RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 12 lutego 2016 r.

PG VIII TK 128/15
(K 32/15)

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
KANCELARIA
wpł. dnia 12. 02. 2016
L.dz. ..... L. zał. .....

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności przepisów:

1)

– art. 19 ust. 1a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2015 r., poz. 355 ze zmianami),

– art. 27 ust. 1a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zmianami),

– art. 17 ust. 1a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1411 ze zmianami),

– art. 9e ust. 1a ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2014 r., poz. 1402 ze zmianami),

– art. 36c ust. 1a ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2015 r., poz. 553 ze zmianami),

– art. 31 ust. 1a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2014 r., poz. 253 ze zmianami),

– art. 31 ust. 1a ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. z 2013 r., poz. 568 ze zmianami) - w zakresie, w jakim w/w przepisy ograniczają przekazanie właściwemu sądowi materiałów wyłącznie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej – z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP;

2)

- art. 19 ust. 9 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji,
- art. 27 ust. 9 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu,
- art. 17 ust. 9 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym,
- art. 9e ust. 10 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej,
- art. 36c ust. 7 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej,
- art. 31 ust. 7 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego,
- art. 31 ust. 10 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych
- w zakresie, w jakim w/w przepisy nie przewidują górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej – z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;

3)

- art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji,
- art. 27 ust. 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu,
- art. 17 ust. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym,
- art. 9e ust. 19 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej,
- art. 36c ust. 14 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej,

- art. 31 ust. 10 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego,
- art. 31 ust. 19 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych
- w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują po zakończeniu kontroli operacyjnej i ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania doręczenia postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola ta była stosowana, a w konsekwencji wniesienia przez tę osobę zażalenia na to postanowienie – z art. 45 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji RP

– na podstawie art. 56 pkt 5 w związku z art. 82 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1064 ze zmianami) –

przedstawiam następujące stanowisko:

1) **- art. 19 ust. 1a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2015 r., poz. 355 ze zmianami),**
- art. 27 ust. 1a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2015 r., poz. 1929 ze zmianami),
- art. 17 ust. 1a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1411 ze zmianami),
- art. 9e ust. 1a ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. 2014 r., poz.1402 ze zmianami),

- art. 36c ust. 1a ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2015 r., poz. 553 ze zmianami),

- art. 31 ust. 1a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2014 r., poz. 253 ze zmianami),

- art. 31 ust. 1a ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. z 2013 r., poz. 568 ze zmianami)

w zakresie, w jakim przepisy te ograniczają przekazanie właściwemu sądowi materiałów wyłącznie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej, są niezgodne z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

2)

a)

- art. 27 ust. 9 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu,

- art. 31 ust. 7 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego

w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej, są niezgodnie z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP,

b)

- art. 19 ust. 9 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji,

- art. 17 ust. 9 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym,

- art. 9e ust. 10 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej,

- art. 36c ust. 7 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej,

- art. 31 ust. 10 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych
w zakresie, w jakim przepisy te, w brzmieniu obowiązującym do dnia 6 lutego 2016 r., nie przewidywały górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej, są niezgodnie z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;

3) - art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji,
- art. 27 ust. 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu,
- art. 17 ust. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym,
- art. 9e ust. 19 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej,
- art. 36c ust. 14 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej,
- art. 31 ust. 10 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego,
- art. 31 ust. 19 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych
w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują - po zakończeniu kontroli operacyjnej i ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania - doręczenia postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola ta była stosowana, oraz w zakresie, w jakim przepisy te pomijają - w katalogu podmiotów uprawnionych do złożenia zażalenia na takie postanowienie sądu - osobę, wobec której stosowana była taka kontrola, są niezgodne z art. 45 ust. 1 oraz z art. 78 Konstytucji RP.

U Z A S A D N I E N I E

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej również: Rzecznik lub Wnioskodawca) wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie niezgodności szeregu przepisów normujących kontrolę operacyjną prowadzoną przez służby bezpieczeństwa państwa, zawartych w ustawach instytucjonalnych, z wzorcami kontroli konstytucyjnej wskazanymi w *petitum* wniosku.

Zdaniem Wnioskodawcy, zaskarżone w punkcie pierwszym *petitum* wniosku przepisy naruszają konstytucyjne prawo do sądu, określone w art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej, w zakresie prawa do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej, to jest zgodnie z wymogami sprawiedliwości, ograniczają bowiem przekazanie sądowi przez organ wnioskujący o zarządzenie kontroli operacyjnej materiałów, w oparciu o które tenże sąd wydaje postanowienie w przedmiocie zarządzenia takiej kontroli, wyłącznie do materiałów uzasadniających potrzebę zarządzenia tejże kontroli, uniemożliwiając tym samym zapoznanie się przez sąd z całym zebranym w sprawie materiałem.

Rzecznik stanął również na stanowisku, że zakwestionowane w punkcie drugim *petitum* wniosku przepisy godzą w prawo do prywatności jednostki, określone w art. 47 ustawy zasadniczej, oraz konstytucyjne warunki dopuszczalności ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, określone w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej. Przepisy ustaw instytucjonalnych, normujące kontrolę operacyjną, nie spełniają bowiem zasady proporcjonalności, dopuszczając nadmierną ingerencję organów władzy publicznej w prawo do prywatności - poprzez brak określenia przez ustawodawcę górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej [Rzecznik zakwestionował regulujące tę kwestię odpowiednie przepisy ustaw instytucjonalnych przed ich zmianą wprowadzoną ustawą o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych

ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 147, dalej ustawa zmieniająca), polegającą, między innymi, na wprowadzeniu górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej w ustawach: o Policji, o CBA, o Straży Granicznej, o kontroli skarbowej oraz o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska].

Wnioskodawca podniósł również, że zakwestionowane w punkcie trzecim *petitum* jego wniosku przepisy godzą w prawo do sądu, określone w art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej, oraz w prawo każdej ze stron do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, zagwarantowane w art. 78 ustawy zasadniczej. Przepisy ustaw instytucjonalnych, normujące kontrolę operacyjną, nie przewidują bowiem, po zakończeniu tej kontroli i ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania, doręczenia postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola ta była stosowana, a w konsekwencji - prawa do wniesienia przez tę osobę zażalenia na to postanowienie.

Uzasadnienie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich zawiera także obszerne wywody dotyczące orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, odnoszącego się do wymogów warunkujących dopuszczalność podejmowania czynności operacyjno–rozpoznawczych wobec jednostki (w tym kontroli operacyjnej), jednakże Wnioskodawca nie zaproponował zbadania przez Trybunał Konstytucyjny zakwestionowanych przez siebie unormowań w kontekście wzorców kontroli wywodzonych z obowiązujących regulacji prawa międzynarodowego.

Ocena poglądów prawnych oraz zarzutów przedstawionych przez Rzecznika Praw Obywatelskich w analizowanym wniosku przedstawia się następująco.

Zgodnie z obowiązującym w Polsce systemem prawnym, szereg służb bezpieczeństwa państwa, w granicach określonych ustawowo zadań, posiada

prawo do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Czynności te polegają między innymi na prowadzeniu kontroli operacyjnej, jak również na niejawnym pozyskiwaniu, gromadzeniu, sprawdzaniu oraz przetwarzaniu informacji.

Zarówno prowadzenie kontroli operacyjnej, jak i niejawne pozyskiwanie i wykorzystywanie informacji przez te służby zawsze stanowi głęboką ingerencję w konstytucyjne prawa i wolności jednostki, takie jak prawo do prywatności, prawo do komunikowania się i ochronę tajemnicy tegoż komunikowania się, autonomię informacyjną, a w dalszej kolejności, w określonych sytuacjach, w prawo do życia rodzinnego, czci i dobrego imienia, wolności myśli, sumienia i wyznania, swobody wypowiedzi czy prawo do obrony. Tym samym, regulacje prawne, dotyczące wkraczania w powyższe prawa osobiste jednostki, muszą odpowiadać szczególnie surowym standardom. Omawiany problem nabiera tym większej ostrości, gdy zważy się, że czynności operacyjno-rozpoznawcze, z natury swojej, mają charakter niejawny, a w konsekwencji, w przeciwieństwie - przykładowo - do czynności procesowych, nieporównanie trudniej zapewnić właściwą kontrolę ich stosowania.

Nadto, należy podkreślić, że, zawierające łącznie kilkaset pozycji, katalogi sytuacji upoważniających poszczególne służby do stosowania kontroli operacyjnej zostały zakreślone przez ustawodawcę nieporównanie szerzej, niż uczyniono to w unormowaniu art. 237 § 3 Kodeksu postępowania karnego, określającym kategorie przestępstw, których ściganie upoważnia do podejmowania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych w toku postępowania karnego. Wspomniane katalogi, zawarte w ustawach instytucjonalnych dotyczących poszczególnych służb, wymieniają nie tylko groźne przestępstwa, które należy zwalczać również w drodze kontroli operacyjnej, ale także przestępstwa, których nie sposób uznać nawet za przestępstwa poważne. Katalogi te mają zresztą charakter otwarty, co w istotny sposób utrudnia osobom, wobec

których może być stosowana kontrola operacyjna, rozeznanie, kiedy mogą stać się obiektem zainteresowania służb w tej właśnie formie.

W przypadku działań podejmowanych w omawianym zakresie przez Policję, Straż Graniczną, wywiad skarbowy, Żandarmerię Wojskową, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralne Biuro Antykorupcyjne, jak również Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, do kompetencji sądu należą rozstrzygnięcia w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej, przedłużenia okresu jej trwania, legalizacji kontroli operacyjnej podjętej w przypadkach niecierpiących zwłoki, bez uprzedniej zgody sądu, jak również legalizacji materiałów uzyskanych podczas prowadzenia kontroli operacyjnej przy podmiotowym lub przedmiotowym przekroczeniu granic określonych dla tej kontroli przez sąd. Większość tych postanowień podlega kontroli instancyjnej poprzez przyznanie możliwości wniesienia na nie zażalenia. Jednakże grono podmiotów, którym takie zażalenie przysługuje, ustawodawca wyraźnie ograniczył do przedstawicieli służb prowadzących (lub pragnących prowadzić) kontrolę operacyjną. Niewielką korektę zaskarżonych w tym zakresie przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepisów wprowadziła ustawa zmieniająca, o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska.

Wyrokiem z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Trybunał Konstytucyjny, w pełnym składzie Trybunału, orzekł w przedmiocie zgodności bądź niezgodności z Konstytucją szeregu unormowań określających kompetencje służb bezpieczeństwa państwa w zakresie prowadzenia kontroli operacyjnej oraz pozyskiwania danych telekomunikacyjnych. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, między innymi, konieczność wprowadzenia proceduralnego wymogu, którym jest kontrola nad niejawnym pozyskiwaniem informacji o osobach przez niezależny od rządu organ państwa. Pożądane jest powierzenie kompetencji w tym zakresie niezależnym i niezawisłym sądom, dającym rękojmię odpowiednio wysokiego stopnia wiedzy i doświadczenia życiowego. Z punktu widzenia Konstytucji

sądowa kontrola nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi jest rozwiązaniem optymalnym (*vide*: OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 80, s. 1228).

W uzasadnieniu wspomnianego wyroku Trybunał Konstytucyjny określił również rolę sądu i wymogi stawiane sądowi podczas wydawania szeregu postanowień w przedmiocie kontroli operacyjnej (co będzie jeszcze przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszego stanowiska). Prawidłowa realizacja obowiązków sądu, w omawianym zakresie, ma, zdaniem Trybunału, istotne znaczenie dla dochowania wymogów proceduralnych gwarantujących konstytucyjność unormowań dotyczących kontroli operacyjnej.

Ustawa zmieniająca, co wcześniej już sygnalizowano, wprowadziła zmiany do niektórych przepisów zaskarżonych we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich.

Przed podjęciem rozważań merytorycznych wymagane jest zatem rozstrzygnięcie, czy pomimo zmiany treści zaskarżonych przepisów możliwa jest ich kontrola przez Trybunał Konstytucyjny.

Zmiany dotyczą treści przepisów art. 19 ust. 9 i 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, art. 27 ust. 9 i 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ust. 9 i 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, art. 9e ust. 10 i 19 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 i 14 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 7 i 10 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, a także art. 31 ust. 10 i 19 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych.

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 9 ust. 9 ustawy o Policji, art. 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych,

jak również art. 17 ust. 9 ustawy o CBA, możliwe jest wielokrotne przedłużanie czasu trwania kontroli operacyjnej, przy czym **łączny czas tych przedłużeń (ponad pierwsze przedłużenie) nie może przekraczać dwunastu miesięcy.** Oznacza to, że od dnia 7 lutego 2016 r. ustawodawca wprowadził górną granicę czasu stosowania kontroli operacyjnej przez Policję, Straż Graniczną, organy kontroli skarbowej, Żandarmerię Wojskową oraz Centralne Biuro Antykorupcyjne. Od tej daty łączny czas trwania niejawnej kontroli prowadzonej przez wymienione służby będzie bowiem mógł wynosić tylko osiemnaście miesięcy.

Jednocześnie należy odnotować, że - zgodnie z art. 13 ustawy zmieniającej - do kontroli operacyjnej, która była prowadzona przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej i do tego czasu nie została zakończona, w zasadzie zakłada się stosowanie przepisów dotychczasowych (przy pewnych modyfikacjach tej zasady odnośnie do przepisów ustaw: o Policji, o Straży Granicznej i Żandarmerii Wojskowej). Tym samym, trudno określić, jak długo po dniu 7 lutego 2016 r. obowiązujące poprzednio przepisy art. 9 ust. 9 ustawy o Policji, art. 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, jak również art. 17 ust. 9 ustawy o CBA będą jeszcze pozostawać w obrocie prawnym.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że formalna derogacja, zaskarżonych w punkcie drugim *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, przepisów ustawy o Policji, ustawy o Straży Granicznej, ustawy o kontroli skarbowej, ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, jak również ustawy o CBA, przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny nie powinna prowadzić do umorzenia postępowania w tym zakresie, bowiem przepisy te nadal mogą być stosowane, a nadto, w myśl art. 104 ust. 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, wydanie orzeczenia merytorycznego w kwestii zgodności zaskarżonych regulacji z ustawą zasadniczą

wydaje się konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw osób objętych kontrolą operacyjną.

Inna jest sytuacja w przypadku zaskarżonych w punkcie drugim *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich art. 27 ust. 9 ustawy o ABW oraz AW i art. 31 ust. 7 ustawy o SKW oraz SWW, w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej, a także przepisów zaskarżonych w punkcie trzecim *petitum* tego wniosku, dotyczących zażalenia na rozstrzygnięcia sądu podejmowane w przedmiocie kontroli operacyjnej, które od dnia 7 lutego 2016 r. również uległy zmianie.

W nowym brzmieniu przepisy art. 27 ust. 9 ustawy o ABW oraz AW i art. 31 ust. 7 ustawy o SKW oraz SWW - poprzez użycie sformułowania: „może wydawać, również po upływie okresów, o których mowa w ust. [odpowiednio - 8 lub 6], kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy" - przewidują *de facto* możliwość ciągłego, bezterminowego przedłużania czasu trwania kontroli operacyjnej, co w istocie nie zmienia regulacji poprzedniej, bowiem i ona nie określała (w ustawie) maksymalnego czasu trwania tej kontroli.

Z kolei zmiany wprowadzone do przepisów zaskarżonych w punkcie trzecim *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich polegają na poszerzeniu, w porównaniu z obowiązującym stanem prawnym, kręgu podmiotów upoważnionych do złożenia zażalenia na rozstrzygnięcia sądu podejmowane w przedmiocie kontroli operacyjnej o właściwego prokuratora albo Prokuratora Generalnego.

W przypadku przepisów art. 27 ust. 9 ustawy o ABW oraz AW i art. 31 ust. 7 ustawy o SKW oraz SWW oraz przepisów zaskarżonych w punkcie trzecim *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich dokonane zmiany obowiązującego stanu prawnego nie mają jednak wpływu na treść wniosku Rzecznika. Pomimo zmiany zawartości treściowej tych przepisów, wyrażona w nich norma, objęta wnioskiem Rzecznika, nie uległa bowiem zmianie. Wszak w

przepisach art. 27 ust. 9 ustawy o ABW oraz AW i art. 31 ust. 7 ustawy o SKW oraz SWW w dalszym ciągu brakuje określenia górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej, zaś osoba, której czynności operacyjne dotyczą, w dalszym ciągu jest pominięta w katalogu podmiotów uprawnionych do złożenia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowanej wobec niej kontroli operacyjnej.

Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował przepis art. 19 ust. 20 ustawy o Policji w brzmieniu:

„Art. 19. 20. Na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, o których mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, przysługuje zażalenie organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

W związku z wejściem w życie z dniem 7 lutego 2016 r. ustawy zmieniającej powołany przepis uzyskał następujące nowe brzmienie:

„Art. 19. 20. Na postanowienia sądu, o których mowa w:

1) ust. 1, 3, 8 i 9 - przysługuje zażalenie organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia;

2) ust. 3 i 15c - przysługuje zażalenie właściwemu prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

Trzeba dodać, że postanowienia, o których mowa w art. 19 ust. 15c ustawy o Policji oraz w art. 9e ust. 16c ustawy o Straży Granicznej, w art. 36d ust. 1c ustawy o kontroli skarbowej, w art. 31 ust. 16c ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w art. 27 ust. 15c ustawy o ABW oraz AW, w art. 17 ust. 15c ustawy o CBA, jak również w art. 31 ust. 14c ustawy o SKW oraz SWW, wydawane są przez sąd w przedmiocie zgody na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną,

popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana taka kontrola, lecz innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, a uzyskanych w wyniku stosowania takiej kontroli.

Z kolei, wydawane przez sąd postanowienia, o których mowa w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, w art. 9e ust. 4 ustawy o Straży Granicznej, w art. 36c ust. 2 ustawy o kontroli skarbowej, w art. 31 ust. 4 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w art. 27 ust. 3 ustawy o ABW oraz AW, w art. 17 ust. 3 ustawy o CBA, jak również w art. 31 ust. 3 ustawy o SKW oraz SWW, dotyczą zarządzonych przez organy służb bezpieczeństwa państwa, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora albo Prokuratora Generalnego, czynności operacyjnych w przypadkach niecierpiących zwłoki.

Zakwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis art. 27 ust. 11a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu brzmiał następująco:

„Art. 27. 11a. Na postanowienia Sądu, o których mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, Szefowi ABW przysługuje zażalenie. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

W związku z wejściem w życie z dniem 7 lutego 2016 r. ustawy zmieniającej powołany przepis uzyskał następujące nowe brzmienie:

„Art. 27. 11a. Na postanowienia Sądu, o których mowa w:

1) ust. 1, 3, 8 i 9 – przysługuje zażalenie Szefowi ABW;

2) ust. 3 i 15c – przysługuje zażalenie Prokuratorowi Generalnemu.

Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

Zakwestionowany przepis art. 17 ust. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym miał następującą treść:

„Art. 17. 17. Na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, o których mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, Szefowi CBA przysługuje zażalenie. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

W związku z wejściem w życie z dniem 7 lutego 2016 r. ustawy zmieniającej powołany przepis uzyskał następujące nowe brzmienie:

„Art. 17. 17. Na postanowienia sądu, o których mowa w:

1) ust. 1, 3, 8 i 9 – przysługuje zażalenie Szefowi CBA;

2) ust. 3 i 15c – przysługuje zażalenie Prokuratorowi Generalnemu.

Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego.".

Zakwestionowany przez Rzecznika przepis art. 9e ust. 19 ustawy o Straży Granicznej miał następujące brzmienie:

„Art. 9e. 19. Na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, o których mowa w ust. 1, 4, 9 i 10, przysługuje zażalenie organowi Straży Granicznej, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

W związku z wejściem w życie z dniem 7 lutego 2016 r. ustawy zmieniającej powołany przepis uzyskał następujące nowe brzmienie:

„Art. 9e. 19. Na postanowienia sądu, o których mowa w:

1) ust. 1, 4, 9 i 10 – przysługuje zażalenie organowi Straży Granicznej, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia;

2) ust. 4 i 16c – przysługuje zażalenie właściwemu prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

Zakwestionowany przepis art. 36c ust. 14 ustawy o kontroli skarbowej brzmiał następująco:

„Art. 36c. 14. Na postanowienia Sądu, o których mowa w ust. 1, 2, 6 i 7, przysługuje zażalenie Generalnemu Inspektorowi Kontroli Skarbowej. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

W związku z wejściem w życie z dniem 7 lutego 2016 r. ustawy zmieniającej powołany przepis uzyskał następujące nowe brzmienie:

„Art. 36c.14. Na postanowienia Sądu, o których mowa w:

1) ust. 1, 2, 6 i 7 – przysługuje zażalenie Generalnemu Inspektorowi Kontroli Skarbowej;

2) ust. 2 i art. 36d ust. 1c – przysługuje zażalenie Prokuratorowi Generalnemu.

Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

Przepis art. 31 ust. 19 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych miał następującą treść:

„Art. 31. 19. Na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, o których mowa w ust. 1, 4, 9 i 10, przysługuje zażalenie organowi Żandarmerii Wojskowej, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

W związku z wejściem w życie z dniem 7 lutego 2016 r. ustawy zmieniającej powołany przepis uzyskał następujące nowe brzmienie:

„Art. 31. 19. Na postanowienia sądu, o których mowa w:

1) ust. 1, 4, 9 i 10 – przysługuje zażalenie organowi Żandarmerii Wojskowej, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia;

2) ust. 4 i 16c – przysługuje zażalenie właściwemu prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1.

Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.".

Wreszcie Rzecznik Praw Obywatelskich w przedmiotowym wniosku zakwestionował przepis art. 31 ust. 10 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego w brzmieniu:

„Art. 31.10. Na postanowienia sądu, o których mowa w ust. ust. 1, 3, 6 i 7, przysługuje zażalenie.".

W związku z wejściem w życie z dniem 7 lutego 2016 r. ustawy zmieniającej powołany przepis uzyskał następujące nowe brzmienie:

„Art. 31. 10. Na postanowienia sądu, o których mowa w:

1) ust. 1, 3, 6 i 7 - przysługuje zażalenie Szefowi SKW;

2) ust. 3 i 14c - przysługuje zażalenie Prokuratorowi Generalnemu. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego.".

Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 1 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również art. 31 ust. 1 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, przy wykonywaniu czynności operacyjno–rozpoznawczych przez określone w ustawach służby, podejmowanych w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw lub przestępstw skarbowych (w ustawie o Policji - „dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw", *vide* - nowe brzmienie art. 19 ust. 1 ustawy o Policji wprowadzone ustawą zmieniającą), o których wprost lub na zasadzie odesłania mowa w wymienionych przepisach, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd może zarządzić kontrolę operacyjną na pisemny wniosek komendantów lub szefów służb złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, właściwego prokuratora okręgowego lub właściwego prokuratora wojskowego.

Zgodnie z art. 19 ust. 8 ustawy o Policji, art. 9e ust. 9 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 6 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 9 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 8 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ust. 8 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również art. 31 ust. 6 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd może, na pisemny wniosek komendantów lub szefów służb, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, wydać postanowienie o

jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, jeżeli nie ustały przyczyny tej kontroli.

W świetle art. 19 ust. 9 ustawy o Policji, art. 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 9 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ust. 9 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również art. 31 ust. 7 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (w brzmieniu tych przepisów obowiązującym do dnia wejścia w życie ustawy zmieniającej), w uzasadnionych (szczególnie uzasadnionych) przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, właściwy sąd, na pisemny wniosek komendanta lub szefa służby, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, właściwego prokuratora okręgowego lub właściwego prokuratora wojskowego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa wyżej.

Po wejściu w życie ustawy zmieniającej (7 lutego 2016 r.), o czym wcześniej była mowa, zgodnie z art. 19 ust. 9 ustawy o Policji, art. 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych oraz art. 17 ust. 9 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, w uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, właściwy sąd, na pisemny wniosek komendanta lub szefa służby, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, właściwego prokuratora okręgowego lub właściwego prokuratora wojskowego, może wydawać, również po upływie okresów, o których mowa wyżej, kolejne postanowienia o

przedłużeniu kontroli operacyjnej „na następujące po sobie okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy".

W odniesieniu do czynności operacyjnych podejmowanych w oparciu o art. 27 ust. 9 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu i art. 31 ust. 7 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, w ustawie zmieniającej wprowadzono możliwość ich przedłużania „na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy".

Jak już sygnalizowano, ustawodawca przewidział środki odwoławcze od opisanych wyżej postanowień sądu, przy czym w stanie prawnym obowiązującym do dnia 6 lutego 2016 r., w ustawach o Policji, Straży Granicznej, kontroli skarbowej, Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, ABW oraz AW, jak również CBA grono podmiotów, którym przysługuje zażalenie na takie postanowienie, ograniczono do organów służb stosujących kontrolę operacyjną. W ustawie o SKW oraz SWW takiego ograniczenia nie wprowadzono. Po wejściu w życie ustawy zmieniającej prawo do złożenia zażalenia na niektóre, dotychczas niezaskarżalne decyzje sądu (*vide* na przykład - art. 19 ust. 3 i ust. 15c ustawy o Policji), przyznano właściwemu prokuratorowi albo Prokuratorowi Generalnemu (grono podmiotów, którym dotychczas przysługiwało zażalenie, nie uległo poszerzeniu o osoby, wobec których kontrola operacyjna była stosowana).

Przechodząc do oceny zakwestionowanych przez Wnioskodawcę przepisów w kontekście konstytucyjnych wzorców kontroli, należy odnotować, że, zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej, każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Z kolei art. 78 Konstytucji RP stanowi, że każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa.

W doktrynie przyjmuje się, że sformułowane w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP „prawo do sądu" oznacza uznanie znaczenia sądu dla ostatecznego określenia statusu prawnego jednostki. Uzasadnieniem dla tego uznania jest – nawiązujący do wykształconego w europejskiej kulturze prawnej – wymóg niezależności, bezstronności i niezawisłości tego organu. Funkcją sądu jest wymierzanie sprawiedliwości (art. 175 ust. 1, art. 177 Konstytucji RP; por. też art. 182 Konstytucji). W ujęciu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP prawo to oznacza możliwość zwrócenia się w każdej sytuacji (sprawie) do sądu z żądaniem określenia (ustalenia) statusu prawnego jednostki, w sytuacjach nie tylko zakwestionowania lub naruszenia jej praw i wolności, lecz również w sytuacjach odczuwanych przez nią niejasności, niepewności, a zwłaszcza obawy wystąpienia takiego naruszenia. Brak wyszczególnienia w tym artykule sytuacji, w których jednostka mogłaby zaangażować sąd w swojej sprawie, oznacza oczywiście zezwolenie na takie zaangażowanie w każdej sytuacji, według swobodnej jej oceny (*vide* – Paweł Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, III Tom, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, tezy do art. 45, s. 1 – 2).

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, prawo do sądu obejmuje cztery podstawowe elementy: prawo dostępu do sądu, prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności, prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd oraz prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wyjaśniał znaczenie konstytucyjnych standardów sprawiedliwego postępowania sądowego. Sprawiedliwość proceduralna należy do istoty konstytucyjnego prawa do sądu, albowiem prawo do sądu bez zachowania standardu rzetelności postępowania byłoby prawem fasadowym (*vide* - wyroki: z dnia 21 lipca 2009 r., sygn. K 7/09, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 113, s. 1186 – 1187 oraz powołane tam orzecznictwo, jak również z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. SK 25/11, OTK ZU nr 1/A/2014, poz. 1, s. 13 oraz powołane tam orzeczenia).

Z kolei, zakres podmiotowy prawa do sądu został wyznaczony przez konstytucyjne pojęcie „sprawy". Ustalając znaczenie tego terminu, Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wyrażał pogląd, że urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu obejmuje wszystkie sytuacje – bez względu na szczegółowe regulacje proceduralne, w których pojawia się konieczność rozstrzygnięcia o prawach danego podmiotu (w relacji do innych równorzędnych podmiotów lub relacji do władzy publicznej), a jednocześnie natura danych stosunków prawnych wyklucza arbitralność rozstrzygnięcia o sytuacji prawnej podmiotu przez drugą stronę tego stosunku (*vide* – wyroki: z dnia 18 maja 2004 r., sygn. SK 28/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 45, s. 629 i z dnia 11 czerwca 2002 r., sygn. SK 5/02, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 41, s. 554 oraz powołane tam orzecznictwo).

Kształtując uprawnienia stron postępowania, ustawodawca musi wziąć pod uwagę także ogólne cele postępowania oraz inne wartości, takie jak sprawność postępowania, wyważywszy kolidujące interesy. Trybunał Konstytucyjny zwracał w związku z tym uwagę na granice swobody regulacyjnej przy stanowieniu ustaw normujących postępowania sądowe. Swoboda ustawodawcy kształtowania odpowiednich procedur nie oznacza dopuszczalności wprowadzania rozwiązań arbitralnych, które ponad miarę, a więc bez wystąpienia istotnych racji, ograniczają prawa procesowe strony, których realizacja stanowi przesłankę prawidłowego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy. Jeżeli ograniczenie uprawnień procesowych strony jest zbędne, z punktu widzenia zamierzonych przez ustawodawcę celów, takich jak zapewnienie większej efektywności postępowania i jego szybkości, a jednocześnie wypacza pozycję stron, uniemożliwia właściwe zrównoważenie ich pozycji procesowej, a tym samym łamie podstawowy postulat sprawiedliwości proceduralnej, czy wreszcie prowadzi do arbitralnego rozstrzygnięcia „sprawy" – to w tego rodzaju wypadkach dochodziłoby do naruszenia gwarancji konstytucyjnych związanych

z prawem do sądu (*vide* – wyrok z dnia 21 lipca 2009 r., sygn. K 7/09, *op. cit.*, s 1187 oraz powołane tam orzeczenia).

Trybunał Konstytucyjny przypominał także funkcje społeczne sprawiedliwej procedury sądowej. Procedura taka ma szczególne znaczenie dla kształtowania zaufania obywateli do wymiaru sprawiedliwości i poczucia poszanowania ich praw. Nierzetelne procedury sądowe, nawet jeśli nie muszą prowadzić wprost do faktycznego zawieszenia obowiązywania konstytucyjnego prawa do sądu, a pośrednio do unicestwienia innych praw i wolności konstytucyjnych, których ochronę gwarantuje prawo do sądu (np. godność osobista, życie, wolność, prawo własności), to jednak przez naruszenie zaufania, jakie musi wytwarzać rzetelna procedura sądowa, budzą zastrzeżenia (*vide* – *ibidem*, s. 1187 oraz powołane tam orzecznictwo).

Trybunał Konstytucyjny stanął również na stanowisku, że sprawiedliwa procedura sądowa powinna zapewniać stronom uprawnienia procesowe stosowne do przedmiotu prowadzonego postępowania. W każdym wypadku ustawodawca powinien zapewnić jednostce prawo do wysłuchania. Jednostka musi uzyskać w szczególności możliwość przedstawienia swoich racji oraz zgłaszania wniosków dowodowych. Istotny element sprawiedliwej procedury sądowej stanowi prawo strony do osobistego udziału w czynnościach procesowych (*vide* – wyrok z dnia 19 września 2007 r., sygn. SK 4/06, OTK ZU nr 8/A/2007, poz. 98, s. 1224 oraz powołane tam orzeczenia).

Trybunał Konstytucyjny zaakcentował także pogląd, że konieczność ochrony w demokratycznym państwie takich wartości jak: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób nie może uzasadniać zamknięcia drogi sądowej w odniesieniu do praw objętych zakresem zastosowania art. 77 ust. 2 Konstytucji, może natomiast, co najwyżej, uzasadniać pewne ograniczenia ochrony sądowej, przejawiające się w odmiennym ukształtowaniu zasad postępowania sądowego w stosunku do ogólnych reguł proceduralnych (*vide* –

wyrok z dnia 10 maja 2000 r., sygn. K. 21/99, OTK ZU nr 4/2000, poz. 109, s. 558).

Trzeba też odnotować, że w literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż art. 78 Konstytucji RP wyraża generalną zasadę aksjologiczną: drugoinstancyjna kontrola orzeczeń i decyzji jest istotnym elementem ochrony praw jednostki, bo, stwarzając możliwość weryfikacji pierwszego rozstrzygnięcia, przeciwdziała arbitralności i ułatwia unikanie pomyłek i krzywd. W tym sensie stanowi ona komponent demokratycznego państwa prawnego. Tak rozumiany art. 78 wykazuje bliskie związki logiczne z tymi przepisami konstytucyjnymi, które – z jednej strony – formułują „prawo do sądu" (art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2), a – z drugiej strony – ustanawiają nakaz dwuinstancyjnego postępowania sądowego (art. 176 ust. 1). Niemniej art. 78 nie może być traktowany jako kolejne – po art. 77 ust. 2 – przypomnienie, że każdemu przysługuje prawo do sądu, czy jako element ogólnego prawa do sądu. Jest to raczej wskazanie szczególnej gwarancji „sprawiedliwości proceduralnej", odnoszącej się do wszystkich typów postępowań, więc wykraczającej poza zakres postępowań toczących się przed sądami. W odniesieniu do postępowań sądowych prawo do zaskarżania pierwszoinstanyjnych orzeczeń traktowane jest jako środek wzmacniający prawo do sądu i urealniający jego prawidłowe urzeczywistnienie. Oczywiście prawo zaskarżania pierwszoinstancyjnych rozstrzygnięć rzutuje w sposób zasadniczy na sposób realizacji prawa do sądu (*vide* – Leszek Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, V Tom, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, tezy do art. 78, s. 2 oraz powołane tam poglądy doktryny).

Zakres podmiotowy art. 78 odniesiony został do „stron", powiązano go więc z podmiotami uczestniczącymi w postępowaniu, które doprowadziło do wydania orzeczenia lub decyzji. Pojęciu strony należy przypisywać autonomiczne znaczenie: nie musi ono pokrywać się ze sposobem jego rozumienia w przepisach poszczególnych procedur. Za „stronę" należy więc uznać każdego uczestnika postępowania, w którym wydano orzeczenie lub decyzję, tzn. każdego, kto

formalnie został dopuszczony do udziału w tym postępowaniu jako dotyczącym jego praw, obowiązków czy sytuacji prawnej. Każdej, tak rozumianej, stronie postępowania art. 78 gwarantuje prawo zaskarżania poszczególnych, podejmowanych w tym postępowaniu rozstrzygnięć. Zarazem prawo to może przysługiwać tylko stronie, więc (poza sytuacjami szczególnymi) nie może rozciągać się na podmioty, które nie mają interesu prawnego w sprawie i które nie uczestniczyły w pierwszoinstancyjnej procedurze. Prawo to powinno przysługiwać wszystkim „stronom" postępowania na równych zasadach; wynika to zarówno z ogólnych konsekwencji zasady równości, jak i z zasady „równości broni" (*vide* – Leszek Garlicki, *op. cit.*, s. 4 oraz powołane tam poglądy doktryny).

Nadto, w doktrynie podnosi się, że „[p]rawo do zaskarżenia odnosi się do rozstrzygnięć o wszelkim charakterze: zarówno kończących postępowanie (orzekających o istocie sprawy), jak i najróżniejszych rozstrzygnięć wpadkowych. (...) Prawo do zaskarżenia odnosi się do rozstrzygnięć wydawanych we wszelkiego typu postępowaniach, chyba że zostanie ono wyłączone szczególnym przepisem konstytucyjnym" (*vide* - *ibidem*, s. 5 – 6).

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, do koniecznych uprawnień stron w sprawiedliwej procedurze sądowej należą m.in. odpowiednie środki zaskarżenia. Trybunał przypominał przy tym, że przy określaniu uprawnień przysługujących stronom niezbędne jest takie ukształtowanie środków proceduralnych, aby umożliwić właściwe zrównoważenie pozycji procesowej każdej ze stron (*vide* - wyrok z dnia 21 lipca 2009 r., sygn. K 7/09, *op. cit.*, s 1187 oraz powołane tam orzeczenia).

Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie stawał na stanowisku, że obowiązywanie zasady dwuinstancyjnego postępowania nie musi ograniczać się do głównego nurtu postępowania sądowego. Zasada ta ma zastosowanie także wobec kwestii rozstrzyganych incydentalnie, wpadkowo, poza nurtem postępowania „głównego", jeżeli dotyczą praw lub obowiązków danego podmiotu (por. wyroki: z dnia 22 października 2013 r., sygn. SK 14/13, OTK ZU

nr 7/A/2013, poz. 100, s. 1403 oraz powołane tam orzecznictwo, jak również z dnia 12 kwietnia 2012 r., sygn. SK 21/11, OTK ZU nr 4/A/2012, poz. 38, s. 376 oraz powołane tam orzeczenia).

Szczególnie istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie objętej wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich ma pogląd Trybunału Konstytucyjnego, który zaakcentował, że, określając podmiot prawa do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, prawodawca konstytucyjny posłużył się terminem „każda ze stron". Przez stronę, w rozumieniu art. 78 Konstytucji, należy rozumieć każdy podmiot, którego praw lub obowiązków dotyczy rozstrzygnięcie wydane w pierwszej instancji, nawet jeżeli prawo nie przewiduje udziału tego podmiotu w postępowaniu prowadzącym do wydania tego rozstrzygnięcia (*vide* - wyrok z dnia 19 września 2007 r., sygn. SK 4/06, *op. cit.*, s. 1225 oraz powołane tam orzeczenia, jak również wyrok z dnia 14 marca 2006 r., sygn. SK 4/05, OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 29, s. 292).

Nadto, Trybunał Konstytucyjny podkreślał niejednokrotnie, że celem reguły instancyjności jest zapobieganie pomyłkom i arbitralności w pierwszej instancji. Brak możliwości zaskarżenia do sądu wyższej instancji ogranicza zainteresowanym prawo do sądu, co jest sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego (por. wyrok z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. P 13/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 42, s. 569 oraz powołane tam orzeczenia, jak również wyrok z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. SK 61/12, OTK ZU nr 6/A/2013, poz. 84, s. 1165 i powołane tam orzeczenia).

To ostatnie orzeczenie koresponduje z poglądami doktryny, iż sprawiedliwość społeczna mieści w sobie zakaz arbitralności państwa, dopuszczając wprawdzie zróżnicowanie poszczególnych jednostek, ale tylko w odpowiedniej relacji do różnic w ich sytuacji (*vide* – Wojciech Sokolewicz, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, V Tom, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, tezy do art. 2, s. 62).

Postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej niewątpliwie stanowią rozstrzygnięcia o wolnościach i prawach osoby poddawanej takiej kontroli. Tym samym, wyczerpują one konstytucyjne pojęcie „sprawy" w rozumieniu przytoczonego wyżej orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, co przesądza, że ustawodawca jest obowiązany unormować wspomnianą kwestię, respektując konstytucyjne gwarancje prawa do sądu. Z kolei, w myśl tegoż orzecznictwa Trybunału, prawo do sądu bez zachowania standardu rzetelności postępowania byłoby jedynie prawem fasadowym. W końcu, przytoczone orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego przesądza, że nawet jeśli podmiot, o którego prawach lub obowiązkach rozstrzyga sąd w pierwszej instancji, nie bierze udziału w postępowaniu prowadzącym do wydania tego rozstrzygnięcia (jak ma to miejsce w przypadku postanowień w przedmiocie kontroli operacyjnej), to i tak podmiotowi temu przysługuje prawo do zaskarżenia takiego orzeczenia.

Tym samym, jak się wydaje, w pierwszej kolejności należałoby przeanalizować kwestię pozbawienia przez ustawodawcę prawa do zaskarżania orzeczeń sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osoby, wobec której taka kontrola jest prowadzona, przy jednoczesnym przyznaniu takiego prawa służbom wnioskującym o podjęcie owej kontroli, a także, co do niektórych orzeczeń - właściwemu prokuratorowi albo Prokuratorowi Generalnemu.

Obowiązujące procedury wydawania przez sąd postanowień w przedmiocie kontroli operacyjnej, w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, nie przewidują żadnego udziału zainteresowanego, którego ta kontrola dotyczy. Innymi słowy, procedury te nie gwarantują zainteresowanemu ani prawa do wysłuchania, wskazywanego przez Trybunał Konstytucyjny jako podstawowy standard sprawiedliwej procedury, ani realizacji wymienionych w orzecznictwie Trybunału, jako koniecznych do zagwarantowania, uprawnień strony do zgłaszania wniosków dowodowych oraz osobistego udziału w czynnościach procesowych. Nierespektowanie przez ustawodawcę wymienionych wyżej standardów ukształtowania procedury sądowej

usprawiedliwia się niejawnym charakterem czynności operacyjno-rozpoznawczych i koniecznością podejmowania takich czynności w tajemnicy przed zainteresowanym. Jednakże w takiej sytuacji szczególnego znaczenia nabiera konieczność rygorystycznego przestrzegania pozostałych standardów sprawiedliwości proceduralnej, w tym prawidłowego ukształtowania postępowania odwoławczego w sprawach, w których zapadły postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej.

Zgodnie powoływanym już wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, niejawne pozyskiwanie przez organy władzy publicznej informacji o jednostce wymaga zachowania daleko idących gwarancji proceduralnych. Przede wszystkim ma istnieć obowiązek poinformowania jednostki o podjętych wobec niej działaniach operacyjno-rozpoznawczych oraz pozyskaniu informacji na jej temat, i to bez względu na to, czy były to osoby podejrzane o naruszenie prawa, czy osoby postronne, które przypadkowo stały się obiektem kontroli. Powiadomienie jednostki na etapie wykonywania działań operacyjno-rozpoznawczych i gromadzenia informacji, co oczywiste, narażałoby je na nieskuteczność. Dlatego ustawodawca powinien zagwarantować późniejsze poinformowanie o tym fakcie. Obowiązek informacyjny w powyższym zakresie ma eliminować ryzyko niekontrolowanego tworzenia oraz utrzymywania zbiorów danych nieprzydatnych dla postępowań prowadzonych przez organy państwa, lecz potencjalnie wartościowych z punktu widzenia przyszłych, bliżej nieokreślonych czynności (*vide – op. cit.,* s. 1229 oraz powołane tam orzecznictwo).

Analogiczną, a jednocześnie nieporównanie bardziej skuteczną gwarancją proceduralną, eliminującą ryzyko niekontrolowanego tworzenia oraz utrzymywania przez służby nieprzydatnych dla konkretnego postępowania zbiorów danych o jednostce, byłoby usunięcie, kwestionowanego w niniejszej sprawie, podmiotowego ograniczenia możliwości wnoszenia środków odwoławczych od postanowień sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej.

Przyznanie przez ustawodawcę uprawnienia do wnoszenia środka odwoławczego wyłącznie organom służb wnioskujących o zgodę na prowadzenie czy przedłużenie czasu trwania kontroli operacyjnej lub legalizację kontroli operacyjnej podjętej w przypadkach niecierpiących zwłoki bez uprzedniej zgody sądu, a także właściwemu prokuratorowi albo Prokuratorowi Generalnemu, w praktyce uniemożliwia kontrolę sądu drugiej instancji nie tylko nad orzeczeniem pierwszoinstancyjnym, ale również nad prawidłowością postępowania samych służb oraz prokuratury.

W tym miejscu, niejako na marginesie, wypada również zwrócić uwagę na wyraźny brak konsekwencji samego ustawodawcy w kwestii przyznawania uprawnień do wnoszenia środków odwoławczych od postanowień sądu w przedmiocie podsłuchów. Zgodnie z art. 240 Kodeksu postępowania karnego, na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych przysługuje zażalenie. Osoba, której dotyczy postanowienie, może w zażaleniu domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych.

W konsekwencji, konstytucyjna zasada, że każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji (art. 78 ustawy zasadniczej), w zakresie podsłuchów stała się w polskim systemie prawnym wyjątkiem ograniczonym do tak zwanych podsłuchów procesowych. Regułą jest natomiast, że w przypadku podsłuchów realizowanych podczas kontroli operacyjnej przez Policję, Straż Graniczną, wywiad skarbowy, Żandarmerię Wojskową, ABW, SKW, jak również CBA zażalenie na postanowienie sądu w tym zakresie przysługuje jedynie organom służb albo (w ograniczonym zakresie, o czym wcześniej była mowa) prokuraturze, przy jednoczesnym pozbawieniu tego prawa osoby, wobec której podsłuch jest stosowany (nawet prawa do zaskarżenia odroczonego w czasie).

Tym samym, jeżeli kontrola operacyjna nie doprowadzi do uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających

znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, brak jest procedury, która mogłaby doprowadzić, w dalszej kolejności, do zainicjowania kontroli instancyjnej postanowień sądu w przedmiocie owej kontroli operacyjnej. Innymi słowy, jeżeli kontrola operacyjna okazała się nieskuteczna, brak instrumentu weryfikującego, czy aprobata sądu pierwszej instancji dla wniosków służb o zgodę na prowadzenie, przedłużenie lub legalizację kontroli operacyjnej, na którą nie było uprzedniej zgody sądu - była chociażby zasadna i legalna.

Jak już sygnalizowano, konieczność prawidłowego ukształtowania procedury odwoławczej od postanowień sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej wynika również ze skutków wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11. W szczególności, taką konieczność rodzą rozstrzygnięcia Trybunału zawarte w pkt. 1, 3, 4 oraz 6 części I sentencji wyroku (*vide - op. cit.*, s. 1179 - 1180).

Zgodnie z pkt. 4 części I sentencji tegoż wyroku, art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o Policji, art. 9e ust. 7 pkt 3 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 4 pkt 3 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 7 pkt 3 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy o ABW oraz AW, art. 31 ust. 4 pkt 3 ustawy o SKW oraz SWW, jak również art. 17 ust. 5 pkt 3 ustawy o CBA - rozumiane w ten sposób, że właściwy organ zarządzający kontrolę operacyjną wskazuje określony w prawie rodzaj środka technicznego uzyskiwania informacji i dowodów oraz ich utrwalania stosowany w indywidualnej sprawie, są zgodne z art. 2 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (*vide – ibidem*).

W uzasadnieniu omawianego wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że, *„co do zasady, sądy nie wskazują w postanowieniu środka technicznego, ograniczając się jedynie do zdefiniowania, że chodzi o środek techniczny. Mimo braku jednolitej praktyki orzeczniczej w tym zakresie, Trybunał Konstytucyjny uznał za wystarczające dla urzeczywistnienia gwarancji konstytucyjnych przyjęcie takiej wykładni zakwestionowanych przepisów, że organ zarządzający*

kontrolę operacyjną jest obowiązany do zindywidualizowania w każdej sprawie środka technicznego, jaki ma być stosowany. Z punktu widzenia wymagań konstytucyjnych dopuszczalne jest zastosowanie tylko takiego środka, który przewidziany został przez prawo i może być stosowany przez organ wnoszący o zarządzenie kontroli operacyjnej. Trybunał zwraca ponadto uwagę, że ustrojowa pozycja sądów – jako organów niezależnych od władzy wykonawczej oraz postawionych na straży konstytucyjnych wolności i praw podmiotowych (art. 10, art. 77 ust. 2 Konstytucji) predestynuje je do przeprowadzenia kompleksowej oceny wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej, a w konsekwencji także do precyzyjnego wyznaczenia jej zakresu oraz sposobów pozyskiwania informacji. Dotyczy to konsekwentnie wskazania w postanowieniu sądu rodzaju środka technicznego, za pomocą którego mają być pozyskiwane informacje i dowody dotyczące jednostki" (*ibidem*, s. 1252).

Wobec stwierdzonego przez Trybunał Konstytucyjny „braku jednolitej praktyki orzeczniczej" oraz faktu, że „co do zasady sądy nie wskazują w postanowieniu środka technicznego" (umożliwiającego uzyskanie w sposób niejawny informacji i dowodów oraz ich utrwalenie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych), należy uznać za niezbędną kontrolę sądu drugiej instancji postanowień pierwszoinstancyjnych. W szczególności, powinna być stworzona możliwość inicjowania takiej kontroli przez osobę zainteresowaną, wobec której kontrola operacyjna jest stosowana, jako że organy służb prowadzących czynności operacyjno-rozpoznawcze, obiektywnie rzecz ujmując, nie są zainteresowane jakimkolwiek ograniczeniem (ani rodzajowym, ani konkretnym) środków technicznych, których służby używają lub mogą użyć do stosowania kontroli operacyjnej.

Innymi słowy, skoro Trybunał Konstytucyjny uznał „za wystarczające dla urzeczywistnienia gwarancji konstytucyjnych przyjęcie takiej wykładni zakwestionowanych przepisów, że organ zarządzający kontrolę operacyjną jest

obowiązany do zindywidualizowania w każdej sprawie środka technicznego, jaki ma być stosowany", to wydaje się oczywiste, że postanowienie sądu w tym przedmiocie musi podlegać kontroli instancyjnej, której wywołanie nie może zostać ograniczone do inicjatywy (wniesienia zażalenia) samych służb. Należy uznać za niedopuszczalne pozbawienie, przez ustawodawcę, możliwości wniesienia takiego zażalenia osoby, której kontrola operacyjna dotyczy. Wydaje się, że ustawodawca może jedynie odroczyć na pewien czas możliwość skorzystania z tego prawa przez osobę zainteresowaną. Ten „pewien czas", na który możliwe by było owo odroczenie, powinien być jednak dostosowany do konkretnych postępowań niejawnych prowadzonych przez służby bezpieczeństwa państwa. Główną przeszkodą uniemożliwiającą uruchomienie kontroli instancyjnej postanowienia sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej przez osobę, której ta kontrola dotyczy, powinien być, jak słusznie wskazuje Rzecznik Praw Obywatelskich, brak zagrożeń dla tego postępowania, o czym w dalszej części niniejszego stanowiska.

Zgodnie z pkt 6. części I sentencji omawianego wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porzadkowych, art. 27 ustawy o ABW oraz AW, art. 31 ustawy o SKW oraz SWW, jak również art. 17 ustawy o CBA - w zakresie, w jakim nie przewidują gwarancji niezwłocznego, komisyjnego i protokolarnego zniszczenia materiałów zawierających informacje objęte zakazami dowodowymi, co do których sąd nie uchylił tajemnicy zawodowej bądź uchylenie było niedopuszczalne, są niezgodne z art. 42 ust. 2, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (*vide – op. cit.*, s. 1180).

W uzasadnieniu omawianego wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że mankamentem konstytucyjnym jest niezagwaratowanie w ustawie, że w sytuacji uzasadnionego podejrzenia, iż zgromadzone materiały zawierają

informacje objęte tajemnicą zawodową i z tego powodu wymagają szczególnej ochrony, nastąpi dodatkowa weryfikacja tych materiałów przez sąd i ewentualne zwolnienie z tajemnicy zawodowej, zanim zostaną przekazane funkcjonariuszom służb bądź prokuratorowi (*vide – ibidem*, s. 1267).

W tym samym wyroku Trybunał Konstytucyjny przypomniał również, że minimalnym standardem w odniesieniu do ochrony poufności kontaktów oskarżonego z obrońcą i poufności tożsamości dziennikarskich źródeł informacji jest istnienie kontroli sądowej weryfikującej zebrane w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych materiały, co do których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zawierają treści stanowiące prawnie chronioną tajemnicę zawodową oraz zarządzającej wyłączenie z dalszego wykorzystania tych materiałów, które są istotne z punktu widzenia ochrony relacji zaufania (*vide - ibidem*, s. 1268).

Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że nie sposób mówić o wykształceniu się linii orzeczniczej gwarantującej ochronę tajemnicy zawodowej w trakcie kontroli operacyjnej (*vide – ibidem*, s. 1267).

W kontekście przytoczonych poglądów Trybunału Konstytucyjnego wypada odnotować, że podstawowe znaczenie dla konstytucyjności rozwiązań dotyczących czynności operacyjno-rozpoznawczych, wkraczających w sferę informacji objętych zakazami dowodowymi, ma istnienie i prawidłowe funkcjonowanie kontroli sądowej. Przy braku wystarczająco ukształtowanej linii orzeczniczej, gwarantującej ochronę tajemnicy zawodowej w trakcie kontroli operacyjnej, zasadnicze znaczenie ma tutaj właściwa procedura odwoławcza w stosunku do orzeczeń sądu pierwszej instancji.

Tym samym, postępowanie odwoławcze od postanowień sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej nie może być inicjowane jedynie przez organy służb, które o taką kontrolę wnioskują oraz taką kontrolę prowadzą, czy też przez prokuraturę. Możliwość wniesienia stosownego zażalenia powinna być przyznana przez ustawodawcę również osobie, wobec której kontrola operacyjna jest

prowadzona. Jak już sygnalizowano, prawo do wniesienia zażalenia przez taką osobę może zostać odroczone na czas określony przez ustawodawcę, przykładowo do zakończenia kontroli operacyjnej i ustania zagrożeń dla prowadzonego postępowania.

W pkt. 1 i 3 części I sentencji wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Trybunał Konstytucyjny dopuścił, by kontrola operacyjna mogła być wdrażana przez służby mundurowe oraz specjalne również w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw ściganych na mocy bliżej niedookreślonych ustaw i umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, jak również przestępstw oznaczonych w sposób nieostry i niedookreślony, przy użyciu takiej aparatury pojęciowej, jak, przykładowo: „inne przestępstwa godzące w bezpieczeństwo państwa" lub „przestępstwa godzące w bezpieczeństwo potencjału obronnego państwa"(*vide – op. cit.,* s. 1179 – 1180).

W uzasadnieniu omawianego wyroku z dnia 30 lipca 2014 r. Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że każda nazwa w języku naturalnym cechuje się pewnym stopniem niedookreśloności, co wiąże się z istotą samego języka. Osiągnięcie wyższego stopnia precyzji przy redagowaniu tekstów aktów normatywnych nie jest możliwe. Ryzyko arbitralnego działania organów władzy publicznej pojawia się przede wszystkim w sytuacjach, w których prawo nie przewiduje sądowej kontroli stosowania prawa przez organy władzy wykonawczej (*vide - op. cit.*, s. 1245).

Rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego, zawarte w pkt. 3 części I sentencji wyroku, doprowadziło do złożenia zdań odrębnych przez dwóch sędziów Trybunału (*vide – ibidem*, s. 1278 – 1284 oraz 1290 – 1293, jak również powołane tam poglądy doktryny i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

Nie odnosząc się do tej różnicy poglądów w składzie Trybunału, należy jednak podkreślić, podniesioną przez Trybunał, rangę kontroli sądowej jako czynnika przesądzającego o konstytucyjności ocenianych unormowań.

Nadto, należałoby odnotować, że, uzasadniając rozstrzygnięcie o uznaniu za zgodne z ustawą zasadniczą regulacji art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o ABW, Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że Sąd Okręgowy w Warszawie orzeka nie tylko o zgodzie, ale również o określonym we wniosku celu, czasie i rodzaju kontroli operacyjnej. Orzekając, sąd ma obowiązek w każdej sprawie ważyć wartości określone we wzorcach kontroli: art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (*vide – op. cit.*, s. 1247).

Podnoszona przez Trybunał Konstytucyjny ranga kontroli sądowej wdrażania i prowadzenia kontroli operacyjnej przesądza o konieczności właściwego ukształtowania kontroli instancyjnej postanowień sądu pierwszej instancji wydawanych w omawianym zakresie. Tym samym, zachowują, w tym miejscu, aktualność, zawarte we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego stanowiska, wywody dotyczące konieczności dopuszczenia możliwości wnoszenia zażalenia na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej przez osobę, wobec której prowadzona jest kontrola operacyjna, jak również niedopuszczalności ograniczenia kręgu podmiotów uprawnionych do wnoszenia takiego zażalenia do samych służb, a od 7 lutego 2016 r. - także prokuratury.

Reasumując tę część wywodów, dotyczących regulacji wprowadzających możliwość wdrożenia postępowania odwoławczego od postanowień sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, należy stwierdzić, że samo wprowadzenie przez ustawodawcę możliwości kontroli instancyjnej w omawianym zakresie zasługuje na jednoznacznie pozytywną ocenę. Poważne zastrzeżenia konstytucyjne budzi natomiast katalog podmiotów, którym ustawodawca przyznał prawo do zainicjowania wspomnianej kontroli instancyjnej.

Niezależnie od przytoczonych wyżej oraz zawartych we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich argumentów przemawiających przeciwko ograniczeniu kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej do organów służb dokonujących czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz prokuratury, poprzez wyeliminowanie z tego kręgu osoby poddawanej kontroli operacyjnej oraz osoby, o której służby pozyskują informacje, należy stwierdzić, że, w myśl cytowanego wyżej orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca obowiązany jest tak ukształtować system środków proceduralnych, aby umożliwić właściwe zrównoważenie pozycji procesowej każdej ze stron. Podobnie, w powoływanych wyżej poglądach doktryny podkreśla się znaczenie zasady „równości broni" przy ocenie gwarancji „sprawiedliwości proceduralnej".

Zasada „równości broni", jako zasadniczy element pojęcia „rzetelnego procesu", wymaga zachowania sprawiedliwej równowagi pomiędzy stronami. Żadnej ze stron nie wolno postawić w sytuacji mniej korzystnej niż strony przeciwnej (co będzie jeszcze przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszego stanowiska). Już w tym miejscu należy jednak odnotować, iż, wobec niejawności procedur stosowania kontroli operacyjnej, dochowanie podczas takich czynności zasady „równości broni" stanowi poważny problem konstytucyjny.

Jak już sygnalizowano, osobie, wobec której podejmowane są omawiane czynności operacyjno-rozpoznawcze, z samej natury procedur niejawnych nie gwarantuje się ani prawa do wysłuchania, ani prawa do zgłaszania wniosków dowodowych, ani osobistego udziału w czynnościach przed wydaniem przez sąd stosownego postanowienia w pierwszej instancji. Co więcej, ustawodawca, normując postępowanie odwoławcze w kwestionowanym zakresie, przyznał prawo wniesienia zażalenia jedynie organom określonych służb bezpieczeństwa państwa oraz prokuraturze, pogłębiając tym samym istniejącą już, poważną „nierówność broni". Przyjmując takie rozstrzygnięcie, ustawodawca nie

zastosował instytucji ewentualnego odroczenia możliwości skorzystania z różnych uprawnień przez osobę, wobec której stosuje się takie czynności.

Innymi słowy, należy stwierdzić, że ustawodawca naruszył zasadę „równości broni", wyposażając organy służb, to jest Policji, Straży Granicznej, wywiadu skarbowego, Żandarmerii Wojskowej, ABW, SKW i CBA, oraz - co do niektórych orzeczeń sądu - także prokuraturę, w prawo wnoszenia zażaleń na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej. Stanowi to nieuprawnione uprzywilejowanie sytuacji prawnej wymienionych podmiotów, poprzez przyznanie im uprawnień, których pozbawiono osoby, wobec których prowadzona jest kontrola operacyjna.

O ile omówionym wyżej unormowaniom, zawartym w ustawach instytucjonalnych dotyczących poszczególnych służb bezpieczeństwa państwa, zarzucono niezgodność z ustawą zasadniczą konkretnych treści stanowiących fragmenty tychże regulacji, to szeregowi tychże regulacji należałoby również zarzucić pominięcie przez ustawodawcę treści, których pominąć nie powinien, by unormowanie pozostawało w zgodzie z Konstytucją RP. Tym samym, nabiera znaczenia kwestia dopuszczalnego kształtu zarzutów formułowanych w stosunku do norm prawnych w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym, a zwłaszcza rozróżnienia pomiędzy zaniechaniem prawodawczym a pominięciem prawodawczym, czyli tak zwaną regulacją niepełną.

W doktrynie przyjmuje się, że z podlegającym kognicji Trybunału Konstytucyjnego pominięciem prawodawczym mamy do czynienia, gdy jakiś akt normatywny lub jego część ma zbyt wąski zakres zastosowania lub normowania, co jest niezgodne z Konstytucją (*vide* – Piotr Tuleja, *Podstawowe problemy związane z interpretacją Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny – między hierarchiczną kontrolą norm a ochroną praw człowieka*, [w:] *Księga XX – lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Trybunał Konstytucyjny, Wydawnictwa, Warszawa 2006, s. 223).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, Trybunał nie ma kompetencji do orzekania o zaniechaniach ustawodawcy polegających na niewydaniu aktu ustawodawczego, choćby obowiązek jego wydania wynikał z norm konstytucyjnych. W przypadku natomiast aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny konstytucyjności owego aktu również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć, postępując zgodnie z Konstytucją, powinien był unormować. Prowadzi to do wniosku, że o ile parlamentowi przysługuje bardzo szerokie pole decyzji, jakie materie wybrać do normowania w drodze stanowionych przez siebie ustaw, to skoro decyzja taka zostanie już podjęta, regulacja danej materii musi zostać dokonana przy poszanowaniu wymagań konstytucyjnych (*vide* - wyroki: z dnia 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 216, s. 1092 oraz powołane tam orzecznictwo, jak również z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. K 2/10, OTK ZU nr 9/A/2010, po. 102, s. 1500 i powołane tam orzeczenia).

W świetle przytoczonych wyżej poglądów doktryny oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wydaje się, że wskazane we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich pewne (jak przykładowo: kwestia doręczenia postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola ta była stosowana, po zakończeniu kontroli operacyjnej i ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania) materie, których nie unormowano w zaskarżonych przepisach, mają istotne znaczenie z punktu widzenia chronionych przez ustawę zasadniczą praw: do sądu oraz do zaskarżania orzeczeń wydanych w pierwszej instancji, a pośrednio również praw: do prywatności, ochrony tajemnicy komunikowania się, jak również autonomii informacyjnej. Tym samym, jak się wydaje, można bronić poglądu, że w analizowanych unormowaniach zachodzą

przypadki pominięcia prawodawczego, podlegającego kognicji Trybunału Konstytucyjnego.

W tym kontekście należy, co do zasady, podzielić pogląd Rzecznika Praw Obywatelskich, że po zakończeniu kontroli operacyjnej obywatel powinien mieć prawo do złożenia zażalenia na decyzje sądu w zakresie przeprowadzonych względem niego czynności operacyjnych. Z tym uprawnieniem wiązać się powinna konieczność poinformowania obywatela o przeprowadzonych wobec niego czynnościach operacyjnych (*vide*: wniosek z dnia 4 grudnia 2015 r., s. 16).

Nie można jednak zaakceptować tezy, że obowiązek poinformowania o przeprowadzonych czynnościach operacyjnych, a w konsekwencji - prawo do złożenia zażalenia na podjęte w tym zakresie przez sąd decyzje, aktualizują się w każdym przypadku prowadzenia tego rodzaju czynności, o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska.

Niewątpliwie - w przypadku tak głębokiej ingerencji w prawa i wolności jednostki, jaką niesie za sobą prowadzona przez służby, w warunkach niejawności, kontrola operacyjna - jednostce, wobec której prowadzona jest taka kontrola, należałoby zagwarantować *ex post* skuteczne środki kontroli zasadności i legalności prowadzenia czynności operacyjnych. Minimalnym standardem w omawianym zakresie powinno być poinformowanie takiej osoby, po zakończeniu kontroli operacyjnej, o prowadzeniu owej kontroli i wyposażenie poddanej jej osoby w uprawnienie do złożenia stosownego zażalenia.

Jak już sygnalizowano, uzasadnienie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich zawiera wywody dotyczące orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w przedmiocie wymogów warunkujących dopuszczalność podejmowania czynności operacyjno–rozpoznawczych. Wprawdzie Wnioskodawca nie zaproponował zbadania przez Trybunał Konstytucyjny zakwestionowanych przez siebie unormowań w kontekście art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i

podstawowych wolności, jednakże całkowite pominięcie tej regulacji prawa międzynarodowego w niniejszej sprawie nie wydaje się zasadne.

Wspomniany art. 6 ust. 1 Konwencji stanowi, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości. Z kolei, art. 13 Konwencji stanowi, że każdy, czyje prawa i wolności zawarte w Konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe.

W doktrynie przyjmuje się, że próba najbardziej ogólnego określenia zakresu pojęciowego prawa do rzetelnego postępowania, wynikającego z art. 6 ust. 1 Konwencji, sprowadza się do wymienienia dwóch podstawowych elementów standardu, to jest prawa do kontradyktoryjnego postępowania i zasady równości broni (*vide* – Piotr Hofmański i Andrzej Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz do artykułów 1 – 18*, Tom I, pod redakcją Leszka Garlickiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 329 oraz powołane tam orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

W literaturze przedmiotu, jak również w orzecznictwie definiuje się, że „równość broni" oznacza, iż każda strona procesu musi mieć zapewnioną taką samą możliwość prezentowania swojej sprawy (także dowodów) w warunkach, które nie stawiają jej w sytuacji gorszej niż ta, w której znajduje się oponent (*vide*

– Piotr Hofmański i Andrzej Wróbel, *op. cit.,* s. 335 oraz powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak również Krystyna Kowalik – Bańczyk, *Zasada równości broni*, [w:] *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, http: // lex/lex/ content,rpc? Reqld = 1412 851498534_310767757&nro = 151160052).

Przedstawiciele nauki podkreślają również, że, biorąc pod uwagę zakres stosowania art. 6 ust. 1 Konwencji, wymóg rzetelności postępowania należy odnieść do wszystkich jego stadiów, także do postępowania poprzedzającego wniesienie oskarżenia do sądu, jak i do postępowań odwoławczych (*vide* - Piotr Hofmański i Andrzej Wróbel, *op. cit.,* s. 332 oraz powołane tam orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

Zgodnie z orzecznictwem ETPCz, podstawowym aspektem prawa do rzetelnego procesu jest kontradyktoryjność postępowania karnego, włącznie z elementami postępowania związanymi z procedurą karną, oraz równość broni pomiędzy oskarżeniem a obroną (*vide* – wyroki: z dnia 16 lutego 2000 r., Rowe i Davis v. Wielka Brytania, sygn. 28901, http: // lex/lex/ content.rpc? reqld = 1413201529161_1488061745&nro = 11517415, z dnia 16 lutego 2000 r., Jasper v. Wielka Brytania, sygn. 27052/95, http: // lex/lex/ content.rpc? reqld = 1413201741397_1838251985&nro = 117517414 oraz z dnia 22 lipca 2003 r., Edwards i Lewis v. Wielka Brytania, sygn. 39647/98, http: ?? lex/lex/ content.rpc? reqld = 1413199804012_2129355618&nro = 11752089).

Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślał również wielokrotnie, że pojęcie „rzetelnego procesu", gwarantowanego przez art. 6 ust. 1 Konwencji, obejmuje poszanowanie zasady równości broni. Zasada ta, która stanowi jeden z elementów szerszego pojęcia rzetelnego procesu w rozumieniu art. 6 ust. 1, wymaga zachowania sprawiedliwej równowagi pomiędzy stronami: każdemu winna zostać dana rozsądna możliwość przedstawienia swojej sprawy w warunkach, które nie stawiają tej osoby w mniej korzystnej sytuacji niż strony

przeciwnej. Należy jednocześnie wskazać, iż to do organów władzy krajowej należy zapewnienie w danym przypadku poszanowania warunków „rzetelnego procesu" (*vide* – wyroki: z dnia 12 kwietnia 2012 r., Legerdere v. Francja, sygn. 18851/07, http: // lex/lex/ content.rpc? reqld = 1412853297949_262569109&nro = 118571301, z dnia 15 stycznia 2008 r., Luboch v. Polska, sygn.. 37469/05, http: // lex/lex/ content.rpc? reqld = 141395296053_1276058698&nro = 117777463, z dnia 5 lipca 2005 r., Lomaseita Oy i inni v. Finlandia, sygn. 45029/98, http: // lex/lex/ content.rpc? reqld = 1413198302186_54563335&nro = 117594866 oraz z dnia 16 lutego 2000 r., Jasper v. Wielka Brytania, *op. cit.*).

Trybunał przypominał również, że na podstawie zasady równości broni, jako jednego z elementów szerszej koncepcji słusznego procesu, każdej ze stron należy zapewnić rozsądną sposobność przedstawienia jej sprawy na warunkach, które nie umieszczają jej w położeniu niekorzystnym vis-a-vis jej przeciwnika (*vide* – wyrok z dnia 22 lutego 1996 r., BULUT v. Austria, *Orzecznictwo Strasburskie, Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1990 – 1997*, Tom I, Toruń 1998, s. 290; z dnia 23 października 1996 r., Ankeler v. Szwajcaria, *Orzecznictwo Strasburskie, Zbiór orzeczeń..., op. cit.*, s. 303 oraz z dnia 27 października 1993 r., Dombo Beheer B.V. v. Holandia, *Orzecznictwo Strasburskie, Zbiór orzeczeń..., op. cit.*, s 225).

ETPCz niejednokrotnie stawał również na stanowisku, że nawet jeżeli podstawowym celem art. 6 Konwencji, w odniesieniu do spraw karnych, jest zapewnienie sprawiedliwego procesu przed „sądem" właściwym do rozstrzygnięcia w przedmiocie „każdego oskarżenia", nie wynika stąd, iż artykuł ten nie ma zastosowania do postępowania poprzedzającego postępowanie sądowe. Art. 6 znajduje więc zastosowanie, zanim sprawa jest wniesiona do sądu, jeżeli i tak dalece, jak rzetelność postępowania sądowego może zostać poważnie naruszona przez uprzedni brak zgodności z wymogami tego artykułu (*vide* – wyroki: z dnia 6 czerwca 2000 r., Magee v. Wielka Brytania, sygn. 45029/98 http: // lex/lex/ content. rpc? Reqld = 1413201467425_938821993&nro = 117517280

oraz z dnia 23 czerwca 1981 r., le Comte, Van Leuven i De Meyere v. Belgia, sygn. 6878/75, http: // lex/lex/ content.rpc? reqld = 1413273457223_1060098417&nro = 117521340).

Nadto, zdaniem ETPCz, postępowanie karne stanowi pewną całość i ochrona wynikająca z art. 6 Konwencji nie kończy się z wydaniem orzeczenia w pierwszej instancji. Państwo powinno zapewnić korzystanie z fundamentalnych gwarancji wynikających z tego artykułu również w postępowaniu przed sądami odwoławczymi (*vide* – wyroki: z dnia 25 marca 1998 r., Belziuk v. Polska, sygn. 23103/93, http: // lex/lex/ content.rpc? reqld = 1413 202348356_1848577256&nro = 117481293 oraz z dnia 11 grudnia 1990 r., Philis v. Grecja, sygn. 16598/90, http: // lex/lex/ content. rpc? reqld = 1413274951056_1934109346&nro = 117549611).

W końcu, niejako na marginesie, wypada odnotować, że, w świetle orzecznictwa ETPCz, art. 6 ust. 1 Konwencji stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 13. Innymi słowy – wymogi z art. 13 są mniej surowe niż, i tym samym skonsumowane przez, wymogi z art. 6. Co do zasady art. 13 nie ma zastosowania wówczas, gdy zarzucane naruszenie Konwencji miało miejsce w kontekście postępowania sądowego. Jedynym wyjątkiem od tej zasady są skargi na naruszenie art. 13 odnoszące się do naruszenia wymogu „rozsądnego terminu" (*vide* – wyroki: z dnia 9 marca 2006 r. Menesheva v. Rosja, sygn. 59261/00, http: // lex/lex/ content.rpc? reqld = 1413364623324_1092072755 oraz z dnia 26 października 2000 r., Kudła v. Polska, sygn. 30210/96, http: // lex/lex/ content.rpc? reqld = 1413366484116_1182459554&nro = 11748331).

W kontekście przytoczonego wyżej orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nie ulega wątpliwości, że Trybunał ten przykłada wielką wagę do zasady równości broni, jako fundamentalnego warunku rzetelnego procesu. Co więcej, zasada ta musi być respektowana również w toku realizacji procedur poprzedzających postępowanie sądowe, jak i w postępowaniu odwoławczym. Z omawianego orzecznictwa ETPCz wynika wprost, iż rzetelny

proces wymaga zachowania sprawiedliwej równowagi między stronami oraz że żadnej ze stron nie wolno postawić w sytuacji mniej korzystnej niż sytuacja strony przeciwnej.

Z drugiej jednak strony - w wypadku prowadzenia przez państwo, wobec konkretnych osób, przewidzianych przez prawo czynności niejawnych - ETPCz dopuszcza wyjątki także w odniesieniu do tak restrykcyjnego wymogu, jakim jest równość broni. Zwrócił na to uwagę Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu powołanego wyżej wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, przypominając, że wskazanym przez ETPCz minimalnym standardem konwencyjnym regulacji dotyczących podsłuchów rozmów, a także przechwytywania informacji stanowiących integralny element procesu komunikowania się, jest określenie w prawie, między innymi: *„obowiązku poinformowania osoby, której dane niejawnie pozyskiwano i warunki zaniechania takiej informacji; poinformowanie jednostki powinno jednak nastąpić w momencie, gdy nie zagrozi celom tej kontroli.* ***W pewnych sytuacjach możliwe jest również zaniechanie następczego poinformowania*** (podkr. wł.)" [op. cit., s. 1219].

Konsekwentnie, w uzasadnieniu powołanego wyżej wyroku, Trybunał Konstytucyjny, pośród minimalnych wymagań, jakie łącznie muszą spełniać przepisy regulujące niejawne pozyskiwanie przez władze publiczne w demokratycznym państwie prawa informacji o jednostkach, wymienił *„unormowanie procedury informowania jednostek o niejawnym pozyskaniu informacji na ich temat, w rozsądnym czasie po zakończeniu działań operacyjnych i zapewnienie na wniosek zainteresowanego poddania sądowej ocenie legalności zastosowania tych czynności;* ***odstępstwo jest dopuszczalne wyjątkowo*** (podkr. wł.)" [op. cit., s. 1230].

Wprawdzie wskazana przez Rzecznika Praw Obywatelskich przesłanka, warunkująca doręczenie postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola ta była stosowana, w postaci „ustania zagrożeń dla prowadzonego postępowania" nie została przez Rzecznika zdefiniowana,

niemniej zgodzić się trzeba, że obejmuje ona wszystkie sytuacje, w których następczego poinformowania osoby, że niejawnie pozyskiwano od niej dane, należałoby zaniechać - pomimo zakończenia kontroli operacyjnej.

Przez określone w tej przesłance pojęcie „postępowanie" należy rozumieć wszelkie postępowania prowadzone przez Policję i inne służby bezpieczeństwa państwa w ramach ustawowych zadań tych służb, a więc postępowania prowadzone także niejawnie i niekoniecznie „na użytek" postępowań karnych. Głównie chodzi tu o działania zmierzające do zapobiegania przestępstwom, np. o charakterze terrorystycznym, bądź przeciwdziałanie ingerencjom obcych służb wymierzonym w bezpieczeństwo i inne interesy państwa polskiego.

Jeżeli zatem „zagrożenia dla prowadzonego postępowania" okażą się trwałe (np. w sprawie o szpiegostwo), to czynności doręczenia postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola ta była stosowana, będzie można zaniechać (być może nawet trwale).

Dotyczy to zwłaszcza prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych przez informacyjno-wywiadowcze służby bezpieczeństwa państwa (w konkretnym przypadku - ABW i SKW). Wynika to z odmiennych celów prowadzenia czynności niejawnych przez te służby w porównaniu do celów prowadzenia tych samych czynności przez służby bezpieczeństwa państwa odpowiedzialne za utrzymanie porządku (np. Policję).

W tym kontekście zaniechanie powiadomienia o prowadzeniu czynności niejawnych osoby tymi czynnościami objętej, na przykład w sprawie o szpiegostwo, wydaje się w pełni uzasadnione. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, *„nie jest bowiem* (przyp. wł.) *wykluczone zróżnicowanie intensywności ochrony prywatności, autonomii informacyjnej oraz tajemnicy komunikowania się w zależności od tego, czy dane o osobach pozyskują służby wywiadowcze i zajmujące się ochroną bezpieczeństwa państwa, czy tez czynią to służby policyjne"*, zaś zróżnicowanie poziomu ochrony wspomnianych wyżej wartości *„może także nastąpić z uwagi na to, czy niejawne pozyskiwanie*

informacji dotyczy obywateli, czy osób niemających polskiego obywatelstwa" (uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. K 23/11, s. 1230 i s. 1271).

Analiza unormowań, zakwestionowanych we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, pozwala na stwierdzenie, że polski ustawodawca, przyjmując te unormowania, co do zasady, nie respektował zasady równości broni. Służby bezpieczeństwa państwa (od 7 lutego 2016 r. - także prokuratura) zostały postawione przez ustawodawcę w sytuacji prawnej wyraźnie uprzywilejowanej w stosunku do osób, wobec których stosowane są techniki operacyjne. Oczywiście dotyczy to tylko tych przypadków, w których owo następcze powiadomienie nie zagraża prowadzonemu postępowaniu.

Jak już sygnalizowano, osobie, wobec której podejmowane są czynności operacyjno-rozpoznawcze, z samej natury procedur niejawnych nie gwarantuje się ani prawa do wysłuchania, ani prawa do zgłaszania wniosków dowodowych, ani prawa do osobistego udziału w czynnościach przed wydaniem przez sąd stosownego postanowienia w przedmiocie kontroli operacyjnej. O ile jednak wymienione wyżej, ewidentne ograniczenia praw jednostki w postępowaniu karnym można usprawiedliwiać koniecznością ochrony bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego, to podobne argumenty w większości postępowań nie znajdują uzasadnienia przy pozbawieniu osoby podsłuchiwanej prawa do, choćby odroczonego w czasie, zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji w przedmiocie kontroli operacyjnej, zwłaszcza w sytuacji, gdy takie zażalenie przysługuje służbom bezpieczeństwa państwa, a w niektórych przypadkach także prokuraturze.

Tym samym, ustawodawca zróżnicował sytuację prawną podmiotów uczestniczących w postępowaniu karnym, przyznając prawo złożenia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej jedynie służbom stosującym tę kontrolę oraz - po części - prokuraturze, wyłączając takie

uprawnienie w odniesieniu do osób poddanych owej kontroli. Innymi słowy, ustawodawca, w omawianym zakresie, naruszył zasadę równości broni.

Reasumując przytoczoną wyżej argumentację, należy stwierdzić, że przyjęcie przez ustawodawcę zakwestionowanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich modelu procedury odwoławczej od postanowień sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej danej osoby godzi w prawo do sądu tej osoby, w zakresie prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, oraz w konstytucyjne prawo do drugoinstancyjnej kontroli orzeczeń i decyzji. Naruszenia wskazanych wzorców kontroli, zawartych w ustawie zasadniczej, należy upatrywać w odstąpieniu przez ustawodawcę od unormowania obowiązku doręczenia postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola ta była stosowana, oraz w wadliwym, nierespektującym zasady „równości broni", ukształtowaniu kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, jak również w braku kompatybilności obowiązujących regulacji ze standardami wynikającymi z przytoczonego wyżej orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, w tym wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11.

Tym samym regulacje: art. 19 ust. 20 ustawy o Policji, art. 27 ust. 11a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ust. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, art. 9e ust. 19 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 14 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 10 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego i art. 31 ust. 19 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują - po zakończeniu kontroli operacyjnej i ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania - doręczenia postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola ta była stosowana, oraz w zakresie, w jakim przepisy te pomijają w katalogu podmiotów uprawnionych do złożenia

zażalenia na takie postanowienie sądu osobę, wobec której stosowana była taka kontrola, są niezgodne z art. 45 ust. 1 oraz z art. 78 Konstytucji RP.

Zakwestionowany w punkcie pierwszym *petitum* analizowanego wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich przepis art. 19 ust. 1a ustawy o Policji ma następujące brzmienie:

„Art. 19. 1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.".

Przepis art. 27 ust. 1a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu brzmi następująco:

„Art. 27. 1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.".

Analizowany przepis art. 17 ust. 1a ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym ma następującą treść:

„Art. 17. 1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.".

Zakwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis art. 9e ust. 1a ustawy o Straży Granicznej ma następujące brzmienie:

„Art. 9e. 1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.".

Przepis art. 36c ust. 1a ustawy o kontroli skarbowej brzmi następująco:

„Art. 36c. 1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.".

Analizowany przepis art. 31 ust. 1a ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego ma następującą treść:

„Art. 31. 1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.".

Zakwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis art. 31 ust. 1a ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych ma następujące brzmienie:

„Art. 31. 1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.".

W związku z wejściem w życie ustawy zmieniającej treść powołanych przepisów nie uległa zmianie.

Przytoczone wyżej przepisy, zawarte w ustawach instytucjonalnych, normujących kompetencje służb, w sposób jednobrzmiący ograniczają zakres materiałów przekazywanych sądowi wraz z wnioskiem o wydanie postanowienia w przedmiocie kontroli operacyjnej - do materiałów uzasadniających potrzebę zastosowania takiej kontroli, przy jednoczesnym pominięciu pozostałych materiałów, a więc także tych, które mogłyby świadczyć o niezasadności takiego wniosku. Tym samym, w obowiązującym stanie prawnym dochodzi do wstępnego ocenzurowania materiałów przekazywanych sądowi i pozbawienia sądu możliwości wszechstronnego i rzetelnego, a w konsekwencji - sprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy poddania jednostki kontroli operacyjnej.

W piśmiennictwie wskazuje się, że formuła, obligująca wnioskujący organ do przedstawienia, wraz ze złożonym wnioskiem, jedynie materiałów uzasadniających potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, rodzi obawy, iż stwarza to możliwość dokonywania selekcji materiałów (co było zgodne z wolą ustawodawcy), albowiem nie ma obowiązku przedstawienia materiałów całej sprawy operacyjnej (*vide*: Jarosław Onyszczuk, *Nadzór prokuratora nad kontrolą operacyjną*, Prokuratura i Prawo Nr 7 – 8, 2013 r., s. 209).

Podnosi się również, że rozwiązanie to wyraźnie legitymizuje przewagę informacyjną służb operacyjnych nad sądem, który ową działalność wymienionych służb w zakresie kontroli operacyjnej ma weryfikować. Wydaje się to być swoistym paradoksem, choć trudno uznać, aby był to stan przez ustawodawcę nieuświadamiany. W kontekście powyższego, na marginesie

jedynie zauważyć należy, iż skoro służby operacyjne, składając wniosek o udzielenie zgody na kontrolę operacyjną lub wnioskując o jej zarządzenie, ujawniają to, co same chcą, to raczej nie może dziwić fakt, iż w zdecydowanej większości wnioski te są uwzględniane (por. Małgorzata Tomkiewicz, *Podsłuchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, Prokuratura i Prawo Nr 4, 2015 r., s. 157).

W kontekście przytoczonych wyżej ocen należy podzielić pogląd Rzecznika Praw Obywatelskich, że zaskarżone przez niego w punkcie pierwszym *petitum* analizowanego wniosku unormowania naruszają prawo do sądu w zakresie prawa do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej. Tym samym, tak ukształtowana procedura sądowa utrudnia, a nierzadko wręcz uniemożliwia sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy przez sąd, skoro tenże sąd rozstrzyga w przedmiocie kontroli operacyjnej wyłącznie na podstawie materiałów wyselekcjonowanych i przekazanych przez organ wnioskujący o taką kontrolę, bez możliwości zapoznania się z całym materiałem zebranym w sprawie.

W tym miejscu należy również odnotować, że w pełni zachowują aktualność wywody zawarte we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego stanowiska, dotyczące specyfiki niejawnie prowadzonej kontroli operacyjnej, głęboko ingerującej w konstytucyjne prawa i wolności jednostki, co determinuje określone przez Trybunał Konstytucyjny standardy kontroli sądowej tychże czynności operacyjno - rozpoznawczych.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że art. 19 ust. 1a ustawy o Policji, art. 27 ust. 1a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ust. 1a ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, art. 9e ust. 1a ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 1a ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 1a ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz art. 31 ust. 1a ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w zakresie, w jakim powyższe przepisy ograniczają przekazanie właściwemu sądowi materiałów

wyłącznie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej, są niezgodne z art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej.

Zakwestionowany w punkcie drugim *petitum* analizowanego wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich przepis art. 19 ust. 9 ustawy o Policji, do wejścia w życie ustawy zmieniającej, miał następujące brzmienie:

„Art. 19. 9. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8.".

Przepis art. 27 ust. 9 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, do wejścia w życie ustawy zmieniającej, brzmiał następująco:

„Art. 27. 9. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskaniu dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8.".

Analizowany przepis art. 17 ust. 9 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, do wejścia w życie ustawy zmieniającej, miał następującą treść:

„Art. 17. 9. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów

przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa CBA, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8.".

Zakwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis art. 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej, do wejścia w życie ustawy zmieniającej, miał następujące brzmienie:

„Art. 9e. 10. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę wnioskującego organu Straży Granicznej, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Straży Granicznej lub komendanta oddziału Straży Granicznej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 1, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej prowadzonej przez czas oznaczony również po upływie okresów, których mowa w ust. 9.".

Przepis art. 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej, do wejścia w życie ustawy zmieniającej, brzmiał następująco:

„Art. 36c. 7. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla wykrycia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów takich przestępstw, Sąd, na pisemny wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o prowadzeniu kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 6.".

Analizowany przepis art. 31 ust. 7 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, do wejścia w życie ustawy zmieniającej, miał następującą treść:

„Art. 31. 7. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstw albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa SKW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 6.".

Zakwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis art. 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, do wejścia w życie ustawy zmieniającej, miał następujące brzmienie:

„Art. 31. 10. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, wojskowy sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę wnioskującego organu Żandarmerii Wojskowej, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej lub komendanta oddziału Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej oraz właściwego prokuratora wojskowego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej prowadzonej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 9.".

W związku z wejściem w życie ustawy zmieniającej treść powołanych przepisów ustaw instytucjonalnych, o czym wcześniej była mowa, uległa zmianie poprzez wprowadzenie górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej przez Policję, Straż Graniczną, organy kontroli skarbowej, Żandarmerię Wojskową oraz Centralne Biuro Antykorupcyjne oraz poprzez modyfikację czasu trwania kontroli operacyjnej stosowanej przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Służbę Kontrwywiadu Wojskowego jednak - w odniesieniu do tej Agencji i do tej Służby - nadal bez określenia górnej granicy stosowania tej kontroli.

Ustawa zmieniająca wprowadziła zatem dwa modele przedłużania czasu trwania kontroli operacyjnej:

- pierwszy, zgodnie z którym - po upływie okresu, na jaki kontrola operacyjna została zarządzona, a następnie jednorazowo przedłużona - można wydać kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, których **łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy** (dotyczy to: Policji, Straży Granicznej, kontroli skarbowej, Żandarmerii Wojskowej oraz Centralnego Biura Antykorupcyjnego);

- drugi model, zgodnie którym można **wydawać kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy** (regulacje dotyczące **ABW i SKW**).

Tym samym, ten drugi model, o czym wcześniej była mowa, oznaczając *de facto* możliwość ciągłego, bezterminowego przedłużania czasu trwania kontroli operacyjnej, w istocie nie zmienia regulacji poprzedniej, bowiem i ona nie określała (w ustawie) maksymalnego czasu trwania czynności operacyjnych.

W tych warunkach, biorąc pod uwagę rozważania zawarte we wstępnej części niniejszego stanowiska, zainicjowana wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich kontrola konstytucyjności może objąć zaskarżone w tym punkcie *petitum* wniosku przepisy ustaw: o Policji, o Straży Granicznej, o kontroli skarbowej, o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych oraz o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym w ich brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy zmieniającej, to jest do dnia 6 lutego 2016 r., natomiast w odniesieniu do zaskarżonych przepisów ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu i ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego tego rodzaju kontrola powinna objąć także obowiązujące ich brzmienie.

Przytoczone w punkcie drugim *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich regulacje stanowią *lex specialis* w stosunku do unormowań

stanowiących, że kontrolę operacyjną, co do zasady, zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące, a właściwy sąd, przy zachowaniu szczególnych obostrzeń określonych w ustawach instytucjonalnych dotyczących poszczególnych służb, może wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, jeżeli nie ustały przyczyny zarządzenia tej kontroli (por. art. 19 ust. 8 ustawy o Policji, art. 27 ust. 8 ustawy o ABW oraz AW, art. 17 ust. 8 ustawy o CBA, art. 9e ust. 9 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 6 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 6 ustawy o SKW oraz SWW, jak również art. 31 ust. 9 ustawy o Żandarmerii Wojskowej).

Przechodząc do oceny przepisów zakwestionowanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich w punkcie drugim *petitum* wniosku, należy odnotować, że, zgodnie z art. 47 Konstytucji RP, każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Z kolei art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej stanowi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, a ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

W literaturze przedmiotu dominuje pogląd, że prawo do prywatności oznacza, iż państwo zobowiązuje się – z jednej strony – do nieingerencji w konstytucyjnie określony zakres życia jednostki, a z drugiej strony – zapewnia stosowną ochronę w przypadku, gdy działania takie zostały już podjęte (*vide* – Bogusław Banaszak i Mariusz Jabłoński, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku,* Wrocław 1998, s. 94).

W doktrynie przyjmuje się również, że władza publiczna ma nie tylko powstrzymywać się od zachowań naruszających prywatność, ale także respektować kierowany do niej nakaz wprowadzania pozytywnych mechanizmów służących jej efektywnej ochronie. Można zauważyć, że logika

takich działań władzy publicznej wynika również w jakimś stopniu z samej zasady proporcjonalności, ponieważ każdej postaci ingerencji dopuszczalnej konstytucyjnie muszą towarzyszyć odpowiednie wymagania dotyczące jakości, precyzyjności odpowiednich regulacji prawnych, a więc rozwiązań pozytywnych, które umożliwiają ochronę przed arbitralnością (*vide* – Marek Safjan, *Prawo do ochrony życia prywatnego i autonomia jednostki w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Księga XX – lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego,* Wydawnictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2006, s. 436).

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, doniosłość prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji) w systemie konstytucyjnej ochrony praw i wolności uwidacznia m. in. okoliczność, że prawo to jest – zgodnie z art. 233 ust. 1 Konstytucji – nienaruszalne nawet w ustawach ograniczających inne prawa, wydawanych w stanie wojennym i wyjątkowym. Oznacza to, że nawet warunki tak wyjątkowe i ekstremalne nie zezwalają ustawodawcy na złagodzenie przesłanek, przy spełnieniu których można wkroczyć w sferę życia prywatnego nie narażając się na zarzut niekonstytucyjnej arbitralności. Ochrona życia prywatnego, gwarantowana konstytucyjnie co do zasady w art. 47, obejmuje sobą także autonomię informacyjną (art. 51 Konstytucji), oznaczającą prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, jeśli znajdą się w posiadaniu innych podmiotów (*vide* – wyrok z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 64, s. 813 oraz powołane tam orzecznictwo).

W cytowanym już wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że konstytucyjną ochroną, wynikającą z art. 47, art. 49 i art. 51 ust. 1 ustawy zasadniczej, objęte są wszelkie sposoby przekazywania wiadomości, w każdej formie komunikowania się, bez względu na fizyczny ich nośnik (np. rozmowy osobiste i telefoniczne, korespondencja pisemna, faks,

wiadomości tekstowe i multimedialne, poczta elektroniczna). Ochrona konstytucyjna obejmuje nie tylko treść wiadomości, ale także wszystkie okoliczności procesu porozumiewania się, do których zaliczają się dane osobowe uczestników tego procesu, informacje o wybieranych numerach telefonów, przeglądanych stronach internetowych, dane obrazujące czas i częstotliwość połączeń czy umożliwiające lokalizację geograficzną uczestników rozmowy, wreszcie dane o numerze IP czy numerze IMEI. W ramach konstytucyjnie gwarantowanej wolności człowieka i jego autonomii informacyjnej mieści się nadto ochrona przed niejawnym monitorowaniem jednostki oraz prowadzonych przez nią rozmów, nawet w miejscach publicznych i ogólnie dostępnych. Nie ma znaczenia, czy wymiana informacji dotyczy życia ściśle prywatnego, czy też prowadzonej działalności zawodowej, w tym działalności gospodarczej. Na ma bowiem takiej sfery życia osobistego człowieka, co do której konstytucyjna ochrona byłaby wyłączona bądź samoistnie ograniczona. W każdej z tych sfer jednostka ma więc konstytucyjnie gwarantowaną wolność przekazywania i pozyskiwania informacji, w tym udostępniania informacji o sobie samej (*vide* – *op. cit.*, s. 1210).

W uzasadnieniu tego samego wyroku, w części odnoszącej się do przesłanek dopuszczalności czynności operacyjno-rozpoznawczych, Trybunał Konstytucyjny **kategorycznie** stwierdził, że ***„ustawa ma precyzować maksymalny czas prowadzenia niejawnych czynności, po upływie którego dalsze ich prowadzenie jest już niedopuszczalne*** (podkr. wł.). *Nie jest rolą Trybunału Konstytucyjnego, jako sądu prawa, określanie, jak długi ma być to termin. Termin ten ma określić ustawodawca tak, aby umożliwiał osiągnięcie konstytucyjnie uzasadnionego celu. Nie może być to jednak termin ani nadmiernie długi, ani zbyt krótki, który nie pozwala na efektywną pracę operacyjno-rozpoznawczą.* ***Ustawodawca musi mieć także na uwadze, że w demokratycznym państwie prawa nie jest dopuszczalne - nawet za zgodą sądu i w sytuacji podejrzenia popełnienia nawet poważnych przestępstw - prowadzenie czynności operacyjno-***

rozpoznawczych bezterminowo, choćby miało się to wiązać z bezpowrotną utratą dowodów (podkr. wł.)" oraz, że *„[c]hoć inne są cele czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych przez służby odpowiedzialne za utrzymanie porządku (np. Policję), inne zaś przez służby informacyjno-wywiadowcze (np. ABW, SKW),* ***to z punktu widzenia naruszenia wolności i praw jednostki nie ma znaczenia, jaki organ władzy publicznej oraz na jakiej podstawie pozyskuje niejawnie informacje na jej temat*** (podkr. wł.). *Stopień naruszenia prywatności i tajemnicy komunikowania się jest bowiem taki sam, bez względu na to, czy chodzi o ingerencję służb policyjnych, czy służb ochrony państwa. Trybunał zwraca uwagę, że specyfika działalności służb informacyjno-wywiadowczych oraz związany z tym relatywnie wąsko określony zakres ich ustawowych zadań, może uzasadniać odmienne ustalenie zasad prowadzenia takich czynności i wykorzystywania zgromadzonych materiałów, od reguł obowiązujących pozostałe organy państwa, a zwłaszcza służby policyjne, mające szeroki zakres działania. Takie zróżnicowanie zasad prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych nie uchyla oczywiście wymogu przestrzegania zasady proporcjonalności"* (op. cit., s. 1226-1228).

W innym miejscu uzasadnieniu tego samego wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że *„[p]odstawowym celem precyzyjnego określenia w prawie przesłanek dopuszczalności czynności operacyjno-rozpoznawczych jest wyznaczenie organom władzy wykonawczej możliwie jak najściślejszych ram działania. Zapobiegać ma to arbitralności stosowania prawa, a zwłaszcza* ***przenoszeniu na organy stosujące prawo ciężaru faktycznego wyznaczenia granic wolności człowieka*** (podkr. wł.). *Trybunał Konstytucyjny zwraca ponadto uwagę, że im większa jest skala stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, a więc wzrasta - choćby potencjalnie - częstotliwość ingerencji w konstytucyjne wolności i prawa, tym bardziej unormowanie ustawowe musi cechować się zupełnością i maksymalną precyzją"* (op. cit., s. 1225).

Z kolei, w nauce prawa konstytucyjnego przyjmuje się, że art. 31 ust. 3 Konstytucji wyraża dwie podstawowe idee. Po pierwsze – ideę dopuszczalności ograniczeń wolności i praw jednostki, co wynika z założenia, że we współczesnym społeczeństwie nie można przypisywać tym prawom i wolnościom absolutnego charakteru. W tej perspektywie art. 31 ust. 3 należy traktować jako konstytucyjną podstawę do wprowadzania przez ustawodawcę regulacji ograniczających wolności i prawa jednostki. Po drugie – ideę ograniczoności tych ograniczeń, co wynika z założenia, że rolą Konstytucji jest ustalenie ram, poza które ustawodawca nie może wykroczyć (*vide* – Leszek Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, III Tom, tezy do art. 31, s. 14 – 15).

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zasada proporcjonalności pozostaje w immanentnej więzi z zakazem nadmiernej ingerencji w sferę praw i wolności konstytucyjnych jednostki. Przy ocenie, czy ingerencja była wyrazem konieczności i została przeprowadzona tylko w niezbędnym wymiarze, uwzględnia się specyfikę poszczególnych praw i wolności. Surowsze standardy dotyczą praw osobistych i politycznych niż ekonomicznych i socjalnych. W przypadku konkurencyjności chronionych konstytucyjnie dóbr, jaka występuje – jako konflikt pomiędzy konstytucyjnym prawem do prywatności, tajemnicą porozumiewania się oraz ochroną autonomii informacyjnej a względami bezpieczeństwa publicznego – konieczne jest zachowanie przez ustawodawcę czytelnej równowagi między interesami pozostającymi w kolizji. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, występuje nadto ścisły związek między zagrożeniami dla godności człowieka, stanowiącej podstawę konstytucyjnych wolności i praw jednostki, a wszelkimi czynnościami, które wkraczają w prywatność jednostki. W odniesieniu do prywatności (która na poziomie konstytucyjnym jest chroniona wieloaspektowo i obejmuje kilka praw oraz wolności – określonych w art. 47 – 51 Konstytucji) związek ten jest szczególny (jakkolwiek nie taki sam w wypadku każdej z tych konstytucyjnych wolności i praw). Zachowanie godności człowieka wymaga poszanowania jego

sfery czysto osobistej, gdzie nie jest narażony na konieczność „bycia z innymi" czy dzielenia się z innymi przeżyciami czy doznaniami o intymnym charakterze (*vide* – wyrok z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 86, s. 910 oraz powołane tam orzecznictwo).

W końcu, Trybunał Konstytucyjny podkreślał niejednokrotnie w swym orzecznictwie, że czynności operacyjne służb państwowych pozostają usprawiedliwione, o ile ich celem jest obrona wartości demokratycznych państwa prawnego. Wymogiem konstytucyjnym jest to, by sprostały one testowi „konieczności w demokratycznym państwie prawnym". Nie wystarczy ich celowość, użyteczność, taniość czy łatwość posługiwania się przez władzę. Nie ma też rozstrzygającego znaczenia argument, że podobne środki są stosowane w innych państwach. Usprawiedliwione jest stosowanie środków niezbędnych w tym sensie, ze chronią wartości istotne w państwie demokratycznym, i to w sposób (bądź w stopniu), który nie mógłby zostać osiągnięty przy stosowaniu innych środków. Jednocześnie winny to być „środki najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawo bądź wolność ulegają – w wyniku stosowania tych środków - ograniczeniu" (*vide* - wyrok z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 86, s. 910 oraz powołane inne orzeczenia).

W kontekście przytoczonych poglądów doktryny i jednoznacznego stanowiska Trybunału Konstytucyjnego należy podzielić pogląd Rzecznika Praw Obywatelskich, że przepisy zakwestionowane w punkcie drugim *petitum* wniosku (z zastrzeżeniem, o którym wcześniej była mowa, dotyczącym konsekwencji dla przedmiotu zaskarżenia, wynikających z dwóch modeli przedłużania czasu trwania kontroli operacyjnej, jakie ukształtowała ustawa zmieniająca) powodują nadmierną ingerencję służb w prawo do prywatności, bowiem zasada proporcjonalności wymaga, by ustawodawca precyzyjnie określił w ustawie czas podejmowanych względem obywatela czynności operacyjnych, „choćby miało się to wiązać z bezpowrotną utratą dowodów".

Analizowane unormowania są niewątpliwie przydatne dla służb prowadzących kontrolę operacyjną, jednakże nie spełniają testu proporcjonalności, umożliwiając służbom niczym nieograniczone, w praktyce, przedłużanie ingerencji w prywatność jednostki poddanej takiej kontroli w sytuacji, gdy w istocie to same służby - działając w ramach ich ustawowych zadań - definiują zagrożenia, którym mają następnie zapobiegać. Nadto, zakwestionowane przepisy umożliwiają - przynajmniej potencjalnie - obejście wspomnianych wyżej regulacji, stanowiących, że kontrola operacyjna trwa, co do zasady, trzy miesiące i może być jednorazowo przedłużona o kolejne trzy miesiące, jeżeli nie ustały przyczyny tej kontroli. Jest to tym bardziej widoczne, gdy uwzględni się fakt obowiązywania ograniczenia przekazywania materiałów sądowi, co zostało zakwestionowane w punkcie pierwszym *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich.

Tym samym, zakwestionowane przepisy ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu i ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego w zakresie, w jakim nie przewidują górnej granicy czasu stosowania przez te służby bezpieczeństwa państwa kontroli operacyjnej, stanowią nadmierną ingerencję państwa w prawo do prywatności jednostki, ponieważ nie precyzują (w dalszym ciągu), przez jaki maksymalny okres może być stosowana wobec obywatela kontrola operacyjna, co należy uznać za niedopuszczalne.

Taki sam zarzut pozostaje też aktualny w odniesieniu do zakwestionowanych w punkcie drugim *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich przepisów ustaw: o Policji, o Straży Granicznej, o kontroli skarbowej, o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych oraz o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym w brzmieniu, jakie obowiązywało do dnia 6 lutego 2016 r.

Reasumując, art. 27 ust. 9 ustawy o ABW oraz AW i art. 31 ust. 7 ustawy o SKW oraz SWW w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej, są niezgodne z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej.

Niezgodne z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej pozostają również art. 19 ust. 9 ustawy o Policji, art. 17 ust. 9 ustawy o CBA, art. 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej, jak również art. 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych - w brzmieniu obowiązującym do dnia 6 lutego 2016 r. - w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidywały górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

Andrzej Seremet