



RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY
PK VIII TK 74.2016
K 24/16

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCLERIA	
wpl. dnia	20.12.2017
L.dz.	L.zal.

Warszawa, dnia 19. 12. 2017 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich „o stwierdzenie niezgodności art. 168b i art. 237a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) z art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP”

– na podstawie art. 42 pkt 7 oraz art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072) w związku z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U., poz. 2074) –

przedstawiam następujące stanowisko:

przepisy art. 168b i art. 237a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jednolity – Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 ze zm.):

- 1) są zgodne z art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) są zgodne z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji;
- 3) nie są niezgodne z art. 51 ust. 4 Konstytucji.

UZASADNIENIE

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej również: Wnioskodawca, Rzecznik lub RPO) wniósł do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 168b i art. 237a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jednolity – Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 ze zm.) [dalej: Kodeks postępowania karnego albo k.p.k.] z powołanymi w *petitum* wniosku wzorcami konstytucyjnej kontroli.

Zdaniem Rzecznika, zarówno art. 168b k.p.k., jak też art. 237a k.p.k. „wprowadzają całkowicie nowe zasady wyrażania zgody następczej (RPO oraz niektórzy przedstawiciele doktryny używają tego określenia w stosunku do decyzji prokuratora, o której mowa w art. 168b i art. 237a k.p.k., mimo że decyzja ta *de iure* zgodą następczą nie jest – przyp. wł.) na wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej (podśluchu) dotyczącego innego przestępstwa lub innej osoby niż objęte sądownym zarządzeniem kontroli. W stosunku do dotychczas obowiązującego w tym zakresie stanu prawnego różnica polega na tym, że po pierwsze, zgoda następcza może dotyczyć nie tylko przestępstwa, w stosunku do którego można w świetle obowiązującego prawa zarządzić kontrolę operacyjną lecz każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego; po drugie, zgoda następcza nie jest już wyrażana przez sąd, lecz przez prokuratora; po trzecie, wyrażanie zgody następczej przez prokuratora nie jest ograniczone żadnym terminem” (uzasadnienie wniosku, s. 5).

Rzecznik wskazuje, że „zarówno z postanowień Konstytucji RP jak też z orzecznictwa ukształtowanego na tle art. 8 Europejskiej Konwencji (Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z 1995 r. Nr 36, poz. 175, 176 i 177, z 1998 r. Nr 147, poz. 962 oraz z 2003 r. Nr 42, poz. 364, dalej: Konwencja – przyp. wł.) wynika standard, iż w przypadku niejawnego pozyskiwania informacji o jednostce wymagana jest precyzja regulacji prawnej. Precyzja ta ma zapobiegać ryzyku arbitralności niejawnych działań podejmowanych przez organy władzy publicznej, które z natury rzeczy pozostają poza zasięgiem kontroli publicznej. Co do zasady obowiązujące przepisy prawa realizują ten standard. Art. 19 ust. 1 ustawy o Policji (ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jednolity – Dz. U. z 2016 r., poz. 1782 ze zm., dalej: ustawa o Policji – przyp. wł.), art. 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej (ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, tekst jednolity – Dz. U. z 2016 r., poz. 1643 ze zm., dalej: ustawa o Straży Granicznej – przyp. wł.), art. 36c ust. 1 ustawy o kontroli skarbowej (ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, tekst jednolity – Dz. U. z 2016 r., poz. 720 ze zm., dalej: ustawa o kontroli skarbowej, przy czym w dniu 1 marca 2017 r. ustawa o kontroli skarbowej utraciła moc obowiązującą i, równocześnie [tego samego dnia], weszła w życie ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej, Dz. U. z 2016 r., poz. 1947 ze zm., *vide* – art. 1 i art. 159 pkt 1 i 3 w związku z art. 260 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowej Administracji Skarbowej, Dz. U. z 2017 r., poz. 1948 ze zm. – przyp. wł.), art. 31 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, tekst jednolity – Dz. U. z 2016 r., poz. 1483 ze zm., dalej: ustawa o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych – przyp. wł.), art. 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa

Wewnętrzny oraz Agencji Wywiadu (ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, tekst jednolity – Dz. U. z 2016 r., poz. 1897 ze zm., dalej: ustawa o ABW oraz AW – przyp. wł.), art. 31 ust. 1 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, tekst jednolity – Dz. U. z 2016 r., poz. 1318 ze zm., dalej: ustawa o SKW oraz SWW – przyp. wł.), art. 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, tekst jednolity – Dz. U. z 2016 r., poz. 1310 ze zm., dalej: ustawa o CBA – przyp. wł.), a także art. 237 § 3 k.p.k. określają rodzaje przestępstw ściganych z urzędu lub przestępstw skarbowych, które uzasadniają zarządzenie kontroli operacyjnej. Standardu tego nie realizują jednak objęte niniejszym wnioskiem przepisy art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. Przepisy te regulują instytucję zgody następczej na wykorzystanie w postępowaniu karnym jako dowodów uzyskanych w wyniku inwigilacji materiałów świadczących o popełnieniu każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, a więc nie tylko przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną. W ten sposób, a więc wprowadzając nieograniczony katalog przestępstw, które uzasadniają wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w wyniku niejawnych działań, ustawodawca niweczy gwarancyjny charakter wymienionych powyżej przepisów. Nielegalnie, bo poza zakresem dopuszczalnej kontroli operacyjnej, zdobyte materiały, mogą stanowić dowód w postępowaniu karnym, zaś decyzja w tym zakresie nieobwarowana jakimikolwiek dodatkowymi warunkami, należy do prokuratora. Kwestionowane przepisy art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. przywracają więc arbitralność niejawnych działań władzy publicznej. Materiały uzyskane w wyniku niejawnej kontroli operacyjnej mogą bowiem zostać wykorzystane przez tę władzę nie tylko do ścigania poważnych przestępstw,

opisanych precyzyjnie w prawie, lecz również do ścigania każdego przestępstwa” (uzasadnienie wniosku, s. 12–14).

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. są niezgodne z art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, dlatego że „[w]brew nakazom konstytucyjnym wprowadzenia ograniczenia prawa do prywatności tylko w ustawie (art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), ograniczenia wolności i tajemnicy komunikowania się jedynie w przypadkach określonych w ustawie (art. 49 Konstytucji RP), ograniczenia nienaruszalności mieszkania jedynie w przypadkach określonych w ustawie (art. 50 Konstytucji RP), wkroczenia w autonomię informacyjną jednostki tylko w zakresie określonym w ustawie (art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) ustawodawca w kwestionowanych przepisach odwołał się do ogólnej i bardzo pojemnej kategorii <innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli>. Tymczasem, na co zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11) [OTK ZU seria A nr 7/2014, poz. 80 – przyp. wł.], w przypadku niejawnego pozyskiwania przez władze publiczne informacji o jednostkach <(…) to ustawa ma precyzować przedmiotowe przesłanki zarządzenia takich czynności. Aby zachować standard konstytucyjny, nie wystarcza odwołanie się do ogólnych zagrożeń dóbr prawnie chronionych, zwłaszcza przez zwroty niedookreślone. Ustawodawca zobowiązany jest wobec tego zdefiniować zamknięty i możliwie wąski katalog poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki. (...) Precyzyjne ustawowe uregulowanie przedmiotowych przesłanek dopuszczalności kontroli operacyjnej i pozyskiwania danych telekomunikacyjnych jest tym bardziej konieczne, ponieważ w istocie to same służby – działając w ramach ich ustawowych zadań – definiują zagrożenia, którym następnie mają zapobiegać. O ile Trybunał nie kwestionuje ogólnego zakreszenia w ustawie zadań służb ochrony państwa, to już przesłanki niejawnego

pozyskiwania informacji o osobach mają być zdefiniowane przez ustawodawcę wyczerpująco w sposób zamknięty. Odwołując się do utrwalonego orzecznictwa ETPC oraz Trybunału Konstytucyjnego, należy raz jeszcze podkreślić, że na podstawie brzmienia przepisu ustawy jednostka ma wiedzieć, jakie zachowania narażają ją nie tylko na ewentualną odpowiedzialność karną lecz również umożliwią prowadzenie w stosunku do niej czynności operacyjno-rozpoznawczych, głęboko ingerujących w jej prywatność.>

Tych warunków nie spełniają przepisy art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k., które w istocie stanowią obejście owych restrykcyjnych zasad wkraczania służb w prawo do prywatności sformułowanych w utrwalonym orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego oraz orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Co prawda ustawodawca zdefiniował katalog przestępstw uzasadniających niejawną, głęboką ingerencję służb w prawo do prywatności, wprowadził jednak w kwestionowanych przepisach łatwą i dość prostą ścieżkę umożliwiającą organom władzy publicznej poprzez korzystanie z instytucji zgody następczej swobodne wychodzenie poza tak zakreślony katalog przestępstw” (uzasadnienie wniosku, s. 14–15).

Rzecznik podniósł, że „[k]westionowany art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. naruszają także zasadę proporcjonalności w sposób ogólny określoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Nieproporcjonalnie ingerują one w ogólnie wyrażone w art. 47 Konstytucji RP prawo do prywatności, a także w wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP), nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji RP), naruszają też wynikający z art. 51 ust. 2 Konstytucji RP zakaz pozyskiwania i gromadzenia informacji o obywatelach, które nie są niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. (...)

Art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. nie spełniają (...) testu proporcjonalności. Z jednej strony bowiem ustawodawca w imię realizacji zasady proporcjonalności wprowadził zamknięty katalog poważnych w jego ocenie przestępstw, uzasadniających niejawnie pozyskiwanie informacji o osobach,

z drugiej zaś strony w kwestionowanych przepisach ustalił, że każde przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe uzasadnia skorzystanie z materiałów zdobytych w sposób niejawnym. Tymczasem celowość czy przydatność zastosowanego w tym zakresie rozwiązania nie jest wystarczająca dla uznania go za <konieczne w demokratycznym państwie prawnym>. W tym przypadku wyjątkowość ingerencji w podstawowe prawa jednostki, właśnie ze względu na przydatność uzyskanych w wyniku tej ingerencji materiałów, może przekształcić się we właściwe dla państwa policyjnego niejawnie poszukiwanie wszelkich obciążających materiałów przeciwko jednostce” (uzasadnienie wniosku, s. 15–17).

Niezależnie od tego, jak kontynuuje Rzecznik Praw Obywatelskich, „[a]rt. 168b k.p.k. oraz art. 237a k.p.k. nie wyznaczają (...) żadnych ram czasowych określających maksymalne terminy, przed upływem których prokurator może podjąć decyzję w przedmiocie wykorzystania w ten sposób uzyskanych dowodów w postępowaniu karnym. Nie określają te przepisy w związku z tym, w jakim okresie od zakończenia kontroli operacyjnej dopuszczalne jest przechowywanie materiałów zawierających dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli. Brak precyzyjnego określenia w ustawie ram czasowych postępowania z materiałami zgromadzonymi w wyniku niejawnym kontroli stanowiącymi dowód popełnienia innego przestępstwa (lub przez inną osobę) niż objęte zarządzeniem kontroli powoduje, że zarówno służby jak też prokurator posiadają niczym nieskrępowaną swobodę w tym zakresie. Ustawa nie określa więc żadnych maksymalnych terminów, w których zdobyte w ten sposób informacje mogą być wykorzystywane, a w konsekwencji także przechowywane. (...) W tym więc zakresie kwestionowany art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. nie spełniają w związku

z tym wymogu przewidywalności pożądanego w przypadku przepisów regulujących niejawną ingerencję w szeroko pojęte prawo do prywatności i także z tego powodu są one niezgodne z art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP” (uzasadnienie wniosku, s. 17–18).

Odnosząc się natomiast do zarzutu niezgodności art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. z art. 51 ust. 4 Konstytucji, Rzecznik stwierdził, że „[z] punktu widzenia przedmiotu zaskarżenia znaczenie ma wynikające z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP prawo do żądania usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. W tym przypadku chodzi o sposób gromadzenia informacji przez podmiot, w którego posiadaniu one się znajdują, a nie o treść tych informacji. W świetle art. 51 ust. 4 Konstytucji RP o <informacjach zebranych w sposób sprzeczny z ustawą> można mówić w trojakiemu rodzaju sytuacjach. Po pierwsze, gdy uzyskiwanie danego rodzaju informacji jest w ogóle niedopuszczalne w świetle Konstytucji RP. Po drugie, gdy nie dokonuje się na podstawie i w granicach przewidzianych wyraźnie w ustawie. Po trzecie, gdy uzyskanie informacji – nawet konstytucyjnie i ustawowo dopuszczalne – nastąpiło niezgodnie z procedurą określoną w prawie” (uzasadnienie wniosku, s. 18–19).

W kolejnym fragmencie uzasadnienia wniosku Rzecznik Praw Obywatelskich, nawiązując do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2011 r., w sprawie o sygn. akt I KZP 32/10 (LEX nr 738186), oraz do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005 r., w sprawie o sygn. akt K 32/04 (OTK ZU seria A nr 11/2005, poz. 132), stwierdził, iż zawarte w tej uchwale oraz w tym wyroku poglądy „uzasadniają zarzut, że art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. są niezgodne z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, gdyż ustawodawca, nie mając w tym zakresie żadnej swobody regulacyjnej wprowadził rozwiązanie zezwalające na zachowanie do ich ewentualnego procesowego wykorzystania, materiałów zebranych w sposób sprzeczny

z ustawą, a więc poza granicami ustawowego celu stosowania kontroli operacyjnej i kontroli i utrwalania rozmów” (uzasadnienie wniosku, s. 22–23).

Rzecznik przypomniał też obszernie fragmenty uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego sprawie o sygn. akt K 32/04, w której Trybunał kontrolował art. 19 ust. 4 ustawy o Policji w jego ówczesnym brzmieniu (*vide* – uzasadnienie wniosku, s. 21–22).

Następnie Rzecznik stwierdził, że „[a]rt. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. nie zawierają także wystarczających gwarancji proceduralnych wymaganych z perspektywy ochrony praw lub wolności określonych w art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 Konstytucji RP. Prawo do ochrony życia prywatnego, ochrona tajemnicy komunikowania się, nienaruszalność mieszkania oraz autonomia informacyjna wymagają adekwatnych gwarancji procesowych, zwłaszcza wówczas, gdy głęboka ingerencja w te prawa lub wolności ma charakter niejawni. W przypadku kontroli operacyjnej realizowanej na podstawie ustaw regulujących działanie poszczególnych służb zgodę na ową kontrolę wydaje sąd. Sąd też zarządza kontrolę i utrwalanie rozmów po wszczęciu postępowania karnego. Do daty wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (chodzi o datę wejścia w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r., poz. 437, dalej: ustawa zmieniająca z dnia 11 marca 2016 r. – przyp. wł.), sąd też rozstrzygał w przedmiocie zgody następczej. Ustawodawca w wyniku dokonanej nowelizacji odstąpił od tej reguły, przyjął mianowicie, że decyzję w sprawie zgody następczej na wykorzystanie materiałów uzyskanych poza zakresem zarządzonej przez sąd niejawniej kontroli wydaje prokurator. Ta decyzja prawodawcza nie zasługuje jednak na akceptację z punktu widzenia standardów właściwych dla demokratycznego państwa prawnego” (uzasadnienie wniosku, s. 23).

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, który przy tej okazji powołał się na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 2000 r., w sprawie o sygn. akt K. 21/99 (OTK ZU nr 4/2000, poz. 109), „nie ulega wątpliwości po pierwsze, że sprawa, w której chodzi o niejawną ingerencję organów władzy publicznej w takie prawem chronione dobra jak prywatność, wolność i tajemnica komunikowania się, nienaruszalność mieszkania, autonomia informacyjna jednostki, należy do spraw, o których mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP; po drugie, sprawa taka dotyczy dochodzenia naruszonych konstytucyjnych wolności lub praw. W efekcie w związku z kategorycznym zakazem zawartym w art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, ustawa, a więc także art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k., nie może wyłączać sądu z rozpoznawania tych spraw i powierzać ich rozpoznawania organowi pozasądowemu, jakim jest prokurator” (uzasadnienie wniosku, s. 26).

Przedmiotem zaskarżenia Rzecznik Praw Obywatelskich uczynił art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k., które brzmią następująco:

„Art. 168b. Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.”;

„Art. 237a. Jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli, prokurator

podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.”.

Przepis art. 168b k.p.k. został wprowadzony przez ustawę zmieniającą z dnia 11 marca 2016 r., która weszła **w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r.**

Ustawa zmieniająca z dnia 11 marca 2016 r. nadała też nowe brzmienie art. 237a k.p.k., który przedtem miał następującą treść:

„Art. 237a. Jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przestępstwa wymienionego w art. 237 § 3, popełnionego przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego niż objęte zarządzeniem kontroli, albo popełnionego przez inną osobę, prokurator w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia jej zakończenia może wystąpić do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 14 dni na posiedzeniu bez udziału stron.”.

Jednocześnie ustawą zmieniającą z dnia 11 marca 2016 r.:

1) w art. 237 k.p.k. uchylono § 8, w brzmieniu:

„§ 8. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli.”;

2) w art. 19 ustawy o Policji uchylono ust. 15a–15e regulujące procedurę tzw.

„zgody następcej sądu”, które miały treść:

„15a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot.

15b. Prokurator, o którym mowa w ust. 1, podejmuje decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Art. 238 § 3–5 oraz art. 239 Kodeksu postępowania karnego stosuje się odpowiednio.

15c. Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w ust. 3, na wniosek prokuratora, o którym mowa w ust. 1.

15d. Wniosek, o którym mowa w ust. 15c, prokurator kieruje do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Policji niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli.

15e. Sąd wydaje postanowienie, o którym mowa w ust. 15c, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora.”.

Ustawą zmieniającą z dnia 11 marca 2016 r. uchylono też, podobne w treści do art. 19 ust. 15a–15e ustawy o Policji, przepisy: art. 9e ust. 16a–16e ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 1a–1e ówczesnej ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 16a–16e ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 15a–15e ustawy o ABW oraz AW, art. 31 ust. 14a–14e ustawy o SKW oraz SWW i art. 17 ust. 15a–15e ustawy o CBA.

Trzeba dodać, że projekt ustawy zmieniającej z dnia 11 marca 2016 r., w pierwotnym brzmieniu, nie przewidywał dodania art. 168b k.p.k. Przepis ten i, dodatkowo, zmiany w obrębie art. 237 k.p.k. i art. 237a k.p.k., a ponadto uchylenie przepisów regulujących procedurę tzw. „zgody następczej sądu”

w ustawach regulujących funkcjonowanie służb policyjnych i bezpieczeństwa państwa, wprowadzono do przedłożonego projektu na etapie prac sejmowych (*vide* – Sejm VIII kadencji, druk nr 207 i druk nr 276 oraz dyskusja na posiedzeniach Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach w dniach 25 lutego 2016 r. i 10 marca 2016 r., biuletyn o numerach, odpowiednio, 354/VIII i 394/VIII, [w:] Strona internetowa Sejmu RP).

W trakcie posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach w dniu 25 lutego 2016 r. M. Warchoń – Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, odpowiadając na uwagę K. Szczuckiego – głównego specjalisty w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich, że przepis art. 168b k.p.k. „w miejsce zgody następczej sądu na uwzględnienie materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej w sytuacji wykrycia innego przestępstwa ściganego z urzędu wprowadza zgodę następczą prokuratora”, stwierdził, między innymi, iż „[i]nstytucja zgody następczej miała zapobiec utracie wartościowych dowodów z powodu zwłoki w uruchomieniu kontroli operacyjnej. W orzeczeniu z 26 kwietnia 2007 r. (chodzi o postanowienie Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt I KZP 6/07, LEX nr 259799 – przyp. wł.) została zastosowana do całkiem innego celu, co zostało zresztą skrytykowane przez część doktryny, która trafnie podkreśla, że jeżeli zarządzona jest kontrola operacyjna polegająca na utrwaleniu treści rozmów i określeniu osoby, wobec której zachodzi podejrzenie, że udziela np. korzyści majątkowych funkcjonariuszom publicznym, to według poglądu Sądu Najwyższego rozmowa takiej osoby z funkcjonariuszem publicznym, który zgadza się na przyjęcie łapówki, mogłaby służyć za dowód wyłącznie wobec dawcy, ale już nie wobec biorcy, gdyż wobec biorcy nie zarządzono kontroli operacyjnej. Zresztą pogląd SN z 2007 r. ewoluował, wystarczy wskazać orzeczenie z 25 marca 2010 r. (chodzi o postanowienie Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt I KZP 2/10, LEX nr 564518 – przyp. wł.), kiedy to stwierdzono, że instytucja zgody następczej wprowadzona w sposób

bezwzględny prowadziłyby do absurdalnej sytuacji, kiedy to wykorzystanie wypowiedzi rozmówcy danej osoby zależałoby w każdym przypadku od zgody następczej wyrażonej w tym względzie przez sąd. To niezwykle jasno, lapidarnie i przekonująco wyrażona teza, zasługująca na aprobatę. W uzupełnieniu tylko króciutko wskażę, że zmiana nie narusza reguł określonych przez TK i zasad konstytucji, albowiem poszanowany jest art. 51 ust. 4 konstytucji. Pamiętajmy, że porównując sytuację do przytoczonego przeze mnie przeszukania (we wcześniejszej wypowiedzi Minister M. Warchoł, po stwierdzeniu: „przeszukanie jako czynność dowodowa jest dokonywana przez organ procesowy, który idzie po coś. Idzie po narkotyki, znajduje broń”, zadał następujące retoryczne pytanie: „[c]zy w związku z tym ta broń może być wykorzystana?” – przyp. wł.) nie można mówić o tym, że dowód ów jest nielegalny, gdyż jest legalna zgoda uprzednia sądu na stosowanie kontroli operacyjnej” (biuletyn numer 354/VIII z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach w dniu 25 lutego 2016 r., Strona internetowa Sejmu RP).

W doktrynie przepisy art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. są szeroko komentowane.

W komentarzu do art. 168b k.p.k. K. T. Boratyńska i M. Królikowski przypominając, że „[k]ontrola operacyjna jest dokonywana poza procesem karnym”, stwierdzili, iż „[s]tąd pierwsze wątpliwości jakie nasuwają się podczas analizy przepisu art. 168b to umieszczenie go w kodeksie postępowania karnego, którego regulacje generalnie odnoszą się do czynności procesowych. Wyjątkiem od tego jest np. art. 307 dotyczący czynności sprawdzających. Dodatkowo trzeba wspomnieć, że przed nowelizacją ustawy o Policji ustawą z 11.3.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016, poz. 437) regulacje odnoszące się wówczas do zgody następczej były zawarte w art. 19 pkt 15c PolU.

Po drugie jak wskazuje się w literaturze przedmiotu czynności operacyjno-rozpoznawcze nie podlegają rygorom procesowym i nie odnoszą się

do nich gwarancje procesowe. Odmiennego (zdania – przyp. wł.) w tej kwestii (jest – przyp. wł.) *W. Daszkiewicz*, który uważa, że w sytuacji, gdy ustanowione są jakieś gwarancje ograniczające obowiązek dostarczenia organowi państwowemu informacji, np. gwarancje w zakresie prawa do milczenia, to z tego wynika, że poza procesem, w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych nie można czynić tego, na co gwarancje te nie pozwalają. Dodatkowo ogranicza on zakaz przeprowadzania pewnych czynności operacyjno-rozpoznawczych jedynie do tych zakresów informacji lub stosowania środków, które w prawie karnym procesowym objęte są zakazami dowodowymi bezwzględными (*W. Daszkiewicz, Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje jednostki i prawa obywatelskie*, w: *Problematyka etyczna w kryminalistyce. Materiały V Symposium Metodologii Kryminalistyki i Nauk Pokrewnych*, Katowice 1985, s. 14).

Odejście od zgody następczej wydawanej przez sąd jest bardzo kontrowersyjne, szczególnie w zakresie gwarancji procesowych i szeroko rozumianej zasady rzetelnego procesu. Sąd jako niezawisły organ dawał gwarancję obiektywizmu w zakresie wykorzystania dowodowego materiałów uzyskanych w stosunku do osoby, której nie wymieniono w postanowieniu o zarządzeniu kontroli operacyjnej bądź uzyskano materiały wskazujące na popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa zawartego w katalogu przedmiotowym, co do którego przewidziano możliwość stosowania kontroli operacyjnej.

Stąd też nie można zaakceptować uznania przez ustawodawcę, że fakt wcześniejszego postanowienia sądu w zakresie zastosowania kontroli operacyjnej w stosunku do przestępstw zawartych w katalogach poszczególnych służb legitymizuje tym samym dopuszczenie materiałów dotyczących innych przestępstw uzyskanych podczas kontroli operacyjnej.

Obecne rozszerzenie możliwości wykorzystywania materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej również co do przestępstw ściganych z urzędu lub przestępstw skarbowych, a dodatkowo oddanie kompetencji w tym zakresie prokuratorowi, który decyduje o zaliczeniu w poczet materiału dowodowego wyników kontroli operacyjnej nie usprawiedliwia wystarczająco uzasadnienie ustawodawcy, według którego analizowane rozwiązanie ma przyczynić się do zwiększenia skuteczności ścigania przestępstw, wzmacniania przestrzegania w procesie zasady legalizmu i prawdy materialnej” (komentarz K. T. Boratyńskiej i M. Królikowskiego do art. 168b k.p.k., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. A. Sakowicza, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2016, s. 441–442).

Podobną ocenę art. 168b k.p.k. zaprezentował M. Kurowski, który w komentarzu do tego przepisu na wstępie przypomniał, że „dotyczy (on – przyp. wł.) regulacji związanych z kontrolą operacyjną prowadzoną na podstawie ustaw szczególnych”, po czym wskazał, że „przed nowelizacją z 2016 r. kwestie te były regulowane szczegółowo właśnie w przepisach szczególnych. Ustawodawca postanowił problematykę stosowania kontroli operacyjnej pozostawić w poszczególnych ustawach, jednakże kwestie dotyczące uzyskiwania tzw. zgód następczych w całości przeniósł do Kodeksu”, oraz że „[p]oza sporem pozostaje, że uzyskanie zgód pierwotnych w dalszym ciągu reglamentują przepisy szczególne i organy wiążą wyrażone tam zasady, np. w zakresie rodzaju przestępstw, co do których istnieje możliwość uzyskania zgody. Jednakże zupełnie odmiennie reguluje się problematykę związaną z możliwością wykorzystania uzyskanych materiałów. Podkreślić należy, że analogicznie ustawodawca derogował rozwiązania dotyczące zgód następczych w podsłuchu procesowym i decyzję w tym przedmiocie ukształtował niemal analogicznie jak na gruncie komentowanej normy” (komentarz M. Kurowskiego do art. 168b

k.p.k., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, pod red. D. Świeckiego, Wydawnictwo a Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 633–635).

Odnośnie do podmiotu uprawnionego do podjęcia decyzji o wykorzystaniu materiałów uzyskanych w wyniku prowadzenia kontroli operacyjnej M. Kurowski, „w pierwszej kolejności”, zwrócił uwagę, że „decyzję w przedmiocie wykorzystania materiału nieobjętego zgodą pierwotną podejmuje prokurator. Ustawodawca nie wprowadza jednak oprócz określenia <prokurator> żadnego dodatkowego wymogu. Norma ta zatem nie narzuca konkretnego podmiotu, który miałby się wypowiedzieć o dopuszczalności wykorzystania dowodu (...). O ile zatem w poprzednim stanie prawnym wyłącznie uprawnionym do wystąpienia do sądu z wnioskiem o wykorzystanie materiałów był Prokurator Generalny, o tyle obecnie zrezygnowano z poddania ocenie zasadności wystąpienia z wnioskiem zarówno Prokuratora Generalnego, jak i sądu w zakresie ustalenia istnienia przesłanki wykorzystania tak zgromadzonego materiału dowodowego”, a następnie wskazał „na poważny problem, jaki może się pojawić na gruncie postępowania jurysdykcyjnego w zakresie możliwości sięgnięcia po wskazane materiały w sytuacji, gdy prokurator nie wydał decyzji o ich procesowym wykorzystaniu. Jeszcze na gruncie poprzedniego uregulowania Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że jeśli celem dowodu jest wykazanie niewinności oskarżonego lub uzyskanie dowodów świadczących na jego korzyść, to może być on przeprowadzony niezależnie od faktu, że wobec tego oskarżonego nie wydano postanowienia w trybie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji ani określonego w art. 19 ust. 15c ustawy o Policji postanowienia o zgodzie następczej (wyrok SN z 16.10.2012 r., V KK 414/11, LEX nr 1226789). Przyjąć zatem należy, że w sytuacji gdy wykorzystanie miałoby na celu wykazanie powyższych stanów, sąd byłby uprawniony do skorzystania z tych materiałów. Co do wykorzystania ich na niekorzyść obecnie sąd będzie mógł całkowicie swobodnie sięgnąć do wskazanych materiałów i czynić na ich podstawie ustalenia, albowiem – jak już

wskazano – przepis art. 168a może prowadzić do stwierdzenia, że naruszenie procedury (brak decyzji prokuratora) nie eliminuje dowodu z procesu” (*ibidem*, s. 635–636).

Z kolei co do formy decyzji „o wykorzystaniu materiałów” M. Kurowski wyraził pogląd, że „[o] ile przed nowelizacją decyzję w przedmiocie wykorzystania materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej podejmował sąd postanowieniem, o tyle ustawa milczy, w jakiej formie ma nastąpić podjęcie decyzji przez prokuratora. Nie jest zatem przesądzone, czy ma ona przybrać postać postanowienia, zarządzenia, czy też dopuszczalne jest samo oparcie się na wskazanych materiałach, np. przez złożenie wniosku dowodowego w akcie oskarżenia o ich odtworzenie czy też oparcie na nich wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Wydaje się, że każdy sposób uzewnętrznienia podjętej decyzji jest dopuszczalny. Gdyby nawet przyjąć, że wymagana jest forma pisemna wskazanej decyzji, to i tak nie ma to znaczenia dla możliwości wykorzystania określonych materiałów, treść art. 168a może bowiem prowadzić do wniosku, że naruszenie procedury nie powoduje uznania dowodu za niedopuszczalny. Należy się jednak opowiedzieć za koniecznością zapewnienia stronom postępowania należytej informacji. Wydaje się, że taki skutek wywoła sytuacja, w której zgoda ta przybiera postać pisemną. O ile niewątpliwie w poprzednim stanie prawnym decyzja przybierała postać postanowienia (podejmował ją sąd), o tyle obecnie brak wymogu skorzystania z tej formy. Wydaje się zatem wystarczające posłużenie się zarządzeniem” (*ibidem*, s. 636).

Wreszcie, wypowiadając się o terminie podjęcia decyzji o wykorzystaniu materiałów, jak również o zakresie możliwej decyzji w tym przedmiocie, M. Kurowski zauważył, iż „[d]rugą istotną zmianą jest wyeliminowanie terminów uzyskania zgody (po nowelizacji – wyrażenia decyzji w przedmiocie wykorzystania materiałów). Tym samym decyzja taka, jak się wydaje, może być podjęta przez prokuratora bez ograniczenia czasowego. Niewątpliwie zatem

w toku całego postępowania przygotowawczego prokurator całkowicie swobodnie może kształtować czas podjęcia decyzji. Taką decyzję w formie wniosku dowodowego prokurator może podjąć także na etapie postępowania sądowego. Może tu jednak powstać wątpliwość na tle legitymacji do dokonania tej czynności procesowej, gdyż w postępowaniu sądowym takie uprawnienie ma oskarżyciel publiczny jako strona, a nie *stricte* prokurator. Użycie w art. 168b słowa <prokurator> nie jest tu jednak przesądzające o ograniczeniu tego uprawnienia tylko do postępowania przygotowawczego. W innych przepisach ustawodawca również posługuje się słowem <prokurator>, ale z ich kontekstu wynika jednoznacznie, że chodzi o etap postępowania sądowego, a więc o prokuratora jako oskarżyciela publicznego, np. art. 49a, art. 360 § 2. Natomiast takiego uprawnienia nie mają nieprokuratorские organy ścigania. Pamiętać jednak należy, iż w dalszym ciągu nie uchylono przepisów dotyczących uzyskiwania zgody sądu w sytuacji, gdy pozyskane dowody dotyczą tajemnicy prawnie chronionej, o której mowa w art. 180 § 2”, oraz stwierdził, że „[u]stawodawca rezygnuje z powiązania przepisu o <zgodzie następczej> z zakresem możliwej do uzyskania zgody pierwotnej. W poprzednim stanie prawnym postanowienie sądu mogło dotyczyć jedynie <czynów katalogowych>, a nawet dowody uzyskane na okoliczność najpoważniejszych przestępstw, jak zbrodnia zabójstwa, o ile nie mieściła się ona w tym katalogu, nie mogły być wykorzystane (tak np. postanowienie SA w Warszawie z 18.05.2007 r., II AKz 288/07, LEX nr 282389). Przepisy szczególne w dalszym ciągu regulują kwestię istnienia podstaw do uzyskania zgody pierwotnej, podobnie jak czynią to przepisy rozdziału 26 k.p.k. dotyczące kontroli i utrwalania rozmów. Jednakże określając ramy podmiotowo-przedmiotowe możliwości wykorzystania jako dowodów materiałów z kontroli operacyjnej, ustawodawca przewiduje, że mogą zostać one wykorzystane:

- 1) wobec osoby, co do której była stosowana kontrola;
- 2) wobec innej osoby.

Warunkiem wykorzystania tych materiałów jest stwierdzenie, że stanowią one dowód innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej w stosunku do osoby objętej zgodą pierwotną lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej. Takie ujęcie powoduje, że nie jest niezbędne, aby ujawnione przestępstwo stanowiło <czyn katalogowy>. Istotne jest, aby było to przestępstwo ścigane z urzędu lub przestępstwo skarbowe” (*ibidem*, s. 636–637).

W końcowym fragmencie cytowanego wyżej komentarza M. Kurowski podkreślił, że „nowelizacja z 2016 r. zmieniła system uzyskiwania zgód następczych, eliminując konieczność występowania ze stosownym wnioskiem do sądu, ale o czym już była mowa powyżej, w sposób wyraźny odrywa zgodę (obecnie prokuratorską) na wykorzystanie dowodu od pierwotnej zgody sądu. Ta druga bowiem musi dotyczyć czynów katalogowych (wskazanych w konkretnym przepisie, np. art. 237). Po nowelizacji z 2016 r. orzecznictwo, które wypełniało lukę ustawową w zakresie możliwości wykorzystania dowodów popełnienia czynów nieobjętych katalogiem (por. np. postanowienie SN z 26.04.2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007/5, poz. 37), straciło na znaczeniu. **Jednoznacznie bowiem należy stwierdzić, że legalne uzyskanie dowodu popełnienia jakiegokolwiek czynu zabronionego w drodze czynności, o których mowa w tym przepisie, implikuje prawną możliwość wprowadzenia go do procesu (podkr. wł.)”** [*ibidem*, s. 637].

Krytycznie pod adresem art. 168b k.p.k. wypowiedział się też S. Brzozowski (*vide* – S. Brzozowski, *Wykorzystanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, *Palestra*, nr 6/2016, s. 22–26).

Wydaje się, że owo – reprezentowane przez w/wymienionych Autorów – wyjątkowo restrykcyjne podejście do przepisów regulujących instytucję

uregulowaną w art. 168b k.p.k. wynika z, ukształtowanego w przedmiocie „zgody następczej” obowiązującej w poprzednim stanie prawnym (przed wejściem w życie ustawy zmieniającej z dnia 11 marca 2016 r.), jednolitego orzecznictwa sądowego, którego dobrymi przykładami są: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., w sprawie o sygn. akt I KZP 6/07 oraz uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2011 r., w sprawie o sygn. akt I KZP 32/10.

Postanowieniem z dnia 26 kwietnia 2007 r. Sąd Najwyższy orzekł, iż:

„1. <Uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego> (art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.) to dowody popełnienia przestępstw określonych w art. 19 ust. 1 tej ustawy.

2. Uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw – określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji – przez osobę inną niż objęta postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 tej ustawy albo popełnionych wprawdzie przez osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem (art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k., stosowany odpowiednio), pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, stosowany odpowiednio).” [LEX nr 259799].

W uzasadnieniu tego judykatu Sąd Najwyższy stwierdził, między innymi, że „na gruncie ustawy wykluczone jest wydanie przez sąd zgody (czy to uprzedniej czy to następczej) na przeprowadzenie kontroli operacyjnej dotyczącej innych przestępstw niż wymienione w art. 19 ust. 1. Płyne stąd jednoznaczny wniosek, że uzyskane w ramach tej kontroli materiały stanowiące dowody popełnienia przestępstw innych niż wymienione bezpośrednio we wspomnianym przepisie, gromadzone są w sposób sprzeczny z prawem. Nie można bowiem

domniemywać, że zgoda sądu na konkretną kontrolę operacyjną legalizuje gromadzenie jakichkolwiek informacji uzyskiwanych w ramach tej kontroli. Zgoda ta może bowiem obejmować wyłącznie ten zakres działań i uzyskiwanych w ten sposób informacji, który spełnia warunki wynikające z treści art. 19 ust. 1. Nie można więc domniemywać, że zgoda ta obejmuje także gromadzenie <przy okazji> materiałów, dotyczących innych przestępstw niż wskazane w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Sąd nie może bowiem zgody takiej wyrazić. Nie może także niejako ryczałtowo legalizować wszelkich działań podejmowanych <podczas> kontroli operacyjnej.

Informacje uzyskane w trakcie kontroli operacyjnej, które wykraczają więc poza granice jej dopuszczalności, określone w art. 19 ust. 1, a tym samym nie mogą być objęte zgodą sądu, zbierane są w sposób sprzeczny z ustawą. W tym sensie wchodzi w zakres uregulowania art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, który przewiduje, że każdy ma prawo do żądania usunięcia dotyczących go informacji <zebranych w sposób sprzeczny z ustawą>. Gwarancją realizacji tego prawa jest art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, który przewiduje obowiązek zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej "niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego". Obowiązek ten obejmuje więc zarówno materiały, które mieściły się w granicach kontroli operacyjnej wyznaczonych przez treść art. 19 ust. 1, ale niezawierających dowodów popełnienia przestępstwa <katalogowego>, jak również materiały zgromadzone <podczas> kontroli, które jednak wykraczały poza te granice. W wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r. (K 32/04) Trybunał Konstytucyjny, prezentując standard, jaki wynika z treści art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie wyjątkowej dopuszczalności ingerencji w sferę prywatności jednostki, podkreślił, że <eksces, polegający na tym, że «przy okazji» zbierania materiału operacyjnie przydatnego, kontrola operacyjna zgromadzi także dane dotyczące kwestii prywatnych,

obyczajowych – wykraczających poza cel prowadzenia kontroli, oznacza działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkroczenia w sferę prywatności>.

Bezspornie, uwagi te muszą dotyczyć uzyskanych w trakcie legalnej kontroli operacyjnej materiałów dotyczących przestępstw innych niż wymienione w katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Od strony technicznej rzecz jest prosta, gdy w toku kontroli operacyjnej nie zgromadzono materiałów świadczących o popełnieniu jakiegokolwiek przestępstwa przez osobę, wobec której tę kontrolę zastosowano. Jednak w związku z przeprowadzeniem kontroli operacyjnej możliwe jest uzyskanie materiału, który równocześnie (w tym sensie, że jest zawarty na jednym nośniku informacji) może stanowić dowód popełnienia przestępstwa wskazanego w art. 19 ust. 1 oraz dowód popełnienia innego przestępstwa. Z uwagi na wyraźne uregulowanie art. 19 ust. 15 nie ma w takim przypadku zastosowania art. 19 ust. 17 ustawy, a więc materiał taki nie podlega zniszczeniu. Nie zmienia to wszakże faktu, że nie może być on wykorzystany jako dowód pozwalający na wszczęcie postępowania karnego, dotyczącego innego przestępstwa niż wymienione w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Tylko w ten sposób można bowiem zagwarantować realizację celu gromadzenia materiałów kontroli operacyjnej, który określa art. 19 ust. 1 ustawy. Jest przy tym rzeczą oczywistą, że konstytucyjne prawo żądania usunięcia informacji uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą ma na celu zapobieżenie wykorzystania tych informacji w jakiegokolwiek formie przez władze publiczne. W sytuacji więc, w której usunięcie zgromadzonych informacji nie jest możliwe z uwagi na to, że ich nośnik, na którym są zapisane, zawiera także inne dane, których gromadzenie jest dopuszczalne i służy konstytucyjnie usprawiedliwionej ochronie bezpieczeństwa publicznego, gwarancją realizacji konstytucyjnej ochrony autonomii informacyjnej jednostki, jest zakaz wykorzystywania informacji, których treść wykracza poza cele kontroli operacyjnej określonej w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Należy bowiem raz jeszcze podkreślić, że ustawa nie przewiduje możliwości wydania przez sąd zgody (choćby następczej) na gromadzenie lub

wykorzystanie informacji, które dotyczyłyby innych przestępstw niż te wymienione w art. 19 ust. 1. Tymczasem, jak podkreślano to w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, sądowa kontrola działań podejmowanych w ramach czynności operacyjnych, w szczególności zaś kontroli operacyjnej, która z istoty rzeczy wkracza w sferę prywatności, jest szczególnie ważną przesłanką konstytucyjnego usprawiedliwienia ograniczenia wskazanych wcześniej praw i wolności jednostki. Trybunał podkreślał w tym kontekście, że mimo niedoskonałości owej sądowej kontroli, <legalizacja kontroli operacyjnej poprzez sądy prowadzi do stosunkowo łatwo sprawdzalnej skali prowadzonych działań operacyjnych" oraz pozwala na weryfikację celów kontroli operacyjnej: <cel deklarowany przy uzyskiwaniu legalizacji nie tylko oznacza nadanie całej operacji ram, wyznaczonych przez ten cel (ograniczenie zakresu kontroli przez wskazanie jego celu, weryfikowanego przez sąd) ale zarazem utrudnia manipulację celami kontroli>. Trybunał, co prawda, nie wykluczył możliwości ograniczenia lub nawet wyłączenia sądowej kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych, tym niemniej zaznaczył, że istnienie procedury kontrolnej w takich wypadkach jest warunkiem konstytucyjnej dopuszczalności takich działań, a procedury te muszą być <rygorystyczne i efektywne>.

W przypadku gromadzenia i wykorzystywania w ramach kontroli operacyjnej informacji dotyczących innych przestępstw niż wymienione w art. 19 ust. 1, brak jest jakichkolwiek procedur kontrolnych, bowiem jak wspomniano, informacje te nie mogą być przedmiotem ani uprzedniej, ani następczej zgody sądu. Ich wykorzystanie oparte byłoby wyłącznie na swobodnej decyzji organu policyjnego" (*ibidem*).

Należy jednak zauważyć, iż powołane wyżej postanowienie Sądu Najwyższego wywołało szereg głosów krytycznych w doktrynie.

Jednym z krytyków tego orzeczenia był M. G. Węglowski, który **kategorycznie stwierdził, że „[n]ietrafne jest stanowisko Sądu Najwyższego, jakoby niedopuszczalnym było wykorzystanie w procesie karnym**

materiałów z kontroli operacyjnej (np. podsłuchu) do ścigania innych przestępstw niż te, co do których wolno zgodnie z ustawą zarządzić taką kontrolę”, ponieważ, jak podkreślił ten Autor, „[o]rgany ścigania obliuguje do tego zasada legalizmu oraz faktyczny brak sprzeczności takiego postępowania z Konstytucją RP. Do wykorzystania takich materiałów, jak też do wykorzystania materiałów z kontroli co do innego przestępstwa, określonego w ustawowym katalogu, którego jednak zarządzona kontrola bezpośrednio nie dotyczy, nie jest konieczna żadna następcza zgoda sądu, wbrew temu, co twierdzi Sąd Najwyższy” (M. G. Węglowski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, LEX nr 259799*).

Uzasadniając swoje stanowisko, M. G. Węglowski na wstępie przypomniał, że glosowane orzeczenie Sądu Najwyższego „zapadło w efekcie wniosku Prokuratora Generalnego o podjęcie uchwały dotyczącej możliwego zakresu wykorzystania materiałów pochodzących z legalnie przeprowadzonej niejawniej kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym, na którą składać się może kontrola korespondencji, kontrola zawartości przesyłek lub kontrola telekomunikacyjna (najczęściej podsłuch)” oraz, że Sąd Najwyższy „odmiennie niż uczynił to wnioskodawca, odmówił możliwości procesowego wykorzystania materiału dowodowego pochodzącego z zastosowanej kontroli operacyjnej, jeżeli materiał ten stanowi dowód popełnienia innych przestępstw niż <katalogowe>, wskazane w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. W obszernym uzasadnieniu wskazano na dwa zasadnicze powody takiej konstatacji:

- interpretacja językowa przepisu art. 19 ust. 15 skonfrontowana z wykładnią funkcjonalną i systemową wskazuje, iż przepis art. 19 ust. 1 ma charakter ramowy, a zatem pozostałe ustępy tego artykułu należy interpretować w podporządkowaniu wobec tej normy ramowej,

- odmienna interpretacja stanowiłaby obalenie domniemania racjonalności ustawodawcy, a także naruszałaby przepis art. 51 ust. 4 Konstytucji RP oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” (*ibidem*).

W ocenie M. G. Węglowskiego, tak sformułowane uzasadnienie nie jest przekonujące.

Autor ten podniósł, że „[w] szczególności budzi kontrowersje wskazanie, iż wyłącznie gramatyczna interpretacja art. 19 ust. 15 rodzi wątpliwości, a zwłaszcza, że godzi w racjonalność prawodawczą i Konstytucję. Podkreślić należy, iż przy konstruowaniu tej normy nic nie stało na przeszkodzie, by ustawodawca dodał po słowach <W przypadku uzyskania dowodów...> uzupełnienie <...zaistnienia przestępstw wskazanych w ust. 1...>. Skoro to nie nastąpiło, to **nie można domniemywać, iż teza, że chodzi o możliwość wykorzystania uzyskanych dowodów do ścigania każdego przestępstwa przewidzianego przez ustawę, świadczyłaby o nieracjonalności ustawodawcy** (podkr. wł.). Podobnie niesłusznym jest wywodzenie, iż treść przepisu ust. 15 należy interpretować w bezpośrednim związku z ust. 1, jako wyłączonym przed nawias, ramowym dla pozostałych uregulowań art. 19 ustawy o Policji. Każdy z tych przepisów, oczywiście związanych ze sobą tematyką, wszakże reguluje wspólnie z innymi przepisami dwie odrębne procedury: wdrożenia kontroli operacyjnej (ust. 1–9) oraz postępowanie z materiałami pozyskanymi w toku kontroli (ust. 15–17). Pozostałe ustępy art. 19, także istotne, można uznać za uzupełniające obie procedury. Z tego też względu nie można przyjąć argumentacji Sądu, iż oderwanie treści ust. 15 od ust. 1 zezwalałoby na zarządzenie – na podstawie ust. 3 – natychmiastowej kontroli w sprawie dowolnego przestępstwa. Przepis ust. 3, jako regulujący procedurę wszczęcia kontroli, faktycznie jest bezpośrednio powiązany z katalogiem z ust. 1, tym bardziej że przewiduje następczą zgodę sądu okręgowego, który działa *meriti* w ramach tego ostatniego przepisu, a nawet odwołuje się wprost do ust. 1 co do uprawnionego prokuratora. Z tych samych przyczyn nietrafne jest przyjęcie, iż oderwanie w art. 19 treści ust. 15 od ust. 1 zezwalałoby analogicznie na podstawie ust. 9 na wydanie zgody na przedłużenie kontroli, tylko w oparciu o pojawienie się nowych okoliczności

związanych z przestępstwem spoza katalogu. To właśnie zastosowanie wykładni funkcjonalnej pozwala na zróżnicowanie interpretacji ust. 3 i ust. 9 od interpretacji ust. 15. Jak bowiem wspomniano, pierwsze dwa przepisy należą do grupy regulującej wdrożenie i ewentualnie przedłużenie kontroli, zaś trzeci do regulującej wykorzystanie materiału dowodowego.

Zwrócić również należy uwagę, iż SN w swych wywodach pomija istotną okoliczność, że w przeciwieństwie do ust. 1, ust. 3 i ust. 9, gdzie ustawodawca posłużył się pojęciem <przestępstwo>, ułatwiając bezpośrednie powiązanie tych przepisów, tak art. 19 ust. 15 mówi o <dowodach pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego>. Niewątpliwie, na przykład, znaczenie może mieć ustalenie, iż przy popełnieniu przestępstwa <katalogowego> sprawca jednocześnie wypełnił znamiona innego czynu nieznanego się w katalogu.

Podkreślić przy tym należy, iż przepis art. 19 ust. 15 w przypadku pozyskania dowodów obliuguje Komendanta Głównego lub wojewódzkiego Policji do przekazania właściwemu prokuratorowi wszystkich materiałów zgromadzonych w toku stosowania kontroli. Jeżeli więc zastosowana kontrola dostarcza dowodów zaistnienia innego przestępstwa niż <katalogowe>, to prokurator jest prawnie zobligowany do wszczęcia postępowania przygotowawczego w tym zakresie, względnie objęcia tego czynu już toczącym się śledztwem albo dochodzeniem. Przymus ten wynika zarówno z art. 10 § 1 k.p.k., formułującego w sposób jednoznaczny zasadę legalizmu, jak i z art. 2 ustawy o prokuraturze. Pozostawienie bez procesowej reakcji udokumentowanej poprzez kontrolę informacji o przestępstwie, w sytuacji gdy ustawa nie zezwala w sposób wyraźny na takie postąpienie, stanowić może podstawę od rozważenia odpowiedzialności prokuratora za przestępstwo niedopełnienia obowiązku służbowego z art. 231 § 1 k.k. Podobnie ocenić należałoby decyzję Policji o nieprzekazaniu prokuratorowi materiałów z kontroli w sytuacji ujawnienia wyłącznie przestępstwa spoza katalogu z ust. 1.

Nie można, jak czyni to Sąd Najwyższy, przyjmować, iż informacje z kontroli, wykraczające poza granice dopuszczalności określone w art. 19 ust. 1, nie mogą być objęte zgodą sądu i przez to zbierane są w sposób sprzeczny z ustawą. Jeżeli kontrola została zastosowana i przeprowadzona *lege artis*, na podstawie postanowienie (lub za zgodą następczą z ust. 3) sądu, to wszystko, co zostało w niej uzyskane, pozyskano zgodnie z prawem. Słusznie zwracają na to uwagę A. Lach i B. Sitkiewicz, że sposób rozumowania SN stawiałby pytanie o odpowiedzialność karną osób realizujących kontrolę operacyjną (np. podsłuch), co byłoby absolutnie nie do zaakceptowania. Jak stwierdził zresztą Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r. (sygn. K 32/04) [OTK ZU seria A nr 11/2005, poz. 132 – przyp. wł.]: <Materiały zebrane w sytuacji, o której mowa w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, a następnie (po pięciu dniach za zgodą sądu) zachowane (zaskarżony art. 19 ust. 4), nie mogą uchodzić – z procesowego punktu widzenia – za materiały znajdujące się w zasobie nielegalnym. Od momentu wyrażenia następczej zgody sądu, zasób ten jest legalny i może być, od tego momentu, także wykorzystany procesowo>. Tym bardziej dotyczy to materiałów zebranych na podstawie uprzedniej zgody sądu.

W toku rozważań SN także powołuje się na treść wyżej cytowanego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, w innym miejscu uznającego za działania poza zakresem uprawnień gromadzenie w trakcie kontroli operacyjnej informacji o charakterze prywatnym, obyczajowym. Konstatację tę SN automatycznie przekłada na gromadzenie informacji o przestępstwach pozakatalogowych. Tymczasem lektura tegoż właśnie orzeczenia TK prowadzi do wniosku, iż Trybunał zwraca uwagę na nadużycie uprawnień poprzez gromadzenie informacji obyczajowych, a nie informacji o przestępstwach. Jest to fundamentalna różnica.

Trudno przyjąć za słuszną konstatację SN, z której wynika, iż wykorzystanie w sposób procesowy informacji o przestępstwie

<pozakatalogowym>, płynącej z kontroli operacyjnej, stanowić może **jakiegokolwiek pogwałcenie Konstytucji RP** (podkr. wł.). W szczególności zaś, że godzi w prawo do prywatności i zachowania tajemnicy korespondencji, a także narusza zasadę proporcjonalności. Faktem jest, iż katalog przestępstw (i tylko przestępstw, nie zaś również wykroczeń) ujętych w art. 19 ust. 1 jest dość szeroki. Niemniej jednak poza nim pozostają nie tylko przestępstwa drobne (przy czym epitet ten jest bardzo względny – pozornie drobna kradzież dla jej ofiary może stanowić wielką dolegliwość, np. zabór ważnej rodzinnej pamiątki), ale także bardzo poważne (podkr. wł.). Przykładowo, niedopuszczalne jest wdrożenie przez Policję kontroli operacyjnej w przypadku takich czynów jak przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne (rozdział XVI k.k.), wywieranie przemocą lub groźbą bezprawną wpływu na czynności urzędowe konstytucyjnego organu RP (art. 128 § 3 k.k.), handel materiałami radioaktywnymi (art. 171 § 1 k.k.), całość przestępstw godzących w środowisko (rozdział XXII k.k.), przestępstwo zgwałcenia i wykorzystania seksualnego (art. 197–199 k.k.) itd. Już tylko ta krótka egzemplifikacja pokazuje, jak zróżnicowane czyny mają charakter <pozakatalogowy>, przynajmniej w sferze kompetencji Policji. Uznanie, iż ujawnienie w trakcie kontroli operacyjnej dowodów, np. na fakt zgwałcenia osoby czy seksualnego wykorzystywania osoby bezradnej albo upośledzonej, nie pozwala na wykorzystanie takiego dowodu przeciwko sprawcy czynu, budzi naturalny sprzeciw. Jakież to bowiem wartości konstytucyjne chronią tego sprawcę i czyż przepisy Konstytucji nie mają za cel także chronienie osób będących pokrzywdzonymi przestępstwem? Niewątpliwie przepisy aktów prawnych, w tym ustawy o Policji, zezwalające na stosowanie kontroli operacyjnej, stanowią ingerencję w wolność obywateli, w tym przede wszystkim w prawo do prywatności i tajemnicy korespondencji. Jednakże w tymże właśnie celu, by ingerencja ta była jak najmniej dolegliwa dla obywateli, ukształtowana

została w art. 19 ustawy o Policji odpowiednia procedura zastosowania kontroli, której kluczowymi elementami jest z jednej strony podwójna akceptacja, a z drugiej zasada subsydiarności. Wdrożenie kontroli musi bowiem wymagać zarówno aprobaty właściwego prokuratora, przełożonego odpowiedniego szczebla, jak i przede wszystkim zgody sądu okręgowego. We wniosku o zgodę zaś wnioskodawca musi wykazać jednoznacznie zarówno bezskuteczność lub wysokie prawdopodobieństwo jej zaistnienia w przypadku innych działań, jak i to, że kontrola faktycznie będzie zmierzać do zapobieżenia, wykrycia lub ustalenia sprawców przestępstwa <katalogowego>, a także do uzyskania i utrwalenia dowodów jego popełnienia. Ewentualne nadużycia w tej sferze mogą być jedynie efektem jednoczesnej nierzetelności prokuratora i sądu, której nie zapobiegą najlepsze przepisy, a którą trudno sobie wyobrazić. Stwierdzenie SN, iż <łatwo bowiem sobie wyobrazić stosowanie kontroli operacyjnej wobec osoby, co do której istnieją podejrzenia, że popełniła przestępstwo «pozakatalogowe» pod pozorem podejrzeń (oczywiście bezzasadnych) o popełnienie przestępstwa wymienionego w art. 19 ust. 1>, świadczy o skrajnym braku zaufania, zwłaszcza do sądów podejmujących decyzję o zgodzie na kontrolę operacyjną. Sąd okręgowy nie może bowiem wydać takiej zgody, jeżeli z wniosku nie wynika realne prawdopodobieństwo, że osoba, której dotyczyć ma kontrola, zajmuje się którąś z taksatywnie wymienionych w art. 19 ust. 1 działalności przestępczych. Jak do tej pory, takie ukształtowanie procedury wdrożenia kontroli nie zostało konstytucyjnie zakwestionowane.

Ustawie o Policji nie można również postawić zarzutu, by naruszała prawo do prywatności, poruszone we wskazanym wyroku TK, albowiem art. 19 ust. 17 nakazuje protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego, w ciągu 2 miesięcy od zakończenia kontroli operacyjnej. I znów, należy tu zauważyć, iż ustawodawca nie posłużył się pojęciem <przestępstwa> lub wręcz <przestępstwa, o którym mowa w ust. 1>, co ewentualnie mogłoby skłaniać do

rozważenia, czy nie chodzi o przestępstwa <katalogowe>, albo przesądzić o tym, lecz zastosował zwrot: <dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego>. A zatem – jakiegokolwiek postępowania karnego, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. **Sąd Najwyższy zresztą, zwraca nawet uwagę, iż relacja treści art. 19 ust. 15 i 17 nie zezwala na zniszczenie materiałów, które stanowią dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego. Jednakże zdaniem SN dowody takie nie mogą być wykorzystane, jeżeli chodzi o przestępstwo <pozakatalogowe>. Przyjęcie wszakże takiej hipotezy, prowadzi właśnie do zakwestionowania racjonalności ustawodawcy. Jakiż bowiem miałby być sens przechowywania materiałów świadczących o <pozakatalogowej> działalności przestępczej, skoro nie można by ich wykorzystać? Tym bardziej, że niekoniecznie takie dowody muszą być <przemieszane> w materiale z dowodami przestępstw <katalogowych>, w ramach jednego nośnika, jednego zapisu i ich zniszczenie nie musi nastęrczać trudności (podkr. wł.).**

Zupełnie nietrafne jest także stwierdzenie SN, że materiały dotyczące przestępstw <pozakatalogowych> pozbawione są jakichkolwiek procedur kontrolnych, skoro nie podlegają uprzedniej, ani następczej kontroli sądowej i pozostają do swobodnej decyzji organu policyjnego. Pomijając fakt, iż chwilę wcześniej, jak wskazano, podważane jest zaufanie do tych samych sądów, to teza taka jest nieuprawniona w świetle jednoznacznego uregulowania art. 19 ust. 15, iż organ policyjny ma bezwzględny obowiązek przekazania materiałów z kontroli prokuratorowi, a nadto – na podstawie ust. 14 – prokurator może także zażądać informacji o przebiegu kontroli.

W zakresie drugiej z tez komentowanego orzeczenia należy podzielić pogląd zaprezentowany przez A. Lacha i B. Sitkiewicza (komentarz tych Autorów zostanie przedstawiony poniżej – przyp. wł.). W przypadku ujawnienia w toku kontroli operacyjnej dowodów wskazujących na popełnienie przez osobę, co do

której ją zastosowano, innych przestępstw <katalogowych> niż objęta wnioskiem, lub przestępstw <katalogowych> przez inną osobę, niż objęta wnioskiem, dopuszczalne jest pełne wykorzystanie materiałów z kontroli. Bezpodstawne jest natomiast przyjęte przez Sąd Najwyższy założenie, iż *per analogiam* do art. 19 ust. 3 konieczna jest tu następcza zgoda sądu. Wydaje się nawet, iż przekroczona została w tym wypadku granica wykładni prawa i SN niejako wszedł w rolę prawodawcy. Nadał bowiem organowi władzy publicznej, jakim jest sąd, w tym wypadku okręgowy, kompetencję, która nie jest wprost wyrażona w ustawie. Tymczasem jednolite orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wskazuje wyraźnie, iż kompetencji organów władzy nie wolno domniemywać.

Na tym tle powstaje jednak także kolejne zagadnienie, którego zdają się nie dostrzegać ani Sąd Najwyższy, ani cytowani przed chwilą dwaj autorzy. Jeżeli bowiem bezspornie przyjmujemy, bez względu czy za zgodą, czy bez zgody sądu, iż wolno wykorzystać informację z kontroli o przestępstwie <katalogowym> popełnionym przez inną osobę niż objęta wnioskiem o zastosowanie kontroli, to w istocie całkowicie chybione są argumenty na uzasadnienie pierwszej z tez postanowienia. W sposób oczywisty bowiem procedura zastosowania kontroli operacyjnej, ingerującej w konstytucyjne wolności i prawa obywateli, ma na celu ustanowienie odpowiedniego poziomu ochrony tej materii. Temu służy wymóg podwójnej akceptacji wniosku, zasada subsydiarności itd. **Nie może być mowy natomiast, by miała ona chronić jakieś wyimaginowane <prawo do przestępstwa>. A właśnie do takiego paradoksu prowadzą tezy głosowanego postanowienia. Wolno bowiem według SN wykorzystać dowód z kontroli przeciwko obywatelowi, który dopuścił się np. obrotu narkotykami, nie wolno zaś, jeżeli ten sam obywatel dopuści się zgwałcenia. Mimo że ani w jednym, ani w drugim wypadku nie był on podmiotem wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej. Takie rozumowanie prowadzi wprost nie do ochrony prawa do prywatności i tajemnicy korespondencji, lecz do**

ochrony sprawców szerokiej grupy przestępstw, pozostającej poza katalogiem sformułowanym w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji (podkr. wł.).

Tym samym nie można również zgodzić się z poglądem zawartym w wywodach Sądu Najwyższego, iż wykorzystanie informacji o przestępstwie <pozakatalogowym> stanowi złamanie normy art. 51 ust. 4 Konstytucji. Przepis ten uprawnia każdego obywatela do żądania usunięcia jakichkolwiek informacji o nim, które zostały zebrane sprzecznie z ustawą. Jak wcześniej wykazano, zgromadzenie stosownych informacji na podstawie zaakceptowanego przez sąd okręgowy wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej jest w pełni legalne. **W tej sytuacji nie do zaakceptowania byłoby, aby sprawca przestępstwa <pozakatalogowego> miał posiadać konstytucyjnie chronione prawo domagania się usunięcia powziętej przez organy ścigania informacji o popełnionym przestępstwie (podkr. wł.).** Zresztą, jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w cytowanym już wyżej orzeczeniu z grudnia 2005 r.: **<Literalne brzmienie tego przepisu (art. 51 ust. 4 Konstytucji – przyp. autora) umieszczonego w samej Konstytucji wskazuje, że nacisk położono tu na sposób, w jaki zbierano materiały (a nie na kwestię ich wykorzystania w ewentualnym innym procesie, czemu ma służyć zachowanie zbioru)>** (podkr. wł.)” [*ibidem*].

A. Lach i B. Sitkiewicz, komentując wspomniane wyżej postanowienie Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt I KZP 6/07, także (*vide* – końcowa uwaga M. G. Węglowskiego) stwierdzili, że „nie można zgodzić się z takim oto fragmentem wywodów SN: <Informacje uzyskane w trakcie kontroli operacyjnej, które wykraczają więc poza granice jej dopuszczalności, określone w art. 19 ust. 1, a tym samym nie mogą być objęte zgodą sądu, zbierane są w sposób sprzeczny z ustawą. W tym sensie wchodzi w zakres uregulowania art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, który przewiduje, iż każdy ma prawo do żądania usunięcia dotyczących go informacji <zebranych w sposób sprzeczny z ustawą>. Gwarancją

realizacji tego prawa jest art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, który przewiduje obowiązek zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej <niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego>.

Należałoby zwrócić bowiem uwagę, że **Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu w sprawie K 32/04, w sposób niezwykle obszerny tłumacząc właściwe rozumienie art. 51 ust. 4 Konstytucji, wskazywał – z czym należałoby się zgodzić – że hipoteza tego artykułu jest określona czasowo i dotyczy <legalności samego pozyskiwania materiałów jako hipotezy uzasadniającej sprostowanie i usunięcie materiałów zebranych z naruszeniem prawa – w momencie ich zbierania>** (podkr. wł.).

Jeżeli zarejestrowanie (a więc pozyskanie) w toku kontroli operacyjnej materiałów nie dotyczących popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa, przy zachowaniu wszystkich rygorów, jakie stawia przed tą czynnością ustawa, w szczególności uzyskaniu uprzedniej zgody sądu okręgowego – czego przecież technicznie uniknąć się nie da – miałyby być uznane za dokonane sprzecznie z prawem (a więc w granicach hipotezy normy art. 51 ust. 4 Konstytucji), to można byłoby sobie postawić pytanie o odpowiedzialność osób dokonujących podsłuchu. **Ten kierunek wykładni jest więc nie do przyjęcia** (podkr. wł.).

W naszym przekonaniu wszelkie informacje uzyskane w toku kontroli operacyjnej przeprowadzonej za zgodą wyrażoną przez sąd okręgowy **należałoby uznać za uzyskane legalnie, podobnie jak samą kontrolę** (podkr. wł.). Tym samym art. 19 ust. 17 ustawy o Policji nie może być postrzegany jako gwarancja normy art. 51 ust. 4 Konstytucji, ale jako **samoistnie funkcjonująca norma** (podkr. wł.) ograniczająca możliwość zachowania i ewentualnego procesowego wykorzystania materiałów nie dotyczących przestępstw z katalogu art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

Nie można natomiast zgodzić się z drugą tezą wysuniętą przez SN, czyli istnieniem obowiązku uzyskiwania następczej zgody sądu na wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej, jeśli dotyczą one innych osób niż wskazane w postanowieniu sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej, bądź innego przestępstwa z katalogu umieszczonego w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji (podkr. wł.).

Po pierwsze procedury takiej następczej zgody absolutnie nie da się z treści art. 19 ust. 1 wywieść. W przepisie nie ma żadnego odesłania pozwalającego postąpić w taki sposób. Poza tym musielibyśmy stwierdzić, że, po pierwsze, istnieje tu rzeczywista luka prawna, po drugie zaś, że może być ona uzupełniona w drodze analogii. Taki przypadek naszym zdaniem nie zachodzi, co najwyżej można mówić tu o tzw. luce pozornej. Trzeba też pamiętać, że istnienia luki prawnej nie można domniemywać, lecz jej istnienie trzeba wykazać jednoznacznymi argumentami.

Postępując się wykładnią literalną i systemową, należałoby więc uznać, że albo wykorzystywanie materiałów jest w ogóle niemożliwe, albo że jest możliwe i nie wymaga żadnej następczej zgody. W naszym przekonaniu zachodzi ta druga sytuacja. Przemawiają za tym przede wszystkim względy celowościowe, które są tu decydujące (podkr. wł.).

Jak już wyżej wskazano, wszelkie informacje pozyskane w drodze kontroli operacyjnej przeprowadzonej za uprzednią zgodą sądu okręgowego zostały pozyskane legalnie. Pogląd przeciwny po raz kolejny pozostawałby w sprzeczności z ustalonym przez Trybunał Konstytucyjny znaczeniem art. 51 ust. 4 Konstytucji. Przepis ten nie przewiduje jak chociażby art. 49 Konstytucji możliwości współkształtowania prawa w nim wyrażonego w drodze ustawy zwykłej. Wszelkie <przypadkowe> wkroczenia ustawodawcy w jego zakres muszą być surowo oceniane z perspektywy zasady proporcjonalności. Takie rozumowanie doprowadziło Trybunał Konstytucyjny do stwierdzenia niekonstytucyjności dawnego art. 19 ust. 4 ustawy o Policji, przy czym wskazano,

że jeżeli materiały uzyskano pierwotnie nielegalnie (wobec stwierdzonego przez sąd w trybie art. 19 ust. 3 braku materialnych warunków do zarządzenia kontroli), to żadne następcze postanowienie sądu nie może sanować takich działań.

Wprawdzie czynność kontroli operacyjnej podejmowana jest w celu odnoszącym się do konkretnego czynu, to jednakże przykładowo utrwalenie treści rozmowy osoby, co do której wydano postanowienie o stosowaniu kontroli operacyjnej z inną osobą współdziałającą w czynie tego pierwszego – niezależnie od tego, czy uznać je za dokument, czy dowód rzeczowy – zostało dokonane legalnie (o istnieniu warunków do zarządzenia kontroli przesądził już bowiem sąd okręgowy), a nowa informacja zawarta w tym środku dowodowym, a dotycząca owego współdziałającego jest, jak trafnie określa się w doktrynie austriackiej, jedynie <przypadkowym ujawnieniem> (...).

W naszym przekonaniu brak jest podstaw do dyskwalifikacji procesowego wykorzystania tego rodzaju dowodów, poza wyżej wskazaną wynikającą z zasady proporcjonalności kwestią przynależności przestępstwa do odpowiedniego katalogu – co ocenić już może sam organ dokonujący kontroli. W takiej sytuacji odpada przecież motyw przeciwdziałania nadużyciom organów ścigania – skoro mogą one uzyskać zgodę na prowadzenie kontroli operacyjnej odnośnie do danego czynu, to trudno przypuszczać, iż <preparowano> by podejrzenie innego czynu katalogowego.

Warto też zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny, podkreślając znaczenie wymogu sądowej kontroli nad kontrolą operacyjną, wskazywał, że <legalizacja kontroli operacyjnej poprzez sądy prowadzi do stosunkowo łatwo sprawdzalnej skali prowadzonych działań operacyjnych (policzalność) – w sytuacji polegającej na utrwaleniu dowodu np. popełnienia innego czynu «katalogowego» nie chodzi jednakże o «rozmnóżenie» kontroli, ale o jedynie wykorzystanie materiałów uzyskanych w toku jednostkowej, legalnej kontroli operacyjnej>. I dalej: <Po drugie, [kontrola sądowa] utrudnia manipulacje celami kontroli [operacyjnej]

– cel deklarowany przy uzyskiwaniu legalizacji nie tylko oznacza nadanie całej operacji ram, wyznaczonych przez ten cel (ograniczenie zakresu kontroli przez wskazanie jej celu, weryfikowanego przez sąd), ale zarazem utrudnia manipulację celami kontroli> – w interesującej nas sytuacji ryzyko takowej manipulacji, jak już wyżej wskazano, jest wielce dyskusyjne.

Poza tym nasuwa się istotne pytanie: w jakich sytuacjach sąd okręgowy miałby odmówić następczej zgody. Wedle Sądu Najwyższego decydować winna o tym przynależność przestępstwa do katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy oraz kwestia zachowania subsydiarności. Jednakże, czy warto obciążać sądy koniecznością wydawania takiej formalnej i automatycznej w istocie decyzji, aby materiały można byłoby wykorzystać w stosunku do innych osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa, których tożsamość ustalono właśnie na podstawie tych materiałów?

Kolejne pytanie dotyczyłoby terminu, w którym należałoby wystąpić do sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia następczego. Czy przywołane przez Sąd Najwyższy odpowiednie stosowanie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji wymaga ścisłego przestrzegania wskazanego w tym przepisie terminu? Co z niemałą ilością spraw znajdujących się na etapie postępowania jurysdykcyjnego, w których akty oskarżenia opierają się właśnie na takich <przypadkowych znaleziskach> – czy możliwym jest elastyczne podejście do przywołanego wyżej terminu?

Wreszcie należałoby postawić pytanie, **czy zrównanie statusu <niezatwierdzonych> materiałów świadczących o popełnieniu zabójstwa, uzyskanych w toku kontroli zarządzanej co do czynu rozboju z materiałami świadczącymi o popełnieniu przestępstwa fałszywych zeznań czy nawet materiałami <nieudanej> kontroli operacyjnej da się pogodzić z zasadą legalizmu i czy interes publiczny wyrażający się w dążeniu do ukarania**

sprawców tego czynu nie przeważa nad znaczeniem ich prawa do zachowania tajemnicy korespondencji? (podkr. wł.)

Konkludując należy zatem **zaproponować, aby przekazywane i wykorzystywane były bez żadnej następczej zgody sądu także te materiały z kontroli operacyjnej, które dotyczą innych osób niż wskazane w postanowieniu oraz innych czynów katalogowych** (podkr. wł.). Poczyńcie należy jednak zastrzeżenie, że materiały te muszą być uzyskane w ramach i niejako przy okazji zarządzanej kontroli operacyjnej. W przeciwnym razie procesowe wykorzystanie takich materiałów byłoby niedopuszczalne, chyba że zaszłaby potrzeba zarządzenia kontroli w sytuacji niecierpiącej zwłoki i jej zatwierdzenia przez sąd na podstawie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji” (A. Lach, B. Sitkiewicz, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07*, LEX nr 259799).

Z kolei w uchwale 7 sędziów podjętej w dniu 23 marca 2011 r., w sprawie o sygn. akt I KZP 32/10, Sąd Najwyższy orzekł, iż „[d]owodami uzyskanymi w wyniku kontroli operacyjnej, zarządzanej postanowieniem sądu, wydanym na podstawie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.), które pozwalają na wszczęcie postępowania karnego lub mają znaczenie dla toczącego się postępowania karnego (art. 17 ust. 15 tej ustawy), są jedynie dowody dotyczące przestępstw, określonych w jej art. 17 ust. 1, które zostały wskazane w postanowieniu o zastosowaniu kontroli operacyjnej lub w postanowieniu o udzieleniu tzw. zgody następczej, w tym wydanej także w toku kontroli operacyjnej (art. 17 ust. 3 ustawy), a popełnionych przez osobę, której dotyczyła zgoda pierwotna i osobę, co do której wydano zgodę następczą” (LEX nr 738186).

Podobnie jak postanowienie Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt I KZP 6/07, **również uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt I KZP 32/10 spotkała się z krytyką.**

W głosie do tej uchwały A. Skowron podniósł, iż „[n]ie trudno jednak zauważyć, że w toku kontroli operacyjnej w ręce organu uprawnionego do jej stosowania <trafiają> również dowody nie tylko niemieszczące się w granicach zgody pierwotnej czy nawet zgody następczej (chodzi o instytucję „zgody następczej” wprowadzoną przez ustawę z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2011 r. Nr 53, poz. 273; dalej: ustawa zmieniająca z dnia 4 lutego 2011 r., uchyloną następnie przez ustawę zmieniającą z dnia 11 marca 2016 r. – przyp. wł.). Nie należą do rzadkości sytuacje, gdy podczas jej wykonywania ujawnione zostają dowody przestępstw niezawartych w żadnym <katalogu>. Jako przykład można wskazać sytuacje, gdy podczas operacyjnej kontroli tzw. poczty internetowej osoby podejrzewanej o próby kontaktu z małoletnim poniżej 15 roku życia w celu wykonania z nim tzw. innej czynności seksualnej, zostaną zebrane dowody dokonania gwałtu na osobie co prawda pełnoletniej, jednak wspólnie z innymi osobami, tzw. gwałtu zbiorowego (art. 197 § 3 k.k.). Inny przykład, gdy w trakcie operacyjnej kontroli rozmów telefonicznych lokalnego polityka, tym razem podejrzewanego o to, że <kupował> głosy wyborców (art. 250a § 2 k.k.), ujawnione zostaną dowody zmywy, której celem jest fałszowanie wyników wyborów (art. 248 pkt 3 k.k.). W obu przypadkach owe przestępstwa <dotatkowe> nie należą do katalogu, odpowiednio z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji i z art. 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. **Powstaje wówczas pytanie, jak należy postąpić z takim materiałem dowodowym, tym bardziej że często jest to jedynie dowód przestępstw godzących nie tylko w istotne dobra osób nimi pokrzywdzonych, ale i o olbrzymim ładunku społecznej szkodliwości, bo skierowanych przeciwko podstawom ustroju Państwa (podkr. wł.).**

Na problem ten zwracano uwagę już poprzednio, wykazując ewidentne braki istniejącej regulacji art. 19 ustawy o Policji. Niestety dokonując nowelizacji

w dniu 4 lutego 2011 r. (ustawą zmieniająca z dnia 4 lutego 2011 r. – przyp. wł.), ustawodawca problem ten pomiął, co sprawia, że w dalszym ciągu organy ścigania borykają się z poważnymi trudnościami w ściganiu przestępstw <pozakatalogowych>. **O wadze problemu niech świadczy fakt, że nie należą do rzadkości sytuacje, gdy sprawcy tego rodzaju przestępstw (ujawnionych wszak w trakcie legalnych czynności operacyjnych) zostają następnie uwolnieni od odpowiedzialności ze względu na istnienie regulacji sprzecznej z kontynentalną tradycją prawa procesowego (podkr. wł.).**

Kończąc, należy wobec tego postulować, by ustawodawca naprawił swój <błąd>, tym bardziej że nadarza się ku temu sposobność. W Sejmie trwają bowiem prace nad poselskim projektem ustawy o czynnościach operacyjnych, który trafił tam jeszcze w lutym 2008 r. Stanowi on próbę kompleksowego uregulowania wszystkich zagadnień dotyczących działań operacyjno-rozpoznawczych. Oczywiście brak tu miejsca na szerszą analizę, dlatego należy jedynie powiedzieć, że niestety w dalszym ciągu utrzymuje on istnienie tzw. katalogów, co – moim zdaniem – nie spełnia oczekiwań praktyki.

Jak wspomniałem, wspólną cechą obu orzeczeń SN (głosowanego orzeczenia oraz postanowienia Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt I KZP 6/07 – przyp. wł.) jest określenie granic operacyjnej kontroli, przy czym w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r. Sąd Najwyższy ewidentnie dokonał ich poszerzenia, formułując tezę o możliwości zatwierdzenia wyników kontroli poprzez wydanie zgody następczej, która nie jest niczym innym, jak swego rodzaju segregacją zebranego dotychczas materiału dowodowego, dokonywaną jednak przez sąd okręgowy, a więc organ niezależny od władzy wykonawczej. Ponieważ stanowisko to spotkało się z aprobatą twórców noweli, dlatego należy wyrazić pogląd, że w takim właśnie kierunku powinny pójść prace nad tworzeniem spójnej i jednolitej regulacji dotyczącej kontroli operacyjnej. **W konsekwencji ustawodawca w miejsce katalogów powinien wprowadzić**

klauzulę generalną, pozwalającą ocenić, jaki typ czynu zabronionego może stanowić przedmiot kontroli operacyjnej (podkr. wł.). Oczywiście jest to jedynie propozycja, mam jednak nadzieję, że zostanie wzięta pod uwagę w toku ewentualnych prac ustawodawczych, a twórcy ustawy jeżeli nie zrezygnują z <katalogów>, to przynajmniej dokonają zasadniczego ich <remanentu>, upraszczając jednocześnie procedurę” (A. Skowron, *Glosa do uchwały SN z dnia 23 marca 2011 r., I KZP 32/10*, LEX nr 738186).

Za podsumowanie (ale też rozwinięcie) wskazanych wyżej poglądów doktryny, w tym zwłaszcza wątpliwości i pytań o podmiotowy i przedmiotowy zakres obowiązywania poprzednich (wprowadzonych ustawą zmieniającą z dnia 4 lutego 2011 r.) i obecnych (wprowadzonych ustawą zmieniającą z dnia 11 marca 2016 r.) przepisów o „zgodzie następczej”, mogą posłużyć uwagi J. Kudły do art. 168b k.p.k.

Na wstępie Autor ten zwrócił uwagę, że „[z]goda następcza na stosowanie kontroli operacyjnej na podstawie art. 168b (...) [k.p.k. – przyp. wł.] **dotyczy rozszerzenia zakresu podsłuchu operacyjnego w związku z pojawieniem się w materiałach z kontroli operacyjnej innych przestępstw lub innych osób, o których *expressis verbis* mowa w art. 168b k.p.k.** (podkr. wł.). Zgoda następcza w obecnym stanie prawnym, tj. od dnia 15 kwietnia 2016 r., bardzo się różni od tej, która występowała w poprzednim stanie prawnym. Obecnie decyzję o zgodzie następczej z art. 168b k.p.k. podejmuje prokurator. Został również rozszerzony, o wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu, zakres przedmiotowy zgody następczej. Przepis wprowadza wiele zmian prawnych bardzo istotnych dla systemu czynności operacyjno-rozpoznawczych” (S. Hoc (red), J. Kudła, *Zgoda następcza z art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el. 2016).

Następnie J. Kudła podniósł, że „[w] dniu 15 kwietnia 2016 r. racjonalny ustawodawca (...) wprowadził po raz pierwszy w historii polskiego prawa do **ustawy procesowej** przepis dotyczący zgody następczej na wykorzystanie dowodu uzyskanego **podczas stosowania kontroli operacyjnej**. Umiejscowiona

w kodeksie postępowania karnego regulacja ta pozwala na szereg nowych i bardzo przydatnych rozwiązań prawnych.

Po pierwsze, należy wskazać, że zgoda następcza na stosowanie kontroli operacyjnej w przeszłości była uregulowana oddzielnie w każdej ustawie kompetencyjnej właściwej dla uprawnionej do stosowania kontroli operacyjnej służby. Dzisiaj słusznie znalazła swoje miejsce w ustawie procesowej, co pozwala na stosowanie art. 168b k.p.k. przez wszystkie uprawnione służby na podstawie jednego przepisu. Wprowadzenie przepisu art. 168b k.p.k. do ustawy procesowej pozwala ponadto na dodatkowe rozwiązania prawne i zwiększa możliwości stosowania do kontroli operacyjnej przepisów kodeksu postępowania karnego, co ma istotne znaczenie gwarancyjne dla jej stosowania w systemie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zatem można postawić tezę, że mamy do czynienia ze stopniową inkorporacją przepisów dotyczących kontroli operacyjnej do kodeksu postępowania karnego.

Po drugie, racjonalny ustawodawca poprzez ustawowy zapis, że zgoda następcza wyrażana w trybie art. 168b k.p.k. dotyczy przestępstwa **ściganego z urzędu**, znacznie rozszerzył możliwości wprowadzania określonych *ex post* dowodów z kontroli operacyjnej. Jednocześnie, dążąc do zachowania pewnych proporcji z gwarancjami konstytucyjnymi, wskazał pośrednio w przepisie na konieczność przestrzegania **również zasady legalizmu**. Zamieszczenie takiego rozwiązania w kodeksie postępowania karnego, a nie w ustawach kompetencyjnych poszczególnych służb, należy uznać za trafne i skuteczne. Rozszerzenie zakresu przedmiotowego nowej zgody następczej właśnie w ustawie procesowej, a nie np. w ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, zapewnia większe gwarancje. Nie wolno jednak zapominać, że pozostało jeszcze wiele przepisów dotyczących kontroli operacyjnej, które nie znalazły się w ustawie procesowej, a kontrola operacyjna stosowana podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych wciąż bardzo się różni od kontroli i utrwalania

rozmów (zob. wyrok NSA w Warszawie z 19.12.2016 r., I OSK 1939/16, LEX nr 2227583).

Po trzecie, najistotniejszą zmianą związaną z wprowadzeniem nowego przepisu art. 168b k.p.k. jest przeniesienie procesu decyzyjnego w zakresie zgody następczej z sądu okręgowego na **prokuratora**, który od dnia 15 kwietnia 2016 r. podejmuje decyzję procesową w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Zatem sąd nie podejmuje już decyzji w przedmiocie wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej na podstawie zgody następczej z art. 168b k.p.k. Bez zmian pozostały uprawnienia sądu, o których mowa w art. 19 ust. 15h ustawy o Policji (odpowiednio pozostałe służby), jest to jednak odrębny rodzaj zgody następczej, dotyczący wykorzystania w postępowaniu materiałów zawierających określone tajemnice.

Zatem w wyniku powyższych zmian zwiększono jednocześnie nadzór prokuratorski nad kontrolą operacyjną, nie ograniczając tym samym nadzoru sądowego. Sąd przecież będzie miał w czasie postępowania karnego okazję zapoznać się z dowodami, procedować nad nimi i podjąć decyzję o ich dalszym wykorzystaniu (podkr. wł.) [por. wyrok SA w Warszawie z 13.06.2016 r., II AKa 133/16, LEX nr 2171252 – <Decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym ustawodawca zastrzegł dla prokuratora z tego powodu, że to wyłącznie prokurator na etapie formułowania oskarżenia decyduje, jakie dowody na jego poparcie przedstawi sądowi>]. Zgoda następcza prokuratora na podstawie art. 168b k.p.k. nie zamyka dalszej oceny sądowej przedmiotowych dowodów, **chyba że prokurator nie wyrazi zgody następczej. Dotyczy to materiałów z kontroli operacyjnej w zakresie przestępstw zarówno wymienionych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, jak i niewystępujących w tym katalogu, które jednak na mocy art. 168b k.p.k. w wyniku pozytywnej decyzji prokuratora mogą zostać wykorzystane w postępowaniu karnym – mowa tutaj o wszystkich przestępstwach **ściganych z urzędu** (np. z art. 279 § 1 [...])**

k.k.). Istotą komentowanej zmiany jest to, że w związku ze ściganym z urzędu przestępstwem wymienionym w art. 279 § 1 k.k. w dalszym ciągu nie wolno wnioskować o kontrolę operacyjną w trybie art. 19 ust. 1 i 3 ustawy o Policji. Natomiast Policja (odpowiednio pozostałe służby) może już podczas trwającej (zarządzonej) kontroli operacyjnej wystąpić z wnioskiem do prokuratora o wyrażenie zgody następczej na wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów dotyczących przestępstwa ściganego z urzędu, o którym mowa np. w art. 279 § 1 k.k., stosując tryb art. 168b k.p.k. Przemawia za tym przede wszystkim zasada legalizmu, o której mowa w art. 10 § 1 k.p.k., dotycząca przestępstw ściganych z urzędu.

W dalszym ciągu stosuje się odrębnie zgodę następczą z art. 168b k.p.k., która pomimo wprowadzenia jej do ustawy procesowej dotyczy kontroli operacyjnej stosowanej podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych, i odrębnie zgodę następczą z art. 237a k.p.k., która z kolei dotyczy kontroli i utrwalania rozmów w trybie procesowym podczas postępowania przygotowawczego” (*ibidem*).

Odnosząc się z kolei do podmiotowego i przedmiotowego zakresu decyzji prokuratora określonej w art. 168b k.p.k., J. Kudła wyjaśnił, że „[z]goda następcza z art. 168b k.p.k. dotyczy okoliczności związanych z już trwającą kontrolą operacyjną zarządzoną na wniosek uprawnionego organu (wnioski na podstawie ustaw uprawnionych służb i podmiotów tam wymienionych), a mianowicie momentu, w którym w jej wyniku uzyskano dowód popełnienia innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem <bazowym> kontroli operacyjnej, popełnionego **przez inną osobę** niż ta, wobec której kontrola operacyjna była stosowana. Zatem jak w poprzednim stanie prawnym, tak i w obecnym zakres podmiotowy nie uległ zmianie, ponieważ wciąż dotyczy danego zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych podczas już trwającej kontroli **operacyjnej wobec innej osoby, która pojawia się w materiałach,**

i konieczne jest *ex lege* wobec tej innej (<nowej>) osoby sporządzenie wniosku o zgodę następczą na podstawie art. 168b k.p.k. Występuje w tym przypadku związek podmiotowo-przedmiotowy zgody następczej, co ma w szczególności znaczenie w momencie, gdy w materiałach z kontroli operacyjnej pojawi się inna (<nowa>) osoba, która popełniła – co wynika z podsłuchu operacyjnego – przestępstwo ścigane z urzędu. Istnieje więc wyraźny związek popełnienia **każdego przestępstwa ściganego z urzędu** z daną <nową> inną osobą, o której mowa w ustawie, **zmienił się zaś zasadniczo zakres przedmiotowy zgody następczej.** (...)

Znacznie natomiast uległ rozszerzeniu zakres przedmiotowy zgody następczej wyrażanej na podstawie art. 168b k.p.k. **Racjonalny ustawodawca, biorąc pod uwagę m.in. zasadę legalizmu, o której mowa w art. 10 § 1 k.k.** (podkr. wł.), zdecydował się na rozszerzenie zgody następczej z art. 168b k.p.k. **o wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu wymienione w kodeksie karnym.** Jest to nowe rozwiązanie, ponieważ w poprzednim stanie prawnym wykorzystywane w procesie karnym mogły być tylko i wyłącznie dowody o przestępstwa z katalogu, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji (odpowiednio pozostałe służby), o czym stanowił na podstawie wykładni systemowej uchylony przepis art. 19 ust. 15a ustawy o Policji. Zatem na podstawie art. 168b k.p.k., jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, **innego przestępstwa ściganego z urzędu** lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Zatem katalog art. 19 ust. 1 ustawy o Policji zawiera ściśle określone przestępstwa, które również są ścigane z urzędu. Jednak na mocy art. 168b k.p.k.

zakres przedmiotowy zgody następczej – zakres katalogowy przestępstw na podstawie wniosku Policji, a następnie decyzji właściwego prokuratora – **może zostać rozszerzony również o wszystkie inne przestępstwa ścigane z urzędu niewymienione w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji (odpowiednio pozostałe służby)**. Przy czym – jeszcze raz podkreślam – **niedopuszczalne** jest na mocy ustawy o Policji i ustaw o pozostałych służbach uprawnionych do stosowania kontroli operacyjnej zarządzenie kontroli operacyjnej w trybie art. 19 ust. 1 i 3 ustawy o Policji **o wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu niewymienione w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji**. Natomiast jest to dopuszczalne *in absoluto* na podstawie art. 168b k.p.k. w ramach tzw. zgody następczej prokuratora” (*ibidem*).

W kolejnym fragmencie komentarza do art. 168b k.p.k. J. Kudła zwrócił uwagę na to, iż „[p]odstawowym czynnikiem wpływającym na podjęcie pozytywnej decyzji przez prokuratora co do zastosowania zgody następczej na wnioski Policji i pozostałych uprawnionych służb złożony na podstawie art. 168b k.p.k. **jest stwierdzenie przez prokuratora, że** – po pierwsze – w materiałach z kontroli operacyjnej **znajdują się informacje** pozwalające na uznanie, że podczas już stosowanej kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przez **osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa** ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej na podstawie art. 19 ust. 1 i odrębnie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji. Po drugie – popełnionego przez inną (<nową>) osobę, dotychczas nieobjętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, przy czym musi to być przestępstwo ścigane z urzędu lub przestępstwo skarbowe. *A contrario* zgoda następcza **nie dotyczy przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego oraz wykroczeń**. Natomiast należy sięgnąć do genezy obecnego postępowania prokuratora, żeby uzasadnić racjonalność rozwiązań prawnych słusznie wprowadzonych przez ustawodawcę do ustawy procesowej. Chciałbym tutaj wrócić do określonego w doktrynie prawniczej i aktualnego do dzisiaj

stanowiska A. Herzoga zajętego w 2007 r., który uznaje, że <skoro bowiem w ust. 15 nie użyto żadnego określenia uściślającego (np. «... wszczęcie postępowania karnego dotyczącego przestępstwa, o którym mowa w ust. 1»), to w myśl zasady *lege non distinguente* nie ma podstaw do różnicowania, o jakie przestępstwa chodzi> (A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, Prokuratura i Prawo z 2007 r., nr 2, s. 93 – przyp. Autora). Pogląd o wiodącej roli zasady legalizmu w kontroli operacyjnej od wielu lat konsekwentnie popiera w doktrynie prawniczej M. Gabriel-Węglowski (*vide* – M. G. Węglowski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07*, op. cit. – przyp. wł.). **Ustawodawca w obecnym stanie prawnym, starając się nie dopuścić do ponownych rozważań nad poddanym analizie w przeszłości zagadnieniem prawnym, wprowadził do kodeksu postępowania karnego art. 168b, ściśle w nim określając nowe ramy zgody następczej, które – co należy jeszcze raz podkreślić – wynikają już wprost z ustawy procesowej. Zatem do przesłanek prawnych i faktycznych stanowiących podstawę podjęcia decyzji przez prokuratora o wyrażeniu zgody następczej na podstawie art. 168b k.p.k. należy zaliczyć:**

- prowadzenie kontroli operacyjnej podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych,
- przedstawienie przez uprawniony organ – Policję lub pozostałe uprawnione służby – wniosku o wyrażenie zgody następczej na wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej w procesie karnym,
- zarządzenie dotychczas prowadzonej kontroli operacyjnej (tzw. kontroli bazowej) na wniosek uprawnionego organu,
- zarządzenie dotychczas prowadzonej kontroli operacyjnej na podstawie ustawy szczególnej uprawnionej służby, tj. Policji, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz

Agencji Wywiadu, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego, Kontroli Skarbowej,

- wyrażenie zgody następczej odpowiednio w stosunku do tej samej osoby, lecz innego przestępstwa, lub do innej osoby, **jak w art. 168b k.p.k.**,
- wyrażenie zgody następczej przez prokuratora,
- wyrażenie zgody następczej w terminie bez zbędnej zwłoki – dotyczy czasu, jaki należy liczyć od momentu uzyskania przez Policję (odpowiednio pozostałe służby) pierwszej informacji podlegającej tzw. zgodzie następczej aż do momentu przekazania materiałów prokuratorowi,
- wydanie decyzji procesowej prokuratora o wyrażeniu zgody następczej w formie postanowienia, w terminie do siedmiu dni” (*ibidem*).

Odnosząc się następnie do formy i treści decyzji procesowej prokuratora o zgodzie następczej, o której mowa w art. 168b k.p.k., J. Kudła stwierdził, że „[w] związku z umiejscowieniem przepisu art. 168b w kodeksie postępowania karnego i przeniesieniem, w obecnym stanie prawnym, kompetencji w zakresie wyrażania zgody następczej z sądu okręgowego na prokuratora **należy stosować odpowiednio przepisy z ustaw** (dotyczących – przyp. wł.) **poszczególnych służb uprawnionych do prowadzenia kontroli operacyjnej oraz ustawę procesową** (podkr. wł.). Zatem na podstawie art. 168b *in fine* k.p.k. decyzję o wykorzystaniu w postępowaniu karnym materiałów stanowiących dowody z kontroli operacyjnej **podejmuje prokurator**. Powinna to być decyzja procesowa – podjęta przez prokuratora i wydana **w formie postanowienia na podstawie art. 93 § 3 k.p.k.** Zatem jeżeli ustawa nie określa formy decyzji zastrzeżonej tylko dla sądu, **jak w przypadku art. 168b k.p.k.**, to (...) niezależnie od tego, jakim posługuje się określeniem dla nazwania tej czynności, decyzja ta musi przybrać formę postanowienia. Do treści postanowienia stosuje się art. 94 § 1 k.p.k. Decyzję tę należy uznać jako kompetencję prokuratora do

wydawania postanowień w postępowaniu przygotowawczym. Zatem jeżeli ustawodawca przewidział określone kompetencje dla prokuratora wynikające z art. 168b k.p.k., powinno to wywołać skutek procesowy w postaci decyzji, dla której prokurator zachowa formę postanowienia. Prokurator wydaje postanowienie na wniosek Policji lub innej uprawnionej do stosowania kontroli operacyjnej służby. **Treść wniosku** Policji powinna odpowiadać wymogom samej formy wniosku złożonego w postępowaniu oraz zawierać materiały, które zostały wskazane przez racjonalnego ustawodawcę w art. 168b k.p.k. Wprowadzenie zgody następczej do ustawy procesowej sprawia, że zgoda ta powinna zostać wyrażona najpóźniej wraz ze wszczęciem postępowania przygotowawczego.

Prokurator podejmuje decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów z kontroli operacyjnej. W przypadku niewyrażenia zgody następczej przez prokuratora na podstawie art. 168b k.p.k. przedmiotowe materiały muszą zostać zniszczone (art. 238 § 3–5 k.p.k.). Ta zmiana racjonalnego ustawodawcy w zakresie zgody następczej wyrażanej na podstawie art. 168b k.p.k., polegająca oprócz zmiany treści normy prawnej zawartej w przepisie także na przeniesieniu zgody następczej z ustaw kompetencyjnych poszczególnych służb do ustawy procesowej, wzmacnia gwarancyjność kontroli operacyjnej” (*ibidem*).

W kolejnym fragmencie komentarza do art. 168b k.p.k. J. Kudła podniósł, że „[t]ermin zgody następczej, o której mowa w art. 168b k.p.k., to termin wydania postanowienia przez prokuratora na podstawie art. 93 § 3 k.p.k. Wynosi on zatem do siedmiu dni. Jednak nie o ten termin wynikający *ex lege* w tym przypadku chodzi. Po uchyleniu art. 19 ust. 15a–15e ustawy o Policji nie został określony wprost w przepisie przez racjonalnego ustawodawcę termin przekazania materiałów, które zawierają informacje wymagające objęcia ich zgodą następczą na podstawie art. 168b k.p.k. Taki układ procesowy pozwala na przyjęcie za właściwe, że uzyskane przez Policję i pozostałe uprawnione służby

materiały z kontroli operacyjnej, w których znajdują się informacje wymagające wyrażenia przez prokuratora zgody następczej, powinny być przez Policję przekazane prokuratorowi **niezwłocznie**, jak to miało miejsce w poprzednim stanie prawnym. Istotne jest w tym momencie, żeby materiały, które powinny zostać objęte postanowieniem prokuratora o zgodzie następczej, jak najkrócej pozostawały w dyspozycji Policji bez objęcia ich zgodą następczą na podstawie art. 168b k.p.k. Konieczne zatem jest racjonalne określenie terminu <bez zbędnej zwłoki>, który (...) w różnych znaczeniach używany jest w kodeksie postępowania karnego. W przypadku zgody następczej, o której mowa w art. 168b k.p.k., za termin <bez zbędnej zwłoki> należy w przypadku przekazania materiałów z kontroli operacyjnej przez Policję dla prokuratora uznać okres liczony od uzyskania pierwszych informacji podczas stosowania kontroli operacyjnej przez Policję, co do których istnieje konieczność wyrażenia zgody następczej w trybie art. 168b k.p.k., aż do możliwego w praktyce czasu przekazania przedmiotowych materiałów prokuratorowi, **z uwzględnieniem rzetelności wykonywanych w tym zakresie przez Policję czynności**. Powinien to być realny czas, w którym Policja mogłaby utrwalić (na materiale wtórnym), uporządkować i przekazać przedmiotowe materiały wraz ze sporządzonym wnioskiem prokuratorowi. Po otrzymaniu od Policji wniosku (wniosków) o wyrażenie zgody następczej właściwej dla trybu art. 168b k.p.k. prokurator wydaje postanowienie. **Trudno wykazać niezwłoczność**, gdy materiały z kontroli operacyjnej, które powinny zostać objęte zgodą następczą (art. 168b k.p.k.) np. w trzecim miesiącu stosowania kontroli operacyjnej, zostaną przekazane przez uprawnioną służbę prokuratorowi np. w dopuszczalnym osiemnastym miesiącu jej stosowania. Z analizy przepisów wynika, że taka sytuacja może mieć miejsce” (*ibidem*).

Wypowiadając się następnie o formie decyzji prokuratora w przedmiocie zgody następczej, o której mowa w art. 168b k.p.k., J. Kudła stwierdził, że „[w] obecnym stanie prawnym decyzję procesową o wyrażeniu zgody następczej,

o której mowa w art. 168b k.p.k., lub decyzję o niewyrażeniu takiej zgody **podejmuje prokurator**. Decyzja ta **nie** jest określona w ustawie jako forma decyzji zastrzeżona tylko dla sądu. Jest to decyzja procesowa, która na podstawie kodeksu postępowania karnego powinna przybrać formę postanowienia. Prokurator wydaje postanowienie na podstawie art. 93 § 3 k.p.k. Na podstawie art. 98 § 3 k.p.k. nie wymaga uzasadnienia dopuszczenie dowodu ani uwzględnienie wniosku, któremu inna strona się nie sprzeciwiła, chyba że orzeczenie podlega zaskarżeniu. Dlatego prokurator zobowiązany jest do sporządzenia uzasadnienia postanowienia. W sprawie zawilej lub z innych ważnych przyczyn można odroczyć sporządzenie uzasadnienia postanowienia na czas do siedmiu dni (art. 98 § 2 k.p.k.). W tym przypadku termin do siedmiu dni ma charakter instrukcyjny, ponieważ ustawodawca nie ustanowił żadnych konsekwencji procesowych jego przekroczenia. Zgodnie z art. 100 § 4 k.p.k. postanowienie, od którego przysługuje środek odwoławczy, doręcza się podmiotom uprawnionym do wniesienia tego środka. Na podstawie art. 465 § 2 k.p.k. na postanowienie prokuratora dotyczące zgody następczej, o której mowa w art. 168b k.p.k., **przysługuje organowi Policji zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy**. Właściwy do rozpoznania zażalenia na postanowienie prokuratora o **niewyrażeniu** zgody następczej, o której mowa w art. 168b k.p.k., jest sąd właściwy rzeczowo do rozpoznania sprawy (art. 329 § 1 k.p.k.)” (*ibidem*).

Co do właściwości rzeczowej i miejscowej jednostki prokuratury w zakresie podejmowania decyzji, o której mowa w art. 168b k.p.k., J. Kudła zauważył, iż „[w] związku z wprowadzeniem art. 168b do kodeksu postępowania karnego w przypadku zgody następczej zmienia się w stosunku do poprzedniego stanu prawnego właściwość rzeczowa jednostki prokuratury co do wyrażania zgody następczej. Zatem w poprzednim stanie prawnym na podstawie art. 19 ust. 15c ustawy o Policji wnioskować do sądu o zgodę następczą mógł **wyłącznie prokurator**, o którym mowa w ustawie o Policji, czyli Prokurator Generalny lub prokurator okręgowy. W obecnym stanie prawnym decyzję o tzw. zgodzie

następczej z art. 168b k.p.k. podejmuje prokurator określony w ustawie procesowej. Naturalnie, w dalszym ciągu właściwym do wyrażania zgody następczej jest Prokurator Generalny lub prokurator okręgowy, jednak (...) **postępowanie przygotowawcze może prowadzić każdy prokurator**, niezależnie od tego, jaki sąd jest właściwy rzeczowo do rozpoznania sprawy. Do ustalania właściwości rzeczowej i miejscowej udziału prokuratora w postępowaniu przygotowawczym i przed sądem stosuje się rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (tekst jednolity – Dz. U. z 2017 r., poz. 1206, dalej: regulamin – przyp. wł.). Na podstawie m.in. § 59 regulaminu to kierownicy jednostek dokonują podziału czynności podległych im prokuratorów, określając zakres i rodzaj wykonywanych przez nich zadań. Właściwość prokuratora oznacza zakres jego czynności w jednostce organizacyjnej prokuratury, do której został powołany i została określona w regulaminie w § 2. Natomiast do określenia właściwości miejscowej **jednostki** stosuje się odpowiednio przepisy art. 31–34 k.p.k. a także przepisy § 113–115 regulaminu, o którym mowa. Należy zaznaczyć, że w przypadku wyrażania zgody następczej na podstawie art. 168b k.p.k. oprócz powyższych podstaw prawnych związanych z jej wyrażeniem ważne jest, aby decyzję o zgodzie następczej podejmował prokurator prowadzący sprawę, który wyrażał wcześniej zgodę na <bazową> kontrolę operacyjną na podstawie art. 19 ust. 1 lub art. 19 ust. 3 ustawy o Policji (w procedurze wnioskowania do sądu), dobrze znający materiały z kontroli operacyjnej (**art. 31–34 k.p.k.**)” [*ibidem*].

Na koniec swoich rozważań J. Kudła podkreślił znaczenie, jakie dla realizacji zasady legalizmu ma instytucja określona w art. 168b k.p.k. W tym fragmencie komentarza do tego przepisu J. Kudła przypomniał, że „[z]naczną część doktryny prawniczej, szczególnie po ukazaniu się postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, LEX nr 259799,

wielokrotnie wskazywała na istotne znaczenie zasady legalizmu podczas stosowania kontroli operacyjnej. **Oddziaływanie tej zasady wziął pod uwagę racjonalny ustawodawca, określając nowe kryteria stosowania zgody następczej na kontrolę operacyjną na podstawie art. 168b k.p.k.** Zatem zasada legalizmu pozwala na rozszerzenie przedmiotowego zakresu zgody następczej w obecnym stanie prawnym o wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu, po spełnieniu warunków określonych w art. 168b k.p.k. Jest to pewien przejaw zachowania proporcji pomiędzy gwarancjami praw podstawowych przysługujących jednostce na podstawie Konstytucji a zapewnieniem jej bezpieczeństwa (podkr. wł.). W obecnym stanie prawnym dla potrzeb stosowania podsłuchu, zatem zarówno kontroli operacyjnej, jak i kontroli i utrwalania rozmów, proporcja ta została zachowana, bowiem na podstawie art. 10 § 1 k.p.k. organ powołany do ścigania przestępstw jest obowiązany do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, a oskarżyciel publiczny także do wniesienia i popierania oskarżenia – **o czyn ścigany z urzędu**. Zatem zgodnie z przepisem art. 10 § 2 k.p.k., z wyjątkiem wypadków określonych w ustawie lub w prawie międzynarodowym, **nikt nie może być zwolniony od odpowiedzialności za popełnione przestępstwo**, co stanowi istotę zasady legalizmu. Stąd każdy organ powołany do ścigania przestępstw jest zobowiązany w przypadku uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego (art. 298 § 1 k.p.k.). [...] Do najistotniejszych wymienionych w doktrynie prawniczej przesłanek pozwalających na pełne sprecyzowanie zasady legalizmu należy zaliczyć te, które pozwalają określić, że:

- odnosi się ona do czynów ściganych z urzędu,
- jest skierowana do wszystkich organów ścigania i stanowi dyrektywę nakazującą organom procesowym bezwzględnie wszczynanie i kontynuowanie ścigania karnego, jeśli ściganie z urzędu jest prawnie dopuszczalne i faktycznie zasadne,

- art. 303 k.p.k. stanowi tzw. faktyczną zasadność ścigania (przepis art. 303 k.p.k. brzmi następująco: „Jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, wydaje się z urzędu lub na skutek zawiadomienia o przestępstwie postanowienie o wszczęciu śledztwa, w którym określa się czyn będący przedmiotem postępowania oraz jego kwalifikację prawną.” – przyp. wł.),
- zakres przedmiotowy zasady legalizmu w rozumieniu art. 10 § 1 k.p.k. dotyczy wszczęcia postępowania przygotowawczego, przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, wniesienia aktu oskarżenia do sądu, popierania aktu oskarżenia w sądzie,
- cel zasady legalizmu stanowi uniemożliwienie zwolnienia kogokolwiek od odpowiedzialności za popełnione przestępstwo,
- istnieje możliwość kontroli, czy poprzez stosowane środki zaskarżenia przestrzegana jest zasada legalizmu,
- akcentuje równość wszystkich obywateli wobec prawa,
- pozwala na ustalenie prawdy materialnej w rzetelnym procesie karnym,
- stanowi rangę zasady ustrojowej o znaczeniu podstawowym dla prawa i procesu karnego i determinuje cały model procesu karnego.

Wszystkie wyżej wymienione przesłanki determinują rozszerzenie zakresu przedmiotowego zgody następczej z art. 168b k.p.k., jak w obecnym stanie prawnym (podkr. wł.)” [ibidem].

J. Kudła, wskazując, że zasada legalizmu odnosi się do czynów ściganych z urzędu, powołał się na opracowanie T. Grzegorzcyka pod tytułem *Zasada ścigania przestępstw z urzędu*, (w:) P. Hofmański, P. Wiliński (red.), *System prawa karnego procesowego*, t. III cz. 1: *Zasady procesu karnego*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2014, s. 327 i n.

W tymże opracowaniu T. Grzegorzcyk, poza zacytowanym przez J. Kudłę stwierdzeniem, iż „[z]asada ścigania przestępstw z urzędu ma (...) ściśle powiązanie z obowiązującą w polskim procesie karnym zasadą legalizmu

(podkr. wł.), jako że to ta zasada lub przeciwna jej zasada oportunistyczna, uwzględniająca także celowość ścigania, rządzą w poszczególnych systemach prawnych podejmowaniem i kontynuowaniem ścigania karnego z urzędu”, wskazał, że „[ś]ciganie karne z urzędu w swej bezwarunkowej postaci to podejmowanie przez odpowiednie organy państwowe z własnej inicjatywy, czyli niezależnie od inicjatywy lub woli innego podmiotu, w tym pokrzywdzonego, a nawet wbrew woli takiego pokrzywdzonego oraz przy jego nieistnieniu z uwagi na charakter przestępstwa, działań przewidzianych przez prawo, zmierzających do ustalenia zaistnienia przestępstwa, zabezpieczenia jego śladów i dowodów, ustalenia i ujęcia sprawcy oraz pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej, przez wystąpienie do sądu ze stosowną skargą (oskarżeniem) i popieranie tej skargi.

Zasada ścigania przestępstw z urzędu oznacza, że w sprawach o przestępstwa objęte takim trybem ścigania prawo nakazuje odpowiednim organom państwowym, aby niezależnie od źródła informacji dającej podstawę do podejrzenia, że mogło mieć miejsce takie zachowanie przestępne, i bez oczekiwania na reakcję podmiotu dotkniętego takim zachowaniem podjęły czynności zmierzające do realizacji ścigania karnego (podkr. wł.), a więc przede wszystkim ustalenia, czy rzeczywiście miało ono miejsce oraz czy ma cechy przestępstwa, a także zabezpieczenia jego śladów i dowodów oraz w zależności od ustaleń i z uwzględnieniem wymogów prawa prowadzenie następnie dalszych działań procesowych zmierzających do realizacji ścigania karnego.

Należy mieć tu na względzie, że ściganie z urzędu może występować w kilku odmianach. Poza bezwarunkowym takim ściganiem może występować – i występuje w różnych systemach prawnych – ściganie z urzędu, lecz na wniosek lub z urzędu, ale za zezwoleniem władzy (tak obecnie w Polsce) bądź na jej zarządzenie albo z jej upoważnienia. Tym samym poza pierwszymi czynnościami zabezpieczającymi dalsze ściganie z urzędu staje się niekiedy

uzależnione od dopełnienia dodatkowego warunku prawnego, legalizującego dopuszczalność jego kontynuowania bądź to nadal w sprawie o dane przestępstwo (*in rem*), bądź to już przeciwko określonej osobie (*in personam*).

Zasada ścigania przestępstw z urzędu oznacza zatem dyrektywę nakazującą organom ścigania karnego podejmowanie tego ścigania w sprawach objętych owym trybem ścigania i kontynuowanie go, jeżeli tylko spełnione są ku temu ustawowo określone warunki, którymi w systemach opartych na zasadzie legalizmu są:

- 1) faktyczna zasadność podejmowania ścigania, wyznaczana przez wymóg powstania podejrzenia zaistnienia przestępstwa, którego rzeczywiste zaistnienie trzeba zbadać już w postępowaniu. Jeżeli uzyskana informacja stwarza jedynie przypuszczenie, że możliwe jest, iż mogło mieć miejsce przestępstwo, powinna ona być sprawdzona pozaprosesowo działaniami operacyjnymi i dopiero gdy w ich wyniku pojawi się podejrzenie popełnienia przestępstwa, należy podjąć ściganie w drodze procesowej. Jeżeli w toku realizowania czynności ścigania owo podejrzenie upada (np. badania znalezionych w lesie zwłok wskazują, iż śmierć miała charakter naturalny), powinno to prowadzić do rezygnacji z dalszego ścigania. Z kolei dla występowania z aktem oskarżenia lub jego surogatem w celu pociągnięcia danej osoby do odpowiedzialności karnej owo początkowe podejrzenie powinno, na podstawie przeprowadzonych dowodów, przekształcić się w przekonanie organu ścigania o zasadności takiego wystąpienia;
- 2) prawna dopuszczalność ścigania, a więc brak przeszkód prawnych:
 - a) do podejmowania ścigania, które wystąpią, gdy np. czyn, o którym doniesiono, miał miejsce w takim czasie od zawiadomienia, że jego karalność uległa już przedawnieniu lub jest przestępstwem ściganym, ale skargą prywatną albo stanowi wykroczenie, a nie przestępstwo, a to podlega ściganiu w innym trybie lub

b) do jego kontynuowania:

- jeszcze *in rem* (np. już w tej fazie postępowania doszło do przedawnienia karalności czynu, co wyklucza w ogóle ściganie także ustalonej już osoby podejrzanej, albo okazało się, że określone zachowanie nie wypełnia jednak znamion przestępstwa) bądź
- dla przejścia w fazę *in personam*, wobec określonej osoby, jawiącej się jako możliwy podejrzany o rzeczywiście zaistniałe przestępstwo (np. nie uzyskano wymaganego zezwolenia władzy albo przy ujawnionej potrzebie wniosku o ściganie nie uzyskano takiego wniosku) albo
- dla wystąpienia z aktem oskarżenia (np. podejrzany zmarł w toku postępowania przygotowawczego, doszło do przedawnienia karalności zarzuconego mu czynu lub ustalono, że z uwagi na swą znikomą szkodliwość społeczną nie stanowi on przestępstwa albo że jest to czyn, za który sprawca nie podlega karze)” [*ibidem*, s. 332–334].

Warto dodać, że, wypowiadając się odnośnie do sformułowanej „wyraźnie” w art. 10 k.p.k. zasady legalizmu, T. Grzegorzcyk przypomniał, iż „[p]rzepis ten przewiduje, że organ powołany do ścigania przestępstw jest obowiązany do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, a oskarżyciel publiczny także do wniesienia i popierania oskarżenia, o czyn ścigany z urzędu (§ 1) oraz że z wyjątkiem wypadków określonych w ustawie lub w prawie międzynarodowym nikt nie może być zwolniony od odpowiedzialności za popełnione przestępstwo (§ 2)”, po czym wskazał, że **„[n]akaz ścigania, w tym i oskarżania, wyrażony w § 1 jest tu środkiem do realizacji wyrażonej w § 2 zasady równości wszystkich wobec prawa – tu w obliczu prawa karnego – która jest jednym z elementów idei państwa prawnego (podkr. wł.).** Nakaz działania z urzędu odnoszony jest przy tym do wszystkich organów procesowych, a więc także do sądu. Dla organów ścigania obowiązek określony w § 1 jest natomiast konkretyzacją sposobu realizowania wymogu z § 2, służąc

zaspokajaniu poczucia sprawiedliwości. **Wskazuje się przy tym, że legalizm nie tylko eliminuje dowolność czy wręcz samowolę w działaniu organów ścigania, lecz także ma uodpornić je na naciski z zewnątrz i wyeliminować nieformalne pozaustawowe <immunitety> (podkr. wł.).**

(...) legalizm oznacza nakaz podjęcia i kontynuowania ścigania, jeżeli tylko jest ono faktycznie zasadne i prawnie dopuszczalne.

Faktyczna zasadność wiąże się z istnieniem wiarygodnych danych stwarzających początkowo, dla samego wszczęcia postępowania przygotowawczego (art. 303 k.p.k.), uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. Ściganie przeto nie jest dopuszczalne dopóty, dopóki podejrzenie takie nie istnieje. W wypadku zawiadomienia o przestępstwie jest w związku z tym możliwe dokonanie czynności sprawdzających (art. 307 k.p.k.), w tym zwłaszcza przesłuchania zawiadamiającego jako świadka. Możliwe jest też podjęcie działań operacyjnych przez policję dla sprawdzenia faktów podanych w zawiadomieniu i ustalenia, czy stwarzają one zasadne podejrzenie zaistnienia czynu, który można zakwalifikować z określonego przepisu prawa karnego, jako że postanowienie o wszczęciu wymaga już wskazania naruszonego przepisu (art. 303 k.p.k.). Jeżeli w ciągu 30 dni nie ustalono, aby zachodziło takie podejrzenie, należy odmówić wszczęcia dochodzenia lub śledztwa. **Informacje inne niż zawiadomienie powinny być sprawdzone w trybie operacyjnym, pozaprocesowym, ale nie ma tu już ograniczenia żadnym ustawowym terminem. Gdyby dały one wynik negatywny, nie podejmuje się formalnie żadnej decyzji procesowej, lecz nie podejmuje się też ścigania (podkr. wł.)**” [*ibidem*, s. 406–407].

W fazie postępowania karnego – po jego wszczęciu – odpowiednikiem art. 168b k.p.k. jest art. 237a k.p.k., który, dla przypomnienia, stanowi, że jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej (zakres tej kontroli wyznaczają art. 237 § 1 k.p.k.

i art. 241 k.p.k.) uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli albo przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.

Komentując art. 237a k.p.k., K. T. Boratyńska zwróciła uwagę na to, że ustawodawca od dnia 15 kwietnia 2016 r. (w tym dniu – co należy przypomnieć – weszła w życie ustawa zmieniająca z dnia 11 marca 2016 r.) w bardzo istotny sposób zmienił instytucję, która poprzednio funkcjonowała jako „zgoda następcza”. O ile bowiem „zgoda następcza” odnosiła się „do sytuacji, w których następowało poszerzenie przedmiotowe, a więc dotyczyła zatwierdzenia uzyskanych materiałów co do przestępstw z art. 237 § 3 popełnionych przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, ale innych niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, albo poszerzenie podmiotowe, czyli przestępstwo z art. 237 § 3 popełnione przez inną osobę niż ta, wobec której stosowana była kontrola”, zaś „[w]ykorzystanie dowodowe tak uzyskanych materiałów było uzależnione od uzyskania zgody następczej od sądu”, to obecnie ustawodawca:

„Po pierwsze, dopuścił możliwość zaliczenia w poczet materiału dowodowego wyników kontroli i utrwalania rozmów, gdzie uzyskano dowody popełnienia innych przestępstw ściganych z urzędu niż wskazanych w katalogu z art. 237 § 3 oraz przestępstw skarbowych.

Po drugie odstąpił od instytucji zgody następczej, równoległe przekazując prokuratorowi kompetencje w zakresie podjęcia decyzji w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.

Po trzecie, odstąpienie od zgody następczej spowodowało również rezygnację z terminów odnoszących się do uzyskania zgody następczej. W poprzedniej wersji przepisu prokurator w czasie trwania kontroli albo nie

później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia jej zakończenia mógł wystąpić do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na jego wykorzystanie (wykorzystanie dowodu – przyp. wł.) w postępowaniu karnym. Użyty w art. 237a termin <nie później niż> w odniesieniu do terminu 2-miesięcznego oznaczał, że termin ten miał charakter stanowczy. Po jego upływie wystąpienie z wnioskiem o wyrażenie zgody następczej było niedopuszczalne” (komentarz K. T. Boratyńskiej do art. 237a k.p.k., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. A. Sakowicza, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2016, s. 586).

W ocenie K. T. Boratyńskiej, „[r]egulacja zawarta w art. 237a budzi wątpliwości z kilku względów. Pierwszy zarzut dotyczy rozszerzenia katalogu przestępstw, co do których można wykorzystać dowody uzyskane w wyniku kontroli i utrwalania rozmów. Stosując wykładnię literalną przepisu, należy stwierdzić, że dowody uzyskane w ramach tej czynności dotyczą innych przestępstw ściganych z urzędu, czyli nie tylko zawartych w art. 237 § 3, a nadto przestępstw skarbowych. W tym miejscu pojawia się pytanie, jak to rozwiązanie ma się do katalogu zawartego w art. 237 § 3, który ma charakter zamknięty, skoro obecne brzmienie art. 237a zezwala na wykorzystanie dowodów uzyskanych w ramach kontroli i utrwalania rozmów, ale niezawierających się w katalogu z art. 237 § 3, np. kradzież, rozbój itp. Należy zaznaczyć, że wprowadzenie katalogu zamkniętego miało charakter gwarancyjny ze względu na istotną ingerencję w prawa konstytucyjne, prawo do tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP), prawo do prywatności (art. 47 Konstytucji RP). [...].

Jeszcze większe wątpliwości budzi zlikwidowanie instytucji zgody następczej. W kontekście regulacji konstytucyjnych, jak również konwencyjnych – art. 6 EKPC (prawo do rzetelnego procesu) jest to bardzo dyskusyjne. W komentowanym przepisie ustawodawca posługuje się określeniem <prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym>, jednakże wątpliwości budzi termin <wykorzystania tego dowodu

w postępowaniu karnym>. Trzeba zaznaczyć, że termin <decyzja w przedmiocie wykorzystania dowodu> odnosi się do etapu postępowania przygotowawczego, gdzie *dominus litis* jest prokurator. Oznacza to zatem, że sąd nie jest związany decyzją prokuratora w zakresie materiału dowodowego i może nie dopuścić dowodów wnioskowanych przez prokuratora.

Ponadto ustawodawca nie określa formy decyzji wskazanej w art. 237a, a więc czy jest to postanowienie, czy też zarządzenie. Wydaje się jednak, że w zakresie zaliczenia wyników uzyskanych z kontroli i utrwalania rozmów do materiału dowodowego na etapie postępowania przygotowawczego właściwe będzie postanowienie prokuratora.

Kolejna kwestia to wspomniana wcześniej rezygnacja z terminów, które występowały przy zgodzie następczej i obligowały prokuratora do wnioskowania o rzeczoną zgodę w konkretnym czasie. Oznacza to, że obecnie prokurator będzie mógł podjąć przedmiotową decyzję bez ograniczenia terminowego. Jednakże powinno to nastąpić jeszcze przed zakończeniem postępowania przygotowawczego, gdyż po zakończeniu prokurator winien już wystąpić z wnioskiem do sądu o zarządzenie zniszczenia zbędnych dla sprawy zapisów rozmów, gdyż zgodnie z art. 238 § 4 po zakończeniu postępowania przygotowawczego prokurator wnosi o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów w części, w jakiej nie mają znaczenia dla postępowania karnego, w którym zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych, oraz nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 237a” (*ibidem*, s. 586–587).

Krytycznie wobec art. 237a k.p.k. wypowiedział się też K. Eichstaedt (*vide* – komentarz K. Eichstaedta do art. 237a k.p.k., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Tom I, pod red. D. Świeckiego, Wydawnictwo a Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 842–843].

Nie można nie dostrzegać, iż art. 237a k.p.k., w brzmieniu nadanym temu przepisowi przez ustawę zmieniającą z dnia 11 marca 2016 r., **jest tożsamy treściowo z art. 168b k.p.k.**, wprowadzonym mocą tej samej ustawy zmieniającej **jako przepis nowy**. Można więc, co do zasady, przyjąć, że w zakresie art. 237a k.p.k. aktualne pozostają, zarówno zawarte we wcześniejszym fragmencie niniejszego stanowiska, a formułowane przez M. G. Węglowskiego, A. Lacha, B. Sitkiewicza i A. Skowrona, wątpliwości związane z treścią wydanych (w stanie prawnym obowiązującym do dnia 14 kwietnia 2016 r.): postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., w sprawie o sygn. akt I KZP 6/07, oraz uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2011 r., w sprawie o sygn. akt I KZP 32/10, jak i – odnoszone już wprost do art. 168b k.p.k. – uwagi J. Kudły, aprobowane przyjęte w tym przepisie rozwiązanie.

Jako wzorce kontroli art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. Rzecznik Praw Obywatelskich wymienił art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Treść tych wzorców kontroli została szczegółowo opisana przez RPO w uzasadnieniu wniosku, z powołaniem tamże licznego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, nie ma zatem potrzeby treści tej ponownie przytaczać (konieczne będzie tylko uzupełnienie wypowiedzi Rzecznika odnoszącej się do wzorca kontroli z art. 51 ust. 4 Konstytucji, o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska).

Niezgodności art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. z art. 47, art. 49, art. 50 oraz art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzecznik Praw Obywatelskich upatruje w dwóch aspektach – merytorycznym i proceduralnym.

W aspekcie merytorycznym Rzecznik kwestionuje gromadzenie (zachowanie), a następnie wykorzystanie w postępowaniu karnym uzyskanych

w wyniku kontroli operacyjnej dowodów popełnienia przez osobę objętą (i nieobjętą) zarządzeniem sądu o tej kontroli każdego przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego (ściganego z urzędu) oraz każdego przestępstwa skarbowego, zatem dowodów popełnienia takiego przestępstwa, którego zarządzenie sądu nie dotyczy. Dodatkowo należy przyjąć, chociaż z uzasadnienia wniosku w sposób jednoznaczny to nie wynika, iż Rzecznik kwestionuje również możliwość wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów popełnienia przestępstw (ściganych z urzędu i skarbowych) popełnionych przez osobę (osoby) nieobjętą zarządzeniem sądu o kontroli operacyjnej.

Zdaniem Rzecznika, wprowadzenie w zaskarżonych przepisach nieograniczonego katalogu przestępstw ściganych z urzędu oraz przestępstw skarbowych powoduje, że wynikające z istoty kontroli operacyjnej ograniczenia wymienionych w art. 47, art. 49, art. 50 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji praw i wolności jednostki nie spełniają, określonego w art. 31 ust. 3 Konstytucji, standardu proporcjonalności. Rzecznik argumentuje, że skoro wprowadzone ograniczenia nie dotyczą tylko najpoważniejszych przestępstw, to nie są one konieczne w demokratycznym państwie prawnym („celowość i przydatność zastosowanego w tym zakresie rozwiązania nie wystarcza dla uznania go za rozwiązanie konieczne”).

Z kolei w aspekcie proceduralnym Wnioskodawca zarzuca zaskarżonym regulacjom niedostatek treściowy polegający na braku wskazania jakichkolwiek ram czasowych określających maksymalne terminy, przed upływem których prokurator byłby zobowiązany podejmować decyzję w przedmiocie procesowego wykorzystania uzyskanych dowodów.

Niezgodności art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. z art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzecznik Praw Obywatelskich upatruje natomiast:

- po pierwsze, w możliwości wykorzystania w postępowaniu karnym informacji o osobie uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, a wykraczających

poza przedmiotowy zakres tej kontroli, na co, zdaniem Wnioskodawcy, nie zezwala art. 51 ust. 4 Konstytucji, ponieważ deklarowany przez ustawodawcę cel kontroli operacyjnej nie pokrywa się z celem, w jakim są gromadzone, a następnie mogą zostać wykorzystane materiały uzyskane w wyniku tej kontroli;

- po drugie, w braku wystarczających gwarancji proceduralnych wymaganych dla ochrony praw i wolności określonych w art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 Konstytucji, co, zdaniem Wnioskodawcy, wynika z wyposażenia prokuratora, a nie – jak wedle Rzecznika być powinno – sądu, w kompetencję do rozstrzygnięcia o dopuszczeniu w postępowaniu karnym dowodów, o których mowa w zaskarżonych przepisach.

Przed przejściem do rozważań merytorycznych konieczne wydaje się doprecyzowanie treści wzorca kontroli z art. 51 ust. 4 Konstytucji.

Konieczność taka wynika bowiem z uzasadnienia wniosku, w którym Rzecznik Praw Obywatelskich, obszernie cytując poglądy Trybunału Konstytucyjnego co do zawartości normatywnej art. 51 ust. 4 Konstytucji, sformułowane w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt K 32/04, jednocześnie podniósł, że „[z] punktu widzenia treści przepisów art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. problem konstytucyjny dotyczy tego, czy w świetle art. 51 ust. 4 Konstytucji RP materiały uzyskane przez organy władzy publicznej w wyniku inwigilacji podjętej zgodnie z ustawą, można następnie gromadzić i ewentualnie wykorzystywać w innym celu niż pierwotny cel ich uzyskania. Skoro poszczególne służby mogą w sposób niejawni pozyskiwać informacje o przestępstwach ściganych z oskarżenia publicznego lub przestępstwach skarbowych, w stosunku do których można zarządzić kontrolę operacyjną, **to w świetle art. 51 ust. 4 Konstytucji RP nie mogą gromadzić informacji o osobie wykraczających poza tak określony zakres** (podkr. wł.). W szczególności informacje te nie mogą zostać wykorzystane w postępowaniu karnym dotyczącym popełnienia przestępstwa wykraczającego poza określony

przez ustawodawcę przedmiotowo zakres kontroli operacyjnej. Rozwiązania przyjęte w art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. prowadzą do tego, że deklarowany przez ustawodawcę cel kontroli operacyjnej nie pokrywa się z celem, w jakim mogą zostać wykorzystane materiały uzyskane w wyniku tej kontroli” (uzasadnienie wniosku, s. 18–19).

Problem w tym, że przepis art. 51 ust. 4 Konstytucji wcale nie ogranicza przedmiotowego zakresu informacji o osobie, które mogą być gromadzone w trybie kontroli operacyjnej (niejawnie) i, następnie, wykorzystane w postępowaniu karnym.

W art. 51 ust. 4 Konstytucji „w rygorystyczny sposób (nieprzewidujący ewentualnych odstępstw w ustawie zwykłej) **unormowano prawo podmiotowe do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych oraz zebranych w sposób sprzeczny z ustawą** (podkr. wł.). W przepisie tym położono nacisk na brak legalności występujący w momencie zbierania materiałów operacyjnych. **Literalne brzmienie tego przepisu umieszczonego w Konstytucji wskazuje, że nacisk położono tu na sposób, w jaki zbierano materiały (a nie na kwestię ich wykorzystania w ewentualnym innym procesie, czemu ma służyć zachowanie zbioru)** [podkr. wł.]” (postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 stycznia 2006 r., w sprawie o sygn. akt S 2/06, OTK ZU seria A nr 1/2006, poz. 13, które, w cytowanym fragmencie, w istocie stanowi powtórzenie uzasadnienia wyroku Trybunału w sprawie o sygn. akt K 32/04, *op. cit.*).

Tak więc art. 51 ust. 4 Konstytucji nie gwarantuje tego, co z treści tego przepisu jako gwarancję odczytuje Rzecznik, a mianowicie, aby cel uzyskania i gromadzenia dowodów, określony w chwili podjęcia kontroli operacyjnej, był tożsamy z celem ich ewentualnego wykorzystania w postępowaniu karnym. Przepis ten osobie zainteresowanej gwarantuje (tylko) możliwość ubiegania się o sprostowanie oraz usunięcie dotyczących tej osoby informacji nieprawdziwych, niepełnych oraz zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.

Rzecznik niezgodności art. 168b i art. 237a k.p.k. z art. 51 ust. 4 Konstytucji w sposób przez siebie opisany we wniosku upatruje zatem w treści art. 51 ust. 4 Konstytucji, której ten wzorzec kontroli w istocie nie zawiera.

Należy w tej sytuacji stwierdzić, że art. 51 ust. 4 Konstytucji nie jest adekwatnym wzorcem kontroli w niniejszej sprawie, co jednocześnie oznacza, że przepisy art. 168b i art. 237a k.p.k. nie są niezgodne z tymże wzorcem.

Badanie zgodności art. 168b i art. 237a k.p.k. z pozostałymi wzorcami konstytucyjnej kontroli należy rozpocząć od odkodowania treści zaskarżonych przepisów.

Celem obu tych unormowań jest zachowanie i wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów popełnienia każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub każdego przestępstwa skarbowego popełnionego przez każdą osobę (objętą bądź nieobjętą zarządzeniem kontroli).

Inaczej mówiąc, celem analizowanych regulacji jest **niedopuszczenie do zniszczenia (bądź utraty)** dowodów popełnienia przez określoną osobę konkretnego przestępstwa ściganego z urzędu lub dowodów popełnienia przez określoną osobę konkretnego przestępstwa skarbowego, które to zniszczenie nastąpiłoby tylko dlatego, że ani tej osoby, ani tego przestępstwa wydane przez sąd **zarządzenie kontroli operacyjnej (bazowe) nie obejmuje**.

Wiadomo, że dowody owych „nowych” przestępstw są **uzyskiwane (ujawniane) przypadkowo** (przy okazji kontroli zarządzanej przez sąd co do konkretnej osoby [osób] oraz co do konkretnego „katalogowego” przestępstwa [przestępstw]). Ani organ wnioskujący o kontrolę, ani też zarządzający kontrolę sąd na etapie podejmowania decyzji w tym przedmiocie nie są w stanie przewidzieć, czy w trakcie kontroli zostanie (może zostać) ujawnione jakiś inne (dodatkowe) przestępstwo ponad to, którego kontrola ma dotyczyć, popełnione przez osobą, która ma być objęta wydanym zarządzeniem, albo przez osobę trzecią (której wniosek o podjęcie kontroli w ogóle nie dotyczy). Z istoty kontroli

operacyjnej (główną cechą i zarazem zaletą takiej kontroli jest jej niejawnosc wobec osób nią objętych) wynika jednak prawdopodobieństwo ujawnienia tego rodzaju dowodów.

Ważne jest przy tym to, że na podstawie zaskarżonych przepisów w postępowaniu karnym można wykorzystać – po ich przypadkowym ujawnieniu – **wyłącznie** dowody popełnienia przestępstw ściganych z urzędu lub dowody popełnienia przestępstw skarbowych.

Dla przypomnienia (*vide* – cytowana wcześniej wypowiedź T. Grzegorzcyka) – zasada ścigania przestępstw z urzędu oznacza, że w sprawach o przestępstwa objęte takim trybem ścigania prawo nakazuje odpowiednim organom państwowym, aby **niezależnie od źródła informacji dającej podstawę do podejrzenia, że mogło mieć miejsce takie zachowanie przestępne**, i bez oczekiwania na reakcję podmiotu dotkniętego takim zachowaniem podjęły czynności zmierzające do realizacji ścigania karnego.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że zasada legalizmu dotyczy wszystkich przestępstw skarbowych, które wszak *in toto* objęte są trybem ścigania z urzędu („pokrzywdzony” nie występuje na gruncie tego typu czynów, jako że godzą one w porządek finansowy, a nie w czyjekolwiek indywidualne dobro prawne, *vide* – art. 117 § 1 k.k.s. w związku z art. 113 § 1 pkt 2 k.k.s.).

Wymaga podkreślenia (na co również zwraca uwagę T. Grzegorzcyk), że zasada ścigania przestępstw z urzędu ma ścisłe powiązanie z obowiązującą w polskim procesie karnym zasadą legalizmu, zgodnie z którą organ powołany do ścigania przestępstw jest obowiązany do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, a oskarżyciel publiczny – także do wniesienia i popierania oskarżenia, o czyn ścigany z urzędu oraz że, z wyjątkiem wypadków określonych w ustawie lub w prawie międzynarodowym, nikt nie może być zwolniony od odpowiedzialności za popełnione przestępstwo (art. 10 § 1 i 2 k.p.k.

i – zachowujący ten wymóg w procedurze karnej skarbowej – przepis art. 113 k.k.s.).

T. Grzegorzcyk, co również wymaga przypomnienia, zwrócił ponadto uwagę, że nakaz ścigania, w tym i oskarżania, wyrażony w art. 10 § 1 k.p.k., jest środkiem do realizacji wyrażonej w § 2 w art. 10 k.p.k. zasady równości wszystkich wobec prawa, która **jest jednym z elementów idei państwa prawnego**, oraz wskazał, iż legalizm nie tylko eliminuje dowolność czy wręcz samowolę w działaniu organów ścigania, lecz także ma uodpornić je na naciski z zewnątrz i wyeliminować nieformalne, pozaustawowe „immunitety”.

Z perspektywy dyrektywy zawartej w art. 10 k.p.k. trudno nie zaakceptować tezy J. Kudły, że na rozszerzenie w obecnym stanie prawnym możliwości wykorzystania dowodów pozyskanych w toku kontroli operacyjnej na postępowania karne dotyczące wszystkich przestępstw ściganych z urzędu (odpowiednio – postępowania karne skarbowe dotyczące wszelkich przestępstw skarbowych), po spełnieniu warunków określonych w art. 168b k.p.k. (analogicznie – warunków określonych w art. 237a k.p.k.), **pozwala zasada legalizmu**, ponieważ jest to „pewien przejaw” zachowania proporcji pomiędzy gwarancjami praw podstawowych przysługujących jednostce na podstawie Konstytucji a zapewnieniem jej bezpieczeństwa oraz – co należy dodać – zagwarantowaniem przez władze państwowe porządku publicznego.

Wydaje się zarazem, że zasada legalizmu **nie tylko pozwala** na rozszerzenie zakresu możliwości wykorzystania dowodów pozyskanych w toku kontroli operacyjnej, realizowane przez przepisy art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k., **ale wręcz rozszerzenie takie wymusza**. Wszak „organ powołany do ścigania przestępstw” **jest obowiązany** do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego o każdy czyn ścigany z urzędu.

Jeżeli zatem organ prowadzący kontrolę operacyjną, analizując na bieżąco uzyskiwane w tym trybie (niejawnie) materiały, dostrzeże w nich, na przykład, dowód przestępstwa ściganego z urzędu (przestępstwa skarbowego), innego niż określone w wydanym przez sąd zarządzeniu o kontroli, popełnionego przez osobę wskazaną w tym zarządzeniu, a następnie przekaże ten dowód, czyniąc to – aby nie narazić się na zarzut niedopełnienia obowiązków służbowych – niezwłocznie, prokuratorowi, to tenże prokurator, aby również nie narazić się na zarzut niedopełnienia obowiązków służbowych, **musi sprawdzić**, czy przekazany dowód rzeczywiście potwierdza popełnienie przez wskazaną osobę przestępstwa ściganego z urzędu (przestępstwa skarbowego) innego niż określone w zarządzeniu sądu o kontroli operacyjnej, a jeżeli tak się w istocie okaże, **musi przeprowadzić** (zlecić przeprowadzenie) czynności zmierzających do procesowego utrwalenia tego dowodu na użytek postępowania, w którym doszło do zarządzenia kontroli operacyjnej, albo zainicjować na podstawie tego dowodu (i – ewentualnie – innego materiału dowodowego) odrębne (nowe) postępowanie karne.

Podobnie prokurator, któremu, po zakończonej kontroli operacyjnej, przekazano materiały zgromadzone w czasie trwania tej kontroli, musi je przeanalizować także pod takim kątem, czy oprócz przestępstwa i osoby, co do których zarządzono kontrolę, w przekazanych materiałach znajdują się dowody innych, także „pozakatalogowych”, przestępstw ściganych z urzędu (przestępstw skarbowych), popełnionych przez osoby objęte bądź nieobjęte zarządzeniem sądu.

Zarazem, skoro zasada legalizmu zakazuje pomijania (tym bardziej niszczenia) przez „organy powołane do ścigania przestępstw” dowodów popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa ściganego z urzędu (jakiegokolwiek przestępstwa skarbowego), to jest oczywiste, że po stronie osób objętych kontrolą operacyjną nie może istnieć prawo podmiotowe do prowadzenia przeciwko nim postępowania karnego wyłącznie o te, ujawnione w toku zarządzanej przez sąd

kontroli operacyjnej, przestępstwa ścigane z urzędu (przestępstwa skarbowe), które zostały objęte wydanym zarządzeniem. Podobnie, po stronie osób nieobjętych zarządzeniem kontroli operacyjnej nie może istnieć prawo podmiotowe do nieprowadzenia postępowania o ujawnione w toku tej kontroli przestępstwa ścigane z urzędu (przestępstwa skarbowe) z powodu nieobjęcia ich tym zarządzeniem.

Trafne są w związku z tym przedstawione wcześniej uwagi M. G. Węglowskiego, że celem procedury zastosowania kontroli operacyjnej nie może być **ochrona sprawców szerokiej grupy przestępstw „pozakatalogowych”** (przestępstw nieobjętych katalogami, zawartymi w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji oraz w analogicznych regulacjach w innych ustawach, dopuszczających kontrolę operacyjną).

Biorąc pod uwagę wnioski wynikające z obowiązującej w polskim procesie karnym zasady legalizmu, nie sposób także nie zaakceptować, cytowanej wcześniej, tezy A. Lacha i B. Sitkiewicza, że wykorzystywanie w postępowaniu karnym wszelkich materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej **jest możliwe bez następczej zgody sądu**. Za decydujące o tym Autorzy ci uznali względy celowościowe, wychodząc z założenia, że wprowadzenie czynności kontroli operacyjnej podejmowana jest w celu odnoszącym się do konkretnego czynu, ale wszelkie informacje pozyskane w drodze tej kontroli, przeprowadzonej wszak za uprzednią zgodą sądu okręgowego, w tym również wszelkie „przypadkowe ujawnienia”, zostały uzyskane legalnie.

Teza ta, choć została sformułowana w stanie prawnym obowiązującym przed dniem 15 kwietnia 2016 r. (*vide* – glosa A. Lacha i B. Sitkiewicza do postanowienia Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt I KZP 6/07), to po dniu 15 kwietnia 2016 r. nie straciła ona na aktualności, tym bardziej że obecnie znajduje swoje (dodatkowe) potwierdzenie w brzmieniu art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k., przy jednoczesnym braku przepisów dotyczących tej materii w ustawach

szczególnych dopuszczających kontrolę operacyjną (*vide* – końcowa uwaga M. Kurowskiego do art. 168b k.p.k., cytowana na s. 20 niniejszego stanowiska).

Biorąc to wszystko pod uwagę, można więc wyrazić pogląd, że obecnie o legalności pozyskania informacji (dowodów) w drodze kontroli operacyjnej przesądza legalność zarządzenia przez sąd tej kontroli, zaś prokurator, rozstrzygając o losie pojawiających się w materiałach operacyjnych „przypadkowych ujawnień”, respektuje zasadę legalizmu, którą jest związany.

Odnosnie do formy decyzji prokuratora, o której mowa w art. 168b k.p.k., podkreślić trzeba, iż konstrukcja przepisu art. 168b k.p.k., w którego treści nie określono formy owej decyzji, a w szczególności nie wskazano, że decyzja ta zapada w formie postanowienia, uzasadnia pogląd o dopuszczalności wyrażenia treści tejże decyzji w formie zarządzenia. Należy bowiem mieć na uwadze, iż, jeżeli ustawodawca chce przesądzić o wymogu nadania decyzji procesowej formy postanowienia, wyraża to *expressis verbis*. Przykładem są przepisy takie jak art. 126 § 2 k.p.k., stanowiący, że „[w] kwestii przywrócenia terminu orzeka postanowieniem organ, przed którym należało dokonać czynności”, art. 170 § 3 k.p.k., wskazujący, iż „[o]ddalenie wniosku dowodowego następuje w formie postanowienia”, lub art. 279 § 1 k.p.k., stwierdzający, że „[j]eżeli oskarżony, w stosunku do którego wydano postanowienie o tymczasowym aresztowaniu, ukrywa się, sąd lub prokurator może wydać postanowienie o poszukiwaniu go listem gończym”.

Wnioski wynikające z niewskazania przez ustawodawcę w treści przepisu wymogu nadania decyzji formy postanowienia, wsparte prakseologicznie uzasadnionym nakazem redukcji zbędnego formalizmu procesowego, uzasadniają pogląd, iż wystarczające będzie nadanie decyzji prokuratora podejmowanej na podstawie art. 168b k.p.k. (odpowiednio – także decyzji, o której mowa w art. 237a k.p.k.) formy zarządzenia.

Za podejmowaniem przez prokuratora decyzji opartej na art. 168b k.p.k. lub art. 237a k.p.k. w formie pisemnej przemawia fakt, iż może być ona zarówno decyzją pozytywną, jak i negatywną, a w wypadku decyzji o procesowym wykorzystaniu dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej może ograniczać się jedynie do części przekazanego materiału. Pisemne udokumentowanie decyzji podjętej przez prokuratora ma więc istotne znaczenie dla jednoznacznego ustalenia nie tylko treści tej decyzji, ale również – ewentualnie – jej zakresu.

Jednak nawet tylko faktyczne wyrażenie przez prokuratora – skutek lub w toku czynności procesowych, np. poprzez złożenie wniosku dowodowego o odtworzenie zarejestrowanego materiału lub oparcie na tym materiale wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania – decyzji w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej jest również wystarczające z punktu widzenia treści art. 168b k.p.k. Tym samym brak podstaw, aby kwestionować skuteczność stanowiska wyrażonego przez prokuratora także w ten konkludentny sposób, w szczególności w sytuacji, gdy, w kontekście składanych przez prokuratora wniosków lub dokonywanych czynności, nie ma wątpliwości co do zakresu dowodów pochodzących z kontroli operacyjnej, podlegających wykorzystaniu w postępowaniu karnym.

Do wydania tego rodzaju decyzji uprawniony jest prokurator określony w ustawie procesowej, a więc **każdy prokurator, który na podstawie regulaminu został uprawniony do prowadzenia konkretnego postępowania przygotowawczego** (§ 2 i § 59 regulaminu w związku z art. 31–34 k.p.k.).

Jednak, wbrew pogładowi J. Kudły, na decyzję prokuratora w przedmiocie zgody następczej **zażalenie nie przysługuje**. Tego rodzaju rozstrzygnięcie prokuratora nie może być zaskarżalne zarówno z tego powodu, iż nie zamyka ono drogi do wydania wyroku (art. 459 § 1 w związku z art. 465 § 1

i art. 466 § 1 k.p.k.), jak i dlatego, że zaskarżalność owego rozstrzygnięcia nie wynika wprost z ustawy (art. 458 § 2 w związku z art. 465 § 1 i art. 466 § 1 k.p.k.).

Należy przy tym podkreślić, że tego rodzaju decyzja prokuratora w każdym przypadku – także wtedy, gdy przybiera postać czynności konkludentnych – musi znajdować merytoryczne uzasadnienie, w szczególności koniecznością realizacji celów określonych w art. 297 k.p.k.

Odnosnie do „maksymalnego terminu” na podjęcie decyzji o zgodzie następczej, to Wnioskodawca nie ma racji, przekonując, iż w obowiązującym stanie prawnym termin taki nie został określony.

Tym „maksymalnym terminem” podjęcia przez prokuratora decyzji w przedmiocie zgody następczej jest – jeśli uwzględnić literalne brzmienie obu zakwestionowanych przez Wnioskodawcę przepisów Kodeksu postępowania karnego – **czas trwania postępowania w danej sprawie**, jako że zarówno w art. 168b, jak i w art. 237a k.p.k. zawarta została formuła, iż prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania pozyskanego dowodu **w postępowaniu karnym**, a więc bez ograniczenia tego uprawnienia prokuratora do określonego stadium owego postępowania. Należy mieć na uwadze, że możliwa jest sytuacja, kiedy to w toku kontroli operacyjnej prowadzonej w określonej sprawie pozyskane zostaną dowody istotne dla postępowania w sprawie, w której już skierowano akt oskarżenia do sądu. Mogą to być dowody zarówno na niekorzyść oskarżonego, jak i na jego korzyść, ewentualnie dowody wskazujące na konieczność objęcia aktem oskarżenia jeszcze innej osoby lub osób. Prokurator – związany zasadą legalizmu – nie będzie mógł tych dowodów zignorować. Będzie więc zmuszony podjąć decyzję w trybie art. 168b k.p.k. (lub – art. 237a k.p.k., jeśli jest to kontrola procesowa), aby tak wprowadzony do sprawy materiał dowodowy przedstawić sądowi. Trzeba przy tym pamiętać, że art. 168b i art. 237a k.p.k. zamieszczone są w dziale V Kodeksu postępowania karnego normującym problematykę dowodów w całym postępowaniu karnym.

Gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie określonego w kwestionowanych przepisach uprawnienia prokuratora do konkretnego stadium postępowania karnego, to uczyniłby to w treści owych przepisów. Ich właściwe odczytanie nie daje podstaw do wyprowadzania z analizowanych regulacji takiego ograniczenia, oczywiście z zachowaniem kompetencji sądu do oceny całości materiału dowodowego przedstawianego sądowi przez prokuratora.

Natomiast co do tego, w jakim czasie od chwili otrzymania materiałów z kontroli operacyjnej prokurator powinien podjąć decyzję w trybie art. 168b lub art. 237a k.p.k., celowe jest przyjęcie, że decyzję taką prokurator winien podjąć niezwłocznie po dokonaniu merytorycznej oceny waloru dowodowego przekazanych mu przez policję lub inną właściwą służbę materiałów z owej kontroli. **Przeciwdziałanie zbędnej zwłoce w tym zakresie ma znaczenie zarówno w wypadku decyzji pozytywnej – umożliwiając szybkie zainicjowanie postępowania karnego lub wprowadzenie uzyskanego dowodu do toczącego się postępowania, jak i w wypadku decyzji negatywnej – z uwagi na względy gwarancyjne i związany z nimi obowiązek niezwłocznego zniszczenia pochodzących z kontroli operacyjnej materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania** (*vide* na przykład – art. 19 ust. 17 ustawy o Policji).

Odpowiednikiem procedury określonej, między innymi, w art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, na gruncie Kodeksu postępowania karnego, w odniesieniu do kontroli operacyjnej, o której mowa w art. 237 k.p.k., jest procedura uregulowana (w dalszym ciągu) w przepisach art. 238 § 3–5 k.p.k., które brzmią następująco:

„§ 3. Prokurator po zakończeniu kontroli wnosi o zarządzenie zniszczenia wszystkich utrwalonych zapisów, jeżeli w całości nie mają znaczenia dla postępowania karnego. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku niezwłocznie, na posiedzeniu bez udziału stron.

§ 4. Po zakończeniu postępowania przygotowawczego prokurator wnosi o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów w części, w jakiej nie mają znaczenia dla postępowania karnego, w którym zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych, oraz nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 237a. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony.

§ 5. Z wnioskiem o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów, nie wcześniej niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego, może wystąpić także osoba wymieniona w art. 237 § 4. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony oraz wnioskodawca.”.

Biorąc pod uwagę, odkodowaną z uwzględnieniem otoczenia normatywnego, rzeczywistą treść art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k., w tym zwłaszcza cel, któremu oba te przepisy mają służyć, należy stwierdzić, że art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k., wbrew ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, **spełniają test proporcjonalności** ograniczeń praw i wolności jednostki, gwarantowanych w art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 Konstytucji.

Przede wszystkim nie jest trafny zasadniczy w tym zakresie argument Rzecznika, że w odniesieniu do tych przepisów zastosowanie mają „wytyczne” Trybunału Konstytucyjnego zawarte w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., w sprawie o sygn. akt K 23/11, gdzie Trybunał wskazał, iż „niejawne pozyskiwanie informacji o jednostkach w demokratycznym państwie prawa, za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest dopuszczalne jedynie w celu zapobiegania poważnym przestępstwom, ich ścigania i wykrywania” oraz że „[n]ieuprawniona jest (...), zdaniem Trybunału, teza, jakoby sama penalizacja jakiegoś czynu w ustawach karnych, a nawet zobowiązanie do jego ścigania na mocy umów międzynarodowych, były wystarczającymi przesłankami uznania go za poważny w stopniu uzasadniającym dopuszczalność niejawnego pozyskiwania informacji i dowodów za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, które

prowadzą do ingerencji w prywatność, tajemnicę komunikowania się czy autonomię informacyjną” (*op. cit.*).

Wszak w cytowanym fragmencie uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego nacisk położono na **dopuszczalność podjęcia** czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Trybunałowi Konstytucyjnemu nie chodziło więc o mechanizm – taki, z jakim mamy do czynienia w zaskarżonych przepisach – wykorzystania niektórych materiałów (dowodów) zebranych w wyniku prowadzonej już przez jakiś czas kontroli operacyjnej, lecz o warunki, jakie muszą zostać spełnione, aby w ogóle mogło dojść do czynności zbierania (uzyskiwania) tych materiałów w sposób niejawni przez uprawnione podmioty, zanim jeszcze owe materiały zostaną wykorzystane (ewentualnie) w postępowaniu karnym, **a zatem o warunki niezbędne do podjęcia kontroli operacyjnej.**

Podstawą zarządzenia (podjęcia) kontroli operacyjnej jest ściśle określony cel, a mianowicie: wykrycie, ustalenie sprawców, uzyskanie i utrwalenie dowodów umyślnych przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, a także zapobieganie im, przy czym katalog tych przestępstw został określony w sposób zamknięty.

Tymczasem celem, który mają realizować zaskarżone przepisy – regulacje rangi ustawowej, jest, o czym wcześniej była już mowa, zapobieżenie sytuacji, w której organy powołane do ścigania przestępstw, **wbrew zasadzie legalizmu**, musiałyby niszczyć dowody przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez osobę, wobec której kontrola operacyjna jest (była) stosowana, tylko z tego powodu, że przestępstwo to nie zostało objęte zarządzeniem sądu (ujawniono je **przypadkiem**, niejako przy okazji prowadzonej niejawnie kontroli), a także niszczyć dowody przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego tylko z tego powodu, że zostało ono popełnione przez inną osobę niż osoba objęta zarządzeniem sądu o kontroli operacyjnej

(w sytuacji, gdy tu również doszło do **przypadkowego** ujawnienia). Trzeba też uwzględnić fakt, że dowody uzyskane w warunkach opisanych w zakwestionowanych przepisach mogą przemawiać na korzyść osób już występujących w charakterze podejrzanych lub oskarżonych.

Doprowadzenie do wykrycia i ukarania sprawców przestępstw ściganych z urzędu (przestępstw skarbowych), godzących w prawa i wolności innych osób oraz w dobra wspólne, naruszających zasady, na jakich opiera się funkcjonowanie społeczeństwa, bez wątpienia stanowi wystarczające uzasadnienie dla konieczności ograniczenia praw i wolności jednostki, gwarantowanych w art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 Konstytucji, tym bardziej że zapewnienie bezpieczeństwa swoim obywatelom, w tym również obywatelom w ich wzajemnych relacjach, to jeden z podstawowych celów realizowanych przez państwo (*vide* – art. 5 Konstytucji), a bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, a także ochrona wolności i praw innych osób są wartościami uzasadniającymi ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. są zgodne z art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Nietrafne są również argumenty Rzecznika Praw Obywatelskich, które mają świadczyć o niezgodności art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Przede wszystkim prokurator, o czym wcześniej była mowa, nie decyduje o podjęciu kontroli operacyjnej, o określeniu jej podmiotowego i przedmiotowego zakresu ani o czasie jej trwania (nie przejmuje dotychczasowej kompetencji sądu). Ta decyzja w dalszym ciągu należy do sądu okręgowego.

Prokurator rozstrzyga wyłącznie o wykorzystaniu niektórych tylko materiałów pozyskanych podczas trwania legalnej kontroli operacyjnej (kontroli zarządzanej przez sąd), które zawierają dowody, o jakich mowa w zaskarżonych przepisach.

Dalej, jeżeli uznać za trafny (a nie ma powodów, aby tak nie uczynić) prezentowany w doktrynie (*vide* – rozważania A. Lacha i B. Sitkiewicza) pogląd, że wykorzystywanie w postępowaniu karnym wszelkich materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej **jest możliwe bez następczej zgody sądu**, to decyzja, o jakiej mowa w zaskarżonych przepisach, jawi się jako oczywista reakcja prokuratora na ujawniony (przypadkowo) fakt popełnienia przestępstwa, którego ścigania prokurator nie może odmówić.

Istotna zmiana co do rozstrzygnięcia w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów pozyskanych w toku kontroli operacyjnej, a wykraczających poza przedmiotowy lub podmiotowy zakres zarządzanej kontroli, będąca wynikiem wprowadzenia art. 168b k.p.k. i (w nowym brzmieniu) art. 237a k.p.k., nie oznacza, że prawo do sądu osób objętych dyspozycją tych przepisów zostało nadmiernie ograniczone. Nie może też być mowy o zamknięciu tym osobom sądowej drogi do dochodzenia naruszonych wolności i praw.

Wszak istotą rozstrzygnięć prokuratora wydawanych na podstawie art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. jest to, że **inicjują one, a nie finalizują postępowanie karne w zakresie wykorzystania dowodów, których wspomniane zgody prokuratora dotyczą.**

Wszystko to powoduje, że objęte tymi decyzjami procesowymi osoby będą miały możliwość dochodzenia pełni swoich praw na etapie postępowania sądowego (oczywiście, jeżeli w sprawach, w których zostaną wydane odnośne decyzje prokuratora, dojdzie do sporządzenia aktów oskarżenia).

Trzeba podkreślić, iż dowód uzyskany w trakcie kontroli operacyjnej i wykorzystany w postępowaniu przygotowawczym na mocy decyzji prokuratora musi zostać ujawniony podejrzanemu jeszcze przed skierowaniem przeciwko

niemu aktu oskarżenia do sądu (najpóźniej – na etapie czynności zaznajamiania z materiałami postępowania przygotowawczego, *vide* – art. 321 k.p.k.). T. Grzegorzcyk, w komentarzu do art. 321 k.p.k., stwierdził, iż „[w]prawdzie art. 19 ust. 16 u.pol. (ustawy o Policji – przyp. wł.) zakłada, że osobie, której dotyczyła **kontrola operacyjna**, nie udostępnia się materiałów uzyskanych z tej kontroli, ale nie może to naruszać uprawnień wynikających z art. 321 k.p.k., zatem podejrzanemu w ramach zaznajomienia należy udostępnić również te materiały” (T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz LEX*, Tom I, Artykuły 1–467, 6. wydanie, Wydawnictwo a Wolters Kluwer business, s. 1094). To bez wątpienia ułatwia podejrzanemu (późniejszemu oskarżonemu) przygotowanie obrony przed sądem. Z kolei, taki dowód wykorzystany na etapie postępowania sądowego podlega ocenie sądu, a w postępowaniu przed sądem oskarżony ma prawo kwestionować wszelkie dowody.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. są zgodne także z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego

Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego