

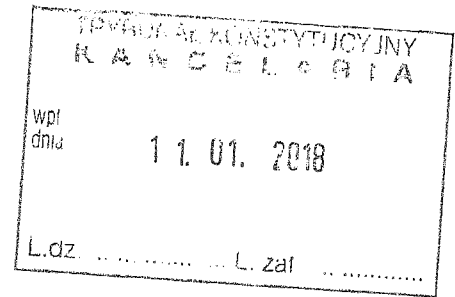


SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sygn. akt K 24/16

BAS-WPTK-1015/16

Warszawa, 11 stycznia 2017 r.



Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 69 ust. 2 w związku z art. 42 pkt 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 29 kwietnia 2016 r. (sygn. akt K 24/16), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że:

1) art. 168b ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r.- Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) **nie jest niezgodny** z art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji;

2) art. 237a ustawy wskazanej w punkcie 1 **nie jest niezgodny** z art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Uzasadnienie

I. Przedmiot zaskarżenia

1. W dniu 11 maja 2016 r. do Kancelarii Sejmu wpłynęło zawiadomienie Prezesa Trybunału Konstytucyjnego o wszczęciu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej także jako: wnioskodawca lub Rzecznik) z 29 kwietnia 2016 r. (sygn. akt K 24/16). Przedmiotem kontroli jest art. 168b i art. 237a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1749 ze zm.; dalej: k.p.k. lub Kodeks postępowania karnego).

2. Artykuł 168b k.p.k. stanowi, że: „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”. Na hipotezę normy prawnej, wyrażanej przez powołany przepis, składają się zatem następujące elementy: 1) zdefiniowane ramy prawne uprzednio podjętych działań: a) na podstawie przepisów szczególnych; b) na wniosek uprawnionego organu; c) zarządzona była kontrola operacyjna; 2) rezultat kontroli mieszczącej się w ramach wyżej zdefiniowanych: a) uzyskanie dowodu popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego – niż objęte zarządzeniem kontroli - przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego; b) uzyskanie dowodu popełnienia przez inną osobę - niż objętą zarządzeniem kontroli – przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego. Dyspozycję analizowanej normy prawnej – będącą oczywiście jej rdzeniem konstrukcyjnym – wyraża natomiast rozstrzygnięcie

prawodawcy, według którego prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w warunkach zdefiniowanych w hipotezie.

3. Z kolei artykuł 237a k.p.k. stanowi, że: „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”. Na hipotezę normy prawnej, wyrażanej przez powołany przepis, składają się zatem następujące elementy: 1) zdefiniowane ramy prawne uprzednio podjętych działań: stosowana była kontrola rozmów - w trybie określonym w Kodeksie postępowania karnego; 2) rezultat kontroli mieszczącej się w ramach wyżej zdefiniowanych: a) uzyskanie dowodu popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego – niż objęte zarządzeniem kontroli - przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego; b) uzyskanie dowodu popełnienia przez inną osobę – niż objętą zarządzeniem kontroli – przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego. Dyspozycję analizowanej normy prawnej – będącą z kolei jej rdzeniem konstrukcyjnym – wyraża natomiast rozstrzygnięcie prawodawcy, według którego prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w warunkach zdefiniowanych w hipotezie.

4. Jak wynika z przeprowadzonej analizy, rdzeń konstrukcyjny obu zaskarżonych przez Rzecznika artykułów k.p.k. jest jednolity: wyraża go jasne i jednoznaczne rozstrzygnięcie prawodawcy, przyznające prokuratorowi prawo decydowania o wykorzystaniu w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa, uzyskanego w rezultacie legalnie stosowanej procedury kontrolnej. Istotę i sens badanego rozstrzygnięcia – w kontekście art. 168b k.p.k. – niezwykle trafnie wyraził Sąd Apelacyjny w Warszawie, wskazując w wyroku z 13 czerwca 2016 r. (sygn. akt II AKa 133/16), że przepis ten reguluje sytuację pozyskania ujętych tam materiałów na

etapie postępowania przygotowawczego, przed skierowaniem aktu oskarżenia do sądu. Tylko bowiem na tym etapie postępowania istnieje możliwość selekcji wyników kontroli operacyjnej, w aspekcie możliwości ich wykorzystania jako dowód popełnienia przez osobę, wobec której 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. Sąd Apelacyjny w Warszawie bardzo zasadnie wywodził dalej, że decyzję w przedmiocie wykorzystania 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. Referowany sąd konstatował przy tym, że „wykorzystanie” dowodu, w rozumieniu analizowanego przepisu, jest równoznaczne z jego zgłoszeniem do przeprowadzenia przed sądem.

II. Zarzuty wnioskodawcy

Rzecznik Praw Obywatelskich zarzuca, że art. 168b i art. 237a k.p.k. są niezgodne z art. 47 („Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”), art. 49 („Zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony”), art. 50 („Zapewnia się nienaruszalność mieszkania. Przeszukanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony”), art. 51 ust. 2 („Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”) w związku z art. 31 ust. 3 („Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”), a także art. 45 ust. 1

(„Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”), art. 51 ust. 4 („Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą”) i art. 77 ust. 2 („Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw”) Konstytucji.

Zdaniem wnioskodawcy kwestionowane przepisy wprowadzają do obowiązującego stanu prawnego trzy zmiany. Po pierwsze, „zgoda następcza [na wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej – uwaga własna] 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” (wniosek Rzecznika, s. 5). Po drugie, „zgoda następcza nie jest już wyrażana przez sąd, lecz przez prokuratora” (tamże, s. 5). Po trzecie, „wyrażanie zgody następczej przez prokuratora nie jest ograniczone żadnym terminem” (tamże, s. 5).

Niekonstytucyjność kwestionowanych przepisów ma, w ocenie wnioskodawcy, wynikać z odwołania się w nich do „ogólnej i bardzo pojemnej kategorii” – *verba legis* – „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli”. Tymczasem, jak podnosi Rzecznik Praw Obywatelskich z powołaniem się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca jest konstytucyjnie obowiązany do sprecyzowania przedmiotowych przesłanek zarządzenia kontroli operacyjnej i posłużenia się zamkniętym i możliwie wąskim katalogiem przestępstw uzasadniających taką ingerencję w „status jednostki” (tamże, s. 14).

Wnioskodawca stoi na stanowisku, że kwestionowane przepisy pozwalają przyjąć, iż „każde przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe uzasadnia skorzystanie z materiałów zdobytych w sposób niejawnny”, co – w jego ocenie – nie spełnia „testu proporcjonalności” (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Ponadto, jak wywodzi Rzecznik Praw Obywatelskich: „Brak precyzyjnego określenia w ustawie ram czasowych postępowania z materiałami zgromadzonymi w wyniku niejawnej 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” (tamże, s. 17). To zaś jest – w ocenie wnioskodawcy – sprzeczne ze standardami wypracowanymi przez Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Rzecznik Praw Obywatelskich dostrzega również niekonstytucyjność kwestionowanych przepisów w związku z tym, że „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 zastosowania kontroli operacyjnej i kontroli i utrwalania rozmów” (tamże, s. 23). W końcu, zdaniem wnioskodawcy, art. 168b i art. 237a k.p.k. „nie zawierają [...] wystarczających gwarancji proceduralnych wymaganych z perspektywy ochrony praw lub wolności”, co ma wynikać z tego, że „w przedmiocie zgody następczej” nie orzeka sąd, lecz prokurator (tamże, s. 23).

III. Analiza formalnoprawna

1. Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich został wniesiony w dniu 29 kwietnia 2016 r., a więc przed wejściem w życie ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (dalej: ustawa o TK). Zgodnie z art. 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; dalej: przepisy wprowadzające ustawę o TK): „Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072) wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia niniejszej ustawy, z wyjątkiem: 1) art. 1-6, które wchodzi w życie z dniem następującym po dniu ogłoszenia niniejszej ustawy; 2) art. 16-32, które wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2018 r.” Ogłoszenie przepisów wprowadzających ustawę o TK miało miejsce w dniu 19 grudnia 2016 r. Zgodnie z art. 3 przepisów wprowadzających ustawę o TK: „Traci moc ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1157), z wyjątkiem art. 18 ust. 1, 4 i 5, które

tracą moc obowiązującą z dniem 1 stycznia 2018 r.” Zgodnie z regulacją art. 9 przepisów wprowadzających ustawę o TK: „1. Do postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym, zwanym dalej «Trybunałem», wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy, o której mowa w art. 1, stosuje się przepisy tej ustawy. 2. Czynności procesowe dokonane w postępowaniach, o których mowa w ust. 1, pozostają w mocy”.

Zgodnie z art. 188 i art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji, Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o zbadanie zgodności z Konstytucją art. 168b i art. 237a k.p.k. Do wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich mają zatem zastosowanie przepisy ustawy o TK, a w szczególności art. 46 oraz art. 47. Zgodnie z art. 46 ustawy o TK: „Pismami procesowymi są wnioski, pytania prawne i skargi konstytucyjne, a także inne wnioski i oświadczenia uczestników postępowania, wnoszone do Trybunału w toku postępowania poza rozprawą”. Art. 47 ustawy o TK stanowi: „1. Wniosek złożony przez podmiot, o którym mowa w art. 191 ust. 1 pkt 1-5 Konstytucji, zawiera: 1) oznaczenie podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku; 2) podanie podstawy prawnej działania podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku; 3) oznaczenie rodzaju pisma procesowego; 4) określenie kwestionowanego aktu normatywnego lub jego części; 5) wskazanie wzorca kontroli; 6) uzasadnienie. 2. Uzasadnienie, o którym mowa w ust. 1 pkt 6, zawiera: 1) przywołanie treści kwestionowanego wnioskiem przepisu wraz z jego wykładnią; 2) przywołanie treści wzorców kontroli wraz z ich wykładnią; 3) określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności; 4) wskazanie argumentów lub dowodów na poparcie zarzutu niekonstytucyjności. [...]”. Należy ponadto przypomnieć, że TK związany jest zarzutami sformułowanymi w piśmie procesowym (wniosku, pytaniu prawnym, skardze konstytucyjnej), pochodzącym od podmiotu uprawnionego do inicjowania postępowania. Niemniej jednak zarzuty te mogą podlegać rozpatrzeniu tylko wtedy, jeżeli zostały należycie uzasadnione. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny: „Przesłanka odpowiedniego uzasadnienia zarzutów nie powinna być traktowana powierzchownie i instrumentalnie. Przytaczane w piśmie procesowym argumenty mogą być mniej lub bardziej przekonujące [...], lecz zawsze muszą być argumentami «nadającymi się» do rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny” (wyrok TK z 19 października 2010 r.,

sygn. akt P 10/10). Konieczność uzasadnienia zarzutu sformułowanego w piśmie inicjującym postępowanie przed TK wynika z domniemania konstytucyjności norm prawnych oraz z zasady kontrydiktoryjności.

2. Zgodnie z wypowiedziami Trybunału Konstytucyjnego: „Kontrola konstytucyjności ustaw przebiega w oparciu o domniemanie, że badane normy są zgodne z konstytucją. Ciężar dowodu spoczywa na podmiocie kwestionującym zgodność ustawy z konstytucją i dopóki nie powoła on konkretnych i przekonywających argumentów prawnych na rzecz swojej tezy, dopóty Trybunał Konstytucyjny uznawać będzie kontrolowane przepisy za konstytucyjne. W przeciwnym razie naruszeniu uległaby zasada kontrydiktoryjności postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, a Trybunał przekształciłby się w organ orzekający z inicjatywy własnej” (zob. orzeczenie TK z 24 lutego 1997 r., sygn. akt K 19/96 oraz orzeczenia TK z: 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94; 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K 9/95; wyroki TK z: 27 czerwca 2008 r., sygn. akt K 51/07; 15 lipca 2009 r., sygn. akt K 64/07; 12 stycznia 2012 r., sygn. akt Kp 10/09). Jak wskazuje się w literaturze, wymóg uzasadnienia powołanych zarzutów oznacza konieczność przedstawienia argumentów, które przemawiają za stwierdzeniem niezgodności zaskarżonych norm prawnych z normami powołanymi jako podstawa kontroli. Wymóg ten odnosi się do każdego z podniesionych zarzutów niezgodności danej normy (zob. K. Wojtyczek, *Ciężar dowodu i argumentacji w procedurze kontroli norm przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 1, s. 17; L. Jamróz, *Skarga konstytucyjna. Wstępne rozpoznanie*, Białystok 2011, s. 191).

3. Jak wskazuje Trybunał: „Przesłanka odpowiedniego uzasadnienia zarzutów w kontekście każdego wzorca kontroli nie powinna być traktowana powierzchownie i instrumentalnie” (wyrok TK z 23 października 2012 r., sygn. akt SK 11/12). Oznacza to, że nie wystarczy sformułowanie samej tezy o niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu. Uzasadnienie musi wskazywać precyzyjnie co najmniej jeden argument przemawiający za naruszeniem danego wzorca kontroli. Wymogu tego nie spełniają uwagi nazbyt ogólne, niejasne czy też czynione jedynie na marginesie innych rozważań (zob. np. wyrok TK z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt K 35/11; postanowienie

TK z 13 stycznia 2015 r., sygn. akt K 44/13). W opinii Trybunału: „Wobec respektowania generalnej zasady, jaką jest domniemanie konstytucyjności aktu normatywnego, samo wskazanie w petitum wzorca kontroli, bez szczegółowego odniesienia się w uzasadnieniu do kwestionowanej regulacji prawnej lub lakoniczne sformułowanie zarzutu niekonstytucyjności nie może zostać uznane za «uzasadnienie postawionego zarzutu, z powołaniem dowodów na jego poparcie» w rozumieniu przepisów regulujących postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym. W świetle utrwalonej praktyki orzeczniczej wymóg ten należy rozumieć jako nakaz odpowiedniego udowodnienia zarzutów stawianych w kontekście każdego wskazanego wzorca kontroli” (postanowienie TK z 21 stycznia 2015 r., sygn. akt K 13/13).

IV. Analiza merytoryczna

1. Wzorce kontroli

1. Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji, każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Wobec czego istota prawa do sądu sprowadza się do zapewnienia ochrony sądowej w sprawach dotyczących sfery praw lub wolności danego podmiotu (postanowienie TK z 13 kwietnia 1999 r., sygn. akt Ts 24/99). Prawo do sądu – wedle utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego – obejmuje:

– prawo dostępu do sądu, tj. prawo uruchomienia postępowania przed sądem – organem o określonej charakterystyce (właściwym, niezależnym, bezstronnym i niezawisłym);

– prawo do właściwej procedury przed sądem;

– prawo do wiążącego rozstrzygnięcia sprawy (wyroki TK z: 9 czerwca 1998 r., sygn. akt K 28/97; 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 12/99; stanowisko to zostało wielokrotnie powtórzone w późniejszym orzecznictwie).

W 2007 r. TK uzupełnił te elementy prawa do sądu o „prawo do odpowiedniego kształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawę” (wyrok TK z 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06). Stanowisko to pojawia się również

w nowszej judykaturze, w której wyodrębnia się cztery elementy prawa do sądu (np. wyroki TK z: 13 stycznia 2015 r., sygn. akt SK 34/12; 30 września 2014 r., sygn. akt SK 22/13; 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt SK 12/13; 6 listopada 2012 r., sygn. akt K 21/11). Trybunał podkreślił również, że „w państwie prawnym prawo do sądu nie może być rozumiane jedynie formalnie, jako dostępność drogi sądowej w ogóle, lecz i materialnie, jako możliwość prawnie skutecznej ochrony praw na drodze sądowej (...)”. Podobne stanowisko zajął SN, według którego prawo do sądu nie wygasa w momencie złożenia powództwa i podjęcia na tej podstawie procesu, ale chodzi w nim o to, aby sąd rozpoznał sprawę co do jej istoty (postanowienie SN z 19 lipca 2006 r., sygn. akt I CSK 112/06). Ponadto TK zwraca uwagę na znaczenie prawa do wysłuchania, stwierdzając, że naruszenie prawa do sądu „przejawia się w pozbawieniu (...) tzw. prawa do wysłuchania, które wprawdzie nie zostało wyrażone w Konstytucji, jednak jest powszechnie uznane za składową prawa do sądu” (wyrok TK z 12 marca 2002 r., sygn. akt P 9/01). Prawo do sądu istnieje nawet wówczas, gdy jakaś ustawa regulująca prawa i obowiązki jednostki nie przewiduje możliwości wystąpienia na drogę sądową (por. wyrok SN z 7 kwietnia 1999 r., sygn. akt I PKN 648/98; uchwała SN z 18 stycznia 2001 r., sygn. akt III ZP 28/00).

Konstytucyjne prawo do sądu ma aspekt pozytywny, zawiera bowiem dyrektywy, zobowiązujące ustawodawcę do należytego ukształtowania systemu wymiaru sprawiedliwości w wymiarze instytucjonalnym i proceduralnym oraz zapewnienia jego efektywnego funkcjonowania. W tym aspekcie można mówić o obowiązku ustawodawcy ustanowienia regulacji prawnej, która zapewnia rozpatrzenie sprawy przez sąd, na żądanie zainteresowanego. Negatywny aspekt prawa do sądu wyraża się w zakazie zamykania lub nadmiernego ograniczania dostępu do wymiaru sprawiedliwości (art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji). Fundamentalnym założeniem Konstytucji jest jej aksjologiczna i teleologiczna spójność, dlatego też dyrektywa zakazująca zamykania drogi sądowej musi być uwzględniana w procesie wykładni ogólnej zasady prawa do sądu (wyroki TK z: 9 czerwca 1998 r., sygn. akt K 28/97; 15 października 2001 r., sygn. akt K 12/01; 7 września 2004 r., sygn. akt P 4/04; 29 stycznia 2013 r., sygn. akt SK 28/11).

Dalej TK w swoim orzecznictwie podkreślił, że z prawa do sądu wynika prawo do zastosowania sprawiedliwej procedury, tj. takiej, która „powinna zapewniać stronom uprawnienia procesowe stosowne do przedmiotu prowadzonego postępowania. Wymóg sprawiedliwego postępowania zakłada bowiem dostosowanie jego zasad do specyfiki rozpoznawanych spraw” (wyrok TK z 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09). Prawo do odpowiedniego ukształtowania postępowania ma charakter uniwersalny w tym sensie, że dotyczy każdego rodzaju postępowania sądowego, które objęte jest gwarancjami składającymi się na prawo do sądu (zob. wyrok TK z 12 lipca 2011 r., sygn. akt SK 49/08). Obowiązuje więc niezależnie od rodzaju załatwianej sprawy, jeżeli tylko ustawodawca powierza jej rozpoznanie sądowi, przedmiotu sprawy (praw lub obowiązków, których dotyczy), sposobu jej wszczęcia (na żądanie zainteresowanego podmiotu, organu publicznego albo z urzędu) oraz etapu, na którym znajduje się rozstrzygana sprawa (zob. wyroki TK z: 12 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 2/09; 11 maja 2011 r., sygn. akt SK 11/09; 12 lipca 2011 r., sygn. akt SK 49/08). Ustawodawca zwykły jest uprawniony do różnicowania postępowań sądowych w zależności od ich charakteru, przedmiotu rozpoznawanych w nich spraw, znaczenia dochodzonych w nich praw i obowiązków dla zainteresowanych podmiotów, celów realizowanych w ramach tych postępowań, zakresu kognicji sądu, a także etapu, na którym znajduje się rozstrzygana sprawa (zob. wyroki TK z: 13 stycznia 2004 r., sygn. akt SK 10/03; 28 lipca 2004 r., sygn. akt P 2/04; 26 stycznia 2005 r., sygn. akt P 10/04; 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09; zob. też wyroki TK z: 28 lipca 2004 r., sygn. akt P 2/04; 26 stycznia 2005 r., sygn. akt P 10/04; 20 października 2010 r., sygn. akt P 37/09; 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09). Ocena konstytucyjności tych szczegółowych rozwiązań i wyłaniającego się z nich kształtu określonego rodzaju postępowania sądowego wymaga odniesienia tego kształtu do wymagań konstytucyjnych w ujęciu całościowym (zob. wyroki TK z: 28 lipca 2004 r., sygn. akt P 2/04; 26 stycznia 2005 r., sygn. akt P 10/04; 20 października 2010 r., sygn. akt P 37/09; 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09). Takie prawo ustawodawcy nie oznacza rzecz jasna arbitralności w stanowieniu przepisów proceduralnych, przykładowo takich, które ponad miarę, a więc bez wystąpienia istotnych racji, ograniczają prawa procesowe strony (zob. wyroki TK z: 20 października 2010 r., sygn. akt P 37/09; 16 listopada 2011 r., sygn. akt

SK 45/09). Wymagane jest choćby zapewnienie sprawiedliwości proceduralnej, która, jak wskazuje TK, stanowi gwarancję tego, aby prawo do sądu nie było prawem fasadowym (zob. wyroki TK z: 26 lutego 2008 r., sygn. akt SK 89/06; 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt SK 11/07; 20 października 2010 r., sygn. akt P 37/09).

Wreszcie konstytucyjny nakaz sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy zawiera w sobie trzy podstawowe gwarancje (zob. wyroki TK z: 31 marca 2005 r., sygn. akt SK 26/02; 16 stycznia 2006 r., sygn. akt SK 30/05; 2 października 2006 r., sygn. akt SK 34/06; 20 listopada 2007 r., SK sygn. akt 57/05; 26 lutego 2008 r., sygn. akt SK 89/06; 12 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 2/09; 18 października 2011 r., sygn. akt SK 39/09; 8 kwietnia 2014 r., sygn. akt SK 22/11):

1) możliwość bycia wysłuchanym (prawo do wysłuchania);

2) ujawnienie w czytelny sposób motywów rozstrzygnięcia (prawo do uzasadnienia lub szerzej – prawo do informowania);

3) zapewnienie przewidywalności postępowania (prawo do przewidywalności postępowania; we wcześniejszym orzecznictwie wskazywano także na prawo do przewidywalności rozstrzygnięcia (zob. wyrok TK z 17 października 2000 r., sygn. akt SK 5/99).

2. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie zauważa, że artykuł 77 ust. 2 jest powiązany z artykułem 45 ust. 1 Konstytucji i stanowi jego rozwinięcie (zob. np. wyrok TK z 10 maja 2000 r., sygn. akt K 21/99). W artykule 77 ust. 2 zabroniono ustawodawcy zamykania sądowej drogi dochodzenia naruszonych praw i wolności oraz należności z tego tytułu. Pod pojęciem drogi sądowej należy rozumieć możliwość dochodzenia naruszonych praw i wolności przed każdym sądem w RP, a nie tylko przed sądem powszechnym.

3. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji każda wolność czy prawo podlega ograniczeniom na zasadach w nim przewidzianych tj. w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

W przypadku niektórych artykułów Konstytucji ustrojodawca zawarł w nich klauzulę ograniczającą, która – w stosunku do powyższej, ogólnej – zawęża zakres możliwego ograniczenia, jednak brak takiej klauzuli przy danym prawie czy wolności oznacza stosowanie art. 31 ust. 3 Konstytucji do oceny, nie zaś brak możliwości ograniczania w ustawie zwykłej.

Zasada proporcjonalności jest ściśle związana z założeniem racjonalnego działania prawodawcy, które stanowi punkt wyjścia podczas oceny zgodności kwestionowanych przepisów z Konstytucją. Cel podjęcia działania przez prawodawcę nie ogranicza się jedynie do wskazania pożądanego stanu faktycznego, ale wymaga odwołania się do wartości, które prawodawca obowiązany jest chronić, a zatem do systemu wartości wyrażonego w Konstytucji. Racjonalny prawodawca wybiera zatem cele służące najpełniejszej realizacji wyrażonego w Konstytucji systemu wartości, a następnie dobiera środki najbardziej adekwatne do realizacji tych celów. Za środki najbardziej adekwatne należy uznać te, które są, po pierwsze, skuteczne w realizacji pożądanego stanu faktycznego, a po drugie, zgodne z przyjętym systemem wartości. Tak rozumiany model racjonalności prawodawcy pozwala uznać, że funkcja prawa polega na realizacji wartości o podstawowym znaczeniu dla jednostki i społeczeństwa i nie sprowadza się do skutecznego sterowania procesami społecznymi (zob. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 137-139). Prawodawca, którego działania mieszczą się w takim ujęciu racjonalności, unika także zarzutu arbitralności swych działań (wyrok TK z 12 lutego 2014 r., sygn. akt K 23/10). W związku z tym wprowadza się trzy kryteria: przydatności, konieczności i proporcjonalności przyjmowanych ograniczeń (zob. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka...*, *op. cit.*, s. 150 i n.).

Z zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny wyprowadził trzy powiązane między sobą obowiązki prawodawcy:

- 1) przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest związana,
- 2) kształtowanie danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych celów (skutków),

3) zachowanie proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami bądź niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli.

Zasada ta kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. To znaczy, że spośród możliwych środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia założonych celów, a zarazem jak najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu (wyroki TK z: 18 października 2011 r., sygn. akt SK 2/10; 12 stycznia 2012 r., sygn. akt Kp 10/09 i 23 maja 2012 r., sygn. akt P 11/10).

Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji wyznacza granice ingerencji władzy publicznej w sferę praw człowieka, nie udziela natomiast sam przez się ogólnego upoważnienia do ograniczania praw konstytucyjnych. Przepis ten, znajduje zastosowanie wtedy, gdy Konstytucja wyznacza zakres ochrony danego prawa, a jednocześnie – w sposób wyraźny lub dorozumiany – dopuszcza ingerencję władz publicznych w sferę danego prawa chronioną konstytucyjnie. Nie znajduje natomiast zastosowania w tych wypadkach, gdy Konstytucja ogranicza się do wyznaczenia minimalnego zakresu ochrony danego prawa, który wiąże władze publiczne, a jednocześnie pozostawia ustawodawcy bardzo dużą swobodę przy urzeczywistnieniu tego prawa pod warunkiem poszanowania minimalnego zakresu danego prawa wynikającego z Konstytucji. W takim wypadku ustawodawca jest w praktyce związany przede wszystkim bezwzględny zakazem naruszania istoty danego prawa (wyrok TK z 23 lutego 2010 r., sygn. akt P 20/09).

4. Zgodnie z Konstytucją każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji). W tym względzie należy przyjąć, że Konstytucja zobowiązuje władze publiczne do nieingerowania w tę sferę oraz zapewnienia skutecznej ochrony prawnej przez działaniami godzącymi w te prawa jednostki. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wskazał, że „prawo do prywatności, podobnie jak inne prawa i wolności, nie ma bowiem charakteru absolutnego i z tej też racji może podlegać ograniczeniom. Ograniczenia te winny jednak czynić zadość wymaganiom

konstytucyjnym. Przemawiać za nimi muszą inne normy, zasady lub wartości konstytucyjne. Stopień ograniczenia powinien pozostawać w odpowiedniej proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie to służy. Ze względu na zasadę proporcjonalności niezbędne jest porównanie dobra chronionego i poświęcanego oraz zharmonizowanie kolidujących interesów” (wyrok TK z 21 października 1998 r., sygn. akt K 24/98).

5. Zgodnie z art. 49 Konstytucji zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. W tym względzie należy zauważyć, że choć Konstytucja zapewnia ochronę tajemnicy komunikowania się, to ochrona ta nie jest bezwzględna. Wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się nie może być absolutyzowana. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. „Oznacza to, że – po pierwsze – ustawodawca zwykły może decydować o zakresie wolności komunikowania się, jeśli – po drugie – uczyni to w akcie rangi ustawy, wskazującym – po trzecie – «określone przypadki» i «sposób ograniczenia» (wymóg konkretności, wyłączenie użycia w tych zakresach otwartych klauzul generalnych)” (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04). Ograniczenia mogą być ustanowione, gdy korzystanie z wolności gwarantowanej w art. 49 Konstytucji prowadziłoby do naruszania innych wartości chronionych konstytucyjnie oraz praw i wolności jednostki.

6. W artykule 50 Konstytucji ustrojodawca zagwarantował nienaruszalność mieszkania. Zgodnie z tym przepisem przeszukanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony.

7. Konstytucja przewiduje (art. 51 ust. 2), że władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Wobec czego do uznania zasadności powyższego działania władz publicznych niezbędne jest wykazanie, że służy ono realizacji celu, który jest legitymowany konstytucyjnie. Trybunał Konstytucyjny w swoim

orzecznictwie stwierdził, że „dowodu wymaga, że złamanie autonomii informacyjnej jednostki było konieczne (niezbędne) w demokratycznym państwie prawnym” (wyrok TK z 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02). W przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości, że skuteczność organów ścigania w zapobieganiu i zwalczaniu przestępstw jest takim celem. Wobec czego, jak stwierdził TK (orzeczenie TK z 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07), nie jest zakazane zbieranie informacji, nawet bez wiedzy osoby, której te informacje dotyczą, aczkolwiek sposób i zakres pozyskiwanych informacji musi sprostać testowi „konieczności w demokratycznym państwie prawnym”. Usprawiedliwione jest stosowanie środków niezbędnych w tym sensie, że chronią wartości istotne w państwie demokratycznym, i to w sposób (bądź w stopniu), który nie mógłby zostać osiągnięty przy stosowaniu innych środków.

W omawianym przypadku nie znajdzie zastosowania unormowanie przewidziane w art. 51 ust. 4 Konstytucji, zgodnie z którym każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Jak wynika z orzecznictwa TK, w tym przypadku mowa „o szczególnym uprawnieniu wynikającym z ogólnej zasady art. 47 Konstytucji, obejmującej prawo do przedstawiania/kształtowania swego publicznego obrazu, rysującego się na tle danych zebranych przez władzę” (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04). Prawo to dotyczy całokształtu informacji będących w dyspozycji władz publicznych, przy czym art. 51 ust. 4 Konstytucji „nie odnosi się do rodzaju i zakresu informacji gromadzonych o osobie, ale jedynie do kwestii ich prawdziwości” (wyrok TK z 5 marca 2003 r., sygn. akt K 7/01). Osoba, której informacje dotyczą, musi mieć jednak możliwość powzięcia o nich wiadomości. W tym kontekście TK słusznie zauważył, że „spod działania tego prawa nie są bynajmniej wyłączone informacje zebrane w drodze działalności operacyjnej. Ponieważ jednak dane pochodzące z kontroli operacyjnej nie są ujawniane wobec zainteresowanego przy rozpoczęciu i w czasie trwania kontroli operacyjnej, przeto możliwość skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 51 ust. 4 Konstytucji *de facto* jest ograniczona” (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04). Ograniczenie takie wynika jednak z natury samego postępowania karnego, które dla swej skuteczności wymaga do pewnego etapu znacznego stopnia tajności. W innym orzeczeniu TK stwierdził, że „Konstytucja nie

stwarza (...) podstaw dla wypowiedzi ustawodawcy zwykłego w odniesieniu do prawa gwarantowanego w art. 51 ust. 4" (orzeczenie TK z 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07).

2. Analiza zgodności

1. Już na wstępie analiz prowadzonych w tej części prezentowanego dokumentu, wypada podkreślić, że należy starannie i konsekwentnie odróżniać przynajmniej trzy wyraźnie odmienne zagadnienia, których dotyczy wnioski Rzecznika Praw Obywatelskich – wszakże zdecydowanie czym innym jest: a) kwestia definiowania przesłanek dopuszczających stosowanie tzw. kontroli operacyjnej oraz kontroli i utrwalania rozmów w trybie k.p.k.; b) kwestia zachowywania i dysponowania materiałem pozyskanym w wyniku legalnego zastosowania kontroli, o jakiej mowa w punkcie poprzedzającym – w tym także materiałem, na pozyskanie którego inicjacja kontroli nie była ukierunkowana; c) kwestia przyznania prokuratorowi kompetencji do podejmowania decyzji w przedmiocie wykorzystania dowodów - pozyskanych w ramach legalnie stosowanych procedur kontrolnych - w postępowaniu karnym, co zresztą wydaje się być dość oczywistą i naturalną domeną aktywności prokuratorskiej, związanej z prowadzonym postępowaniem karnym.

2. Analiza powołanego na wstępie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich wymaga przede wszystkim starannego i konsekwentnego zachowywania w polu widzenia merytorycznej istoty regulacji wyrażonej w art. 168b k.p.k. – tak trafnie wydobytej i wyeksponowanej przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, w wyroku z 13 czerwca 2016 r. (sygn. akt II AKa 133/16), przytoczonym w punkcie I.4 niniejszego dokumentu – a także: merytorycznej istoty w dużym stopniu analogicznej regulacji, wynikającej z art. 237a k.p.k. Jak już wcześniej zaznaczono, rdzeń konstrukcyjny obu zaskarżonych przez Rzecznika artykułów k.p.k. jest jednolity: wyraża go jasne i jednoznaczne rozstrzygnięcie prawodawcy, przyznające prokuratorowi prawo decydowania o wykorzystaniu w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa, uzyskanego w rezultacie legalnie stosowanej procedury kontrolnej.

3. Skuteczne zaskarżenie powołanych rozstrzygnięć prawodawcy - stanowiących przedmiot wniosku Rzecznika - wymagałoby w istocie wykazania, że przyznanie prokuratorowi kompetencji do decydowania, na etapie postępowania przygotowawczego, jakie dowody na poparcie oskarżenia przedstawi sądowi, jest sprzeczne z Konstytucją. Analiza wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich jednoznacznie wskazuje, że Rzecznik tego nie wykazał - a według stanowiska Sejmu: udowodnienie tezy wyżej sformułowanej w ogóle nie jest możliwe.

4. Z kolei w odniesieniu do hipotez norm wyrażanych przez art. 168b i art. 237a k.p.k. podkreślić wypada, że w istocie nie ustanawiają one żadnych nowości normatywnych – jedynie nawiązują do systemowego kontekstu ich funkcjonowania, dokonując jego konkretyzacji. Uszczegółowienie obowiązujących wcześniej regulacji – w pełni mieszczące się jednak w zakresie wcześniej wytyczonych ram ustawowych – okazało się konieczne z powodu postępującego wypaczania ich treści na gruncie niezasadnej – i opartej na wątpliwych przesłankach – linii orzeczniczej sądów, a zwłaszcza: Sądu Najwyższego, aspirującego do ustanawiania (niewynikających z żadnych ustaw) podmiotowych i przedmiotowych ograniczeń w zakresie możliwości wykorzystywania dowodów przestępstwa, pozyskiwanych w ramach legalnie stosowanych procedur kontrolnych, o czym szerzej mowa w dalszej części niniejszego dokumentu.

5. Konfrontacja istoty regulacji wyrażonych w art. 168b oraz w art. 237a k.p.k. z konstytucyjnymi wzorcami kontroli, wskazanymi przez Rzecznika, prowadzi do wniosku, że ich zakresy merytoryczne całkowicie się rozmiągają. Według stanowiska Sejmu, nie jest możliwe wykazanie, że fakt przyznania prokuratorowi kompetencji do decydowania - na etapie postępowania przygotowawczego - jakie dowody na poparcie oskarżenia przedstawi sądowi, może pozostawać w istotnym, merytorycznym związku: a) z kwestią ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci, dobrego imienia, czy też – z zagadnieniem decydowania o swoim życiu osobistym, b) z wolnością i ochroną tajemnicy komunikowania się, c) z nienaruszalnością mieszkania, d) z pozyskiwaniem,

gromadzeniem i udostępnianiem przez władze publiczne innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym, e) z prawem do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, f) z prawem do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, g) z zamykaniem drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw.

6. W charakterze rozwinięcia uwag zamieszczonych w punktach poprzedzających, w związku z treścią art. 168b k.p.k., warto podkreślić, że na gruncie kilku ustaw pozakodeksowych – do których nawiązuje tenże artykuł – obowiązują przepisy zredagowane według zasadniczo jednolitej formuły, rozstrzygającej o tym, co następuje:

1) art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 roku o Policji (t.j. z dnia 13 października 2017 r.; Dz.U. z 2017 r. poz. 2067, dalej: ustawa o Policji): w wypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP albo komendant wojewódzki Policji przekazuje prokuratorowi wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej;

2) art. 19 ust. 17 ustawy o Policji: zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisyjnemu zniszczeniu;

3) art. 9e ust. 16 ustawy z dnia 12 października 1990 roku o Straży Granicznej (t.j. z dnia 8 września 2016 r.; Dz.U. z 2016 r. poz. 1643, dalej: ustawa o Straży Granicznej): w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Komendant Główny Straży Granicznej lub komendant oddziału Straży Granicznej przekazuje prokuratorowi wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej;

4) art. 9e ust. 18 ustawy o Straży Granicznej: organ Straży Granicznej, który wnioskował o zarządzanie kontroli operacyjnej, dokonuje niezwłocznie po zakończeniu kontroli protokolarnego, komisyjnego zniszczenia zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemających znaczenia dla toczącego się postępowania karnego;

5) art. 122 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 listopada 2016 roku o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz.U. z 2016 r. poz. 1947, dalej: ustawa o Krajowej Administracji Skarbowej): wskazane w ustawie dane oraz materiały, które zawierają dowody pozwalające na wszczęcie postępowania albo mające znaczenie dla postępowania w sprawie o przestępstwo inne niż określone w art. 122 ust. 1 pkt 1 tejże ustawy – odpowiednio: Szef Krajowej Administracji Skarbowej albo naczelnik urzędu celno-skarbowego - przekazuje Prokuratorowi Generalnemu albo prokuratorowi okręgowemu właściwemu miejscowo ze względu na siedzibę naczelnika urzędu celno-skarbowego;

6) art. 123 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej: dane oraz materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe albo niemające znaczenia dla kontroli celno-skarbowej, postępowania podatkowego, postępowania w sprawach celnych lub postępowania w sprawach o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, podlegają niezwłocznemu, komisijnemu i protokolarnemu zniszczeniu;

7) art. 31 ust. 16 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 roku o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (t.j. z dnia 23 sierpnia 2016 r.; Dz. U. z 2016 r. poz. 1483, dalej: ustawa o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych): w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej lub komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej przekazuje prokuratorowi wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej;

8) art. 31 ust. 18 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych: zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały

niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemające znaczenia dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu;

9) art. 27 ust. 15 ustawy z dnia 24 maja 2002 roku o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. z dnia 15 września 2017 r.; Dz. U. z 2017 r. poz. 1920, dalej: ustawa o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu): w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Szef ABW przekazuje Prokuratorowi Generalnemu wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej;

10) art. 27 ust. 16 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu: zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie są istotne dla bezpieczeństwa państwa lub nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu;

11) art. 31 ust. 14 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 roku o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz o Służbie Wywiadu Wojskowego (t.j. z dnia 28 września 2017 r.; Dz.U. z 2017 r. poz. 1978, dalej: ustawa o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz o Służbie Wywiadu Wojskowego): w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Szef SKW przekazuje Prokuratorowi Generalnemu wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej;

12) art. 31 ust. 15 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz o Służbie Wywiadu Wojskowego: zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu;

14) art. 17 ust. 15 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 roku o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t.j. z dnia 29 września 2017 r.; Dz. U. z 2017 r. poz. 1993, dalej: ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym): w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla

toczącego się postępowania karnego Szef CBA przekazuje Prokuratorowi Generalnemu wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej;

15) art. 17 ust. 16 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym: zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu.

Nie powinno być wątpliwości co do tego, że w szczególności to przepisy wyżej powołane stanowią rzeczywistą, pierwotną i bazową podstawę prawną dysponowania przez prokuratora materiałami pozyskanymi w trakcie tzw. kontroli operacyjnej (także: podstawę prawną ich zachowywania) – a nie przepis art. 168b k.p.k.

Równie ważnym jest, by zaakcentować, że z powołanych przepisów nie wynikają żadne ograniczenia podmiotowe ani przedmiotowe w odniesieniu do możliwości wykorzystywania pozyskiwanych dowodów przestępstwa w toku postępowań karnych – zatem to właśnie przepisy wyżej powołane stanowią pierwotną i właściwą podstawę wykorzystywania przez prokuratorów pozyskanego: a) dowodu popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego – niż objęte zarządzeniem kontroli - przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, b) dowodu popełnienia przez inną osobę – niż objętą zarządzeniem kontroli – przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego.

7. Z kolei w odniesieniu do kontroli i utrwalania rozmów w trybie k.p.k., to przepis art. 238 k.p.k. – a nie przepis art. 237a k.p.k. – stanowi rzeczywistą podstawę prawną dysponowania przez prokuratora materiałami pozyskanymi w trakcie tejże kontroli (także: podstawę prawną ich zachowywania); wszakże to art. 238 k.p.k. rozstrzyga, że:

- prokurator po zakończeniu kontroli wnosi o zarządzenie zniszczenia wszystkich utrwalonych zapisów, jeżeli w całości nie mają znaczenia dla postępowania karnego (art. 238 § 3 k.p.k.);

- 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 (art. 238 § 3 k.p.k.).

I w aspekcie regulacji wyżej powoływanych zaakcentować trzeba, że także z nich nie wynikają żadne ograniczenia podmiotowe ani przedmiotowe w odniesieniu do możliwości wykorzystywania pozyskiwanych dowodów przestępstwa w toku postępowań karnych – zatem i w tym przypadku to właśnie przepisy wyżej wskazane stanowią pierwotną i właściwą podstawę wykorzystywania przez prokuratorów pozyskanego:

1) dowodu popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego – niż objęte zarządzeniem kontroli - przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego;

2) dowodu popełnienia przez inną osobę – niż objętą zarządzeniem kontroli – przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego.

8. Koniecznym jest, by podkreślić z całą mocą, że Rzecznik Praw Obywatelskich nie objął złożonym w Trybunale wnioskiem żadnego z wyżej powołanych przepisów legitymizujących zachowywanie i dysponowanie przez prokuratorów materiałami pozyskiwanymi w ramach analizowanych procedur kontrolnych w zakresie wszelkich możliwych postępowań karnych, bez żadnych ograniczeń natury podmiotowej czy przedmiotowej. Tymczasem wskazane przez Rzecznika wzorce kontroli konstytucyjnej – a przynajmniej niektóre z nich – mogłyby ewentualnie pozostawać w związku merytorycznym z przedmiotem złożonego do Trybunału wniosku jedynie w przypadku ewentualnej próby zakwestionowania konstytucyjności przepisów wyżej eksponowanych.

9. W bezpośrednim odniesieniu do niektórych z wyżej powołanych przepisów – i w odniesieniu pośrednim do pozostałych z nich – na przestrzeni kilku ostatnich lat kształtowała się wątpliwa i pozbawiona należytych uzasadnień linia orzecznicza sądów, w tym zwłaszcza Sądu Najwyższego. Deprecjonowała ona ich literalne brzmienie – i wyprowadzała ustalenia niemające oparcia w warstwie tekstowej analizowanych przepisów. Jako taka, nosiła znamiona orzecznictwa aspirującego do swego rodzaju aktywizmu prawotwórczego – prowadziła do istotnego zawężenia możliwości

wykorzystywania przez prokuratorów dowodów pozyskiwanych w ramach stosowanych procedur kontrolnych, poprzez kreowanie pozaustawowych kryteriów podmiotowych i przedmiotowych, warunkujących możliwość dysponowania analizowanymi dowodami przez prokuratorów w ramach prowadzonych lub wszczynanych postępowań karnych.

Nurt orzecznictwa, o jakim wyżej mowa, reprezentują w szczególności orzeczenia dalej wskazane (odnoszące się naturalnie do stanów prawnych obowiązujących w datach ich wydania).

W postanowieniu o sygn. akt I KZP 6/07 z 26 kwietnia 2007 r. Sąd Najwyższy wywiódł, że: „Uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego” – w rozumieniu art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji – to dowody popełnienia przestępstw określonych w art. 19 ust. 1 tejże ustawy. 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 tejże ustawy albo popełnionych wprawdzie przez osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem, pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej.

Warto zaznaczyć w tym miejscu, że niezasadność powołanego orzeczenia została w przekonujący sposób wykazana w szczególności w krytycznej glosie M. Gabriela – Węglowskiego (zob. M. Gabriel-Węglowski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 2, LEX); częściowo krytyczne uwagi wynikają także z glos K. Grzegorzcyka oraz R. Signerskiego (zob. System Informacji Prawnej Lex).

Z kolei Sąd Apelacyjny w Warszawie - w postanowieniu o sygn. akt II AKz 288/07 z 18 maja 2007 r. - wywiódł, że ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym wprowadza prawo korzystania z dowodów uzyskanych przez Centralne Biuro Antykorupcyjne w trybie art. 17 ust. 1 pkt. 1 i 2 tejże ustawy - przepisy te nie wymieniają jednak zbrodni zabójstwa, ani nieumyślnego spowodowania śmierci. Sprawia to – konstatował Sąd Apelacyjny – że uzyskane w tym trybie dowody nie mogą być

podstawą ustaleń, jako zgromadzone w sposób sprzeczny z prawem, a tym samym nielegalnie.

Uchwałą składu siedmiu sędziów o sygn. akt I KZP 32/10 z 23 marca 2011 r., Sąd Najwyższy ustalił, że dowodami uzyskanymi w wyniku kontroli operacyjnej, zarządzanej postanowieniem sądu, wydanym na podstawie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, które pozwalają na wszczęcie postępowania karnego lub mają znaczenie dla toczącego się postępowania karnego – w rozumieniu art. 17 ust. 15 tejże 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, a popełnionych przez osobę, której dotyczyła zgoda pierwotna i osobę, co do której wydano zgodę następczą.

10. Wskazane orzeczenia zapewne nie pozostały bez wpływu na treść ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 53, poz. 273, dalej: nowela z 4 lutego 2011 r. lub nowela) – co zresztą wyraźnie wynika z jej uzasadnienia - radykalnie zawężającej możliwość wykorzystywania przez prokuratorów dowodów pozyskanych w ramach stosowanych procedur kontrolnych i ustanawiającej nowe zasady w tym zakresie, nie tylko na gruncie k.p.k., ale i wielu ustaw pozakodeksowych, regulujących stosowanie tzw. kontroli operacyjnej. W uzasadnieniu do tejże ustawy wywiedziono między innymi, że jej celem „przez dokonanie niezbędnych zmian w przepisach prawa”, jest „zakaz wykorzystywania dowodów uzyskanych w wyniku kontroli procesowej oraz kontroli operacyjnej w innych postępowaniach niż postępowanie karne, w sprawach o przestępstwo w stosunku do którego możliwe jest zarządzenie takiej kontroli”. Warto podkreślić w tym kontekście, że cytowana wypowiedź nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż dla projektodawcy było oczywistym, że wcześniej obowiązujące przepisy – powoływane wyżej - możliwość taką dopuszczwały, i to bez ograniczeń natury podmiotowej bądź przedmiotowej, a celem analizowanej noweli było jej wykluczenie.

Mocą noweli z 4 lutego 2011 roku rozstrzygnięto w szczególności o tym, co następuje:

– art. 1 ust. 1 pkt. 1 b noweli dokonał zmiany art. 237 k.p.k., poprzez dodanie § 8, stanowiącego, że 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;

– art. 1 ust 1 pkt 2 noweli po art. 237 k.p.k. wprowadził art. 237a, rozstrzygający między innymi, że 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;

- art. 3 pkt 1 g noweli w art. 19 ustawy o Policji po ust. 15 dodał ustępy 15a-15e, stanowiące między innymi, że:

„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.

[...]

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 [...]”.

Powoływana nowela ustanowiła dalej rozstrzygnięcia analogiczne co do istoty – wobec wyżej wskazanego – także na gruncie: ustawy o Straży Granicznej (art. 4 pkt 1 g noweli), ustawy o kontroli skarbowej (t.j. Dz.U. z 2011 r. Nr 41, poz. 214 ze zm.) (art. 5 pkt 3 b noweli), ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (art. 6 pkt 1 f noweli), ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (art. 7 pkt 1 f noweli), ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (art. 8

pkt 1 f noweli) i ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (art. 9 pkt 1 f noweli).

11. Mocą ustawy z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 437, dalej: nowela z 2016 r.) wprowadzono między innymi następujące zmiany:

– po art. 168a k.p.k. dodano art.168b (art. 1 pkt 35 noweli z 2016 r.), w brzmieniu powołanym uprzednio;

– ustalono nowe brzmienie art. 237a k.p.k. (art 1 pkt 43 noweli z 2016 r.), w brzmieniu powołanym uprzednio;

– uchylono wyżej powołane przepisy ustaw szczególnych, wprowadzone nowelą z 4 lutego 2011 r. (art. 4, art. 5, art. 6, art. 12, art. 13, art. 17 i art. 18 noweli z 2016 r.).

12. W uzasadnieniu wskazanego na wstępie wniosku, Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdza między innymi, że zarówno art. 168b k.p.k. jak też art. 237a k.p.k. „wprowadzają całkowicie nowe zasady wyrażania zgody następczej na wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej (podśluchu) dotyczącego innego przestępstwa lub innej osoby niż objęte sądowym zarządzeniem kontroli”. Wywodzi dalej, że „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”.

W innym miejscu Rzecznik Praw Obywatelskich podnosi, że: „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 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 zarządzanej przez sąd niejawniej kontroli wydaje prokurator”.

Wyżej referowane wywody Rzecznika, według oceny Sejmu, zdają się świadczyć o niezasadnym odczytaniu eksponowanej na wstępie istoty regulacji mieszczących się w art. 168b i art. 237a k.p.k. – co w konsekwencji przesądziło o oparciu wniosku na podstawie, która nie znajduje merytorycznego umocowania w treści ustawy. Należy podkreślić, że ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw w rozważanym zakresie radykalnie odrzuciła – a nie: zmodyfikowała tylko – niezasadne regulacje wprowadzone ustawą z dnia 4 lutego 2011 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, rzeczywiście ustanawiające swoisty mechanizm „zgody następczej” w analizowanym zakresie – pod niewątpliwym wpływem wyżej wskazanej, bardzo wątpliwej linii orzeczniczej sądów. Nie ma zatem żadnych podstaw do obrony nieprawdziwych dogmatów, sztucznie kreowanych w związku z rozwiązaniami słusznie uchylonej noweli z 2011 roku – i do doszukiwania się, za wszelką cenę, w treści art. 168b i art. 237a k.p.k. ich prawnych reminiscencji; nawet jeżeli próby takie zdarzają się w literaturze przedmiotu (zob. M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, red. D. Świecki, Warszawa 2016, komentarz do art. 168b, LEX). Warto podkreślić w tym kontekście, że ani w ustawie z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, ani w jej szerokim uzasadnieniu w żadnym miejscu nawet nie pojawia się określenie „zgoda następcza”. Rzeczywisty sens tego pojęcia należy wiązać z treścią art. 237 k.p.k. – oraz z analogicznymi co do istoty regulacjami wynikającymi z ustaw szczególnych. Przepisy art. 237 k.p.k. stanowią mianowicie, że: „§ 1. Po wszczęciu postępowania sąd na wniosek prokuratora może zarządzić kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. § 2. W wypadkach niecierpiących zwłoki kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych może zarządzić prokurator, który jest obowiązany zwrócić się w terminie 3 dni do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 5 dni na

posiedzeniu bez udziału stron. W wypadku niezatwierdzenia postanowienia prokuratora sąd w postanowieniu wydanym w przedmiocie wniosku zarządza zniszczenie wszystkich utrwalonych zapisów. Zaskarżenie postanowienia wstrzymuje jego wykonanie”.

Podobnie art. 19. ust. 3. ustawy o Policji stanowi, że: „W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP albo komendant wojewódzki Policji może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora (...), kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania”. Analogiczne co do istoty rozstrzygnięcia wynikają z art. 9e ust. 4 ustawy o Straży Granicznej, z art. 118 ust. 3 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej, z art. 31 ust. 4 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, z art. 27 ust. 3 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wojskowego oraz Agencji Wywiadu, z art. 31 ust. 3 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz o Służbie Wywiadu Wojskowego, i z art. 17 ust. 3 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

W kontekście regulacji wyżej powołanych, wypada podkreślić, że pojęcie „zgody następczej” zostało niepotrzebnie rozciągnięte znaczeniowo w związku z regulacjami wprowadzonymi ustawą z dnia 4 lutego 2011 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. W uzasadnieniu do tejże ustawy wywiedziono między innymi, że celem projektowanej ustawy, przez dokonanie niezbędnych zmian w przepisach prawa, jest „wprowadzenie do Kodeksu postępowania karnego oraz ustaw kompetencyjnych instytucji określonej w orzecznictwie sądowym jako «zgoda następca»”.

Rzecznik Praw Obywatelskich wywodzi, że: „Kwestionowane przepisy art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. zawierają (...) w zakresie realizacji prawa do sądu wewnętrzną sprzeczność. Otóż pierwotna niejawna ingerencja służb w prawo do prywatności wymaga zgody sądu, zgoda następca nie wymaga zaś już udziału sądu, nawet wówczas, gdy następuje zmiana podmiotowa polegająca na zmianie osoby

inwigilowanej (a więc wówczas, gdy chodzi o inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej). Przepisy art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. mają w związku z tym także charakter dyskryminujący w zakresie realizacji prawa jednostki do dostępu do sądu. W konsekwencji art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. są również niezgodne z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP”. Cytowany wywód Rzecznika zdaje się potwierdzać niezasadne odczytywanie istoty regulacji wynikających z art. 168b i art. 237a k.p.k. – może też świadczyć o tym, że podnosząc zarzuty pod ich adresem, Rzecznik nie uwzględnił faktu, iż ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw radykalnie i konsekwentnie zerwała ze specyficzną – wyżej opisaną – koncepcją „zgody następczej”, realizowaną od czasu wejścia w życie noweli z 4 lutego 2011 roku, przywracając w tym zakresie wcześniej obowiązujący stan prawny. Tym samym, żadna „wewnętrzna sprzeczność” w analizowanym zakresie oczywiście nie zachodzi.

W uzasadnieniu powołanego na wstępie wniosku, Rzecznik Praw Obywatelskich wywodzi dalej, że zarówno z postanowień Konstytucji jak też z orzecznictwa ukształtowanego na tle art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności wynika standard wymagający precyzji regulacji prawnej odnoszącej się do niejawnego pozyskiwania informacji o jednostce. Precyzja ta ma zapobiegać ryzyku arbitralności niejawnych działań podejmowanych przez organy władzy publicznej, które z natury rzeczy pozostają poza zasięgiem kontroli publicznej. W tym kontekście Rzecznik stwierdza, że co do zasady obowiązujące przepisy prawa realizują ten standard. Art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 1 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 1 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, a także art. 237 § 3 k.p.k. określają rodzaje przestępstw ściganych z urzędu lub przestępstw skarbowych, które uzasadniają zarządzenie kontroli operacyjnej. Z referowanego wyводу Rzecznika wynika dalej, że: „Standardu tego nie realizują jednak objęte (...) 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”.

W odniesieniu do referowanego wywodu Rzecznika – w aspekcie wyżej przedstawionych analiz - raz jeszcze warto podkreślić, że normy prawne wynikające z art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k.:

– nie regulują instytucji zgody następczej, co zresztą wyraźnie wynika z ich treści już nawet *prima facie*, zaś pogłębiona ich analiza może tylko utwierdzać w takim przekonaniu;

– nie wprowadzają „nieograniczonego katalogu przestępstw, które uzasadniają wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w wyniku niejawnych działań” – wprowadzają go, stanowione na przestrzeni wielu lat, przepisy szczególne (wyżej referowane), nieobjęte wnioskiem Rzecznika; art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. jedynie do nich nawiązują, konkretyzując ich treść w zakresie wcześniej ustanowionych ram ustawowych;

– nie „niweczą gwarancyjnego charakteru przepisów” i nie przywracają „arbitralności niejawnych działań władzy publicznej”, gdyż odnoszą się wyłącznie do wykorzystania materiałów pozyskanych w toku legalnych procedur, poddanych kontroli sądowej, i stosowanych w granicach przez prawo wyznaczonych; nie dopuszczają

w szczególności możliwości stosowania tzw. kontroli operacyjnej i podsłuchiwania oraz utrwalania rozmów (w trybie k.p.k.) w celu pozyskania dowodów jakiegokolwiek przestępstwa popełnionego przez kogokolwiek; nie znoszą wcześniej ustalonego przez prawo warunku zakładającego, że mogą być one ukierunkowane wyłącznie na ściganie tzw. „przestępstw katalogowych”.

Prawdą jest natomiast, że analizowane przepisy potwierdzają (nie ustanawiają, a potwierdzają) możliwość wykorzystania wszelkich dowodów przestępstw – pozyskanych w ramach legalnie stosowanych procedur (tzw. kontroli operacyjnej oraz podsłuchiwania i utrwalania rozmów w trybie k.p.k.), niejako „przy okazji” ich stosowania – „nie tylko do ścigania poważnych przestępstw, opisanych precyzyjnie w prawie, lecz również do ścigania każdego przestępstwa”, co jednak stanowi o ich walorze, gdyż:

- a) obowiązkiem władzy publicznej jest ściganie każdego przestępstwa, a ich sprawcy nie mogą korzystać z ochrony prawnej rozciąganej przez ustrojodawcę i przez prawodawcę zwykłego nad konstytucyjnymi prawami i wolnościami, gdyż żaden czyn kryminalny nie może oczywiście mieścić się w sferze konstytucyjnych praw i wolności;
- b) prokuratorzy w toku swojej działalności związani są zasadą legalizmu, która pozostaje w związku z konstrukcją demokratycznego państwa prawnego;
- c) w wyniku stosowanych procedur kontrolnych pozyskiwane są czasami dowody przestępstw nawet bardziej karygodnych niż tzw. „przestępstwa katalogowe”, czego zdaje się nie uwzględniać Rzecznik Praw Obywatelskich, gdyż kategorią „poważnych przestępstw” operuje jedynie w odniesieniu do tzw. „przestępstw katalogowych” (jak pisze Rzecznik: „opisanych precyzyjnie w prawie”).

Warto zaakcentować wreszcie, że cytowany wywód Rzecznika Praw Obywatelskich nie jest zasadny w zakresie stwierdzenia, według którego art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. odnoszą się do materiałów zdobytych „nielegalnie, bo poza zakresem dopuszczalnej kontroli operacyjnej” – nie można wykluczyć zresztą, że konsekwencją tego właśnie niezasadnego założenia jest argumentacja zawarta w uzasadnieniu wniosku Rzecznika i zarzuty tam sformułowane. Koniecznym jest zatem, by podkreślić, że art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. dotyczą dowodów zdobytych legalnie – w zakresie

dopuszczalnej kontroli operacyjnej. O legalności dowodu - i o tym, czy jest on zdobyty w zakresie dopuszczalnej kontroli operacyjnej, czy też poza tym zakresem – nie stanowi bowiem ta okoliczność, czy dotyczy on przestępstwa nazywanego przestępstwem „katalogowym”, czy też jakiegokolwiek innego przestępstwa, a ta okoliczność, czy został zdobyty z zachowaniem prawnie określonych warunków. Z tego punktu widzenia, kluczowe znaczenie ma fakt, że obowiązujące przepisy prawa nie limitują granic legalności tzw. kontroli operacyjnej i kontroli rozmów w oparciu o zastrzeżenie, że w ramach tejże kontroli wolno gromadzić jedynie dowody „przestępstw katalogowych”. Nie można wszakże utracić z pola widzenia ich ujęcia redakcyjnego, według którego sąd może zarządzić kontrolę operacyjną:

- „przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw” określonych w art. 19 ust. 1 pkt 1–8 ustawy o Policji (art. 19 ust. 1 powołanej ustawy);

- „przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Straż Graniczną w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw” określonych w art. 9e ust. 1 pkt 1-7 ustawy o Straży Granicznej (art. 9e ust. 1 powołanej ustawy);

- „w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez funkcjonariuszy wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze, w celu wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw” określonych w art. 118 ust. 1 pkt 1-8 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej (art. 118 ust. 1 powołanej ustawy);

- „przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez Żandarmerię Wojskową (...) w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów, umyślnych przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego” określonych w art. 31 ust. 1 pkt 1-9 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (art. 31 ust. 1 powołanej ustawy);

- „przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez ABW w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw” określonych

w art. 27 ust. 1 pkt 1–2 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wojskowego oraz Agencji Wywiadu, oraz „w celu uzyskania i utrwalenia dowodów tych przestępstw i ścigania ich sprawców” (art. 27 ust. 1 powołanej ustawy);

– „przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez SKW w celu realizacji zadań” określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1, 5, 7 i 8 oraz ust. 2 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz o Służbie Wywiadu Wojskowego (art. 31 ust. 1 powołanej ustawy);

– „przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez CBA w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, a także uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw” określonych w art. 17 ust. 1 pkt 1–2 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (art. 17 ust. 1 powołanej ustawy).

Także na gruncie k.p.k., przepis art. 237 § 1 stanowi, że po wszczęciu postępowania sąd na wniosek prokuratora może zarządzić kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa, z zastrzeżeniem wynikającym z przepisu art. 237 § 3 k.p.k., według którego kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne tylko wtedy, gdy toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa dotyczy przestępstwa objętego tam określonym katalogiem (punkty 1–19 analizowanego artykułu).

Ważnym jest, by w kontekście rozwijanego wątku – i wyżej eksponowanych przepisów – podkreślić, że nie jest oczywiście dopuszczalne zarządzenie kontroli operacyjnej przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw innych niż „przestępstwa katalogowe” – nie znaczy to jednak, że pozyskane przy wykonywaniu takich czynności operacyjno-rozpoznawczych dowody innych przestępstw są dowodami pozyskanymi nielegalnie; brzmienie analizowanych przepisów w żadnym razie nie legitymuje do wyciągania tak daleko idącego wniosku. Raz jeszcze warto podkreślić: o legalności pozyskania dowodu przesądza nie ta okoliczność, czy dotyczy on przestępstwa katalogowego, czy jakiegokolwiek innego przestępstwa, a ta okoliczność, czy został pozyskany przy podejmowaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz

uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstwa katalogowego – zatem dowody przestępstw pozakatalogowych, pozyskane „przy okazji” czynności ukierunkowanych na zwalczanie przestępstw katalogowych, muszą zostać uznane za dowody pozyskane legalnie.

Nie można zatem podzielić wyводу Rzecznika Praw Obywatelskich, według którego uzasadniony jest zarzut, że art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. są niezgodne między innymi z art. 51 ust. 4 Konstytucji, „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” – jak wyżej bowiem wykazano, Rzecznik Praw Obywatelskich niezasadnie przyjmuje, że:

- a) fakt, iż chodzi o materiały zebrane „poza granicami ustawowego celu stosowania kontroli operacyjnej i kontroli i utrwalania rozmów” powoduje, że są to materiały „zebrane w sposób sprzeczny z ustawą”, podczas gdy żadne zabiegi logiczno-językowe wniosku takiego nie mogą uzasadniać, i nie znajduje on żadnego umocowania w treści obowiązującego prawa; są to materiały zebrane w sposób zgodny z ustawą, w ramach legalnej procedury, poddanej kontroli sądowej – i takiej ich oceny nie może zmieniać fakt, że są to materiały zebrane niejako „przy okazji” czynności ukierunkowanych na walkę z innymi przestępstwami; wszakże ich gromadzenie nie następuje na podstawie innych ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności niż te, które zostały zaaprobowane przez właściwy sąd;
- b) fakt wprowadzenia do Kodeksu postępowania karnego art. 168b i art. 237a oznacza „wprowadzenie rozwiązania zezwalającego na zachowanie do (...) ewentualnego procesowego wykorzystania (...) materiałów zebranych w sposób sprzeczny z ustawą”; art. 168b i art. 237a k.p.k. rozwiązania, o jakim pisze Rzecznik, nie wprowadzają – wynika ono z wcześniej wskazanych przepisów szczególnych, nieobjętych wnioskiem Rzecznika.

13. W podsumowaniu analizy przedstawianej w punktach poprzedzających, Sejm wyraża przekonanie, że przyjęty przez Trybunał Konstytucyjny sposób rozpoznania powołanego na wstępie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich powinien być przede wszystkim konsekwencją uznania faktu, iż wniosek Rzecznika oparty został na niezasadnych ustaleniach co do treści art. 168b oraz art. 237a Kodeksu postępowania karnego, polegających w szczególności na:

a) przyjęciu tez, które nie znajdują umocowania ani w treści zaskarżonych przepisów ani w ich uzasadnieniu, a według których zaskarżone przepisy ustanawiają instytucję „zgody następczej prokuratora”, podczas gdy zarówno tekst ustawy z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw jak i jego uzasadnienie jednoznacznie wskazuje, że prawodawca definitywnie i konsekwentnie wyeliminował specyficzną konstrukcję tzw. „zgody następczej”, która na gruncie ustawy z dnia 4 lutego 2011 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw została oderwana od pierwotnego sensu pojęcia „zgoda następcza” i odniesiona do rozstrzygnięć w sprawie wykorzystania dowodów przestępstw pozyskanymi w trakcie tzw. kontroli operacyjnej oraz kontroli rozmów,

b) pominięciu istoty rozwiązań ustanawianych przez dyspozycje zaskarżonych przepisów - które wolne są od kontrowersji w perspektywie konstytucyjnoprawnej, gdyż odnoszą się do oczywistych atrybutów władzy decyzyjnej prokuratora w fazie postępowania przygotowawczego, które w naturalny sposób należy do wyłącznej gestii prokuratora,

c) niezasadnym przyjęciu, że w zakresie objętym treścią hipotez zaskarżonych przepisów prawodawca ustanawia nowości normatywne, podczas gdy ich treść jedynie nawiązuje do reguł ustanawianych – na nieco bardziej ogólnym poziomie – przez przepisy, które nie zostały zaskarżone przez Rzecznika (i jedynie je uszczegóławia w zakresie wcześniej ustanowionych ram normatywnych, wynikających z przepisów omówionych bliżej w treści niniejszego dokumentu),

d) niezasadnych rozumowaniach logiczno-językowych, implikujących wniosek, że dowody, o jakich traktują hipotezy zaskarżonych przepisów, są dowodami pozyskanymi

nielegalnie, podczas gdy ich ocena musi uwzględniać okoliczności wskazane w ramach przedstawionych powyżej wywodów.

14. Według oceny Sejmu, w konsekwencji okoliczności eksponowanych w punktach a – d, Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał wzorce kontroli konstytucyjnej w całości rozmiągające się z rzeczywistą zawartością merytoryczną zaskarżonych przepisów – nie objął natomiast wnioskiem przepisów, których wzorce te (a przynajmniej niektóre z nich) mogłyby ewentualnie dotyczyć.

15. Mając na uwadze przedstawione argumenty należy uznać, że:

1) art. 168b ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) **nie jest niezgodny** z art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji;

2) art. 237a ustawy wskazanej w punkcie 1 **nie jest niezgodny** z art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU



Marek Kuchciński