



1001-8.TK.50.2021

(SK 61/21)

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku ze skargą konstytucyjną P D. o stwierdzenie niezgodności:

„art. 459 § 2 ustawy Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm., dalej: k.p.k.) w zw. z art. 19 ust. 20 w zw. z art. 19 ust. 15 c ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 355, zm. Dz.U. z 2016 r. poz. 147, [...]) - w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznawał osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej

- z art. 45 ust. 1, art. 77 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji RP; oraz

- z art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP”

– na podstawie art. 42 pkt 7 i art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2393) –

przedstawiam następujące stanowisko:

postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym – wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

UZASADNIENIE

Działając przez swojego pełnomocnika, P D. (dalej jako: Skarżący) wniósł o stwierdzenie, że art. 459 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (aktualny t.j.: Dz.U. z 2021 r., poz. 534 ze zm.; dalej jako: k.p.k.) w zw. z art. 19 ust. 20 w zw. z art. 19 ust. 15c ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (aktualny t.j.: Dz.U. z 2021 r., poz. 1882 ze zm.; dalej jako: uPol) – w zakresie, w jakim przepisy te nie przyznawały osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu popełnienia przestępstwa, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, ale innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej (dalej jako: postanowienie w przedmiocie zgody następczej) – jest niezgodny z art. 45 ust. 1, art. 77 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji RP, a także z art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

W ocenie Skarżącego, zakwestionowany przepis stanowił podstawę prawną postanowienia Sądu Apelacyjnego w W z dnia stycznia 2021 r., sygn. utrzymującego w mocy postanowienie Sądu Apelacyjnego w W z dnia listopada 2020 r., sygn. .

, o pozostawieniu bez rozpoznania zażalenia P D. na postanowienie Sądu Okręgowego w W z dnia grudnia 2015 r., sygn. akt

, o wyrażeniu zgody następczej na wykorzystanie zgromadzonych w toku kontroli operacyjnej P D. dowodów w postępowaniu karnym.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na tle następującego stanu faktycznego.

Postanowieniem z dnia grudnia 2015 r., sygn. akt , Sąd Okręgowy w W na wniosek Prokuratora Generalnego wyraził zgodę na wykorzystanie w postępowaniu karnym, uzyskanych w trakcie kontroli operacyjnej, stosowanej od lipca 2015 r. do października 2015 r. wobec P D., dowodów popełnienia przestępstw, w stosunku do których można zarządzić kontrolę operacyjną, innych niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, popełnionych przez P D.

Między innymi na podstawie materiałów zebranych w ramach tej kontroli operacyjnej P D. zarzucono popełnienie dwóch przestępstw: z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. oraz z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k.

Po zapoznaniu się w 2020 r. z materiałami sprawy obrońca P D. wniósł zażalenie na postanowienie Sądu Okręgowego w W z dnia grudnia 2015 r. o uwzględnieniu wniosku Prokuratora Generalnego.

Postanowieniem Sądu Apelacyjnego w W z dnia listopada 2020 r., sygn. , zdecydowano o pozostawieniu bez rozpoznania zażalenia P D. z uwagi na jego niedopuszczalność z mocy ustawy.

Na powyższe postanowienie obrońca wniósł zażalenie. Postanowieniem z dnia stycznia 2021 r., sygn. , Sąd Apelacyjny w W utrzymał zaskarżone postanowienie w mocy. Sąd podniósł, że przepisy ustawy o Policji nie przewidywały i nie przewidują możliwości zaskarżenia postanowienia sądu w przedmiocie zgody następczej.

W treści skargi konstytucyjnej Skarżący przytoczył treść wzorców kontroli oraz stwierdził, że uniemożliwienie podejrzanemu kontroli instancyjnej postanowienia sądu w przedmiocie wyrażenia tzw. zgody następczej stanowi pominięcie prawodawcze ustawodawcy. Powoduje to, w ocenie Skarżącego, naruszenie jego prawa do sądu, prawa do zaskarżania orzeczeń, prawa do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd oraz zamknięcie drogi do dochodzenia naruszonych praw, naruszenie zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego, zasady proporcjonalności oraz zasady demokratycznego państwa prawnego.

Przed przystąpieniem do oceny konstytucyjności zaskarżonych unormowań konieczne jest ustalenie, czy analizowana skarga spełnia wymagania formalne, i to pomimo przeprowadzenia jej wstępnej kontroli, zwieńczonej postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2021 r., sygn. Ts 115/21, o nadaniu skardze dalszego biegu. Na gruncie orzecznictwa Trybunału ugruntowany jest bowiem pogląd, że nadanie skardze konstytucyjnej biegu nie przesądza o spełnieniu formalnoprawnych przesłanek dopuszczalności orzekania w danej sprawie. Trybunał jest bowiem na każdym etapie postępowania obowiązany do badania, czy nie zachodzi ujemna przesłanka wydania wyroku, skutkująca obligatoryjnym umorzeniem postępowania (zob. m.in. postanowienia TK z dnia: 19 października 2010 r., sygn. SK 8/09, OTK ZU nr 8/A/2010, poz. 94; 18 czerwca 2013 r., sygn. SK 1/12, OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 70; 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13, OTK ZU nr 5/A/2015, poz. 76; 3 grudnia 2019 r., sygn. SK 19/18, OTK ZU seria A z 2019 r., poz. 69).

Skarga konstytucyjna jest nadzwyczajnym środkiem ochrony konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Przesłanki wniesienia oraz merytorycznego rozpoznania skargi konstytucyjnej zostały uregulowane

w art. 79 ust. 1 Konstytucji oraz w art. 53 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2393; dalej jako: uotpTK).

Artykuł 79 ust. 1 Konstytucji ustanawia trzy podstawowe przesłanki dopuszczalności skargi konstytucyjnej. Pierwszą jest naruszenie określonych w Konstytucji wolności lub praw, których podmiotem jest skarżący. Zgodnie z drugą przesłanką, wymagane jest uzyskanie ostatecznego orzeczenia sądu lub organu administracji publicznej rozstrzygającego o tych wolnościach lub prawach. Ostatnim warunkiem jest konieczność wykazania, że to ustawa lub inny akt normatywny, na podstawie których wydano orzeczenie w sprawie skarżącego, stanowi źródło naruszenia jego wolności lub praw (zob. m.in. postanowienia TK z dnia: 5 listopada 2013 r., sygn. SK 15/12, OTK ZU nr 8/A/2013, poz. 127; 30 listopada 2015 r., sygn. SK 30/14, OTK ZU nr 10/A/2015, poz. 184; 26 sierpnia 2020 r., sygn. SK 44/20, OTK ZU seria A z 2020 r., poz. 44 oraz powołane tam wcześniejsze orzecznictwo).

Z kolei, stosownie do art. 53 ust. 1 pkt 1-4 uotpTK, skarga powinna zawierać: po pierwsze, określenie kwestionowanego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach albo obowiązkach skarżącego określonych w Konstytucji i w stosunku do którego skarżący domaga się stwierdzenia niezgodności z Konstytucją (pkt 1); po drugie, wskazanie, która konstytucyjna wolność lub prawo skarżącego i w jaki sposób – w ocenie skarżącego – zostały naruszone (pkt 2); po trzecie, uzasadnienie zarzutu niezgodności kwestionowanego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego ze wskazaną konstytucyjną wolnością lub prawem skarżącego, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie (pkt 3); po czwarte, przedstawienie stanu faktycznego (pkt 4).

W piśmiennictwie podkreśla się, że warunkiem dopuszczalności skargi konstytucyjnej jest w szczególności udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy w sprawie rzeczywiście zostały naruszone prawa i wolności konstytucyjne skarżącego (zob. L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych.*, wyd. 2014, Legalis 2020, II.§9.II).

Do materialnych przesłanek instytucji skargi konstytucyjnej zalicza się: a) osobisty interes prawny, a nie obiektywny – jak przy konstrukcji skargi powszechnej (*actio popularis*), i b) interes aktualny – a nie potencjalny (zob. J. Trzciniński, M. Wiącek, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, tom II, s. 893). Jak wskazuje się w piśmiennictwie, *[j]eżeli w wyniku dokonanej analizy Trybunał dojdzie do przekonania, że skarga konstytucyjna nie wpłynie na sferę praw i wolności skarżącego, TK przyjmuje niedopuszczalność skargi. Sytuacja taka ma miejsce w szczególności wówczas, gdy niekorzystne względem skarżącego rozstrzygnięcie zapadło nie tylko w wyniku zastosowania zaskarżonego przepisu, lecz także z innych przyczyn, których skarżący nie kwestionuje w swojej skardze. W takiej sytuacji nawet w przypadku uwzględnienia skargi konstytucyjnej oraz wznowienia postępowania na zasadach określonych w art. 190 ust. 4 Konstytucji RP, nie będzie mogła nastąpić restytucja interesów skarżącego* [L. Bosek, M. Wild, *op. cit.*, II.§9.II.1.C.c).3].

Przedmiotem skargi konstytucyjnej może być zatem wyłącznie ta norma prawna, która stanowiła podstawę wydania przez organ władzy publicznej orzeczenia naruszającego prawa lub wolności konstytucyjne skarżącego. Przesądza to o konieczności istnienia merytorycznego związku pomiędzy treścią zakwestionowanej normy prawnej a podjętym na jej podstawie rozstrzygnięciem oraz zarzucanym temu rozstrzygnięciu

naruszeniem praw lub wolności konstytucyjnych. Regulacja prawna stanowiąca przedmiot skargi konstytucyjnej musi więc w ten sposób determinować w sensie normatywnym treść wydanego orzeczenia, iż prowadzi to do wskazanego w skardze naruszenia praw lub wolności konstytucyjnych przysługujących skarżącemu (zob. postanowienie TK z dnia 22 lutego 2001 r., sygn. Ts 193/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 77 i przywołane tam orzeczenia).

Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że *[d]o zasadniczych przestanków dopuszczalności występowania ze skargą konstytucyjną należy uczynienie jej przedmiotem przepisów (ustawy lub innego aktu normatywnego) wykazujących podwójną kwalifikację. Będąc podstawą prawną ostatecznego orzeczenia wydanego w sprawie skarżącego przez sąd lub organ administracji publicznej, muszą one prowadzić jednocześnie do naruszenia wskazywanych przez skarżącego konstytucyjnych wolności lub praw. Skarżący jest przy tym zobligowany (...) do wskazania, które przepisy kwestionowanego aktu normatywnego wykazują taką kwalifikację* (postanowienie TK z dnia 19 października 2004 r., sygn. SK 13/03, OTK ZU nr 9/A/2004, poz. 101).

Jednakże, niekonstytucyjne brzmienie normy prawnej, stanowiącej podstawę wydania ostatecznego orzeczenia w sprawie skarżącego, należy odróżnić od dyskusyjnego zastosowania normy prawnej w ostatecznym orzeczeniu w sprawie skarżącego. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, niedopuszczalna jest skarga konstytucyjna na stosowanie prawa, a więc skarga, której zarzuty dotyczą przyjętej przez sąd wykładni przepisu, nieprawidłowej subsumpcji stanu faktycznego czy też wadliwości argumentacji sformułowanej w ostatecznym orzeczeniu (*vide* – postanowienie z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. akt Ts 62/16, OTK ZU seria B z 2016 r., poz. 363).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszego postępowania, należy uznać, iż nie jest możliwe merytoryczne rozpoznanie sprawy, ponieważ P D. zakwestionował zaniechanie prawodawcze. Ponadto uzasadnienie skargi jest lakoniczne.

Skarżący zakwestionował wskazane w *petitum* skargi przepisy w zakresie, w jakim **nie przewidywały możliwości zaskarżenia** przez osobę, której dotyczy kontrola operacyjna, postanowienia sądu w przedmiocie zgody następczej. Innymi słowy, przedmiotem zarzutu Skarżący uczynił to, czego zakwestionowane przepisy nie regulowały bądź co, w jego ocenie, regulowały niedostatecznie. Taki zarzut nie może być przedmiotem rozpoznania Trybunału Konstytucyjnego.

W orzecznictwie Sądu Konstytucyjnego oraz piśmiennictwie rozróżnia się pominięcie prawodawcze od zaniechania prawodawczego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, pominięcie prawodawcze jest sytuacją, w której *integralną, funkcjonalną częścią treści jakiejś normy powinien być pewien element, którego brakuje, a z uwagi na podobieństwo do istniejących unormowań należy oczekiwać jego istnienia* (zob. postanowienie TK z 14 maja 2009 r., sygn. Ts 189/08, OTK ZU nr 3/B/2009, poz. 202, s. 545). Inna sytuacja występuje w przypadku zaniechania ustawodawczego, polegającego na braku uregulowania przez ustawodawcę oznaczonej materii, nawet jeśli obowiązek jej uregulowania wynika z przepisów rangi konstytucyjnej (zob. np. wyroki TK z: 9 października 2001 r., sygn. SK 8/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 211, s. 1033; 2 czerwca 2009 r., sygn. SK 31/08, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 83, s. 845). W kompetencjach Trybunału Konstytucyjnego nie leży orzekanie o tak rozumianym zaniechaniu prawodawczym. W ramach określonej konstytucyjnie jego kognicji mieszczą się bowiem jedynie istniejące akty normatywne (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. K 32/09, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 108).

Trybunał odmawia zajęcia merytorycznego stanowiska w sytuacjach, w których brak regulacji jest świadomą decyzją ustawodawcy: *Zarzut celowego zaniechania ustawodawczego (luki prawnej) nie może być przedmiotem badania w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. W orzecznictwie Trybunału sformułowano już pogląd, że »zarzuty nie mogą polegać na wskazywaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby wnioskodawcę« (zob. postanowienie z 11 maja 2009 r., sygn. SK 37/07, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 74 i wyrok z 19 listopada 2001 r., sygn. K. 3/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 251) [postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. SK 12/07, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 95]. Z zaniechaniem prawodawczym mamy do czynienia, gdy ustawodawca nie wykonał w jakimś zakresie swojej powinności - przykładowo - co do wydania aktu wykonawczego albo gdy nie uregulował jakiejś sfery z przyczyn czysto aksjologicznych, czego odbiciem jest realizowana polityka legislacyjna. Takie sytuacje wymykają się spod kontroli Trybunału Konstytucyjnego. Nie ma on bowiem kompetencji do orzekania o tego rodzaju pominięciach, tworzących lukę aksjologiczną (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2003 r., sygn. SK 5/03, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 50). Trybunał uznaje lukę w prawie za pominięcie prawodawcze podlegające rozpoznaniu w sytuacji, w której niejako przypadkowo wyłączono z zakresu normowania pewną grupę zjawisk lub osób mimo tego, iż z innych, analogicznych regulacji oraz zasad konstytucyjnych wynika, że powinny być objęte danym unormowaniem (zob. – *ibidem* oraz postanowienie TK z dnia 2 grudnia 2014 r., sygn. SK 7/14, OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123).*

Skarżący zakwestionował art. 459 § 2 k.p.k. w zw. z art. 19 ust. 20 w zw. z art. 19 ust. 15c uPol, ponieważ, w ocenie Skarżącego, przepisy te w niedostatecznym stopniu gwarantowały konstytucyjne zasady procesu karnego. Jednakże art. 459 § 2 k.p.k. jest jednym z przepisów ogólnych, określających

generalne warunki złożenia zażalenia, który w zakresie dotyczącym niniejszego postępowania stanowi jedynie, że zażalenie przysługuje w przypadkach przewidzianych w ustawie. Nie wydaje się, aby jego ujęcie w *petitum* skargi było trafne, w szczególności, że w treści uzasadnienia skargi brakuje choćby wzmianki o przyczynach niezgodności tego przepisu z normami wyższego rzędu.

Istotą zarzutu Skarżącego jest brak w ustawie o Policji normy prawnej pozwalającej na zaskarżenie przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, postanowienia sądu w przedmiocie tzw. zgody następcej. Podkreślić w tym miejscu należy, że choć art. 19 ust. 15c uPol, regulujący problematykę wyrażenia przez sąd zgody następcej, został uchylony ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 437 ze zm.) i od 15 kwietnia 2016 r. sąd nie wydaje zgody następcej, a problematykę tę obecnie reguluje art. 168b k.p.k., to dowody uzyskane na podstawie art. 19 ust. 15c uPol nadal są wykorzystywane w procesach karnych w indywidualnych sprawach, a więc nie można uznać, że przepis ten utracił moc obowiązującą. Należy bowiem przypomnieć, że, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, utrata mocy obowiązującej przepisu prawa następuje w sytuacji, gdy nie może być on zastosowany – dopiero wtedy można uznać, że nastąpiła utrata jego mocy obowiązującej (*vide* zamiast wielu – postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 października 1998 r., sygn. SK 3/98, OTK ZU nr 5/1998, poz. 69, a także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 marca 2011 r., sygn. K 35/08, OTK ZU nr 5/A/2011, poz. 122).

Niezależnie od powyższego, należy podkreślić, że art. 19 ust. 15c uPol określał jedynie przesłanki wydania zgody następcej przez sąd. Nie wydaje się więc, że norma zawierająca upoważnienie do złożenia zażalenia powinna być zamieszczona w tej jednostce redakcyjnej.

Ponieważ ustawą z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 147) zmieniono treść art. 19 ust. 20 uPol w taki sposób, że od dnia 7 lutego 2016 r. (teoretycznie – aż do wykreślenia z ust. 20 pkt 2 tego artykułu wyrazów „i 15c” z dniem 27 czerwca 2019 r. na mocy kolejnej nowelizacji, a praktycznie do usunięcia instytucji zgody następczej z porządku prawnego z dniem 15 kwietnia 2016 r.) istniała możliwość zaskarżenia postanowienia sądu w przedmiocie zgody następczej wyłącznie przez prokuratora, z pominięciem uprawnienia osoby objętej kontrolą operacyjną, jak się wydaje, jedynym adekwatnym przedmiotem kontroli w sprawie może być art. 19 ust. 20 uPol.

Art. 19 ust. 20 uPol podlegał badaniu przez Trybunał Konstytucyjny w sprawie dotyczącej bardzo podobnej problematyki, zakończonej postanowieniem o umorzeniu postępowania z dnia 30 czerwca 2021 r., sygn. K 32/15, w którym stwierdzono, że brak możliwości wniesienia przez osobę poddaną kontroli operacyjnej zażalenia na postanowienie o jej zarządzeniu stanowi zaniechanie prawodawcze (OTK ZU seria A z 2021 r., poz. 35). Z tego względu należy przytoczyć *in extenso* uwagi poczynione przez Sąd Konstytucyjny w tym orzeczeniu.

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, analizując brak wspomnianych unormowań w kwestionowanej regulacji, *należy zwrócić uwagę na treść art. 19 ust. 16 ustawy o Policji („Osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania tej kontroli. Przepis nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego”) i treść art. 321 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. 2021 poz. 534) („Jeżeli istnieją podstawy do zamknięcia śledztwa, na wniosek podejrzanego lub jego obrońcy o końcowe zaznajomienie z materiałami postępowania, prowadzący postępowanie powiadamia podejrzanego i obrońcę o terminie końcowego zaznajomienia,*

pouczać ich o prawie uprzedniego przejrzenia akt w terminie odpowiednim do wagi lub zawichości sprawy, określonym przez organ procesowy. W celu przejrzenia akt prokurator może udostępnić akta w postaci elektronicznej”). Należy zważyć, że ewentualne doręczanie osobie, której dotyczy kontrola operacyjna, postanowienia o jej zarządzeniu, a także wprowadzenie prawa wniesienia przez nią zażalenia na to postanowienie musiałoby wiązać się z prawem zaznajomienia z aktami sprawy jako stronie toczącego się postępowania w drugiej instancji. Zatem zaskarżony przepis ustawy o Policji pozostawałby w sprzeczności z literalnie interpretowanym art. 19 ust. 16 ustawy o Policji (...). Stanowi to niewątpliwie argument na rzecz tezy, iż treść materii objętej, zdaniem RPO, pominięciem prawodawczym wykazuje większy związek merytoryczny z art. 19 ust. 16 niż z art. 19 ust. 20 ustawy o Policji. Ponadto trudno uznać, że ustawodawca nieświadomie, wskutek błędu skutkującego jakoby niekompletnością regulacji, pominął w art. 19 ust. 20 ustawy o Policji treść, która pozostawałaby w sprzeczności z treścią ust. 16 tego samego artykułu. Przeciwnie, art. 19 ust. 16 zawiera efekt decyzji ustawodawcy w obszarze pominiętym, zdaniem RPO, w art. 19 ust. 20. Jest to natomiast kierunek regulacji przeciwny pogładowi zaprezentowanemu w piśmie wnioskodawcy. (...) Jako jedno z kryteriów odróżnienia pominięcia od zaniechania prawodawczego wskazuje się też zakres ingerencji ustawodawcy, niezbędny do przywrócenia stanu zgodnego z Konstytucją. Konieczność dokonania daleko idących zmian, stworzenia nowej regulacji prawnej, wskazuje na zaniechanie legislacyjne, nie zaś – pominięcie (por. postanowienia TK z 9 czerwca 2011 r., sygn. Tw 31/10, OTK ZU nr 3/B/2011, poz. 190 oraz z 28 października 2015 r., sygn. P 6/13; por. także: M. Granat, Pominięcie czy zaniechanie ustawodawcze? Uwagi na marginesie sporu przed Trybunałem Konstytucyjnym o dekret warszawski, [w:] Wokół wybranych problemów konstytucjonalizmu. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Bałabana,

Warszawa 2017, s. 117). *W rozpatrywanej sprawie przyznanie racji wnioskodawcy musiałoby się wiązać z nowelizacją szeregu przepisów i nie ograniczyłoby się jedynie do uzupełnienia katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia. Przede wszystkim ustawodawca musiałby określić, w których warunkach ustały zagrożenia dla toczącego się postępowania już po ustaniu kontroli operacyjnej, a dopiero potem uzupełnić katalog podmiotów wskazanych w zaskarżonych przepisach* (podkr. wł.). Nawet jednak w wypadku uznania treściowej tożsamości sytuacji uregulowanych i pominiętych, niezupełność (fragmentaryczność) regulacji stanowi dowód pominięcia prawodawczego podlegającego kontroli Trybunału tylko wtedy, gdy na poziomie Konstytucji istnieje „norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej” (por. postanowienia TK z: 1 marca 2010 r., sygn. SK 29/08, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 29; 2 grudnia 2014 r., sygn. SK 7/14, OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123, 28 października 2015 r., sygn. P 6/13). W Konstytucji nie ma regulacji wprost odnoszącej się do kontroli operacyjnej, niemniej z gwarancji konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela wynika szereg norm zrekonstruowanych w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, które powinny determinować regulację ustawową analizowanej materii. Wnioskodawca wskazuje art. 45 ust. 1 i art. 78 Konstytucji jako wzorce kontroli. Przeprowadzona już w niniejszej sprawie analiza art. 45 ust. 1 Konstytucji wskazuje, że jego wykładnia literalna nie jest wystarczająca dla odnalezienia normy konstytucyjnej determinującej procedurę sądowej kontroli czynności operacyjnych, w tym procedurę zarządzania kontroli operacyjnej postanowieniem sądu. Ponadto sądowa kontrola działalności operacyjnej nie stanowi realizacji wymiaru sprawiedliwości, stąd indyferentne jest dla niej pojęcie sprawy użyte w treści art. 45 ust. 1 Konstytucji, a jedynie stanowi instrument nadzorczy, w realizacji którego sąd – na podstawie wykładni systemowej art. 45 ust. 1 Konstytucji – związany jest zasadami niezależności,

bezstronności i niezawisłości. W wyroku o sygn. K 32/04 TK stwierdził nawet, że „ograniczenie czy nawet wyłączenie sądowej kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych nie musi samo przez się świadczyć o naruszeniu standardu demokratycznego państwa prawa”. Jednak dopóki wyspecjalizowanym organem sprawującym zewnętrzną kontrolę nad aktywnością służb wykonujących kontrolę operacyjną jest sąd, jednym z kryteriów kontroli jego aktywności musi być – co oczywiste – przepis konstytucyjny precyzujący prawo do sądu. Jego wykładnia musi jednak uwzględniać, że nie jest to podstawowa funkcja sądu przewidziana w art. 175 Konstytucji, czyli sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, jak również to, iż z Konstytucji nie wynika obowiązek sądowego zarządzania kontroli operacyjnej. (...) Wobec powyższego Trybunał stwierdził, że w analizowanej sprawie mamy do czynienia nie z pominięciem prawodawczym, lecz z zaniechaniem ustawodawczym, które nie podlega kognicji sądu konstytucyjnego (op. cit.).

Uwagi te, poczynione na tle badania braku normy pozwalającej na zaskarżenie postanowienia sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej przez osobę objętą kontrolą, w całości zachowują aktualność w niniejszym postępowaniu, dotyczącym braku normy pozwalającej na zaskarżenie przez taką osobę postanowienia sądu w przedmiocie zgody następczej. Z powodu braku całego kompleksu regulacji symptomatyczne dla zaniechania prawodawczego są trudności we wskazaniu przedmiotu kontroli, konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy, która miałaby zawierać brakującą normę – jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Skarżący kwestionuje bowiem regulację (a raczej jej brak), której w dacie wydania zgody następczej brakowało (i obecnie również brakuje) w całości, w tekście ustawy nie było choćby jej śladu, który mógłby stanowić „punkt zaczepienia” twierdzenia o pominięciu prawodawczym. Należy przypomnieć, że w postępowaniu karnym zażalenie nie przysługuje na wiele innych decyzji procesowych o bardzo istotnym znaczeniu dla dalszego kształtu

procesu, takich jak orzeczenie w przedmiocie wyłączenia sędziego czy postanowienie o oddaleniu wniosku dowodowego (*vide* – D. Świecki, komentarz do art. 459 k.p.k., D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz aktualizowany.*, wyd. 2020, Lex 2020). Zażalenie nie przysługuje również pokrzywdzonemu na postanowienie sądu wydane – w trybie art. 354 k.p.k. – na skierowany do sądu na podstawie art. 324 § 1 k.p.k. wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego [*vide* – *ibidem*]. W szczególności jednak brak normy, pozwalającej na zaskarżenie decyzji sądu o dopuszczeniu dowodu, występuje w przypadku wydania postanowienia w przedmiocie dopuszczenia dowodu z opinii biegłych, w tym biegłych psychiatrów, czy postanowienia w przedmiocie dopuszczenia dowodu z zeznań świadka koronnego (art. 5 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym, t.j.: Dz. U. z 2016 r., poz. 1197). Normy takiej nie zawierały także – w czasie ich obowiązywania – regulujące problematykę wyrażenia zgody następcej przepisy ustaw: z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (aktualny t.j.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1214), z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (aktualny t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 27), z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (aktualny t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 687) czy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (aktualny t.j.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1671).

Dlatego Skarżący nie był w stanie wykazać, że w tym kontekście normatywnym brak możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie wyrażenia zgody następcej stanowi pominięcie prawodawcze, a nie świadomą, aksjologiczną decyzję ustawodawcy. Zakwestionowane przez Skarżącego rozwiązanie wpisuje się bowiem logicznie i spójnie w inne regulacje dotyczące dopuszczania dowodów w postępowaniu karnym. Innymi słowy,

ustawodawca w pełni celowo nadał taki kształt regulacji dotyczącej zgody następczej, a to oznacza, że przedmiotem zaskarżenia w niniejszej sprawie uczyniono zaniechanie prawodawcze.

Należy przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny na tle postępowania cywilnego, w postanowieniu z dnia 3 lutego 2016 r., sygn. Ts 335/15, trafnie zauważył: *Ponadto Trybunał przypomina, odnosząc się do podniesionej przez skarżącego kwestii braku możliwości sprawowania tej kontroli przez niego (tj. braku podstaw do żądania zmiany pełnomocnika z urzędu), że zarzut sformułowany w skardze nie może polegać na wykazywaniu, iż przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby skarżącego (zob. postanowienie TK z 11 maja 2009 r., SK 37/07, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 74). Tak sformułowany zarzut świadczy bowiem o kwestionowaniu zaniechania ustawodawczego, które nie może być przedmiotem skargi konstytucyjnej (OTK ZU seria B z 2016 r., poz. 98).*

Z powyższych względów postępowanie powinno podlegać umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 uotpTK – wobec niedopuszczalności wydania wyroku.

Należy również zauważyć, że uzasadnienie zarzutów skargi jest lakoniczne. Skarżący nie uzasadnił zarzutów niezgodności kwestionowanej regulacji ze wskazanymi wzorcami kontroli, w szczególności nie powołał argumentów ani dowodów na ich poparcie – nie stanowi bowiem uzasadnienia zarzutu jego parafraza, poparta oderwanymi od okoliczności sprawy cytataми z orzecznictwa. W uzasadnieniu skargi w istocie jedynie wielokrotnie powtórzono treść zarzutów. Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie zaś podkreślał w swoich orzeczeniach, że istnieje istotna różnica pomiędzy postawieniem zarzutu niezgodności normy z normami wyższego rzędu a jego uzasadnieniem (*vide* – postanowienie Trybunału Konstytucyjnego

z dnia 26 czerwca 2013 r., sygn. P 13/12, OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 72). Zdania twierdzące, powtarzające jedynie tezę o niezgodności norm niższego rzędu z normami wyższego rzędu, z natury rzeczy nie stanowią uzasadnienia zarzutu, a jedynie powtórzony w różnej formie językowej zarzut. W skardze P D. uzasadnienie niezgodności kwestionowanych przepisów z poszczególnymi wzorcami kontroli ma charakter hasłowy i ogólnikowy.

Również powyższe okoliczności powodują, że postępowanie w niniejszej sprawie powinno podlegać umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 uotpTK – wobec niedopuszczalności wydania wyroku.

W takim stanie rzeczy podniesione przez Skarżącego zarzuty nie mogą być przedmiotem skargi konstytucyjnej. Zaniechanie prawodawcze ustawodawcy nie podlega bowiem kognicji Trybunału Konstytucyjnego, a uzasadnienie zarzutów jest lakoniczne. Postępowanie powinno więc podlegać umorzeniu *in toto* na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 uotpTK – wobec niedopuszczalności wydania wyroku.

Biorąc powyższe pod uwagę, wnoszę jak w *petitum*.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego