod kątem jego niezbędności w demokratycznym państwie.

Mając więc na względzie zakres i charakter ochrony zapewniony prawu do prywatności i prawu do tajemnicy korespondencji, jak również rygorystyczne przesłanki, które muszą zostać spełnione, aby naruszenie tych praw mogło być uznane za dozwolone, należy przyjąć zapatrywanie, iż każdorazowa ingerencja przedstawicieli władzy publicznej w ww. prawa powinna być zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP - przedmiotem sprawiedliwego rozstrzygnięcia przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Zastosowanie niejawnej kontroli operacyjnej, polegającej na utrwalaniu rozmów telefonicznych, należy bowiem uznać za „sprawę” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. W tym zakresie warto przywołać pogląd Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym:

„Urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu dotyczy wszystkich sytuacji, w których dochodzi do rozstrzygania 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 27 maja 2008 r., sygn. SK 57/06, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 63, cz. III, pkt 5; 30 października 2012 r., sygn. SK 20/11, OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 110, cz. III, pkt 5.1.1 uzasadnienia).”

a także:

„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 dnia 8 października 2013 r., sygn. K 30/11, OTK ZU 2013/7A/98)

Rozpatrzenie sprawy polegającej na zastosowaniu kontroli operacyjnej powinno posiadać wszelkie przymioty wskazane w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, w tym powinno czynić zadość wynikającej z tego przepisu zasadzie rzetelnego procesu. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, z którego wynika, że nierozłącznym elementem prawa do sprawiedliwego procesu jest prawo do bycia wysłuchanym:

„Naruszenie przysługującego (...) prawa do sądu przejawia się w pozbawieniu go tzw. prawa do wysłuchania, które wprawdzie nie zostało wyrażone w Konstytucji, jednak jest powszechnie uznawane za składową prawa do sądu. Korzenie tego prawa odnaleźć

można w rzymskiej zasadzie audiatur et altera pars, znaczącej dosłownie <<niechaj będzie wysłuchana i druga strona>>.”

(wyrok TK z dnia 12 marca 2002 r., sygn. P 9/01, OTK Z. U. 2002/2A/14)

W tym miejscu warto podkreślić, iż Skarżący dostrzega szczególny charakter czynności operacyjno rozpoznawczych ABW, który uniemożliwia uczestniczenie osoby podsłuchiwanej w procesie decydowania o wdrażaniu podsłuchów, gdyż unicestwiłoby to ich cel i uniemożliwiło skuteczną walkę z przestępczością. Na etapie zarządzania kontroli operacyjnej postępowanie z natury rzeczy musi mieć również charakter poufny. Jednakże w momencie, gdy poinformowanie podsłuchiwanego o fakcie stosowania kontroli operacyjnej nie naraża już czynności operacyjno rozpoznawczych na niepowodzenie, wówczas brak jest przekonujących powodów, aby odbierać podsłuchiwanym tj. (1) osobie wobec której zostało wydane postanowienie w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, jak również (2) osobie, której rozmowy zostały utrwalone w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej wobec osoby trzeciej prawo do dochodzenia naruszeń związanych z realizacją jej podstawowych praw. A przecież art. 77 ust. 2 Konstytucji RP wprost stanowi, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw – z którą to zasada art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW stoi w bezpośredniej sprzeczności.

Brak uwzględnienia w treści art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW osoby, wobec której stosowano kontrolę operacyjną, jak i osoby, której rozmowy zostały utrwalone w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej wobec osoby trzeciej, jako podmiotu uprawnionego do wniesienia zażalenia na postanowienie o zastosowaniu kontroli operacyjnej, powinno być także postrzegane jako sprzeczne z generalną polityką ustawodawcy, na której istnienie wskazał D. Drajewicz:

“Zaskarżalność innych postanowień niż zamykających drogę do wydania wyroku lub co do środka zabezpieczającego stanowi wyraz swego rodzaju polityki ustawodawczej. W tej grupie postanowień, co do których przepis szczególny przyznaje prawo złożenia zażalenia, z reguły znajdują się te postanowienia, które godzą w konstytucyjnie chronioną wolność osobistą (art. 41 Konstytucji RP), tajemnicę komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP) oraz nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji KP). Takie rozwiązanie uznać trzeba za słuszne.”

D. Drajewicz, “Zażalenie w postępowaniu karnym”, Monitor Prawniczy, 2013, nr 1

Mając na względzie konieczność utrzymania kontroli operacyjnej w tajemnicy na etapie jej stosowania, prawo do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd należy ocenić także w powiązaniu z art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, które statuuje zasadę zaskarżalności orzeczeń i dwuinstancyjności postępowania sądowego. Dopiero bowiem przyznanie prawa do wniesienia środka odwoławczego na postanowienie sądu okręgowego w przedmiocie kontroli operacyjnej pozwoliłoby osobie, której prawa zostały naruszone, na rozpoznanie sprawy zgodnie z zasadami rzetelnego postępowania. Dopiero wówczas zrealizowane zostałoby prawo ww. osób do bycia wysłuchanym. W

doktrynie wskazuje się na możliwość występowania tego rodzaju związków pomiędzy prawem do sądu a dwuinstancyjnością postępowania, zob.:

„Możliwość poddania orzeczenia kontroli zwiększa prawdopodobieństwo, że przebieg postępowania będzie realizował wymagania wynikające z prawa do sądu, a wynik postępowania sądowego będzie prawidłowy, co pozwoli urzeczywistnić w pełnym zakresie materialne gwarancje wynikające z Konstytucji RP.”

M. Safjan, L. Bosek (red.), Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, Warszawa 2016, art. 45 Nb 19

Ponadto, z uwagi na fakt, iż możliwość zaskarżania orzeczeń sądu pierwszej instancji do sądu drugiej instancji stanowi zasadę, to pojęcie „zaskarżania orzeczeń” powinno się interpretować jak najszerszej. Jak wskazuje się w doktrynie:

„Pojęcie zaskarżenia nie zostało przez ustrojodawcę zdefiniowane. Należy więc je rozumieć jak najszerszej, co pozwala <<na objęcie jego zakresem różnych, specyficznych dla danej procedury, środków prawnych, których cechą wspólną jest umożliwienie stronie weryfikacji podjętego w pierwszej instancji orzeczenia bądź decyzji>> (wyr. TK z 24.1.2001 r., SK 30/99, OTK 2000, Nr 1, poz. 3).”

oraz

„Wyjątki od zasady sformułowanej w art. 78 mogą być ustanawiane jedynie w ustawie. <<Należy liczyć się z tym, iż nie mogą one prowadzić do naruszenia innych norm konstytucyjnych. (...) Należy (...) uznać, że odstępstwo od reguły wyznaczonej treścią normatywną art. 78 Konstytucji w każdym razie powinno być podużytkowane szczególnymi okolicznościami, które usprawiedliwiłyby pozbawienie strony postępowania środka odwoławczego>> (wyr. TK z 12.6.2002 r., P 13/01, OTK-A 2002, Nr 4, poz. 42).”

(B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz., wyd. 2, Legalis 2012)

Powyższe oznacza jednocześnie, że ograniczenia prawa do wniesienia środka zaskarżenia powinny być wprowadzane jedynie wyjątkowo i w szczególnie uzasadnionych wypadkach. Ograniczenia takie bezwzględnie muszą spełniać nie tylko wymóg określoności ustawowej, ale także wymóg proporcjonalności stawiany przez art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Skarżącego nieuwzględnienie osoby, wobec której stosowano kontrolę operacyjną, jaki i osoby, której rozmowy zostały skontrolowane i utrwalone podczas prowadzenia kontroli operacyjnej wobec osoby trzeciej (tj. jako osoby, której to postanowienie bezpośrednio dotyczy) w treści art. 27 ust. 11 ustawy o ABW i AW jest nieproporcjonalne w zakresie, w jakim pozbawia ww. osoby możliwości zaskarżenia postanowienia w przedmiocie tej kontroli także wówczas, gdy ustało zagrożenie dla dobra czynności operacyjnych ABW. Jak zostało wskazane wyżej, o ile brak możliwości zaskarżenia postanowienia w przedmiocie kontroli operacyjnej może być do pewnego momentu uzasadniony klauzulą bezpieczeństwa lub porządku publicznego, **to jednak utrzymywanie takiego stanu rzeczy także wtedy, gdy ww. osoby mają już wiedzę o zapadłym postanowieniu o zastosowaniu kontroli**

operacyjnej i zdecydują się na wniesienie na to postanowienie zażalenia, i nie będą w stanie już narażać na szwank czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest niedopuszczalne. Tego rodzaju uregulowanie nie jest niezbędne dla zachowania skuteczności działań operacyjnych ABW, a ponadto stanowi regulację niewspółmierną do celów, jakie ma realizować. Wskazać należy, że postępowanie zażaleniowe na postanowienie w przedmiocie kontroli operacyjnej w dalszym ciągu toczyłoby się przy braku jawności zewnętrznej, aby dane o działaniach ABW w konkretnych sprawach czy dane o konkretnych funkcjonariuszach nie były ujawniane opinii publicznej. Brak jest także innych wartości lub zasad konstytucyjnych, które mogłyby uzasadniać posłużenie się przez ustawodawcę przewidzianym w art. 78 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wyjątkiem od zasady zaskarżalności.

Wreszcie należy zauważyć, iż treść art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, w zakresie w jakim pozbawia ww. osoby prawa do sądu i dochodzenia naruszonych praw, godzi w art. 2 Konstytucji. W tym kontekście warto na wstępie zaznaczyć, że:

„Niekiedy TK uznaje bowiem za zasadne równoległe sięgnięcie do wzorców wyrażonych w tych przepisach [zob. wyr. TK z 19.2.2008 r. (P 49/06, OTK-A 2008, Nr 1, poz. 5), w którym dostrzeżono, że nierzetelność postępowania sądowego może naruszać prawo do sądu, a zarazem – ponieważ władza publiczna działa w tej mierze przez legislację i ze względu na skutek nierzetelności postępowania w odbiorze społecznym – może także naruszać art. 2; tak samo wyr. TK z 7.12.2010 r., P 11/09, OTK-A 2010, Nr 10, poz. 128; zob. też wyr. z 12.6.2002 r. (P 13/01, OTK-A 2002, Nr 4, poz. 42), w którym stwierdzono, że o ile instytucjonalna i proceduralna gwarancja prawa do sądu znajduje wyraz przede wszystkim w art. 45 Konstytucji RP, to jednak elementy regulacji prawnych, które kształtują zakres dostępu do sądu w innych płaszczyznach, powinny podlegać ocenie z punktu widzenia art. 2 Konstytucji RP]. Dotyczyć to może zwłaszcza przypadków, w których kwestionowana regulacja narusza jednocześnie zasady przyzwoitej legislacji (wyr. TK z 9.6.2003 r., SK 5/03, OTK 2003, Nr 6, poz. 50).”

(M. Safjan, L. Bosek (red.), Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86, Warszawa 2016, art. 45 Nb 13)

Tego rodzaju sytuacja ma właśnie miejsce na kanwie rozpatrywanej sprawy. Zawarte w ustawie o ABW i AW uregulowania nie tylko naruszają konstytucyjne prawa jednostki, ale również bezpośrednio wpływają na status władzy publicznej w demokratycznym państwie prawa. Brak przyznania osobom podsłuchiwanym prawa do zaskarżania postanowień zapadłych w przedmiocie stosowania kontroli operacyjnej powoduje, że działania władzy publicznej nie są poddane odpowiedniej kontroli. Stwarza to przeświadczenie o bezkarności służb i rodzi realne ryzyko nadużywania uprawnień przez funkcjonariuszy ABW i arbitralności w inwigilowaniu obywateli. Obawa ta jest tym bardziej uzasadniona, jeśli wziąć pod uwagę, że obecnie postanowienia o stosowaniu kontroli operacyjnej wprawdzie są wydawane przez sąd, jednakże w trybie niezapewniającym właściwej weryfikacji zasadności stosowania tejże kontroli. Po pierwsze, jak stanowi art. 27 ust. 2 ustawy o ABW i AW (obowiązujący również w dniu wydania postanowienia przez Sąd Okręgowy w W z dnia .10.2015r.), wniosek

do sądu o zarządzenie kontroli przesyła się z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej. Już samo to wystarcza do stwierdzenia, iż sąd nie ma możliwości dokonania obiektywnej weryfikacji zasadności takiego wniosku, jeśli jest w posiadaniu wyłącznie materiałów wyselekcjonowanych przez podmiot składający wniosek na potwierdzenie jego tezy. Po drugie, uregulowanie zawarte w art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW stanowiące, że postanowienie wydaje Sąd Okręgowy w W , sprawia, że sędziowie Sądu Okręgowego w W nie mają technicznej możliwości rzetelnego zapoznania się z treścią każdego wniosku i załączonych do niego dokumentów. Jak wynika z „Informacji za 2019 rok na temat działalności Policji, Biura Nadzoru Wewnętrzznego, Służby Ochrony Państwa” przygotowanej przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji¹, w 2019 r. organy Policji uprawnione do wnioskowania o kontrolę operacyjną zarejestrowały 8196 wniosków i zarządzeń o kontrolę, przy czym 116 z nich nie uzyskało zgody właściwego prokuratora. Oznacza to, że w samym 2019 r. do sądów okręgowych trafiło 8080 spraw w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, z czego zdecydowana większość do Sądu Okręgowego w W . Przekłada się to na szacunkową liczbę 150 dodatkowych spraw tygodniowo dla jednego tylko sądu w kraju, przy czym sprawy te muszą być rozpoznawane na bieżąco niezależnie od obłożenia pozostałymi sprawami. W praktyce więc weryfikacja sądowa wniosków składanych przez Policję jest iluzoryczna, co znajduje odzwierciedlenie w liczbie odmownych rozstrzygnięć: w 2019 r. – 15, w 2018 r. – 8, w 2017 - 9. Tym bardziej więc konieczne jest umożliwienie stronie o odmiennych interesach, przedstawienia przed sądem odwoławczym argumentów mogących świadczyć o nieprawidłowości zastosowania tej kontroli.

Twierdzenie o wadliwości uregulowania zawartego w art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW znajduje dodatkowe oparcie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat wydał szereg orzeczeń w przedmiocie wykładni art. 13 Konwencji Europejskiej (prawo do skutecznego środka odwoławczego) na tle art. 8 Konwencji (prawo do prywatności). W szczególności należy wskazać na następujące wnioski płynące z orzecznictwa ETPC:

- jedną z podstawowych zasad społeczeństwa demokratycznego jest zasada praworządności. Zasada praworządności wymaga, aby ingerencja władzy wykonawczej w prawa jednostki była poddana efektywnej kontroli, którą co do zasady sprawuje sądownictwo, przynajmniej w ostatniej instancji, zapewniające niezależność, obiektywizm i rzetelne postępowanie - zob. wyrok ETPC z 6.09.1978 r., 5029/71, Klass i inni v. Niemcy, pkt 55;
- zgodnie z zasadą praworządności każdy jest uprawniony do “skutecznego środka odwoławczego”, umożliwiającego ograniczenie przypadków naruszenia prawa do prywatności jedynie do tych “koniecznych w demokratycznym

¹ <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=469>

społeczeństwie” - zob. wyrok ETPC z 24.08.1998 r., 23618/94, Lambert v. Francja, pkt 40;

- art. 13 Europejskiej Konwencji wymaga zagwarantowania środka odwoławczego w sprawach naruszeń spornych w świetle Konwencji. Art. 13 gwarantuje dostępność środka umożliwiającego rozpoznanie istoty naruszeń praw i wolności przewidzianych w Konwencji. “Właściwy organ państwowy” musi rozważyć istotę naruszenia Konwencji i mieć możliwość przyznania odpowiedniego wynagrodzenia. Środek musi być “efektywny” w świetle praktyki i prawa. Ponadto, w odniesieniu do tajnej inwigilacji, obiektywne instrumenty kontroli mogą być wystarczające jedynie dopóty, dopóki działania pozostają niejawnie. Po odtajnieniu działań, środek taki musi przysługiwać osobie dotkniętej naruszeniem - zob. wyrok ETPC z 04.05.2000, 28341/95, Rotaru v. Rumunia, pkt 67 i 69;

- ocena dopuszczalności dowodów z kontroli operacyjnej dokonana przez sąd w toku postępowania karnego nie stanowi odpowiedniego środka odwoławczego, ponieważ wprawdzie ocenia się słuszność dopuszczenia pozyskanych dowodów, to jednak sąd nie ocenia istoty naruszenia Konwencji, tj. czy ingerencja w prawo do prywatności skarżącego była “przewidziana przez ustawę”, tym bardziej sąd nie jest uprawniony do przyznania słusznego wynagrodzenia. Skarga na czynności funkcjonariuszy także nie stanowi skutecznego środka odwoławczego - zob. wyrok ETPC z 12.05.2000 r., 35394/97, Khan v. Wielka Brytania, pkt 44 i 47; wyrok ETPC z 25.09.2001 r., 44787/98, P.G. i J.H. v. Wielka Brytania; wyrok ETPC z 22.10.2002 r., 47114/99, Taylor Sabori v. Wielka Brytania, pkt 23, 24;

- przez „skuteczny środek odwoławczy” w rozumieniu art. 13 należy rozumieć środek odwoławczy na tyle skuteczny, na ile jest to możliwe biorąc pod uwagę jego ograniczony zakres, nieodzownie związany z każdym systemem obserwacji niejawniej, jednakże środek taki musi być zagwarantowany - zob. wyrok ETPC z 07.06.2016 r., 30083/10, Karabeoglu v. Turcja, pkt 127, 132;

- możliwość podważenia w postępowaniu kontradiktoryjnym treści podsłuchów telefonicznych z perspektywy stawianych oskarżonemu zarzutów całkowicie różni się od aspektu dotyczącego postanowień, które posłużyły za podstawę do zastosowania podsłuchów rozmów telefonicznych. A zatem pomimo analizy dowodów dokonanej w postępowaniu karnym, skarżący został pozbawiony dostępu do krajowego środka odwoławczego, który umożliwiłby mu spowodowanie kontroli z punktu widzenia art. 8 Konwencji postanowień dotyczących zastosowania podsłuchów jego rozmów telefonicznych - zob. wyrok ETPC z 7 lutego 2017 r., 35285/08, Irfan Guzel v. Turcja, pkt 106-108 (Z tego względu doszło do naruszenia art. 13 w związku z art. 8 Konwencji).

Konieczność uwzględnienia osoby, wobec której stosowano kontrolę operacyjną w gronie podmiotów uprawnionych do zaskarżenia postanowienia sądu w przedmiocie tej kontroli, była także wielokrotnie postulowana w doktrynie prawniczej. Kwestią tą zainteresował się, oraz dokładnie ją przeanalizował, Rzecznik Praw Obywatelskich, który wnioskiem z dnia 4 grudnia 2015 r. nr II.511.84.2015.KSz wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności art. 19 ust. 20 ustawy o Policji z Konstytucją RP (zob. argumentację na s. 14-24 wniosku RPO i przedstawioną tam doktrynę i orzecznictwo). Wprawdzie następnie Rzecznik Praw Obywatelskich wycofał wniosek, jednak przedstawiona w nim kwestia w dalszym ciągu pozostaje doniosła dla systemu prawnego i zasługuje na zbadanie przez Trybunał Konstytucyjny. Na istotność rozważanego zagadnienia wskazał zresztą Sędzia TK Mariusz Muszyński w zdaniu odrębnym do postanowienia TK z dnia 28 marca 2018 r., sygn. K 9/16: „*W związku ze szczególnym charakterem materii będącej przedmiotem wniosku Rzecznika, w szczególności jej znaczeniem dla ochrony wolności i praw człowieka i obywatela (...)*”. Ww. argumentacja per analogiam dotyczy również konieczności uwzględnienia w gronie podmiotów uprawnionych do zaskarżenia postanowienia sądu w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej osób, których rozmowy były podsłuchiwane na skutek kontaktu z osobą, wobec której stosowano kontrolę operacyjną, jako osób których postanowienie Sądu w tym przedmiocie bezpośrednio dotyczy.

IV. Uzasadnienie niezgodności art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW z art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP

W ocenie Skarżącego, osobnym wzorcem kontroli konstytucyjności artykułu 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW powinien stać się art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Wynika to z dwóch aspektów związanych z zaskarżalnością postanowień sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej w powiązaniu z zasadą równości wobec prawa. Z jednej strony, nieznanym uzasadnieniem zróżnicowaniem sytuacji prawnej dwóch podmiotów jest przyznanie w art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW prawa do wniesienia zażalenia wyłącznie: Szefowi ABW i Prokuratorowi Generalnemu, z jednoczesnym pominięciem drugiej ze stron zainteresowanych rozstrzygnięciem sprawy (tj. osoby poddanej kontroli operacyjnej oraz osoby, której rozmowy, na skutek zastosowania kontroli operacyjnej u jej rozmówcy, zostały skontrolowane i utrwalone). Z drugiej zaś strony, nie znajduje uzasadnienia różnicowanie sytuacji osób znajdujących się w analogicznej sytuacji faktycznej, a mianowicie osób, wobec których wdrożono kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych na zasadzie art. 237 k.p.k. (którym przysługuje uprawnienie do uzyskania informacji o zastosowaniu kontroli i zażalenia na postanowienie w tym przedmiocie (240 k.p.k.), w tym przypadku również osobom, których to postanowienie bezpośrednio dotyczy mają legitymację do skutecznego złożenia zażalenia – tj. osób w analogicznej sytuacji mojego Mandanta – na zasadzie art. 240 k.p.k. w zw. z art. 459 § 3 k.p.k.) i osób takich jak mój Mandant, wobec którego rozmówcy wdrożono kontrolę i utrwalanie rozmów, jednakże z powołaniem się na ustawę o ABW i AW, na mocy której zażalenie jest niedopuszczalne.

Odnosząc się do pierwszego ze wspomnianych wyżej aspektów Skarżący wskazuje, że choć zasadniczo ujęta w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP zasada równości uważana jest za odnoszącą się do podmiotów niebędących podmiotami publicznymi, to w niniejszej sprawie powinna znaleźć pełne zastosowanie. Jak wskazuje się w doktrynie:

„W zakresie, w którym podmioty te mogą być podmiotami konstytucyjnych praw i wolności, przysługuje im prawo podmiotowe do równego traktowania na równi z podmiotami niepublicznymi. O tym zaś, czy dana wolność lub prawo przysługuje publicznej osobie prawnej, decyduje charakter tej wolności lub prawa oraz cel działania osoby prawnej (zob. odpowiednio post. TK z 18.12.2013 r., TS 13/12, OTK B suppl. 2015, Nr 2, poz. 833).”

(M. Safjan, L. Bosek (red.), Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1 86, Warszawa 2016, art. 32 Nb 97)

W kontekście prawa do zaskarżania orzeczeń należy uznać, że organom ABW i Prokuratorowi Generalnemu, wskazanym w art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, zostało przyznane uprawnienie mające swe źródło w art. 78 Konstytucji RP. W zakresie, w jakim podmiotom tym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu okręgowego w przedmiocie kontroli operacyjnej, są one więc stroną postępowania, korzystającą z konstytucyjnego prawa do zaskarżania orzeczeń. Dlatego też trudno znaleźć uzasadnienie dla odmowy przyznania analogicznego uprawnienia drugiej ze stron, tj. osobom zainteresowanym treścią rozstrzygnięcia w przedmiocie kontroli operacyjnej, z zastrzeżeniem, że możliwość zainicjowania kontroli instancyjnej przez tę stronę będzie miała miejsce po zakończeniu kontroli i ustaniu zagrożenia dla działalności operacyjnej Policji.

Drugi aspekt naruszenia zasady równego traktowania podmiotów podobnych przejawia się w odmiennym traktowaniu podmiotów, których rozmowy podlegały kontroli i utrwalaniu, w zależności od trybu jaki został zastosowany. Od strony faktycznej, zarówno kontrola zastosowana na podstawie art. 27 ust. 1, 3 i 9 ustawy o ABW i AW, jak i kontrola zastosowana na podstawie art. 237 § 1 lub § 2 k.p.k., polegają na wdrożeniu wobec konkretnej osoby działań o identycznej dolegliwości i tak samo ingerujących w jej konstytucyjnie zagwarantowane prawa i wolności. Teza ta odnosi się również do osób, takich jak mój Mandant, którego rozmowy telefoniczne zostały poddane kontroli i utrwaleniu z uwagi na fakt, że kontaktował się z nim A S , którego rozmowy były poddane kontroli i utrwalaniu. Tymczasem, osobie podlegającej kontroli (jak i tej, której rozmowy zostały nagrane przypadkiem, wskutek kontaktowania się z osobą kontrolowaną) nie przysługuje zażalenie, jeśli sąd zastosował kontrolę w trybie ustawy o ABW i AW, natomiast przysługuje zażalenie, jeśli identyczna kontrola jest zastosowana na podstawie przepisów k.p.k. Jedyną zatem okolicznością różnicującą obie sytuacje jest to, na jaką podstawie prawną (k.p.k. czy ustawę o ABW i AW) powoła się organ wnioskujący o zarządzenie/zgodę na wdrożenie kontroli. Tego rodzaju odmiennosc jest natomiast wyłącznie przejawem arbitralności, a nie relewantną cechą, która powinna różnicować sytuację prawną inwigilowanych jednostek.

Na kanwie sprawy mojego Mandanta naruszenie zasady równego traktowania w drugim ze wskazanych aspektów było szczególnie rażące. Gdyby więc kontrolę i nagrywanie rozmów wobec A S (a tym samym również automatyczną kontrolę i nagrywanie rozmów A.E) zastosowano na podstawie przepisów k.p.k., a nie ustawy o ABW i AW, wówczas nie ulegałoby wątpliwości, że zażalenie na postanowienie w tym przedmiocie przysługuje mojemu Mandantowi. Sytuacja A.E wyraźnie wskazuje więc, że obecne brzmienie art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW nie ma uzasadnienia systemowego i prowadzi do niedopuszczalnej sytuacji, w której w wypadku zastosowania kontroli i utrwalania rozmów na podstawie kodeksu postępowania karnego, możliwa byłaby kontrola zasadności i legalności tego postanowienia na podstawie art. 240 k.p.k. (oraz w przypadku mojego Mandanta na podstawie art. 240 k.p.k. w zw. z art. 459 § 3 k.p.k.), natomiast zarządzona w tych samych okolicznościach kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych na podstawie ustawy o ABW i AW, pomimo iż potencjalnie nielegalna, nie podlegałaby kontroli.

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

Zagadnienie pominięcia prawodawczego było niejednokrotnie poruszane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W orzeczeniu z dnia 3 grudnia 1996 r. Trybunał Konstytucyjny określił dogmatyczne (pozytywno prawne) przesłanki kontroli unormowań niepełnych. W uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia wskazał, że:

„Trybunał Konstytucyjny nie ma kompetencji do orzekania o zaniechaniach ustawodawcy polegających na braku wydania aktu ustawodawczego, choćby obowiązek jego wydania wynikał z norm konstytucyjnych. W przypadku natomiast aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować” (por. uzasadnienie wyroku w sprawie K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52).

Natomiast w orzeczeniu z dnia 24 września 2001r. w sprawie SK 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 216, Trybunał dokonał rozgraniczenia pomiędzy dwoma zlewającymi się dotychczas pojęciami:

- a) zaniechaniem ustawodawczym i
- b) uregulowaniem niepełnym (pominięciem prawodawczym).

Trybunał wskazał, że zaniechanie ustawodawcze *„polega na tym, że ustawodawca świadomie pozostawia określoną kwestię w całości poza uregulowaniem prawnym”*; natomiast z uregulowaniem niepełnym mamy do czynienia wówczas, gdy ustawodawca normując określoną sferę stosunków *„dokonał tego w sposób niepełny, regulując ją tylko fragmentarycznie”* (zob. M.Grzybowski, Zaniechanie prawodawcze w praktyce polskiego

Trybunału Konstytucyjnego, dostępny w internecie: [https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Poland po.pdf](https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Poland_po.pdf).

O ile Trybunał Konstytucyjny uznał zaniechania prawodawcze za „niepodlegające kognicji Trybunału”, o tyle uznał za dopuszczalne poddanie kontroli zgodności z Konstytucją uregulowań niepełnych.

Jak wskazuje M.Grzybowski, w przypadku kontroli konstytucyjności uregulowań niepełnych (pominięć prawodawczych) za punkt odniesienia obiera się konstytucyjną zasadę równości i równego traktowania.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 19 maja 2003r. K 39/01, OTK ZU nr 5/2003, poz. 40, 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 pozwala na wyeliminowanie nierównego traktowania w analizowanej sferze stosunków prawnych”.

Na przykład w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 09 czerwca 2003r., Trybunał orzekł o naruszeniu Konstytucji poprzez brak unormowania sytuacji podmiotów, których kasacja została odrzucona przez Sąd Najwyższy.

Ponieważ więc w treści art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW ma miejsce nieuzasadnione, dyskryminujące pominięcie, wykluczające osobę, wobec której zastosowano kontrolę operacyjną oraz osobę której rozmowy zostały objęte kontrolą i utwaleniem na skutek kontaktu z osobą kontrolowaną, z kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia na postanowienie w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, wnosząc o stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją RP w zakresie wskazanym w *petitum*.

Załączniki:

- 1/ pełnomocnictwo szczególne;
- 2/ dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3/ zażalenie z grudnia 2021 r. na postanowienie Sądu Okręgowego w W z dnia października 2015 r. sygn. w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej;
- 4/ zarządzenie Zastępcy Przewodniczącej Wydziału Sądu Okręgowego w W z dnia grudnia 2021 r. w przedmiocie odmowy przyjęcia zażalenia;
- 5/ zażalenie na zarządzenie Sądu Okręgowego w W z dnia stycznia 2022 r. w przedmiocie odmowy przyjęcia zażalenia;
- 6/ postanowienie Sądu Apelacyjnego w W z dnia lutego 2022 r., sygn. utrzymujące w mocy zaskarżone zarządzenie;
- 7/ strona z dziennika korespondencji Kancelarii;
- 8/ wydruk z systemu e-monitoring Poczty Polskiej;
- 9/ 4 odpisy skargi wraz z załącznikami.

11101
Bogumił Zygmunt