



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Adam Bodnar

Warszawa, 6/05/2016

II.510.360.2016.KLS

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCELARIA	
wpl. dnia	09. 05. 2016
L.dz.	L. zał.

Wniosek

Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2014 r. poz. 1648 ze zm.)

wnoszę o

stwierdzenie niezgodności art. 168a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. nr 89, poz. 555 ze zm.) z art. 42 ust. 2, art. 45 ust. 1, art. 47, art. 51 ust. 2, 3 i 4 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 2, art. 7 i art. 40 Konstytucji RP, w związku z art. 3 i 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.).

UZASADNIENIE

Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437) zmieniono brzmienie art. 168a k.p.k. w sposób następujący: „Dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”. Pierwotnie projekt ustawy wniesiony przez rząd do Sejmu w dniu 27 stycznia 2016 r. (druk sejmowy nr 207) ograniczał się do uchylecia art. 168a k.p.k. Zmiana dalej idąca została wprowadzona w formie poprawki na etapie prac sejmowych.

Przed wejściem w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. zmieniającej Kodeks postępowania karnego obowiązywał art. 168a w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247). Zgodnie z art. 168a w wersji sprzed 15 kwietnia 2016 r. niedopuszczalne było przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego. Jednym z głównych celów dodania art. 168a do Kodeksu postępowania karnego było – zgodnie z deklaracjami projektodawcy – określenie granic dopuszczalności wykorzystania dowodów zaprezentowanych przez oskarżyciela (Uzasadnienie do projektu ustawy zawartej w druku nr 870, s. 9, dostęp w Archiwum Sejmu VII kadencji).

Należy zauważyć, że przed wejściem tego przepisu w życie polska procedura karna nie zawierała przepisu odnoszącego się wprost do problematyki niedopuszczalności przeprowadzenia dowodu, nawiązującego w swojej konstrukcji do koncepcji tzw. owoców zatrutego drzewa. Nie oznacza to jednak, że proces karny dopuszczał wszystkie dowody, niezależnie od sposobu ich pozyskania.

Problem konieczności uwzględnienia problematyki sposobu pozyskania dowodu w procesie oceny możliwości jego przeprowadzenia przed zmianą dokonaną w 2013 r. nie był obcy ani doktrynie, ani orzecznictwu. Wskazywano *expressis verbis*, że „zakaz wykorzystania dowodów uzyskanych w toku nielegalnego podsłuchu lub przeszukania albo nielegalnej kontroli korespondencji nie wynika wprost z przepisów kodeksu postępowania karnego, lecz z treści przepisów Konstytucji RP (...)” (A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków 2007, s. 327). Do podobnych konkluzji doszedł Sąd Najwyższy. W postanowieniu z dnia 30 listopada 2010 r. uznał, że: „Niezachowanie określonych w art. 19a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.) ustawowych warunków dopuszczalności przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, uniemożliwia w procesie karnym wykorzystanie uzyskanego w ich trakcie materiału dowodowego” (Postanowienie SN z 30 listopada 2010 r., sygn. III KK 152/10). Sąd Najwyższy rozważając możliwość dopuszczenia dowodów zdobytych w sposób niezgodny z przepisami regulującymi zasady prowadzenia czynności z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych wypracował wnioski, które zasługują na przywołanie *in extenso*: „Odpowiedź na to pytanie musi być kategorycznie negatywna i to z przyczyn zupełnie zasadniczych. W pierwszym rzędzie wprost należy się odwołać do zasad konstytucyjnych. Przede wszystkim do wyrażonej w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej

Polskiej zasady demokratycznego państwa prawnego oraz wyrażonej w art. 7 zasady, że <<organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa>>. Nadto przywołać tu trzeba art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej, gwarantujący prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy i korespondujący z nim przepis art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, gwarantujący prawo do rzetelnego procesu. Gwarancje te niewątpliwie obejmują konieczność rozstrzygnięcia każdej sprawy na podstawie takich dowodów, które w ramach konkretnego systemu procesowego są prawem przewidziane bądź z nim niesprzeczne, a więc legalne. (...) W świetle tych wszystkich zasad nie jest możliwe zaakceptowanie stanu, w którym funkcjonariusze państwa, a więc władzy publicznej, mogliby gromadzić materiał dowodowy wbrew obowiązującemu prawu, a zgodnie z prawem, na podstawie tego materiału, obywatele mogli ponosić odpowiedzialność karną”. Sąd Najwyższy uznał jednocześnie, że na przeszkodzie w przyjęciu ww. konkluzji nie stał brak wyrażonego w ustawie zakazu przeprowadzania dowodów pozyskanych nielegalnie: „Ustawodawca nie zakłada przecież niezgodnego z prawem działania swoich funkcjonariuszy i nie musi na taki wypadek określać skutków takich zachowań w dziedzinie prawa dowodowego, kiedy te można jednoznacznie wyprowadzić z analizy całego systemu prawa kształtującego zasady odpowiedzialności karnej wszystkich obywateli”. Judykat ten wpisywał się w linię orzeczniczą, która ukształtowała się w Sądzie Najwyższym (por. postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37). W innym postanowieniu Sąd Najwyższy wskazał *expressis verbis*, że „niezbędnym warunkiem uznania materiałów, zdobytych w rezultacie takiej czynności [operacyjno-rozpoznawczej – dop. aut.], za dowód w postępowaniu karnym, podlegający ujawnieniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k., jest

stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowym rygorom, właściwym dla różnych kategorii zagrożeń porządku prawnego, w związku z którymi czynności te są podejmowane” (postanowienie SN z dnia 22 września 2009 r., sygn. III KK 58/09, OSNKW 2010, z. 3, poz. 28; por. też uchwała SN (7) z dnia 23 marca 2011 r., sygn. I KZP 32/10).

Powyższe pozwala przyjąć, że już przed 2013 r. w orzecznictwie wykształciła się koncepcja nawiązująca do teorii owoców zatrutego drzewa, wedle której niedopuszczalne jest przeprowadzenie przed sądem dowodu, który został zdobyty w sposób niezgodny z prawem. Szczególny akcent kładziono na pozyskiwanie przez służby dowodów w sposób naruszający przepisy regulujące prowadzenie czynności operacyjno – rozpoznawczych. Wprowadzenie do Kodeksu postępowania karnego art. 168a w brzmieniu ustalonym w nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. nie tylko potwierdzało linię orzecniczą Sądu Najwyższego, ale też konweniowało z dopuszczonymi do procesu karnego dowodami prywatnymi. Ustawodawca, nie tylko uchylając – jak planowano pierwotnie - art. 168a k.p.k., ale zmieniając jego treść w taki sposób, aby zobligować sądy do uwzględniania dowodów, nawet – z nielicznymi wyjątkami – zdobytych nielegalnie, wyeksplikował swoje intencje. Niewątpliwie celem zmiany było zaprzeczenie koncepcji niedopuszczalności niektórych dowodów, wypracowanej przez Sąd Najwyższy dzięki odwołaniu się do metody wykładni prawa w zgodzie z Konstytucją RP. Ustawodawca – twierdząc, że tego wymaga zasada prawdy materialnej – miał na celu możliwie daleko idące ograniczenie dyskrejonalności sądu w ustalaniu możliwości dopuszczenia danego dowodu.

Nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 11 marca 2016 r., w części dotyczącej zmian w art. 168a k.p.k. towarzyszyło uzasadnienie odwołujące się do prymatu zasady prawdy

materialnej. Stwierdzano, że wymóg ustalenia prawdy w procesie karnym wymaga zniesienia takich ograniczeń, które, mimo istnienia dowodu, nie pozwalałyby uwzględnić go w procesie karnym, ponieważ został on zdobyty w sposób nielegalny. Podnoszony głosy, że takie ograniczenie sprzyjało przekształcaniu procesu karnego nakierowanego na zasadę prawy materialnej w proces karny zorientowany na prawdę formalną. W przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich konstruowanie implikacji między prawdą materialną i nakazem przeprowadzania wszystkich dowodów jest błędne. Organy państwa, w tym zwłaszcza prokuratura odpowiadająca za prowadzenie postępowania przygotowawczego i popieranie oskarżenia dysponują licznymi środkami umożliwiającymi pozyskiwanie materiału dowodowego w sposób legalny. Ograniczenie możliwości przeprowadzania dowodów zdobytych w sposób wypełniający znamiona czynu zabronionego nie uniemożliwia dotarcia do prawdy materialnej. Nie można także zapominać, że zasada prawdy materialnej jest bardzo ważną, ale nie jedyną zasadą, którą należy uwzględnić w ramach procesu karnego. Państwo nie powinno dążyć do prawdy „za wszelką cenę”, nie zważając na naruszanie podstawowych praw i wolności człowieka. Najważniejszą, a także jedną z niewielu, szansą na ochronę dóbr człowieka – pokrzywdzonego, sprawcy, innych uczestników postępowania – jest zapewnienie właściwych standardów postępowania, dających jednostce szansę na uzyskanie pomocy państwa i gwarancję zaniechania naruszania jej praw. W przeciwnym razie organy państwa, z istoty wykazujące tendencje ku omnipotencji, będą mogły dowolnie ingerować w esencjalne dobra jednostki, nie dając jej szansy na skuteczną obronę.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich kwestionowana regulacja jest niezgodna z art. 42 ust. 2, art. 45 ust. 1, art. 47, art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust.

3 Konstytucji RP , a także z art. 2, art. 7 i art. 40 Konstytucji RP, w związku z art. 3 i 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Prowadząc kontrolę konstytucyjności przepisu regulującego tak ważne i złożone zagadnienie prawne, jakim jest dowodzenie w procesie karnym, nie można nie zauważyć wyłaniających się dwóch płaszczyzn analizy. Przede wszystkim oczywiście rozważyć trzeba zgodność z Konstytucją oraz Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności samego dopuszczenia w postępowaniu karnym dowodów zdobytych w wyniku popełnienia czynu zabronionego. Innymi słowy, konieczna staje się rekonstrukcja konstytucyjnych i konwencyjnych standardów działania organów państwa w postępowaniu karnym. Jakkolwiek jest to bardzo istotny aspekt problemu, to poprzestanie tylko na tym poziomie prowadziłyby do analizy powierzchownej i nie odpowiadającej na kluczowe pytania, które wyłaniają się na gruncie znowelizowanego art. 168a k.p.k. Pytamy przecież nie tylko o to, czy – w świetle Konstytucji RP i prawa międzynarodowego – sąd może przeprowadzić dowód pozyskany w wyniku popełnienia czynu zabronionego, ale czy w ogóle dopuszczalne jest to, żeby organ państwa próbował oprzeć akt oskarżenia, czy też jakiegokolwiek inne czynności procesowe, na dowodach pozyskanych niezgodnie z prawem. Wniosek, na tej płaszczyźnie, sprowadza się do pytania czy organy państwa odpowiedzialne za przestrzeganie prawa mogą domagać się od sądu wydania wyroku, który – jak stanowi art. 45 ust. 1 Konstytucji RP – ma być sprawiedliwy, na podstawie dowodów pozyskanych w sposób wypełniający znamiona typu czynu zabronionego. Druga płaszczyzna analizy każe zatem zastanowić się nad tym, czy utrzymanie w mocy art. 168a nie prowadzi pośrednio do nieproporcjonalnej ingerencji w te prawa i wolności, które mogą zostać naruszone przez organy państwa przez pozyskiwanie dowodów w sposób nielegalny.

Zobowiązanie sądu do uwzględnienia dowodu, który został pozyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego narusza prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy. Nie zmienia tego wprowadzenie do przepisu wyjątków, które uniemożliwiają przeprowadzenia dowodu pozyskanego w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. Ustawodawca, mimo wprowadzenia tych wyjątków, nadal pozostawia szeroką możliwość dowodzenia w oparciu o materiał zdobyty z naruszeniem postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, chociażby w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych przeprowadzonych niezgodnie z prawem. Wprowadzone wyłączenia odnoszą się do dóbr ważnych, ale – jak się wydaje – stosunkowo rzadko naruszanych w postępowaniu, zwłaszcza w zestawieniu z szeroko zakrojonymi czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi.

Naruszenia prawa do sprawiedliwego procesu nie sanuje także zasada swobodnej oceny dowodów. Sprawiedliwość procesu narusza już samo dopuszczenie dowodu pozyskanego nielegalnie i włączenie go do materiału będącego podstawą rozstrzygnięcia sprawy. Nie wydaje się, żeby – biorąc pod uwagę art. 168a k.p.k. – sąd mógł nie oprzeć rozstrzygnięcia na danym dowodzie tylko z tego powodu, że dowód pozyskany był w sposób nielegalny. Sąd oceniając dowody może niektórym z nich odmówić wiarygodności, niemniej czyni to w oparciu o ocenę faktyczną, a nie normatywną dowodu (wyrok SA we Wrocławiu z dnia 15 października 2015 r., sygn. II AKa 224/15, LEX nr 1927493). Możliwa być może byłaby taka wykładnia prokonstytucyjna, która pozwalałaby jednak sądowi na nie uwzględnienie dowodu w ustaleniach faktycznych będących podstawą

wyroku, po jego uprzednim dopuszczeniu, tylko z uwagi na sposób jego pozyskania. W materii tak ważnej, kiedy waży się sprawiedliwość procesu, nie należy jednak wprowadzać rozstrzygnięć normatywnych, które powodowałyby tak liczne wątpliwości interpretacyjne.

Prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, będące elementem prawa do sądu, implikuje istnienie prawa nie tylko do unormowanego prawnie postępowania przed sądem, ale także do tego, aby procedura kierująca danym postępowaniem była ukształtowana w sposób zgodny z Konstytucją RP. Z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP wynika tym samym wymóg nie tylko stworzenie warunków, w których obywatel może domagać się, aby jego sprawa została rozpoznana przez sąd. Z tej zasady wynikają także wymogi materialne, których odrzucenie może oznaczać nie tylko niezgodność procedury z Konstytucją RP, ale także może prowadzić w konsekwencji do zaprzeczenia zasady sprawiedliwości, a więc sprzeniewierzenia się fundamentalnej funkcji procesu karnego, a także prawa karnego materialnego. Procedura karna ma być skonstruowana w taki sposób, aby gwarantowała sprawiedliwe rozpoznanie sprawy, a więc w poszanowaniu prawa, a także uprawnień stron i uczestników postępowania, a przede wszystkim ich prawa do podmiotowego traktowania (por. wyrok TK z: 31 marca 2005 r., sygn. SK 26/02; 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05; 26 lutego 2008 r., sygn. SK 89/06; 12 lipca 2011 r., SK 49/08). Oznacza to, że postępowanie musi być prowadzone zgodnie z prawem i rzetelnie. Naruszeniem zasady rzetelnego procesu, umocowanej w art. 45 Konstytucji RP i art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jest chociażby oparcie materiału dowodowego na bezpodstawnej prowokacji prowadzonej w ramach czynności operacyjnych. Taki materiał dowodowy nie powinien zostać uwzględniony przez sąd (por. wyroki ETPC z dnia: 5 lutego

2008 r. w sprawie *Ramanauskas przeciwko Litwie*, skarga nr 74420/01; 9 czerwca 1998 r. w sprawie *Teixeria de Castro przeciwko Portugalii*, skarga nr 25829/94).

W powyższym kontekście należy wskazać zwłaszcza na wymóg przewidywalności postępowania, a nawet prawo do przewidywalności rozstrzygnięcia (wyrok TK z 17 października 2000 r., sygn. SK 5/99), a także tzw. zasadę równości broni (wyrok TK z 6 grudnia 2004 r., sygn. SK 29/04; z 20 października 2010 r., sygn. P 37/09). Pełny obraz problemu, jaki na tej kanwie wyłania się z art. 168a k.p.k., można zyskać zestawiając te wymogi sprawiedliwości procesu z art. 7 Konstytucji RP nakładającym na organy władzy publicznej obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa. Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny: „Zgodnie z art. 7 Konstytucji, organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to powinność organu władzy publicznej przestrzegania wszystkich przepisów, niezależnie od usytuowania ich w systemie źródeł prawa, które określają jego uprawnienia lub obowiązki. Organy muszą zatem znać przepisy regulujące ich kompetencje i stosować się do wynikających z nich nakazów i zakazów. Z konstytucyjnej zasady legalizmu wynika zatem, że nie mogą podejmować działań bez podstawy prawnej czy unikać wykonania kompetencji, jeżeli wiążące normy prawne nakładają na te organy określone obowiązki (por. wyrok TK z 21 lutego 2001 r., sygn. P 12/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 47, pkt III.6 i cytowana tam literatura)” (postanowienie TK z 4 października 2011 r., sygn. P 9/11). Z zasady praworządności wynika domniemanie, że organy państwa działają na podstawie i w granicach prawa. Domniemanie to ma charakter obalalny w tym sensie, że w praktyce działania organów państwa, w tym także w praktyce prawodawczej, może dojść do naruszenia prawa. Organy państwa nie powinny jednak niejako z góry podważać zasady domniemania praworządności ich działania. Takim

zakwestionowaniem domniemania praworządności, dokonany niejako *pro futuro*, jest właśnie art. 168a k.p.k. Ustawodawca w tym przepisie nie tylko zauważa, że organy władzy publicznej – skądinąd odpowiadające za praworządne postępowanie – mogą postępować w sposób niezgodny z prawem, ale z góry to akceptuje. Co więcej, nakazuje wymiarowi sprawiedliwości opieranie swojej działalności na niepraworządnym działaniu organów władzy publicznej i ich funkcjonariuszy.

Obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa dotyczy, jak zauważa W. Sokolewicz, „wszelkich form aktywności organów władzy publicznej tworzenia prawa (na każdym hierarchicznym poziomie źródeł prawa), stosowania prawa (przez organy wykonawcze, ale i władzy sądowniczej, a także spoza trójpodziału), jak również egzekwowania prawa (przez wyspecjalizowane w tym względzie ogniwa aparatu państwowego)” (W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 7 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. V, Warszawa 2007, s. 11). Zaprzeczeniem tych wymogów jest nakazanie sądom uwzględniania w postępowaniu, a poniekąd także w wyrokowaniu, dowodów pozyskanych przez organy władzy publicznej w sposób niezgodny z prawem. Trudno nie zauważyć, że taki wymóg nałożony na sądy może nawet zachęcać organy państwa do pozyskania materiału dowodowego bez względu na ograniczenia prawne. W niektórych, skomplikowanych postępowaniach, może to okazać się łatwiejsze – biorąc pod uwagę nawet ryzyko odpowiedzialności karnej – niż pozyskiwanie dowodu w sposób legalny.

Argument podnoszony w obronie art. 168a k.p.k., wskazujący na ewentualną odpowiedzialność karną, jaką mogą ponieść funkcjonariusze publiczni pozyskujący dowody w sposób niezgodny z prawem, jest przynajmniej w części trudny do obrony, jeżeli weźmie

się pod uwagę art. 137 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (Dz. U. z 2016 r., poz. 177). Zgodnie z tym przepisem: „Nie stanowi przewinienia dyscyplinarnego działanie lub zaniechanie prokuratora podjęte wyłącznie w interesie społecznym”. Do wyłączenia odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratora wystarczy zatem przyjąć, że pozyskując dowody, z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego prokurator działał wyłącznie w interesie społecznym. Taka konkluzja może także uniemożliwić pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej. Zgodnie bowiem z art. 143 § 1 Prawa o prokuraturze, jeżeli przewinienie dyscyplinarne wyczerpuje znamiona przestępstwa, sąd dyscyplinarny wydaje zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej. Przepisy te wywołują wątpliwości interpretacyjne przy ustalaniu czy możliwe jest wydanie zgody na pociągnięcie prokuratora odpowiedzialności karnej także wtedy, gdy na podstawie art. 137 § 2 Prawa o prokuraturze ustalone zostanie, że działał on w interesie społecznym. Zestawienie tych przepisów z art. 168a k.p.k. może prowadzić do wniosku, iż wprowadzono konstrukcję prawną niejako wtórną legalizującą bezprawne działanie organów władzy publicznej.

Z prawa do sprawiedliwego procesu wynika zasada przewidywalności procesu karnego. Każdy człowiek powinien móc zapoznać się z przepisami regulującymi przebieg procesu karnego, czy też stosowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zapoznanie się z przepisami powinno dać zainteresowanemu możliwość ustalenia tego, w jaki sposób może być poprowadzone postępowanie przygotowawcze oraz postępowanie sądowe. Ponadto, mimo że przepisy nie przewidują informowania zainteresowanych o tym, że były wobec nich prowadzone czynności z zakresu kontroli operacyjnej, można – zapoznając się z przepisami – ustalić, kiedy taka kontrola może być zarządzona. Wnioski te, odpowiadające

zasadzie przewidywalności postępowania karnego, w świetle art. 168a k.p.k. okazują się zupełnie nietrafne. Przepis ten dekonstruuje możliwość przewidywania sposobu działania organów władzy publicznej, ponieważ legitymizuje działania niezgodne z prawem, pozwalając na budowanie strategii procesowej prokuratury także w oparciu o tzw. owoce zatrutego drzewa. Ten stan rzeczy wydaje się niezgodny nie tylko z art. 45, ale także z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP statuującym prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania.

Prawo do obrony, aby mogło być skutecznie realizowane, wymaga możliwości przewidywania sposobu działania oskarżyciela publicznego. Taką możliwość daje tylko gwarancja, że ten uczestnik postępowania działa w sposób praworządny, a więc w granicach i na podstawie prawa. W przeciwnym razie musi dojść do poważnego naruszenia zasady równości broni, która w istocie i tak jest zachwiana, gdyż organy państwa zawsze dysponują bardziej zaawansowanymi środkami umożliwiającymi realizowanie stawianych im zadań. Prawa do obrony nie można rozumieć tylko formalnie, a więc poprzez zagwarantowanie jednostce prawa do obrońcy, czy też prawa do zapoznania się z materiałem dowodowym. Ograniczanie konstytucyjnych praw odnoszących się do procesu karnego tylko do aspektów formalnych nie tylko znacznie zubażałoby standardy procesowe, ale także powodowałoby w wielu wypadkach fikcję ochrony praw i wolności człowieka i obywatela.

Zauważono już wyżej, że norma rekonstruowana z art. 168a k.p.k. wywołuje dwa rodzaje skutków: bezpośredni i pośredni. Skutkiem bezpośrednim jest samo dopuszczenie do przeprowadzenia dowodów pozyskanych z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. Już ten skutek w swojej istocie jest niezgodny z Konstytucją RP oraz Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Pod uwagę

należy wziąć jednak jeszcze skutek pośredni. Otóż, przepis będący przedmiotem zarzutu w niniejszym wniosku legitymizuje bezprawne działania organów władzy publicznej, niejako skłaniając nawet te podmioty do zdobywania materiału dowodowego z naruszeniem przepisów prawa. Ten obszar oddziaływania art. 168a k.p.k., nazwany tutaj skutkiem pośrednim, także musi być wzięty pod uwagę podczas oceny zgodności tego przepisu z wzorcami wskazanymi w *petitum* wniosku. W tym zakresie należy wskazać przede wszystkim na niezgodność art. 168a k.p.k. z art. 47, art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 7 i art. 40 Konstytucji RP, w związku z art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Niewątpliwie bezprawne pozyskiwanie dowodów przez organy władzy publicznej może naruszać art. 47 Konstytucji RP. W tym obszarze należy przede wszystkim zwrócić uwagę na problematykę inwigilacji obywateli. Standard konstytucyjny w tym zakresie rekonstruowany jest także w oparciu o ustalenia poczynione w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (M. Wild, *Komentarz do art. 47 Konstytucji*, [w:] L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1177). Państwo ma obowiązek w istotnym zakresie samoograniczyć się w następujących aspektach: niejawniej rejestracji dźwięku lub obrazu (wyrok ETPC z 28 czerwca 2007 r. w sprawie *Association for European Integration and Human Rights* oraz *Ekimdzhiiev przeciwko Bułgarii*, skarga nr 62540/00), uzyskiwania informacji o treści komunikacji telefonicznej, pocztowej i elektronicznej, w tym informacji zawartych w bilingach (wyroki ETPC z: 2 sierpnia 1984 r. w sprawie *Malone przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 8691/79; 3 kwietnia 2007 r. w sprawie *Copland przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 62617/00), strategicznego monitoringu połączeń polegającego na utrwalaniu rozmów telefonicznych

nieoznaczonego kręgu rozmówców, a następnie identyfikowaniu, za pomocą słów kluczy, informacji zawartych w tych rozmowach i osób rozmawiających (decyzja ETPC z 29 czerwca 2006 r. w sprawie *Weber i Saravia przeciwko Niemcom*, skarga nr 54934/00), stosowania środków niejawnego monitorowania obecności jednostki w przestrzeni publicznej (wyrok ETPC z 2 września 2010 r. w sprawie *Uzun przeciwko Niemcom*, skarga Nr 35623/05), jak również jakiegokolwiek gromadzenia i przechowywania danych na temat jednostek przez służby państwowe (zob. wyr. ETPC z 4 maja 2000 r. w sprawie *Rotaru przeciwko Rumunii*, skarga Nr 28341/95). Trybunał Konstytucyjny niejako transponował te standardy do procesu interpretacji Konstytucji RP wyrokiem z 30 lipca 2014 r. (sygn. K 23/11).

W orzecznictwie ETPC wskazuje się, że nie tylko zastosowanie, ale już samo obowiązywanie przepisów zezwalających na arbitralną ingerencję organów władzy publicznej, poprzez inwigilację, w sferę prywatności jednostek stanowi naruszenie art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (wyroki ETPC :z 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06; z 4 maja 2000 r. w sprawie *Rotaru przeciwko Rumunii*, skarga nr 28341/95). ETPC w sprawie *Zakharov przeciwko Rosji* uznał, że doszło do naruszenia art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a system niejawnej kontroli rozmów telefonicznych z telefonów komórkowych obowiązujący w Rosji narusza prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji. Chociaż skarżący nie wykazał, by jego rozmowy były podsłuchiwane lub by operatorzy przekazywali jego dane nieuprawnionym osobom, to jednak ETPC postanowił o przeprowadzeniu abstrakcyjnej analizy tego prawa. Z wyroku wynika, że ETPC zwrócił w szczególności uwagę na naruszenie standardów konwencyjnych poprzez

brak jakiegokolwiek sprecyzowania okoliczności, w jakich organy władzy mogą podsłuchiwać rozmowy obywateli, brak prawnego nakazu zakończenia podsłuchu, gdy ustały przesłanki uzasadniające jego stosowanie, brak uregulowania procedur przechowywania i niszczenia zarejestrowanych danych, co w praktyce oznaczało bezterminowe przechowywanie takich danych, brak procedur zezwalania na prowadzenie niejawnnej kontroli, nieuregulowanie zasad nadzoru nad prowadzeniem takiej kontroli, wreszcie brak uregulowania zasad informowania obywateli o prowadzeniu kontroli oraz środkach prawnych przysługujących obywatelom w razie podsłuchiwania ich telefonów komórkowych.

Jeżeli zatem można zrekonstruować zakaz uchwalania przepisów, które pozwalałyby na zarządzanie kontroli operacyjnej w sposób arbitralny, to tym bardziej naruszać standardy konstytucyjne i konwencyjne musi przepis, który pozwala na wykorzystywanie w postępowaniu karnym materiałów zdobytych nawet nie na podstawie przepisów arbitralnych, ale nielegalnie, a więc wbrew zasadom kierującym realizowaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych. W tym kontekście należy także przywołać normy zrekonstruowane w oparciu o art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji RP. Po pierwsze, władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Po drugie, każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Konstytucja wskazuje zatem wprost, że dane zebrane w sposób sprzeczny z ustawą powinny być usunięte na żądanie osoby, której dotyczą. Tym samym, przepis, który nie tylko nie nakazuje usunięcia takich danych, ale – przeciwnie – wymaga od sądu uwzględnienia ich w procesie orzekania, jest niewątpliwie niezgodny z art.

51 ust. 4 Konstytucji RP. Słusznie zauważa M. Wild, że „TK uznaje, że o takich informacjach można mówić nie tylko wówczas, gdy uzyskiwanie danego rodzaju informacji jest w ogóle niedopuszczalne ale również wtedy, gdy informacji nie pozyskano na podstawie i w granicach przewidzianych wyraźnie w ustawie lub gdy ich pozyskanie nastąpiło niezgodnie z określoną procedurą” (M. Wild, *Komentarz do art. 51 Konstytucji*, [w:] L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1233). Autor wskazuje na konieczność zachowania powściągliwości w zbyt daleko idącej interpretacji art. 51 ust. 4 Konstytucji, niemniej, jak sam zauważa: „Oczywiście, należy uwzględnić, że w grę wchodzi przynajmniej dwa kluczowe i fundamentalne interesy jednostki: pierwszy, wyrażający się w prawie jednostki do bycia pozostawioną samej sobie, drugi, wyrażający się w prawie do bycia przedstawianym w prawdziwym świetle. Oba interesy są ściśle związane z ochroną godności osobowej, życia prywatnego, jak również czci i dobrego imienia jednostki. Z tego względu niezmiernie trudno odnaleźć jest konstytucyjne uzasadnienie dla ograniczenia uprawnienia jednostki do żądania usunięcia skutków działania niezgodnego z prawem, wyrażającego się w roszczeniu o sprostowanie oraz usunięcie wskazanych informacji. Istnieje bowiem poważne ryzyko, że zebrane w ten sposób informacje będą w niekonstytucyjny sposób ingerować w prawo do ochrony życia prywatnego (np. w przypadku informacji uzyskanych drogą nielegalnych podsłuchów) bądź przedstawiać jednostkę w fałszywym świetle (M. Wild, *Komentarz do art. 51 Konstytucji*, [w:] L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1234).

Odwołując się do jednej z podstawowych reguł rozumowania prawniczego, tj. do zasady *a minori ad maius*, należy stwierdzić, że jeżeli ustawodawca zabrania przetwarzania danych zebranych niezgodnie z prawem, a także nakazuje ich usunięcie, to tym bardziej

zabronione jest wykorzystywanie tych danych w procedurze karnej, która w swojej naturze może skutkować istotnymi konsekwencjami dla jednostki. W przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich taki stan rzeczy poważnie narusza przywołane wzorce kontroli.

Regulacja kwestionowana w *petitum* wniosku narusza także zasadę proporcjonalności. Jak wielokrotnie wskazywał Trybunał Konstytucyjny w orzecznictwie, zawarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności wymaga po pierwsze, aby ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw wprowadzane były w formie ustawy, co wyklucza normowanie ich w aktach niższej rangi. Po drugie zaś zasada ta w aspekcie materialnym dopuszcza ustanawianie tylko takich ograniczeń, które nie naruszają istoty danej wolności lub prawa podmiotowego i tylko wtedy, gdy istnieje konieczność ich wprowadzenia w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Co istotne, zakres ograniczeń powinien być proporcjonalny, tzn. konieczny dla realizacji określonego celu. W związku z tym rekonstruuje się trzy kryteria: przydatności, konieczności i proporcjonalności sensu stricto przyjmowanych ograniczeń. Ingerencja taka jest zatem dopuszczalna, jeżeli jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, a jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zob. m.in. wyrok TK z 3 czerwca 2008 r., sygn. K 42/07, wyrok TK z 29 września 2008 r., sygn. SK 52/05. Por. też K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, [w:] A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 297; M. Piechowiak, *Klauzula limitacyjna a nienaruszalność praw i godności*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 2, s. 56–57; A. Stepkowski, *Zasada proporcjonalności w*

europiejskiej kulturze prawnej, Warszawa 2010, s. 194; A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] T. Bojarski (red.), *Źródła prawa karnego. System Prawa Karnego, t. 2*, Warszawa 2011, s. 237–241). Analiza regulacji będącej przedmiotem zaskarżenia wskazuje na poważne wątpliwości dotyczące jej celowości i proporcjonalności *sensu stricto*. Aparat państwa wyposażony jest w bardzo szerokie instrumentarium pozwalające mu na legalne pozyskiwanie dowodów, które mogą być później przedmiotem oceny w postępowaniu karnym. Trudno jest znaleźć uzasadnienie dla przepisu nakładającego na sąd nie tylko możliwość, ale aż obowiązek uwzględnienia dowodów pozyskanych nielegalnie. Należy zauważyć, że poważne wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich budzą regulacje dające służbom policyjnym i specjalnym prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Tym bardziej wątpliwości konstytucyjne muszą budzić te przepisy, które pośrednio pozwalają na wykraczanie poza i tak szerokie granice dopuszczalnej ingerencji państwa w prawa i wolności człowieka.

Prowadząc dalej analizę skutków pośrednich art. 168a k.p.k. nie trudno zauważyć także jego niezgodność z art. 40 Konstytucji RP w związku z art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Nałożenie na sąd obowiązku uwzględnienia dowodu pozyskanego w sposób niezgodny z przepisami lub za pomocą czynu zabronionego daje organom prowadzącym postępowanie możliwość wnioskowania o włączenie do sprawy także tych dowodów, które zostały pozyskane w sposób wypełniającym znamiona tortur lub okrutnego, niehumanitarnego albo poniżającego traktowania. Niewątpliwie słusznie zauważają M. Królikowski i K. Szczucki, że: „Bezwzględny zakaz stosowania tortur skutkuje nie tylko obowiązkiem pociągnięcia torturujących do odpowiedzialności karnej i cywilnej. Wszystkie oświadczenia, zeznania oraz dowody innego rodzaju pozyskane w

wyniku podjęcia zachowania spełniającego cechy wskazane w przywołanych aktach prawa międzynarodowego oraz art. 40 Konstytucji RP nie mogą być wzięte pod uwagę w jakimkolwiek procesie, z wyjątkiem tych sytuacji gdy mogą one stać się dowodem na stosowanie tortur i być podstawą do pociągnięcia torturujących do odpowiedzialności” (M. Królikowski, K. Szczucki, *Komentarz do art. 40 Konstytucji*, [w:] L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 984-985). Wprowadzenie do systemu prawa konstrukcji, która pozwala na włączenie do postępowania materiału dowodowego pozyskanego z naruszeniem art. 40 Konstytucji RP i art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nie tylko jest niezgodne ze standardem konstytucyjnym i konwencyjnym, ale narusza także absolutny zakaz tortur oraz okrutnego, poniżającego i niehumanitarnego zachowania, rozpoznany jako norma o charakterze *ius cogens*.

Niedopuszczalność korzystania z dowodów pozyskanych nielegalnie, z naruszeniem art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zauważył ETPC wskazując *expressis verbis*, że z procesu należy wyłączyć nie tylko wyjaśnienia złożone pod przymusem, ale także dowody rzeczowe uzyskane dzięki tym wyjaśnieniom (wyrok ETPC z dnia 1 czerwca 2010 r. w sprawie *Gäfgen przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, skarga nr 22978/05; por. też wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2006 r., *Jalloh przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, skarga nr 54810/00). Należy zauważyć, że w stanie faktycznym sprawy *Gäfgen* nie doszło do naruszenia nietykalności cielesnej podejrzanego, niemniej zastosowano groźbę bezprawną. Na gruncie art. 168a k.p.k. możliwe byłoby uwzględnienie dowodów pozyskanych za pomocą groźby bezprawnej. Należy zauważyć, że w obowiązującej obecnie procedurze karnej możliwe jest nawet uwzględnienie dowodów

zdobytch w wyniku spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, o ile nie został on spowodowany umyślnie.

Uwzględnianie w postępowaniu karnym dowodów pozyskanych z naruszeniem art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności powoduje, że taki proces staje się nierzetelny, a więc prowadzony jest z naruszeniem art. 6 EKPC, a więc narusza także standard wynikający z art. 45 Konstytucji RP.

Taki stan rzeczy pozwala twierdzić, że art. 168a k.p.k. jest niezgodny także z art. 2 Konstytucji RP, w tym zwłaszcza z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2000 r., sygn. P 3/00). Zasada ta jest określana również jako zasada lojalności państwa wobec adresata norm prawnych. Wynika z niej konieczność zagwarantowania przez ustawodawcę adresatom unormowań prawnych maksymalnej przewidywalności i obliczalności rozstrzygnięć podejmowanych przez organy władzy publicznej. Kwestionowane przepisy naruszają zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Nie da się mówić o przewidywalności, obliczalności, a tym bardziej o lojalności państwa wobec adresatów norm prawnych w sytuacji, gdy nielegalne działania organów władzy publicznej mogą stać się podstawą podejmowania czynności działających na niekorzyść jednostki. W tym świetle należy zgodzić się z A. Gaberle stwierdzającym, że: „organ procesowy naruszający warunki legalności dokonania podsłuchu, przeszukania lub kontroli korespondencji przekreśla dopuszczalność dowodowego wykorzystania wyników

swojego działania, a nadto powinien ponieść konsekwencje prawne naruszenia przepisów prawa” (A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków 2007, s. 330).

W tym stanie rzeczy wnoszę jak na wstępie.