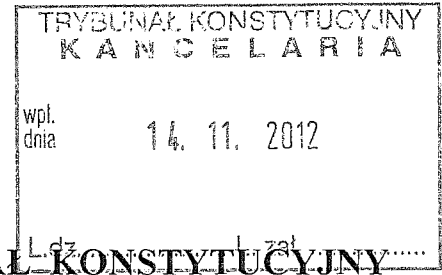




Warszawa, dnia 13 listopada 2012 r.

PG VIII TKw 50/12



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

WNIOSEK PROKURATORA GENERALNEGO

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 188 pkt 1 i 2
Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

wnoszę o stwierdzenie niezgodności:

- 1) art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687 ze zmianami),
- 2) art. 9e ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675 ze zmianami),
- 3) art. 36c ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 214 ze zmianami),
- 4) art. 31 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. Nr 123, poz. 1353 ze zmianami),
- 5) art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zmianami),

- 6) art. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2012 r. poz. 621),
- 7) art. 31 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 709 ze zmianami)

– z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach regulacji wyłączającej z kręgu podmiotów, które mogą być poddane kontroli operacyjnej, kategorie osób, od których pozyskanie informacji objętych tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarską podlega zakazom dowodowym, w zakresie objętym zakazami –

z art. 2, art. 42 ust. 2, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, jak również z art. 6 ust. 3 lit. b oraz c, art. 8 i art. 10 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

UZASADNIENIE

Wnioskiem z dnia 1 sierpnia 2011 r. Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował, między innymi, szereg regulacji zawartych w ustawach instytucjonalnych, zezwalających służbom mundurowym oraz specjalnym na pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych dotyczących obywateli, pomijających przy tym wyłączenie z kręgu użytkowników urządzeń telekomunikacyjnych, których dane mogą być pozyskiwane: adwokatów, dziennikarzy, notariuszy, radców prawnych oraz lekarzy, choć informacje uzyskane niejawnie od tych osób mogą być objęte tak zwanymi zakazami

dowodowymi. Analogiczny problem jawi się (i to z nieporównanie większą ostrością) wobec pominięcia prawodawczego ustawodawcy odnośnie regulacji chroniących tajemnicę adwokacką i dziennikarską (ale równie i pozostałe wymienione wyżej tajemnice, a także tajemnicę doradcy podatkowego) na tle prowadzenia przez służby kontroli operacyjnej.

Ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. znowelizowane zostały przepisy normujące przeprowadzanie kontroli operacyjnej, między innymi przez Policję, Straż Graniczną, wywiad skarbowy, Żandarmerię Wojskową, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralne Biuro Antykorupcyjne oraz Służbę Kontrwywiadu Wojskowego. Nowe regulacje, w ostatecznym rezultacie, poszerzyły możliwość stosowania przez wymienione służby kontroli operacyjnej, dopuszczając wykorzystanie uzyskanego tą drogą dowodu 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 (art. 19 ust. 15c ustawy o Policji, art. 9e ust. 16c ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 1c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 16c ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 15c ustawy o ABW oraz AW, art. 17 ust. 15c ustawy o CBA, art. 31 ust. 14c ustawy o SKW oraz SWW, jak również art. 237a Kodeksu postępowania karnego).

W tym miejscu, niejako na marginesie, należałoby odnotować, że wspomniana wyżej część nowelizacji spotkała się z krytyczną oceną doktryny. Podniesiono, między innymi, że wprowadzenie alternatywnej możliwości wykorzystania materiałów pochodzących z czynności kontroli i utrwalania rozmów bez bieżącej kontroli sądu może rodzić niebezpieczeństwo nadużyć ze strony organów postępowania przygotowawczego i negatywnie wpływać na efektywną realizację prawa do obrony, zwłaszcza na etapie postępowania przygotowawczego, w którym aktywność choćby obrońcy podejrzanego,

determinowana także jego realnymi możliwościami działania, jest nierzadko bardzo pożądana (por. Michał Błoński, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy podstępu procesowego*, *Palestra* Nr 7 – 8/2012, s. 90).

Z drugiej strony, nowe unormowania, wprowadzone omawianą nowelą, dopuszczają możliwość szybszego (bowiem niezwłocznego, a nie, jak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, dopiero po upływie dwóch miesięcy po zakończeniu kontroli) zniszczenia przez same służby materiałów niezawierających (ich zdaniem) dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemających znaczenia dla toczącego się postępowania karnego (art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, art. 9f ust. 6a ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 3 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 18 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych). Wprowadzono również regulacje, że, w określonych okolicznościach, z wnioskiem do sądu o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów, jeżeli nie mają znaczenia dla postępowania karnego, mogą wystąpić również prokurator lub osoba, wobec której była stosowana kontrola operacyjna (art. 238 § 3 - 5 Kodeksu postępowania karnego w związku z art. 19 ust. 15b ustawy o Policji, art. 9e ust. 16b ustawy o Straży Granicznej, art. 31 ust. 16b ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 36d ust. 1b ustawy o kontroli skarbowej, art. 27 ust. 15b ustawy o ABW oraz AW, art. 17 ust. 15b ustawy o CBA oraz art. 31 ust. 14b ustawy o SKW oraz SWW).

Omawiana nowelizacja nie zmieniła natomiast obowiązującego stanu prawnego w zakresie rodzajów informacji pozyskiwanych przez służby podczas kontroli operacyjnej. W unormowaniach dotyczących podejmowania i prowadzenia kontroli operacyjnej przez służby nie wprowadzono żadnego zakazu pozyskiwania informacji, które już w chwili pozyskania należałoby uznać za nieprzydatne do wszczęcia postępowania karnego i niemające znaczenia dla toczącego się postępowania karnego – jako objęte tak zwanymi zakazami dowodowymi. W szczególności zrezygnowano z wprowadzenia

regulacji uniemożliwiających łamanie, w omawianym trybie, tajemnicy obrończej oraz tajemnicy dziennikarskiej. Tym samym, zakwestionowane w *petitum* niniejszego wniosku przepisy nie zawierają żadnych regulacji w omawianym zakresie.

W niniejszym wniosku Prokuratora Generalnego zgłoszono zarzuty nie odnośnie tego, co w przepisach dotyczących prowadzenia przez służby kontroli operacyjnej zostało wprost unormowane, lecz tego, co ustawodawca pomiął, choć powinien był uregulować. 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, czyli tak zwaną regulacją niepełną.

W doktrynie przyjmuje się, 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 oraz powołane tam orzecznictwo, jak również z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. K 2/10, OTK ZU Nr 9/A/2010, po. 102, s. 1500 oraz powołane tam orzecznictwo).

W świetle przytoczonych wyżej poglądów doktryny oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wydaje się, że wskazane w niniejszym wniosku materie, których nie unormowano w zaskarżonych przepisach, mają istotne znaczenie z punktu widzenia chronionych przez ustawę zasadniczą praw do prywatności, ochrony tajemnicy komunikowania się, autonomii informacyjnej, a także prawa do obrony oraz wolności prasy. Tym samym, jak się wydaje, można bronić poglądu, że w analizowanych unormowaniach zachodzą przypadki pominięcia prawodawczego, podlegającego kognicji Trybunału Konstytucyjnego.

Kwestionowany w niniejszym wniosku przepis art. 19 ustawy o Policji ma 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. 189a, art. 200, art. 200a, art. 211a, 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. 258, art. 269, art. 280 – 282, art. 285 § 1, art. 286 § 1, art. 296 § 1 – 3, art. 296a § 1, 2 i 4, art. 299 § 1 – 6 oraz w art. 310 § 1, 2 i 4 Kodeksu karnego,
- 2a) określonych w art. 46 ust. 1, 2 i 4, art. 47 oraz art. 48 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. Nr 127, poz. 857, z późn. zm.),
- 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,
- 4a) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego,
- 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, z późn. zm.),
- 7) określonych w art. 43 – 46 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411, z 2009 r. Nr 141, poz. 1149, z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 112, poz. 654),
- 8) ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych,

gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd okręgowy może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji.

1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.

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 wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

4. (uchylony).

5. W przypadku potrzeby zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osoby podejrzanej 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 niejawnny 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 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, o którym mowa w ust. 1, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, jeżeli nie ustały przyczyny 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, 8 i 9, stosuje się odpowiednio ust. 1a i 7. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wniosek, w szczególności 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 prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1, 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.

15a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek podmiot.

15b. Prokurator, o którym mowa w ust. 1, podejmuje decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Art. 238 § 3 – 5 oraz art. 239 Kodeksu postępowania karnego stosuje się odpowiednio.

15c. Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w ust. 3, na wniosek prokuratora, o którym mowa w ust. 1.

15d. Wniosek, o którym mowa w ust. 15c, prokurator kieruje do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Policji niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli.

15e. Sąd wydaje postanowienie, o którym mowa w ust. 15c, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora.

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 lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza organ Policji, który wnioskuje o zarządzenie kontroli operacyjnej.

17a. O wydaniu i wykonaniu zarządzenia dotyczącego zniszczenia materiałów, o których mowa w ust. 17, organ Policji jest obowiązany do niezwłocznego poinformowania prokuratora, o którym mowa w ust. 1.

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. Minister właściwy do spraw wewnętrznych 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. Informacja powinna być przedstawiona Sejmowi i Senatowi do dnia 30 czerwca roku następnego po roku nią objętym.”.

Przepis art. 9e ustawy o Straży Granicznej ma następujące brzmienie:

„Art. 9e. 1. Przy wykonywaniu czynności operacyjno – rozpoznawczych, podejmowanych przez Straż Graniczną w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw:

- 1) określonych w art. 163 § 1, art. 164 § 1, art. 165 § 1, art. 166 § 1 i 2, art. 167, art. 168, art. 171, art. 172, art. 173 § 1, art. 258, art. 264 § 2 i 3 i art. 299 § 1 Kodeksu karnego,
 - 2) określonych w art. 270 – 275 Kodeksu karnego w zakresie dokumentów uprawniających do przekraczania granicy państwowej,
 - 3) skarbowych, o których mowa w art. 134 § 1 Kodeksu karnego skarbowego, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,
 - 4) pozostających w związku z przekraczaniem granicy państwowej lub przemieszczaniem przez granicę państwową towarów oraz wyrobów akcyzowych podlegających obowiązkowi oznaczania znakami akcyzy, jak również przedmiotów określonych w przepisach o broni, amunicji oraz o materiałach wybuchowych, a także przeciwdziałaniu narkomanii,
 - 5) określonego w art. 147 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach,
 - 6) określonych w art. 228, 229 i 231 Kodeksu karnego, popełnionych przez funkcjonariuszy lub pracowników Straży Granicznej w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych,
 - 6a) określonych w art. 229 Kodeksu karnego, popełnionych przez osoby niebędące funkcjonariuszami lub pracownikami Straży Granicznej w związku wykonywaniem czynności służbowych przez funkcjonariuszy lub pracowników Straży Granicznej,
 - 7) ściganych na mocy umów międzynarodowych,
- gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Straży Granicznej, po uzyskaniu

pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, lub na pisemny wniosek komendanta oddziału Straży Granicznej, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora okręgowego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.

2. Pisemną zgodę komendantowi oddziału Straży Granicznej, o którym mowa w ust. 1, wydaje prokurator okręgowy właściwy ze względu na siedzibę tegoż komendanta.

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

4. W przypadkach niecierpiących zwłoki, gdy mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa:

- 1) Komendant Główny Straży Granicznej, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego,
- 2) komendant oddziału Straży Granicznej, po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 2,

może zarządzić kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

5. (uchylony).

6. W przypadku zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osoby podejrzanej lub oskarżonego, we wniosku organu Straży Granicznej o zarządzenie kontroli operacyjnej zamieszcza się informację o toczącym się wobec tej osoby postępowaniu.

7. Kontrola operacyjna jest prowadzona 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.

8. Wniosek organu Straży Granicznej, o którym mowa w ust. 1, o zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej powinien zawierać w szczególności:

- 1) numer sprawy i jej kryptonim;
- 2) opis przestępstwa z podaniem jego kwalifikacji prawnej;
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej 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. 7.

9. Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd okręgowy może, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Straży Granicznej lub komendanta oddziału Straży Granicznej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 1, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, jeżeli nie ustały przyczyny zarządzenia tej kontroli.

10. W szczególnie 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 właściwy miejscowo ze względu na siedzibę wnioskującego organu Straży Granicznej, na pisemny wniosek Komendanta

Głównego Straży Granicznej lub komendanta oddziału Straży Granicznej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 1, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej prowadzonej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 9.

11. Do wniosków, o których mowa w ust. 4, 9 i 10, stosuje się odpowiednio ust. 1a i 8. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 1, 4, 9 lub 10, zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wniosek, w szczególności zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie.

12. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 4, 9 i 10, sąd okręgowy rozpoznaje na posiedzeniu jednoosobowo, przy czym czynności sądu związane z rozpoznaniem tych wniosków są wykonywane 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 Straży Granicznej wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej.

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

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

15. Organ Straży Granicznej, 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.

16. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania

karnego Komendant Główny Straży Granicznej lub komendant oddziału Straży Granicznej przekazuje prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1, wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu postępowania karnego.

16a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek podmiot.

16b. Prokurator, o którym mowa w ust. 1, podejmuje decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Art. 238 § 3 – 5 oraz art. 239 Kodeksu postępowania karnego stosuje się odpowiednio.

16c. 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, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w ust. 4, na wniosek prokuratora, o którym mowa w ust. 1.

16d. Wniosek, o którym mowa w ust. 16c, prokurator kieruje do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Straży Granicznej niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli.

16e. Sąd wydaje postanowienie, o którym mowa w ust. 16c, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora.

17. Osobie, w stosunku do której była stosowana kontrola operacyjna, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas tej kontroli. Przepis nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego.

18. Organ Straży Granicznej, który wnioskował o zarządzenie kontroli operacyjnej, dokonuje niezwłocznie po zakończeniu kontroli protokolarnego, komisyjnego zniszczenia zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemających znaczenia dla toczącego się postępowania karnego.

18a. O wydaniu i wykonaniu zarządzenia dotyczącego zniszczenia materiałów, o których mowa w ust. 18, organ Straży Granicznej jest obowiązany do niezwłocznego poinformowania prokuratora, o którym mowa w ust. 1.

19. Na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, o których mowa w ust. 1, 4, 9 i 10, przysługuje zażalenie organowi Straży Granicznej, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.

20. 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.”.

Przepis art. 36c ustawy o kontroli skarbowej ma następującą treść:

„Art. 36c. 1. W ramach czynności operacyjno – rozpoznawczych, podejmowanych przez wywiad skarbowy w celu wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw:

- 1) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,
 - 1a) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego,
 - 2) przeciwko obrotowi gospodarczemu, powodujących szkodę majątkową, jeżeli wysokość szkody przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,
 - 3) przeciwko mieniu, jeżeli wartość mienia przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,
 - 4) przyjmowania lub wręczania korzyści majątkowej w związku z pełnioną funkcją publiczną lub funkcją związaną ze szczególną odpowiedzialnością,
 - 5) ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych
- jeżeli inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, Sąd Okręgowy w Warszawie, zwany dalej „Sądem”, na pisemny wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.

2. W przypadkach niecierpiących zwłoki, gdy zachodzi obawa utrata informacji lub zatarcia dowodów przestępstwa, Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, kontrolę operacyjną, jednocześnie zwracając się do Sądu z wnioskiem o wydaniu postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez Sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz

nakazuje niezwłoczne protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych w wyniku jej stosowania.

3. (uchylony).

4. Kontrola operacyjna jest prowadzona 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 obrazu, treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych przy pomocy sieci telekomunikacyjnych.

5. Wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, o którym mowa w ust. 1, 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 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 zakres kontroli operacyjnej.

6. Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd może, na pisemny wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, jeżeli nie ustały przyczyny zarządzenia tej kontroli, z zastrzeżeniem ust. 7.

7. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla wykrycia

przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów takich przestępstw, Sąd, na pisemny wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o prowadzeniu kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 6.

8. Do wniosków, o których mowa w ust. 2, 6 i 7, stosuje się odpowiednio ust. 1a i 5. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 1, 2, 6 lub 7, zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wnioski, w szczególności zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie.

9. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 2, 6 i 7, Sąd rozpoznaje na posiedzeniu, jednoosobowo, przy czym czynności Sądu związane z rozpoznawaniem tych wniosków są wykonywane 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 Generalny lub upoważniony przez niego prokurator oraz przedstawiciel Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej.

10. Operator publicznej sieci telekomunikacyjnej, dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych oraz operator świadczący usługi pocztowe są obowiązani do zapewnienia na własny koszt warunków technicznych i organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez wywiad skarbowy kontroli operacyjnej.

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

12. Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej informuje Prokuratora Generalnego o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, a na jego

żądanie również o przebiegu tej kontroli, przedstawiając zebrane w jej toku materiały.

13. Osobie, w stosunku do której była stosowana kontrola operacyjna, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej. Przepis nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego.

14. Na postanowienia Sądu, o których mowa w ust. 1, 2, 6 i 7, przysługuje zażalenie Generalnemu Inspektorowi Kontroli Skarbowej. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.

15. (uchylony).

16. (uchylony).

17. Minister właściwy do spraw finansów publicznych w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości oraz ministrem właściwym do spraw łączności określa, w drodze rozporządzenia, sposób dokumentowania kontroli operacyjnej oraz przechowywania i przekazywania wniosków i postanowień, a także przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli oraz wzory stosowanych druków i rejestrów, uwzględniając potrzebę zapewnienia niejawnego charakteru podejmowanych czynności i uzyskanych materiałów.”.

Przepis art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych ma następujące brzmienie:

„Art. 31. 1. Przy wykonywaniu czynności operacyjno – rozpoznawczych, podejmowanych przez Żandarmerię Wojskową w granicach zadań określonych w art. 4 ust. 1 oraz w stosunku do osób wskazanych w art. 3 ust. 2 pkt 1, pkt 3 lit. b) i pkt 5, w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw:

1) przeciwko pokojowi i ludzkości,

- 2) przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem przestępstw określonych w art. 127 – 132 Kodeksu karnego,
 - 3) zamachu na jednostki i komórki organizacyjne Sił Zbrojnych,
 - 4) zabójstwa,
 - 5) uprowadzenia statku powietrznego lub wodnego,
 - 6) użycia przemocy lub groźby bezprawnej w związku z postępowaniem karnym,
 - 7) przyjęcia lub udzielenia korzyści majątkowej lub jej obietnicy w związku z pełnieniem funkcji publicznej,
 - 8) uprowadzenia osoby,
 - 9) handlu ludźmi,
 - 10) wymuszenia okupu,
 - 11) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej,
 - 12) nielegalnego wyrabiania, posiadania lub handlu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub psychotropowymi albo materiałami jądrowymi lub substancjami trującymi,
 - 13) bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych o klauzuli tajności „tajne” i „ściśle tajne”
 - 14) rozboju i kradzieży rozbójniczej,
 - 15) dezercji z bronią lub dezercji wspólnie z innymi żołnierzami,
 - 16) zaboru środków walki,
 - 17) przestępstw ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych
- gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, wojskowy sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, lub na pisemny wniosek komendanta oddziału Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu zgody Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej i pisemnej zgody właściwego wojskowego prokuratora okręgowego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.

2. Pisemną zgodę komendantowi oddziału Żandarmerii Wojskowej, o którym mowa w ust. 1, wydaje wojskowy prokurator okręgowy właściwy ze względu na siedzibę tego komendanta.

3. Postanowienie, o którym mowa w ust. 1, wydaje wojskowy sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę organu Żandarmerii Wojskowej składającego wniosek.

4. W przypadkach niecierpiących zwłoki, gdy mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa:

- 1) Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego,
- 2) komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej, po poinformowaniu Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej i po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 2,

może zarządzić kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo wojskowego sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

5. (uchylony).

6. W przypadku zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osoby podejrzanej lub oskarżonego, we wniosku organu Żandarmerii Wojskowej o zarządzenie kontroli operacyjnej, zamieszcza się informację o toczącym się wobec tej osoby postępowaniu.

7. Kontrola operacyjna jest prowadzona niejawnie i polega na:

- 1) kontrolowaniu treści korespondencji;
- 2) kontrolowaniu zawartości przesyłek;

3) stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnym informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności obrazu, treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych.

8. Wniosek organu Żandarmerii Wojskowej, o którym mowa w ust. 1, o zarządzenie przez sąd wojskowy kontroli operacyjnej powinien zawierać w szczególności:

- 1) numer sprawy i jej kryptonim,
- 2) opis przestępstwa z podaniem jego kwalifikacji prawnej,
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej 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. 7.

9. Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Wojskowy sąd okręgowy może, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej lub komendanta oddziału Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej i właściwego prokuratora wojskowego, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, jeżeli nie ustały przyczyny zarządzenia tej kontroli.

10. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, wojskowy sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę wnioskującego organu Żandarmerii Wojskowej, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej lub komendanta oddziału

Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej oraz właściwego prokuratora wojskowego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej prowadzonej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 9.

11. Do wniosków, o których mowa w ust. 4, 9 i 10, stosuje się odpowiednio ust. 1a i 8. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 1, 4, 9 lub 10, zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wniosek, w szczególności zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie.

12. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 4, 5, 9 i 10, wojskowy sąd okręgowy rozpoznaje na posiedzeniu jednoosobowo, przy czym czynności sądu związane z rozpoznaniem tych wniosków są wykonywane 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 wojskowej prokuratury okręgowej i przedstawiciel organu Żandarmerii Wojskowej wnioskującego o zarządzanie kontroli operacyjnej.

13. Przedsiębiorcy prowadzący działalność telekomunikacyjną w sieciach publicznych oraz podmioty świadczące usługi pocztowe są obowiązani do zapewnienia na własny koszt warunków technicznych i organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez Żandarmerię Wojskową kontroli operacyjnej.

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

15. Organ Żandarmerii Wojskowej, o którym mowa w ust. 1, informuje właściwego prokuratora wojskowego o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, a na jego żądanie - również o przebiegu tej kontroli.

16. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej lub komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej przekazuje prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1, wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu postępowania karnego.

16a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot.

16b. Prokurator, o którym mowa w ust. 1, podejmuje decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Art. 238 § 3 – 5 oraz art. 239 Kodeksu postępowania karnego stosuje się odpowiednio.

16c. 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, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w ust. 4, na wniosek prokuratora, o którym mowa w ust. 1.

16d. Wniosek, o którym mowa w ust. 16c, prokurator kieruje do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Żandarmerii Wojskowej niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli.

16e. Sąd wydaje postanowienie, o którym mowa w ust. 16c, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora.

17. Osobie, w stosunku do której była stosowana kontrola operacyjna, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas tej kontroli. Przepis nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego.

18. Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemające znaczenia dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokołarnemu i komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza organ Żandarmerii Wojskowej, który wnioskuje o zarządzenie kontroli operacyjnej.

18a. O wydaniu i wykonaniu zarządzenia dotyczącego zniszczenia materiałów, o których mowa w ust. 18, organ Żandarmerii Wojskowej jest obowiązany do niezwłocznego poinformowania właściwego prokuratora, o którym mowa w ust. 1.

19. Na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, o których mowa w ust. 1, 4, 9 i 10, przysługuje zażalenie organowi Żandarmerii Wojskowej, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.

20. Minister Obrony Narodowej, w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki, 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.

21. Kontrola operacyjna, na którą Żandarmeria Wojskowa uzyskała zgodę, w trybie określonym w niniejszej ustawie, jest realizowana, na wniosek Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej, przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego.

22. Minister Obrony Narodowej określi, w drodze zarządzenia, sposób i tryb realizacji wniosku Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej, o którym mowa w ust. 21.”.

Przepis art. 27 ustawy o ABW oraz AW ma następujące brzmienie:

„Art. 27. 1. Przy wykonywaniu czynności operacyjno – rozpoznawczych, podejmowanych przez ABW w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.

2. Postanowienie, o którym mowa w ust. 1, wydaje Sąd Okręgowy w Warszawie.

3. W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Szef ABW może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do sądu, o którym mowa w ust. 2, z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej Szef ABW wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz poleca protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

4. (uchylony).

5. W przypadku potrzeby zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osoby podejrzanej lub oskarżonego, we wniosku Szefa ABW, o którym mowa w ust. 1, 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 niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych.

7. Wniosek Szefa ABW, o którym mowa w ust. 1, 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 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.

8. Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd, o którym mowa w ust. 2, może, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, 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 sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa ABW, 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, 8 i 9, stosuje się odpowiednio ust. 1a i 7. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wnioski, w szczególności zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie.

11. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 3 – 5, 8 i 9, sąd 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 Szefa ABW.

11a. Na postanowienia Sądu, o których mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, Szefowi ABW przysługuje zażalenie. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.

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

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

14. Szef ABW informuje Prokuratora Generalnego o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, a na jego żądanie również o przebiegu tej kontroli, przedstawiając zebrane w jej toku materiały.

15. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Szef ABW przekazuje Prokuratorowi Generalnemu wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej. W postępowaniu przed

sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu postępowania karnego.

15a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot.

15b. Prokurator Generalny podejmuje decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Art. 238 § 3 – 5 oraz art. 239 Kodeksu postępowania karnego stosuje się odpowiednio.

15c. Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, o którym mowa w ust. 2, na wniosek Prokuratora Generalnego.

15d. Wniosek, o którym mowa w ust. 15c, Prokurator Generalny kieruje do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez Szefa ABW niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli.

15e. Sąd wydaje postanowienie, o którym mowa w ust. 15c, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez Prokuratora Generalnego.

15f. O zachowaniu materiałów z kontroli operacyjnej, które są istotne dla bezpieczeństwa państwa, orzeka Sąd Okręgowy w Warszawie na pisemny wniosek Szefa ABW złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego. Sąd przed wydaniem postanowienia zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wniosek, w szczególności z materiałami zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej, której wniosek dotyczy.

15g. Przed wydaniem pisemnej zgody, o której mowa w ust. 15f, Prokurator Generalny zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wnioski.

16. Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie są istotne dla bezpieczeństwa państwa lub nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza Szef ABW.

16a. O wydaniu i wykonaniu zarządzenia dotyczącego zniszczenia materiałów, o których mowa w ust. 16, Szef ABW jest obowiązany do niezwłocznego poinformowania Prokuratora Generalnego.

17. (uchylony).

18. Prezes Rady Ministrów 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.”.

Przepis art. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym ma następującą treść:

„Art. 17. 1. Przy wykonywaniu czynności operacyjno – rozpoznawczych, podejmowanych przez CBA w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, a także uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw:

- 1) określonych w art. 228 – 231, 250a, 258, 286, 296 – 297, 299, 310 § 1, 2 i 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny,
- 2) skarbowych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 lit d, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia

za pracę określonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314)

- gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Szefa CBA, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.

2. Postanowienie, o którym mowa w ust. 1, wydaje Sąd Okręgowy w Warszawie.

3. W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Szef CBA może zarządzić, po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie z wnioskiem do sądu, o którym mowa w ust. 2, o wydanie postanowienia w tej sprawie. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 5 dni. W przypadku nieudzielenia przez sąd zgody, Szef CBA wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz poleca niezwłoczne, protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

4. W przypadku potrzeby zarządzenia kontroli operacyjnej wobec podejrzanego lub osoby będącej oskarżonym w innej sprawie, we wniosku Szefa CBA, o którym mowa w ust. 1, zamieszcza się informację o toczącym się wobec podejrzanego lub tej osoby postępowaniu.

5. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

- 1) kontrolowaniu treści korespondencji;
- 2) kontrolowaniu zawartości przesyłek;

3) stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawni informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych.

6. Kontrola operacyjna dokumentowana jest w formie protokołu w zakresie związanym ze sprawą.

7. Wniosek Szefa CBA, o którym mowa w ust. 1, zawiera w szczególności:

- 1) numer sprawy i jej kryptonim, jeżeli został jej nadany;
- 2) opis przestępstwa z podaniem jego kwalifikacji prawnej;
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej 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.

8. Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd, o którym mowa w ust. 2, może, na pisemny wniosek Szefa CBA, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, 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 sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa CBA, 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, 8 i 9, stosuje się odpowiednio przepisy ust. 1a i 7. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wnioski, w szczególności zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie.

11. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, sąd 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 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego. W posiedzeniu sądu może wziąć udział wyłącznie prokurator i wyznaczony przez Szefa CBA funkcjonariusz CBA.

12. Podmioty wykonujące działalność telekomunikacyjną oraz podmioty uprawnione do wykonywania działalności pocztowej są obowiązane do zapewnienia na własny koszt warunków technicznych i organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez CBA kontroli operacyjnej.

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

14. Szef CBA informuje Prokuratora Generalnego o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, a na jego żądanie również o przebiegu tej kontroli, przedstawiając zebrane w jej toku materiały.

15. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Szef CBA przekazuje Prokuratorowi Generalnemu wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio art. 393 § 1

zdanie pierwsze ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego.

15a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot.

15b. Prokurator Generalny podejmuje decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Art. 238 § 3 – 5 oraz art. 239 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego stosuje się odpowiednio.

15c. Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, o którym mowa w ust. 2, na wniosek Prokuratora Generalnego.

15d. Wniosek, o którym mowa w ust. 15c, Prokurator Generalny kieruje do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez Szefa CBA niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli.

15e. Sąd wydaje postanowienie, o którym mowa w ust. 15c, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez Prokuratora Generalnego.

16. Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza Szef CBA.

16a. O wydaniu i wykonaniu zarządzenia dotyczącego zniszczenia materiałów, o których mowa w ust. 16, Szef CBA jest obowiązany do niezwłocznego poinformowania Prokuratora Generalnego.

17. Na postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, o których mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, Szefowi CBA przysługuje zażalenie. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.

18. Prezes Rady Ministrów 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.”.

Przepis art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego ma następujące brzmienie:

„Art. 31. 1. Przy wykonywaniu czynności operacyjno – rozpoznawczych, podejmowanych przez SKW w celu realizacji zadań określonych w art. 5, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Szefa SKW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

1a. Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej.

2. Postanowienie, o którym mowa w ust. 1, wydaje Wojskowy Sąd Okręgowy w Warszawie.

3. W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Szef SKW może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do sądu, o którym mowa

w ust. 2, z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej Szef SKW wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz poleca niezwłoczne, protokolarne i komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

4. 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.

5. Wniosek Szefa SKW, o którym mowa w ust. 1, powinien zawierać w szczególności:

- 1) numer sprawy i jej kryptonim, jeżeli został jej nadany;
- 2) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków;
- 3) 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;
- 4) cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej.

6. Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd, o którym mowa w ust. 2, może, na pisemny wniosek Szefa SKW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, jeżeli nie ustały przyczyny zarządzenia tej kontroli.

7. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów

przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa SKW, 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. 6.

8. Do wniosków, o których mowa w ust. 3, 6 i 7, stosuje się odpowiednio przepisy ust. 1a i 5. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 1, 3, 6 i 7, zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wniosek, w szczególności zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie.

9. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 3, 6 i 7, sąd 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 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.). W posiedzeniu sądu może wziąć udział wyłącznie prokurator i przedstawiciel Szefa SKW.

10. Na postanowienia sądu, o których mowa w ust. 1, 3, 6 i 7, przysługuje zażalenie.

11. Operator publicznej sieci telekomunikacyjnej, dostawca publicznie dostępnych usług lub operator świadczący usługi pocztowe są obowiązani do zapewnienia na własny koszt warunków technicznych i organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez SKW kontroli operacyjnej.

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

13. Szef SKW informuje Prokuratora Generalnego o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, a na jego żądanie również o przebiegu tej kontroli, przedstawiając zebrane w jej toku materiały.

14. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Szef SKW przekazuje Prokuratorowi Generalnemu wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zdanie pierwsze ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego.

14a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot.

14b. Prokurator Generalny podejmuje decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Art. 238 § 3 – 5 oraz art. 239 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego stosuje się odpowiednio.

14c. 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.

14d. Wniosek, o którym mowa w ust. 14c, Prokurator Generalny kieruje do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez Szefa SKW niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli.

14e. Sąd wydaje postanowienie, o którym mowa w ust. 14c, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez Prokuratora Generalnego.

15. Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokołarnemu, komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza Szef SKW.

15a. O wydaniu i wykonaniu zarządzenia dotyczącego zniszczenia materiałów, o których mowa w ust. 15, Szef SKW jest obowiązany do niezwłocznego poinformowania Prokuratora Generalnego.

16. Prezes Rady Ministrów 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.”.

Przechodząc do oceny kwestionowanych w niniejszym wniosku przepisów w kontekście powołanych w *petitum* wniosku konstytucyjnych wzorców kontroli, należy odnotować, że, zgodnie z art. 2 ustawy zasadniczej, Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Z kolei, art. 47 Konstytucji RP stanowi, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Nadto, zgodnie z art. 49 ustawy zasadniczej, zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się, a ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Natomiast przepis art. 51 ust. 2 Konstytucji RP stanowi, że władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. W końcu, zgodnie z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, 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 moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, a ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Przedstawiciele nauki prezentują pogląd, że prawo do prywatności rzutuje na sposób realizacji wielu innych praw człowieka, takich jak prawo do życia rodzinnego, tajemnicy korespondencji, poszanowania mienia, wolności myśli, sumienia i wyznania, swobody wypowiedzi, a także prawo do stowarzyszania się czy do nauki (por. Andrzej Redelbach, *Natura Praw Człowieka, Strasburskie standardy ich ochrony*, TNOiK, Toruń 2001, s. 211 oraz powołane tam poglądy).

W doktrynie przyjmuje się, że wolność komunikowania się, ze swej istoty, jako porozumiewanie się określonych osób, związana jest z poufnością, co tradycyjnie obejmuje się określeniem „tajemnica”. Polega ona zarówno na zakazie zmuszania adresatów do ujawniania treści otrzymywanych przekazów, jak i na zakazie adresowanym do wszystkich innych podmiotów, łącznie z organami władzy publicznej, podejmowania prób poinformowania się o tych treściach bez zgody adresata. Co więcej, obejmuje również poufność co do faktu, że jest się w ogóle adresatem określonych przekazów. Jako wolność o charakterze osobistym, także ona potwierdza w szczególny sposób godność osoby ludzkiej. Również na adresatach korespondencji, w wielu sytuacjach, spoczywać będzie obowiązek zachowania poufności, zwłaszcza gdyby ujawnienie treści stanowiło naruszenie prawnie chronionych interesów nadawców, a w szczególności ich prawa do prywatności (por. Paweł Sarnecki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, tezy do art. 49, s. 3).

W literaturze przedmiotu podnosi się również, że władza publiczna ma nie tylko powstrzymać się od zachowań naruszających prywatność, ale także

respektować kierowany do niej nakaz wprowadzania pozytywnych mechanizmów służących jej efektywnej ochronie. Można zauważyć, że logika takich działań władzy publicznej wynika również w jakimś stopniu z samej zasady proporcjonalności, ponieważ każdej postaci ingerencji dopuszczalnej konstytucyjnie muszą towarzyszyć odpowiednie wymagania dotyczące jakości, precyzyjności odpowiednich regulacji prawnych, a więc rozwiązań pozytywnych, które umożliwiają ochronę przed arbitralnością (por. Marek Safjan, *Prawo do ochrony życia prywatnego i autonomia jednostki w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Księga XX – lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2006, s. 436).

W nauce prawa konstytucyjnego podkreśla 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, ani też zezwalać im na penetrowanie i dokumentowanie zachowań osób prywatnych, ani też w końcu zmuszać te osoby 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, *op. cit.*, tezy do art. 51, s. 3).

W doktrynie 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 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 orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, doniosłość prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji) w systemie konstytucyjnej ochrony praw i wolności uwidacznia m. in. okoliczność, że prawo to jest – zgodnie z art. 233 ust. 1 Konstytucji – nienaruszalne nawet w ustawach ograniczających inne prawa, wydawanych w stanie wojennym i wyjątkowym. Oznacza to, że nawet warunki tak wyjątkowe i ekstremalne nie zezwalają ustawodawcy na złagodzenie przesłanek, przy spełnieniu których można wkroczyć w sferę życia prywatnego nie narażając się na zarzut niekonstytucyjnej arbitralności (por. wyrok z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU Nr 6/A/2005, poz. 64, s. 813 oraz powołane tam orzecznictwo). Przejawem prawa do prywatności jest również wolność komunikowania się, która obejmuje nie tylko

tajemnicę korespondencji, ale i wszelkiego rodzaju kontakty międzyosobowe – art. 49 Konstytucji (*vide - ibidem*).

Problematyka wzajemnych relacji pomiędzy unormowaniami dotyczącymi czynności operacyjno – rozpoznawczych, stosowanych przez poszczególne służby (z natury rzeczy niejawnych i dających służbom szeroki margines uznaniowości), a konstytucyjnymi wolnościami i prawami jednostki (zwłaszcza w kontekście gwarancji dla osób poddanych tym czynnościom, a także ograniczonej kontroli zewnętrznej) niejednokrotnie stanowiła przedmiot rozważań Trybunału Konstytucyjnego.

W szczególności, Trybunał Konstytucyjny, delegalizując między innymi niektóre regulacje zawarte w art. 19 ustawy o Policji, 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 wstrzeźliwości przy wkraczaniu w prawa i wolności obywatelskie. Niekiedy zaś sytuacja taka może wynikać z nadmiernej 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” (wyrok z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU Nr 11/A/2005, poz. 132, s. 1494).

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zasada proporcjonalności pozostaje w immanentnej więzi z zakazem nadmiernej ingerencji w sferę praw i wolności konstytucyjnych jednostki. Przy ocenie, czy ingerencja była wyrazem konieczności i została przeprowadzona tylko w niezbędnym wymiarze, uwzględnia się specyfikę poszczególnych praw i wolności. Surowsze standardy dotyczą praw osobistych i politycznych niż ekonomicznych i socjalnych. W przypadku konkurencyjności chronionych konstytucyjnie dóbr, jaka występuje – jako konflikt pomiędzy konstytucyjnym prawem do prywatności, tajemnicą porozumiewania się oraz ochroną autonomii informacyjnej a względami bezpieczeństwa publicznego – konieczne jest

zachowanie przez ustawodawcę czytelnej równowagi między interesami pozostającymi w kolizji. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, występuje nadto ścisły związek między zagrożeniami dla godności człowieka stanowiącej podstawę konstytucyjnych wolności i praw jednostki, a wszelkimi czynnościami, które wkraczają w prywatność jednostki. W odniesieniu do prywatności (która na poziomie konstytucyjnym jest chroniona wieloaspektowo i obejmuje kilka praw oraz wolności – określonych w art. 47 – 51 Konstytucji) związek ten jest szczególny (jakkolwiek nie taki sam w wypadku każdej z tych konstytucyjnych wolności i praw). Zachowanie godności człowieka wymaga poszanowania jego sfery czysto osobistej, gdzie nie jest narażony na konieczność „bycia z innymi” czy dzielenia się z innymi przeżyciami lub doznaniem o intymnym charakterze (por. wyrok z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, OTK ZU Nr 6/A/2009, poz. 86, s. 910 oraz powołane tam orzecznictwo).

Wyrokiem z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. P. 11/98, wydanym w pełnym składzie Trybunału Konstytucyjnego, Trybunał orzekł, że uzależnienie dopuszczalności ograniczeń praw i wolności od ich ustanowienia „tylko w ustawie” jest czymś więcej niż tylko przypomnieniem ogólnej zasady wyłączności ustawy dla normowania sytuacji prawnej jednostek, stanowiącej klasyczny element idei państwa prawnego. Jest to także sformułowanie wymogu odpowiedniej szczegółowości unormowania ustawowego. Skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane „tylko” w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia (por. OTK ZU Nr 1/2000, poz. 3, s. 42).

Nadto, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca, ograniczając wskazane prawa i wolności konstytucyjne, winien

jednocześnie stworzyć gwarancje prawne i instytucjonalne, pozwalające stosować określone działania tylko w zakresie koniecznym dla realizacji konstytucyjnych celów i w sposób charakteryzujący się jak najmniejszym stopniem dolegliwości dla obywateli i z zastosowaniem określonych procedur. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i prawa (por. wyrok z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. K 45/02, OTK ZU Nr 4/A/2004, poz. 30, s. 401 oraz powołane tam orzecznictwo).

Zdaniem 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. wyrok z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU Nr 6/A/2005, poz. 64, s. 813 oraz powołane tam orzecznictwo).

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, istnienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnej regulacji, dotyczącej proporcjonalności wkraczania w prywatność jednostki, należy tłumaczyć tym, że naruszenie 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, jest uzasadniona częstotliwością, uporczywością i typowością wkraczania w prywatność przez władzę publiczną. Normatywne wyodrębnienie, ustanowione w art. 51 ust. 2 Konstytucji, odrębnego zakazu – 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 dozwolone 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).

W końcu, 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, taniaść 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” (*vide* - wyrok z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, *op. cit.*, s. 910 oraz powołane tam orzecznictwo).

Stosowanie kontroli operacyjnej przez służby mundurowe oraz specjalne (a więc również Policję, Straż Graniczną, wywiad skarbowy, Żandarmerię Wojskową, ABW, CBA oraz SKW) zawsze stanowi głęboką ingerencję w konstytucyjne prawa i wolności jednostki, w tym w prawo do prywatności oraz w prawo do komunikowania się i ochronę tajemnicy tegoż komunikowania się, a także w autonomię informacyjną, a w dalszej kolejności może rzutować

również na sposób realizacji wielu innych praw człowieka, takich jak prawo do życia rodzinnego, wolności myśli, sumienia i wyznania, swobody wypowiedzi, pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, prawo do obrony czy nienaruszalność mieszkania itp. Tym samym, w świetle przytoczonych wyżej poglądów doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, regulacje prawne dotyczące wkraczania w powyższe prawa osobiste jednostki muszą odpowiadać szczególnie surowym standardom, tym bardziej że czynności operacyjno – rozpoznawcze, z natury swojej, mają charakter niejawnny, a tym samym, w przeciwieństwie – przykładowo – do czynności procesowych, nieporównanie trudniej zapewnić właściwą kontrolę ich stosowania. Przede wszystkim, regulacje dotyczące kontroli operacyjnej muszą spełniać wymóg kompletności unormowania ustawowego, a więc, innymi słowy, samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa, jak również zawierać stosowne gwarancje chroniące jednostkę przed nieuprawnionym wkraczaniem przez służby w konstytucyjnie chronioną sferę jej wolności i praw.

W tym miejscu wypada odnotować, że kontrola sądowa omawianych czynności operacyjno - rozpoznawczych jest ograniczona, bowiem, zgodnie z przepisami: art. 19 ust. 20 ustawy o Policji, art. 9e ust. 19 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 14 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 19 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 11a ustawy o ABW oraz AW, jak również art. 17 ust. 17 ustawy o CBA, na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej zażalenie przysługuje jedynie szefowi lub organowi służby, który złożył wniosek o zastosowanie, zalegalizowanie lub przedłużenie czasu trwania kontroli operacyjnej, nie przysługuje natomiast osobie, wobec której kontrolę operacyjną stosowano (nawet po zakończeniu tej kontroli). Jedyne wyjątek od opisaną wyżej reguły, przyjętej przez prawodawcę, zawiera ustawa o SKW oraz SWW, która, w art. 31 ust. 10, stanowi, że na postanowienia sądu w omawianym przedmiocie

przysługuje zażalenie, nie ograniczając jednocześnie kręgu podmiotów, którym to zażalenie przysługuje.

Innymi słowy, w zdecydowanej większości przypadków stosowania przez służby kontroli operacyjnej brak jest podstaw do odpowiedniego zastosowania przepisu art. 240 Kpk, stanowiącego między innymi, że na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych przysługuje zażalenie, a osoba, której dotyczy postanowienie, może w zażaleniu domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. W rezultacie, osoby poddane kontroli operacyjnej, wobec których nie pozyskano dowodów pozwalających na skierowanie ich sprawy do fazy jurysdykcyjnej, w dalszym ciągu są pozbawione możliwości weryfikacji przez sąd rozpoznający zażalenie postanowienia sądu o zastosowaniu podsłuchu (por. *a contrario* art. 459 § 2 Kpk).

Jak wynika z wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego wniosku, nowela z dnia 4 lutego 2011 r. ułatwiła działania organów uprawnionych do prowadzenia czynności operacyjno – rozpoznawczych, wprowadzając możliwość wykorzystania uzyskanego w toku kontroli operacyjnej dowodu popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić taką kontrolę, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem tej kontroli, albo popełnionego przez inną osobę. Tym samym, służby uzyskały możliwość poszerzenia materiału dowodowego zgromadzonego podczas stosowania kontroli operacyjnej, bez uprzedniej decyzji sądu o poszerzeniu zakresu tej kontroli, uwarunkowaną jedynie zgodą następczą sądu, uzyskiwaną już po pozyskaniu informacji w drodze takiej kontroli, a nawet po jej zakończeniu.

Analiza przepisów zakwestionowanych w niniejszym wniosku Prokuratora Generalnego pozwala na wysnucie wniosku, że ustawodawca pominął problematykę określenia granic wkroczenia przez służbę stosującą

czynności operacyjno – rozpoznawcze w sferę objętą tak zwanymi zakazami dowodowymi. W szczególności, oceniane unormowania nie wyłączają żadnej kategorii osób, które mogą podlegać kontroli operacyjnej, z kręgu podmiotów, od których stosowne służby mogą pozyskiwać tą drogą informacje. Najwyraźniej ustawodawca, pomijając stosowne unormowania, których nie powinien pominąć postępując w zgodzie z Konstytucją RP, przeszedł do porządku nad faktem, że informacje takie mogą być objęte tajemnicą notarialną, adwokacką, radcy prawnego, lekarską lub dziennikarską.

Zgodnie z przepisem art. 180 § 1 Kodeksu postępowania karnego, osoby obowiązane do zachowania tajemnicy służbowej lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy. Z kolei § 2 wspomnianego art. 180 stanowi, że osoby obowiązane do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej lub dziennikarskiej mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Nadto, zgodnie z § 3 tegoż art. 180, zwolnienie dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy nie może dotyczyć danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych. W końcu, zasadnicze znaczenie w omawianej kwestii ma brzmienie przepisu art. 178 Kodeksu postępowania karnego, zgodnie z którym nie wolno przesłuchiwać jako świadków: obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1, co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę, oraz duchownego co do faktów, o których dowiedział się przy spowiedzi. W tym miejscu wypada odnotować, że

problematyka związana z pozyskiwaniem przez służby informacji chronionych tajemnicą adwokacką i dziennikarską będzie jeszcze przedmiotem rozważań w dalszej części uzasadnienia niniejszego wniosku.

Przytoczone wyżej unormowania postępowania karnego przesądzają, że zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały zawierające informacje objęte tajemnicą adwokacką, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarską lub dziennikarską w zasadzie nie mogą być wykorzystane w toku procesu karnego. W każdym razie służby mundurowe lub specjalne nie posiadają kompetencji, aby uchylić powyższe zakazy dowodowe, gdyż to może uczynić jedynie sąd, i to w ograniczonym zakresie, stosując przy tym zasadę subsydiarności.

Innymi słowy, nie sposób przyjąć, by uzyskiwanie przez służby, podczas stosowania kontroli operacyjnej, materiałów zawierających informacje objęte tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego lub lekarską stanowiło pozyskiwanie informacji niezbędnych w demokratycznym państwie prawnym. Wydaje się również wątpliwe, by takie wkraczanie w sferę prywatności i wolności komunikowania się jednostek spełniało kryterium konieczności i proporcjonalności, wobec treści przytoczonych wyżej zasad proceduralnych.

Nowe regulacje, wprowadzone nowelą z dnia 4 lutego 2011 r. do analizowanych przepisów normujących stosowanie przez służby kontroli operacyjnej, jedynie w niewielkim zakresie konwalidują oceniany stan prawny. Ani wprowadzenie możliwości szybszego niszczenia przez same służby uzyskanych w toku kontroli operacyjnej materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, ani wyposażenie prokuratora w prawo wystąpienia do sądu o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów w całości (art. 238 § 3 Kpk) lub w części (art. 238 § 4 Kpk) nie zmieniają sytuacji, iż służba, prokurator i sąd pozostają w posiadaniu wiedzy odnośnie informacji

objętych stosownymi tajemnicami, a w konsekwencji zakazami dowodowymi. Informacji tych oczywiście nie można wykorzystać w charakterze dowodu w procesie karnym, tym niemniej uzyskana wiedza nie ulega wymazaniu z pamięci funkcjonariuszy służb, prokuratora lub sądu, a co za tym idzie nie można wykluczyć faktycznego wykorzystania jej, w inny niż procesowy sposób, w toku postępowania.

Zgodnie ze wspomnianą już regulacją art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, osoby obowiązane do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej lub dziennikarskiej mogą być zwolnione z zachowania tej tajemnicy wyłącznie przez sąd i wyłącznie wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Natomiast służby stosujące kontrolę operacyjną mogą pozyskiwać informacje zawierające treści objęte tymi tajemnicami również bez uprzedniej zgody sądu (nie tylko w przypadkach niecierpiących zwłoki, ale również „przy okazji” stosowania kontroli operacyjnej na podstawie zgody sądu na podsłuch danej osoby w związku z innym przestępstwem niż przestępstwo określone w zgodzie lub wręcz na podstawie zgody sądu na kontrolę operacyjną innej osoby). Tym samym, omawiana kontrola operacyjna może być stosowana przez służby bez uprzedniej decyzji sądu w przedmiocie zgodności z dobrem wymiaru sprawiedliwości oraz w przedmiocie dochowania wymogu subsydiarności takiej kontroli.

Reasumując, kwestionowane w *petitum* niniejszego wniosku unormowania pozostawiają omawianym służbom mundurowym oraz specjalnym zbyt szeroki zakres swobody przy stosowaniu kontroli operacyjnej, a tym samym nie pełnią funkcji gwarancyjnej wobec jednostek podlegających takiej kontroli, w zakresie ochrony konstytucyjnych praw i wolności tych jednostek.

Biorąc powyższe pod uwagę, przepisy: art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, z powodu pominięcia w tych przepisach wyłączenia możliwości poddania kontroli operacyjnej tych kategorii osób, od których pozyskanie informacji podlega zakazom dowodowym, w zakresie tych zakazów – należy uznać za niezgodne z art. 2, art. 47, art. 49 oraz art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Przechodząc do oceny kwestionowanych w *petitum* niniejszego wniosku przepisów w kontekście art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, należy odnotować, że, zgodnie z ust. 1 wspomnianego artykułu, każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Z kolei, art. 8 ust. 2 Konwencji stanowi, że niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia, moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

W doktrynie przyjmuje się, że prawo określone w art. 8 Konwencji ma przede wszystkim chronić jednostkę przed arbitralną ingerencją ze strony władz publicznych. Artykuł 8 nie tylko jednak zmusza państwa do powstrzymania się od niej. W uzupełnieniu tego negatywnego zobowiązania mogą również ciążyć na nich pozytywne obowiązki potrzebne dla skutecznego poszanowania życia prywatnego, rodzinnego, podobnie jak domu i korespondencji (por. Marek

Nowicki, *Komentarz do art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, System Informacji Prawnej Lex – Lex Omega – 39/2011).

W literaturze przedmiotu podnosi się również, że ustęp 2 art. 8 Konwencji szczegółowo wylicza sytuacje, w których dopuszczalna jest ingerencja w prawo do prywatności, dodając przy tym zastrzeżenie, że musi być ona legalna, a więc przewidziana w prawie krajowym. Tak więc ingerencja w prawo do poszanowania prywatności, mimo iż dokonana w jednej z sytuacji przewidzianych wprost w ust. 2, uznana być może za naruszającą Konwencję, jeżeli nie ma wyraźnej podstawy ustawowej. I odwrotnie: pomimo oparcia ingerencji na prawie krajowym, może być ona uznana za pogwałcenie Konwencji, jeżeli nie jest np. konieczna w społeczeństwie demokratycznym (por. Piotr Hofmański, *Komentarz do wybranych przepisów Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* [w:] *Standardy Prawne Rady Europy, Teksty i komentarze*, Tom III Prawo Karne, Oficyna Naukowa, Warszawa 1997, s. 99).

Nadto, przedstawiciele nauki podkreślają, że artykuł 8 Konwencji odnosi się do kontroli wszelkich form korespondencji, w praktyce jednak podstawowe znaczenie ma kontrola w – szeroko rozumianej – sferze telekomunikacji. Obejmuje on wszelkie formy tej kontroli, więc zarówno rejestrowanie treści prowadzonych rozmów, jak i „tylko” rejestrowanie ich adresata i czasu trwania. Ponieważ jednak kontrola taka, z natury rzeczy, zwykle przebiega bez wiedzy osób nią objętych, konieczne jest dochowanie rozbudowanego systemu wymagań i gwarancji, mających wykluczyć arbitralność działań podejmowanych przez władze publiczne. W szczególności, konieczne jest szczególnie staranne ujęcie ram prawnych kontroli korespondencji (zwłaszcza w sferze podsłuchów). Zmusiło to – w latach 90-tych XX wieku – szereg krajów zachodnioeuropejskich do zmian obowiązującego ustawodawstwa, a obecnie podobny proces zarysowuje się wobec niektórych „nowych demokracji” (por.

Leszek Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz do artykułów 1 – 18*, Tom I, Wydawnictwo C.H.BECK, Warszawa 2010, s. 543 – 544 oraz powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

W końcu, niejako na marginesie, wypadałoby przypomnieć, że w świetle rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 8 kwietnia 1997 roku poziom ochrony prawa do prywatności nie jest zadowalający w krajach Unii Europejskiej (por. Andrzej Redelbach, *op. cit.*, s. 211).

Zgodnie z wyrokiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Uzun v. Niemcy*, życie prywatne jest szerokim terminem, niepodlegającym wyczerpującemu zdefiniowaniu. Art. 8 chroni między innymi prawo do tożsamości i do rozwoju osobistego oraz prawo do nawiązywania i rozwijania związków z innymi ludźmi oraz ze światem zewnętrznym. Istnieje więc sfera interakcji osoby z innymi ludźmi, nawet w kontekście publicznym, która może wejść w zakres stosowania „życia prywatnego” (por. wyrok z dnia 2 września 2010 r., 35623/05, System Informacji Prawnej Lex – lex Omega – 39/2011, Lex Nr 599284).

W sprawie *Malone v. Wielka Brytania*, ETPC orzekł między innymi, że:

„1. Ponieważ rozmowy telefoniczne są objęte pojęciami „życia prywatnego” i „korespondencji” w rozumieniu art. 8 Konwencji, środki podsłuchu stanowią „ingerencję władzy publicznej” w wykonywanie prawa zagwarantowanego w ust. 1 art. 8.

2. Sformułowanie „przypadki przewidziane prawem” nie odnosi się jedynie do samego prawa krajowego, lecz również do jakości tego prawa, wymagając od niego, by było zgodne z Konwencją. W ten sposób wyrażenie to zakłada, a wynika to z przedmiotu i celu art. 8, iż musi istnieć środek ochrony prawnej w prawie krajowym, chroniący przed arbitralną ingerencją władz publicznych w prawa zagwarantowane w ust. 1 art. 8. Zwłaszcza gdy działania władz są realizowane w tajemnicy, ryzyko arbitralności jest oczywiste. Wymóg

„przewidywalności” zwłaszcza nie może oznaczać, że jednostka jest w stanie przewidzieć, kiedy władze mogą zastosować względem niej podsłuch, tak by odpowiednio dostosować swoje zachowanie. Tym niemniej, prawo musi być dostatecznie jasne w swych sformułowaniach, by dać obywatelom odpowiednie wskazówki odnośnie do okoliczności i warunków, w jakich władze publiczne są uprawnione do działania w tajemnicy i do potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do życia prywatnego i tajemnicy korespondencji.

3. Jako że wykorzystanie w praktyce środków tajnego podsłuchu nie stanowi przedmiotu kontroli przez zainteresowane jednostki ani przez opinię społeczną jako taką, byłoby niezgodne z zasadą prawa dopuszczenie do tego, by margines swobody przyznany władzy wykonawczej w tym względzie, był nieograniczony. W efekcie, prawo krajowe musi w sposób dostatecznie jasny określać zakres takiego uznania, przyznany właściwej władzy oraz sposób jego wykonania, uznając uzasadniony cel przyjętego środka, tak by zapewnić jednostce właściwą ochronę przeciwko arbitralnej ingerencji.

(...)

5. Ingerencja w prawa wynikające z ust. 1 art. 8 może być uznana za „konieczną w demokratycznym społeczeństwie” wtedy, gdy przyjęty szczególny system kontroli rozmów telefonicznych przez policję zawiera odpowiednie gwarancje uniemożliwiające nadużycia.”

(wyrok z dnia 2 sierpnia 1984 r., 8691/79, System Informacji Prawnej Lex – Lex Omega – 39/2011, Lex nr 80974).

Z kolei, zgodnie z wyrokiem ETPC w sprawie Bykov v. Rosja, „[j]eżeli chodzi o przechwytywanie komunikacji pomiędzy osobami dla celów dochodzenia prowadzonego przez policję, postanowienia ustawy muszą być wystarczająco jasne, aby dawać obywatelom odpowiednie wskazówki co do okoliczności i warunków, na jakich organy władzy krajowej są uprawnione do odwoływania się do tej tajnej i potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji. W szczególności, ażeby

spełnić wymóg „jakości prawa”, przepisy prawa przyznające [organom władzy krajowej] swobodę decyzyjną w tej dziedzinie muszą wskazywać na zakres tej swobody, mimo iż szczegółowe procedury i warunki, które należy zachować, niekoniecznie muszą się znajdować w przepisach materialnoprawnych. Stopień szczegółowości „ustawy” w tym kontekście będzie zależeć od konkretnego jej przedmiotu. Jako że stosowanie w praktyce środków niejawnnej inwigilacji komunikacji [pomiędzy osobami] nie podlega kontroli ani ze strony zainteresowanych osób, ani ze strony całego społeczeństwa, wyrażenie swobody decyzyjnej w tym zakresie w postaci nieograniczonego uprawnienia przyznanego organowi władzy wykonawczej – lub sądowej – byłoby sprzeczne z zasadą praworządności. W konsekwencji ustawa musi wskazywać w sposób wystarczająco wyraźny zakres takiej swobody decyzyjnej przyznawanej właściwym organom władzy oraz sposób jej wykorzystania, tak aby jednostka uzyskała odpowiednią ochronę przed arbitralną ingerencją.” Wyrok z dnia 10 marca 2009 r., 4378/02, System Informacji Prawnej Lex – Lex Omega – 39/2011, Lex nr 486978).

Orzekając w sprawie *Kvasnica v. Słowacja*, Europejski Trybunał Praw Człowieka stanął, między innymi, na stanowisku, że sformułowanie „przewidziane przez ustawę” z art. 8 Konwencji wymaga, po pierwsze, by niejawnny środek inwigilacji miał jakąś podstawę w prawie krajowym, odnosi się ono także do jakości danej ustawy, wymagając, by ustawa taka była zgodna z zasadą praworządności oraz dostępna osobie zainteresowanej, która to osoba, ponadto, musi mieć możliwość przewidzenia jej konsekwencji dla siebie (por. wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r., 72094/01, System Informacji Prawnej Lex – Lex Omega – 39/2011, Lex nr 504371).

W końcu, w sprawie *Rotaru v. Rumunia*, Wielka Izba Europejskiego Trybunału Praw Człowieka orzekła między innymi: „Aby systemy niejawnnej inwigilacji były zgodne z art. 8 Konwencji, muszą one zawierać gwarancje prawne stosowane do kontroli działań właściwych służb. Procedury kontrolne

muszą odpowiadać wartościom demokratycznego społeczeństwa tak wiernie, jak to możliwe, a w szczególności zasadzie praworządności, która jest w sposób wyraźny przywołana w preambule do Konwencji. Zasada rządów prawa zakłada, między innymi, iż ingerencja ze strony organów władzy wykonawczej w prawa jednostki powinna być przedmiotem skutecznej kontroli, która w normalnych warunkach powinna być przeprowadzona przynajmniej przez organy sądowe, jako że kontrola sądowa zapewnia najlepszą gwarancję niezależności, bezstronności oraz stosowania właściwej procedury (wyrok z dnia 4 maja 2000 r., 28341/95, System Informacji Prawnej Lex – Lex Omega 30/2011, Lex nr 76775).

Również Trybunał Konstytucyjny dokonywał kontroli szeregu unormowań określających uprawnienia służb mundurowych oraz specjalnych podczas podejmowania czynności operacyjno – rozpoznawczych.

W powoływanym we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego wniosku wyroku z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, Trybunał Konstytucyjny dokonał krytycznej oceny regulacji dotyczących kontroli operacyjnej dokonywanej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne w kontekście art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Trybunał podzielił przy tym pogląd Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, że ingerencja władzy ustawodawczej, wykonawczej lub sądowej dopuszczalna jest w sferę prywatności, o ile odpowiada określonym kryteriom. Każda ingerencja ograniczająca winna w szczególności sprostać wymogom trójstopniowego testu oceny. Dotyczą one: źródła ograniczenia, jego potrzeby oraz wartości, ze względu na które ograniczenie się wprowadza. Niezbędne jest zaistnienie:

- a) dostatecznie precyzyjnej, a zarazem konkretnej podstawy prawnej wkroczenia w sferę wolności (praw) w drodze ustawy; nie jest dopuszczalne wprowadzanie ograniczeń (tu: prywatności) aktami innej rangi,

- b) konieczności tego wkroczenia, rozważanej z punktu widzenia wymogów demokratycznego państwa prawa; niewystarczające jest odwołanie się li tylko do czynnika celowości; niezbędne jest wykazanie konieczności, i to co do konkretnego (opisanego co do zakresu i sposobu) ograniczenia wprowadzonego w ustawie zwykłej, respektującej standard państwa oświeconego, otwartego, tolerancyjnego, dysponującego fachowym aparatem policyjnym zdolnym działać w sposób rzetelny, profesjonalny i niemałostkowy, traktujący wkroczenie w sferę chronionych praw jednostki jako zło konieczne, a nie jako czynnik usprawniający pracę policji,
- c) celu ingerencji (chronionego interesu publicznego), wymienionego w art. 8 Konwencji (tj. bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego, dobrobytu gospodarczego kraju, ochrony porządku i zapobiegania przestępstwom, ochrony zdrowia i moralności oraz wolności innych osób).

Nie wystarczy przy tym werbalne powołanie się na taki cel, aby skutecznie legitymizować ograniczenie. Konieczne jest wskazanie realnej potrzeby podjęcia środków ograniczających, i to w imię ochrony zasad demokratycznego porządku. Eksces polegający na tym, że „przy okazji” zbierania materiału operacyjnie przydatnego kontrola operacyjna zgromadzi także dane dotyczące kwestii prywatnych, oznacza działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkroczenia w sferę prywatności (por. *op. cit.*, s. 911 – 912 oraz powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

Trybunał Konstytucyjny przypomniał również, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka podkreśla się konieczność zbadania, czy w konkretnym przypadku ingerencji w sferę prywatności istniały podstawy uprawniające działania państwa. Działania można uznać za usprawiedliwione, gdy służą celom wymienionym w klauzulach ograniczających (art. 8 ust. 2 Konwencji). Ingerencja musi być przewidziana przez prawo, co oznacza, że

stosowane środki mają mieć podstawę w prawie krajowym, przy czym prawo to ma być dostępne osobom zainteresowanym oraz przewidywalne co do swoich skutków. Prawo musi być dostatecznie jasne w swych sformułowaniach, by dać obywatelom odpowiednie wskazówki odnośnie okoliczności i warunków, w jakich władze publiczne są uprawnione do działania w tajemnicy i do potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do życia prywatnego i tajemnicę korespondencji (por. wyrok z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, *op. cit.*, s. 821, jak również powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

Jak wynika z wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego wniosku, zakwestionowane przepisy art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ustawy o ABW oraz AW, art. 17 ustawy o CBA, jak również art. 31 ustawy o SKW oraz SWW upoważniają wymienione służby do stosowania kontroli operacyjnej, pomijając przy tym wyłączenie możliwości stosowania takiej kontroli wobec osób, od których mogą pochodzić informacje objęte tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego lub lekarską. Tym samym, analizowane przepisy pozostawiają służbom mundurowym oraz specjalnym zbyt szeroki zakres swobody podczas stosowania kontroli operacyjnej. Ocena ta w pełni zachowuje aktualność również przy analizie wspomnianych regulacji w kontekście art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Zasada poszanowania praworządności (w rozumieniu orzecznictwa ETPC) obliguje strony Konwencji do ograniczenia działań policji (jak się wydaje, również innych służb) tylko do sytuacji dozwolonych i dostatecznie uzasadnionych przez prawo krajowe. Wypełnienie takiego obowiązku powinno, jak się wydaje, polegać również na tym, że przepisy chronią jednostkę przed nieuprawnionymi działaniami służb, w sposób niejawnym ingerujących w życie

prywatne obywateli. W szczególności, regulacje prawa krajowego powinny chronić zainteresowanych przed pozyskiwaniem przez służby informacji objętych tajemnicą adwokacką, notarialną, radcy prawnego, lekarską lub dziennikarską. Takiej funkcji ochronnej zakwestionowane unormowania nie pełnią, a tym samym trudno uznać, by jakość prawa krajowego była właściwa, w rozumieniu orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

W tej sytuacji przepisy: art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach wyłączenia z poddania kontroli operacyjnej kategorii osób, od których pozyskanie informacji podlega zakazom dowodowym, w zakresie tych zakazów – są niezgodne z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Przechodząc do oceny zakwestionowanych w niniejszym wniosku Prokuratora Generalnego przepisów w kontekście konstytucyjnego prawa do obrony, wypada odnotować, że, zgodnie z art. 42 ust. 2 ustawy zasadniczej, 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 twórcy Konstytucji uznali, 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 ograniczenia te 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 Kpk) oraz w innych czynnościach postępowania (art. 317 § 1 Kpk), a także prawo udziału w czynnościach zapoznawania podejrzanego z materiałami postępowania przygotowawczego (art. 321 § 3 Kpk). 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).

Art. 6 ust. 3 lit. b oraz c Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności stanowią, że każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony, jak również do bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony – do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości.

W doktrynie przyjmuje się, że wprowadzenie w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności brak jest gwarancji bezpośrednio odnoszącej się do kontaktu oskarżonego aresztowanego z obrońcą, podobnej do tej, którą znajdujemy w art. 14 ust. 3 lit. b Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, to jednak nie ulega wątpliwości, że umożliwienie

porozumiewania się aresztowanego oskarżonego ze swoim obrońcą należy do fundamentów rzetelnego procesu sądowego, umożliwiającego przygotowanie obrony i realizowanie jej w toku postępowania. Kontakt oskarżonego pozostającego w areszcie z jego obrońcą musi być nieskrępowany, co stanowi elementarny warunek prawidłowego funkcjonowania stosunku obrończego i pozwala na zachowanie zaufania oskarżonego do obrońcy. Oznacza to, że dochodzi do naruszenia art. 6 ust. 3 lit. b, jeżeli widzenia aresztowanego z jego obrońcą w miejscu odosobnienia są kontrolowane (por. Piotr Hofmański i Andrzej Wróbel [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, op. cit., s. 420).

W kontekście przytoczonego poglądu prawnego wypadałoby odnotować, że, skoro niedopuszczalna jest kontrola porozumiewania się obrońcy z oskarżonym umieszczonym w areszcie, to, jak się wydaje, tym bardziej należałoby zakwestionować kontrolę rozmów oskarżonego z obrońcą, prowadzoną niejawnie w ramach kontroli operacyjnej.

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, prawo oskarżonego do komunikowania się ze swym obrońcą na osobności jest częścią podstawowych wymagań sprawiedliwego procesu w społeczeństwie demokratycznym i wynika z art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji. W przypadku, gdy obrońca nie mógłby naradzać się ze swoim klientem ani otrzymywać poufnych instrukcji od niego bez żadnej kontroli, jego pomoc straciłaby wiele ze swojej użyteczności, podczas gdy Konwencja ma na celu zagwarantowanie praw, które są praktyczne i skuteczne (wyrok ETPC z dnia 28 listopada 1991 r. w sprawie *S. v. Szwajcaria*, nr 12629/87, <http://lex.online.Wolterskluwer.pl/WKPLOnline/hiperlinkDocsList.rpc?submit=&lista...>).

Podobnie Trybunał Konstytucyjny przypomniał 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 szereg stosownych gwarancji chroniących, w toku postępowania, poufność osobistych kontaktów oskarżonego (podejrzanego) z jego mocodawcą, w rozumieniu orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz standardów prawa międzynarodowego. W szczególności, zgodnie z art. 178 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego, nie wolno przesłuchiwać jako świadków obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 Kpk, 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 przepis 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. Unormowanie to stanowi, 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 (por. 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 także 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 w 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, ustawie o Straży Granicznej, ustawie o kontroli skarbowej, ustawie o Żandarmerii wojskowej i wojskowych organach porządkowych, ustawie o ABW oraz AW, ustawie o CBA, jak również ustawie o SKW oraz SWW z drugiej strony, upoważnia do wysnucia wniosku, że o ile w toku procesu karnego tajemnica obrończa znajduje szereg stosownych zabezpieczeń (choć można rozważać, czy zabezpieczenia te są w pełni wystarczające), to w toku czynności operacyjno – rozpoznawczych brak jakiegokolwiek ochrony normatywnej w tym zakresie. W szczególności, zakwestionowane w *petitum* niniejszego wniosku Prokuratora Generalnego przepisy normujące stosowanie kontroli operacyjnej przez służby mundurowe oraz specjalne nie zawierają regulacji stanowiących gwarancje ochrony konstytucyjnego i konwencyjnego prawa do obrony w zakresie zachowania tajemnicy obrończej, w toku czynności operacyjno – rozpoznawczych, polegających na stosowaniu kontroli operacyjnej.

Jak podkreślono we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego wniosku, ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. zostały znowelizowane przepisy normujące stosowanie kontroli operacyjnej przez omawiane służby, a nowe regulacje poszerzyły możliwości stosowania przez te służby kontroli operacyjnej oraz uzyskiwania zgody następczej sądu na wykorzystanie procesowe uzyskanych tą drogą materiałów. Z drugiej strony, poszerzone zostały możliwości niszczenia materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania.

Niewątpliwie, należy podtrzymać w tym miejscu pogląd, że zniszczenie materiałów zawierających informacje objęte tak zwanymi zakazami dowodowymi nie zmienia sytuacji, iż dana służba, prokurator i sąd biorący udział w postępowaniu zmierzającym do zniszczenia tych materiałów pozostają w posiadaniu wiedzy odnośnie informacji objętych stosownymi tajemnicami. Jak już podnoszono, informacji tych nie można wykorzystać w charakterze dowodu w procesie karnym, tym niemniej uzyskana wiedza nie ulega wymazaniu z pamięci osób, które ją uzyskały, a co za tym idzie nie można wykluczyć faktycznego wykorzystania jej w inny niż procesowy sposób. Tym samym, nowe regulacje, dotyczące stosowania przez służby kontroli operacyjnej, jedynie w niewielkim zakresie poprawiają dotychczasowy stan prawny.

Powyższe zastrzeżenia nabierają szczególnej ostrości w odniesieniu do pozyskiwanych, w toku kontroli operacyjnej, informacji odnoszących się do tajemnicy obrończej. W świetle przytoczonych wyżej poglądów doktryny, jak również orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zakaz kontroli porozumiewania się obrońcy ze swoim klientem wiąże się nie tylko z ewentualnym omawianiem przez nich materiału dowodowego, ale również z konstruowaniem przez nich strategii obrończej. Realna skuteczność owej strategii może zależeć od tego, czy

pozostanie ona w tajemnicy wobec sądu, prokuratora i służb aż do momentu wdrożenia jej realizacji. Wcześniejsza wiedza wspomnianych podmiotów, dotycząca planowanej strategii obrończej, może znacznie utrudnić lub nawet uniemożliwić realizację prawa do obrony w omawianym zakresie.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, prawo do obrony urzeczywistnia się dzięki konkretnym ustawowym gwarancjom służącym oskarżonemu, a także jego obrońcy. Podstawowe wśród nich znaczenie ma instytucja tajemnicy obrończej, spełniająca zarazem rolę jednego z fundamentalnych elementów wykonywania zawodu adwokata, mieszcząca się w sferze szerzej pojętej tajemnicy zawodowej adwokata. Tę ostatnią regulują przepisy art. 6 ust. 1 i 3 Prawa o adwokaturze. Zgodnie z ich brzmieniem, adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej, przy czym nie można go zwolnić z obowiązku zachowania tajemnicy co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę. Szczególnym rodzajem tajemnicy zawodowej adwokata jest tajemnica obrończa. W postępowaniu karnym podlega ona pełnej ochronie, a jej zakres obejmuje wszystkie informacje istotne dla obrony oskarżonego, uzyskane przez adwokata działającego w charakterze obrońcy. Wiedza obrońcy dotycząca sprawy jest tajemnicą dla organów prowadzących postępowanie karne. Dysponuje nią sam obrońca, w porozumieniu z oskarżonym i na jego korzyść. Organy procesowe nie są uprawnione do uzyskiwania tej wiedzy od obrońcy środkami przewidzianymi w procedurze karnej. Wyraża się to w obowiązywaniu bezwzględnego zakazu przesłuchiwania jako świadków obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 Kpk, co do faktów, o których dowiedział się on udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę (art. 178 pkt 1 Kpk). Obrońca jest też oczywiście poza kręgiem osób, wobec których dopuszcza się kontrolę i utrwalanie rozmów (art. 237 § 4 Kpk) (por. postanowienie z dnia 26 października 2011 r., sygn. I KZP 12/11, OSNKW 2011/10/90, lex nr 966846).

Wydaje się, że przytoczony wyżej pogląd Sądu Najwyższego powinien zachować aktualność nie tylko odnośnie konkretnej sprawy na etapie orzecznictwa, ale również odnośnie podejmowanych przez służby mundurowe lub specjalne czynności operacyjno – rozpoznawczych w postaci stosowania kontroli operacyjnej.

Biorąc powyższe pod uwagę, w kontekście poglądów doktryny, jak również orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Sądu Najwyższego, trzeba bronić poglądu, iż tajemnica obrończa należy do istoty konstytucyjnego i konwencyjnego prawa do obrony. Tym samym, łamanie jej, i to w sposób niejawnny, jest całkowicie niedopuszczalne.

Z powyższych względów należy uznać, że przepisy: art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach wyłączenia z poddania kontroli operacyjnej przekazów informacji mogących zawierać dane objęte tajemnicą obrończą, godzą w konstytucyjnie i konwencyjnie chronione prawo do obrony. Tym samym, unormowania te są niezgodne z art. 42 ust. 2 ustawy zasadniczej i art. 6 ust. 3 lit. b oraz c Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Przechodząc do oceny kwestionowanych we wniosku Prokuratora Generalnego przepisów w kontekście art. 10 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, należy odnotować, że, zgodnie z powołanym przepisem Konwencji, każdy ma prawo do swobody wypowiedzi. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania

i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych. Z kolei, ust. 2 art. 10 Konwencji stanowi, że korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez prawo i konieczne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego, ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na konieczność zapobieżenia ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

W doktrynie przyjmuje się, że choć art. 10 Konwencji nie posługuje się tym terminem, jest dzisiaj oczywiste, iż środki masowego przekazu uzyskały szczególną pozycję w ukształtowaniu swobody wyrażania opinii. Pozycja ta wynika z ich misji, określanej mianem „publicznego strażnika”: ich obowiązkiem „jest przekazywanie – w sposób zgodny z [ich] obowiązkami i odpowiedzialnością – informacji i idei we wszystkich sprawach budzących zainteresowanie publiczne”. Tylko środki masowego przekazu są w stanie zapewnić proces komunikacji intelektualnej we współczesnym społeczeństwie i dlatego stanowią konieczny instrument realizacji wolności otrzymywania informacji i idei, zwłaszcza że zapewniają informacje natychmiastowe, a bez tego wiele z nich straciłoby wartość (por. Leszek Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, *op. cit.*, s. 605 oraz powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

W literaturze przedmiotu podnosi się również, że skoro prasie (w szerokim znaczeniu tego słowa) przysługuje szczególna misja w społeczeństwie demokratycznym, to musi jej zostać zapewniona szczególna

swoboda działania, zwłaszcza w kwestiach budzących zainteresowanie społeczne. Na tym tle orzecznictwo sformułowało pewne przywileje, którymi cieszyć się muszą wypowiedzi w środkach masowego przekazu: przywilej kontrowersyjności treści i ostrości formy, przywilej „odwrócenia ciężaru dowodowego”, przywilej ochrony źródeł informacyjnych oraz przywilej ograniczonego charakteru sankcji (por. *ibidem*, s. 608 – 609).

Przywilej ochrony źródeł informacyjnych oznacza, że władze nie mogą żądać ujawnienia osób, których informacje zostają wykorzystane w wypowiedzi prasowej, chyba że istnieją „szczególne okoliczności przełamujące ten przywilej”. Ochrona źródeł informacyjnych stanowi jedną z podstawowych przesłanek wolności prasy, znajduje potwierdzenie w szeregu dokumentów międzynarodowych. Brak takiej ochrony mógłby powstrzymać informatorów od wspierania prasy w informowaniu opinii publicznej o sprawach mających publiczne znaczenie. W konsekwencji, zagrożona mogłaby się stać rola prasy jako publicznego strażnika (por. *ibidem*, s. 613 – 614 oraz powołane tam orzecznictwo ETPC).

W końcu, przedstawiciele nauki prezentują pogląd, iż poważne dziennikarstwo nie może istnieć bez poufnych źródeł informacji. Bez nich wiele istotnych spraw nigdy nie ujrzałoby światła dziennego. Immunitet pozwalający dziennikarzowi odmówić ujawnienia źródła informacji jest jedną z głównych gwarancji właściwej roli prasy w demokratycznym społeczeństwie (por. Marek Nowicki, *Komentarz do art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, <http://lex.online.wolterskluwer.pl/WKPL/Online/content.rpc?reqId==13510718085781>, s. 4 oraz powołane tam orzecznictwo ETPC).

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ochrona dziennikarskich źródeł informacji jest jednym z podstawowych warunków wolności prasy, co jest odzwierciedlone w regulacjach prawnych wielu Umawiających się Państw oraz potwierdzone w szeregu

międzynarodowych instrumentów prawnych dotyczących wolności dziennikarskich. Bez takiej ochrony źródła informacji mogą być odstraszone od udzielania prasie informacji dotyczących spraw interesu powszechnego. W rezultacie rola prasy jako instytucji kontroli społecznej może zostać podważona, a zdolność prasy do udzielania szczegółowych i wiarygodnych informacji może zostać w sposób niekorzystny wzruszona. Biorąc pod uwagę niezbędność ochrony dziennikarskiego źródła informacji dla wolności prasy w społeczeństwie demokratycznym oraz potencjalnie szkodliwy efekt dla korzystania z tej wolności nakazu ujawnienia źródła, środek taki nie może być uznany za zgodny z art. 10 Konwencji, jeżeli nie jest uzasadniony nadrzędną potrzebą interesu powszechnego (por. wyrok z dnia 27 marca 1996 r., sygn. 17488/90, w sprawie *Goodwin v. Wielka Brytania*, system informacji prawnej LEX nr 79967).

Trybunał stanął również na stanowisku, że zawsze, gdy można spostrzec dziennikarzy przyczyniających się do identyfikacji swych anonimowych (osobowych) źródeł informacji, może to wpływać zniechęcająco (na osoby dostarczające informacji w taki sposób). Podsumowując, należy uznać, iż niniejsza sprawa dotyczy nakazu przymusowego przekazania materiałów dziennikarskich, które zawierały informacje umożliwiające zidentyfikowanie dziennikarskich (osobowych) źródeł informacji. To wystarcza, by Trybunał mógł przyjąć, iż nakaz ten stanowi, jako taki, ingerencję w wolność do otrzymywania i przekazywania informacji chronioną przez art. 10 ust. 1 Konwencji (por. wyrok z dnia 14 września 2010 r., sygn. 38224/03, w sprawie *Sanoma Uitgevers B. V. v. Holandia*, system informacji prawnej LEX nr 603556).

Analogicznie w wyroku z dnia 22 listopada 2007 r., ETPC orzekł, iż brak ochrony dziennikarskich źródeł informacji może zniechęcać odnośne źródła do udzielania prasie pomocy w informowaniu społeczeństwa o kwestiach zainteresowania publicznego (art. 10 Konwencji). Skutkiem tego podstawowa

rola prasy jako strażnika społecznego może zostać osłabiona, co także może mieć ujemny wpływ na zdolność zapewnienia przez prasę dokładnych i wiarygodnych informacji. Zważywszy na znaczenie ochrony dziennikarskich źródeł informacji dla wolności prasy w społeczeństwie demokratycznym oraz na potencjalnie zniechęcający wpływ nakazu ujawniania tychże źródeł na wykonywanie tej wolności, taki środek nie może być zgodny z art. 10 Konwencji, chyba że jego stosowanie uzasadnia nadrzędny wymóg interesu publicznego. Od skarżącego zażądano identyfikacji jego źródła informacji, ażeby chronić dobre imię policji amsterdamskiej oraz by zapewnić oskarżonemu sprawiedliwy proces. Przedstawiony powód zaskarżonej ingerencji nie jest uzasadniony (por. sprawa Voskuil v. Holandia, sygn. 64752/01, system informacji prawnej LEX nr 318927).

W końcu, zgodnie z orzecznictwem ETPC, co do zasady, „konieczność” jakiegokolwiek ograniczenia swobody wypowiedzi musi zostać przekonywająco wykazana (art. 10 ust. 2 Konwencji). To przede wszystkim do władz krajowych należy ocena tego, czy istnieje „pilna potrzeba społeczna” dla wprowadzenia ograniczenia, a władze te, dokonując swej oceny, cieszą się szerokim marginesem uznania. W niniejszym kontekście, jednakże, krajowy margines uznania jest ograniczony przez interes demokratycznego społeczeństwa w zagwarantowaniu i utrzymaniu istnienia wolnej prasy. Interes ten będzie miał duże znaczenie przy rozstrzyganiu w zakresie tego, czy ograniczenie było proporcjonalne do uzasadnionego prawnie celu, który miał zostać zrealizowany. Należy uznać, iż ograniczenia dotyczące poufności (osobowych) źródeł dziennikarskich wymagają najbardziej skrupulatnej kontroli ze strony Trybunału. W przypadku nakazów ujawnienia tożsamości osobowych źródeł informacji dziennikarskiej należy wskazać, iż nakazy takie mają nie tylko wpływ na dane źródło, którego tożsamość może zostać ujawniona, lecz także na gazetę, przeciwko której taki nakaz jest skierowany, a której reputacja może uciepnieć w oczach potencjalnych przyszłych (osobowych) źródeł informacji,

oraz na członków społeczeństwa, w interesie których leży otrzymywanie informacji przekazywanych przez anonimowe źródła, i którzy sami także są potencjalnymi źródłami informacji. Mimo że prawdą może być to, iż społeczna percepcja zasady nieujawniania źródeł informacji dziennikarskiej nie ucierpi w żaden oczywisty sposób wówczas, gdy odstępuje się od jej stosowania w przypadku, gdy osoba będąca źródłem informacji dziennikarskiej wyraźnie działała w złej wierze, mając na celu wyrządzenie szkody, i przekazując celowo nieprawdziwe informacje, to sądy powinny ostrożnie podchodzić do przyjmowania założeń, przy braku przekonujących dowodów, iż te czynniki mają zastosowanie w danej sprawie. W każdym razie, mając na względzie wielość interesów obecnych w takiej sprawie, należy uznać, iż zachowanie osobowego źródła informacji dziennikarskiej nigdy nie może mieć decydującego charakteru przy rozstrzygnięciu o zasadności wydania nakazu ujawnienia tożsamości tego źródła, lecz stanowi jedynie jeden z czynników, jakkolwiek ważny, który należy wziąć pod uwagę, gdy przeprowadza się czynność równoważenia interesów stron, wymaganą przez art. 10 ust. 2 Konwencji (por. wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r., sygn. 821/03, w sprawie *Financial Times i inni v. Wielka Brytania*, system informacji LEX nr 534785).

Wydaje się, że przytoczone wyżej orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dotyczące ochrony dziennikarskich źródeł informacji w warunkach podejmowania jawnych działań zmierzających do niedopuszczalnego uchylecia poufności tychże źródeł, w pełni powinno zachowywać aktualność w sytuacji, gdy działania zmierzające do ujawnienia tożsamości źródeł, tak jak inne czynności operacyjno – rozpoznawcze, mają charakter niejawny i często (a po przyjęciu, omawianej we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego wniosku, nowelizacji szeregu ustaw w omawianym zakresie kontroli operacyjnej – jeszcze częściej) nie podlegają wstępnej ocenie sądu, a jedynie kontroli następczej. Tym samym, ustawodawca pozostawił

służbom stosującym kontrolę operacyjną nadzwyczaj szeroki margines uznaniowości przy podejmowaniu takiej kontroli.

Wspomniany margines uznaniowości decyzyjnej, jak się wydaje, nie koresponduje z ustawowymi gwarancjami ochrony tajemnicy dziennikarskiej zawartymi w Kodeksie postępowania karnego oraz w ustawie z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.).

Jak podkreślono we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego wniosku, zgodnie z przepisem art. 180 § 1 Kodeksu postępowania karnego, osoby obowiązane do zachowania tajemnicy służbowej lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy. Z kolei § 2 wspomnianego art. 180 stanowi, że osoby obowiązane do zachowania tajemnicy, między innymi, dziennikarskiej mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Nadto, zgodnie z § 3 tegoż art. 180, zwolnienie dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy nie może dotyczyć danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych.

Zgodnie z art. 15 ust. 2 pkt 1 Prawa prasowego, dziennikarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych. Z kolei, art. 49 omawianej ustawy stanowi, między innymi,

że kto narusza przepis art. 15 ust. 2 – podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności.

Innymi słowy, skoro zwolnienie dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy nie może dotyczyć danych umożliwiających identyfikację jego źródła informacji, a za niezachowanie tych danych w tajemnicy grozi temuż dziennikarzowi kara za przestępstwo określone w art. 49 Prawa prasowego, to nie sposób zaakceptować regulacji umożliwiających służbom dekonspirację takich źródeł informacji.

W świetle przytoczonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nawet jeśli osoba będąca źródłem informacji dziennikarskiej wyraźnie działa w złej wierze, mając na celu wyrządzenie szkody, to zachowanie takiej osoby nigdy nie może mieć decydującego charakteru przy rozstrzygnięciu o zasadności wydania nakazu ujawnienia, lecz stanowi zaledwie jeden z czynników, który należy wziąć pod uwagę.

W tym miejscu wypada zasygnalizować, że stosowne służby mają prawo podejmowania kontroli operacyjnej nie tylko w celu zwalczania najgroźniejszej przestępczości, ale również w innych, niezwykle licznych przypadkach. Analiza katalogów sytuacji, w których poszczególne służby mundurowe oraz specjalne mogą podejmować kontrolę operacyjną, wskazuje, że katalogi te obejmują łącznie blisko 200 pozycji. Nadto należy odnotować, że zakres sytuacji, w których służbom przyznano uprawnienie do podejmowania czynności operacyjno – rozpoznawczych, z biegiem czasu ulega sukcesywnemu poszerzaniu przez ustawodawcę. Ustawy normujące działalność poszczególnych służb przewidują podejmowanie przez te służby kontroli operacyjnej nie tylko w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców czy uzyskania i utrwalenia dowodów określonych przestępstw, ale również w wypadkach prowadzenia przez służby działań kontrolnych, planistycznych bądź analitycznych (jak w przypadku SKW). W końcu, wymagałoby podkreślenia, że wszystkie omawiane katalogi mają charakter otwarty, odwołując się, w omawianym

zakresie, do zobowiązań Polski wynikających z umów i porozumień międzynarodowych (a w przypadku Służby Kontrwywiadu Wojskowego – także z bliżej nieokreślonych, innych niż ustawa o SKW oraz SWW, aktów normatywnych rangi ustawy). Szereg przypadków, w których ustawodawca dopuścił stosowanie przez służby kontroli operacyjnej, budzi poważne zastrzeżenia, a niektóre z nich już zostały zakwestionowane we wnioskach: Prokuratora Generalnego z dnia 7 marca 2012 r. (art. 19 ust. 1 pkt 8 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 pkt 7 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 1 pkt 5 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 1 pkt 17 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, jak również art. 31 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a i g oraz pkt 9 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego), jak również Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 15 listopada 2011 r. (art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu).

Nadmiernie rozbudowane katalogi sytuacji, w których służby mogą stosować kontrolę operacyjną, i sygnalizowany we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego wniosku niedostatek kontroli sądu w tym zakresie powodują, że brak regulacji wyłączających możliwość pozyskiwania przez służby informacji objętych tajemnicą dziennikarską należy oceniać ze szczególną ostrością.

Jak już podkreślano, wprowadzone do systemu prawa polskiego zmiany, zawarte w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r., odnoszące się do poszerzenia możliwości niszczenia materiałów zgromadzonych w toku kontroli operacyjnej, które nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania, nie konwalidują, w stopniu wystarczającym, obowiązującego stanu prawnego. Niewątpliwie ewentualne zniszczenie materiałów zawierających dane o osobowym źródle informacji dziennikarskiej nie zmienia sytuacji, że dana

służba, prokurator i sąd biorący udział w postępowaniu zmierzającym do zniszczenia tych materiałów pozostają w posiadaniu wiedzy odnośnie osoby informatora. Informacji tych nie można wykorzystać w charakterze dowodu w procesie karnym, tym niemniej uzyskana wiedza nie ulega wymazaniu z pamięci funkcjonariuszy danej służby, prokuratora lub sądu, a co za tym idzie i w tym przypadku nie można wykluczyć faktycznego wykorzystania jej w inny niż procesowy sposób.

W tym miejscu wypada odnotować, że dane pozwalające na identyfikację dziennikarskiego źródła informacji stanowią istotę tajemnicy dziennikarskiej. Wobec raz zidentyfikowanej osoby można podejmować tak procesowe, jak i nieprocesowe czynności i brak możliwości procesowego wykorzystania danych pochodzących z podsłuchu nie stanowi już bariery dla podejmowania takich działań. Innymi słowy, pominięcie prawodawcze, sprowadzające się do rezygnacji przez ustawodawcę z wyraźnego zakazu pozyskiwania przez służby, w drodze kontroli operacyjnej, danych pozwalających na identyfikację osobowego źródła informacji dziennikarskiej, umożliwia obojętnie, w praktyce, istniejących gwarancji ustawowych respektowania prawa określonego w art. 10 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Takie rozwiązanie prawne należy uznać za unormowanie na tyle niepełne, że przesądza to o jego niedopuszczalności.

Na marginesie należałoby dodać, że dekonspiracja osobowego źródła informacji dziennikarskiej jest możliwa nie tylko w toku stosowania podsłuchu, ale również poprzez pozyskanie przez służby danych telekomunikacyjnych.

Z powyższych względów należy uznać, że przepisy: art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie

Wywiadu Wojskowego, z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach wyłączenia z poddania kontroli operacyjnej przekazów informacji mogących zawierać dane objęte tajemnicą dziennikarską, godzą w konwencyjnie chronione prawo do tajemnicy dziennikarskiej. Tym samym, unormowania te są niezgodne z art. 10 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.



Andrzej Seremet