

Warszawa, dnia 01 czerwca 2023 roku

**Do
Trybunału Konstytucyjnego**

Dot. sprawy:
sygn. akt Ts 110/22

Adwokat Bogumił ZYGMONT
Kancelaria Adwokacka w Warszawie
adres - j.n., pełnomocnik Pana
A E
składa:

WYKONANIE WEZWANIA

Działając jako pełnomocnik Pana A E , na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, które znajduje się w aktach sprawy, niniejszym w wykonaniu zarządzenia sędziego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 maja 2023r. (sygn. akt Ts 110/22), które zostało mi doręczone mi w dniu 25 maja 2023r., i w którym to zarządzeniu zostałem wezwany do usunięcia braków formalnych skargi konstytucyjnej, wniesionej do Trybunału Konstytucyjnego w dniu 13 maja 2022r., niniejszym uprzejmie wskazuję adres miejsca zamieszkania skarżącego:

A E

Jednocześnie, w wykonaniu punktu drugiego ww. zobowiązania, poniżej uprzejmie wyjaśniam, w jaki sposób w ocenie pełnomocnika skarżącego zakwestionowany przepis art. 27 ust. 11a z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. Nr. 74 poz. 676, ze zm., dalej: ustawa o ABW i AW) w zakresie w jakim „nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, (...) prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli” narusza powołane w *petitum* skargi konstytucyjnej wolności lub prawa skarżącego.

1. Sposób naruszenia art. 45 ust. 1 Konstytucji

Wskutek pominięcia prawodawczego w treści art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW, a w konsekwencji uznania A.E za osobę nieuprawnioną do wniesienia zażalenia na postanowienie Sądu Okręgowego w W z dnia października 2015r., sygn. akt (dalej: postanowienie Sądu Okręgowego w W) w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej, zostało naruszone prawo do sądu skarżącego, które zostało mu zagwarantowane w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

Z uwagi na fakt, że przepis art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW nie przewiduje możliwości wniesienia przez skarżącego skutecznego zażalenia na ww. postanowienie Sądu Okręgowego w W w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej wobec A.S , na mocy którego zastosowano wobec A.S kontrolę operacyjną, podczas której A.S kontaktował się z moim Mandantem telefonicznie, i w związku z którą to rozmową telefoniczną organy ścigania pozyskały materiały, które zostały następnie wykorzystane (**z naruszeniem prawa**) w sprawie karnej A.E i *de facto* posłużyły – jako jedyny dowód w sprawie - do przedstawienia mu zarzutu, pomimo że nie mogły być wykorzystane w sprawie karnej A.E , do czego szczegółowo odniosłem się w pkt. 2 przedmiotowego pisma,

wskazać należy, że **art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW narusza prawo skarżącego do rozpoznania jego sprawy (zażaleniowej) przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd**, w taki sposób, że treść tego artykułu uniemożliwiła mu wniesienie skutecznego zażalenia na ww. postanowienie Sądu Okręgowego w W , wobec czego A.E nie może podważyć niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w W , co skutkowało tym, że skarżący wskutek występującego w treści art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW pominięcia prawodawczego – został **pozbawiony nie tylko prawa do sądu i rozpoznania jego sprawy (zażaleniowej), ale został również pozbawiony skutecznego prawa do obrony**, albowiem nie może podważyć postanowienia Sądu w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej w trybie ustawy o ABW i AW, a tym samym jego sprawa – w tym zakresie – nie może być rozpatrzona przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (naruszenie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP).

2. Sposób naruszenia art. 77 ust. 2 Konstytucji

Zgodnie z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP „Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw”.

Wskutek pominięcia prawodawczego w treści art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, naruszone zostało prawo A.E do dochodzenia przez niego jego naruszonych praw i wolności, albowiem A.E nie mógł wnieść skutecznego środka zaskarżenia na postanowienie Sądu Okręgowego w W w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej, z uwagi na brak podstawy prawnej, pomimo iż miał w tym interes prawny.

Wobec powyższego, w przypadku A.E przepis art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW zamykając skarżącemu drogę do sądowego dochodzenia naruszonych praw - albowiem skarżący nie mógł zakwestionować (w tym doprowadzić do uchylecia lub zmiany) ww. postanowienia Sądu – naruszył prawo A.E do dochodzenia naruszonych wolności i praw, w tym prawa do sądu, prawa do dwuinstancyjności postępowania sądowego oraz prawa do skutecznej obrony.

Wyjaśniając znaczenie powyższego, wskazać należy, że niemożliwe jest prowadzenie postępowania sądowego bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania

dowodowego w sposób zgodny z przepisami prawa, które dostarczyłyby podstaw wskazujących na popełnienie czynu.

W realiach sprawy karnej A.E , **jedynym dowodem będącym podstawą wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów oskarżonemu, był materiał uzyskany w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej względem A.S (dalej: A.S)**, w toku której doszło do zarejestrowania połączenia głosowego w dniu .12.2015 roku od godz. , pomiędzy dzwoniącym numerem telefonu należącym do A.S , a wybranym numerem telefonu należącym do A E .

jedyny dowód, stanowiący podstawę przypisania oskarżonemu odpowiedzialności karnej, został uzyskany w wyniku naruszenia przepisów prawa procesowego i objęty jest bezwzględnym zakazem dowodowym.

Należy wskazać, że zażaleniem z dnia 12.2021 roku obrońca oskarżonego zaskarżył postanowienie Sądu Okręgowego w W z dnia 10.2015 roku, na podstawie którego została zastosowana kontrola operacyjna względem A.S o czyn z art. 258 § 2 k.k., w wyniku której uzyskano nagranie rozmowy telefonicznej pomiędzy A.S a A.E . Zarządzeniem z dnia .12.2021 roku Sąd Okręgowy w W odmówił przyjęcia zażalenia wobec uznania, że zostało wniesione przez osobę nieuprawnioną (sygn. akt).

Wymaga podkreślenia, że **naruszenie przepisów postępowania, do którego doszło w toku postępowania dowodowego, uniemożliwia uczynienie podstawą zarzutu dowodu stanowiącego „owoc zatrutego drzewa”, w sytuacji gdy jest to jedyny dowód, dotyczący osoby oskarżonego (choć wcale go nie obciążający).**

Kwestia możliwości wykorzystania materiału dowodowego uzyskanego w wyniku przeprowadzenia kontroli operacyjnej z przekroczeniem granic przedmiotowych i podmiotowych była bowiem przedmiotem nowelizacji z dnia 11.03.2016 roku, która w istotny sposób zmodyfikowała procedurę tzw. zgody następczej. W poprzednim stanie prawnym problematyka ta była uregulowana w przepisach szczególnych, w tym również w przepisach ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

Przepis art. 27 ust. 15c Ustawy w brzmieniu obowiązującym do dnia 14.04.2016 roku stanowił, że: *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, o którym mowa w ust. 2, na wniosek Prokuratora Generalnego.*

W wyniku nowelizacji z dnia 11.03.2016 roku o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, ustawodawca postanowił

problematykę stosowania kontroli operacyjnej pozostawić w poszczególnych ustawach, jednakże kwestie dotyczące uzyskiwania tzw. zgód następczych w całości przeniósł do kodeksu postępowania karnego. W związku z powyższym, w dniu 14.04.2016 roku doszło do uchylecia przepisów zawartych w ustawach szczególnych, w tym art. 27 ust. 15c ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu. Jednocześnie od dnia 15.04.2015 roku zaczął obowiązywać przepis art. 168b k.p.k., który stanowi, że:

Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej 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.

Jednak w obliczu pozornej konkurencyjności regulacji i istniejących wątpliwości dotyczących zakresu temporalnego poszczególnych przepisów, Sąd Najwyższy sformułował jednolite orzecznictwo, zgodnie z którym:

Reguła tempus regit actum wy daje się zaś uniemożliwiać zastosowanie art. 168b k.p.k. do materiału uzyskanego w toku kontroli operacyjnej przeprowadzonej przed jego wejściem w życie. Przeprowadzenie kontroli operacyjnej i uzyskanie na jej podstawie określonego materiału stanowi bowiem w myśl wskazanej reguły fakt, a jego dowodowe wykorzystanie w toku postępowania karnego jest wyłącznie skutkiem tego faktu, a nie nowym zdarzeniem podlegającym regulacjom prawnym obowiązującym w czasie jego zaistnienia. Oznacza to, że **wprowadzenie materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej jako dowodów do postępowania karnego, winno następować na podstawie przepisów obowiązujących w czasie, w którym kontrola ta była dokonywana.** (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28.03.2018 roku, sygn. akt I KZP 14/17)

Zaistniałe przed wejściem w życie ustawy z dnia 11.03.2016 roku o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw fakty mogące stanowić dowód w znaczeniu procesowym podlegają ocenie według reguły tempus regit actum, a więc według przepisów obowiązujących w dacie zaistnienia takich faktów. (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26.06.2019 roku, sygn. akt IV KK 328/18)

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że kontrola operacyjna względem A.S. była dokonywana w okresie od dnia 10.2015 roku do dnia 01.2016 roku, zaś zdarzenie historyczne ustalone w wyniku przeprowadzenia kontroli operacyjnej miało miejsce w dniu 12.2015 roku.

Oznacza to, że stosownie do reguły *tempus regit actum* – **wprowadzenie materiałów dowodowych powinno nastąpić według przepisów obowiązujących w dniu 12.2015 roku, a zatem przepisów obowiązujących przed wprowadzeniem nowelizacji z dnia 11.03.2016 roku o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw.**

Zgodnie z powyższym, w realiach przedmiotowej sprawy, **aby materiał dowodowy - uzyskany w wyniku przeprowadzenia kontroli operacyjnej dotyczącej przestępstwa z art. 258 § 2 k.k. i stosowanej względem A.S - został prawidłowo wprowadzony do postępowania przygotowawczego A.E , Prokurator Generalny powinien wystąpić z wnioskiem o wyrażenie zgody do Sądu Okręgowego w W**

Uwzględniając powyższe, oczywistym jest, że wprowadzenie materiałów dowodowych uzyskanych w wyniku przeprowadzenia kontroli operacyjnej do postępowania toczącego się przeciwko A.E nastąpiło z naruszeniem art. 27 ust. 15c ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu w brzmieniu obowiązującym do dnia 14.04.2016 roku (Dz.U. z 2002 r., nr 74, poz. 676), bowiem nie zostało wydane w tym przedmiocie stosowne postanowienie Sądu Okręgowego w W :

Wobec okoliczności, że **materiał dowodowy, uzyskany w wyniku przekroczenia granic określonych postanowieniem Sądu Okręgowego w W , nie został wprowadzony do przedmiotowego postępowania w sposób zgodny z prawem, to należy go uznać za nielegalny, tzn. niespełniający warunków, z którymi ustawa wiąże możliwość jego wykorzystania.**

W tym zakresie, Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie podkreśla, że:
*Podstawowym obowiązkiem sądu dotyczącym zebranych w sprawie dowodów jest dokonanie oceny, czy dowody te zostały uzyskane zgodnie z prawem. **Stwierdzenie, że dowody zebrano z naruszeniem ustawowych reguł, bądź wbrew zakazom dowodowym, musi skutkować przyjęciem, iż taki dowód nie może stanowić przedmiotu oceny sądu.*** (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 03.07.2013 roku, sygn. akt V KK 412/12)

W dalszej kolejności, należy wskazać, że zarówno na gruncie ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu w brzmieniu obowiązującym do dnia 14.04.2016 roku, jak również w aktualnie obowiązującym stanie prawnym, **możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej na podstawie przepisów tej ustawy jest ograniczona wyłącznie do konkretnie określonych sytuacji.** Stosowanie kontroli operacyjnej może bowiem służyć wyłącznie rozpoznawaniu, zapobieganiu i wykrywaniu **konkretnych kategorii przestępstw.** Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego:
(...) legalna kontrola operacyjna może być stosowana jedynie w celu ujawnienia czynów należących do zamkniętego katalogu przestępstw wyszczególnionych w przepisach. (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25.11.2005 roku, sygn. akt SNO 57/05).

Przepis art. 27 ust. 1 Ustawy w brzmieniu obowiązującym do dnia 14.04.2016 roku wymieniał kategorie przestępstw, co do których możliwe jest zastosowanie kontroli operacyjnej. Również wyrażenie zgody na wykorzystanie dowodu popełnienia przestępstwa przez osobę, wobec której nie była stosowana kontrola operacyjna lub dowodu popełnienia przestępstwa innego niż określone w postanowieniu w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, jest również ograniczone wyłącznie do konkretnie określonych sytuacji, w których może zostać wyrażona zgoda na jej zarządzenie (zob. P.Daniluk, Jeszcze raz o konstytucyjności art. 168b Kodeksu postępowania karnego, Palestra 12/2020).

Zgodnie bowiem z przepisem art. 27 ust. 15c Ustawy w brzmieniu obowiązującym do dnia 14.04.2016 roku:

*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, o którym mowa w ust. 2, na wniosek Prokuratora Generalnego.*

Przenosząc powyższe w realia przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że przedmiotem kontroli operacyjnej zastosowanej wobec A.S. było przestępstwo stypizowane w art. 258 § 2 k.k., które mieściło się w katalogu zawartym w przepisie art. 27 ust. 15c Ustawy.

Materiał dowodowy uzyskany w wyniku stosowania tejże kontroli operacyjnej zdaniem organu procesowego zawierał dowód przestępstwa, które zostało popełnione przez A.E., wobec którego nie zostało wydane postanowienie w tym przedmiocie, oraz które było innym przestępstwem, aniżeli to, które zostało określone w treści postanowienia.

A.E. został przedstawiony zarzut popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 264 § 3 k.k. W doktrynie prawa karnego materialnego wskazuje się, że przedmiotem ochrony przestępstwa z art. 264 § 3 k.k. jest porządek prawny w zakresie reglamentacji prawa przekraczania granicy państwa (zob. M.Mozgawa [w:] M.Budyn-Kulik, P.Kozłowska-Kalisz, M.Kulik, M.Mozgawa, Kodeks karny. Komentarz aktualizowany; A.Lach [w:] V.Konarska-Wrzošek Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2020; Z.Ćwiąkalski [w:] W.Wróbel, A.Zoll Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 212-277d, Warszawa 2017).

Z powyższego wynika, że **przestępstwo z art. 264 § 3 k.k. nie stanowi przestępstwa, o którym mowa w przepisie art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, c, d, e Ustawy, ani w rozdziałach XXXV - XXXVII kodeksu karnego, ani w rozdziałach 6 i 7 kodeksu karnego skarbowego. Oznacza to, że w stosunku do tego przestępstwa niemożliwe byłoby zastosowanie kontroli operacyjnej, a zatem niemożliwe było również wykorzystanie tego dowodu w postępowaniu przygotowawczym.**

Biorąc pod uwagę podniesione okoliczności, należy wskazać, że materiał dowodowy uzyskany w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej, który stanowi wyłączną podstawę przedstawienia zarzutu A.E (a potem jego oskarżenia), jest **pozbawiony atrybutu zgodności z prawem**, w związku z czym nie może być w ogóle poddawany sądowej ocenie.

W tym zakresie należy powołać się na orzecznictwo sądowe, w którym wskazuje się, że: *Wartości chronione przez art. 5 i art. 7 Konstytucji (ochrona wolności i praw człowieka i obywatela oraz zasada Państwa Prawnego), a w szczególności nałożone przez ustawę zasadniczą w art. 9 zobowiązanie, że Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego, czyni niedopuszczalnym wykorzystywanie przez organy państwowe - pod jakąkolwiek postacią oraz w jakiegokolwiek formie i celu - informacji o obywatelach, które są pozbawione atrybutu legalności. Gwarancją przestrzegania tych wartości jest zakaz wykorzystywania takiej wiedzy, nawet w sposób pośredni, do późniejszej procesowej jej legalizacji.*

Dając możliwość wykorzystywania w sposób nieograniczony rezultatów działań operacyjnych, również tych nielegalnych, włączając je okreśną drogą w materiał procesowy, legalizowałoby się de facto bezprawne działania organów państwa w imię walki z przestępczością, a obrazując dosadniej - otwierałoby ścieżkę do stosowania podsłuchów "totalnych", gromadzenia w ten sposób wszystkich możliwych informacji o obywatelach, by następnie - pod pozorem legalności - przekształcać tę wiedzę na materiał procesowy, służący do walki z przestępczością. Takie działanie nie miałoby nic wspólnego ze standardami cywilizowanego państwa, stanowiąc niebываłe pole do nadużyć, charakteryzujących systemy totalitarne. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18.03.2010 r, sygn. akt II AKa 18/10)

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że **materiały uzyskane w wyniku przeprowadzenia kontroli operacyjnej, podczas której ujawniono treść rozmowy A.E z A.S**, **nie mogą stanowić dowodu w przedmiotowym postępowaniu, bowiem zostały pozyskane w sposób sprzeczny z prawem.**

Konsekwencją powyższego naruszenia powinno być więc wyeliminowanie tego dowodu z materiału dowodowego, bowiem nie może on stanowić podstawy wyrokowania.

Wobec konieczności wyeliminowania z podstawy orzekania jedyne dowodu, który odnosi się do osoby A.E, i na podstawie którego organy ścigania sformułowały zarzut wobec niego, należy przyjąć, że w realiach przedmiotowej sprawy wystąpiła **negatywna przesłanka procesowa w postaci braku danych uzasadniających popełnienie przestępstwa przez oskarżonego.**

Konkludując należy wskazać, że kontrola operacyjna stosowana wobec skarżącego A.E była stosowana **niezgodnie z przepisami prawa**, jednak skarżący **nie miał możliwości zakwestionowania postanowienia Sądu Okręgowego w**

W o zastosowaniu kontroli operacyjnej względem A.S . Możliwość złożenia zażalenia na to postanowienie umożliwiłaby kontrolę sądową ww. postanowienia, która w świetle podnoszonych uchybień – doprowadziłaby do uznania, że ww. kontrola operacyjna była niezgodna z prawem, w związku z czym materiały uzyskane w wyniku jej stosowania nie mogą stanowić podstawy do postawienia skarżącemu zarzutów, a potem jego skazania, albowiem stanowią one tzw. owoce zatrutego drzewa.

Wobec powyższego wskazać należy, że w przypadku A.E przepis art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW zamknął skarżącemu drogę do sądowego dochodzenia naruszonych praw, albowiem skarżący nie mógł zakwestionować (w tym doprowadzić do uchylenia lub zmiany) ww. postanowienia Sądu, czym naruszył prawo skarżącego do dochodzenia naruszonych praw i wolności (art. 77 Konstytucji RP) w postaci prawa do sądu w tym dwuinstancyjności postępowania, prawa do obrony oraz prawa do ochrony życia prywatnego i tajemnicy komunikowania się oraz prawa do nieujawniania informacji o sobie.

3. Sposób naruszenia art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji,

Artykuł 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji statuują zasadę zaskarżalności orzeczeń i dwuinstancyjności postępowania sądowego w polskim porządku prawnym. Rozwiązanie takie uznać należy za słuszne, albowiem praktyka dowodzi, że nie należy do rzadkości sytuacja, w której rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji są uchylane albo są zmieniane decyzją Sądu Odwoławczego.

W sytuacji, kiedy przepis szczególny nie przewiduje możliwości zaskarżenia postanowienia Sądu a w przypadku opisanym w skardze konstytucyjnej z dnia 13 maja 2022r., sygn. akt Ts 110/22 przepis art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW nie przewiduje możliwości zaskarżenia postanowienia Sądu I instancji w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej przez osobę, która była poddawana tej kontroli, ani osobę, której bezpośrednio postanowienie to dotyczyło, w takim sensie, że przez kontakt z osobą kontrolowaną, również automatycznie sama została poddana kontroli operacyjnej uznać należy za niezgodny z konstytucją.

Pominięcie prawodawcze, które ma miejsce w treści ww. przepisu pozbawia bowiem jedną ze stron tego postępowania i to stronę słabszą tj. kontrolowanego, możliwości zbadania zasadności i prawidłowości wydanego postanowienia w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, z wykorzystaniem mechanizmu kontroli instancyjnej. Jednocześnie, takiej możliwości nie są pozbawione organy państwowe, tj. Prokurator Generalny i Szef ABW, albowiem tym podmiotom zażalenie, na postanowienie Sądu w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej w trybie ustawy o ABW i AW, przysługuje.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, wskazać należy, że zaskarżony przepis narusza prawo skarżącego jako osoby *de facto* poddanej kontroli operacyjnej – do rozpoznania jej sprawy (zażaleniowej) w postępowaniu dwuinstancyjnym, w taki sposób, że A.E pozbawia możliwości

poddania decyzji sądu I instancji kontroli instancyjnej, albowiem przepis ten nie przewiduje regulacji statuującej prawa do zaskarżenia ww. decyzji sądu I instancji przez podmiot inny, aniżeli Prokurator Generalny i Szef ABW. **Wobec powyższego przepis art. 27 ust. 1 ustawy o ABW i AW narusza prawo A.E do zaskarżania orzeczeń i decyzji i prawo do rozpoznania jego sprawy w postępowaniu dwuinstancyjnym - art. 78 w zw. z art. 176 Konstytucji RP.**

W tym miejscu wskazać należy, że A.E , zgodnie z ww. przepisami Konstytucji RP, powinien mieć możliwość poddania postanowienia Sądu do zastosowaniu wobec A.S kontroli operacyjnej kontroli instancyjnej, albowiem materiały z tej kontroli zostały wykorzystane w celu postawienia A.E w stan oskarżenia, pomimo iż nie był on podmiotem, wobec którego Sąd zastosował kontrolę operacyjną, i pomimo że rzekomo popełnione przez niego przestępstwo nie należało do katalogu przestępstw do rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania których w ogóle można zastosować kontrolę operacyjną,

a który to dowód nie powinien być wykorzystany w jego sprawie karnej, a zatem że A.E został pozbawiony prawa do zaskarżania orzeczeń i decyzji.

Biorąc pod uwagę obecne brzmienie przepisu art. 27 ust 11a ustawy o ABW i AW, wskazać należy, że ww. przepis naruszył następujące prawa i wolności skarżącego A.E : prawo do dwuinstancyjnego postępowania i kontroli instancyjnej zapadłego orzeczenia, dotyczącego ograniczenia podstawowych praw jednostki, w tym w szczególności prawa do prywatności i swobody komunikowania się. Ww. przepis naruszył również prawo A.E do prywatności i swobody komunikowania się, a także prawo do obrony, w ten sposób, że przepis ten nie przewiduje możliwości skutecznego zaskarżenia postanowienia Sądu Okręgowego w W z dnia .10.2015 przez A.E .

4. Sposób naruszenia art. 31 ust 3 i art. 2 Konstytucji RP

Artykuł 31 Konstytucji RP konstytuuje zasadę poszanowania i ochrony wolności człowieka.

Zgodnie z treścią art. 31 ust. 3 Konstytucji RP „*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.*”

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że jednym z konstytucyjnie zagwarantowanych praw jednostki jest prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji, a wszelkie ograniczenia w zakresie korzystania z tego i innych konstytucyjnych wolności jednostki mogą być ustanawiane tylko w ustawie i **tylko wtedy**, gdy są konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla jego:

- bezpieczeństwa,
- porządku publicznego,
- ochrony środowiska,
- ochrony zdrowia,
- ochrony moralności publicznej
- wolności i praw innych osób.

Mając na uwadze, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, w którym obowiązuje zasada sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP), wskazać należy, że w żadnym wypadku obecnie obowiązująca treść art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, wykluczająca możliwość wniesienia zażalenia na postanowienie Sądu w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej przez podmioty inne, aniżeli Prokurator Generalny i Szef ABW, **nie może być uznana za zgodną z Konstytucją RP.**

Przepis ten bowiem ogranicza korzystanie jednostce (w tym przypadku skarżącemu A.E) z jej konstytucyjnego prawa do zaskarżania orzeczeń sądowych, prawa do sądu, a także prawa do dochodzenia naruszonych wolności lub praw na drodze sądowej.

Co należy podkreślić, ograniczenie wynikające z art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, które uniemożliwiło A.E złożenie skutecznego zażalenia na niekorzystne dla niego postanowienie Sądu Okręgowego w W w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, pomimo że jest ustanowione w ustawie (ustawie o ABW i AW) nie spełnia drugiej przesłanki z art. 31 ust 3 Konstytucji RP, tj. nie jest konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla ochrony jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób.

Co należy podkreślić, konsekwencją tego, że A.E nie mógł złożyć skutecznego zażalenia w realiach przedmiotowej sprawy, jest fakt prowadzenia przeciwko niemu postępowania karnego i oparcia wobec niego oskarżenia na jedynym dowodzie, który został uzyskany w wyniku naruszenia przepisów prawa procesowego i objęty jest bezwzględny zakaz dowodowym.

Wobec powyższego wskazać należy, że zaskarżony przepis naruszył następujące prawa i wolności skarżącego A.E : prawo do dwuinstancyjnego postępowania i kontroli instancyjnej zapadłego orzeczenia, dotyczącego ograniczenia podstawowych praw jednostki, w tym w szczególności prawa do prywatności i swobody komunikowania się, a także prawa do obrony i rzetelnego postępowania sądowego, w ten sposób, że uniemożliwił mu prowadzenie skutecznej obrony poprzez wniesienie skutecznego zażalenia do Sądu Odwoławczego i wyeliminowania ww. postanowienia Sądu Okręgowego w W z obrotu prawnego.

5. Sposób naruszenia art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP

W obecnym brzmieniu przepis art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW bezsprzecznie narusza prawa skarżącego wynikające z art. 78 Konstytucji, który stanowi, że „Każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji”,

w kontekście zasady równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP – „Wszyscy są wobec prawa równi”),

w ten sposób, że:

po pierwsze, uregulowanie art. 27 ust. 11 a ustawy o ABW i AW przewiduje możliwość zaskarżenia niesatysfakcjonującego orzeczenia Sądu I instancji jednej stronie postępowania (tj. organom państwowym: Prokuratorowi Generalnemu i Szefowi ABW), **jednocześnie uniemożliwiając jego zaskarżenie drugiej stronie tego postępowania (osobie kontrolowanej – jednostce, tu: skarżącemu),**

po drugie, pomimo iż **kontrola operacyjna** zastosowana w trybie ustawy o ABW i AW i kontrola zastosowana w trybie przepisów k.p.k. (art. 237 k.p.k.) **w rzeczywistości polega dokładnie na tym samym**, to jednostki podlegające kontroli w trybie k.p.k. (lub jednostki kontrolowane z uwagi na zastosowanie kontroli wobec osoby trzeciej) mają możliwość zaskarżenia decyzji Sądu stosującego ww. kontrolę (gdy o takim postanowieniu się dowiedzą), podczas gdy jednostki, podlegające kontroli operacyjnej w trybie ustawy o ABW i AW pozbawione są możliwości zaskarżenia decyzji Sądu w tym przedmiocie, tj. o zastosowaniu kontroli operacyjnej.

Nie ulega wątpliwości, że pomimo iż sytuacja faktyczna jednostki kontrolowanej w trybie przepisów k.p.k. i w trybie przepisów ustawy o ABW i AW jest identyczna, nie posiadają one jednakowych uprawnień w zakresie możliwości zaskarżenia decyzji Sądu o zastosowaniu kontroli operacyjnej.

W związku z powyższym przepis art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW narusza prawa skarżącego A.E. wynikające z art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji, w taki sposób, że uniemożliwia mu, jako osobie, której rozmowy zostały utrwalone w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej wobec osoby trzeciej (w trybie ustawy o ABW i AW) rozpoznania jego sprawy przez niezależny i niezawisły Sąd w drugiej instancji, czym ogranicza mu prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji,

a także uregulowanie wynikające z art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW narusza prawo skarżącego do równego traktowania, wynikającego z konstytucyjnej zasady równości wobec prawa, w ten sposób, że kształtuje jego sytuację prawną, tj. jednostki, której rozmowy zostały utrwalone w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej, wobec osoby trzeciej, mniej korzystnie, aniżeli sytuację osoby, której rozmowy zostały utrwalone w wyniku zastosowania kontroli, wobec osoby trzeciej w trybie przepisów k.p.k., albowiem wówczas osoba ta może na zasadzie art. 237 k.p.k. w zw. z art. 240 k.p.k. w zw. z art. 459 § 3 k.p.k. zaskarżyć orzeczenie Sądu w przedmiocie zastosowania kontroli, podczas gdy skarżący A.E. takiej możliwości nie ma, albowiem przepis art. 27 ust. 11a ustawy o ABW i AW, dotknięty pominięciem prawodawczym, takiej możliwości, w stosunku do skarżącego nie przewiduje.

Załączniki:

- 5 odpisów niniejszego pisma.

.. A B W O K A P ..
Bogumił Zygmunt N