



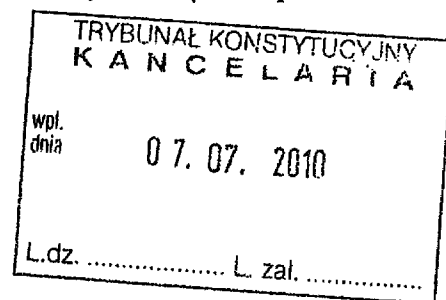
Rzeczpospolita Polska

PROKURATOR GENERALNY

PG VIII TK 109/10

(SK 7/10)

Warszawa, dnia 6 lipca 2010r.



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku ze skargą konstytucyjną K P o stwierdzenie niezgodności przepisu art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zmianami) z art. 42 ust. 2 oraz art. 51 ust. 2 i ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

- na podstawie art. 33 w związku z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zmianami) –

przedstawiam następujące stanowisko:

przepis art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zmianami), w zakresie, w jakim nie określa granic wkroczenia przez stosującego czynności operacyjno - rozpoznawcze w sferę kontaktów oskarżonego z jego obrońcą oraz gwarancji proceduralnych towarzyszących takiemu wkroczeniu, jak również sposobu postępowania z

informacjami uzyskanymi odnośnie takich kontaktów, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 oraz z art. 51 ust. 2 i ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Uzasadnienie

Pełnomocnik Skarżącego K P zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności przepisu art. 19 ustawy o Policji z art. 42 oraz art. 51 ust. 2 i ust. 4 Konstytucji RP.

Powyższa skarga konstytucyjna została wniesiona na tle następującego stanu faktycznego i prawnego.

Postanowieniem z dnia grudnia 2008 r., Sąd Rejonowy dla K w K , Wydział II Karny nie uwzględnił wniosku obrońców o zniszczenie lub usunięcie protokołów podsłuchów rozmów telefonicznych oskarżonych, prowadzonych z obrońcami, ewentualnie o złożenie ich do kancelarii tajnej, w wyniku czego pozostawił przedmiotowe materiały w aktach sprawy.

Zdaniem Skarżącego, kwestionowany przepis art. 19 ustawy o Policji koliduje z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, godząc w prawo do obrony - poprzez ograniczenie poufności kontaktów oskarżonego z jego obrońcą, jak również poprzez dopuszczenie, w drodze kontroli operacyjnej, do utrwalania, gromadzenia i wykorzystywania materiałów dokumentujących takie kontakty.

Zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w skardze konstytucyjnej, przepis art. 19 ustawy o Policji narusza również art. 51 ust. 2 i ust. 4 Konstytucji RP, nie zawiera bowiem procedur zapobiegających naruszeniom sfery autonomii informacyjnej w zakresie kontaktów oskarżonego z jego obrońcą ani procedur regulujących postępowanie z materiałem uzyskanym za pomocą kontroli operacyjnej, który nie może zostać użyty w postępowaniu karnym na skutek obowiązujących bezwzględnych zakazów dowodowych, w tym zniszczenie takich materiałów.

Ocena poglądów prawnych i zarzutów przedstawionych w skardze konstytucyjnej K P przedstawia się następująco.

Kwestionowany przez Skarżącego przepis art. 19 ustawy o Policji, w dniu wydania przez Sąd Rejonowy dla K postanowienia, w związku z którym została skierowana skarga konstytucyjna, miał następujące brzmienie:

„Art. 19. 1. 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:

- 1) przeciwko życiu, określonych w art. 148 – 150 Kodeksu karnego,
- 2) określonych w art. 134, art. 135 § 1, art. 136 § 1, art. 156 § 1 i 3, art. 163 § 1 i 3, art. 164 § 1, art. 165 § 1 i 3, art. 166, art. 167, art. 173 § 1 i 3, art. 189, art. 200, art. 204 § 4, art. 223, art. 228 § 1 i 3 – 5, art. 229 § 1 i 3 – 5, art. 230 § 1, art. 230a § 1, art. 231 § 2, art. 232, art. 245, art. 246, art. 252 § 1 – 3, art. 253, art. 258, art. 269, art. 280 – 282, art. 285 § 1, art. 286 § 1, art. 296 § 1 – 3, art. 296a § 1, 2 i 4, art. 296b § 1 i 2, art. 299 § 1 – 6 oraz w art. 310 § 1, 2 i 4 Kodeksu karnego,
- 3) przeciwko obrotowi gospodarczemu, określonych w art. 297 – 306 Kodeksu karnego, powodujących szkodę majątkową lub skierowanych przeciwko mieniu, jeżeli wysokość szkody lub wartość mienia przekracza pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,
- 4) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,
- 5) nielegalnego wytwarzania, posiadania lub obrotu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub substancjami

psychotropowymi albo ich prekursorami oraz materiałami jądrowymi i promieniotwórczymi,

6) określonych w art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 Nr 160, poz. 1083 oraz z art. 1998 r. Nr 113, poz. 715).

7) określonych w art. 43 – 46 ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411),

8) ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych,

gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

2. Postanowienie, o którym mowa w ust. 1, wydaje sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji.

3. W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniekształcenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, o którym mowa w ust. 1, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydaniu 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, komisijnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

4. (uchylony).

5. W przypadku potrzeby zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osoby podejrzanego lub oskarżonego, we wniosku organu Policji, o którym mowa w ust.

1, o zarządzenie kontroli operacyjnej zamieszcza się informację o toczącym się wobec tej osoby postępowaniu.

6. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

- 1) kontrolowaniu treści korespondencji;
- 2) kontrolowaniu zawartości przesyłek;
- 3) stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych.

7. Wniosek organu Policji, o którym mowa w ust. 1, o zarządzenie przez sąd okręgowy kontroli operacyjnej powinien zawierać w szczególności:

- 1) numer sprawy i jej kryptonim, jeżeli został jej nadany;
- 2) opis przestępstwa z podaniem, w miarę możliwości, jego kwalifikacji prawnej;
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej albo prawdopodobnej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków;
- 4) dane osoby lub inne dane, pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania;
- 5) cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej, o której mowa w ust. 6.

8. Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd Okręgowy może, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, jeżeli nie ustały przyczyny zarządzenia tej kontroli.

9. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub

wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8.

10. Do wniosków, o których mowa w ust. 3, 4, 8 i 9, stosuje się odpowiednio przepis ust. 7. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 3, 4, 8 i 9, może zapoznać się z materiałami uzasadniającymi wniosek, zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie.

11. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 3 – 5, 8 i 9, sąd okręgowy rozpoznaje jednoosobowo, przy czym czynności sądu związane z rozpoznawaniem tych wniosków powinny być realizowane w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz z odpowiednim zastosowaniem przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 Kodeksu postępowania karnego. W posiedzeniu sądu może wziąć udział wyłącznie prokurator i przedstawiciel organu Policji wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej.

12. Podmioty wykonujące działalność telekomunikacyjną oraz podmioty świadczące usługi pocztowe są obowiązane do zapewnienia na własny koszt warunków technicznych i organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez Policję kontroli operacyjnej.

13. Kontrola operacyjna powinna być zakończona niezwłocznie po ustaniu przyczyn jej zarządzenia, najpóźniej jednak z upływem okresu, na który została wprowadzona.

14. Organ Policji, o którym mowa w ust. 1, informuje właściwego prokuratora o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, a na jego żądanie również o przebiegu tej kontroli.

15. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji przekazuje właściwemu prokuratorowi wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej, w razie potrzeby z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio przepisy art. 393 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu postępowania karnego.

16. 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.

17. Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego przechowuje się po zakończeniu kontroli przez okres 2 miesięcy, a następnie dokonuje ich protokolarnego, komisyjnego zniszczenia. Zniszczenie materiałów zarządza organ Policji, który wnioskował o zarządzenie kontroli operacyjnej.

18. (uchylony).

19. (uchylony).

20. Na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, o których mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, przysługuje zażalenie organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.

21. Minister właściwy do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości oraz ministrem właściwym do spraw łączności, określi, w drodze rozporządzenia, sposób dokumentowania kontroli operacyjnej oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, a także przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, uwzględniając potrzebę

zapewnienia niejawnego charakteru podejmowanych czynności i uzyskanych materiałów oraz wzory stosowanych druków i rejestrów.

22. Prokurator Generalny przedstawia corocznie Sejmowi i Senatowi informację o działalności określonej w ust. 1 – 21, w tym informacje i dane, o których mowa w art. 20 ust. 3.”.

Już po wydaniu wspomnianego wyżej postanowienia Sądu Rejonowego dla K , analizowany przepis art. 19 ustawy o Policji był nowelizowany dwukrotnie. Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589) ust. 1 pkt 2 uzupełniono o przepis art. 200a Kodeksu karnego, natomiast ustawą z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, w ust. 1 po pkt 4 dodano pkt 4a w brzmieniu „4a) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego,”. Oceniając powyższe zmiany, należy odnotować, że nie mają one istotnego znaczenia dla meritum problematyki podnoszonej w skardze konstytucyjnej.

Przed przystąpieniem do analizy zakwestionowanego przepisu art. 19 ustawy o Policji w kontekście zaproponowanych przez pełnomocnika Skarżącego wzorców kontroli konstytucyjnej należy stwierdzić, że przedmiotem zaskarżenia nie są w istocie obowiązujące regulacje, zawarte we wspomnianym przepisie, ale materie, których w przepisie nie unormowano. W tej sytuacji istotnego znaczenia nabiera kwestia dopuszczalnego kształtu zarzutów formułowanych w stosunku do norm prawnych w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym, a zwłaszcza rozróżnienia pomiędzy zaniechaniem prawodawczym a pominięciem prawodawczym.

W doktrynie przyjmuje się, że w przypadku aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego, Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu naturę objętej aktem regulacji,

może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować (por. Jerzy Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Zakamycze 2000, s. 758).

W literaturze przedmiotu dominuje również pogląd, że z podlegającym kognicji Trybunału Konstytucyjnego pominięciem prawodawczym mamy do czynienia, gdy jakiś akt normatywny lub jego część ma zbyt wąski zakres zastosowania lub normowania, co jest niezgodne z Konstytucją (por. Piotr Tuleja. Podstawowe problemy związane z interpretacją Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny – między hierarchiczną kontrolą norm a ochroną praw człowieka [w:] *Księga XX – lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Trybunał Konstytucyjny, Wydawnictwa, Warszawa 2006, s. 223).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, Trybunał nie ma kompetencji do orzekania o zaniechaniach ustawodawcy, polegających na niewydaniu aktu ustawodawczego, choćby obowiązek jego wydania wynikał z norm konstytucyjnych. W przypadku natomiast aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego, Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować. (...) Prowadzi to do wniosku, że o ile parlamentowi przysługuje bardzo szerokie pole decyzji, jakie materie wybrać dla normowania w drodze stanowionych przez siebie ustaw, to skoro decyzja taka zostanie już podjęta, regulacja danej materii musi zostać dokonana przy poszanowaniu wymagań konstytucyjnych (por. wyroki: z

dnia 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz.216, s. 1092, z dnia 30 maja 2000 r., sygn. K 37/98, OTK ZU nr 4/2000, poz. 112, s. 595 oraz z dnia 24 października 2000 r., sygn. SK 7/00, OTK ZU nr 7/2000, poz. 256, s. 1240).

W tym miejscu, niejako przykładowo, należałoby odnotować, że wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. K 45/02, Trybunał Konstytucyjny orzekł m. in. o niekonstytucyjności przepisu normującego czynności operacyjno – rozpoznawcze Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (art. 23 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu), wobec jego kolizji z szeregiem wzorców kontroli (w tym z art. 51 ust. 2 Konstytucji RP), podkreślając, że kontrola konstytucyjności dotyczyła w tym wypadku obowiązującego aktu normatywnego, z punktu widzenia tego, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej (por. OTK ZU nr 4/A/ 2004, poz. 30, s. 402).

Analiza skargi konstytucyjnej K P , jak się wydaje, uprawnia do wysnucia wniosku, że zarzuca on unormowaniom zawartym w art. 19 ustawy o Policji naruszenie konstytucyjnie chronionych praw, jak prawo do obrony, prawo do autonomii informacyjnej w zakresie poufności kontaktów oskarżonego z jego obrońcą oraz prawo do żądania usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, poprzez pominięcie w kwestionowanym przepisie koniecznych do zapewnienia przestrzegania tych praw regulacji. Tym samym, jak się wydaje, można bronić poglądu, że w analizowanym unormowaniu zachodzi przypadek pominięcia prawodawczego, podlegającego kognicji Trybunału Konstytucyjnego.

Przechodząc do oceny kwestionowanego w skardze konstytucyjnej przepisu w kontekście konstytucyjnego prawa do obrony, wypada odnotować, że, zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, każdy, przeciw komu prowadzone

jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu.

W doktrynie przyjmuje się, że twórca Konstytucji uznał, iż w procesach karnych, w których zagrożone są najcenniejsze dla człowieka dobra osobiste, należy potwierdzić możliwość powoływania pełnomocników procesowych, a w pewnych sytuacjach tacy pełnomocnicy muszą działać nawet bez względu na wolę tudzież możliwości podejrzanego (por. Paweł Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, tezy do art. 42, s. 9).

Przedstawiciele nauki prawa konstytucyjnego prezentują również pogląd, że oskarżonego w żadnych okolicznościach nie można pozbawić prawa zarówno do obrony możliwej, jak i do obrony obligatoryjnej. Wynika to z niebudzącej wątpliwości regulacji konstytucyjnej, przy czym sytuację oskarżonego (terminem tym można objąć także podejrzanego i skazanego) w świetle wymogów publicznoprawnych należy zakwalifikować do rzędu publicznych praw podmiotowych, które istnieją i które muszą być zrealizowane, i których nie może pozbawić nawet ustawodawca w drodze ustawy (por. Zdzisław Kegel [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz Komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 87).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, konstytucyjne prawo do obrony należy rozumieć szeroko, jest ono bowiem nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale też elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego. Prawo to przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego (w praktyce od chwili przedstawienia zarzutów), aż do wydania prawomocnego wyroku; obejmuje również etap postępowania wykonawczego. Prawo do obrony w procesie karnym ma wymiar materialny i formalny. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. możliwość odmowy

składania wyjaśnień, prawo wglądu do akt i składania wniosków dowodowych). Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu (por. wyroki: z dnia 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27, s. 268 oraz z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. K 31/08, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 107, s. 1092)

Trybunał Konstytucyjny podkreślał również, że proces karny jest ze swej istoty kontradyktoryjny, stanowi on spór równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem. W postępowaniu przygotowawczym, którym kieruje prokurator, owa kontradyktoryjność jest w pewnym zakresie ograniczona, co nie oznacza jednak, iż owe ograniczenia mogą naruszać istotę prawa do obrony. Stąd też zachowane są pewne uprawnienia obrońcy, takie jak: prawo składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia (art. 315 § 1 Kodeksu postępowania karnego), prawo do udziału w czynnościach niepowtarzalnych (art. 316 § 1 K.p.k.) oraz w innych czynnościach postępowania (art. 317 § 1 K.p.k.), a także prawo udziału w czynnościach zapoznawania podejrzanego z materiałami postępowania przygotowawczego (art. 321 § 3 K.p.k.). Uprawnienia obrońcy to nie tylko możliwość przeglądania akt postępowania karnego – zapoznawania się z materiałem dowodowym, ale przede wszystkim kontakt z jego mocodawcą. To na podstawie osobistego kontaktu obrońca pozyskuje faktyczną wiedzę o czynie sprawcy oraz okolicznościach zdarzenia będącego przedmiotem postępowania, buduje strategię obrony, zgłasza wnioski dowodowe i współdziała z innymi obrońcami występującymi w sprawie (por. wyrok z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7, s. 115).

Na marginesie wypada również odnotować (o czym przypomniał Trybunał Konstytucyjny we wspomnianym wyżej wyroku z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02), że prawo oskarżonego do swobodnych kontaktów z obrońcą należy do podstawowych standardów prawa międzynarodowego. Art. 14 ust. 3 lit. b oraz d Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych

stanowi m. in., że każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo do dysponowania odpowiednim czasem i możliwościami w celu przygotowania obrony i porozumienia się ze swoim obrońcą, a jeśli nie posiada obrońcy – do bycia poinformowanym o prawie do jego wyboru, ponadto zaś – gdy dobro wymiaru sprawiedliwości tego wymaga – do otrzymania obrońcy z urzędu bezpłatnie, jeśli nie jest w stanie samodzielnie pokryć kosztów obrony. Podobne rozwiązanie przewiduje Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, uznając (w art. 6 ust. 3 lit. b oraz c), że prawo do osobistej obrony lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę stanowi gwarancję rzetelnego procesu sądowego (por. *op. cit.*, s. 116).

Polska procedura karna zawiera stosowne gwarancje, chroniące poufność osobistych kontaktów oskarżonego (podejrzanego) z jego obrońcą, w rozumieniu orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz standardów prawa międzynarodowego. W szczególności, zgodnie z art. 178 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego, nie wolno przesłuchiwać jako świadka obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1, co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę.

W doktrynie przyjmuje się, że zakaz przewidziany w przytoczonym wyżej przepisie ma charakter bezwzględny; nie może być uchylony przez organ procesowy, jak również osoby te nie mogą być przesłuchiwane, chociażby chciały lub domagał się tego oskarżony. W ogóle wyłączona jest możliwość przesłuchania tych osób w charakterze świadka. Zakaz trwa także po ustaniu wykonywania obowiązków obrońcy. Zakaz jest skierowany do wszystkich organów procesowych, tj. prowadzących dochodzenie lub śledztwo, jak i do sądu (por. Ryszard Stefański [w:] *Kodeks Postępowania Karnego, Komentarz*, Tom I, Dom Wydawniczy ABC, 2003, s. 786).

W literaturze przedmiotu podnosi się również, że art. 178 formułuje bezwzględne zakazy dowodowe, które w żadnych warunkach nie mogą być uchylone, co oznacza, że osoby te, co do tych okoliczności, nie mogą zostać

przesłuchane, a gdyby zostały wezwane w charakterze świadków, mają prawo i obowiązek, wynikający z innych unormowań, odmowy złożenia w tym zakresie zeznań. Zakazu tego nie uchyla nawet zgoda wszystkich zainteresowanych osób (por. Jan Grajewski, Lech Paprzycki, Sławomir Steinborn, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, Tom I, Zakamycze 2006, Komentarz do art. 178, System Informacji Prawnej Lex, 21/2010).

Ze wspomnianym wyżej art. 178 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego korespondują regulacje zawarte w art. 6 Prawa o adwokaturze. Unormowania te stanowią, że adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej, obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie, jak również, że adwokata nie można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę.

Z kolei, przepis art. 73 § 1 Kodeksu postępowania karnego stanowi, że oskarżony tymczasowo aresztowany może porozumiewać się ze swym obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. Ustawodawca dopuścił wprawdzie ograniczenie tego prawa poprzez zastrzeżenia prokuratora kontroli korespondencji lub obecności upoważnionej przez niego osoby podczas porozumiewania się, jednakże zastrzeżenia te nie mogą być utrzymywane ani dokonywane po upływie 14 dni od dnia tymczasowego aresztowania podejrzanego (*vide* - art. 73 § 2 – 4). Nadto, należałoby w tym miejscu odnotować, że, dopuszczając wspomniane ograniczenie prawa do obrony w wyroku z dnia 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, Trybunał Konstytucyjny podkreślił m. in., iż jest ono realizowane w sposób jawny, „nie są zatem stosowane środki techniki operacyjnej” (por. *op. cit.*, s. 118). Tym samym, jak się wydaje, należałoby odrębnie dokonać oceny takiego ograniczenia, realizowanego podczas czynności operacyjno – rozpoznawczych.

Regulacje, mające na celu ochronę tajemnicy obrończej, w tym zasady poufności kontaktów oskarżonego z jego obrońcą, zawiera art. 225 § 3 Kodeksu postępowania karnego. Przepis ten stanowi, że jeżeli obrońca lub inna osoba, od której żąda się wydania rzeczy lub u której dokonuje się przeszukania, oświadczy, że wydane lub znalezione w toku przeszukania pisma lub inne dokumenty obejmują okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy, organ dokonujący czynności pozostawia te dokumenty wymienionej osobie bez zapoznania się z ich treścią lub wyglądem. Jeżeli jednak oświadczenie osoby nie będącej obrońcą budzi wątpliwości, organ dokonujący czynności przekazuje te dokumenty z zachowaniem rygorów określonych w § 1 sądowi, który po zapoznaniu się z dokumentami zwraca je w całości lub w części, z zachowaniem rygorów określonych w § 1, osobie, od której je zabrano, albo wydaje postanowienie o ich zatrzymaniu dla celów postępowania.

W doktrynie przyjmuje się, że § 3 art. 225 Kodeksu postępowania karnego statuuje wyraźny zakaz zapoznania się z treścią oraz wydania pism i dokumentów, dotyczących wykonywania funkcji obrońcy. Oświadczenie obrońcy, że dokument zawiera wiadomości objęte tajemnicą obrończą, jest bezwzględnie wiążące dla organu procesowego (por. Jan Grajewski [w:] *Kodeks Postępowania Karnego, Komentarze Zakamycza*, Tom I, Zakamycze 2003, s. 569).

W końcu wypadałoby wspomnieć o regulacji zawartej w art. 8 § 3 Kodeksu karnego wykonawczego. Zgodnie z tym przepisem, skazany pozbawiony wolności może porozumiewać się ze swoim obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem lub radcą prawnym podczas nieobecności innych osób. Korespondencja z tymi osobami nie podlega cenzurze i zatrzymaniu, a rozmowy w trakcie widzeń i telefoniczne nie podlegają kontroli. Nadzór nad korespondencją z obrońcą może być wykonany przez otwarcie listu wyłącznie wtedy, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że list zawiera przedmioty, których dotyczy zakaz posiadania, przechowywania,

przekazywania, przesyłania lub obrotu. Czynności otwarcia dokonuje się w obecności skazanego i zawiadamia się o niej sędziego penitencjarnego, podając jej powód i wynik. Przepis art. 225 § 3 Kodeksu postępowania karnego stosuje się odpowiednio. Natomiast art. 215 § 1 Kodeksu karnego wykonawczego stanowi, że tymczasowo aresztowany ma prawo do porozumiewania się z obrońcą lub pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie. Jeżeli organ, do którego dyspozycji tymczasowo aresztowany pozostaje, zastrzeże przy widzeniu obecność swoją lub osoby upoważnionej – widzenie odbywa się w sposób wskazany przez ten organ.

Analiza przytoczonych wyżej regulacji zawartych w Kodeksie postępowania karnego, Kodeksie karnym wykonawczym i Prawie o adwokaturze z jednej strony oraz w ustawie o Policji z drugiej strony, upoważnia do wysnucia wniosku, że o ile w toku procesu karnego tajemnica obrończa znajduje szereg stosownych zabezpieczeń, to w toku czynności operacyjno – rozpoznawczych brak jakiejkolwiek ochrony normatywnej w tym zakresie. W szczególności, zakwestionowany art. 19 ustawy o Policji nie zawiera regulacji określających granice wkraczania, w drodze czynności operacyjno – rozpoznawczych, w prawo do obrony w zakresie zachowania tajemnicy obrończej ani gwarancji proceduralnych, towarzyszących temu wkraczaniu.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie poddawał kontroli unormowania dotyczące czynności operacyjno – rozpoznawczych, podejmowanych przez różne służby, co zostanie omówione w dalszej części uzasadnienia niniejszego stanowiska. Już w tym miejscu należałoby jednak odnotować, że w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, delegalizującym m. in. niektóre regulacje zawarte w art. 19 ustawy o Policji, Trybunał podkreślił, iż „doświadczenia współczesnych państw demokratycznych wskazują, że władza wykonawcza odpowiedzialna za bezpieczeństwo i porządek publiczny, w tym

podległe jej podmioty prowadzące czynności operacyjno – rozpoznawcze, dysponują środkami, których zastosowanie – w imię obrony porządku publicznego – może doprowadzić do zniszczenia instytucji demokratycznych i redukcji praw obywatelskich. Dzieje się tak zarówno dlatego, że poufność i brak zewnętrznej kontroli może prowadzić do nadmiernej autonomizacji czy subiektywizacji samego celu działalności operacyjnej oraz niezachowania w niej należytej wstrzemięźliwości przy wkraczaniu w prawa i wolności obywatelskie. Niekiedy zaś sytuacja taka może wynikać z nadmiernie eksponowanych względów ideologicznych czy politycznych w działaniu egzekutywy. Inaczej mówiąc, cecha niejawności kontroli operacyjnej czyni ją podatną na nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie przez legislatora korzystania z wolności obywatelskich, wymaga więc zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie dla wolności. Będzie tak wtedy, gdy – po pierwsze – wprowadzane ograniczenia będą arbitralne, nieproporcjonalne do ewentualnych zagrożeń i – po drugie – gdy będą one wyłączone (czy to prawnie, czy faktycznie) spod kontroli sprawowanej przez instytucje demokratyczne. Konflikt między koniecznością istnienia legalnej, prawnie umocowanej działalności operacyjnej i zagrożeniem dla konstytucyjnych wolności i praw jednostki wymaga więc przede wszystkim wyważenia właściwej proporcji w prawnej ochronie obu sfer, pozostających w konflikcie (...). Instrumentarium prawne, umożliwiające wyważenie stosownego kompromisu obejmuje: - z jednej strony, regulację materialnoprawną (określającą granice stawiane przez system prawa wkroczeniu przez władzę w poszczególne sfery prywatności jednostki); - z drugiej zaś – gwarancje proceduralne, towarzyszące temu wkroczeniu, tj. konieczność zgłoszenia kontroli organowi pozapolicyjnemu i jej

legalizacji przez ten organ, przesłanki i procedury legalizacji – przez organ zewnętrzny i poprzez udostępnienie zainteresowanemu (choćby w pewnym zakresie i od pewnego momentu czasowego) wiedzy o kontroli i jej rezultatach, środki kontroli na wypadek ekscesu organu przeprowadzającego kontrolę” (OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 132, s. 1494).

O ile regulacje dotyczące ochrony tajemnicy obrończej, w tym poufności kontaktów oskarżonego z jego obrońcą, w toku postępowania procesowego, zawarte w Kodeksie postępowania karnego, Kodeksie karnym wykonawczym i Prawie o adwokaturze, zdają się spełniać wymogi konstytucyjności, w rozumieniu orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, to brak takich regulacji odnośnie prowadzenia czynności operacyjno – rozpoznawczych przez Policję nasuwa poważne wątpliwości w omawianym zakresie. Nadto, skoro w procesie karnym istnieje rygorystyczny zakaz przesłuchiwanie w charakterze świadka obrońcy lub adwokata, działającego na podstawie art. 245 § 1 Kodeksu postępowania karnego, co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę, to wydaje się, że zastosowanie środków technicznych, umożliwiających uzyskanie w sposób niejawnny treści rozmów telefonicznych oskarżonego z jego obrońcą, prowadzi do uzyskania informacji, której wykorzystanie w procesie karnym jako dowodu jest niedopuszczalne, a zatem może zostać uznane za próbę obejścia zakazu dowodowego. Nie wydaje się również, by ta ostatnia ocena mogła ulec zasadniczej zmianie w wypadku, gdyby niejawna kontrola rozmów telefonicznych podejrzanego, jako taka nie była ukierunkowana na jego kontakty z obrońcą, a konkretna rozmowa zostałaby podsłuchana niejako „przypadkowo”, przy okazji podsłuchiwanie rozmów podejrzanego z innymi osobami.

Biorąc powyższe pod uwagę, wydaje się, że kwestionowany, w skardze konstytucyjnej K P, przepis art. 19 ustawy o Policji koliduje z konstytucyjnym prawem do obrony, ograniczając zasadę poufności kontaktów oskarżonego z jego obrońcą, poprzez pominięcie prawodawcze w zakresie

określenia granic wkroczenia przez władzę w tę sferę konstytucyjnie chronioną oraz gwarancji proceduralnych, towarzyszących takiemu wkroczeniu, jak również sposobu postępowania z informacjami uzyskanymi odnośnie takich kontaktów. Tym samym, należałoby uznać, że zaskarżona regulacja, w przedstawionym wyżej zakresie, jest niezgodna z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP.

Przechodząc do oceny kwestionowanego w skardze konstytucyjnej przepisu w kontekście konstytucyjnego prawa do autonomii informacyjnej jednostki, należy przypomnieć, że, zgodnie z art. 51 ust. 2 Konstytucji RP, władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Z kolei, art. 51 ust. 4 Konstytucji RP stanowi, że każdy ma prawo żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.

W doktrynie przyjmuje się, że, gwarantując prawo do prywatności, nie może Konstytucja - w sposób generalny - pozwalać organom władzy publicznej ani na dokumentowanie dla własnych celów tzw. danych osobowych, czyli informacji o osobowych właściwościach (indywidualnych cechach) konkretnych jednostek, jak również zezwalać owym organom na penetrowanie i dokumentowanie zachowań osób prywatnych, ani też w końcu zmuszać tych osób do ujawniania swych cech, właściwości oraz swego osobistego postępowania - i tu już nie tylko wobec wspomnianych organów, ale wobec kogokolwiek. Z kolei, gdy w dopuszczalnych granicach ustawowych, zbiory danych osobowych, wytworzone przez uprawnione podmioty (organy władzy publicznej, i to tylko we wskazanym zakresie), już funkcjonują – prawo do prywatności, ale również wymóg ochrony godności ludzkiej, sama natura praw osobistych, do których i one należą, oraz zasada demokratycznego państwa prawnego – wymagają zagwarantowania dostępu do takich danych, wnoszenia sprostowań oraz ewentualnie żądania usunięcia pewnych z nich (por. Paweł

Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, tezy do art. 51, s. 3).

W literaturze przedmiotu podnosi się również, że niezwykle istotne jest stworzenie bariery w nieograniczonym pozyskiwaniu, gromadzeniu i udostępnianiu informacji o osobach przez władze publiczne, nawet za (konieczną w świetle ust. 1 art. 51 Konstytucji RP) zgodą ustawodawcy. Jak wykazują bowiem doświadczenia innych państw, administracja i inne władze publiczne skłonne są do gromadzenia nadmiernych ilości informacji o obywatelach i zbędnego – w świetle ustrojowej zasady pomocniczości – wkraczania w ich życie prywatne i rodzinne. Informacja, jako część wstępnej fazy procesu decyzyjnego, jest jego podstawą i przygotowaniem. Powinna więc być uzasadniona potrzebami wspólnoty, interesem demokratycznego państwa prawnego. Tylko informacje naprawdę niezbędne w takim państwie mogą być pozyskiwane, gromadzone (w tym elektronicznie przetwarzane) i udostępniane przez władze publiczne. W przypadku sporu, czy ustawodawca nie posunął się za daleko w nałożeniu obowiązków informacyjnych albo w wyposażeniu organów państwa w kompetencje do pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania informacji, co może nastąpić również bez zgody obywatela, rozstrzygać o stopniu „niezbędności” informacji (...) ma Trybunał Konstytucyjny, który w tym znaczeniu ma stać się podmiotem chroniącym przed „złym ustawodawcą” (por. Irena Lipowicz [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz Komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 99).

Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego, ochrona życia prywatnego, gwarantowana konstytucyjnie co do zasady w art. 47, obejmuje sobą także autonomię informacyjną (art. 51 Konstytucji RP), oznaczającą prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, jeśli znajdują się w posiadaniu innych podmiotów (por. wyroki: z dnia 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02, OTK ZU nr 6/A/2002, poz.

83, s. 1111 oraz z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 64, s. 813).

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, istnienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnej regulacji, dotyczącej proporcjonalności wkraczania w prywatność jednostki, należy tłumaczyć tym, że naruszenia autonomii informacyjnej - poprzez żądanie niekoniecznych, lecz wygodnych dla władzy publicznej informacji o jednostce - jest typowym dla czasów współczesnych instrumentem, po który władza publiczna chętnie sięga i dzięki któremu uzyskuje potwierdzenie swej pozycji wobec jednostki. Autonomia informacyjna, której wyodrębnienie normatywne z całości ochrony prywatności przewiduje art. 51 ustawy zasadniczej, jest uzasadniona częstotliwością, uporczywością i typowością wkraczania w prywatność przez władzę publiczną. Normatywne wyodrębnienie, ustanowione w art. 52 ust. 2 Konstytucji, zakazu owego wkraczania ułatwia dostrzeżenie takiego wkroczenia i upraszcza przedmiot dowodu, iż takie wkroczenie nastąpiło. Przedmiotem dowodu staje się wtedy bowiem tylko to, czy pozyskiwanie informacji było konieczne, czy tylko „wygodne” lub „użyteczne” dla władzy. Dowodu wymaga, że złamanie autonomii informacyjnej było konieczne (niezbędne) w demokratycznym państwie prawnym. Analiza relacji przepisów art. 31 ust. 3 i art. 51 ust. 2 Konstytucji uzasadnia stwierdzenie, że naruszenie autonomii informacyjnej przez pozyskiwanie informacji o obywatelach, powinno odpowiadać wymaganiom określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji (por. wyroki: z dnia 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02, OTK ZU nr 6/A/ 2002 r., poz. 83, s. 1112 oraz z dnia 17 czerwca 2008 r., sygn. K 8/04, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 81, s. 812 – 813).

Trybunał Konstytucyjny podkreślał również w swym orzecznictwie, że czynności operacyjne służb państwowych pozostają usprawiedliwione, o ile ich celem jest obrona wartości demokratycznych państwa prawnego. Wymogiem konstytucyjnym jest to, by sprostwały one testowi „konieczności w

demokratycznym państwie prawnym”. Nie wystarczy ich celowość, użyteczność, taniość czy łatwość posługiwania się przez władzę. Nie ma rozstrzygającego znaczenia argument, że podobne środki są stosowane w innych państwach. 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. Jednocześnie winny to być „środki najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawo bądź wolność ulegają – w wyniku stosowania tych środków – ograniczeniu” (por. wyroki: z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 86, s. 910 oraz z dnia 3 października 2000 r., sygn. K 33/99, OTK ZU nr 6/2000, poz. 188, s. 1003 – 1004).

Stosowanie przez Policję środków technicznych, umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych, ma na celu zapobieżenie, wykrycie, ustalenie sprawców, a także uzyskanie i utrwalenie dowodów popełnienia określonych w ustawie przestępstw, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne (por. art. 19 ust. 1 ustawy o Policji). Podśluch winien mieścić się w granicach niezbędności dla założonego celu niejawnego sposobu uzyskiwania informacji, jak również spełniać wymóg subsydiarności działania oraz niezbędności stosowania tego środka. Nadto realizacja powyższych warunków dopuszczalności podśluchu wymaga efektywnej kontroli zapobiegania ekscesom w zakresie stosowania tego środka.

Analizowany przepis art. 19 ustawy o Policji nie zawiera regulacji ograniczających możliwość stosowania podśluchu rozmów telefonicznych oskarżonego ze swoim obrońcą ani normujących sposób postępowania z uzyskanymi przez Policję utrwalonymi zapisami takich rozmów, mimo że prawo karne procesowe chroni tajemnicę obrończą i zawiera zakaz dowodowy,

uniemożliwiający przesłuchiwanie jako świadka obrońcy lub adwokata, co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę.

W tym miejscu wypada odnotować, że w pełni zachowują aktualność wywody, dotyczące ochrony tajemnicy obrończej, zawarte we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego stanowiska. W szczególności wymaga podkreślenia, że o ile regulacje dotyczące ochrony tajemnicy obrończej, w tym poufności kontaktów oskarżonego z jego obrońcą, w toku postępowania, zawarte w Kodeksie postępowania karnego, Kodeksie karnym wykonawczym i Prawie o adwokaturze, zdają się spełniać wymogi konstytucyjności, w rozumieniu orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, to brak takich regulacji odnośnie prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych przez Policję nasuwa poważne wątpliwości w omawianym zakresie.

Omówiony we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego stanowiska zakaz dowodowy, określony w art. 178 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego, w praktyce uniemożliwia procesowe wykorzystanie informacji uzyskanych w drodze podsłuchu rozmowy oskarżonego z jego obrońcą. Powyższa konstatacja stawia pod znakiem zapytania celowość takiego podsłuchu, w rozumieniu ustawy o Policji. W zasadzie, jak się wydaje, nie pozwala też przyjąć, że podsłuch zastosowano zgodnie z zasadą subsydiarności, skoro w pewnych okolicznościach nie sposób wykluczyć nasuwającego się podejrzenia, iż podsłuch miał posłużyć obejściu zakazu dowodowego, który to zakaz uniemożliwił uzyskanie informacji o kontaktach oskarżonego z jego obrońcą w inny sposób.

Innymi słowy, kwestionowane unormowania art. 19 ustawy o Policji, pomijając uregulowanie dopuszczalnych granic wkraczania przez stosującego czynności operacyjno – rozpoznawcze w sferę kontaktów oskarżonego z jego obrońcą oraz gwarancji proceduralnych towarzyszących takiemu wkraczaniu, zdają się sprzyjać stosowaniu podsłuchów w sposób, jaki doprowadził do

powstania sytuacji faktycznej i prawnej, która legła u podstaw złożenia skargi konstytucyjnej K P

Wydaje się, że ocena konstytucyjności kwestionowanego przepisu art. 19 ustawy o Policji wymaga przyjęcia jeszcze ostrzejszych kryteriów w kontekście art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, gwarantującego prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, dotyczącym kontroli konstytucyjności czynności operacyjno - rozpoznawczych (realizowanych tak przez Policję, jak i przez Centralne Biuro Antykorupcyjne), gdy idzie o autonomię informacyjną, art. 51 Konstytucji kreuje m. in., oprócz obowiązków ciążących na władzy państwowej, dwa prawa podmiotowe:

- dostępu do dokumentów i zbiorów danych (przy czym ustawodawca zwykły może tu określić ograniczenia, co wynika z art. 51 ust. 3 Konstytucji, a jego swoboda w tym zakresie jest większa, niż na tle ograniczeń przewidzianych w art. 49 Konstytucji),
- prawo „każdego” do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych oraz zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (art. 54 ust. 4 Konstytucji). Charakterystyczny jest sposób ujęcia tego ostatniego prawa. Nie przewiduje ono – w przeciwieństwie do prawa z art. 51 ust. 3 Konstytucji – w ogóle możliwości ograniczeń wprowadzonych w drodze ustawy zwykłej. Pod tym względem art. 51 ust. 4 jest skonstruowany identycznie jak art. 47 Konstytucji. Artykuł 51 ust. 4 mówi 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. Prawo to obejmuje żądanie sprostowań oraz usunięcia informacji niepełnych, nieprawdziwych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. 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. Należy zauważyć, że na tle systematyki art. 51 Konstytucji regulacja prawa podmiotowego z art. 51 ust. 4 wyprzedza regulację zawartą w art. 51 ust. 5 Konstytucji. W tym ostatnim przepisie mówi się, że ustawa zwykła może określać zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji. Argument *a rubrica* wskazuje więc na to, że na tle polskiej Konstytucji, jakkolwiek przedmiot, zakres i gwarancje związane z prowadzeniem działań operacyjnych (niezbędnych – co do zasady – we współczesnym państwie) są regulowane przez ustawodawstwo zwykłe (art. 51 ust. 5 Konstytucji), to jednak takie ustawodawstwo musi obracać się w konstytucyjnych ramach wskazanych w art. 49 i art. 51, przewidujących możliwość i zasady współokreślania (ujętego zresztą w różny sposób na tle każdego z tych przepisów) przez ustawodawcę zwykłego kwestii uregulowanych w art. 49, a także w art. 51 ust. 1, 2 (w związku z art. 5) i 3 Konstytucji. Nie przewidziano natomiast takiej możliwości współdziałania ustawodawcy zwykłego dla prawa uregulowanego przez art. 51 ust. 4 Konstytucji. Ustawodawca zwykły, nawet nie wykonując konstytucyjnego upoważnienia do współokreślania (przez kształtowanie wyjątków) konstytucyjnie chronionych wolności (praw), lecz wykonujący swoją „zwyčajną” działalność, normując jakieś inne kwestie, może jednak, niejako przypadkiem, wkroczyć w sferę wolności (praw) konstytucyjnych. W takim wypadku ocena proporcjonalności wkroczenia musi jednak odbywać się wedle surowszych kryteriów, niż w wypadku, gdy sama Konstytucja przyznaje ustawodawcy możliwość kreacji ograniczeń, w odniesieniu do konstytucyjnie normowanej wolności (prawa). Inaczej mówiąc: na tle unormowań w art. 49 i art. 51 ust. 4 Konstytucji proporcjonalność wkroczenia ustawodawcy zwykłego będzie oceniana wedle kryteriów łagodniejszych – w pierwszym i surowszych –

w drugim wypadku (por. wyroki: z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 132, s. 1499 – 1500 oraz z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 86, s. 911).

Analiza uzasadnienia postanowienia z dnia grudnia 2008 r., sygn.

, nieuwzględniającego wniosku m. in. w przedmiocie zniszczenia lub usunięcia protokołów podsłuchów rozmów telefonicznych oskarżonych prowadzonych z obrońcami, które legło u podstaw wniesionej przez K P skargi konstytucyjnej, zdaje się wskazywać, że Sąd Rejonowy dla K w K przyjął wykładnię art. 19 ust. 17 w związku z ust. 15 ustawy o Policji, przemawiającą przeciwko dopuszczalności zniszczenia wspomnianych protokołów. Z drugiej strony, Sąd Rejonowy podniósł wprost, w tymże uzasadnieniu, w kontekście tajemnicy obrończej, iż „zasadnym wydaje się wniosek, że kwestia dotycząca postępowania z materiałami znalezionymi w trakcie kontroli operacyjnej, a dotycząca właśnie rozmów pomiędzy podejrzanymi a ich obrońcami, wymaga interwencji ustawodawcy i zapewnienia takich rozwiązań, które nie będą z nią kolidowały” (por. s. 5).

W tym miejscu wypada odnotować, że Trybunał Konstytucyjny podkreślał niejednokrotnie, iż przedmiotem jego badania nie są akty stosowania prawa, a więc prawomocne orzeczenia lub ostateczne decyzje zapadłe w indywidualnych sprawach, lecz akty normatywne, na podstawie których rozstrzygnięcia te zostały wydane. Trybunał Konstytucyjny jest bowiem powołany do orzekania w sprawach zgodności z Konstytucją RP aktów normatywnych, w celu wyeliminowania z systemu prawnego przepisów z Konstytucją niezgodnych. Nie należy natomiast do kompetencji Trybunału Konstytucyjnego kontrola ustaleń sądu ani też sprawowanie kontroli co do sposobu wykładni obowiązujących przepisów (por. wyrok z dnia 2 kwietnia 2001 r., sygn. SK 10/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 55, s. 320 oraz postanowienia: z dnia 25 sierpnia 2000 r., sygn. Ts 33/00, OTK ZU nr 6/2000, poz. 323, s. 1125

i z dnia 5 listopada 2003 r., sygn. Ts 148/02, OTK ZU nr 4/B/2003, poz. 219, s. 562).

W świetle powyższego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, wydaje się, że można pominąć w uzasadnieniu niniejszego stanowiska ocenę merytorycznej treści wspomnianego wyżej postanowienia z dnia grudnia 2008 r. (a w szczególności jego sentencji, odmawiającej zniszczenia lub usunięcia protokołów podsłuchów telefonicznych oskarżonych prowadzonych z obrońcami, ewentualnie złożenia ich do kancelarii tajnej), jak również ocenę przyjętej przez sąd wykładni przepisów ustawy o Policji oraz Kodeksu postępowania karnego.

Na marginesie wypada jednak zauważyć, iż w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 8/07 (odnotowanym zresztą przez Sąd Rejonowy dla K), Sąd Najwyższy wyraził pogląd prawny, że informacje uzyskane w trakcie kontroli operacyjnej, które wykraczają poza granice jej dopuszczalności, określone w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, a tym samym nie mogą być objęte zgodą sądu, zbierane są w sposób sprzeczny z ustawą. W tym sensie wchodzi w zakres uregulowania art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, który przewiduje, że każdy ma prawo do żądania usunięcia dotyczących go informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Gwarancją realizacji tego prawa jest art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, który przewiduje obowiązek zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej „niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego”. Obowiązek ten obejmuje więc zarówno materiały, które mieściły się w granicach kontroli operacyjnej wyznaczonych przez treść art. 19 ust. 1, ale niezawierających dowodów przestępstwa „katalogowego”, jak również materiały zgromadzone „podczas kontroli, które jednak wykraczały poza te granice (por. System Informacji Prawnej Lex 21/2010).

Z kolei, Trybunał Konstytucyjny, w cytowanym wyżej wyroku z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07 (delegalizującym szereg przepisów ustawy o

Centralnym Biurze Antykorupcyjnym), przywołał pogląd prawny, wyrażony przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z dnia 25 czerwca 1997 r., sygn. 20605/92, iż eksces polegający na tym, że „przy okazji” zbierania materiału operacyjnie przydatnego kontrola operacyjna zgromadzi także dane dotyczące kwestii prywatnych, obyczajowych – wykraczających poza cel prowadzenia kontroli – oznacza działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkraczania w sferę prywatności (por. *op. cit.*, s. 912).

W świetle wspomnianego wyżej orzecznictwa, jak się wydaje, można podzielić pogląd Skarżącego, że informacje, uzyskane podczas podsłuchu rozmów telefonicznych oskarżonego z jego obrońcą, należałoby uznać za informacje zebrane w sposób sprzeczny z ustawą, zwłaszcza że (jak wywiedziono we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego stanowiska) stosowanie takiego podsłuchu w pewnych okolicznościach może rodzić podejrzenie próby obejścia zakazu dowodowego, określonego w art. 178 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego.

Nadto wypadałoby odnotować, że o ile wykroczenie poza dopuszczalne ramy stosowania podsłuchu przez organ stosujący technikę operacyjną, determinowane rodzajem przestępstwa (określone w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji bądź nieobjęte tym katalogiem) albo wynikające z charakteru uzyskanych podczas stosowania podsłuchu informacji (przykładowo dotyczących tzw. danych wrażliwych) może dotyczyć jedynie części podsłuchanej rozmowy, to zakaz dowodowy, określony w art. 178 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego, dotyczy wszystkich faktów, o których obrońca dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę, co w praktyce sprowadza się do treści całej podsłuchanej rozmowy oskarżonego z jego obrońcą. W tym kontekście, ewentualne usunięcie protokołów tych ostatnich podsłuchów, jak się wydaje, nie mogłoby dostarczyć pretekstu do wysunięcia wobec organu stosującego technikę operacyjną zarzutu ingerencji w materiał dowodowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, wydaje się, że, kwestionowany w skardze konstytucyjnej K P , przepis art. 19 ustawy o Policji koliduje z prawem autonomii informacyjnej oraz prawem do żądania usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, poprzez pominięcie prawodawcze w zakresie określenia granic wkroczenia przez władzę w tę sferę konstytucyjnie chronioną oraz gwarancji proceduralnych, towarzyszących takiemu wkroczeniu, jak również sposobu postępowania z informacjami uzyskanymi w toku podsłuchu rozmów telefonicznych oskarżonego z jego obrońcą. Tym samym, należałoby uznać, że zaskarżona regulacja, w przedstawionym wyżej zakresie, jest niezgodna z art. 51 ust. 2 i ust. 4 Konstytucji RP.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Hernand
Zastępcy Prokuratora Generalnego