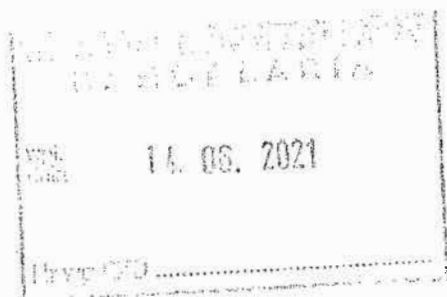


Warszawa, dnia 8 czerwca 2021 r.



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

Dotyczy sprawy:
sygn. akt
Sądu Okręgowego w K

Adwokat Bogumił ZYGMONT
Kancelaria Adwokacka w Warszawie
adres – j.n., pełnomocnik Skarżącego
P D

składa:

SKARGĘ KONSTYTUCYJNĄ

Działając w imieniu Skarżącego P D (pełnomocnictwo w załączeniu), 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 z g o d n o ś c i

art. 459 § 2 ustawy Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm., dalej: k.p.k.) **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

- **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.**

I. Stan faktyczny

W dniu lipca 2015 r., na wniosek Komendanta zatwierdzony przez Prokuratora Generalnego, wobec P D zarządzono kontrolę operacyjną na (wniosek nr). Jako podstawę wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej wskazano art. 19

ust. 3 ustawy o Policji.

Postanowieniem z dnia lipca 2015 r., sygn. ,
na zasadzie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji. Sąd Okręgowy w W podjął decyzję o
kontynuowaniu kontroli na okres tj. do dnia października 2015 r.

Po z czeniu kontroli i przeanalizowaniu utrwalonych rozmów,
funkcjonariusze stwierdzili, że zgromadzone materiały stanowią dowód popełnienia
innego przestępstwa niż to, które zostało wskazane jako podstawa zastosowania kontroli.
W konsekwencji, na podstawie ówczynie obowiązującego art. 19 ust. 15c i 15d ustawy o
Policji, na skutek wniosku Prokuratora Generalnego, Sąd Okręgowy w W wydał w
dniu grudnia 2015 r. postanowienie, w którym wyraził zgodę następczą na
wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów popełnienia przestępstwa innego niż to
objęte kontrolą (sygn.

Wszystkie wskazane wyżej dokumenty objęte są klauzulą „poufne” i zostały
udostępnione obrońcy w Kancelarii Tajnej w ramach postępowania prowadzonego obecnie
pod sygn. (wcześniej:) przez
Wydział Zamiejscowy Departamentu ds. Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji
Prokuratury Krajowej w G przeciwko P D , któremu zarzucono
popełnienie dwóch przestępstw: z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. oraz z art. 13 § 1
k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k.

Trzy lata po wydaniu przez Sąd Okręgowy w W tzw. „zgodę następczej”
na wykorzystanie materiałów w postępowaniu karnym, prokurator Wydziału
Zamiejscowego Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji
Prokuratury Krajowej w G w dniu grudnia 2018 r. wydał postanowienie w
przedmiocie wykorzystania tych samych materiałów z kontroli operacyjnej w postępowaniu
karnym prowadzonym m.in. przeciwko P D , o sygn.

W dniu września 2020 r. obrońcy został doręczony odpis postanowienia z dnia
grudnia 2018 r. wydanego przez prokuratora w trybie art. 168b k.p.k. (postanowienie w
załączeniu). Obrońca w dniu października 2020 r. skierował zażalenie na to
postanowienie do Sądu Okręgowego w K , jako sądu właściwego do rozpoznania
sprawy w I instancji (zażalenie w załączeniu) W ocenie obrońcy, zarówno zarządzenie oraz
kontynuowanie kontroli operacyjnej wobec P D , jak i późniejsze zezwolenie
na wykorzystanie materiałów w postępowaniu karnym, było dotknięte szeregiem uchybień.

Jednakże, zarządzeniem z dnia października 2020 r. prokurator, działając na
podstawie art. 93 § 3 k.p.k., art. 429 § 1 k.p.k. w zw. z art. 465 § 1 k.p.k. w zw. z art. 259
§ k.p.k., odmówił przyjęcia zażalenia obrońcy z dnia października 2020 r. z uwagi na
jego niedopuszczalność z mocy ustawy (zarządzenie w załączeniu). Na zarządzenie,
odmawiające przyjęcia zażalenia, obrońca w dniu listopada 2020 r. wniósł zażalenie,
zarzucając zaskarżonemu zarządzeniu naruszenie art. 429 § 1 k.p.k. w zw. z art. 465 § 1
k.p.k. (zażalenie w załączeniu).

Zaża obrońcy na zarządzenie o odmowie przyjęcia zażalenia rozpoznał Sąd
Okręgowy w K pod sygn. akt , wydając w dniu
lutego 2021 r. postanowienie, w którym nie uwzględnił zażalenia obrońcy i utrzymał w
mocy zaskarżone zarządzenie prokuratora. Sąd wskazał, że „choć przepis art. 168b kpk
wzbudził w literaturze przedmiotu na tle jego zgodności z konstytucją, to jednakże obecnie
przedstawiona w tym przepisie norma nie została zakwestionowana w drodze wykładni
dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny. Również przedstawione przez obrońcę stanowisko
w zakresie powinności poddania kontroli sądowej wprowadzonych do postępowania
materiałów z kontroli operacyjno rozpoznawczej, nie znalazło odzwierciedlenia w przepisach
ustawy” (postanowienie w załączeniu).

W postanowieniu Sądu Okręgowego w K z dnia lutego 2021 r., sygn.

sąd ostatecznie orzekł, że na podstawie kodeksu postępowania karnego P D , a więc osobie, wobec której prowadzone jest postępowanie w toku którego została wydana zgoda na wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej, nie przysługuje prawo do zaskarżenia postanowienia wydanego na podstawie art. 168b k.p.k.

Postanowienie to zostało doręczone Skarżącemu w dniu 8 marca 2021 r., o czym świadczą: pieczętka numeratora z datą „2021-03-08”, znajdująca się w prawym górnym roku 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

Prokurator, zarządzeniem z dnia października 2020 r., a następnie Sąd Okręgowy w K postanowieniem z dnia lutego 2020 r., konsekwentnie odmówili Skarżącemu prawa do wniesienia środka odwoławczego od postanowienia z dnia grudnia 2018 r. wydanego przez prokuratora w trybie art. 168b k.p.k. w postępowaniu pod sygn. Podstawą wydania zarządzenia o odmowie przyjęcia zażalenia stał się art. 429 § 1 k.p.k. w zw. z art. 465 § 1 k.p.k. ze wskazaniem, że zażalenie jest niedopuszczalne z mocy ustawy.

Stwierdzono, że postanowienie wydane w trybie art. 168b k.p.k. nie wchodzi w zakres postanowień zaskarżalnych zgodnie z art. 459 k.p.k., ani też żaden inny przepis prawa nie przyznaje uprawnienia do wniesienia zażalenia na postanowienie wydane w tym trybie. Dlatego też stwierdzenia niezgodności przepisu art. 459 § 2 k.p.k. w zw. z art. 168b k.p.k. z Konstytucją, w zakresie w jakim uniemożliwiły mu wniesienie zażalenia, domaga się mój Mandant.

Po pierwsze, 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).

Po drugie, w ocenie Skarżącego, pozostawienie bez rozpoznania środka

odwoławczego na postanowienie prokuratora w przedmiocie tzw. „zgody następczej” naruszyło jego **prawo 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.

III. Stosowanie kontroli operacyjnej i wykorzystywanie pozyskanych materiałów z perspektywy praw i wolności konstytucyjnych

Możliwość zainicjowania kontroli operacyjnej przez Policję została uregulowana w art. 19 ust. 1, 3 i 6 ustawy o Policji. Przepisy te uprawniają Komendanta Głównego Policji, Komendanta CBŚP, Komendanta BSWP i komendanta wojewódzkiego Policji do wystąpienia do właściwego sądu okręgowego z wnioskiem o zastosowanie niejawniej kontroli operacyjnej. W odniesieniu do Skarżącego kontrola ta została wdrożona na podstawie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji w dniu lipca 2015 r. i polegała na uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych.

W okresie od 11 czerwca 2011 r. do 14 kwietnia 2016 obowiązywał ponadto art. 19 ust. 15c ustawy o Policji, zgodnie z którym „Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w ust. 3, na wniosek prokuratora, o którym mowa w ust. 1.”.

Wejście tego przepisu w życie nastąpiło na mocy art. 3 pkt 1 g ustawy o zmianie ustawy - kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 lutego 2011 r. (Dz.U. Nr 53, poz. 273). W uzasadnieniu ww. ustawy wskazano, że:

„Niniejszy projekt ustawy wprowadza w Kodeksie postępowania karnego oraz w ustawach kompetencyjnych instytucję tzw. <<zgody następczej>> – tj. sądowej zgody na wykorzystywanie dowodów pochodzących z kontroli procesowej lub operacyjnej, które wykraczały poza zakres postanowienia sądu zarządzającego tego rodzaju czynności i określa jednocześnie tryb jej uzyskiwania. Dotychczas bowiem sposób uzyskiwania zgody sądu na poszerzenie zakresu przedmiotowego lub podmiotowego kontroli oparty był na wskazaniach zawartych w orzecznictwie sądowym. Niezwykle miarodajne w tym zakresie jest postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. sygn. I KZP 6/07 [prawidłowa sygnatura: I KZP 6/07 – przyp. autora skargi]”¹.

Z kolei z przywołanego postanowienia SN z 26 kwietnia 2007 r. wynika, że „zgoda następcza”, pozwalająca na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów popełnienia przestępstw wskazanych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, innych niż objęte postanowieniem sądu w przedmiocie kontroli, ma spełniać funkcje analogiczne do postanowienia z art. 19 ust. 3 ustawy o Policji. Na mocy art. 19 ust. 1 lub 3 ustawy o Policji sąd wyraża zgodę na stosowanie kontroli operacyjnej zarządzanej przez służby, co jest orzeczeniem legitymizującym działania służb podjęte bez uprzedniej zgody. W ocenie Sądu Najwyższego, postanowienie w przedmiocie zgody następczej powinno precyzyjnie wskazywać przesłanki uzasadniające zasadność kontroli w odniesieniu do przestępstw

¹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2915 Sejmu VI kadencji.

nieobjętych pierwotnym postanowieniem. W tym zakresie Sąd Najwyższy zauważył:

„Warunkiem jest uzyskanie następczej zgody sądu. Jest ona w tym przypadku konieczna, bowiem cel kontroli operacyjnej określony w art. 19 ust. 1 oraz zasada subsydiarności jej stosowania, wyznaczają dopuszczalny zakres tej kontroli i jednocześnie wskazują, że warunkiem legalności działań podejmowanych w jej ramach jest zgoda sądu wyrażona przed ich przeprowadzeniem lub wyjątkowo, w warunkach określonych w ust. 3, po zarządzeniu kontroli operacyjnej. Pod tymi warunkami zbieranie informacji podczas kontroli, odnoszące się do innej osoby niż objęta postanowieniem sądu oraz do innych przestępstw tej samej osoby, nie będzie wykraczało poza granice legalności tej kontroli, o której zawsze stanowi postanowienie sądu. Może wobec tego zaistnieć taka sytuacja faktyczna, w której sąd nie wyrazi zezwolenia następczego, mimo że zebrane zostały w toku kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstwa przez inną osobę niż wymieniona w postanowieniu zezwalającym na dokonanie tej kontroli, ponieważ sprzeciwiać się temu będzie zasada subsydiarności (np. ustalenie sprawcy tego przestępstwa "katalogowego" nie będzie narażało żadnych trudności natury dowodowej). Należy uznać, że skoro ustawodawca przewidział szczególną procedurę umożliwiającą uzyskanie następczej zgody sądu, w przypadkach niecierpiących zwłoki to może ona mieć odpowiednie zastosowanie także wówczas, gdy informacje gromadzone w ramach zalegalizowanej już przez sąd kontroli operacyjnej mogą stanowić dowód popełnienia innego przestępstwa wymienionego w art. 19 ust. 1, którego wszakże nie obejmuje pierwotna zgoda sądu.”.

Podobnie więc jak postanowienia o zarządzeniu bądź kontynuowaniu kontroli operacyjnej unormowane w art. 19 ust. 1 i 3 ustawy o Policji, tak również postanowienie w przedmiocie zgody następczej zajmuje doniosłe miejsce w systemie prawa. To na podstawie tego postanowienia dochodzi do legitymizacji działań organów ścigania w zakresie nieobjętym wcześniejszym postanowieniem w przedmiocie kontroli operacyjnej. Postanowienie w przedmiocie zgody następczej wyznacza ponadto nieprzekraczalny zakres wykorzystania pozyskanych dowodów dla celów postępowania karnego.

O ile więc postanowienie w przedmiocie wyrażenia zgody następczej nie jest bezpośrednią przyczyną naruszenia prawa do prywatności w tym sensie, iż nie stanowi ono podstawy wdrożenia niejawnej kontroli i utrwalania rozmów wobec obywatela, o tyle na mocy takiego postanowienia podejmuje się decyzję godzącą w autonomię informacyjną jednostki, unormowaną w art. 51 Konstytucji RP, która również stanowi emanację prawa do prywatności zagwarantowanego w art. 47 Konstytucji RP.

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).

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.

Konstytucyjnej ochronie podlega również możliwość dysponowania przez obywatela informacjami o własnej osobie. Zgodnie z art. 51 ust. 2 Konstytucji RP władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach

niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Natomiast zgodnie z art. 51 ust. 4, każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.

A jednak pomimo tego, iż w przypadku wydania postanowienia o udzieleniu zgody następczej dochodzi do istotnej ingerencji w gwarancje przyznane jednostce na mocy Konstytucji RP, kodeks postępowania karnego nie przewiduje możliwości zaskarżenia tego postanowienia do sądu. Wprawdzie art. 240 k.p.k. przyznaje uprawnienie do wniesienia zażalenia na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, jednak z systematyki kodeksowej wynika, że uprawnienie to przysługuje wyłącznie w odniesieniu do tzw. podsłuchów procesowych, a więc co najwyżej do postanowienia w przedmiocie zgody następczej, o której mowa w art. 237a k.p.k., natomiast nie ma zastosowania do postanowień wydanych w trybie art. 168b k.p.k.

Tak więc w obecnym stanie prawnym osoby, które dowiadują się o wykorzystaniu przeciwko nim materiałów pozyskanych w toku kontroli operacyjnej nieobjętej uprzednim postanowieniem sądu, pozbawione są możliwości ochrony swoich praw, a w szczególności – nie posiadają instrumentów prawnych pozwalających usunąć z akt sprawy materiał dowodowy w przypadku, gdyby został pozyskany z naruszeniem przepisów o inwigilacji obywateli.

IV. Uzasadnienie niezgodności 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

Mając więc na względzie konstytucyjny zakres i charakter ochrony zapewniony prawu do prywatności i prawu do dysponowania danymi osobowymi, 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 niejawniej kontroli operacyjnej, ale także podjęcie decyzji w przedmiocie tych materiałów, które nie były objęte pierwotną zgodą sądu, 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 wykorzystaniu dowodów zgromadzonych w toku kontroli operacyjnej, w sprawie innej niż objęta zakresem kontroli, powinno posiadać wszelkie przymioty wskazane w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Przede wszystkim, powinno podlegać rozpatrzeniu przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Tymczasem, 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. Szczególnie, gdy na podstawie materiałów operacyjnych pozyskanych bez udziału sądu, podejmowane są decyzje w jeszcze większym stopniu ingerujące w podstawowe prawa Skarżącego, tj. postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, o wydaniu europejskiego nakazu aresztowania, a w przyszłości być może o skierowaniu przeciwko mojemu Mandantowi aktu oskarżenia.

Ponadto, z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP wynika obowiązek, aby rozpatrzenie sprawy czyniło zadość 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)

Mając 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 statuuje 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. Z podobnych względów w doktrynie wskazuje się na możliwość występowania istotnych związków pomiędzy prawem do rzetelnego procesu sądowego 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 najszerzej. Jak wskazuje się w doktrynie:

„Pojęcie zaskarżenia nie zostało przez ustrojodawcę zdefiniowane. Należy więc je rozumieć jak najszerzej, 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 poddyktowane szczególnymi okolicznościami, które usprawiedliwiałyby 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)

Ograniczenia prawa do wniesienia środka zaskarżenia powinny być zatem wprowadzane jedynie wyjątkowo i w szczególnie uzasadnionych wypadkach.

Jednocześnie należy wskazać, że 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. Z jednej bowiem strony następuje istotna, nieobjęta postanowieniem sądu, ingerencja w prawo do prywatności osoby podsłuchiwanej oraz pozyskiwanie, gromadzenie i udostępnianie informacji o tej osobie, z drugiej zaś strony nie istnieje żaden mechanizm pozwalający ocenić, czy działania te były niezbędne w demokratycznym państwie prawnym, a tym samym czy pozyskane materiały nie powinny podlegać zniszczeniu, nie wspominając już o ich wykorzystaniu w postępowaniu karnym przeciwko osobie podsłuchiwanej.

Ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności bezwzględnie muszą spełniać nie tylko wymóg określoności ustawowej, ale także wymóg proporcjonalności stawiany przez art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Skarżącego, nieprzyznanie osobie, przeciw której prowadzone jest postępowanie i która była podsłuchiwana, prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie wydane w trybie art. 168 b k.p.k. jest nieproporcjonalne. O ile brak możliwości zaskarżenia postanowienia w przedmiocie wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej może być do pewnego momentu uzasadniony klauzulą bezpieczeństwa lub porządku publicznego, to jednak

utrzymywanie takiego stanu rzeczy również wtedy, gdy powiadomienie osoby podsłuchiwanej i wniesienie przez nią zażalenia nie będzie narażać na szwank czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest niedopuszczalne. Tego rodzaju uregulowanie nie jest niezbędne dla zachowania skuteczności działań operacyjnych Policji, a ponadto stanowi regulację niewspółmierną do celów, jakie ma realizować. Wskazać należy, że postępowanie zażaleniowe na postanowienie w przedmiocie zgody następczej w dalszym ciągu mogłoby toczyć się przy braku jawności zewnętrznej, tak aby dane o działaniach Policji w konkretnych sprawach czy dane o konkretnych funkcjonariuszach nie były ujawniane opinii publicznej. Brak jest ponadto 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 przepisu art. 459 § 2 k.p.k. w zw. z art. 168b k.p.k., w zakresie w jakim pozbawia osobę kontrolowaną 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 kodeksie postępowania karnego 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 wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej poza zakresem pierwotnego postanowienia powoduje, że działania władzy publicznej nie są poddane odpowiedniej kontroli sądowej. Stwarza to przeświadczenie o bezkarności służb i rodzi realne ryzyko nadużywania uprawnień przez funkcjonariuszy Policji i arbitralności w posługiwaniu się materiałami pozyskanymi w toku kontroli operacyjnej. 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. Jak stanowi art. 19 ust. 1a ustawy o Policji (obowiązujący od 11 czerwca 2011 r.), 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. Brak bezstronności jeszcze bardziej rażący jest w sytuacji wydania postanowienia w trybie art. 168b k.p.k., które wydawane jest przez prokuratora. Tym bardziej więc konieczne jest umożliwienie stronie o odmiennych interesach (tj. stronie, wobec której kontrola operacyjna została zastosowana),

przedstawienia przed sądem odwoławczym argumentów mogących świadczyć o nieprawidłowości wykorzystania pozyskanych dowodów w sprawie o przestępstwo, które nie było objęte postanowieniem w przedmiocie zarządzenia bądź kontynuowania kontroli.

Twierdzenie o wadliwości uregulowania zawartego w kodeksie postępowania karnego 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 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 niejawne. 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 niejawnej, 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.

Brak w uwzględnienia osoby, wobec której stosowano kontrolę operacyjną, jako podmiotu uprawnionego do wniesienia zażalenia, 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.)

V. Uzasadnienie niezgodności art. 459 § 2 k.p.k. w zw. z art. 168b k.p.k. z art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP

W ocenie Skarżącego, osobnym wzorcem kontroli konstytucyjności powinien stać się art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Nie znajduje uzasadnienia różnicowanie sytuacji osób znajdujących się w analogicznej sytuacji faktycznej, a mianowicie osób, wobec których postanowiono wydać zgodę następczą na zasadzie art. 237a k.p.k. (którym przysługuje uprawnienie do uzyskania informacji o zastosowaniu kontroli i zażalenia na postanowienie w tym przedmiocie) i osób takich jak mój Mandant, wobec których również wdrożono kontrolę i utrwalanie rozmów, jednakże z powołaniem się na ustawę o Policji, na mocy której zażalenie jest niedopuszczalne.

Naruszenie 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. Jedyną 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 odmienność jest natomiast wyłącznie przejawem arbitralności, a nie relewantną cechą, która powinna różnicować sytuację prawną inwigilowanych obywateli.

Na kanwie sprawy mojego Mandanta naruszenie zasady równego traktowania było szczególnie rażące, albowiem kontrola operacyjna została zastosowana już w toku trwania postępowania karnego. Gdyby więc zamiast kontroli operacyjnej zastosowano podsłuch procesowy, zaś zgody następczej udzielono na podstawie art. 237a k.p.k., a nie art. 168b k.p.k., wówczas nie ulegałoby wątpliwości, że zażalenie na postanowienie w tym

przedmiocie przysługuje mojemu Mandantowi². Sytuacja P D wyraźnie wskazuje więc, że przepisy uniemożliwiające zaskarżenie postanowienia wydane na podstawie art. 168b k.p.k. nie mają uzasadnienia systemowego i prowadzą do niedopuszczalnej sytuacji, w której w wypadku zastosowania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych na podstawie kodeksu postępowania karnego możliwa byłaby kontrola zasadności i legalności postanowienia o zgodzie następczej, natomiast wydane w tych samych okolicznościach postanowienie o udzieleniu zgody następczej w odniesieniu do materiałów zgromadzonych na podstawie ustawy o Policji, pomimo iż potencjalnie nieprawidłowe, nie podlegałyby kontroli.

W regulacji ustawowej występuje więc tzw. pominięcie prawodawcze ustawodawcy (uregulowanie niepełne). Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 19 maja 2003 r. 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”.

Ponieważ więc w treści art. 459 § 2 k.p.k. w zw. z art. 168b k.p.k. ma miejsce nieuzasadnione, dyskryminujące pominięcie, wykluczające osobę, wobec której zostało wydane postanowienie z art. 168b k.p.k., z kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia, wnoszę o stwierdzenie jego niezgodności z art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP w zakresie wskazanym w *petitum*.

W A D W O K A T

Wojciech Zygmunt

Załączniki:

- 1/ pełnomocnictwo szczególne;
- 2/ dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3/ postanowienie prokuratora z dnia .12.2018 r. w przedmiocie wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej (sygn. akt);
- 4/ zażalenie z dnia października 2020 r. na postanowienie prokuratora;
- 5/ zarządzenie z dnia października 2020 r. o odmowie przyjęcia zażalenia (sygn. akt);
- 6/ zażalenie z dnia listopada 2020 r. na zarządzenie prokuratora o odmowie przyjęcia zażalenia;
- 7/ postanowienie Sądu Okręgowego w K z dnia lutego 2021 r. (sygn. akt);
- 8/ strona z dziennika korespondencji Kancelarii;
- 9/ wydruk z systemu e-monitoring Poczty Polskiej;
- 10/ 3 odpisy skargi wraz z załącznikami.

² Tak np. D. Drajewicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz. Art. 1 424, Warszawa 2020, Komentarz do art. 240 k.p.k.: „Postanowieniem dotyczącym kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, w rozumieniu art. 240 zd. 1, jest również postanowienie prokuratora w przedmiocie wykorzystania dowodu uzyskanego w wyniku przekroczenia granic przedmiotowych lub podmiotowych zarządzenia o kontroli rozmów, o którym mowa w art. 237a.”.