



**1001-8.TK.91.2022**

**(SK 58/22)**

**TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY**

3333

W związku ze skargą konstytucyjną P D. o stwierdzenie niezgodności art. 459 § 2 w związku z art. 168b ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego [aktualny adres publikacyjny – tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1375] w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje podejrzanemu prawa wniesienia zażalenia na postanowienie prokuratora w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, lub popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej, z art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2, a także z art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

– na podstawie art. 42 pkt 7 oraz art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2393) –

**przedstawiam następujące stanowisko:**

**postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym – wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.**

### UZASADNIENIE

Działając przez swojego pełnomocnika, P D. (dalej: Skarżący) wniósł o stwierdzenie niezgodności art. 459 § 2 w związku z art. 168b ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (aktualny adres publikacyjny – tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1375; dalej: k.p.k.) – w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje podejrzanemu prawa wniesienia zażalenia na postanowienie prokuratora w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, ale innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, lub popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej

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

- z art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

W ocenie Skarżącego, zakwestionowane przepisy stanowiły podstawę prawną postanowienia Sądu Okręgowego w K (dalej: SO w K ) z dnia lutego 2021 r., sygn. akt którym nie uwzględniono zażalenia obrońcy i utrzymano w mocy zarządzenie prokuratora Prokuratury Regionalnej w G delegowanego do Prokuratury Krajowej z dnia października 2020 roku o odmowie przyjęcia zażalenia w sprawie .

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na tle następującego stanu faktycznego.

Wobec Skarżącego w dniu lipca 2015 r., na wniosek Komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji (dalej: CBŚP), zatwierdzony przez Prokuratora Generalnego, zarządzono kontrolę operacyjną

Na zasadzie art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (aktualny adres publikacyjny – tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1882 ze zm.; dalej: ustawa o Policji) Sąd Okręgowy w W (dalej: SO w W ), postanowieniem z dnia lipca 2015 r., sygn. akt podjął decyzję o kontynuowaniu kontroli na okres tj. do dnia października 2015 r.

Po przeanalizowaniu utrwalonych rozmów, funkcjonariusze CBŚP stwierdzili, że zgromadzone materiały stanowią dowód popełnienia innego przestępstwa niż to, które zostało wskazane jako podstawa zastosowania kontroli. Na podstawie ówczynie obowiązującego art. 19 ust. 15c i 15d ustawy o Policji, SO w W , na wniosek Prokuratora Generalnego, postanowieniem z dnia grudnia 2015 r., sygn. akt , wyraził zgodę następczą na wykorzystanie w postępowaniu dowodów popełnienia przestępstwa innego niż to objęte kontrolą.

Trzy lata po wydaniu przez SO w W wymienionego wyżej postanowienia, prokurator Wydziału Zamiejscowego Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w G wydał w dniu grudnia 2018 r. postanowienie w przedmiocie wykorzystania tych samych materiałów z kontroli operacyjnej w postępowaniu prowadzonym przeciwko Skarżącemu o sygn. . obrońca Skarżącego złożył w dniu października 2020 r., za pośrednictwem Prokuratora Wydziału Zamiejscowego Departamentu ds. Przestępczości

Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w G , zażalenie na to postanowienie do Sądu Okręgowego w K (dalej: SO w K ).

W dniu października 2020 r. prokurator Prokuratury Regionalnej w G delegowany do Prokuratury Krajowej wydał zarządzenie o odmowie przyjęcia zażalenia.

Obrońca Skarżącego w dniu listopada 2020 r. złożył, za pośrednictwem Wydziału Zamiejscowego Departamentu ds. Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w G , do SO w K zażalenie na zarządzenie prokuratora z dnia października 2020 r. o odmowie przyjęcia zażalenia obrońcy z dnia października 2020 r. na postanowienie z dnia grudnia 2018 r. w przedmiocie wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej.

SO w K , postanowieniem z dnia lutego 2021 r., sygn. akt , nie uwzględnił złożonego zażalenia i utrzymał w mocy zaskarżone zarządzenie.

W ocenie Skarżącego, *pozostawienie bez rozpoznania środka odwoławczego na postanowienie prokuratora w przedmiocie wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej w postępowaniu o przestępstwo inne niż to objęte zarządzeniem kontroli, naruszyło jego **prawo do zaskarżania orzeczeń, prawo do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd oraz zamknęło 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 zainteresowanej na przedstawienie własnego stanowiska w zakresie zasadności, celowości i legalności wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej w innym postępowaniu karnym), **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 wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej w zakresie nieobjętym postanowieniem sądu o zarządzeniu bądź kontynuowaniu kontroli, 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 obywateli, w celu przeciwdziałania arbitralności tych działań i powszechnemu stosowaniu inwigilacji obywateli) [uzasadnienie skargi konstytucyjnej, str. 3].

Ponadto, zdaniem Skarżącego, pozostawienie bez rozpoznania środka odwoławczego na postanowienie prokuratora w przedmiocie tzw. „zgody następczej” naruszyło jego **prawa do zaskarżenia orzeczenia** w powiązaniu z **zasadą równości wobec prawa**, albowiem nie znajduje wystarczającego uzasadnienia dlaczego osoby, wobec których jako podstawę wykorzystania dowodów popełnienia innego przestępstwa zastosowano art. 237a k.p.k., mają na podstawie art. 240 k.p.k. prawo do zaskarżenia takiego orzeczenia, podczas gdy wydanie analogicznego postanowienia na podstawie ustawy o Policji pozostaje niezaskarżalne (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, str. 3-4).

Skarżący, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez kwestionowane przepisy art. 45 ust. 1 Konstytucji, wskazał iż wydanie przez prokuratora postanowienia w przedmiocie wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej, które wykraczają poza zakres wyznaczony postanowieniem sądu o zarządzeniu kontroli, sprawia, że w istocie materiały te zostają najpierw pozyskane, a następnie – wykorzystane bez jakiegokolwiek udziału sądu. Dlatego też poddanie takiego postanowienia kontroli instancyjnej sądu jest jedynym

*instrumentem, który pozwoli naprawić uchybienie i zapewnić rozpoznanie sprawy przez sąd, zgodnie z normą wynikającą z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, str. 7).*

*Skarżący podniósł, iż, [m]ając jednak na względzie konieczność utrzymania kontroli operacyjnej w tajemnicy na etapie jej stosowania, prawo do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd, a w tym również możliwość przedstawienia swojego stanowiska przez osobę podsłuchiwaną, należy oceniać w powiązaniu z art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, które statują zasadę zaskarżalności orzeczeń i dwuinstancyjności postępowania sądowego. Dopiero bowiem przyznanie prawa do wniesienia środka odwoławczego realizuje prawo osoby podlegającej kontroli do bycia wysłuchanym, a w szczególności do przedstawienia swojego stanowiska w zakresie prawidłowości wykorzystania przeciwko niej materiałów z kontroli operacyjnej. Pierwszoinstancyjne postanowienie w przedmiocie wyrażenia zgody następczej jest bowiem w całości oparte na informacjach przedłożonych przez organ, który zastosował kontrolę, a ponadto jest wydawane przez prokuratora – a więc przyszłego oskarżyciela posiłkowego, który ma określony interes w wykorzystaniu materiałów pozyskanych w toku kontroli i z zasady nie jest bezstronny. Innymi słowy, na etapie wydawania postanowienia w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów z kontroli operacyjnej brak jest elementu kontradiktoryjności, która dałaby stronie podsłuchiwanej możliwość przedstawienia swojego stanowiska (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, str. 7).*

*Skarżący podniósł również, iż brak możliwości zakwestionowania postanowienia godzącego w konstytucyjne prawa i wolności obywatela stoi w sprzeczności z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, który wprost stanowi, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Tymczasem postanowienie, na mocy którego orzeka się o zgodzie na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna,*

*innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, bezsprzecznie rodzi ryzyko naruszenia zasad przewidzianych w art. 47, art. 49 i art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji RP (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, str. 8).*

*Zdaniem Skarżącego, nieprzyznanie osobie, przeciw której prowadzone jest postępowanie i która była podsłuchiwana, prawa do wniesieni zażalenia na postanowienie wydane w trybie art. 168b k.p.k. jest nieproporcjonalne (ibidem).*

*W ocenie Skarżącego, [n]aruszenie zasady równego traktowania podmiotów podobnych przejawia się w odmiennym traktowaniu podmiotów, przeciwko którym mają zostać wykorzystane materiały pozyskane w toku kontroli operacyjnej wykraczające poza zakres tej kontroli, w zależności od trybu jaki został zastosowany przy wdrożeniu kontroli. Od strony faktycznej, zarówno zgoda następcza udzielona na podstawie art. 168b k.p.k., jak i zgoda następcza udzielona na podstawie art. 237a k.p.k., dotyczą pozyskania materiałów w drodze podjęcia wobec konkretnej osoby działań o identycznej dolegliwości i tak samo ingerujących w jej konstytucyjnie zagwarantowane prawa i wolności. Tymczasem, osobie podlegającej kontroli nie przysługuje zażalenie, jeśli pierwotna zgoda na zastosowanie podsłuchów została udzielona w trybie ustawy o Policji, natomiast przysługuje zażalenie, jeśli identyczna zgoda jest udzielona na podstawie przepisów k.p.k. Jediną zatem okolicznością różnicującą obie sytuacje jest to, na jaką podstawę prawną (k.p.k. czy ustawę o Policji) powołano się wdrażając kontrolę rozmów, z której pochodzą materiały wykraczające poza jej zakres, które mają zostać wykorzystane w postępowaniu. Tego rodzaju odmiennosc jest natomiast wyłącznie przejawem arbitralności, a nie relewantną cechą, która powinna różnicować sytuację prawną inwigilowanych obywateli (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, str. 11).*

Zarządzeniem sędziego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 listopada 2021 r. Skarżący został wezwany do usunięcia braków formalnych skargi konstytucyjnej, przez uzasadnienie – stosownie do art. 53 ust. 1 pkt 3 ustawy

o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (dalej: uotpTK) – zarzutu niezgodności art. 459 § 2 w związku z art. 168b k.p.k., w zakresie wskazanym w skardze, z art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Pismem z dnia 29 listopada 2021 r. Skarżący uzupełnił braki formalne skargi konstytucyjnej. W uzasadnieniu pisma Skarżący wskazał, iż *brak regulacji, na podstawie której możliwe byłoby zaskarżenie orzeczeń dotyczących kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych dokonywanych w ramach tzw. kontroli operacyjnej, a więc także postanowienia wydanego na podstawie art. 168b k.p.k., jest niezgodny z art. 78 Konstytucji RP, który przyznaje prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji* (pismo, str. 2). Ponadto Skarżący wskazał, iż *[b]rak możliwości zaskarżenia postanowienia wydanego na podstawie art. 168b k.p.k. należy dodatkowo powiązać z nieuzasadnionym różnicowaniem sytuacji prawnej podmiotów znajdujących się w podobnej sytuacji faktycznej, wbrew normie zwartej w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że równość wymaga, by osoby znajdujące się w takiej samej sytuacji traktować tak samo, a osoby znajdujące się w odmiennej sytuacji – odmiennie (zob. np. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 marca 1988 r., sygn. akt U 7/87). Odnosząc tę zasadę do braku możliwości zaskarżenia postanowienia wydanego na mocy art. 168b k.p.k., należy wskazać, że uprawnienia osób, wobec których wydano postanowienie w tym trybie, w sposób nieuzasadniony różnią się od sytuacji osób, wobec których wydano postanowienie o identycznych skutkach, ale na podstawie art. 237a k.p.k.* (pismo, str. 3).

W niniejszej sprawie udział w postępowaniu zgłosił Rzecznik Praw Obywatelskich, przedstawiając stanowisko, że *art. 459 § 2 ustawy Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm., [...]) w zw. z art. 168b k.p.k. - w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje*



*podejrzanemu prawa wniesienia zażalenia na postanowienie prokuratora w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, lub popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej jest niezgodny z art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 oraz art. 78 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji RP oraz z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Uzasadniając swoje stanowisko, Rzecznik podzielił argumentację zawartą w skardze konstytucyjnej.*

Przed przystąpieniem do oceny konstytucyjności zaskarżonych unormowań konieczne jest ustalenie, czy analizowana skarga spełnia wymagania formalne, i to pomimo przeprowadzenia jej wstępnej kontroli, zwieńczonej postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 czerwca 2022 r., sygn. Ts 172/21, o nadaniu skardze dalszego biegu. Na gruncie orzecznictwa Trybunału ugruntowany jest bowiem pogląd, że nadanie skardze konstytucyjnej biegu nie przesądza o spełnieniu formalnoprawnych przesłanek dopuszczalności orzekania w danej sprawie. Trybunał jest bowiem na każdym etapie postępowania obowiązany do badania, czy nie zachodzi ujemna przesłanka wydania wyroku, skutkująca obligatoryjnym umorzeniem postępowania (zob. m.in. postanowienia TK z dnia: 19 października 2010 r., sygn. SK 8/09, OTK ZU nr 8/A/2010, poz. 94; 18 czerwca 2013 r., sygn. SK 1/12, OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 70; 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13, OTK ZU nr 5/A/2015, poz. 76; 3 grudnia 2019 r., sygn. SK 19/18, OTK ZU seria A z 2019 r., poz. 69).

Skarga konstytucyjna jest nadzwyczajnym środkiem ochrony konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Przesłanki wniesienia oraz merytorycznego rozpoznania skargi konstytucyjnej zostały uregulowane w art. 79 ust. 1 Konstytucji oraz w art. 53 uotpTK.

Artykuł 79 ust. 1 Konstytucji ustanawia trzy podstawowe przesłanki dopuszczalności skargi konstytucyjnej. Pierwszą jest naruszenie określonych w Konstytucji wolności lub praw, których podmiotem jest skarżący. Zgodnie z drugą przesłanką, wymagane jest uzyskanie ostatecznego orzeczenia sądu lub organu administracji publicznej rozstrzygającego o tych wolnościach lub prawach. Ostatnim warunkiem jest konieczność wykazania, że to ustawa lub inny akt normatywny, na podstawie których wydano orzeczenie w sprawie skarżącego, stanowi źródło naruszenia jego wolności lub praw (zob. m.in. postanowienia TK z dnia: 5 listopada 2013 r., sygn. SK 15/12, OTK ZU nr 8/A/2013, poz. 127; 30 listopada 2015 r., sygn. SK 30/14, OTK ZU nr 10/A/2015, poz. 184; 26 sierpnia 2020 r., sygn. SK 44/20, OTK ZU seria A z 2020 r., poz. 44 oraz powołane tam wcześniejsze orzecznictwo).

Z kolei, stosownie do art. 53 ust. 1 pkt 1-4 uotpTK, skarga powinna zawierać: po pierwsze, określenie kwestionowanego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach albo obowiązkach skarżącego określonych w Konstytucji i w stosunku do którego skarżący domaga się stwierdzenia niezgodności z Konstytucją (pkt 1); po drugie, wskazanie, która konstytucyjna wolność lub prawo skarżącego i w jaki sposób – w ocenie skarżącego – zostały naruszone (pkt 2); po trzecie, uzasadnienie zarzutu niezgodności kwestionowanego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego ze wskazaną konstytucyjną wolnością lub prawem skarżącego, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie (pkt 3); po czwarte, przedstawienie stanu faktycznego (pkt 4).

W piśmiennictwie podkreśla się, że warunkiem dopuszczalności skargi konstytucyjnej jest w szczególności udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy w sprawie rzeczywiście zostały naruszone prawa i wolności konstytucyjne skarżącego (zob. L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności*

*prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych.*, wyd. 2014, Legalis 2020, II.§9.II).

Do materialnych przesłanek instytucji skargi konstytucyjnej zalicza się: a) osobisty interes prawny, a nie obiektywny – jak przy konstrukcji skargi powszechnej (*actio popularis*), i b) interes aktualny – a nie potencjalny (zob. J. Trzcíński, M. Wiącek, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, tom II, s. 893). Jak wskazuje się w piśmiennictwie, *[j]eżeli w wyniku dokonanej analizy Trybunał dojdzie do przekonania, że skarga konstytucyjna nie wpłynie na sferę praw i wolności skarżącego, TK przyjmuje niedopuszczalność skargi. Sytuacja taka ma miejsce w szczególności wówczas, gdy niekorzystne względem skarżącego rozstrzygnięcie zapadło nie tylko w wyniku zastosowania zaskarżonego przepisu, lecz także z innych przyczyn, których skarżący nie kwestionuje w swojej skardze. W takiej sytuacji nawet w przypadku uwzględnienia skargi konstytucyjnej oraz wznowienia postępowania na zasadach określonych w art. 190 ust. 4 Konstytucji RP, nie będzie mogła nastąpić restytucja interesów skarżącego [L. Bosek, M. Wild, *op. cit.*, II.§9.II.1.C.c).3].*

Przedmiotem skargi konstytucyjnej może być zatem wyłącznie ta norma prawna, która stanowiła podstawę wydania przez organ władzy publicznej orzeczenia naruszającego prawa lub wolności konstytucyjne skarżącego. Przesądza to o konieczności istnienia merytorycznego związku pomiędzy treścią zakwestionowanej normy prawnej a podjętym na jej podstawie rozstrzygnięciem oraz zarzucanym temu rozstrzygnięciu naruszeniem praw lub wolności konstytucyjnych. Regulacja prawna stanowiąca przedmiot skargi konstytucyjnej musi więc w ten sposób determinować w sensie normatywnym treść wydanego orzeczenia, iż prowadzi to do wskazanego w skardze naruszenia praw lub wolności konstytucyjnych przysługujących skarżącemu (zob. postanowienie TK z dnia 22 lutego 2001 r., sygn. Ts 193/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 77 i przywołane tam orzeczenia).

Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że *[d]o zasadniczych przestąnek dopuszczalności występowania ze skargą konstytucyjną należy uczynienie jej przedmiotem przepisów (ustawy lub innego aktu normatywnego) wykazujących podwójną kwalifikację. Będąc podstawą prawną ostatecznego orzeczenia wydanego w sprawie skarżącego przez sąd lub organ administracji publicznej, muszą one prowadzić jednocześnie do naruszenia wskazywanych przez skarżącego konstytucyjnych wolności lub praw. Skarżący jest przy tym zobligowany (...) do wskazania, które przepisy kwestionowanego aktu normatywnego wykazują taką kwalifikację* (postanowienie TK z dnia 19 października 2004 r., sygn. SK 13/03, OTK ZU nr 9/A/2004, poz. 101).

Jednakże niekonstytucyjne brzmienie normy prawnej, stanowiącej podstawę wydania ostatecznego orzeczenia w sprawie skarżącego, należy odróżnić od dyskusyjnego zastosowania normy prawnej w ostatecznym orzeczeniu w sprawie skarżącego. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, niedopuszczalna jest skarga konstytucyjna na stosowanie prawa, a więc skarga, której zarzuty dotyczą przyjętej przez sąd wykładni przepisu, nieprawidłowej subsumpcji stanu faktycznego czy też wadliwości argumentacji sformułowanej w ostatecznym orzeczeniu (*vide* – postanowienie z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. akt Ts 62/16, OTK ZU seria B z 2016 r., poz. 363).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszego postępowania, należy uznać, iż nie jest możliwe merytoryczne rozpoznanie sprawy, ponieważ w skardze nie wykazano naruszenia konstytucyjnego prawa Skarżącego, a więc istnienia osobistego, aktualnego interesu prawnego. Ponadto P D. zakwestionował zaniechanie prawodawcze, które nie podlega kognicji Trybunału Konstytucyjnego.

W niniejszej sprawie nie wykazano naruszenia konstytucyjnego prawa Skarżącego. Zakwestionowana przez Skarżącego regulacja w istocie w żaden sposób nie narusza jego uprawnień wynikających z wymienionych w skardze wzorców kontroli, ponieważ wszystkie zarzuty Skarżącego pod adresem legalności pozyskania dowodów z kontroli operacyjnej będą szczegółowo i wnikliwie rozważane w postępowaniu jurysdykcyjnym. Trafnie zwrócono na to uwagę w orzecznictwie Sądu Najwyższego na tle instytucji świadka koronnego, gdzie wskazano, że *[n]ie jest też trafny zarzut, jakoby ustanawianie świadka koronnego naruszało art. 78 Konstytucji RP, przez to, że art. 5 ust. 6 ustawy o świadku koronnym nie przewiduje możliwości zażalenia się oskarżonego na postanowienie o powołaniu takiego świadka. Po pierwsze, art. 78 ustawy zasadniczej, przyjmujący jako zasadę prawo strony do zaskarżania orzeczeń wydanych w pierwszej instancji, nie dotyczy - co oczywiste - wszystkich rozstrzygnięć, w tym np. każdego orzeczenia wpadkowego, a takim jest omawiane tu postanowienie. Po wtóre, przepis ten wyraźnie zastrzega, że: "Wyjątki od tej zasady (...) określa ustawa". Dopuszcza więc takowe, i to nawet wobec orzeczeń kończących postępowanie, tym bardziej wpadkowych, a ustawa o świadku koronnym wyjątek ów właśnie realizuje. Po trzecie, odróżnić należy konstrukcję świadka incognito, które to rozwiązanie istotnie ogranicza prawo oskarżonego do obrony, i w związku z tym zapewnia się oskarżonemu możliwość zażalenia się na postanowienie o utajnieniu świadka (art. 184 § 5 k.p.k.), od instytucji świadka koronnego, przy której zapewnia się oskarżonemu i obrońcy pełny oraz bezpośredni kontakt z tym dowodem. Jego nieustanowienie utrudnia jedynie oskarżycielowi publicznemu oskarżanie; przeto to on, i tylko on, został wyposażony w prawo wystąpienia z zażaleniem w razie odmowy nadania podejrzanemu statusu takiego świadka (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2005 r., sygn. II KK 531/04, LEX nr 155390). Argumentacja ta pozostaje w całości aktualna na tle art. 168b k.p.k.*

Ponieważ zarzuty pod adresem kwestionowanych przez Skarżącego dowodów będą rozpoznawane w postępowaniu głównym, nie można również uznać, aby dopuszczenie dowodu z kontroli operacyjnej w konfiguracji procesowej istniejącej w sprawie Skarżącego było samoistną „sprawą” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji. Podobnie jak w sprawie rozstrzygniętej przez Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. Ts 21/09, *rozstrzygnięcie w tym przedmiocie (...) nie jest sprawą w konstytucyjnym znaczeniu, lecz ma charakter akcesoryjny w stosunku do postępowania merytorycznego. Nie stosuje się zatem do niego konstytucyjna zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego* (OTK ZU nr 4/B/2011, poz. 298; por. także postanowienie z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. Ts 21/09, OTK ZU nr 4/B/2011, poz. 299). Również w niniejszej sprawie nie można było mówić o naruszeniu wskazanych przez Skarżącego wzorców kontroli, ponieważ kwestionowane rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego nie rozstrzyga ostatecznie o tych prawach P D. – gdyż w prawa te nie ingeruje. W szczególności wśród wskazanych przez Skarżącego wzorców kontroli nie ma żadnej jednostki redakcyjnej art. 47, art. 49 ani art. 51 Konstytucji. Istotą skargi P D. jest naruszenie prawa do sądu oraz dwuinstancyjności postępowania, a także – wyłącznie w tym kontekście – zasady równości. Tymczasem prokurator może wydać postanowienie w przedmiocie dopuszczenia dowodu z kontroli operacyjnej, jednak przecież – jak wspomniano – dowody te podlegają niezależnej ocenie sądu w procesie jurysdykcyjnym. W orzecznictwie jednoznacznie przyjęto, iż *[n]ie do zaakceptowania jest pogląd, że to prokurator miałby arbitralnie decydować o wykorzystaniu danego dowodu uzyskanego w wyniku wtórnej kontroli operacyjnej w toku całego procesu, a więc również w fazie sądowej. Nie ulega wątpliwości, że prokurator musi podjąć decyzję co do wykorzystania materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej - czy mogą one być wykorzystane w procesie i przedstawione sądowi wraz z aktem oskarżenia, czy też nie. Decyzji prokuratora w tym zakresie dotyczy ostatni*

*fragment dyspozycji art. 168b k.p.k. Oczywiście natomiast musi pozostać, że **na etapie postępowania jurysdykcyjnego, to wyłącznie sąd może podjąć decyzję o dopuszczeniu dowodu, a nie prokurator** [podkr. wł.]. Wynika to z elementarnej zasady rządzącej tym stadium procesu wyrażonej w art. 368 k.p.k. Gdyby zatem doszło do sytuacji, w której prokurator postąpiłby w tym zakresie niezgodnie z kodeksem postępowania karnego, Konstytucją RP czy ustawą o Policji, złożony przez niego wniosek i tak podlega kontroli sądu, który ma decydujące zdanie w kwestii dopuszczenia dowodu (art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k.). Kontrola ta obejmuje też wszystkie ustawowe przesłanki stosowania kontroli operacyjnej, co z istoty swej stanowi pewną formę zgody następczej. Prokurator, dysponując materiałami uzyskanymi w drodze kontroli operacyjnej, musi ocenić ich procesową przydatność. Skutkiem tej oceny zawsze będzie albo złożenie odpowiednich wniosków dowodowych dołączanych do aktu oskarżenia, albo uznanie tych materiałów za nieprzydatne procesowo, co w konsekwencji powinno skutkować ich zniszczeniem. Przy czym art. 168b i art. 237a k.p.k. nie przewidują żadnych ograniczeń czasowych dla podjęcia tej decyzji (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18). Na marginesie należy zauważyć, że z tego powodu w piśmiennictwie nie ma zgody co do formy decyzji prokuratora – niektórzy autorzy wskazują, że zupełnie wystarczająca w tym zakresie jest forma zarządzenia (vide – M. Kurowski, komentarz do art. 168b k.p.k., [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, wyd. 2022, LEX 2022, teza 10).*

Z tego względu samo zawnioskowanie o wykorzystanie takiego dowodu w procesie karnym – choćby nastąpiło w formie postanowienia – nie może naruszać wspomnianych norm konstytucyjnych, ponieważ argumenty podnoszone przeciwko wykorzystaniu takiego dowodu są w wiążący sposób rozstrzygane przez sąd w toku postępowania jurysdykcyjnego. Wszakże rozpoznanie przez sąd w postępowaniu jurysdykcyjnym innych dowodów również nie wymaga aprobaty

stron postępowania, a ich opinia w tym zakresie nie jest dla sądu wiążąca. Nie ma powodu, żeby w przypadku dowodu z kontroli operacyjnej było inaczej.

W niniejszej sprawie nie wykazano więc istnienia po stronie P D. osobistego, aktualnego interesu prawnego w rozstrzygnięciu skargi konstytucyjnej.

Na marginesie niniejszych rozważań należy zauważyć, że skoro w rozpoznawanym zakresie nie można mówić o naruszeniu prawa Skarżącego określonego w art. 78 Konstytucji, to nie może być również mowy o naruszeniu art. 32 ust. 1 ustawy zasadniczej. Jak bowiem konsekwentnie podkreśla się w orzecznictwie, *[u]znając więc prawo do równego traktowania za konstytucyjne prawo jednostki Trybunał Konstytucyjny podkreśla, iż ma ono charakter niejako prawa »drugiego stopnia« (»metaprawa«), tzn. przysługuje ono w związku z konkretnymi normami prawnymi lub innymi działaniami organów władzy publicznej, a nie w oderwaniu od nich - niejako »samoistnie«. **Jeżeli te normy lub działania nie mają odniesienia do konkretnych określonych w Konstytucji wolności i praw, prawo do równego traktowania nie ma w pełni charakteru prawa konstytucyjnego** (...) [podkr. wł.]. (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2001 r., sygn. SK 10/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 225; tak też postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2020 r., sygn. SK 64/19, OTK ZU seria A z 2020 r., poz. 26; zob. też wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 maja 2015 r., sygn. SK 1/14, OTK ZU nr 5/A/2015, poz. 64; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 grudnia 2010 r., sygn. U 7/08, OTK ZU nr 10/A/2010, poz. 135).*

Skoro w sprawie nie doszło do naruszenia konstytucyjnego prawa Skarżącego z art. 78 Konstytucji, to, uwzględniając jednoznaczną w tym zakresie linię orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego, nie może być również mowy o naruszeniu zasady równości w dostępie do określonego prawa w przedmiotowej sprawie.



Należy przy tym podkreślić, że Skarżący nie przeprowadził tzw. testu równości ani nie wykazał, że porównywane przez niego grupy (osoby, wobec których podjęto decyzję o wykorzystaniu dowodu z kontroli operacyjnej na podstawie art. 168b oraz osoby, wobec których podjęto decyzję o wykorzystaniu dowodu z podsłuchu procesowego na podstawie art. 237a k.p.k.) stanowią podmioty podobne. Warto też zaznaczyć, co zostanie wykazane w dalszej części stanowiska, że to możliwość zaskarżenia dopuszczenia dowodu z podsłuchu procesowego z art. 237a k.p.k. stanowi wyjątek od reguły, a nie brak takiej możliwości.

Powyższe okoliczności powodują, że postępowanie powinno podlegać umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 uotpTK – wobec niedopuszczalności wydania wyroku.

Należy również zauważyć, że Skarżący zakwestionował normy art. 459 § 2 k.p.k. w zw. z art. 168b k.p.k. w zakresie, w jakim przepisy te **nie przyznają podejrzanemu prawa wniesienia zażalenia** na postanowienie prokuratora w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej. Innymi słowy, przedmiotem zarzutu Skarżący uczynił to, czego zakwestionowane przepisy nie regulują bądź co, w jego ocenie, regulują niedostatecznie. Taki zarzut nie może być przedmiotem rozpoznania Trybunału Konstytucyjnego.

W orzecznictwie Sądu Konstytucyjnego oraz piśmiennictwie rozróżnia się pominięcie prawodawcze od zaniechania prawodawczego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, pominięcie prawodawcze jest sytuacją, w której *integralną, funkcjonalną częścią treści jakiejś normy powinien być pewien element, którego brakuje, a z uwagi na podobieństwo do istniejących unormowań należy oczekiwać jego istnienia* (zob. postanowienie TK z 14 maja

2009 r., sygn. Ts 189/08, OTK ZU nr 3/B/2009, poz. 202, s. 545). Inna sytuacja występuje w przypadku zaniechania ustawodawczego, polegającego na braku uregulowania przez ustawodawcę oznaczonej materii, nawet jeśli obowiązek jej uregulowania wynika z przepisów rangi konstytucyjnej (zob. np. wyroki TK z: 9 października 2001 r., sygn. SK 8/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 211, s. 1033; 2 czerwca 2009 r., sygn. SK 31/08, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 83, s. 845). W kompetencjach Trybunału Konstytucyjnego nie leży orzekanie o tak rozumianym zaniechaniu prawodawczym. W ramach określonej konstytucyjnie jego kognicji mieszczą się bowiem jedynie istniejące akty normatywne (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. K 32/09, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 108). Trybunał odmawia zajęcia merytorycznego stanowiska w sytuacjach, w których brak regulacji jest świadomą decyzją ustawodawcy: *Zarzut celowego zaniechania ustawodawczego (luki prawnej) nie może być przedmiotem badania w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. W orzecznictwie Trybunału formułowano już pogląd, że »zarzuty nie mogą polegać na wskazywaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby wnioskodawcę«* (zob. postanowienie z 11 maja 2009 r., sygn. SK 37/07, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 74 i wyrok z 19 listopada 2001 r., sygn. K. 3/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 251) [postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. SK 12/07, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 95]. Z zaniechaniem prawodawczym mamy do czynienia, *gdy ustawodawca nie wykonał w jakimś zakresie swojej powinności - przykładowo - co do wydania aktu wykonawczego albo gdy nie uregulował jakiejś sfery z przyczyn czysto aksjologicznych, czego odbiciem jest realizowana polityka legislacyjna. Takie sytuacje wymykają się spod kontroli Trybunału Konstytucyjnego. Nie ma on bowiem kompetencji do orzekania o tego rodzaju pominięciach, tworzących lukę aksjologiczną* (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2003 r., sygn. SK 5/03, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 50). Trybunał uznaje lukę w prawie za pominięcie prawodawcze podlegające rozpoznaniu w sytuacji, w której niejako

przypadkowo wyłączono z zakresu normowania pewną grupę zjawisk lub osób mimo tego, iż z innych, analogicznych regulacji oraz zasad konstytucyjnych wynika, iż powinny być objęte unormowaniem (zob. – *ibidem* oraz postanowienie TK z dnia 2 grudnia 2014 r., sygn. SK 7/14, OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123).

Skarżący zakwestionował art. 459 § 2 k.p.k. w zw. z art. 168b k.p.k., ponieważ, w jego ocenie, przepisy te w niedostatecznym stopniu gwarantują konstytucyjne zasady procesu karnego. Na poparcie swojej tezy o naruszeniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Skarżący zacytował m.in. fragment wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 października 2013r. o sygn. akt K 30/11 (OTK ZU nr 7/A/2013, poz. 98), w którym Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 81 § 1 k.p.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje sądowej kontroli zarządzenia prezesa sądu o odmowie wyznaczenia obrońcy z urzędu dla oskarżonego, który złożył wniosek w trybie art. 78 § 1 k.p.k., jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 45 ust. 1 i art. 78 Konstytucji. Jednakże treść tego orzeczenia nie może przesądzać ani o możliwości merytorycznego rozpoznania niniejszej sprawy, ani o niezgodności zakwestionowanych w niniejszej sprawie przepisów z normami wyższego rzędu. Przede wszystkim, we wspomnianej sprawie Trybunał Konstytucyjny badał problematykę braku dostępu do obrońcy, co nie ma żadnego związku z niniejszą sprawą. Ponadto, choć w sprawie K 30/11 Trybunał Konstytucyjny badał konstytucyjność pominięcia prawodawczego, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z zaniechaniem prawodawczym. O ile bowiem Trybunał Konstytucyjny zasadnie przyjął w sprawie K 30/11, iż brak możliwości zaskarżenia decyzji prezesa sądu o odmowie przyznania obrońcy z urzędu stanowi niejako przypadkowy wyjątek – jak się okazało, niekonstytucyjny – wśród innych regulacji zarówno Kodeksu postępowania karnego, jak i innych ustaw, o takiej sytuacji nie może być mowy w niniejszej sprawie. Wynika to przede wszystkim z kontekstu systemowego rozwiązania kwestionowanego w niniejszym postępowaniu. W postępowaniu karnym zażalenie nie przysługuje na wiele

innych decyzji procesowych o bardzo istotnym znaczeniu dla dalszego kształtu procesu, takich jak orzeczenie w przedmiocie wyłączenia sędziego, postanowienie o oddaleniu wniosku dowodowego, postanowienie w przedmiocie dopuszczenia dowodu z opinii biegłych, w tym biegłych psychiatrów (*vide* – D. Świecki, komentarz do art. 459 k.p.k., D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz aktualizowany.*, wyd. 2022, Lex 2022). Zażalenie nie przysługuje również pokrzywdzonemu na postanowienie sądu wydane – w trybie art. 354 – na skierowany do sądu na podstawie art. 324 § 1 wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego [*vide* – *ibidem*]. W szczególności jednak bardzo podobna regulacja jak w przypadku kwestionowanych przepisów – która nie przewiduje zażalenia podejrzanego bądź oskarżonego na dopuszczenie dowodu – występuje w art. 5 ust. 6 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 1197) a także art. 19 ust. 15i ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1486) oraz odpowiadających tej regulacji przepisach ustaw: z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1214), z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r., poz. 27), z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 687), z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1671) oraz z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 422). Kwestionowane rozwiązanie wynika w tych wszystkich przypadkach przede wszystkim z tego, że ostatecznie wspomniane środki dowodowe podlegają w toku procesu jurysdykcyjnego swobodnej ocenie sądu.

Dlatego Skarżący nie był w stanie wykazać, że w tym kontekście normatywnym brak możliwości złożenia zażalenia na postanowienie prokuratora w przedmiocie dopuszczenia dowodu z kontroli operacyjnej stanowi pominięcie

prawodawcze, a nie świadomą, aksjologiczną decyzję ustawodawcy. Zakwestionowane przez Skarżącego rozwiązanie wpisuje się bowiem logicznie i spójnie w całość regulacji dotyczącej kontroli operacyjnej oraz oceny innych środków dowodowych. Innymi słowy, ustawodawca w pełni celowo nadał taki kształt zakwestionowanym przepisom – więc przedmiotem zaskarżenia w niniejszej sprawie uczyniono zaniechanie prawodawcze.

Należy przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny, na tle postępowania cywilnego, w postanowieniu z dnia 3 lutego 2016 r., sygn. Ts 335/15, trafnie zauważył: *Ponadto Trybunał przypomina, odnosząc się do podniesionej przez skarżącego kwestii braku możliwości sprawowania tej kontroli przez niego (tj. braku podstaw do żądania zmiany pełnomocnika z urzędu), że zarzut sformułowany w skardze nie może polegać na wykazywaniu, iż przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby skarżącego (zob. postanowienie TK z 11 maja 2009 r., SK 37/07, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 74). Tak sformułowany zarzut świadczy bowiem o kwestionowaniu zaniechania ustawodawczego, które nie może być przedmiotem skargi konstytucyjnej (OTK ZU seria B z 2016 r., poz. 98).*

Reasumując, podniesione przez Skarżącego zarzuty nie mogą być przedmiotem skargi konstytucyjnej. Zaniechanie prawodawcze ustawodawcy nie podlega bowiem kognicji Trybunału Konstytucyjnego, a w sprawie nie doszło do naruszenia konstytucyjnego prawa Skarżącego. Postępowanie powinno więc podlegać umorzeniu w całości na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 uotpTK, wobec niedopuszczalności wydania wyroku.

Biorąc powyższe pod uwagę, wnoszę jak w *petitum*.

prof. dr hab. sędzia  
Trybunału Konstytucyjnego  
Zdzisław Żygorski

