

Warszawa, dnia 29 listopada 2021 r.

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

Dotyczy sprawy:

sygn. akt Ts 172/21

KANCELARIA	
wol. dnia	02.12.2021
Nr wg FZD	

Adwokat Bogumił ZYGMONT

Kancelaria Adwokacka w Warszawie
adres – j.n., pełnomocnik Skarżącego
F D

składa:

USUNIĘCIE BRAKÓW FORMALNYCH SKARGI KONSTYTUCYJNEJ

Działając w imieniu Skarżącego **F D** (pełnomocnictwo w aktach sprawy),

w odpowiedzi na wezwanie do usunięcia braków formalnych skargi konstytucyjnej nadanej 8 czerwca 2021 r. w postaci uzasadnienia zarzutu 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, pragnę wskazać, co następuje:

1. Uznaje się, że w celu zapobiegania popełnianiu poważnych przestępstw oraz w celu ich ścigania, można dopuścić w pewnym zakresie ingerencję organów władzy publicznej w niektóre wolności i prawa człowieka, w tym prawo do prywatności, tajemnicy korespondencji, prawa do ochrony danych osobowych, czy poszanowania życia prywatnego. Dopuszczalność takiej ingerencji musi jednak spełniać warunek konieczności w demokratycznym społeczeństwie, o czym stanowi m.in. art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie, 4 listopada 1950 roku.

2. Polskie prawo przewiduje zasadniczo dwa odmienne tryby wdrożenia wobec danej osoby kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych bez jej wiedzy. Jednym z nich jest wdrożenie tzw. kontroli operacyjnej na podstawie ustawy o Policji (art. 19 ust. 1 i 3 ustawy o Policji) lub innych ustaw szczególnych, drugim zaś zastosowanie tzw. podsłuchu procesowego, przewidzianego w art. 237 kodeksu postępowania karnego w ramach prowadzonego już postępowania karnego.

3. Pomimo iż ingerencja w prywatność podsłuchiwanej osoby jest obciążona identyczną dolegliwością bez względu na to, czy wynika ona z ustaw szczególnych (kontrola operacyjna) czy z kodeksu postępowania karnego (podsłuch procesowy), w zależności od podstawy prawnej podanej jako uzasadnienie ingerencji, osobie dotkniętej naruszeniem przysługują odmienne gwarancje. Dotyczy to w szczególności możliwości zaskarżenia postanowienia o wykorzystaniu w postępowaniu karnym dowodów wykraczających poza zakres pierwotnej zgody na wdrożenie podsłuchów.

4. Przepisy polskiego prawa w obecnym kształcie nie przyznają uprawnień, na podstawie którego osoba dotknięta naruszeniem prawa do prywatności w drodze zastosowania wobec niej kontroli operacyjnej (w sprawie Skarżącego - na podstawie przepisów ustawy o Policji), może zainicjować kontrolę sądową postanowień naruszających jej prawa. Dotyczy to zarówno postanowień zarządzających wdrożenie kontroli operacyjnej, jak i tych wyrażających zgodę następczą w przedmiocie wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym w tym zakresie, w jakim nie były objęte pierwotną zgodą zarządzającą kontrolę operacyjną.

5. Tym samym, 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 niezgodne z art. 78 Konstytucji RP, który przyznaje prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji.**

6. Po pierwsze, postanowienie w trybie art. 168b k.p.k. dotyczy wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów, które co do zasady powinny być pozyskane na mocy postanowienia sądu, a zamiast tego zostały pozyskane „obok” zgody wyrażonej przez sąd - z przekroczeniem zakresu upoważnienia. Pozostawienie decyzji o wykorzystaniu tych dowodów wyłącznie w gestii prokuratora, bez możliwości poddania tej decyzji kontroli sądowej, jest niespójne z uregulowaniami zawartymi w art. 19 ust. 1 i 3 ustawy o Policji, zgodnie z którymi zarządzenie kontroli operacyjnej ma nastąpić na podstawie postanowienia sądu okręgowego.

7. Po drugie, zaskarżenie postanowienia z art. 168b k.p.k. powinno nastąpić możliwie wcześnie, jeszcze zanim dowody z kontroli operacyjnej, pozyskane bez odpowiedniej podstawy w postaci postanowienia sądu okręgowego, zostaną wykorzystane w postępowaniu. Osoba podsłuchiwana powinna mieć możliwość zakwestionowania sposobu pozyskania materiałów z kontroli operacyjnej, nim będą stanowiły podstawę decyzji procesowych. Sytuacja, gdy to oskarżyciel publiczny może dowolnie decydować o wykorzystaniu tych materiałów w postępowaniu karnym, sprzyja nadużyciom ze strony organów ścigania. Brak poddania decyzji prokuratora kontroli sądu skutkuje tym, iż w wypadku pozyskania materiałów z kontroli operacyjnej w sposób nadmiernie ingerujący w prawa jednostki, na organy ścigania nie zostanie nałożona jakakolwiek sankcja. Przeciwnie, działania takie będą premiowane

poprzez możliwość wykorzystania niesłusznie pozyskanych dowodów w postępowaniu karnym, przeciwko osobie, której prawa zostały naruszone.

8. Warto podkreślić, że odpowiedniego środka odwoławczego nie stanowi dokonanie oceny dowodów pozyskanych z przekroczeniem pierwotnego upoważnienia przez sąd orzekający w sprawie. Zob. orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w tej kwestii:

“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”.

9. Brak 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 zawartej 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.

10. Postanowienie wydane na podstawie art. 168b k.p.k. jest niezaskarżalne, podczas gdy postanowienie wydane na podstawie art. 237a k.p.k. podlega zaskarżeniu na podstawie art. 240 k.p.k. (tak: K. Eichstaedt [w:] Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, red. D. Świecki, LEX/el. 2021, art. 240.; C. Kulesza [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. II, red. K. Dudka, Warszawa 2020, art. 240; R. A. Stefański, S. Zabłocki [w:] R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167-296, Warszawa 2019, art. 240).

11. Powyższe zróżnicowanie jest szczególnie nieuzasadnione jeśli wziąć pod uwagę, że organy ścigania w sposób arbitralny decydują, czy - pomimo toczącego się już postępowania karnego - zastosują tryb kontroli i utrwalania rozmów przewidziany w ustawach szczególnych, czy w k.p.k. Właśnie tego rodzaju arbitralna decyzja została podjęta w stosunku do mojego Mocodawcy, albowiem pomimo, że w sprawie toczyło się

już postępowanie przygotowawcze, zamiast wystąpić do sądu w trybie art. 237 k.p.k., organy ścigania wystąpiły o zarządzenie kontroli operacyjnej (podśluchu pozaprocesowego) w trybie ustawy o Policji. *De facto* więc to organy powołane do ścigania przestępstw decydują, czy osobie dotkniętej naruszeniem prawa do prywatności będzie przysługiwała możliwość zaskarżenia postanowień przewidziana w art. 240 k.p.k. (w przypadku wystąpienia o podśluch procesowy) czy nie (w przypadku wystąpienia o zarządzenie kontroli operacyjnej).

12. Nie znajduje zatem uzasadnienia rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę, zgodnie z którym, na mocy art. 240 k.p.k. można wnieść zażalenie na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych zarządzone na podstawie k.p.k., natomiast analogiczne zażalenie nie przysługuje w odniesieniu do postanowień wydanych w trybie art. 168b k.p.k., odnoszących się do materiałów pozyskanych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych.

13. Powyższe stanowi przejaw tzw. pominięcia prawodawczego ustawodawcy (uregulowania niepełnego). 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”.

14. Nie istnieją dające się uzasadnić odmienności, które powinny różnicować sytuację osób, wobec których pozyskano materiały wykraczające poza zakres pierwotnego postanowienia - w zależności czy zarządzenie kontroli i utrwalania rozmów nastąpiło w trybie ustawy o Policji, czy w trybie podśluchu procesowego. Również w piśmiennictwie dostrzega się, że art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. regulują tożsame sytuacje:

„Zakresem normowania art. 168b i art. 237a k.p.k. są [...] objęte tożsame sytuacje, kiedy to podczas legalnego stosowania kontroli pozyskuje się szczególny dowód popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego. Szczegółność tego dowodu polega na tym, że dotyczy on innego przestępstwa niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli albo przestępstwa popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli.”

(P. Daniluk, Instytucja tzw. zgody następczej po nowelizacji z 11 marca 2016 r. w świetle standardów konstytucyjnych i konwencyjnych, St.Prawn. 2017, nr 3, s. 81-100)

15. Z uwagi na powyższe okoliczności, brak możliwości zaskarżenia postanowienia wydanego na mocy art. 168b k.p.k. jest sprzeczne z konstytucyjną zasadą zaskarżalności orzeczeń, w powiązaniu z zasadą równości wobec prawa.

Załączniki:

- 4 odpisy niniejszego pisma.

R | D W O Ś A T
Bogumił Zygmunt