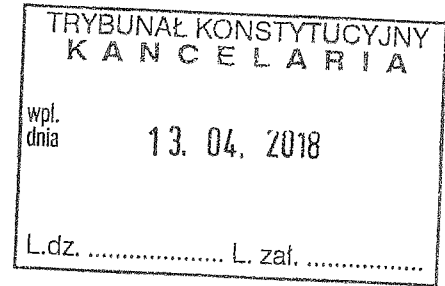




Warszawa, 12 kwietnia 2018 r.

SEJM  
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ  
Sygn. akt K 11/17  
BAS-WAKU-1794/17



### Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 69 ust. 2 w związku z art. 42 pkt 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 5 września 2017 r. (sygn. akt K 11/17), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że:

1) art. 118 ust. 2 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. poz. 1947, ze zm.) w zakresie, w jakim ogranicza przekazanie właściwemu sądowi materiałów jedynie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej, **jest zgodny** z art. 45 ust. 1 Konstytucji;

2) art. 122 ust. 4 ustawy wskazanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim nie określa wagi okoliczności, która ma być ustalona na podstawie materiałów mogących zawierać informacje, o których mowa w art. 178a, art. 180 § 2 i art. 180 § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1904, ze zm.), **jest zgodny** z art. 2, art. 42 ust. 2, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Ponadto wnoszę o **umorzenie** postępowania w pozostałym zakresie na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

## Uzasadnienie

### **I. Uwagi ogólne**

1. Do Kancelarii Sejmu wpłynęło zawiadomienie Prezesa Trybunału Konstytucyjnego o wszczęciu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie z wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: Rzecznik, RPO, wnioskodawca) z 5 września 2017 r. (sygn. akt K 11/17; dalej: wniosek RPO).

Wnioskodawca zakwestionował zgodność:

1) art. 118 ust. 2 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. poz. 1947, ze zm.; dalej: ustawa o KAS) w zakresie, w jakim ogranicza przekazanie właściwemu sądowi materiałów jedynie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej, z art. 45 ust. 1 Konstytucji;

2) art. 118 ust. 7 ustawy o KAS w zakresie, w jakim umożliwia przedłużenie kontroli operacyjnej na następujące po sobie dalsze okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy, co oznacza możliwość prowadzenia kontroli operacyjnej przez 18 miesięcy, z art. 2, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

3) art. 118 ust. 16 ustawy o KAS w zakresie, w jakim nie przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej możliwości zaskarżenia postanowienia sądu okręgowego w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej przez podmiot, wobec którego zarządzono kontrolę operacyjną, z art. 45 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji;

4) art. 122 ust. 4 ustawy o KAS w zakresie, w jakim posługuje się nieostrym kryterium „dobra wymiaru sprawiedliwości” i nie określa wagi okoliczności, która ma być ustalona na podstawie materiałów mogących zawierać informacje, o których mowa w art. 178a, art. 180 § 2 i art. 180 § 3 Kodeksu postępowania karnego (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego; t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1904, ze zm.; dalej: Kodeks postępowania karnego, k.p.k.) z art. 2, art. 42 ust. 2, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. 1993 nr 61, poz. 284);

5) art. 114 ust. 1 i art. 115 ust. 1 ustawy o KAS z art. 2, art. 30, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 8 Konwencji o ochronie podstawowych praw człowieka i podstawowych wolności;

6) art. 114 ust. 3 w związku z art. 144 ust. 2 ustawy o KAS z art. 2, art. 20 oraz art. 47 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

7) art. 116 ustawy o KAS w zakresie, w jakim nie przewiduje wprowadzenia mechanizmu niezależnej i rzeczywistej kontroli udostępniania danych, z art. 2, art. 47, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności;

8) art. 114 ustawy o KAS w zakresie, w jakim nie wskazuje kategorii osób, których dane mogą być pozyskiwane w sposób określony w ustawie, nie reguluje obowiązków informacyjnych wobec osób, których dane były pozyskiwane oraz nie określa czasu, przez który uprawnione podmioty mogą przetwarzać pozyskane dane z art. 2, art. 30, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 Konwencji o ochronie prawa człowieka i podstawowych wolności.

2. Zarzuty Rzecznika koncertują się wokół zagadnień związanych ze stosowaniem kontroli operacyjnej oraz trybu pozyskiwania i przetwarzania danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych przez Krajową Administrację Skarbową (dalej: KAS) oraz zewnętrznej kontroli nad tymi czynnościami. Przed przystąpieniem do oceny dopuszczalności rozpoznania, a następnie merytorycznej analizy poszczególnych zarzutów warto zaprezentować ogólne uwagi dotyczące wspomnianych instytucji.

3. Krajowa Administracja Skarbowa stanowi wyspecjalizowaną administrację rządową, wykonującą zadania z zakresu realizacji dochodów z tytułu podatków, należności celnych, opłat oraz niepodatkowych należności budżetowych, ochrony interesów Skarbu Państwa oraz ochrony obszaru celnego Unii Europejskiej, a także zapewniającą obsługę i wsparcie podatnika i płatnika w prawidłowym wykonywaniu obowiązków podatkowych oraz obsługę i wsparcie przedsiębiorców w prawidłowym wykonywaniu obowiązków celnych.

Ustawodawca, mając na uwadze konieczność zapewnienia możliwości efektywnego wykonywania przez organy KAS niektórych ich zadań, umożliwił ich prowadzenie w formie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Czynności operacyjno-rozpoznawcze zostały określone przez tzw. ustawodawstwo policyjne jako kontrola operacyjna. Na gruncie ustawy o KAS „kontrola operacyjna

prowadzona jest niejawnie i polega na: 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych; 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków przewozowych lub miejsc innych niż miejsca publiczne; 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej; 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych; 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek” (art. 118 ust. 4 ustawy o KAS). Niewątpliwie definicja kontroli operacyjnej jest bardzo szeroka (zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 162 i n.; D. Kaczorkiewicz, *Granice inwigilacji społeczeństwa w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych* [w:] *Obywatel – Państwo – Społeczność Międzynarodowa. Citizen – State – International Community*, red. E. Gała-Wacinkiewicz, K. Flaga-Gieruszyńska, D. Wacinkiewicz, Warszawa 2014, s. 349 i n.). Przykładowo można wskazać, że: [...] „W praktyce sprowadza się to do możliwości stosowania środków operacyjnych w stosunku do szerokiej gamy sposobów komunikowania się, przekazu treści czy przedmiotów pomiędzy podmiotami. [...] Wiąże się to bowiem z całym spektrum możliwości związanych z pojęciem telekomunikacji. Samo pojęcie telekomunikacji w polskim prawie zostało zdefiniowane na poziomie ustawowym w Prawie telekomunikacyjnym [ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1907, ze zm.; dalej: Prawo telekomunikacyjne) – uwaga własna]. W świetle jego przepisów telekomunikacją nazywamy nadawanie, odbiór lub transmisję informacji, niezależnie od ich rodzaju, za pomocą przewodów, fal radiowych bądź optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną. Można pokusić się o wymienienie kilku możliwości stosowania kontroli operacyjnej w zakresie telekomunikacyjnym, ponieważ sam przepis o jej stosowaniu nie zawiera zamkniętego katalogu sposobów przekazu informacji. Zatem może to być podsłuch telefoniczny, faksu, Internetu, pomieszczenia, innego obiektu, nasłuch częstotliwości radiowych *etc.* Ponadto kontrola operacyjna może dotyczyć również korespondencji «pisanej» oraz przesyłek przekazywanych podmiotami świadczącymi usługi przewozowo-kurierskie” (P. Pochodyła, S. Franc, *Kontrola operacyjna oraz zakres jej stosowania*, „Zeszyty Naukowe WSEI. Seria Administracja” 2011, nr 1, s. 199).

Zarządzenie kontroli operacyjnej może nastąpić wyłącznie po spełnieniu następujących przesłanek, o których mowa w art. 118 ust. 1 ustawy o KAS:

A) kontrola musi być przeprowadzona w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez funkcjonariuszy wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze (w rozumieniu ustawy o KAS);

B) kontrola może być przeprowadzona tylko i wyłącznie wtedy, kiedy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, tzn. wtedy, kiedy funkcjonariusze KAS wykonujący czynności operacyjno-rozpoznawcze będą mieli pewność, że przeprowadzenie postępowania kontrolnego w danym zakresie bądź przeprowadzenie innych czynności, o których mowa w ustawie o KAS drogą jawną, bądź też w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, nie da odpowiedniego rezultatu w postaci pozyskania informacji czy też uzyskania materiału dowodowego, bądź też w sytuacji, gdy już się okazało z przeprowadzonych czynności, że żadnym innym dostępnym ustawowo sposobem nie jest możliwe pozyskanie tych informacji czy też dowodów;

C) celem przeprowadzenia kontroli operacyjnej musi być: wykrycie, ustalenie sprawców oraz uzyskanie i utrwalenie dowodów następujących przestępstw: 1) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekracza w dniu popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, 2) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego (ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy; t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2226, dalej: Kodeks karny skarbowy, k.k.s.), 3) przeciwko obrotowi gospodarczemu, powodujących szkodę majątkową, jeżeli wysokość szkody przekracza w dniu popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, 3a) określonych w art. 270a § 1 i 2, art. 271a § 1 i 2 oraz art. 277a § 1 Kodeksu karnego (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny; t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2204, dalej: Kodeks karny, k.k.), 4) przeciwko mieniu, jeżeli wartość mienia przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, 5) określonych w przepisach art. 258, art. 270, art. 271 lub art. 273 Kodeksu karnego, w związku z którymi nastąpiło uszczuplenie lub narażenie na uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczające pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, 6) określonych w art. 228–231 Kodeksu

karnego, popełnionych przez osoby zatrudnione w jednostkach organizacyjnych KAS albo funkcjonariuszy, w związku z wykonywaniem czynności służbowych, 7) określonych w art. 229 Kodeksu karnego, popełnionych przez osoby niezatrudnione w jednostkach organizacyjnych KAS albo niebędące funkcjonariuszami, w związku z wykonywaniem czynności służbowych przez osoby, o których mowa w pkt 6, 8) ściganych na mocy umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, określonych w polskiej ustawie karnej, 9) określonych w pkt 1–8 lub art. 33 § 2 Kodeksu karnego skarbowego – w celu ujawnienia mienia zagrożonego przepadkiem. Reasumując, kontrolę operacyjną stosuję się w celu realizacji ustawowo nałożonych zadań na KAS. W głównej mierze jest to związane ze skutecznym zwalczaniem przestępstw skarbowych. „Może to mieć miejsce zarówno w fazie rozpoznawania, jak i zapobiegania popełnieniu przestępstwa, więc gdy określone służby posiadają informacje, iż jest ono przygotowywane. Może również mieć to miejsce w fazie kolejnej, a więc na etapie związanym z wykrywaniem popełnionego przestępstwa” (*ibidem*, s. 205).

Znamienną cechą kontroli operacyjnej jest jej tajny charakter, który stanowi, z jednej strony przesłankę skuteczności, z drugiej powoduje, że zainteresowany, nie wiedząc o prowadzonych wobec niego czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, nie jest w stanie, z przyczyn faktycznych, uruchomić procedur, których wykorzystanie jest zależne od jego wiedzy i inicjatywy. Czynności te oparte są na prawie regulującym zasady funkcjonowania organów ścigania, a więc często podstawą ich dokonania są normy kompetencyjne (zob. M. Krystnicki, H. Kwiatkowska, *Komentarz do ustawy o Inspekcji Celnej*, Warszawa 1998, s. 54). Jak słusznie stwierdza Przemysław Stolarski czynności operacyjno-rozpoznawcze: „Są jedną z podstawowych metod walki z nieuczciwymi podatnikami. Pomimo twierdzenia J. Kulickiego, jakoby nie można było ich uznać za formę kontroli przestrzegania postanowień prawa podatkowego, należy zauważyć, że autor ten stwierdza jednak dalej, że są one czynnościami technicznymi, mającymi prowadzić do zebrania i przetworzenia materiału, który będzie uzupełnieniem materiału dowodowego zebranego w postępowaniu kontrolnym bądź też będzie prowadził dopiero do jego wszczęcia. Można zatem uznać, że autorowi chodziło o zaakcentowanie pewnej istotnej odrębności procesów wywiadu skarbowego od procedury *stricte* kontrolnej, ale nie stoi to w sprzeczności z uznaniem ich, jako środków związanych z tą

procedurą i służących ustalaniu stanów rzeczywistych, za pewną formę kontroli wykonań w zakresie wyznaczeń prawa podatkowego” (P. Stolarski, *Kontrola realizacji zobowiązań podatkowych w Polsce*, Lex 2018).

4. Charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych w perspektywie konstytucyjnej był przedmiotem obszernych rozważań Trybunału w wyroku z 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04). Jak zauważył sąd konstytucyjny: „Czynności operacyjno-rozpoznawcze mają charakter nieprocesowy [na temat relacji zachodzących pomiędzy czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi a procesowymi oraz ujawnianymi na tym tle kontrowersjami zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności...*, s. 320 i n.; M. Błoński, *Przeprowadzanie na rozprawie dowodów uzyskanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 8 – uwaga własna]. To ogranicza kontrolę sądową nad ich przebiegiem. Czynności operacyjno-rozpoznawcze «praktyka służby śledczej ukształtowała jako czynności uzupełniające lub wykonawcze w stosunku do czynności procesowych i zadań postępowania przygotowawczego» (tak L. Szaff, *O niektórych problemach dotyczących zakresu postępowania przygotowawczego*, „Nowe Prawo” nr 12/1957). Pozapprocesowy charakter jest ich cechą istotną (B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 1983, s. 23). Czynności operacyjno-rozpoznawcze spełniają funkcje: rozpoznawcze, wykrywcze, kierunkujące późniejsze udowodnienie, weryfikujące uprzednie ustalenia, zapobiegawcze (profilaktyczne), ochronne, zabezpieczające (T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1998, s. 131). [...] Czynności te są z natury rzeczy niejawne (także wobec zainteresowanego), prowadzone w warunkach dających policji szeroki margines uznaniowości, przy ograniczonych gwarancjach dla praw osoby poddanej tym czynnościom, a także okrojonej kontroli zewnętrznej, w tym sądowej. Ten sposób działania [...] jest we współczesnym państwie nieodzowny. Przejrzystość czynności operacyjnych powodowałaby ich nieskuteczność. Współczesne państwo, zobowiązane do zapewnienia bezpieczeństwa (co także jest powinnością konstytucyjną), staje przed trudnym zadaniem, ze względu na zagrożenia terroryzmem, przestępczością (w tym także zorganizowaną). Techniczne udogodnienia, wpływające na szybkość komunikowania się i przemieszczania, w równym stopniu mogą być wykorzystywane w celu ochrony bezpieczeństwa państwa, jak i przez przestępców. [...] Czynności operacyjno-rozpoznawcze jako zespół prawnie określonych w oparciu o wiedzę kryminalistyczną

niejawnych działań prowadzonych poza procesem karnym i administracyjnym celem wykrycia, rozpoznawania i utrwalania przestępczej działalności (A. Żebrowski, *op.cit.*, s. 16 [Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Regulacje prawne, Kraków 2000 – uwaga własna]) są konieczną koncesją na rzecz skutecznego zwalczania przestępczości, wiążącą się jednakowoż z ograniczeniem gwarancji dla jednostki, korzystającej z prawa do prywatności i autonomii informacyjnej. Wynika to z pozaprocesowego (pozbawionego wpływu sądu) oraz tajnego i nieformalnego charakteru czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki, nawet te, na które zezwalają ustawy, muszą jednak odpowiadać zakresowo, przedmiotowo i co do sposobu – temu, co mówi sama Konstytucja określająca margines regulacyjny ustawodawcy zwykłego – w momencie gdy zezwala mu poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze na wkroczenie w sferę praw i wolności regulowanych konstytucyjnie. Margines ten określają z jednej strony wspomniane już szczególne regulacje konstrukcyjnie wmontowane w regulacje dotyczące poszczególnych konstytucyjnych praw podmiotowych (np. we wspomnianych już art. 49 i art. 51 Konstytucji), a nadto ogólna klauzula proporcjonalności, wskazana w art. 31 ust. 3 Konstytucji” (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

Na tle swoich dotychczasowych wypowiedzi Trybunał Konstytucyjny skatalogował konieczne elementy ustawowej regulacji czynności operacyjno-rozpoznawczych.

„Po pierwsze, to ustawa ma precyzować przedmiotowe przesłanki zarządzenia takich czynności. Aby zachować standard konstytucyjny, nie wystarcza odwołanie się do ogólnych zagrożeń dóbr prawnie chronionych, zwłaszcza przez zwroty niedookreślone. Ustawodawca zobowiązany jest wobec tego zdefiniować zamknięty i możliwe wąski katalog poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki. [...]

Po drugie, niezbędne jest sprecyzowanie sposobu niejawnego wkroczenia w sferę prywatności jednostki. Nie jest przy tym konieczne wskazanie w przepisach prawa konkretnych środków techniki operacyjnej ani tym bardziej zdefiniowanie ich parametrów. Mając na uwadze ogromną liczbę środków stosowanych przez organy państwa przydatnych w pracy operacyjno-rozpoznawczej, ustawowy ich katalog musiałby być rozbudowany, a co za tym idzie norma prawna musiałaby być kazuistyczna. [...]



Po trzecie, ustawa ma precyzować maksymalny czas prowadzenia niejawnych czynności, po upływie którego dalsze ich prowadzenie jest już niedopuszczalne. [...]

Po czwarte, w ustawie ma być uregulowana procedura zarządzania czynności operacyjno-rozpoznawczych, włączywszy w to powierzenie kompetencji do zarządzania tych czynności, a także badanie ich legalności przez zewnętrzny i niezależny od organów władzy wykonawczej podmiot, najlepiej przez sąd. Ustawa ma wskazywać podstawowe elementy proceduralne, zasady wykorzystywania zgromadzonych materiałów oraz przesłanki czy tryb ich niszczenia. [...]

Po piąte, ustawa musi precyzyjnie wskazywać zakres wykorzystania danych pozyskanych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, a zwłaszcza wykorzystanie ich w procesie karnym jako materiałów dowodowych. Ustawa ma także określać postępowanie z materiałami, które podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu, z uwagi na ich zbędność lub nieprzydatność” (wyrok TK w pełnym składzie z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

5. Drugim, obok kontroli operacyjnej, obszarem zainteresowania wnioskodawcy jest pozyskiwanie danych niestanowiących treści odpowiednio, przekazu telekomunikacyjnego, przesyłki pocztowej albo przekazu w ramach usługi świadczonej drogą elektroniczną. Są to tzw. dane: telekomunikacyjne (m.in. dane niezbędne do ustalenia zakończenia sieci, telekomunikacyjnego urządzenia końcowego i użytkownika końcowego inicjującego połączenie oraz do którego kierowane jest połączenie; dane niezbędne do określenia: daty i godziny połączenia telefonicznego oraz czasu jego trwania, rodzaju połączenia, lokalizacji telekomunikacyjnego urządzenia końcowego), pocztowe (dane o operatorze pocztowym, świadczonych usługach pocztowych oraz informacji umożliwiających identyfikację korzystających z tych usług) oraz internetowe.

Nie ulega wątpliwości, że także i opisane wyżej środki stanowią skuteczne narzędzie walki z przestępczością, zarówno w jej tradycyjnym rozumieniu, jak i przybierającą na skutek postępu technologicznego nowe kształty i przejawy (tzw. cyberprzestępczość). Słusznie zwraca uwagę Trybunał Konstytucyjny, iż metadane dotyczące nawiązywanego połączenia (dane o ruchu i lokalizacji) pozwalają na rekonstrukcję społecznych zachowań jednostek objętych obserwacją, bez potrzeby osobistego prowadzenia działań operacyjnych wymagających zaangażowania wielu osób, długiego czasu oraz ponadprzeciętnej ostrożności przed

dekonspiracją. Analiza danych telekomunikacyjnych umożliwia uzyskanie materiałów o unikatowym znaczeniu, pozwalając na precyzyjną rekonstrukcję procesów decyzyjnych w grupach przestępczych oraz wzajemnych powiązań między komunikującymi się osobami. Ponadto, analiza takich danych umożliwia błyskawiczne wykrycie sprawców zagrożenia istotnych dóbr, jak życie albo zdrowie jednostek (zob. wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

## **II. Zakres materiałów przekazywanych do sądu wraz z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej (pkt 1 *petitum* wniosku RPO)**

### **II.1. Przedmiot kontroli**

1. Przedstawienie treści przepisów ujętych we wniosku RPO wymaga, w celu uczynienia treści pisma czytelniejszym, uzupełniającego przytoczenia regulacji, do których przepisy te odsyłają.

Artykuł 118 ust. 2 ustawy o KAS: „Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej”.

Artykuł 118 ust. 1 ustawy o KAS: „W ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez funkcjonariuszy wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze, w celu wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw: 1) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekracza w dniu popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, 2) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego, 3) przeciwko obrotowi gospodarczemu, powodujących szkodę majątkową, jeżeli wysokość szkody przekracza w dniu popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, 3a) określonych w art. 270a § 1 i 2, art. 271a § 1 i 2 oraz art. 277a § 1 Kodeksu karnego, 4) przeciwko mieniu, jeżeli wartość mienia przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, 5) określonych w przepisach art. 258, art. 270, art. 271 lub art. 273 Kodeksu karnego, w związku z którymi nastąpiło uszczuplenie lub narażenie na uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczające pięćdziesięciokrotną wysokość

minimalnego wynagrodzenia za pracę, 6) określonych w art. 228–231 Kodeksu karnego, popełnionych przez osoby zatrudnione w jednostkach organizacyjnych KAS albo funkcjonariuszy, w związku z wykonywaniem czynności służbowych, 7) określonych w art. 229 Kodeksu karnego, popełnionych przez osoby niezatrudnione w jednostkach organizacyjnych KAS albo niebędące funkcjonariuszami, w związku z wykonywaniem czynności służbowych przez osoby, o których mowa w pkt 6, 8) ściganych na mocy umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, określonych w polskiej ustawie karnej, 9) określonych w pkt 1–8 lub art. 33 § 2 Kodeksu karnego skarbowego – w celu ujawnienia mienia zagrożonego przepadkiem – jeżeli inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, Sąd Okręgowy w Warszawie, zwany dalej «Sądem», na pisemny wniosek Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną”.

2. Wnioskodawca zakwestionował wskazany przepis w zakresie, w jakim ogranicza przekazanie właściwemu sądowi materiałów jedynie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej.

## **II.2. Zarzuty wnioskodawcy**

Rzecznik zarzuca wskazanym przepisom, że prowadzą do sytuacji, w której „sąd wydaje postanowienie wyłącznie na podstawie materiału selektywnie wybranego i przekazanego mu przez Szefa KAS, albowiem nie ma on obowiązku załączać do wniosku całości materiałów zgromadzonych w sprawie” (wniosek RPO, s. 3). Zdaniem Rzecznika powoduje to, że „sąd w istocie rzeczy zdany jest na informacje przekazane przez Szefa KAS, który arbitralnie dokonał selekcji materiałów zgromadzonych w sprawie” (*ibidem*). Na tej podstawie kwestionowany przepis „narusza konstytucyjne prawo do sądu, określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, [...] w zakresie prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, tj. zgodnie z wymogami sprawiedliwości” (*ibidem*, s. 4).

### II.3. Wzorzec kontroli

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

- prawo dostępu do sądu, tj. prawo uruchomienia postępowania przed sądem – organem o określonej charakterystyce (właściwym, niezależnym, bezstronnym i niezawisłym);
- prawo do właściwej procedury przed sądem;
- prawo do wiążącego rozstrzygnięcia sprawy (wyroki TK z: 9 czerwca 1998 r., sygn. akt K 28/97; 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 12/99; stanowisko to zostało wielokrotnie powtórzone w późniejszym orzecznictwie).

W 2007 r. TK uzupełnił te elementy prawa do sądu o „prawo do odpowiedniego kształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy” (wyrok TK z 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06). Stanowisko to pojawia się również w nowszej judykaturze, w której wyodrębnia się cztery elementy prawa do sądu (np. wyroki TK z:

6 listopada 2012 r., sygn. akt K 21/11; 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt SK 12/13; 30 września 2014 r., sygn. akt SK 22/13; 13 stycznia 2015 r., sygn. akt SK 34/12). Trybunał podkreślił również, że „w państwie prawnym prawo do sądu nie może być rozumiane jedynie formalnie, jako dostępność drogi sądowej w ogóle, lecz i materialnie, jako możliwość prawnie skutecznej ochrony praw na drodze sądowej [...]”. Podobne stanowisko zajął SN, według którego prawo do sądu nie wygasa w momencie złożenia powództwa i podjęcia na tej podstawie procesu, ale chodzi w nim o to, aby sąd rozpoznał sprawę co do jej istoty (postanowienie SN z 19 lipca 2006 r., sygn. akt I CSK 112/06). Ponadto TK zwraca uwagę na znaczenie prawa do wysłuchania, stwierdzając, że naruszenie prawa do sądu „przejawia się w pozbawieniu [...] tzw. prawa do wysłuchania, które wprawdzie nie zostało wyrażone w Konstytucji, jednak jest powszechnie uznane za składową prawa do sądu” (wyrok TK z 12 marca 2002 r., sygn. akt P 9/01). Prawo do sądu istnieje nawet

wówczas, gdy jakaś ustawa regulująca prawa i obowiązki jednostki nie przewiduje możliwości wystąpienia na drogę sądową (por. wyrok SN z 7 kwietnia 1999 r., sygn. akt I PKN 648/98; uchwała SN z 18 stycznia 2001 r., sygn. akt III ZP 28/00).

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

Zdaniem RPO przepisy zaskarżone w pkt 1 *petitum* jego wniosku naruszają – wyrażone w art. 45 ust. 1 Konstytucji – konstytucyjne prawo do sądu „w zakresie prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, tj. zgodnie z wymogami sprawiedliwości” (wniosek RPO, s. 4).

W orzecznictwie konstytucyjnym zasadę sprawiedliwej i rzetelnej procedury zalicza się do „istoty” prawa do sądu, które bez zachowania standardów sprawiedliwości i rzetelności stałoby się prawem fasadowym. Jednocześnie zwraca się też uwagę na ścisłe powiązanie omawianej zasady konstytucyjnej z zasadami i wartościami wywodzonymi z klauzuli demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), takimi jak zasada ochrony zaufania do państwa i prawa (zob. m.in. wyroki TK z: 16 stycznia 2006 r., sygn. akt SK 30/15; 18 października 2011 r., sygn. akt SK 39/09; 27 października 2015 r., sygn. akt K 5/14). Jak bowiem zauważa Trybunał, nierzetelne ukształtowanie procedury sądowej może naruszać prawo do sądu, a jednocześnie – z uwagi na to, że władza publiczna działa tu przez tworzenie prawa, oraz ze względu na skutek, jaki nierzetelność procedury wywołuje w społecznym odbiorze (podważenie zaufania) – może naruszać art. 2 Konstytucji (wyrok TK z 7 grudnia 2010 r., sygn. akt P 11/09).

Charakter konstytucyjnej zasady sprawiedliwej i rzetelnej procedury sądowej sprawia, że nie może być ona pojmowana w kategoriach abstrakcyjnych (zob. wyrok TK z 7 grudnia 2010 r., sygn. akt P 11/09). Same pojęcia „sprawiedliwej procedury” oraz „rzetelnej procedury” nie mają ścisłego znaczenia. Ustawodawca dysponuje znaczną swobodną regulacyjną w zakresie kształtowania procedur sądowych z uwzględnieniem zróżnicowanych czynników, takich jak charakter przedmiotu postępowania, konfiguracja podmiotowa, a także znaczenie sprawy dla praw i interesów jednostki. Z zasady sprawiedliwej i rzetelnej procedury sądowej można jednak wywieść pewne dyrektywy ogólne, które ustawodawca musi uwzględnić. Przede wszystkim konstytucyjny wymóg sprawiedliwości proceduralnej nakłada obowiązek ustanowienia takich rozwiązań proceduralnych, które umożliwią ustalenie prawdy w procesie, a także wydanie sprawiedliwego rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach oraz odpowiedzialności uczestników postępowania. Z kolei wymóg rzetelności proceduralnej należy odnosić do sposobu ukształtowania przepisów w toku postępowania, zapewniających należyłą ochronę słuszych interesów jego uczestników (zob. P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 106).

Trybunał wyjaśniał ponadto, że można wskazać na swoiste jądro znaczeniowe omawianej zasady konstytucyjnej, obejmujące gwarancje, które powinny zostać zapewnione w ramach każdego postępowania sądowego, niezależnie od jego charakteru i przedmiotu. Zasada sprawiedliwej i rzetelnej procedury sądowej wymaga zatem zapewnienia w szczególności: prawa strony do wysłuchania, prawa do informowania i ujawniania w sposób czytelny motywów rozstrzygnięcia, prawa do przewidywalności rozstrzygnięcia, sprawnego rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie oraz umożliwienia wszechstronnego zbadania okoliczności sprawy przez sąd (zob. wyroki TK z: 7 grudnia 2010 r., sygn. akt P 11/09; 18 października 2011 r., sygn. akt SK 39/09; 30 października 2012 r., sygn. akt SK 8/12; 25 lipca 2013 r., sygn. akt SK 17/12).

Odwołując się do ugruntowanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, należy podkreślić, że „niekonstytucyjne są wszelkie uregulowania, które uniemożliwiają albo nadmiernie utrudniają skuteczną ochronę praw na drodze sądowej” (wyrok TK z 12 marca 2002 r., sygn. akt P 9/01). Trybunał zaznacza przy tym, że „«tożsamość konstytucyjna» sądu (wymiaru sprawiedliwości) jest wyznaczana – poza oczywistym wymogiem niezależności, bezstronności

i niezawisłości – między innymi przez odrzucenie dowolności i arbitralności, zapewnienie udziału zainteresowanych podmiotów w postępowaniu, traktowanie jawności jako zasady, wydawanie rozstrzygnięć zawierających rzetelne i weryfikowalne uzasadnienia, oraz przewidywalność postępowania z punktu widzenia jego uczestników” (wyrok TK z 22 października 2013 r., sygn. akt SK 14/13).

Konstytucyjny nakaz odpowiedniego ukształtowania procedury zakłada zatem realizację licznych zasad procesowych, wśród których wymienić należy przede wszystkim zasady sprawiedliwości, rzetelności i jawności postępowania (zob. wyroki TK z: 7 grudnia 2010 r., sygn. akt P 11/09; 18 października 2011 r., sygn. akt SK 39/09, wraz z przywołanymi w nich judykatami). Prawo do odpowiedniego ukształtowania postępowania ma charakter uniwersalny w tym sensie, że dotyczy każdego rodzaju postępowania sądowego, które objęte jest gwarancjami składającymi się na prawo do sądu (zob. wyrok TK z 12 lipca 2011 r., sygn. akt SK 49/08). Obowiązuje więc niezależnie od rodzaju załatwianej sprawy, jeżeli tylko ustawodawca powierza jej rozpoznanie sądowi przedmiotu sprawy (praw lub obowiązków, których dotyczy), sposobu jej wszczęcia (na żądanie zainteresowanego podmiotu, organu publicznego albo z urzędu) oraz etapu, na którym znajduje się rozstrzygana sprawa (zob. wyroki TK z: 12 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 2/09; 11 maja 2011 r., sygn. akt SK 11/09; 12 lipca 2011 r., sygn. akt SK 49/08). Ustawodawca zwykły jest uprawniony do różnicowania postępowań sądowych w zależności od ich charakteru, przedmiotu rozpoznawanych w nich spraw, znaczenia dochodzonych w nich praw i obowiązków dla zainteresowanych podmiotów, celów realizowanych w ramach tych postępowań, zakresu kognicji sądu, a także etapu, na którym znajduje się rozstrzygana sprawa (zob. wyroki TK z: 13 stycznia 2004 r., sygn. akt SK 10/03; 28 lipca 2004 r., sygn. akt P 2/04; 26 stycznia 2005 r., sygn. akt P 10/04; 20 października 2010 r., sygn. akt P 37/09, 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09). Ocena konstytucyjności tych szczegółowych rozwiązań i wyłaniającego się z nich kształtu określonego rodzaju postępowania sądowego wymaga odniesienia tego kształtu do wymagań konstytucyjnych w ujęciu całościowym (zob. wyroki TK z: 28 lipca 2004 r., sygn. akt P 2/04; 26 stycznia 2005 r., sygn. akt P 10/04; 20 października 2010 r., sygn. akt P 37/09; 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09). Takie prawo ustawodawcy nie oznacza rzecz jasna arbitralności w stanowieniu przepisów proceduralnych,

przykładowo takich, które ponad miarę, a więc bez wystąpienia istotnych racji, ograniczają prawa procesowe strony (zob. wyroki TK z: 20 października 2010 r., sygn. akt P 37/09; 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09). Wymagane jest choćby zapewnienie sprawiedliwości proceduralnej, która jak wskazuje TK stanowi gwarancję tego, aby prawo do sądu nie było prawem fasadowym (zob. wyroki TK z: 26 lutego 2008 r., sygn. akt SK 89/06; 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt SK 11/07; 20 października 2010 r., sygn. akt P 37/09).

#### **II.4. Analiza merytoryczna**

1. Dla oceny konstytucyjności zaskarżonego przepisu konieczne jest przedstawienie kilku zagadnień, które dotyczą: 1) specyfiki czynności operacyjno-rozpoznawczych, 2) kontroli prokuratora nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, 3) sądowej kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych.

2. Czynności operacyjno-rozpoznawcze nie są prowadzone według procedur określonych w Kodeksie postępowania karnego, chociaż informacje pozyskiwane za ich pomocą stanowią istotny materiał pierwotny, przy czym muszą jeszcze zostać przekształcone w materiał dowodowy z zachowaniem określonych wymogów procesu karnego (A. Żebrowski, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Regulacje prawne*, Kraków 2000, s. 17). Czynności operacyjno-rozpoznawcze są działaniami, które z jednej strony zmierzają do wykonania określonego zadania, z drugiej, do gromadzenia interesujących informacji (np. rozpoznania działalności „karuzeli podatkowych”). „Działania podejmowane przez organy państwa realizujące czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą mieć różnorakie funkcje. W doktrynie wymienia się pośród nich: funkcję rozpoznawczą - polegającą na rozpoznawaniu czynników oraz środowisk kryminogennych i przestępczych, funkcję wykrywczą - związaną z wykrywaniem przestępstw i ich sprawców, funkcję dowodową - sprowadzającą się do udowadniania winy sprawcom przestępstw, funkcję zapobiegawczą - dotyczącą zapobiegania popełnieniu określonych przestępstw lub neutralizowania pewnych zagrożeń” (Z. Niemczyk, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i możliwości wykorzystania ich rezultatów w postępowaniu karnym*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2013, nr 3, s. 6). „[...] przydatność czynności operacyjno-rozpoznawczych w postępowaniu karnym może



być bardzo duża, jednak procesowe wykorzystanie ich rezultatów wymaga zarówno zachowania procedur z ustaw kompetencyjnych na etapie gromadzenia i przekazywania materiału operacyjnego, jak i zastosowania odpowiednich reguł z Kodeksu postępowania karnego w momencie przekształcania go w materiał procesowy. Z jednej strony niezbędne jest bowiem stwierdzenie, że do uzyskania i utrwalenia materiału operacyjnego doszło w sposób odpowiadający ustawowym rygorom, właściwym dla różnych kategorii zagrożeń porządku prawnego, w związku z którymi czynności te są podejmowane, z drugiej zaś ujawnienie dokumentacji operacyjnej w procesie karnym może nastąpić jedynie wtedy, gdy nie dojdzie do naruszenia zakazów dowodowych i innych rygorów procesowych zawartych w przepisach Kodeksu postępowania karnego” (*ibidem*, s. 22; zob. A. Taracha, *Czynność operacyjno-rozpoznawcze aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 28 i n.).

Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że czynności operacyjno-rozpoznawcze mają charakter nieprocesowy, co „ogranicza kontrolę sądową nad ich przebiegiem. Czynności operacyjno-rozpoznawcze «praktyka służby śledczej ukształtowała jako czynności uzupełniające lub wykonawcze w stosunku do czynności procesowych i zadań postępowania przygotowawczego» (tak L. Szaff, *O niektórych problemach dotyczących zakresu postępowania przygotowawczego*, «Nowe Prawo» nr 12/1957). Pozaprocessowy charakter jest ich cechą istotną (B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 1983, s. 23). Czynności operacyjno-rozpoznawcze nie są prowadzone «według określonych procedur zawartych w kodeksie postępowania karnego», chociaż informacje pozyskane w ten sposób «stanowią istotny materiał pierwotny, to jednak muszą być przekształcone w materiał dowodowy z zachowaniem wymogów procesu karnego» (A. Żebrowski *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Regulacje prawne*, Kraków 2000, s. 17). Bezpośrednie wykorzystanie rezultatów czynności operacyjnych w procesie jest wykluczone jako «wykorzystanie owoców zatrutego drzewa». Istotną cechą czynności operacyjnych jest również ich poufny lub tajny charakter (T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1998, s. 130), co stanowi przesłankę skuteczności, ale jednocześnie powoduje, że zainteresowany, nie wiedząc o prowadzonej wobec niego kontroli operacyjnej, nie jest w stanie, z przyczyn czysto faktycznych, uruchomić procedur i gwarancji, których wykorzystanie jest zależne od jego wiedzy i inicjatywy. Wspomniane czynności prowadzone są poza procesem, lecz charakteryzuje je

związek z procesem karnym i jego celami, gdyż «zazwyczaj służą aktualnym bądź przyszłym celom tego procesu» oraz zapobieganiu lub zwalczaniu przestępczości, czy też «innych prawnie określonych negatywnych zjawisk społecznych» (*ibidem*), a ponadto służą «uzyskiwaniu informacji istotnych dla realizacji związanych z bezpieczeństwem i porządkiem publicznym zadań państwowych» (J. Widacki [red.], *Kryminalistyka*, Warszawa 2002, s. 110). Są to czynności tajne, a jednocześnie nieformalne, lecz wykonywane przez służby państwowe, w szczególnym momencie «gdy podejrzenie popełnienia przestępstwa jest jeszcze bardzo nikłe lub mające na celu zapobieżenie przestępstwu» (S. Waltoś, *Podstawy prawa i procesu karnego*, Warszawa 1999, s. 221). Czynności te oparte są na prawie regulującym zasady funkcjonowania organów ścigania, a więc często podstawą ich dokonania są normy kompetencyjne (M. Krystnicki, H. Kwiatkowska, *Komentarz do ustawy o Inspekcji Celnej*, Warszawa 1998, s. 54). Co więcej, istotne szczegóły takiej działalności «zostały określone w przepisach instrukcyjnych przez poszczególne organy, w ramach których dane służby funkcjonują [...] przepisy te mają charakter niejawni, to one określają metody i środki działania, jakie mogą być stosowane w trakcie realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych» (A. Żebrowski, *op.cit.*, s. 18). Czynności operacyjno-rozpoznawcze spełniają funkcje: rozpoznawcze, wykrywcze, kierunkujące późniejsze udowodnienie, weryfikujące uprzednie ustalenia, zapobiegawcze (profilaktyczne), ochronne, zabezpieczające (T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1998, s. 131). Czynności operacyjno-rozpoznawcze jako zespół prawnie określonych w oparciu o wiedzę kryminalistyczną niejawnych działań prowadzonych poza procesem karnym i administracyjnym celem wykrycia, rozpoznawania i utrwalania przestępczej działalności (A. Żebrowski, *op.cit.*, s. 16) są konieczną koncesją na rzecz skutecznego zwalczania przestępczości, wiążącą się jednakowoż z ograniczeniem gwarancji dla jednostki, korzystającej z prawa do prywatności i autonomii informacyjnej. Wynika to z pozaprocesowego (pozbawionego wpływu sądu) oraz tajnego i nieformalnego charakteru czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki, nawet te, na które zezwalają ustawy, muszą jednak odpowiadać zakresowo, przedmiotowo i co do sposobu – temu, co mówi sama Konstytucja określająca margines regulacyjny ustawodawcy zwykłego – w momencie gdy zezwala mu poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze na wkroczenie w sferę praw i wolności regulowanych konstytucyjnie. Margines ten

określają z jednej strony wspomniane już szczególne regulacje konstrukcyjnie wmontowane w regulacje dotyczące poszczególnych konstytucyjnych praw podmiotowych (np. we wspomnianych już art. 49 i art. 51 Konstytucji), a nadto ogólna klauzula proporcjonalności, wskazana w art. 31 ust. 3 Konstytucji. [...] W ustroju demokratycznym przywiązuje się wagę do sądowej kontroli zasadności podejmowania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Mimo pozornej doskonałości tej postaci kontroli, w praktyce, rola sądu podlega tu zasadniczym ograniczeniom ze względu na informacyjną przewagę podmiotu podejmującego czynności operacyjno-rozpoznawcze. Prowadzone czynności operacyjne mają wszak charakter tajny, co oznacza ochronę tożsamości informatorów i zakaz ujawniania materiałów operacyjnych (chyba że zostaną ujawnione w trakcie procesu i stosownie do jego reguł; wtedy jednak stają się one materiałem dowodowym, którym nie są jako materiały operacyjne). Sąd wyrażający zgodę na podjęcie kontroli operacyjnej sam nie ma pełnej wiedzy o doniosłości i sprawdzalności wszelkich przesłanek niezbędności zastosowania tej kontroli. Jednakże po pierwsze, legalizacja kontroli operacyjnej poprzez sądy prowadzi do stosunkowo łatwo sprawdzalnej skali prowadzonych działań operacyjnych (policzalność). Pod drugie, utrudnia manipulacje celami kontroli – cel deklarowany przy uzyskiwaniu legalizacji nie tylko oznacza nadanie całej operacji ram, wyznaczonych przez ten cel (ograniczenie zakresu kontroli przez wskazanie jej celu, weryfikowanego przez sąd), ale zarazem utrudnia manipulację celami kontroli” (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

Na tej podstawie należy przyjąć, że sąd konstytucyjny aprobuje sytuację, w której rola sądu w postępowaniu dotyczącym zarządzenia kontroli operacyjnej podlega pewnym ograniczeniom co wynika ze specyfiki kontroli operacyjnej, przy czym „procedury kontrolne (co do celu i zakresu kontroli operacyjnej) muszą być rygorystyczne i efektywne. Należy także zaznaczyć, że ograniczenie czy nawet wyłączenie sądowej kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych nie musi samo przez się świadczyć o naruszeniu standardu demokratycznego państwa prawa” (*ibidem*).

Czynności operacyjno-rozpoznawcze „[...] służą nie tylko celom wykrywczym (a więc w pewnym zakresie także dowodowym), ale także profilaktycznym oraz celom rozpoznawczym. W związku z tym, faktyczna postawa podjęcia działań operacyjnych będzie znacznie szersza, a kryteria oceny informacji inicjujących czynności operacyjno-rozpoznawcze znacznie łagodniejsze niż przy wszczęciu

postępowania karnego. Wystarczy tu «domysł», «przyzucie» lub «podejrzenie» popełnienia przestępstwa. Należy pamiętać, że czynności operacyjno-rozpoznawcze podejmowane są także w celu zapobieżenia popełnieniu przestępstwa, a więc mogą być podejmowane, gdy przestępstwo nie zostało jeszcze popełnione (znajduje się w fazie niekaralnego przygotowania). Niewątpliwie podstawa wszczęcia postępowania przygotowawczego (określona ustawowo) jest bardziej rygorystyczna niż podstawa czynności operacyjno-rozpoznawczych, które pozostawiają organom ścigania większy luz decyzyjny. Wszelkie próby podnoszenia wymogów tej podstawy należy uznać za błędne, gdyż czynności operacyjno-rozpoznawcze są prowadzone poza postępowaniem karnym” (A. Taracha, *Zasada legalizmu a czynności operacyjno-rozpoznawcze* [w:] *Zasada legalizmu w procesie karnym. Tom 2*, red. B. Dudzik, J. Kosowski, E. Kruk, I. Nowikowski, Lublin 2015, s. 327).

Ponadto należy podkreślić, że to kontrola operacyjna należy do najskuteczniejszych metod uzyskiwania informacji dotyczących działalności osób podejrzewanych o popełnianie przestępstw przeciwko obowiązkom podatkowym stanowiącej zagrożenie dla finansów publicznych (zob. J. Binda, R. Bełdzikowski, *Przestępczość podatkowa i oszustwa finansowe zagrożeniem dla finansów publicznych w Polsce*, „Zeszyty Naukowe WSFiP” 2014, nr 3, s. 117, 130).

3. Kontrola czynności operacyjno-rozpoznawczych polega na „[...] ustaleniu istniejącego oraz pożądanego stanu rzeczy, określanego przez odpowiednie wzorce czy normy postępowania, następnie zaś ich porównaniu i zaznaczeniu różnic, a wreszcie na ustaleniu przyczyn tych różnic i sformułowaniu zaleceń w celu usunięcia niepożądanych zjawisk, te niejawne czynności organów państwa z pewnym trudem będzie można objąć wnikliwym sprawdzeniem. W zasadzie, nie naruszając wymogów ochrony szczegółowych celów i zadań podejmowanych przez daną służbę operacyjną w określonej procedurze, zaangażowanych w nią osób oraz szczegółowych metod oddziaływania na osoby, trudno wyobrazić sobie zakres zewnętrznej ingerencji, nawet gdyby polegać ona miała tylko na pozyskaniu informacji o procedurze operacyjnej (S. Zalewski, *Zakres czynności operacyjno-rozpoznawczych służb państwowych oraz formy kontroli nad nimi* [w:] *Jawność i jej ograniczenia. Tom IX. Zadania i kompetencje*, red. B. Szmulik, Warszawa 2015, s. 142). Ponadto poddawanie czynności operacyjno-rozpoznawczych zewnętrznej kontroli zwiększa obiektywnie dostęp osób niezaangażowanych w prowadzenie tych

czynności do ich treści (np. tożsamości osób poddanych kontroli, czy udzielających pomocy służbom). Jak słusznie ustalił Sławomir Zalewski „Może to prowadzić do narażenia na szwank celów działalności niejawniej organów państwa, dla których została ona podjęta. Te oczywiste kwestie muszą być zawsze brane pod uwagę przy projektowaniu zakresu kontroli zewnętrznej” (*ibidem*, s. 141).

Szczególny charakter kontroli operacyjnej przejawia się również w przyjętym w ustawie o KAS trybie jej zarządzania, która zakłada udział Prokuratora Generalnego oraz Sądu Okręgowego w Warszawie (dalej: sąd, SO w Warszawie). Celem takiego rozwiązania jest potrzeba zabezpieczenia konstytucyjnych praw podmiotów, wobec których miałyby być stosowana kontrola operacyjna. W myśl art. 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1767, ze zm.) prokuratura stoi na straży praworządności. Funkcję tą realizuje poprzez m.in.: podejmowanie środków przewidzianych prawem, zmierzających do prawidłowego i jednolitego stosowania prawa w postępowaniu sądowym, administracyjnym, w sprawach o wykroczenia oraz w innych postępowaniach przewidzianych przez ustawę, koordynowanie działalności w zakresie ścigania przestępstw lub przestępstw skarbowych, prowadzonej przez inne organy państwowe, współdziałanie z organami państwowymi, państwowymi jednostkami organizacyjnymi i organizacjami społecznymi w zapobieganiu przestępczości i innym naruszeniom prawa oraz podejmowanie innych czynności określonych w ustawach.

Prokurator Generalny kreowany jest normatywnie jako „strażnik” praworządności, tj. podmiot czuwający nad prawidłowym – zgodnym z prawem – działaniem organów państwowych (M. Wielec, *Udział prokuratora w postępowaniu administracyjnym jako wyraz ochrony praworządności [w:] Zagadnienia nadzoru i kontroli organów władzy publicznej w Polsce. Tom I*, red. M. Konarski, M. Woch, Warszawa 2012, s. 94). Zadania Prokuratora Generalnego w zakresie ochrony praworządności w procedurze zarządzania kontroli operacyjnej polegają na: udzieleniu (lub odmowie udzielenia) wstępnej zgody na kontrolę, udzieleniu (lub odmowie udzielenia) kolejnej zgody na przedłużenie kontroli, udzieleniu (lub odmowie udzielenia) zgody na kontrolę w tzw. trybie niecierpiącym zwłoki, udziale w rozpoznawaniu wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej przez sąd, sporządzaniu wniosku o zgodę następczą, żądaniu informacji o przebiegu i wynikach kontroli, otrzymywaniu materiałów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, a także

przedstawianiu Sejmowi i Senatowi corocznych informacji o łącznej liczbie osób, wobec których został skierowany wniosek o zarządzenie kontroli i utrwalania rozmów lub wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej, ze wskazaniem liczby osób, co do których: 1) sąd zarządził kontrolę i utrwalanie rozmów lub kontrolę operacyjną, 2) sąd odmówił zarządzenia kontroli i utrwalania rozmów lub kontroli operacyjnej, 3) wniosek o kontrolę operacyjną nie uzyskał zgody prokuratora.

W ocenie Sejmu wyrażenie zgody na wystąpienie z wnioskiem przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej (dalej: Szef KAS) o zarządzenie kontroli operacyjnej jest jednym z narzędzi skutecznej ochrony praworządności. Prokurator Generalny stojący na czele prokuratury odpowiedzialnej za czuwanie nad praworządnością daje rękojmię dochowania ustawowych przesłanek zarządzenia kontroli operacyjnej. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 lutego 2017 r. w sprawie sposobu realizacji czynności prokuratora w ramach kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi (Dz. U. poz. 292, ze zm.; dalej: rozporządzenie z 13 lutego 2017 r.) precyzuje, że kontrola prokuratora nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi określonymi w przepisach, o których mowa w § 1 [m.in. art. 118, art. 119 oraz art. 120 ustawy o KAS – uwaga własna] jest sprawowana w szczególności przez badanie faktycznych podstaw tych czynności oraz ich legalności, prawidłowości i efektywności.

Zakres kontroli prokuratorskiej jest ujęty bardzo szeroko, obejmuje on analizę i ocenę wniosków Szefa KAS uwzględniając w szczególności: „1) faktyczną i prawną podstawę stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, w związku z którymi złożono wniosek, informację lub zawiadomienie, oraz analizę danych wymienionych w ich treści; 2) dopuszczalność stosowania środków technicznych z uwagi na rodzaj, miejsce i sposób ich wykorzystania; 3) zakres i sposób przeprowadzenia czynności; 4) okres, przez jaki czynności operacyjno-rozpoznawcze mają być lub były stosowane; 5) niezbędność planowanych lub wykonywanych czynności oraz bezskuteczność lub nieprzydatność innych środków; 6) sposób dokumentowania czynności pod względem przydatności ich wykorzystania na potrzeby postępowania karnego; 7) terminowość zarządzenia i wykonania zarządzenia o zniszczeniu materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemających znaczenia dla toczącego się postępowania karnego” (§ 3 ust. 1 pkt 1-7 rozporządzenia z 13 lutego 2017 r.). Tak zakrojona kontrola jest realizowana przez Prokuratora Generalnego w przypadku, gdy podstawą prawną

o zarządzenie kontroli operacyjnej jest ustawa o KAS. Ponadto Prokurator Generalny może, w ramach sprawowanej przez siebie kontroli, zwrócić się do uprawnionego organu o uzupełnienie, w określonym zakresie i w wyznaczonym przez siebie terminie, przedłożonego wniosku, informacji lub zawiadomienia. Takie rozwiązanie jest aprobowane w doktrynie. Zdaniem Jarosława Onyszczyka: „Należy bardzo pozytywnie odnieść się do tej regulacji, albowiem ułatwia przeprowadzenie rzetelnej oceny wniosku, a w przypadku niewłaściwie przeprowadzonej selekcji materiałów albo występujących braków pozwala na uzyskanie dodatkowych informacji, które nie będą powodowały konieczności wydania decyzji odmownej” (J. Onyszczyk, *Nadzór prokuratora nad kontrolą operacyjną*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7-8, s. 212).

3. Sądową kontrolę w relacji do działań KAS (z wykorzystaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych) należy postrzegać przez pryzmat prawnie chronionych wolności i praw jednostki, które są jednym z filarów demokracji konstytucyjnej. Tam, gdzie powszechnie obowiązujące przepisy prawa wskazują kompetencje służb względem obywatela, występuje kontrolna rola niezawisłego sądu (S. Zalewski, *Służby specjalne – programowanie, nadzór, koordynacja*, Warszawa 2003, s. 214; zob. M. Bartnik, *Sądowa kontrola nad służbami specjalnymi w Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Z zagadnienie nadzoru i kontroli organów władzy publicznej w Polsce. Tom V*, red. M. Konarski, M. Woch, Warszawa 2015, s. 59 i n.). Przyjęty w ustawie o KAS model procedury zarządzania kontroli operacyjnej przewiduje udział SO w Warszawie, który zasadniczo sprowadza się do: zarządzenia lub odmowie zarządzenia kontroli operacyjnej, zapoznania się z materiałami uzasadniającymi wnioski o zastosowanie kontroli (w pierwszym, jak i kolejnych etapach), wydania postanowienia o przedłużaniu kontroli na kolejne oznaczone okresy. Nie ulega wątpliwości, że sądowa kontrola wniosku jest kontrolą nie tylko formalną, ale też materialną. Sąd ma obowiązek ocenić, czy w konkretnym przypadku spełnione zostały wymogi ustawowe zastosowania tej czynności, a nie tylko, czy wniosek odpowiada warunkom formalnym. W pierwszej kolejności sąd rozpatrujący wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej zobowiązany jest do dokonania ustaleń co do spełnienia ustawowych przesłanek uzasadniających jej zarządzenie. Chodzi tutaj w szczególności o ustalenie: 1) czy kontrola operacyjna, o której zarządzenie zwrócił się do sądu Szef KAS, ma na celu wykrycie, ustalenie sprawców oraz uzyskanie

i utrwalenie dowodów przestępstw enumeratywnie wymienionych w art. 118 ust. 1 ustawy o KAS; 2) czy istnieje pisemna zgoda Prokuratora Generalnego za zarządzenie kontroli operacyjnej; 3) czy stosowane inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne (por. D. Drajewicz, *Zgoda następcza sądu na stosowanie kontroli operacyjnej*, „Prokuratura” 2009, nr 1, s. 92). Należy podkreślić, że ostateczna ocena czy dane środki okazały się bezskuteczne bądź też będą nieprzydatne, należy wyłącznie do sądu. Ponadto ustawodawca, przyznając sądowi kompetencję w postaci zarządzenia kontroli operacyjnej, posługuje się sformułowaniem „może”, co przesądza o fakultatywnym charakterze decyzji sądowej i jednocześnie wzmacnia swobodę orzeczniczą sądu w omawianym zakresie. Warto również pokreślić, iż wyłącznie sąd może stwierdzić, czy przedstawione przez Szefa KAS, materiały uzasadniają potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej. Innymi słowy, Szef KAS ubiegający się o zarządzenie kontroli operacyjnej powinien przedłożyć wniosek z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, które kategorycznie przekonają sąd do wydania postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej. W przeciwnym wypadku, sąd może odmówić jego uwzględnienia.

Istotną kwestią pozostaje również fakt, że sąd rozpoznaje wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej na posiedzeniu, w którym może wziąć udział wyłącznie Prokurator Generalny lub upoważniony przez niego prokurator oraz przedstawiciel Szefa KAS. Wobec tego należy przyjąć, że w przypadku powzięcia przez sąd wątpliwości co do zasadności wniosku o zarządzenie kontroli ma on możliwość zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w kwestiach wynikających ze sposobu sformułowania wniosku, kompletności i klarowności opisu okoliczności uzasadniających potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, jak również co do samych materiałów załączonych do wniosku. Dzięki temu możliwe jest właściwe ustalenie relacji pomiędzy okolicznościami faktycznymi sprawy wynikającymi z dołączonych do wniosku materiałów a tezą o bezskuteczności lub nieprzydatności środków innych niż kontrola operacyjna.

4. Mając na uwadze poczynione wyżej ustalenia, Sejm wnosi o uznanie, że art. 118 ust. 2 ustawy o KAS w zakresie, w jakim ogranicza przekazanie właściwemu sądowi materiałów jedynie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej, **jest zgodny** z art. 45 ust. 1 Konstytucji.



### **III. Doręczenie osobie poddanej kontroli operacyjnej postanowienia o zastosowaniu tej kontroli (pkt 2 *petitum* wniosku RPO)**

#### **III.1. Przedmiot kontroli**

1. Artykuł 118 ust. 16 ustawy o KAS: „Na postanowienia Sądu, o których mowa w:

- 1) ust. 1, 3, 6 i 7 – zażalenie przysługuje Szefowi Krajowej Administracji Skarbowej;
- 2) ust. 3 – zażalenie przysługuje Prokuratorowi Generalnemu”.

2. Zgodnie z pkt 2 *petitum* wniosku Rzecznik zaskarżył wskazany przepis w zakresie, w jakim nie przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej możliwości zaskarżenia postanowienia sądu okręgowego w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej przez podmiot, wobec którego zarządzono kontrolę operacyjną.

Następnie w uzasadnieniu wnioskodawca wskazuje, że: „Kontroli konstytucyjnej [...] powinien zostać także poddany przepis objęty pkt 3 [powinien być wskazany „pkt 2” – uwaga własna] *petitum* niniejszego wniosku w zakresie, w jakim nie przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej i ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania doręczenia postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola była stosowana, a w konsekwencji prawa do wniesienia przez tę osobę zażalenia na to postanowienie” (wniosek RPO, s. 5).

#### **III.2. Zarzuty wnioskodawcy**

Przepisowi wymienionemu w pkt 2 *petitum* swojego wniosku Rzecznik zarzuca, że prowadzi do sytuacji w której „Podmiot, wobec którego zastosowano kontrolę operacyjną nie ma [...] możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu okręgowego zarządzające lub przedłużające kontrolę. Taki stan prawny musi wzbudzać niepokój, w szczególności, że sąd decyduje w istocie rzeczy o zarządzeniu czynności, które wkraczają w podstawowe prawa i wolności obywatelskie” (wniosek RPO, s. 6).

Odwołując się do poglądów prezentowanych w piśmiennictwie prawniczym, wnioskodawca wyraża przekonanie, że „po zakończonej kontroli operacyjnej, obywatel powinien mieć prawo do złożenia zażalenia na decyzję sądu w zakresie

przeprowadzonych względem niego czynności operacyjnych. Z tym uprawnieniem wiązać się powinna konieczność każdorazowego poinformowania obywatela o przeprowadzonych wobec niego czynnościach operacyjnych (po ich zakończeniu). Zgodnie [...] z obecnie obowiązującym stanem prawnym, obywatel nie jest informowany o zarządzanej wobec niego kontroli operacyjnej” (*ibidem*, s. 8).

Wnioskodawca ponadto podkreśla, że zgodnie z art. 240 Kodeksu postępowania karnego „Na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych przysługuje zażalenie. Osoba, której dotyczy postanowienie, może w zażaleniu domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Zażalenie na postanowienie prokuratora rozpoznaje sąd”. Zdaniem Rzecznika: „Z punktu widzenia jednostki [...] nie ma różnicy czy ingerencja państwa, np. w prawo do prywatności nastąpiła w skutek kontroli procesowej czy kontroli operacyjnej, istotny jest sam fakt takiej ingerencji, ale również przyznane jednostce środki, gwarantujące możliwość skutecznej ochrony naruszonych praw i wolności. Możliwość złożenia zażalenia jest jednak uwarunkowana posiadaniem przez jednostkę wiedzy w zakresie przeprowadzonych wobec niej czynności operacyjnych” (*ibidem*).

W przekonaniu wnioskodawcy: „jednostka powinna mieć zagwarantowane skuteczne środki kontroli zasadności i legalności stosowanych przez KAS czynności operacyjnych. Jest to tym bardziej usprawiedliwione, że działania prowadzone są niejawnie, co może przyczyniać się do arbitralnych działań służb” (*ibidem*, s. 10-11). Zdaniem Rzecznika „[...] w relacji łączącej obywatela i służby, to obywatel jest na nieporównywalnie słabszej pozycji. [...] ustawodawca w istocie rzeczy pozostawił jednostkę bez możliwości skutecznych narzędzi, mogących zagwarantować mu ochronę konstytucyjnych praw i wolności (*ibidem*, s. 12).

### **III.3. Analiza formalnoprawna**

1. Rzecznik zakwestionował brak regulacji nakazującej doręczenie osobie, wobec której prowadzono kontrolę operacyjną postanowienie SO w Warszawie w przedmiocie owej kontroli i w konsekwencji przesądza to o niedopuszczalności wniesienia przez tą osobę zażalenia w przedmiocie kontroli operacyjnej. Brak tego doręczenia przesądza – zdaniem RPO – o niedopuszczalności wywiedzenia przez osobę (wobec której zarządzono przeprowadzenie kontroli operacyjnej) środka

zaskarżenia i sądowego zweryfikowania legalności oraz zasadności kontroli operacyjnej. Innymi słowy, w kwestionowanym przepisie przez wnioskodawcę brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, mogą one budzić wątpliwości dotyczące konstytucyjności.

2. Trybunał Konstytucyjny dopuszcza w swoim orzecznictwie orzekanie odnośnie do tzw. pominięcia ustawodawczego, odróżniając je od niepodlegającego kognicji sądu konstytucyjnego zaniechania ustawodawczego.

W odniesieniu do wskazanej problematyki Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 2 grudnia 2014 r. stwierdził, że: „W świetle art. 188 Konstytucji, rolą Trybunału Konstytucyjnego jest przede wszystkim badanie istniejących norm prawnych («tego, co prawodawca unormował»). Ze względu na założenie o zupełności systemu prawa oraz konieczność zapewnienia skuteczności przepisów konstytucyjnych, dopuszczalne jest także kontrolowanie przez Trybunał Konstytucyjny, czy w badanych aktach prawnych nie brakuje pewnych elementów, koniecznych z punktu widzenia Konstytucji (a więc «tego, czego ustawodawca nie unormował», choć był do tego zobowiązany przez ustawę zasadniczą – por. orzeczenie z 3 grudnia 1996 r., sygn. K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52).

Ze względu na niebezpieczeństwo związane z korzystaniem z tej możliwości (ryzyko wkroczenia przez Trybunał Konstytucyjny w uprawnienia władzy ustawodawczej, wbrew jego ustrojowej roli «negatywnego ustawodawcy» – por. w szczególności wyrok z 19 listopada 2001 r., sygn. K 3/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 251 oraz liczne postanowienia wydane na etapie wstępnej kontroli skarg konstytucyjnych, np. postanowienie z 31 lipca 2014 r., sygn. Ts 240/13, niepubl.), podlega ona szczególnym rygorom. Kognicja Trybunału Konstytucyjnego ogranicza się wyłącznie do tzw. pominięć prawodawczych, które mogą polegać na brakach proceduralnych (np. niezapewnieniu sądowej ochrony praw konstytucyjnych – por. wyrok z 22 października 2013 r., sygn. SK 14/13, OTK ZU nr 7/A/2013, poz. 100) albo – co w praktyce jest bardziej kontrowersyjne – materialnoprawnych (np. zbyt wąskiego i arbitralnego zakresu przesłanek realizacji praw konstytucyjnych – por. wyrok z 16 grudnia 2009 r., sygn. K 49/07, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 169). Nie obejmuje ona natomiast luk innego rodzaju – tzw. zaniechań prawodawczych.

Podział nieistniejących regulacji prawnych na zaniechania i pominięcia prawodawcze pojawił się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jeszcze przed wejściem w życie obecnej Konstytucji (por. wspomniane orzeczenie o sygn. K 25/95 oraz wyrok z 6 maja 1998 r., sygn. K 37/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 33, podtrzymujący tę linię orzecznictwa po uchwaleniu Konstytucji z 1997 r.). Jest on powszechnie stosowany także w najnowszych judykatach (por. np. obszernie podsumowanie dotychczasowego orzecznictwa w wyrokach z: 13 czerwca 2011 r., sygn. SK 41/09, OTK ZU nr 5/A/2011, poz. 40 i 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11, OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 119). Nie zmienia to jednak faktu, że zakwalifikowanie określonych sytuacji do jednej z tych dwóch kategorii w praktyce często bywa trudne (co zresztą przyznaje sam Trybunał Konstytucyjny – por. np. postanowienie z 11 grudnia 2002 r., sygn. SK 17/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 98), pomimo prób ustalenia jednoznacznych kryteriów pozwalających na ich odróżnienie.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, punktem wyjścia dla oceny, czy rozwiązanie postulowane przez podmiot inicjujący postępowanie stanowi zaniechanie, czy pominięcie ustawodawcze, powinno być zbadanie, czy materie pozostawione poza zakresem danego przepisu i materie w nim unormowane wykazują «jakościową tożsamość» (albo przynajmniej daleko idące podobieństwo, por. wspomniane orzeczenie o sygn. K 25/95, a z najnowszego orzecznictwa np. wyroki z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK 48/13, OTK ZU nr 4/A/2014, poz. 40 i 3 czerwca 2014 r., sygn. K 19/11, OTK ZU nr 6/A/2014, poz. 60). Na tej podstawie można ustalić zakres bezczynności regulacyjnej ustawodawcy i rodzaj luki prawnej poddanej ocenie Trybunału Konstytucyjnego. Całkowity brak regulacji danej kwestii (jej jakościowa odmiennność od materii unormowanych w zaskarżonym przepisie) traktowany jest jako zaniechanie ustawodawcze (w doktrynie zwane także zaniechaniem właściwym albo absolutnym), nie podlegające kontroli Trybunału. Jej uregulowanie w sposób niepełny (niewystarczający, niekompletny, przy założeniu jakościowej tożsamości brakujących elementów z elementami ujętymi w zaskarżonym przepisie) stanowi zaś pominięcie prawodawcze (zwane także zaniechaniem względnym albo częściowym). Może ono być badane przez Trybunał – jednak tylko wtedy, gdy na poziomie Konstytucji istnieje «norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej» (postanowienie z 1 marca 2010 r., sygn. SK 29/08, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 29), czyli w danym

obszarze obowiązuje konstytucyjny nakaz uregulowania kwestii pominiętych w określony sposób.

Pomocniczym kryterium stosowanym niekiedy do odróżnienia zaniechania od pominięcia ustawodawczego jest przesłanka celowego i świadomego działania prawodawcy (ustawodawcy): jeżeli dane rozwiązanie zostało w zamierzony sposób pozostawione poza zakresem regulacji, należy je kwalifikować jako zaniechanie ustawodawcze (por. np. wyrok z 8 września 2005 r., sygn. P 17/04, OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 90). Wystąpienie pominięć prawodawczych jest natomiast bardziej prawdopodobne w wypadku regulacji sprawiających wrażenie przypadkowych (np. pozostawionych z poprzedniej wersji przepisu), absurdalnych albo oczywiście dysfunkcyjnych (por. np. wyrok z 13 listopada 2007 r., sygn. P 42/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 123).

Zastosowanie powyższych reguł podlega jeszcze dalszym obostrzeniom.

Ze względu na wyjątkowy charakter badania przez Trybunał Konstytucyjny pominięć prawodawczych, ewentualne wątpliwości co do zakwalifikowania konkretnych sytuacji należy zawsze rozstrzygać na korzyść zaniechań ustawodawczych («co do zasady brak regulacji oznacza, że mamy do czynienia z zaniechaniem ustawodawczym» – por. np. postanowienie z 10 października 2012 r., sygn. Ts 38/12, OTK ZU nr 6/B/2012, poz. 535).

Przy ocenie «jakościowej tożsamości» materii pominiętych i unormowanych w zaskarżonym przepisie konieczna jest daleko posunięta ostrożność: «zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieunormowanych z tymi, które znalazły swoją wyraźną podstawę w treści badanego przepisu, grozi bowiem każdorazowo postawieniem zarzutu o wykraczanie przez Trybunał Konstytucyjny poza sferę kontroli prawa i uzurpowanie sobie uprawnień o charakterze prawotwórczym» (powołane postanowienie o sygn. SK 17/02).

Skuteczne zakwestionowanie pominięcia prawodawczego wymaga od podmiotu inicjującego postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym także wyjątkowej staranności i zaangażowania. Jak stwierdzono we wspomnianym już wyroku o sygn. K 3/00, «postawione zarzuty muszą być precyzyjne i nie mogą polegać na wskazaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby wnioskodawcę. Gdyby istniała możliwość zaskarżenia przepisu pod zarzutem, iż nie zawiera on regulacji, które w przekonaniu wnioskodawcy winny się w nim znaleźć, każdą ustawę lub dowolny jej przepis można byłoby zaskarżyć

w oparciu o tego rodzaju przesłankę negatywną. Gdyby ustawodawca uznał za celowe takie ukształtowanie kompetencji Trybunału Konstytucyjnego, zawarłby stosowną normę w Ustawie Zasadniczej [...]». Dotyczy to w szczególności autorów skarg konstytucyjnych: «Sformułowanie zarzutu pominięcia prawodawczego [w skardze konstytucyjnej] wymaga [...] wykazania związku zachodzącego między treścią przepisu a sposobem naruszenia konstytucyjnych wolności lub praw. [...] Skarżący nie może domagać się jednak wprowadzenia nowego zakresu normowania, byłaby to bowiem skarga konstytucyjna na zaniechanie prawodawcze. Powinien natomiast podnieść, że przepis, którego zakres normowania wykazuje związek ze stawianym przez niego zarzutem, ma zbyt wąski zakres zastosowania. Innymi słowy, skarżący powinien określić normę prawną, która nie znajduje do niego zastosowania, wskazać jej usytuowanie w odpowiedniej jednostce redakcyjnej tekstu prawnego oraz wykazać, że niezastosowanie normy jest wynikiem zbyt wąskiego zakresu jej zastosowania, to z kolei jest źródłem naruszenia jego konstytucyjnych praw» (postanowienie TK z 2 grudnia 2014 r., sygn. akt SK 7/14).

W podsumowaniu uzasadnienia postanowienia z 2 grudnia 2014 r. (sygn. akt SK 7/14) Trybunał stwierdził, że aby dopuszczalna była merytoryczna ocena konkretnego zarzutu jako pominięcia ustawodawczego, należy w tym celu: „co najmniej ustalić występowanie:

- jakościowej tożsamości (a przynajmniej – daleko idącego podobieństwa) materii pominiętej w zaskarżonym przepisie i materii w niej uwzględnionej i (równocześnie)
- konstytucyjnego nakazu uregulowania kwestii pominiętych konkretnie w sposób wskazany przez [autora wniosku – uwaga własna] [...], a dodatkowo ewentualnie także
- przypadkowości (bezrefleksyjności) decyzji ustawodawcy co do pominięcia w zaskarżonym przepisie materii wskazanej przez skarżących (ta ostatnia okoliczność nie może jednak samoistnie przesądzać o dopuszczalności wydania wyroku)».

3. Należy zwrócić uwagę, że zarzut wnioskodawcy polega na dostrzeżeniu braku obligatoryjnego informowania osoby, wobec której prowadzono czynności operacyjno-rozpoznawcze, o zakończeniu kontroli operacyjnej. Wynikające z zakwestionowanego przepisu uprawnienie do wniesienia środka zaskarżenia jest

wtórne wobec ogólnych zasad prowadzenia kontroli operacyjnej (w tym również podmiotów zaangażowanych w jej stosowanie oraz informowanych o jej przebiegu). Podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca przewidział środki odwoławcze od postanowień SO w Warszawie w: przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej (art. 118 ust. 1 ustawy o KAS), sprawie zarządzenia kontroli operacyjnej w przypadkach niecierpiących zwłoki (art. 118 ust. 3 ustawy o KAS), w przedmiocie jednorazowego przedłużenia kontroli operacyjnej (art. 118 ust. 6 ustawy o KAS), przedmiocie przedłużenia kontroli operacyjnej o kolejne okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy (art. 118 ust. 7 ustawy o KAS). Treść przepisów ustawy o KAS (dotyczących kontroli operacyjnej) jednoznacznie przesądza, że dotyczą one materii zaskarżalności decyzji podejmowanych jeszcze przed rozpoczęciem kontroli operacyjnej (bądź w trakcie jej trwania), a nie materii zaskarżalności decyzji o zarządzaniu kontroli operacyjnej po jej zakończeniu przez osobę, wobec której kontrola była zarządzona. Na tej podstawie należy przyjąć, że materia uwzględniona w zaskarżonym przez wnioskodawcę przepisie nie jest jakościowo tożsama z materia, która RPO ocenił jako w tych przepisach pominiętą. Ponadto należy wskazać, że instytucji dotyczących informowania osoby wobec której dokonywano czynności operacyjno-rozpoznawczych o przeprowadzonej kontroli operacyjnej oraz przyznania jej prawa do zainicjowania kontroli postanowienia sądu nie można od siebie odseparować bez rozerwania logicznego i normatywnego *iunctim*. Wobec tego nie powinno budzić wątpliwości, że kontrola instancyjna wymaga poprzedzającego ją uprawnienia do powzięcia informacji o fakcie wydania i treści decyzji procesowej stanowiącej substrat zaskarżenia. Natomiast brak uregulowania tej ostatniej kwestii będzie stanowił zaniechanie ustawodawcze, które nie podlega kognicji Trybunału (zob. wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

4. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia należy przyjąć, iż postępowanie w sprawie kontroli zgodności art. 118 ust. 16 ustawy o KAS w zakresie, w jakim nie przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej możliwości zaskarżenia postanowienia sądu okręgowego w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej przez podmiot, wobec którego zarządzono kontrolę operacyjną, z art. 45 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji podlega **umorzeniu** na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy

z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072; dalej: ustawa o TK).

#### **IV. Maksymalny czas trwania kontroli operacyjnej (pkt 3 *petitum* wniosku RPO)**

##### **IV.1. Przedmiot kontroli**

1. Artykuł 118 ust. 7 ustawy o KAS: „W 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 Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 6, wydawać kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy”.

2. Zgodnie z pkt 3 *petitum* wniosku Rzecznik zaskarżył wskazany przepis w zakresie, w jakim umożliwia przedłużenie kontroli operacyjnej na następujące po sobie dalsze okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy, co oznacza możliwość prowadzenia kontroli operacyjnej przez 18 miesięcy.

##### **IV.2. Zarzuty wnioskodawcy**

W przekonaniu wnioskodawcy: „określony w przepisach ustawy o KAS czas prowadzenia czynności z zakresu kontroli operacyjnej przekracza ramy konieczne w demokratycznym państwie prawa” (wniosek RPO, s. 15). Zdaniem Rzecznika: „Możliwość stosowania kontroli operacyjnej przez tak długi okres budzi poważne wątpliwości z perspektywy wolności i praw człowieka” (*ibidem*).

##### **IV.3. Analiza formalnoprawna**

1. Trybunał Konstytucyjny na każdym etapie postępowania jest obowiązany do badania, czy nie zachodzi ujemna przesłanka wydania wyroku, skutkująca obligatoryjnym umorzeniem postępowania (postanowienia TK z: 6 lipca 2004 r.,



sygn. akt SK 47/03; 14 listopada 2007 r., sygn. akt SK 52/06; 10 listopada 2009 r., sygn. akt SK 45/08; 14 grudnia 2011 r., sygn. akt SK 29/09; 28 lutego 2012 r., sygn. akt SK 32/10; 18 czerwca 2013 r., sygn. akt SK 1/12; 28 października 2015 r., sygn. akt P 6/13).

Do wniosku Rzecznika mają zastosowanie przepisy ustawy o TK, a w szczególności art. 46 oraz art. 47. Zgodnie z art. 46 ustawy o TK: „Pismami procesowymi są wnioski, pytania prawne i skargi konstytucyjne, a także inne wnioski i oświadczenia uczestników postępowania, wnoszone do Trybunału w toku postępowania poza rozprawą”. Artykuł 47 przywołanej ustawy, z wyłączeniem nierелеwantnego ust. 3, stanowi: „Wniosek złożony przez podmiot, o którym mowa w art. 191 ust. 1 pkt 1-5 Konstytucji, zawiera: 1) oznaczenie podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku; 2) podanie podstawy prawnej działania podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku; 3) oznaczenie rodzaju pisma procesowego; 4) określenie kwestionowanego aktu normatywnego lub jego części; 5) wskazanie wzorca kontroli; 6) uzasadnienie” (ust. 1); „Uzasadnienie, o którym mowa w ust. 1 pkt 6, zawiera: 1) przywołanie treści kwestionowanego wnioskiem przepisu wraz z jego wykładnią; 2) przywołanie treści wzorców kontroli wraz z ich wykładnią; 3) określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności; 4) wskazanie argumentów lub dowodów na poparcie zarzutu niekonstytucyjności” (ust. 2). Należy ponadto przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny związany jest zarzutami sformułowanymi w piśmie procesowym (wniosku, pytaniu prawnym, skardze konstytucyjnej), pochodzącym od podmiotu uprawnionego do inicjowania postępowania. Niemniej jednak zarzuty te mogą podlegać rozpatrzeniu tylko wtedy, jeżeli zostały należycie uzasadnione. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny: „Przesłanka odpowiedniego uzasadnienia zarzutów nie powinna być traktowana powierzchownie i instrumentalnie. Przytaczane w piśmie procesowym argumenty mogą być mniej lub bardziej przekonujące [...], lecz zawsze muszą być argumentami «nadającymi się» do rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny” (wyrok TK z 19 października 2010 r., sygn. akt P 10/10). Konieczność uzasadnienia zarzutu sformułowanego w piśmie inicjującym postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym wynika z domniemania konstytucyjności norm prawnych oraz z zasady kontrydiktoryjności.

2. Zgodnie z wypowiedziami Trybunału Konstytucyjnego: „Kontrola konstytucyjności ustaw przebiega w oparciu o domniemanie, że badane normy są

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

3. Jak wskazuje Trybunał „przesłanka odpowiedniego uzasadnienia zarzutów w kontekście każdego wzorca kontroli nie powinna być traktowana powierzchownie i instrumentalnie” (wyroki TK z: 19 października 2010 r., sygn. akt P 10/10; 23 października 2012 r., sygn. akt SK 11/12). Powyższe oznacza, że nie wystarczy sformułowanie samej tezy o niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu. Uzasadnienie musi wskazywać precyzyjnie co najmniej jeden argument przemawiający za naruszeniem danego wzorca kontroli. Wymogu tego nie spełniają uwagi nazbyt ogólne, niejasne czy też czynione jedynie na marginesie innych rozważań (zob. np. wyrok TK z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt K 35/11; postanowienie TK z 13 stycznia 2015 r., sygn. akt K 44/13). W opinii Trybunału: „Wobec respektowania generalnej zasady, jaką jest domniemanie konstytucyjności aktu normatywnego, samo wskazanie w *petitum* wzorca kontroli, bez szczegółowego odniesienia się w uzasadnieniu do kwestionowanej regulacji prawnej lub lakoniczne sformułowanie zarzutu niekonstytucyjności nie może zostać uznane za «uzasadnienie postawionego zarzutu, z powołaniem dowodów na jego poparcie» w rozumieniu przepisów regulujących postępowanie przed Trybunałem

Konstytucyjnym. W świetle utrwalonej praktyki orzeczniczej wymóg ten należy rozumieć jako nakaz odpowiedniego udowodnienia zarzutów stawianych w kontekście każdego wskazanego wzorca kontroli” (postanowienie TK z 21 stycznia 2015 r., sygn. akt K 13/13).

4. Wnioskodawca poprzestał na sformułowaniu tezy o niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu z wzorcami kontroli. Natomiast nie opatrzył sformułowanego zarzutu szczegółowym uzasadnieniem, które pozwoliłoby na merytoryczne odniesienie się przez Sejm. Przywołane we wniosku RPO argumenty sprowadzają się do sformułowania o „nieproporcjonalnie długotrwałym stosowaniu kontroli operacyjnej” (wniosek RPO, s. 14) prowadzącym do naruszenia zasady demokratycznego państwa prawnego, w tym w szczególności wynikającej z niej zasady zaufania obywateli do państwa oraz zasady praworządności. W odniesieniu do tej ostatniej zasady za nazbyt lakoniczne należy uznać stwierdzenia wnioskodawcy, iż „Przekazanie obywatelom komunikatu, że mogą być inwigilowani przez służby skarbowe przez osiemnaście miesięcy z pewnością nie buduje relacji zaufania między państwem i obywatelami” (*ibidem*, s. 15). Podobnie ogólny jest pogląd, iż „[...] czas prowadzenia czynności z zakresu kontroli operacyjnej przekracza ramy konieczne w demokratycznym państwie prawa” (*ibidem*).

5. Istotną kwestią pozostaje to, że ustanowienie przepisów dotyczących kontroli operacyjnej można ujmować jako obowiązek ustawodawcy wynikający z art. 5 Konstytucji („Rzeczypospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju”). Na tej podstawie prawodawca zobowiązany jest wyposażyć odpowiednie służby (w tym KAS) powołane do realizowania zadań w zakresie szeroko pojętego bezpieczeństwa publicznego w określone kompetencje realizowane w adekwatnym otoczeniu normatywnym. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego: „[...] brak wyposażenia służb policyjnych oraz służb ochrony państwa w możliwość korzystania ze zdobyczy nowoczesnej techniki, a nawet ich w taką możliwość, lecz w niewystarczającym zakresie, może oznaczać niewywiązywanie się państwa z jego konstytucyjnego zadania strzeżenia niepodległości i nienaruszalności terytorium Rzeczypospolitej,

a także zapewnienia bezpieczeństwa obywateli (art. 5 Konstytucji), czy naruszać zasadę sprawności działania instytucji publicznych (wstęp do Konstytucji). Niekiedy może powodować naruszenie obowiązków wynikający z wiążących Polskę umów międzynarodowych zobowiązujących do współdziałania w walce z międzynarodową przestępczością i terroryzmem” (wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

Z drugiej strony ustawodawca dysponuje w omawianym zakresie swobodą kształtowania i doboru środków służących realizacji wspomnianych wartości konstytucyjnych. W odniesieniu do czasu trwania niejawnego pozyskiwania informacji o jednostce, w tym za pomocą środków kontroli operacyjnej w orzecznictwie Trybunał zwraca uwagę na wymóg określenia maksymalnego terminu po upływie którego takie pozyskiwanie danych jest niedopuszczalne. „Termin ten ma określić ustawodawca tak, aby umożliwił osiągnięcie konstytucyjnie uzasadnionego celu. Nie może być to jednak termin ani nadmiernie długi, ani zbyt krótki, który nie pozwala na efektywną pracę operacyjno-rozpoznawczą” (*ibidem*).

Na tej podstawie należy stwierdzić, iż wnioskodawca powinien przedstawić uzasadnienie krytycznej oceny czasowych ograniczeń prowadzenia kontroli operacyjnej, uwzględniając z jednej strony konieczność stworzenia systemu uprawnień służb pozwalającego na efektywne osiąganie konstytucyjnych celów, z drugiej zaś nie tracąc z pola widzenia swobody ustawodawcy w tym zakresie. Rzecznik w swoim wniosku nie odniósł się do zadań realizowanych przez KAS – w tym do specyfiki popełniania przestępstw, których rozpoznawaniu i zapobieganiu służyć mają czynności operacyjne. Ponadto we wniosku pominięto rolę sądu w przedłużaniu prowadzonej kontroli, która jest zarządzana na krótsze okresy a każdorazowe jej przedłużenie wymaga należytego uzasadnienia. Dalsze prowadzenie kontroli operacyjnej może być uzasadnione wyłącznie pojawieniem się nowych okoliczności istotnych dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa. *A contrario*, jeżeli organ wnioskujący nie wskaże takiej okoliczności, sąd nie będzie mógł uwzględnić wniosku. W grę nie wchodzi zatem niejako „profilaktyczne” stosowanie kontroli operacyjnej, nakierowane na zarejestrowanie okoliczności, które nie były znane w momencie jej zarządzania i wystąpienia z wnioskiem o przedłużenie kontroli, a które mogą wystąpić w bliżej nieokreślonej przyszłości. W tym kontekście należy przypomnieć o subsydiarnym charakterze tej metody pozyskiwania informacji oraz podkreślić, że w przypadku przepisów, które ograniczają prawa i wolności obywatelskie, należy

dokonywać ich wykładni w sposób ścisły, a w przypadku wątpliwości co do treści normy w nich zawartej stosować – konstytucyjnie zakotwiczoną – regułę *in dubio pro libertate* (zob. np. wyrok TK z 27 czerwca 2008 r., sygn. akt K 52/07; postanowienie TK z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt Ts 109/04; wyrok SN z 3 lipca 2013 r., sygn. akt V KK 412/12; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 163-164).

6. Mając powyższe na uwadze, Sejm stwierdza, że wnioskodawca nie uzasadnił postawionego zarzutu w sposób zgodny z wymogami postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym. W ocenie Sejmu poglądy i przekonania wyrażone w uzasadnieniu wniosku RPO nie mogą zostać uznane za relewantne procesowo argumenty, co uniemożliwia merytoryczną ocenę postawionego zarzutu. Z tego powodu postępowanie w części obejmującej zarzut zawarty w pkt 3 *petitum* wniosku RPO powinno zostać **umorzone** na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

## **V. Wykorzystywanie materiałów kontroli operacyjnej zawierających prawnie chronione tajemnice (pkt 4 *petitum* wniosku RPO)**

### **V.1. Przedmiot kontroli**

1. Przedstawienie treści przepisów ujętych przez Rzecznika wymaga, w celu uczynienia treści pisma czytelniejszym, uzupełniającego przytoczenia regulacji, do których przepisy te odsyłają.

Artykuł 122 ust. 4 ustawy o KAS: „Sąd, niezwłocznie po złożeniu wniosku przez Prokuratora Generalnego, wydaje postanowienie o dopuszczeniu do wykorzystania w postępowaniu w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe materiałów, o których mowa w ust. 2 pkt 2, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu, a także zarządza niezwłoczne zniszczenie materiałów, których wykorzystanie w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe jest niedopuszczalne”.

Artykuł 122 ust. 2 pkt 2 ustawy o KAS: „W przypadku gdy materiały uzyskane w toku kontroli operacyjnej: [...] 2) mogą zawierać informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 Kodeksu postępowania karnego, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 Kodeksu karnego, albo informacje

stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, Szef Krajowej Administracji Skarbowej przekazuje Prokuratorowi Generalnemu te materiały”.

2. Zgodnie z pkt 4 *petitum* wniosku Rzecznik zaskarżył wskazany przepis w zakresie, w jakim posługuje się nieostrym kryterium „dobra wymiaru sprawiedliwości” i nie określa wagi okoliczności, która ma być ustalona na podstawie materiałów mogących zawierać informacje, o których mowa w art. 178a, art. 180 § 2 i art. 180 § 3 Kodeksu postępowania karnego z art. 2, art. 42 ust. 2, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 6 ust. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

## **V.2. Zarzuty wnioskodawcy**

W ocenie wnioskodawcy standardom konstytucyjnym uchybiają zasady wykorzystywania – uzyskanych w toku kontroli operacyjnej – materiałów, zawierających dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla już toczącego się postępowania. Jeżeli materiały zawierają informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. (tj. tajemnice: notarialną, adwokacką, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarską, dziennikarską lub statystyczną) nieobjęte zakazami, określonymi w art. 178a i art. 180 § 3 k.p.k. z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 k.k. decyzję o ich dopuszczeniu do wykorzystania w postępowaniu karnym podejmuje sąd na wniosek Prokuratora Generalnego. Sąd może podjąć owo rozstrzygnięcie „zawsze wtedy, gdy jest to niezbędne ze względu na dobro wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu” (wniosek RPO, s. 22).

W przekonaniu Rzecznika „decyzja ustawodawcy o wprowadzeniu abstrakcyjnej wartości w postaci dobra wymiaru sprawiedliwości jako kryterium dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu karnym informacji uzyskanych za pomocą naruszenia tajemnicy zawodowej powinna budzić niepokój. Zagrożenie dla ochrony praw i wolności jednostki potęguje dodatkowo fakt, że ustawodawca nie zdecydował się na dokładniejsze określenie wagi okoliczności, która ma być ustalona

na podstawie materiałów mogących zawierać informacje, o których mowa w art. 178a, art. 180 § 2 i art. 180 § 3 k.p.k.” (*ibidem*, s. 24).

W ocenie wnioskodawcy wymienione przesłanki są nieprecyzyjne i przez to uchylają przywołanym wzorcem kontroli. Zdaniem Rzecznika „[...] niepokojący jest fakt, że weryfikacja możliwości wykorzystania informacji objętych tajemnicą zawodową na potrzeby postępowania karnego odbywa się na podstawie nieostrego kryterium dobra wymiaru sprawiedliwości. Abstrakcyjność tego kryterium sprawia, że sąd rozstrzygając w przedmiocie dopuszczalności wykorzystania takich informacji zobowiązany jest do każdorazowego ważenia dwóch wartości – jednostkowego prawa do obrony oraz kolektywnego dobra wymiaru sprawiedliwości” (*ibidem*, s. 26)

### **V.3. Analiza formalnoprawna**

1. Wnioskodawca uczynił wzorcem kontroli art. 2 Konstytucji. Uzasadnienie naruszenia wymienionego przepisu ustawy zasadniczej jest jednak lakoniczne. Rzecznik Praw Obywatelskich odwołał się do niego dwukrotnie. Po pierwsze, stwierdzając, że zaskarżone przepisy zdają się „naruszać w sposób rażąco wyrażoną w art. 2 zasadę demokratycznego państwa prawnego”. Po drugie, wskazując, że: „Niedookreśloność wagi okoliczności, która ma być ustalona na podstawie materiałów mogących zawierać informacje objęte tajemnicą zawodową oraz abstrakcyjność pojęcia «dobro wymiaru sprawiedliwości» naruszają w sposób rażąco konstytucyjną zasadę zaufania do państwa” (*ibidem*, s. 25).

Mając zatem na uwadze, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasada demokratycznego państwa prawnego jest traktowana jako zbiorcze ujęcie reguł, które wprowadzić nie zostały *expressis verbis* wyrażone w tekście Konstytucji, ale w sposób immanentny wynikają z aksjologii oraz istoty demokratycznego państwa prawnego (zob. wyrok TK z 26 lutego 2003 r., sygn. akt K 1/01; postanowienie TK z 14 grudnia 2004 r., sygn. akt SK 29/03), Sejm uznaje, że wskazanie przez RPO na zasadę ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa stanowi konkretyzację zarzutu naruszenia ogólnie ujmowanej zasady demokratycznego państwa prawnego. W orzecznictwie Trybunału nie budzi wątpliwości, że zasada ta, choć niewystawiona w tekście Konstytucji należy do kanonu zasad składających się na pojęcie państwa prawnego w znaczeniu, w jakim pojęcie to występuje w art. 2 Konstytucji (zob. np. wyroki TK z: 20 grudnia 1999 r.,

sygn. akt K 4/99; 24 lutego 2010 r., sygn. akt K 6/09; 18 października 2015 r., sygn. akt K 21/14).

2. Wskazany jako wzorzec kontroli art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPCz) nie został opatrzony jakimkolwiek komentarzem w uzasadnieniu wniosku RPO. Nie można zatem przyjąć, że w zakresie wspomnianego wzorca konwencyjnego wnioskodawca prawidłowo zrealizował nakaz przedstawienia argumentów na poparcie wysuwanego zarzutu. Wobec powyższego Sejm wnosi o **umorzenie** postępowania na podstawie 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku w części obejmującej badanie zgodności przepisu wymienionego w pkt 4 *petitum* wniosku RPO z art. 6 EKPCz.

Nawet gdyby przyjąć, że wnioskodawca dąży do wykazania naruszenia wzorców konstytucyjnych i konwencyjnych tym samym uzasadnieniem bez wyraźnego ustosunkowania się do każdego z nich, zajęcie stanowiska względem art. 6 EKPCz nie jest, zdaniem Sejmu, celowe. Wnioskodawca nie wywiódł z przepisu EKPCz treści szerszych niż z przywołanego jako wzorzec art. 42 ust. 2 Konstytucji. W takiej sytuacji – jak wskazuje dotychczasowy dorobek Trybunału Konstytucyjnego (por. wyroki TK z: 27 maja 2008 r., sygn. akt P 59/07; 10 lipca 2008 r., sygn. akt P 15/08; 18 października 2004 r., sygn. akt P 8/04; 17 grudnia 2008 r., sygn. akt P 16/08, a także odnoszący się w tym względzie do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych wyrok TK z 23 stycznia 2014 r., sygn. akt K 51/12) – należy uznać, że oddzielne orzekanie o zgodności zaskarżonej regulacji z prawem międzynarodowym jest zbędne, co również nakazywałoby umorzenie postępowania w tym zakresie.

3. Sejm zmodyfikuje zaproponowany przez wnioskodawcę zakres zaskarżenia przepisu ujętego w pkt 4 *petitum* jego wniosku. Nie ma bowiem potrzeby, aby Trybunał orzekał co do konstytucyjności zaskarżonego przepisu w zakresie, w jakim posługuje się on „nieostrym kryterium” dobra wymiaru sprawiedliwości. Owa nieostrość stanowi bowiem podstawę ewentualnego stwierdzenia przez Trybunał, że ustawodawca, posługując się pojęciem „dobra wymiaru sprawiedliwości” uchybił przepisom Konstytucji. Dlatego też Sejm – bez uszczerbku dla intencji RPO – pominie tę część pierwotnego zakresu zaskarżenia.



## **V.4. Wzorce kontroli**

### **V.4.1. Zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji)**

1. Zgodnie z art. 2 Konstytucji: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa określana jest w orzecznictwie Trybunału także jako zasada lojalności państwa wobec adresata norm prawnych. W wyroku z 15 lutego 2005 r. (sygn. akt K 48/04) Trybunał Konstytucyjny wskazał m.in., że zasada ta wyraża się: „[...] w stanowieniu i stosowaniu prawa w taki sposób, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela, który powinien móc układać swoje sprawy w zaufaniu, że nie naraża się na prawne skutki niedające się przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i że jego działania są zgodne z obowiązującym prawem oraz także w przyszłości będą uznawane przez porządek prawny. Przyjmowane przez ustawodawcę nowe unormowania nie mogą zaskakiwać ich adresatów, którzy powinni mieć czas na dostosowanie się do zmienionych regulacji i spokojne podjęcie decyzji co do dalszego postępowania” (por. także m.in. wyrok TK z 25 listopada 1997 r., sygn. akt K 26/97).

Podobnie Trybunał wypowiedział się w wyroku z 25 kwietnia 2001 r. (sygn. akt K 13/01), w którym – podtrzymując swoje wcześniejsze stanowisko – stwierdził, że analizowana zasada opiera się na pewności prawa, a więc „takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie ich działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych. W ten sposób urzeczywistniana jest wolność jednostki, która według swoich preferencji układa swoje sprawy i przyjmuje odpowiedzialność za swoje decyzje, a także jej godność, poprzez

szacunek porządku prawnego dla jednostki, jako autonomicznej, racjonalnej istoty [...]. Wartości te, przy zmianie prawa, prawodawca narusza wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, byłaby inaczej zdecydowała o swoich sprawach” (zob. także np. wyroki TK z: 14 czerwca 2000 r., sygn. akt P 3/00; 7 lutego 2001 r., sygn. akt K 27/00; 19 grudnia 2002 r., sygn. akt K 33/02; 19 listopada 2008 r., sygn. akt Kp 2/08; 10 lutego 2015 r., sygn. akt P 10/11).

2. Zarzuty wysunięte przez RPO dotyczą nie tyle – powszechniejszej w kontekście uchybień zasadzie ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa – kwestii zaskakującej dla adresata zmiany stanu prawnego, ile poprawności i jasności sformułowania przepisów. Wymóg określoności regulacji prawnej także znajduje swą konstytucyjną podstawę w zasadzie demokratycznego państwa prawnego. Odnosi się on do wszelkich regulacji (pośrednio czy bezpośrednio) kształtujących pozycję prawną obywatela. Zasada określoności prawa jest bowiem jedną z dyrektyw prawidłowej legislacji. Stanowi ona także element zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i tworzonego przez nie prawa, wynikający z art. 2 Konstytucji (zob. wyroki z TK z: 15 września 1999 r., sygn. akt K 11/99; 11 stycznia 2000 r., sygn. akt K 7/99; 21 marca 2001 r., sygn. akt K 24/00; 30 października 2001 r., sygn. akt K 33/00; 22 maja 2002 r., sygn. akt K 6/02; 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02; 3 grudnia 2002 r., sygn. akt P 13/02; 29 października 2003 r., sygn. akt K 53/02; 9 października 2007 r., sygn. akt SK 70/06; 28 października 2009 r., sygn. akt K 32/08; 29 maja 2012 r., sygn. akt SK 17/09; 29 lipca 2014 r., sygn. akt P 49/13).

Zgodnie z zasadą określoności przepisy prawa powinny być formułowane w sposób precyzyjny i jasny oraz poprawny pod względem językowym. Wymóg jasności oznacza obowiązek tworzenia przepisów zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu powinna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw tak, by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie. Jak stwierdził Trybunał, z zasady określoności

„[...] wynika nakaz stanowienia przepisów prawa w sposób dostatecznie precyzyjny i jasny, umożliwiający jednoznaczną ich wykładnię oraz konstruowanie na gruncie tych przepisów dostatecznie precyzyjnych norm prawnych, jeśli przepisy te mają za zadanie taką funkcję normotwórczą spełniać” (zob. wyrok TK z 7 kwietnia 2011 r., sygn. akt K 4/09, a także wyroki TK z: 15 września 1999 r., sygn. akt K 11/99; 11 stycznia 2000 r., sygn. akt K 7/99; 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02).

#### **V.4.2. Prawo do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji)**

1. Artykuł 42 ust. 2 Konstytucji stanowi: „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”.

Jak wskazuje się w doktrynie prawa, prawo do obrony, występujące w postępowaniu karnym, oznacza możliwość podejmowania wszelkich działań niesprzecznych z prawem, które w przekonaniu osoby poddanej temu postępowaniu potwierdzą jej wersję zdarzeń (w trakcie których dojdź miało do popełnienia zarzucanego czynu) oraz jej niewinność lub występowanie określonego charakteru winy (zob. P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik (red.), t. II, Warszawa 2016 komentarz do art. 42, Lex 2016). Użyte przez ustrojodawcę wyrażenie „we wszystkich stadiach postępowania” oznacza, że prawo do obrony powinno występować „zarówno w stadiach przedjudykacyjnych, jak i przed organami orzekającymi, w tym i przed sądami wszystkich instancji. We wszystkich tych stadiach występuje ono w takim samym pełnym zakresie, niezależnie od tego, że nie wszystkie z tych stadiów mogą kończyć się takim czy innym orzeczeniem” (*ibidem*).

Prawo do obrony było również przedmiotem licznych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego.

W wyroku z 9 lipca 2009 r. (sygn. akt K 31/08) sąd konstytucyjny wskazał, że „konstytucyjne prawo do obrony należy rozumieć szeroko, jest ono bowiem nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale także 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 może być rozpatrywane w dwóch aspektach: materialnym i formalnym. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych) – zob. przykładowo wyrok TK z 9 lipca 2009 r. (sygn. akt K 31/08). Natomiast w wyroku z 8 listopada 2004 r. (sygn. akt K 38/03) sąd konstytucyjny stwierdził za przedstawicielami doktryny prawa, że istota prawa do obrony w aspekcie materialnym przejawia się w możliwości „podejmowania wszelkich niesprzecznych z prawem działań (czynności procesowych) w celu obrony oskarżonego bądź podejrzanego przed stawianymi zarzutami oraz grożącymi konsekwencjami prawnymi (por. A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 272 [...])”.

Z kolei przez obronę w aspekcie formalnym należy rozumieć prawo do korzystania z obrońcy z wyboru lub z urzędu (zob. przykładowo wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. akt K 31/08). Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 17 lutego 2004 r. (sygn. akt SK 39/02): „Obrońca jest pełnomocnikiem oskarżonego, jego procesowym przedstawicielem, a jego głównym zadaniem jest ochrona oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony. Charakter działań obrońcy determinowany jest interesem prawnym oskarżonego, dla którego ochrony przepisy procedury karnej przewidują szereg koniecznych uprawnień. [...] Proces karny jest ze swej istoty kontradiktoryjny, stanowi on spór równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem. W postępowaniu przygotowawczym, którym kieruje prokurator, owa kontradykcyjność jest w pewnym zakresie ograniczona, co nie oznacza jednak, iż owe ograniczenia mogą naruszać istotę prawa do obrony” (por. też m.in. wyrok TK z 19 marca 2007 r., sygn. akt K 47/05).

W ramach konstytucyjnego prawa do obrony wyróżnić można szereg uprawnień, przysługujących zarówno oskarżonemu (podejrzanemu), jak i jego obrońcy (nie ulega wątpliwości, że beneficjentami stosownych uprawnień wynikających z prawa do obrony jest zarówno sam oskarżony, jak i jego obrońca, a ich uprawnienia pozostają w ścisłym związku). W realiach niniejszej sprawy należy zwrócić szczególną uwagę na jedno z nich, a mianowicie prawo do kontaktu oskarżonego (podejrzanego) ze swoim obrońcą. Jest ono dostrzegane

w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który z perspektywy uprawnień obrońcy stwierdza: „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” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02).

Należy podkreślić, że standard konstytucyjny wymaga, aby kontakt oskarżonego (podejznanego) ze swoim obrońcą był co do zasady kontaktem swobodnym (zob. wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Oznacza to, że porozumiewanie się obrońcy i jego klienta powinno być nieskrępowane, wolne od kontroli i innych, nadmiernych utrudnień.

W wyroku z 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11) Trybunał, podkreślając wagę poufnego charakteru kontaktów oskarżonego z obrońcą stwierdził: „Doniosłość tajemnicy obrończej jako gwarancji konstytucyjnego prawa do obrony, a zarazem konieczność jej intensywniejszej ochrony, wiąże się [...] ze szczególną specyfiką procesu karnego, w ramach którego są rozstrzygane kwestie istotne z punktu widzenia statusu jednostki, jak kwestia pozbawienia wolności osobistej i korzystania z praw publicznych. Mając to na uwadze, w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, a także Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wielokrotnie wskazywano, że dla efektywnego korzystania z pomocy obrońcy niezbędne jest zachowanie poufności komunikatów przekazywanych obrońcy przez oskarżonego (podejznanego) [...] Brak możliwości poufnego porozumiewania się oskarżonego ze swoim obrońcą, również za pośrednictwem technologii teleinformatycznych, oznacza, że pomoc prawna traci dużo ze swej skuteczności. Obawiając się niejawnego nadzoru rozmów z obrońcą, oskarżony może zaniechać korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej lub nie przekazywać obrońcy istotnych okoliczności sprawy. [...] w takiej sytuacji, obrońca – nie mogąc pozyskać pełni wiedzy o okolicznościach sprawy – nie jest w stanie udzielić pomocy prawnej w najkorzystniejszej dla klienta formie. W konsekwencji taki stan rzeczy może utrudnić skuteczne konstruowanie linii obrony, prowadząc nawet do niesłusznego skazania. Świadomość niejawnego monitorowania kontaktów oskarżonego z obrońcą osłabia również więź zaufania, która jest niezbędna dla prawidłowego wykonywania funkcji obrońcy oraz efektywnej

realizacji prawa do obrony. Zapewnienie poufności rozmów oskarżonego z obrońcą jest konieczne nie tylko na etapie postępowania sądowego, lecz w każdej fazie postępowania, nawet prowadzonej przez organ pozasądowy (prokuratora, policję, służbę ochrony państwa). Naruszenie prawa do obrony w fazie przedsądowej może się bowiem przekładać na nierzetelność postępowania sądowego.

2. Wyrażone w art. 42 ust. 2 Konstytucji prawo do obrony nie ma charakteru absolutnego (zob. np. wyroki TK z: 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07; 9 lipca 2009 r., sygn. akt K 31/08). Tym samym podlega ono limitowaniu, jednakże na warunkach określonych w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej.

Przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji formułuje następujące, kumulatywnie ujęte, przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności: 1) ustawowa forma ograniczenia; 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób); 4) zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności (zob. np. P. Samecki, K. Wojtyczek [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik (red.), t. II, Warszawa 2016 komentarz do art. 31, Lex 2016). W kontekście zakazu naruszania istoty konstytucyjnego prawa do obrony trzeba podkreślić, że „możliwość niejawnego uzyskiwania informacji objętych tajemnicą obrończą, sama w sobie, nie narusza jeszcze istoty prawa do obrony (oskarżony może bowiem korzystać z pomocy prawnej obrońcy, komunikując się z nim osobiście bez wykorzystywania takich kanałów komunikacji, które mogą być objęte kontrolą operacyjną)”, a „minimalnym standardem w odniesieniu do ochrony poufności kontaktów oskarżonego z obrońcą i poufności tożsamości dziennikarskich źródeł informacji jest istnienie kontroli sądowej weryfikującej zebrane przez Policję w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych materiały, co do których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zawierają treści stanowiące prawnie chronioną tajemnicę zawodową, oraz zarządzającej wyłączenie z dalszego wykorzystania tych materiałów, które są istotne z punktu widzenia ochrony relacji zaufania” (wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

### V.4.3. Prawo do prywatności, wolność komunikowania się, autonomia informacyjna jednostki

1. Artykuł 47 Konstytucji stanowi: „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”.

Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny: „Art. 47 konstytucji określa prawo każdego do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Oznacza, iż państwo zobowiązuje się z jednej strony do nieingerencji w konstytucyjnie określony zakres życia jednostek, a z drugiej strony zapewnia stosowną ochronę w przypadku, gdy działania takie zostały już podjęte” (wyrok TK z 2 kwietnia 2001 r., sygn. akt SK 10/00; por. wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05). „Koncepcja prawa do prywatności zaczęła stosunkowo niedawno odgrywać poważniejszą rolę w regulacjach konstytucyjnych i orzecznictwie sądowym. Zdołała już jednak zyskać sobie trwałe miejsce we współczesnych państwach demokratycznych. Stanowią ją zasady i reguły odnoszące się do różnych sfer życia jednostki, a ich wspólnym mianownikiem jest przyznanie jednostce prawa «do życia własnym życiem układanym według własnej woli z ograniczeniem do niezbędnego minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej» (A. Kopff, *Koncepcje prawa do intymności i do prywatności życia. Zagadnienia konstrukcyjne*, Studia Cywilistyczne, t. XX/1972). Tak rozumiana prywatność odnosi się przede wszystkim do życia osobistego, rodzinnego, towarzyskiego i czasem jest określana jako «prawo do pozostawienia w spokoju» (zob. W. Sokolewicz, *Prawo do prywatności [w:] Prawa człowieka w Stanach Zjednoczonych*, Warszawa 1985, s. 252). Na ogół przyjmuje się, że prywatność odnosi się też do ochrony informacji dotyczących danej osoby i gwarantuje m.in. pewien stan niezależności, w ramach którego jednostka może decydować o zakresie i zasięgu udostępniania i komunikowania innym osobom informacji o swoim życiu” (orzeczenie TK z 24 czerwca 1997 r., sygn. akt K 21/96). Konstytucyjną ochroną wynikającą z art. 47 Konstytucji objęte są wszelkie sposoby przekazywania wiadomości, w każdej formie komunikowania się, bez względu na fizyczny ich nośnik (np. rozmowy osobiste i telefoniczne, korespondencja pisemna, faks, wiadomości tekstowe i multimedialne, poczta elektroniczna). Ochrona konstytucyjna obejmuje nie tylko treść wiadomości, ale także wszystkie okoliczności procesu porozumiewania

się, do których zaliczają się dane osobowe uczestników tego procesu, informacje o wybieranych numerach telefonów, przeglądanych stronach internetowych, dane obrazujące czas i częstotliwość połączeń czy umożliwiające lokalizację geograficzną uczestników rozmowy, wreszcie dane o numerze IP czy numerze IMEI. Nie ma znaczenia, czy wymiana informacji dotyczy życia ściśle prywatnego, czy też prowadzonej działalności zawodowej, w tym działalności gospodarczej. Nie ma bowiem takiej sfery życia osobistego człowieka, co do której konstytucyjna ochrona byłaby wyłączona bądź samoistnie ograniczona. W każdej z tych sfer jednostka ma więc konstytucyjnie gwarantowaną wolność przekazywania i pozyskiwania informacji, w tym udostępniania informacji o sobie samej (wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

Niewątpliwie posługiwanie się niejawnymi sposobami pozyskiwania informacji o jednostce stanowi jedną z najgłębszych ingerencji w konstytucyjne prawo do prywatności, którego źródłem jest godność człowieka: „Związek między zagrożeniem godności człowieka, spoczywającej u podstaw wszystkich konstytucyjnych wolności i praw jednostki a czynnościami operacyjnymi, które wkraczają w prywatność jednostki – jest powszechnie podkreślany, zarówno w piśmiennictwie, jak i w europejskim (w tym polskim) *acquis constitutionnel*. Wszelkie prawa i wolności konstytucyjne jednostki wywodzą się z godności. W wypadku prywatności (która – na poziomie konstytucyjnym – jest chroniona wieloaspektowo, poprzez kilka praw i wolności – por. art. 47-51) związek ten jest szczególny, jakkolwiek nie taki sam w wypadku każdej z tych konstytucyjnych wolności i praw. Zachowanie przez człowieka godności wymaga bowiem poszanowania jego sfery czysto osobistej, gdzie nie jest narażony na konieczność «bycia z innymi» czy «dzielenia się z innymi» swoimi przeżyciami czy doznaniem o intymnym charakterze” (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

2. Zgodnie z 49 Konstytucji: „Zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony”.

W piśmiennictwie wskazuje się niekiedy, że wolność komunikowania się dotyczy raczej porozumiewania się za pomocą pewnego środka przekazu, nie zaś bezpośredniej rozmowy osób w jakimś miejscu, albowiem to ostatnie jest raczej wyrazem prawa do prywatności (zob. P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej*



*Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik (red.), t. II, Warszawa 2016 komentarz do art. 49, Lex 2016). Trybunał Konstytucyjny przyjmuje jednak szersze rozumienie wolności komunikowania się, nie przeciwstawiając jej tak kategorycznie prawu do ochrony prywatności (zob. wyroki TK z: 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04; 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11). Konstytucyjną ochroną wynikającą z art. 49 Konstytucji objęta jest tym samym treść komunikowana bezpośrednio, jak i za pomocą środków komunikowania się na odległość. Według Trybunału, „przejawem prawa do prywatności jest również wolność komunikowania się, która obejmuje nie tylko tajemnicę korespondencji, ale i wszelkiego rodzaju kontakty międzypersonalne” (wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04). Z punktu widzenia prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji) „sposób porozumiewania się istotny jest tylko o tyle, o ile jego zastosowanie w danych warunkach (okolicznościach) pozbawia osoby trzecie, które nie są adresatami danych treści, możliwości zapoznania się z nimi. Tylko wtedy bowiem można sensownie mówić o istnieniu jakiejś «tajemnicy», którą można byłoby objąć ochroną. W konsekwencji, w tym jedynie znaczeniu forma komunikacji może mieć *in casu* wpływ na zakres prawa do ochrony tajemnicy komunikowania się” (wyrok TK z 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05).

Podsumowując trzeba zatem podkreślić, że wszelkie sposoby komunikowania się, bez względu na sposób przekazywania informacji, podobnie jak okoliczności procesu porozumiewania się, objęte są konstytucyjną ochroną. Nie ma bowiem takiej sfery życia osobistego człowieka, co do której ochrona ta byłaby samoistnie ograniczona (zob. np. wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

3. Artykuł 51 ust. 2 Konstytucji stanowi: „Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”.

Autonomia informacyjna, wskazana w art. 51 Konstytucji, jest jednym z komponentów prawa do prywatności w szerokim znaczeniu, przyjętym w art. 47 Konstytucji (zob. wyroki TK z: 20 marca 2006 r., sygn. akt K 17/05; 22 lipca 2014 r., sygn. akt K 25/13; 18 grudnia 2014 r., sygn. akt K 33/13; 11 października 2016 r., sygn. akt SK 28/15). Obejmuje ona prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących siebie, jak również prawo do kontrolowania tych informacji, jeżeli znajdują się w dyspozycji innych podmiotów.

W konsekwencji art. 47 i art. 51 Konstytucji pozostają w określonej relacji wzajemnej: prawo do prywatności, statutowane w art. 47, zagwarantowane jest m.in. w aspekcie ochrony danych osobowych, przewidzianej w art. 51. Ten ostatni, rozbudowany przepis, odwołując się aż pięciokrotnie do warunku legalności – *expressis verbis* w ust. 1, ust. 3, ust. 4 i ust. 5 oraz pośrednio przez powołanie się na zasadę demokratycznego państwa prawnego w ust. 2 – stanowi też konkretyzację prawa do prywatności w aspektach proceduralnych (zob. wyroki TK z: 19 maja 1998 r., sygn. akt U 5/97; 11 października 2016 r., sygn. akt SK 28/15).

W związku z powyższym Trybunał Konstytucyjny przyjmuje w swoim orzecznictwie, że art. 51 Konstytucji stanowi szczególny środek ochrony tych samych wartości, które chronione są za pośrednictwem art. 47 Konstytucji. Prywatność dotyczy bowiem także ochrony informacji dotyczących określonej jednostki, w tym ochrony danych osobowych (zob. wyroki TK z: 12 listopada 2002 r., sygn. akt SK 40/01; 13 grudnia 2011 r., sygn. akt K 33/08; 22 lipca 2014 r., sygn. akt K 25/13 oraz 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11). Konstytucja w art. 51 ust. 2 realizuje zasadnicze elementy składające się na treść prawa do ochrony życia prywatnego: respekt dla autonomii informacyjnej jednostki, a więc sam obowiązek udostępnienia danych ograniczony do ściśle określonych ustawowo sytuacji; ograniczenie arbitralności ustawodawcy – ustawa nie może zakresu obowiązku kształtować dowolnie (zob. wyroki TK z: 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04; 11 października 2016 r., sygn. akt SK 28/15).

W wyroku z 11 października 2016 r. (sygn. akt SK 28/15) sąd konstytucyjny stwierdził, że: „Istotą autonomii informacyjnej jest pozostawienie każdej osobie swobody określenia sfery dostępności dla innych wiedzy o sobie. Zasadą powszechnie przyjmowaną wedle takiego ujęcia jest ochrona każdej informacji osobowej i przyznanie podstawowego znaczenia przesłance zgody osoby zainteresowanej na udostępnienie informacji [...]”.

4. Prawo do ochrony życia prywatnego, podobnie jak autonomia informacyjna, nie mają charakteru absolutnego i mogą podlegać ograniczeniom zgodnie z zasadą proporcjonalności (zob. np. wyroki TK z: 11 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 15/98; 20 marca 2006 r., sygn. akt K 17/05; 2 lipca 2009 r., sygn. akt K 1/07; 26 lutego 2014 r., sygn. akt K 22/10; 4 listopada 2014 r., sygn. akt SK 55/13).

Już z samej treści art. 51 ust. 2 Konstytucji wynika, że władze publiczne mogą pozyskiwać i udostępniać informacje o obywatelach „niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”. Trybunał Konstytucyjna zwraca uwagę, że: „Ustanowienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnej regulacji dotyczącej proporcjonalności wkraczania w prywatność jednostki należy tłumaczyć tym, że naruszenia autonomii informacyjnej w postaci żądania niekoniecznych, lecz wygodnych dla władzy publicznej, informacji o jednostce, są typowym dla czasów współczesnych instrumentem, po który władza publiczna chętnie sięga i dzięki któremu uzyskuje potwierdzenie swej pozycji wobec jednostki”, zaś: „Normatywne wyodrębnienie, ustanowienie 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” (wyrok TK z 11 października 2016 r., sygn. akt SK 28/15; por. wyroki TK z: 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02; 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04; 17 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04).

Zawarta art. 51 ust. 2 Konstytucji przesłanka niezbędności gromadzenia informacji o jednostce w demokratycznym państwie prawnym nie jest przesłanką wyłączną, zaś dopuszczalność ograniczenia autonomii informacyjnej zależy również od spełnienia przesłanek wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji (zob. wyroki TK z: 17 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04; 22 lipca 2014 r., sygn. akt K 25/13; 18 grudnia 2014 r., sygn. akt K 33/13). „Norma wysłowiona w art. 51 ust. 2 Konstytucji nie ma charakteru całkowicie samodzielnej. Wprawdzie ustrojodawca wskazał w powołanym przepisie *expressis verbis* na ograniczenie możliwości arbitralnego kształtowania zakresu informacji o obywatelach pozyskiwanych przez władze publiczne w ustawodawstwie zwykłym i podkreślił wymóg niezbędności takiego ograniczenia, oceniany wedle standardów obowiązujących w demokratycznym państwie prawnym, nie określił jednak katalogu interesów (wartości) konstytucyjnie chronionych, które – jego zdaniem – mogą być stawiane na szali w procesie oceny dopuszczalności takiego rozwiązania. W tym zakresie konieczne jest odwołanie się do ogólnej regulacji art. 31 ust. 3 Konstytucji” (wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04).

Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji („Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko

wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”) formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: 1) ustawowa forma ograniczenia; 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób); 4) zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności (zob. np. wyrok TK z 30 maja 2007 r., sygn. akt SK 68/06; por. również P. Sarnecki, K. Wojtyczek [w:] *Konstytucja...*, komentarz do art. 31; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 115-141).

## **V.5. Analiza merytoryczna**

1. W celu zdekodowania zawartości normatywnej zakwestionowanego przepisu należy odwołać się do odpowiednich przepisów Kodeksu postępowania karnego. Jak wspomniano materiały te mają zawierać informacje, które jednocześnie należy traktować jako tajemnice związane z wykonywaniem określonych zawodów (funkcji), o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k.

Artykuł 180 § 2 k.p.k. wylicza natomiast podmioty zobowiązane do zachowania tajemnicy: „notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej lub statystycznej”. Spośród wymienionych wyżej należy wyłączyć informacje objęte zakazami dowodowymi określonymi w art. 178a i art. 180 § 3 k.p.k. Chodzi tu o informacje, które pozyskał mediator od oskarżonego lub pokrzywdzonego prowadząc postępowanie mediacyjne (art. 178a k.p.k.) oraz informacje posiadane przez dziennikarza dotyczące 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 (art. 180 § 3 k.p.k.). Zakazy te nie rozciągają się jednak na dane służące badaniu przestępstwa z art. 240 § 1 k.k., tzn. karalnego niezawiadomienia o karalnym usiłowaniu lub przygotowaniu

przestępstw enumeratywnie wymienionych w tym przepisie (poprzez odesłanie do stosownych artykułów k.k.) lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym.

Podsumowując można stwierdzić, że zaskarżony przepis normuje zasady wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających tajemnice: notarialną, adwokacką, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarską, dziennikarską lub statystyczną z wyłączeniem danych objętych tajemnicą mediacji oraz dziennikarską ochroną źródeł informacji.

Trzeba przy tym zauważyć, że zakwestionowany przepis wymienia wyłącznie informacje objęte tajemnicami, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. Nie zezwala tym samym na wykorzystanie w postępowaniu karnym danych objętych bezwzględными zakazami dowodowymi z art. 178 k.p.k. a zatem tajemnicą obrończą (*scil.* faktów, o których obrońca albo adwokat lub radca prawny, z którym skontaktował się zatrzymany, dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę) oraz spowiedzi.

2. Wykorzystanie omawianych materiałów w postępowaniu karnym wymaga wystąpienia przez prokuratora z odpowiednim wnioskiem oraz wydania postanowienia przez sąd. Sąd nie jest jednak związany wspomnianym żądaniem i każdorazowo musi ocenić jego merytoryczną zasadność. Ustawodawca wymaga bowiem, by wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów zawierających omawiane dane było niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu.

Kwestionowane przez wnioskodawcę sformułowanie „dobro wymiaru sprawiedliwości” nie zostało użyte przez ustawodawcę przypadkowo. Jest to bowiem – na co zwraca uwagę także RPO – kryterium występujące w art. 180 § 1 i § 2 k.p.k. I tak w oparciu o powyższe sąd lub prokurator może zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy względem informacji niejawnych o klauzuli tajności „zastrzeżone” lub „poufne” lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (art. 180 § 1 k.p.k.). Podobnie prezentuje się mechanizm przesłuchiwania osób obowiązanych do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej lub statystycznej, co do faktów objętych tą tajemnicą (180 § 2 k.p.k.). W tym ostatnim wypadku, podobnie jak w świetle zaskarżonego przepisu, z obowiązku zachowania tajemnicy może zwolnić

tylko sąd po stwierdzeniu, że dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu.

3. Warto zauważyć, że elementy normatywne art. 180 § 2 k.p.k. relewantne w perspektywie zarzutów wnioskodawcy obowiązują od dłuższego czasu. Fraza „tylko wtedy, gdy to jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu” znalazła się już w tekście pierwotnym art. 180 § 2 k.p.k.

Z kolei do art. 181 § 1 k.p.k. kryterium „dobra wymiaru sprawiedliwości” wprowadzono ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247). Co szczególnie istotne owa zmiana miała na celu wykonanie wyroku TK z 13 grudnia 2011 r. (sygn. akt K 33/08), w którym stwierdzono, że m.in. art. 180 § 1 k.p.k. jest niezgodny z art. 47 oraz z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, przez to że nie określa przesłanek zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy statystycznej. Wymaga odnotowania, że badając konstytucyjność art. 180 § 1 k.p.k. Trybunał analizował również możliwość takiej jego wykładni, która uwzględniałaby kryteria wymienione w art. 180 § 2 k.p.k.: „W obecnym kodeksie postępowania karnego z 1997 r. znajduje się bowiem art. 180 § 2 KPK, który zawiera wyraźnie określone warunki zwolnienia z obowiązku zachowania wymienionych w nim tajemnic zawodowych. Może to mianowicie nastąpić «tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu». Taki kształt omawianej regulacji mógłby sugerować, że jedynie w przypadku tajemnic zawodowych wymienionych w art. 180 § 2 KPK konieczne jest spełnienie warunku konieczności zwolnienia z obowiązku przestrzegania tych tajemnic, natomiast decyzja o zwolnieniu z obowiązku przestrzegania pozostałych tajemnic zawodowych mogłaby być podjęta także w innych, niesprecyzowanych sytuacjach”. Także przeprowadzona analiza praktyki wydawania postanowień o zwolnieniu z obowiązku przestrzegania tajemnicy statystycznej „ani wykładnia art. 180 § 1 KPK, ani dotychczasowa sposób stosowania tego przepisu nie zapewniają tego, że zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy statystycznej będzie następować tylko wtedy, gdy jest to konieczne dla postępowania karnego”. Poczynienie tych ustaleń sprawiło, że w dalszej kolejności sąd konstytucyjny ustalił, czy decyzja o zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy statystycznej jest

zaskarżalna, stwierdzając ostatecznie, że „mechanizm zwalniania z obowiązku przestrzegania tajemnicy statystycznej uregulowany w art. 180 § 1 KPK nie stwarza gwarancji, iż informacje statystyczne będą przekazywane na cele postępowania karnego tylko wtedy, gdy jest to niezbędne i konieczne. Brak określenia w zaskarżonym przepisie przesłanek zwolnienia z obowiązku przestrzegania tajemnicy statystycznej nie wyklucza żądania przekazania na cele postępowania karnego informacji udzielonych przez jednostki na cele statystyczne także w sytuacjach, gdy istnieje możliwość pozyskania tych informacji z innych źródeł. Z kolei brak procedury kontrolnej wobec postanowień wydanych na podstawie art. 180 § 1 KPK uniemożliwia następczą weryfikację trafności decyzji o zwolnieniu z tajemnicy statystycznej co do określonych informacji”.

W świetle zarzutów postawionych we wniosku RPO trzeba zatem podkreślić, że uzasadnienie cytowanego wyroku pośrednio wskazuje, iż Trybunał Konstytucyjny pozytywnie odniósł się do gwarancyjnego charakteru przesłanek z 180 § 2 k.p.k. powtórzonych w zaskarżonym przepisie.

4. W świetle zarzutu sformułowanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich istotniejsza wydaje się jednak ocena konstytucyjności art. 180 § 2 k.p.k. Trybunał stwierdził, że: „Zarzut niedookreśloności art. 180 § 2 KPK [...] nie jest uzasadniony. Przepis zawiera dwa kryteria, od których kumulatywnego spełnienia uzależniona jest możliwość zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej: musi tego wymagać dobro wymiaru sprawiedliwości oraz dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Ponadto przepis wymaga, by przesłuchanie osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy zawodowej było niezbędne dla wskazanych celów. O ile pojęcie «dobra wymiaru sprawiedliwości» jest bardzo ogólne, o tyle [...] drugie z kryteriów wskazanych w art. 180 § 2 KPK, tj. brak innych środków dowodowych jest konkretne, wymierne i sprawdzalne. Ponieważ o zwolnieniu z tajemnicy decyduje sąd, dysponujący już całym materiałem dowodowym zebrany w postępowaniu przygotowawczym, należy przyjąć, że jest on władny ocenić niezbędność dowodu tj. stwierdzić, że za pomocą innych, realnie dostępnych środków dowodowych (takim środkiem na pewno nie jest zeznanie oskarżonego, który ma prawo zachować milczenie), nie można danej okoliczności udowodnić. Argument braku precyzji art. 180 § 2 KPK na pewno nie wystarcza więc,

by podważyć konstytucyjność zaskarżonego przepisu” (wyrok TK z 22 listopada 2004 r., sygn. akt K 64/03).

Sejm dostrzega, że powyższe poglądy Trybunału nie mogą stanowić bezpośredniego odniesienia dla oceny przepisu zakwestionowanego przez RPO. Z istoty rzeczy, na etapie decydowania o dopuszczalności procesowego wykorzystania materiałów zgromadzonych w wyniku stosowania kontroli operacyjnej sąd nie dysponuje tak obszernym materiałem porównawczym, pozwalającym ustalić rzeczywistą konieczność wykorzystania materiałów zawierających prawnie chronione tajemnice. Niemniej jednak także i w tym wypadku można wskazać na okoliczności minimalizujące ryzyko pochopnego uznania, że w danej sprawie ziściły się przesłanki zezwalające na pozostawienie owych materiałów w dyspozycji prokuratora. Decyzję podejmuje bowiem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią następczą zgodę. Mamy zatem do czynienia z organem, który dysponuje wiedzą o materiale dowodowym zebrany przed przeprowadzeniem kontroli operacyjnej – wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę jej zastosowania. Co bardziej istotne, sąd wraz z wnioskiem Prokuratora Generalnego otrzymuje materiały zgromadzone w czasie kontroli operacyjnej (*verba legis*: „Prokurator Generalny niezwłocznie po otrzymaniu materiałów kieruje je do Sądu” – art. 122 ust. 3 ustawy o KAS). Chodzi w tym wypadku o wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej (zob. art. 122 ust. 1 pkt 2 w związku z ust. 122 ust. 3 ustawy o KAS).

Ponadto, jak już wspomniano, sąd nie jest związany wnioskiem Prokuratora Generalnego, na którym spoczywa obowiązek należytego umotywowania wysuniętego żądania.

5. Potwierdzeniem konstytucyjności rozwiązania przewidzianego w art. 180 § 2 k.p.k. jest również wyrok Trybunału z 30 lipca 2014 r. W ocenie sądu konstytucyjnego ów mechanizm zwolnienia z tajemnicy zawodowej przez sąd jest modelowym rozwiązaniem konfliktu pomiędzy wymogami ochrony tajemnic zawodowych i respektowania zakazów dowodowych z jednej strony a dobrem wymiaru sprawiedliwości, bezpieczeństwem państwa i porządkiem publicznym z drugiej. Co szczególnie istotne Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że „zbliżone w swej istocie rozwiązania legislacyjne powinny dotyczyć również ochrony tajemnicy zawodowej w trakcie czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym kontroli



operacyjnej” (wyrok TK z 30 lipca 2014 r, sygn. akt K 23/11). Tak też uczynił ustawodawca posługując się w zaskarżonych przepisach analogicznymi przesłankami uzasadniającymi wykorzystanie materiałów zawierających informacje objęte tajemnicami zawodowymi.

6. Sposób ujęcia przez wnioskodawcę zarzutu omawianego w tej części stanowiska Sejmu nakazuje odwołanie się do praktyki orzeczniczej organów stosujących zakwestionowane regulacje. Krótki czas obowiązywania zaskarżonych przepisów oraz wynikające z istoty kontroli operacyjnej wymogi zachowania warunków właściwych dla przekazywania, przechowywania i przetwarzania informacji niejawnych wymuszają sięgnięcie do dorobku judykatury wypracowanego na gruncie art. 180 § 2 k.p.k. Zabieg taki wydaje się jednak usprawiedliwiony, ponieważ wątpliwości konstytucyjne Rzecznika Praw Obywatelskich budzi w tym zakresie precyzja wykorzystanych przez ustawodawcę pojęć konstytuujących przesłankę wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających informacje objęte tajemnicą zawodową. Też zaś, jak wielokrotnie to już podkreślano, są analogiczne.

Po pierwsze w orzecznictwie sądowym wskazuje się jednolicie, że przepisy przewidujące odstępstwo od poszanowania prawnie chronionej tajemnicy zawodowej muszą być wykładane ściśle (zakaz wykładni rozszerzającej) z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru takiej regulacji. Zasadniczy kierunek interpretacji art. 180 § 2 k.p.k., jednolity zarówno w orzecznictwie wynika zatem z kategorycznego respektowania zasady *exceptiones non sunt excendendae* – wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco (zob. m.in. postanowienie SN z 26 października 2011 r., sygn. akt I KZP12/11; postanowienia SA w Krakowie z: 13 stycznia 2009 r., sygn. akt II AKZ 651/08, 19 marca 2009 r., sygn. akt II AKZ 64/09; postanowienia SA we Wrocławiu z: 18 września 2009 r., sygn. akt II AKZ 472/09, 4 listopada 2010 r., sygn. akt II AKZ 588/10; postanowienie SA w Katowicach z 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt II AKZ 232/11; wyrok TK z 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03; postanowienie SA w Szczecinie z 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13).

Po drugie, obie przesłanki wskazane w art. 180 § 2 k.p.k. (i przeniesione do treści zaskarżonego przepisu) muszą być spełnione łącznie. Innymi słowy zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej może być orzeczone jedynie, gdy stwierdzi się zachodzące w koniunkcji przesłanki takiego orzeczenia,

a to niezbędność zeznań dla dobra wymiaru sprawiedliwości, więc istotny charakter okoliczności, która ma być wykazana zeznaniami oraz niemożność stwierdzenia jej na podstawie innego dowodu (zob. m.in. postanowienie SA w Krakowie z 1 kwietnia 2015 r., sygn. akt II AKz 111/15; postanowienie SA w Warszawie z 15 maja 2008 r., sygn. akt II AKz 294/08).

Po trzecie, nie ulega wątpliwości, że prokurator występując do sądu z przedmiotowym wnioskiem jest obowiązany do jego szczegółowego uzasadnienia. Na gruncie art. 180 § 2 k.p.k. podkreśla się, że: „Bezwzględnym obowiązkiem prokuratora składającego wniosek w przedmiocie zwolnienia z tajemnicy radcy prawnego jest wnikliwe wykazanie w nim istnienia wskazanych wyżej dwóch przesłanek. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego, czy adwokata ma charakter bezwzględny, stąd wniosek prokuratora mający na celu uczynienie wyłomu w tej zasadzie nie może być traktowany jak zwykła formalność i ograniczać się, w większości do powtórzenia wyrażeń ustawowych i to jeszcze niekompletnych. Uzasadnienie takiego wniosku musi być wnikliwie uargumentowane, z właściwym odniesieniem do materiału dowodowego akt sprawy. Dopiero taki wniosek może być przedmiotem ocen ze strony sądu orzekającego, tak by wydana decyzja miała pełne oparcie zarówno w obowiązujących przepisach, jak i materiale dowodowym sprawy” (postanowienie SA w Katowicach z 17 lutego 2016 r., sygn. akt II AKz 64/16). W ocenie Sejmu zaprezentowane stanowisko jest trafne także w stosunku do zaskarżonego przepisu.

Po czwarte, mimo krytycznej oceny sformułowania „dobra wymiaru sprawiedliwości” w orzecznictwie sądowym nie są formułowane tezy o kwalifikowanym stopniu niedookreślenia tego wyrażenia, uniemożliwiającej stosowanie przepisów, w których nim się posłużono. Nie jest również tak, że owa niedookreśloność uniemożliwia wykładnię tych przepisów bądź też prowadzi do rezultatów, nieakceptowalnych z punktu widzenia gwarancyjnego charakteru norm prawa karnego oraz zasad spójności systemu prawa. W orzecznictwie przyjmuje się, że pod pojęciem dobra wymiaru sprawiedliwości należy przede wszystkim rozumieć potrzebę ustalenia prawdy obiektywnej (postanowienie SN z dnia 15 grudnia 2004 r., III KK 278/04; postanowienie SA w Szczecinie z 29 października 2013 r., sygn. akt II AKz 330/13; wyrok TK z 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, w którym sąd konstytucyjny ujmuje dobro wymiaru sprawiedliwości, relatywizowane do

postępowania karnego, jako „poszukiwanie prawdy o popełnionym czynie i jego sprawcy”).

Należy również przypomnieć, że w wyroku z 22 listopada 2004 r. (sygn. akt SK 64/03) Trybunał Konstytucyjny nie zakwestionował zgodności brzmienia art. 180 § 2 k.p.k. z konstytucyjnym standardem określoności prawa.

7. Należy wreszcie przypomnieć, iż w orzecznictwie konstytucyjnym przyjmuje się, że nie każde użycie klauzuli generalnej albo wyrażenia niedookreślonego stanowi naruszenie wymogów poprawnej legislacji. Trybunał podkreśla, że prawodawca powinien z dużą ostrożnością posługiwać się wszelkiego rodzaju zwrotami niedookreślonymi, choć nie da się nigdy całkowicie wyeliminować tych zwrotów z przepisów prawa obowiązującego (zob. np. wyrok TK w pełnym składzie z 25 maja 2016 r., sygn. akt Kp 2/15). Toteż z samego faktu użycia przez ustawodawcę danego zwrotu niedookreślonego nie można wysnuwać wniosku o niekonstytucyjność przepisu prawa (zob. np. wyrok TK z 23 listopada 2016 r., sygn. akt K 6/14).

8. Mając na uwadze wszystkie poczynione wyżej ustalenia Sejm wnosi o stwierdzenie, że art. 122 ust. 4 ustawy o KAS w zakresie, w jakim nie określa wagi okoliczności, która ma być ustalona na podstawie materiałów mogących zawierać informacje, o których mowa w art. 178a, art. 180 § 2 i art. 180 § 3 k.p.k. **jest zgodny** z art. 2, art. 42 ust. 2, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

## **VI. Podstawy dostępu do danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych (pkt 5 *petitum* wniosku RPO)**

### **VI.1. Przedmiot kontroli**

Artykuł 114 ust. 1 ustawy o KAS: „W celu zapobiegania przestępstwom skarbowym lub przestępstwom, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 14–16, lub wykrywania tych przestępstw oraz wykonania zadań, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 16a, funkcjonariusze wykonujący czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą

uzyskiwać dane niestanowiące treści odpowiednio, przekazu telekomunikacyjnego, przesyłki pocztowej albo przekazu w ramach usługi świadczonej drogą elektroniczną, określone w: 1) art. 180c i art. 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2016 r. poz. 1489, 1579 i 1823), zwane dalej «danymi telekomunikacyjnymi», 2) art. 82 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, zwane dalej „danymi pocztowymi”, 3) art. 18 ust. 1–5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zwane dalej «danymi internetowymi»

– oraz mogą je przetwarzać bez wiedzy i zgody osoby, której dotyczą”.

Artykuł 115 ust. 1 ustawy o KAS: „W celu zapobiegania przestępstwom skarbowym lub przestępstwom, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 14–16, lub wykrywania tych przestępstw oraz wykonania zadań, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 16a, funkcjonariusze wykonujący czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą uzyskiwać: 1) dane z wykazu, o których mowa w art. 179 ust. 9 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, 2) dane, o których mowa w art. 161 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, 3) w przypadku użytkownika, który nie jest osobą fizyczną – numer zakończenia sieci oraz siedzibę lub miejsce wykonywania działalności gospodarczej, firmę lub nazwę i formę organizacyjną tego użytkownika, 4) w przypadku stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej – także nazwę miejscowości oraz ulicy, przy której znajduje się zakończenie sieci udostępnione użytkownikowi – oraz mogą je przetwarzać bez wiedzy i zgody osoby, której dotyczą”.

## **VI. 2. Zarzuty wnioskodawcy**

Zdaniem RPO za niekonstytucyjne należy uznać uregulowanie pozyskiwania i przetwarzania przez KAS danych niestanowiących treści przekazu telekomunikacyjnego, przesyłki pocztowej albo przekazu w ramach usługi świadczonej drogą elektroniczną. Są to tzw. dane: telekomunikacyjne, pocztowe oraz internetowe.

Wnioskodawca stwierdza, że: „Analizując katalog przestępstw, w przypadku których dopuszczalne jest uzyskiwanie i przetwarzanie tych danych, można dostrzec, że jest on nadmiernie szeroki, co wskazuje na przekroczenie granic, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 8 ust. 2 EKPCz” (wniosek RPO, s. 30). Posłużenie się

przez ustawodawcę w zaskarżonych przepisach ogólnego określenia „przestępstwa skarbowe” powoduje w ocenie RPO, że „co najmniej część z tych przestępstw nie spełnia kryterium «wystarczająco poważnych»” (*ibidem*, s. 31).

Rzecznik Praw Obywatelskich wskazuje ponadto, że zakwestionowane przepisy naruszają również „art. 30, 47, 49, 51 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 2 Konstytucji statuującym zasadę ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, a także zasadę określoności przepisów prawa poprzez odwołanie się do definicji pojęcia «dane internetowe», które nie jest jasne i precyzyjne” (*ibidem*, s. 32). W ocenie wnioskodawcy w art. 18 ust. 1-5 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1219, ze zm.), do którego odsyłają zaskarżone przepisy, wymieniane kategorie danych określone są w sposób nazbyt ogólny, „co może powodować niejasności i prowadzić do zbyt szerokiego pojmowania tych pojęć, a w efekcie do nadmiernej ingerencji w prawa podstawowe” (*ibidem*, s. 33).

### **VI.3. Analiza formalnoprawna**

1. Zarzuty postawione przez Rzecznika Praw Obywatelskich ograniczają się do nieprawidłowego wyznaczenia katalogu przestępstw, uzasadniających pozyskiwanie i przetwarzanie danych abonenckich. Analizując przepisy ustawy o KAS wnioskodawca podkreśla, że użyte w art. 114 ust. 1 ogólne pojęcia „przestępstw skarbowych” jest nadmiernie szerokie i przekreśla subsydiarny charakter niejawnego pozyskiwania danych o jednostkach. „Z podobnych względów” za niezgodne z powołanymi wzorcami kontroli należy, zdaniem RPO, uznać pozostałe zaskarżone przepisy. Tak sformułowany i uzasadniony zarzut rzutuje na ewentualny zakres trybunalskiej derogacji w przypadku uznania wątpliwości konstytucyjnych wnioskodawcy za zasadne. Wymaga zauważenia, że uzasadnienie wniosku RPO nie zawiera konstytucyjnej oceny wymienionych przesłanek, a co za tym idzie muszą one pozostać poza granicami zaskarżenia.

Lektura części uzasadnienia wniosku RPO zawierającej argumenty na poparcie omawianego zarzutu przekonuje, że wątpliwości wnioskodawcy nie dotyczą dopuszczalności pozyskiwania danych abonenckich przez wybrane formacje do celów ratowniczych i poszukiwawczych. Rzecznik Praw Obywatelskich nie odnosi się w żaden sposób do tej podstawy niejawnego dostępu do informacji, poprzestając na

analizie zbyt szerokiego katalogu przestępstw (przestępstw skarbowych) zawartego w zakwestionowanym przepisie.

Uzasadnienie wniosku nie zawiera ponadto argumentów na rzecz naruszenia art. 30 Konstytucji i w tym zakresie nie może zostać uznane za podstawę rozpoznania omawianego zarzutu niekonstytucyjności. W tym zakresie postępowanie winno zostać **umorzone** na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

2. W przedmiocie drugiego ze sformułowanych przez Rzecznika zarzutów, dotyczącego niedostatecznej precyzji pojęcia danych internetowych, odnotowania wymaga lakoniczność jego uzasadnienia. Jak już była o tym mowa uzasadnienie zarzutu niekonstytucyjności powinno wykraczać poza przytoczenie literalnego brzmienia przepisów, ich omówienie oraz ogólną konstatację o niezgodności z określonym wzorcem kontroli. W orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny przywiązuje szczególną wagę do należytego uargumentowania zarzutu naruszenia wymogu określoności przepisów prawa, wskazując na konieczność wyjaśnienia przez podmiot inicjujący postępowanie, dlaczego uważa, że zaskarżone wyrażenie jest nieostre i nieprecyzyjne. Sąd konstytucyjny podkreśla także powinność przedstawienia wykładni kwestionowanego wyrażenia oraz przedstawienia argumentów – czy to teoretycznoprawnych, czy to z zakresu stosowania prawa – na poparcie twierdzenia, że zakwestionowane wyrażenie może być rozumiane niejednolicie. W ocenie Trybunału, ograniczenie argumentację do apriorycznych stwierdzeń nie jest wystarczające do spełnienia wymagania należytego uzasadnienia postawionego zarzutu (zob. postanowienie TK z 8 lipca 2013 r., sygn. akt P 11/11; por. wyrok TK z 7 lipca 2015 r., sygn. akt K 47/12).

W ocenie Sejmu wywody Rzecznika w omawianym zakresie nie spełniają warunków należytego uzasadnienia postawionego zarzutu. Wnioskodawca jedynie zasygnalizował brak jasności i precyzji oraz nadmierną ogólność pojęcia „danych internetowych” i przyjętej metody jego zdefiniowania poprzez odesłanie do przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Mając powyższe na uwadze należy wnieść o **umorzenie** postępowania w wymienionym zakresie na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

3. Powołane we wniosku międzynarodowe wzorce kontroli nie wyrażają treści szerszych niż wynikające z odpowiadających im przepisów ustawy zasadniczej. Jak już była o tym mowa, w takiej sytuacji – jak wskazuje dotychczasowy dorobek Trybunału Konstytucyjnego (por. wyroki TK z: 18 października 2004 r., sygn. akt P 8/04; 27 maja 2008 r., sygn. akt P 59/07; 10 lipca 2008 r., sygn. akt P 15/08; 17 grudnia 2008 r., sygn. akt P 16/08, a także odnoszący się w tym względzie do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych wyrok TK z 23 stycznia 2014 r., sygn. akt K 51/12) – należy uznać, że oddzielne orzekanie o zgodności zaskarżonej regulacji z prawem międzynarodowym jest zbędne, co nakazywałoby umorzenie postępowania w tym zakresie na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK.

## **VII. Zasady dostępu do danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych (pkt 6 *petitum* wniosku RPO)**

### **VII.1. Przedmiot kontroli**

Artykuł 114 ust. 3 w związku z art. 114 ust. 2 ustawy o KAS: „W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, udostępnianie danych, o których mowa w ust. 1, odbywa się bez udziału pracowników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, operatora pocztowego lub usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną lub przy niezbędnym ich udziale, jeżeli możliwość taką przewiduje porozumienie zawarte pomiędzy Szefem Krajowej Administracji Skarbowej a tym podmiotem” (ust. 3); „Przedsiębiorca telekomunikacyjny, operator pocztowy oraz usługodawca świadczący usługi drogą elektroniczną udostępniają nieodpłatnie dane, o których mowa w ust. 1: 1) na pisemny wniosek Szefa Krajowej Administracji Skarbowej albo naczelnika urzędu celno-skarbowego; 2) na pisemny wniosek funkcjonariusza wykonującego czynności operacyjno-rozpoznawcze posiadającego pisemne upoważnienie Szefa Krajowej Administracji Skarbowej albo naczelnika urzędu celno-skarbowego do występowania w jego imieniu o udostępnienie danych, o których mowa w ust. 1; 3) za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej funkcjonariuszowi wykonującemu czynności operacyjno-rozpoznawcze posiadającemu pisemne upoważnienie, o którym mowa w pkt 2” (ust. 2).

## VII.2. Zarzuty wnioskodawcy

Wątpliwości RPO budzą przepisy regulujące zawieranie porozumień przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, operatorów pocztowych oraz usługodawców świadczących usługi drogą elektroniczną z Szefem KAS. Przedsiębiorca telekomunikacyjny, operator pocztowy lub usługodawca świadczący usługi drogą elektroniczną udostępnia odpowiednie dane nieodpłatnie. Jednym z prawem przewidzianych sposobów jest udostępnienie danych funkcjonariuszowi danej służby posiadającemu pisemne upoważnienie odpowiedniego organu za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej. W takim wypadku dane udostępnia się bez udziału pracowników podmiotu udostępniającego lub przy niezbędnym ich udziale, jeżeli możliwość taka jest przewidziana w porozumieniu zawartym pomiędzy organem danej służby a tym podmiotem. Zaskarżone przepisy nie określają przesłanek zawarcia wspomnianego porozumienia, „co może oznaczać w praktyce ograniczenie swobody przedsiębiorcy co do odmowy zawarcia porozumienia” (wniosek RPO, s. 34). Także zasada nieodpłatnego udostępniania danych „może prowadzić do ingerencji w swobodę działalności gospodarczej” (*ibidem*, s. 35). Wreszcie stały dostęp KAS do wspomnianych danych narusza – zdaniem RPO – „zasadę demokratycznego państwa prawnego, godność człowieka i wynikające z niej prawo do prywatności, wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się czy w końcu ochronę informacji o samym sobie” (*ibidem*, s. 36). Jak zauważa wnioskodawca: „Trudno bowiem twierdzić, że prywatność i dane osobowe są chronione w sytuacji, gdy bez ściśle określonych przesłanek i bez realnej kontroli mogą być pobierane przez funkcjonariuszy KAS. Niemożliwe jest wykazanie konieczności i proporcjonalności takich regulacji” (*ibidem*).

## VII.3. Analiza formalnoprawna

W ocenie Sejmu dopuszczalność merytorycznego rozpoznania zarzutu wyrażonego w pkt 6 *petitum* wniosku RPO budzi poważne wątpliwości. W pierwszej kolejności należy podkreślić lakoniczność argumentów przedstawionych przez wnioskodawcę. Co więcej część wypowiedzi RPO zdaje się odnosić do innych niż ujęte jako przedmiot zaskarżenia regulacji i powielać krytyczne oceny wyrażone w ramach innych zarzutów niekonstytucyjności zawartych we wniosku Rzecznika.



Spośród zarzutów odnoszących się do zawartości normatywnej zaskarżonych przepisów należy wskazać dwa podstawowe. Po pierwsze, Rzecznik podnosi, że zaskarżone przepisy nie określają przesłanek zawarcia porozumienia, „co może oznaczać w praktyce ograniczenie swobody przedsiębiorcy co do odmowy zawarcia porozumienia”. Po drugie, zarzuca brak konstytucyjności obowiązku nieodpłatnego udostępniania danych. W ocenie RPO może to bowiem prowadzić do ingerencji w zasadę swobody działalności gospodarczej poprzez ograniczenie możliwości swobodnego podejmowania działań faktycznych i prawnych w ramach prowadzonej działalności. Po trzecie wskazuje, że „porozumienia spowodują budowę stałej infrastruktury tzw. stałych łącz, dzięki którym funkcjonariusze KAS, bez udziału pracowników usługodawcy lub jedynie przy niezbędnym ich udziale, będą mogli w dowolnym zakresie pozyskiwać dane [...]” (*ibidem*, s. 35). Ten zarzut wydaje się natomiast mieć charakter pochodny wobec dostrzeganych przez Rzecznika niedostatków zaskarżonych ustaw w zakresie ścisłego określenia przesłanek dostępu do danych oraz mechanizmu realnej kontroli ich pozyskiwania. W takim bowiem kontekście Rzecznik wskazuje na nadmierną ingerencję w prawo do prywatności i autonomii informacyjnej opisanego modelu dostępu KAS do danych telekomunikacyjnych, internetowych i pocztowych.

Jak widać, argumenty Rzecznika ograniczają się do zasygnalizowania potencjalnej ingerencji w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej. Wnioskodawca poprzestaje jednak na powyższej konstatacji nie rozwijając tych wątków. Nie wskazuje przy tym konkretnych argumentów uzasadniających wadliwość konstytucyjną zaskarżonych przepisów. Ponadto w żaden sposób nie odnosi się do wyrażonej w art. 22 Konstytucji dopuszczalności wprowadzania ograniczeń wolności działalności gospodarczej ze względu na ważny interes publiczny. Skrótowość wyводу wnioskodawcy zdaje się wręcz sugerować niedopuszczalność wprowadzenia jakichkolwiek ograniczeń (nawet potencjalnych) w tej sferze. Nie ulega przy tym wątpliwości, że wnioskodawca dostrzega wagę okoliczności, które stoją za potrzebą przyznania KAS uprawnień do niejawnego pozyskiwania informacji o jednostkach. We wstępnej części wniosku, zawierającej uwagi ogólne, nieprzypisane poszczególnym zarzutom RPO uznaje oczywistą przydatność stosowania technik niejawnego pozyskiwania informacji. W tym kontekście tym wyraźniej rysują się niedostatki argumentacyjne omawianego zarzutu. Zaprezentowana argumentacja pomija bowiem nieodłączny udział podmiotów

zatrzymujących i udostępniających określone dane, a ten wymusza – zdaniem Sejmu – odpowiednie przedstawienie zarzutów niekonstytucyjności wymierzonych w przepisy regulujące praktyczne aspekty wykonywania obowiązków nakładanych na dostawców usług i odpowiadających im kompetencji KAS.

Wobec powyższego Sejm wnosi o **umorzenie** postępowania w zakresie badania zaskarżonych przepisów ze względu na uchybienie przez wnioskodawcę obowiązkowi przedstawienia argumentów na poparcie postawionego zarzutu.

## **VIII. Kontrola udostępniania danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych (pkt 7 *petitum* wniosku RPO)**

### **VIII.1. Przedmiot kontroli**

1. Artykuł 116 ustawy o KAS: „Kontrolę nad uzyskiwaniem danych telekomunikacyjnych, danych pocztowych lub danych internetowych sprawuje sąd okręgowy właściwy dla siedziby organu KAS, któremu udostępniono te dane” (ust. 1); „Organ KAS, o którym mowa w ust. 1, przekazuje sądowi okręgowemu w okresach półrocznych, sprawozdanie obejmujące: 1) liczbę przypadków pozyskania w okresie sprawozdawczym danych telekomunikacyjnych, danych pocztowych lub danych internetowych oraz rodzaj tych danych; 2) kwalifikacje prawne czynów, w związku z zaistnieniem których wystąpiono o dane telekomunikacyjne, dane pocztowe lub dane internetowe” (ust. 2); „W ramach kontroli, o której mowa w ust. 1, sąd okręgowy może zapoznać się z materiałami uzasadniającymi udostępnienie danych telekomunikacyjnych, danych pocztowych lub danych internetowych” (ust. 3); „Sąd okręgowy informuje organ KAS, o którym mowa w ust. 1, o wyniku kontroli w terminie 30 dni od jej zakończenia” (ust. 4); „Kontroli, o której mowa w ust. 1, nie podlega uzyskiwanie danych na podstawie art. 115 ust. 1” (ust. 5); „Naczelnik urzędu celno-skarbowego niezwłocznie przekazuje Szefowi Krajowej Administracji Skarbowej informacje o wyniku kontroli, o którym mowa w ust. 4” (ust. 6).

2. Wnioskodawca zakwestionował wskazany przepis w zakresie, w jakim nie przewiduje wprowadzenia mechanizmu niezależnej i rzeczywistej kontroli udostępniania danych.

## **VIII.2. Zarzuty wnioskodawcy**

Rzecznik kwestionuje konstytucyjność sądowej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych. Kontrolę tę sprawuje sąd okręgowy właściwy dla siedziby organu KAS, któremu w okresach półrocznych, organ KAS przekazuje sprawozdanie obejmujące: liczbę przypadków pozyskania w okresie sprawozdawczym danych telekomunikacyjnych, pocztowych lub internetowych oraz rodzaj tych danych; kwalifikacje prawne czynów, w związku z zaistnieniem których wystąpiono o dane telekomunikacyjne, pocztowe lub internetowe.

Wnioskodawca zwraca uwagę, że w wypadku zaskarżonego przepisu, „ustawodawca nie podjął się żadnego wyważenia potrzeby wprowadzenia uprzedniej kontroli, a ponadto – w odniesieniu do kontroli następczej – skonstruował ją w ten sposób, że w praktyce może mieć ona charakter teoretyczny [...] Przeprowadzenie czynności kontrolnych przez sąd jest bowiem fakultatywne, nie zaś obligatoryjne. Ponadto, sąd po przeprowadzeniu kontroli może jedynie poinformować kontrolowany organ KAS o wynikach kontroli, ale nie może zarządzić zniszczenia zgromadzonych danych” (wniosek RPO, s. 39). Podsumowując ten wątek swoich rozważań wnioskodawca stwierdza: „Kontrola następcza nie powinna być stosowana domyślnie, lecz może być dopuszczalna jedynie wyjątkowo, w sytuacjach, w których zachodzi potrzeba natychmiastowego działania służb” (*ibidem*).

Zastrzeżenia RPO budzi ponadto zbyt szeroki katalog danych, których uzyskiwanie nie podlega omówionym mechanizmom kontrolnym: „[...] ustawa o KAS spod jakiegokolwiek kontroli wyłącza pozyskiwanie danych nie tylko określonych w art. 179 ust. 9 Prawa telekomunikacyjnego, co znacząco poszerza zakres dostępu do danych wyłączonych spod jakiegokolwiek kontroli. W szczególności art. 161 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego zawiera odniesienie do bliżej nieokreślonych «innych danych»” (*ibidem*, s. 40).

## **VIII.3. Analiza formalnoprawna**

Wymaga odnotowania, że w części wniosku zawierającej uzasadnienie omawianego zarzutu wnioskodawca nie rozwija odrębnej argumentacji wykraczającej poza uwagi odnośnie do zgodności zaskarżonego przepisu z konstytucyjnymi

wzorcami kontroli. Co prawda odwołuje się do rozważań i ocen dokonanych przez TSUE w wyroku z 8 kwietnia 2014 r. (sygn. akt C-293/12), jednakże nie zestawia ich w sposób analityczny i konkluzywny ze standardem konstytucyjnym rekonstruowanym na potrzeby niniejszego postępowania w oparciu o wyrok TK z 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11).

Argumentacja przedstawiana przez Rzecznika na poparcie niezgodności z powoływanymi konstytucyjnymi wzorcami kontroli ma charakter postulatów *de lege ferenda*, nieukierunkowanych na wykazanie niezgodności z Konstytucją regulacji już obowiązujących – w związku z czym nie może być przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Sejm wnosi o **umorzenie** postępowania na podstawie 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku w części obejmującej zaskarżony we wniosku przepis.

## **IX. Obowiązek poinformowania jednostki o pozyskaniu i przetwarzaniu dotyczących jej danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych; określenie katalogu podmiotów, których dane dotyczą oraz czasu przetwarzania danych (pkt 8 *petitum* wniosku RPO)**

### **IX.1. Przedmiot kontroli**

1. Artykuł 114 ustawy o KAS: „W celu zapobiegania przestępstwom skarbowym lub przestępstwom, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 14–16, lub wykrywania tych przestępstw oraz wykonania zadań, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 16a, funkcjonariusze wykonujący czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą uzyskiwać dane niestanowiące treści odpowiednio, przekazu telekomunikacyjnego, przesyłki pocztowej albo przekazu w ramach usługi świadczonej drogą elektroniczną, określone w: 1) art. 180c i art. 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2016 r. poz. 1489, 1579 i 1823), zwane dalej «danymi telekomunikacyjnymi», 2) art. 82 ust. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, zwane dalej «danymi pocztowymi», 3) art. 18 ust. 1–5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zwane dalej «danymi internetowymi» – oraz mogą je przetwarzać bez wiedzy i zgody osoby, której dotyczą” (ust. 1); „Przedsiębiorca telekomunikacyjny, operator pocztowy oraz

usługodawca świadczący usługi drogą elektroniczną udostępniają nieodpłatnie dane, o których mowa w ust. 1: 1) na pisemny wniosek Szefa Krajowej Administracji Skarbowej albo naczelnika urzędu celno-skarbowego; 2) na pisemny wniosek funkcjonariusza wykonującego czynności operacyjno-rozpoznawcze posiadającego pisemne upoważnienie Szefa Krajowej Administracji Skarbowej albo naczelnika urzędu celno-skarbowego do występowania w jego imieniu o udostępnienie danych, o których mowa w ust. 1; 3) za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej funkcjonariuszowi wykonującemu czynności operacyjno-rozpoznawcze posiadającemu pisemne upoważnienie, o którym mowa w pkt 2” (ust. 2); „W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, udostępnianie danych, o których mowa w ust. 1, odbywa się bez udziału pracowników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, operatora pocztowego lub usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną lub przy niezbędnym ich udziale, jeżeli możliwość taką przewiduje porozumienie zawarte pomiędzy Szefem Krajowej Administracji Skarbowej a tym podmiotem” (ust. 3); Udostępnienie danych, o których mowa w ust. 1, może nastąpić za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej, jeżeli sieć ta zapewnia: 1) możliwość ustalenia funkcjonariusza wykonującego czynności operacyjno-rozpoznawcze uzyskującego dane, ich rodzaju oraz czasu, w którym zostały uzyskane; 2) zabezpieczenie techniczne i organizacyjne uniemożliwiające osobie nieuprawnionej dostęp do danych” (ust. 4); „Szef Krajowej Administracji Skarbowej i naczelnik urzędu celno-skarbowego prowadzą rejestry wystąpień o uzyskanie danych telekomunikacyjnych, danych pocztowych i danych internetowych zawierające informacje identyfikujące jednostkę organizacyjną KAS i funkcjonariusza wykonującego czynności operacyjno-rozpoznawcze uzyskującego te dane, ich rodzaj, cel uzyskania oraz czas, w którym zostały uzyskane. Rejestr prowadzi się w formie elektronicznej, z zachowaniem przepisów o ochronie informacji niejawnych” (ust. 5).

2. Wnioskodawca zakwestionował wskazany przepis w zakresie, w jakim nie wskazuje kategorii osób, których dane mogą być pozyskiwane w sposób określony w ustawie, nie reguluje obowiązków informacyjnych wobec osób, których dane były pozyskiwane oraz nie określa czasu, przez który uprawnione podmioty mogą przetwarzać pozyskane dane.

## **IX.2. Zarzuty wnioskodawcy**

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich ustawodawca pominął uregulowanie materii, która z uwagi na standard konstytucyjny oraz wynikający z powołanych jako wzorce kontroli aktów prawa międzynarodowego i wspólnotowego powinna się znaleźć w zaskarżonych przepisach. Chodzi tu o uzupełnienie regulacji dotyczących uzyskiwania i przetwarzania danych telekomunikacyjnych, pocztowych oraz internetowych o: obowiązek poinformowania jednostki o podjętych wobec niej działaniach, tj. o pozyskaniu i przetwarzaniu danych, szczegółowe określenie kategorii podmiotów, wobec których mogą być podejmowane czynności operacyjno-rozpoznawcze, wreszcie o wyznaczenie okresu, przez który uprawnione podmioty mogą przetwarzać pozyskane dane. W odniesieniu do ostatniej wymienionej kwestii RPO podnosi, że: „Nie został [...] uregulowany sposób postępowania z danymi, które dla określonego postępowania miały znaczenie i zostały w nim wykorzystane, w tym kwestia weryfikacji potrzeby ich dalszego przetwarzania. O ile do czasu przechowywania danych włączonych w akta postępowania odnosić się będą przepisy szczególne, o tyle brak jest regulacji określających okres retencji danych przetwarzanych w systemach prowadzonych przez KAS. W praktyce może prowadzić to do nieuzasadnionego, bezterminowego przetwarzania danych. Okres przetwarzania danych [...] powinien zatem być określony w sposób precyzyjny tak, aby wyeliminować ryzyko nadużyć istniejące wobec faktu, że nie przewidziano zewnętrznej kontroli niezbędności dalszego przetwarzania danych do realizacji ustawowych zadań” (wniosek RPO, s. 41-42).

## **IX.3. Analiza formalnoprawna**

1. Rzecznik Praw Obywatelskich sformułował trzy zarzuty pod adresem przepisu ujętego w pkt 8 *petitum* swojego wniosku. W pierwszej kolejności należy zatem odnieść się do dopuszczalności merytorycznego rozpoznania każdego z nich.

2. W ocenie Sejmu zarzuty dotyczące nieokreślenia przez ustawodawcę: 1) kategorii podmiotów wobec których mogą być podejmowane czynności operacyjno-rozpoznawcze oraz 2) obowiązków informacyjnych wobec osób, których dane były pozyskiwane nie może zostać merytorycznie rozpoznany przez Trybunał

Konstytucyjny. Jak już to wielokrotnie wspomniano na wnioskodawcy ciąży procesowy obowiązek poparcia wysuniętego zarzutu. Sygnalizowane przez Rzecznika pominięcie nie znajduje natomiast należytego rozwinięcia w warstwie argumentacyjnej wniosku, RPO poprzestał bowiem na jednozdaniowej konstatacji zbieżnej treściowo z zakresem zaskarżenia zawartym w *petitum* wniosku. Nie można zatem przyjąć, że w omawianym wypadku mamy do czynienia z dochowaniem przez wnioskodawcę formalnych wymogów postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że podobny zarzut został wysunięty przez Rzecznika w postępowaniu przed Trybunałem o sygn. akt K 23/11. Jak zreferował Trybunał Konstytucyjny: „Rzecznik Praw Obywatelskich we wniosku z 1 sierpnia 2011 r., kwestionując przepisy o gromadzeniu i przetwarzaniu danych telekomunikacyjnych, również wskazał na niepełność regulacji. W jego ocenie, ustawodawca nie wyłączył w zakwestionowanych przepisach żadnej kategorii osób korzystających z sieci teleinformatycznych z kręgu podmiotów, których dane mogą być pozyskane. W szczególności nie są, zdaniem Rzecznika, uwzględnione szczególne rygory ochrony informacji objętych tajemnicami zawodowymi (adwokacką, notarialną, radcy prawnego, dziennikarską, lekarską – *vide*: art. 180 § 2 k.p.k.), których zniesienie jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a określonej okoliczności nie można ustalić na podstawie innych dowodów”. Argumentacja przedstawiona przez Rzecznika nie została jednak uznana przez sąd konstytucyjny za wystarczającą do merytorycznego rozpoznania wniosku w tym zakresie: „Poza ogólnie sformułowaniem zarzutem, Rzecznik nie przywołał żadnych argumentów na jego poparcie. Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich nie spełnia w powyższym zakresie wymagań formalnych wynikających z art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK, czyli nie zawiera uzasadnienia z powołaniem dowodów na poparcie postawionego zarzutu. Tym samym postępowanie w powyższym zakresie także podlega umorzeniu” (wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

Wnioskodawca powinien określić zarzut niezgodności z Konstytucją z jednoczesnym wskazaniem przedmiotu i wzorców kontroli oraz sformułowaniem uzasadnienia. Zdaniem Sejmu uzasadnienie wniosku RPO nie spełnia określonych w ustawie o TK wymogów, jakim powinno odpowiadać uzasadnienie wniosku, kierowanego do Trybunału Konstytucyjnego. Samo wskazanie w *petitum* wniosku

RPO wzorca kontroli, bez szczegółowego odniesienia się w uzasadnieniu do kwestionowanej regulacji prawnej, nie może zostać uznane za uzasadnienie zarzutu niezgodności przedmiotu kontroli ze wskazanym wzorcem kontroli, z powołaniem się argumentów lub dowodów na jego poparcie, w rozumieniu ustawy o TK. Ponadto wnioskodawca formułując zarzut nieproporcjonalnego ograniczenia praw i wolności jednostki, określonych w art. 47, 49, 51 ust. 2-4 Konstytucji, jednocześnie nie dokonał testu proporcjonalności, pomimo iż jako związkowy wzorzec kontroli zaskarżonych przepisów wskazał art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Mając na uwadze powyższe Sejm wnosi o **umorzenie** postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku w części obejmującej kontrolę przepisu w zakresie, „w jakim nie wskazuje kategorii osób, których dane mogą być pozyskiwane w sposób określony w ustawie i nie reguluje obowiązków informacyjnych wobec osób, których dane były pozyskiwane”.

3. Wątpliwości Rzecznika wiążą się także z nieuregulowaniem przez ustawodawcę problematyki dotyczącej czasu przetwarzania pozyskanych danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych.

W tym miejscu należy doprecyzować zakres zaskarżenia oraz ocenić trafność oraz poprawność określenia wzorców kontroli. Lektura uzasadnienia wniosku RPO prowadzi do wniosku, że kwestionuje on brak stosownej regulacji określającej czas przechowywania przez KAS pozyskanych danych telekomunikacyjnych, pocztowych, internetowych. Brak stosownej regulacji w tym zakresie powoduje w ocenie Rzecznika, że w praktyce KAS będzie mogła przechowywać je w swoich systemach bezterminowo.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do dopuszczalności merytorycznego rozpoznania przez sąd konstytucyjny wniosku RPO. Trybunał Konstytucyjny dopuszcza bowiem w swoim orzecznictwie orzekanie odnośnie do tzw. pominięcia prawodawczego, odróżniając je od zaniechania ustawodawczego, które nie podlega jego kognicji.

Zaniechaniem jest całkowity brak regulacji danej kwestii (jej jakościowa odmienność od materii unormowanych w zaskarżonym przepisie). Jej uregulowanie w sposób niepełny (niewystarczający, niekompletny, przy założeniu jakościowej tożsamości brakujących elementów z elementami ujętymi w zaskarżonym przepisie)



stanowi zaś pominięcie prawodawcze (zwane także zaniechaniem względnym albo częściowym). Może ono być badane przez Trybunał – jednak tylko wtedy, gdy na poziomie Konstytucji istnieje „norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej” (postanowienie TK z 1 marca 2010 r., sygn. akt SK 29/08), czyli w danym obszarze obowiązuje konstytucyjny nakaz uregulowania kwestii pominiętych w określony sposób. W celu ustalenia, że w danym wypadku występuje pominięcie legislacyjne, a więc że regulacja prawna jest fragmentaryczna, konieczna jest jakościowa tożsamość (albo przynajmniej daleko idące podobieństwo) materii unormowanych w danym przepisie i tych, które pozostawiono poza jego zakresem (zob. m.in. wyroki TK z: 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt SK 48/13; 3 czerwca 2014 r., sygn. akt K 19/11; 2 grudnia 2014 r., sygn. akt SK 7/14). W przypadku pominięcia regulacja prawna została wydana i obowiązuje, ale jej zakres jest niepełny lub zbyt wąski. Wtedy Trybunał może orzekać nie tylko o treści aktu prawnego, ale również o tym, co ustawodawca pominął, a powinien był uregulować, by zostały spełnione wymogi konstytucyjne (por. m.in. postanowienia TK z: 2 grudnia 2014 r., sygn. akt SK 7/14; 13 stycznia 2015 r., sygn. akt SK 17/13). Regulacja „może być uznana za zawierającą unormowanie niepełne w sytuacji, gdy z punktu widzenia zasad konstytucyjnych ma zbyt wąski zakres zastosowania albo pomija treści istotne z punktu widzenia przedmiotu i celu tej regulacji. Ocena, czy ustawodawca dopuścił się pominięcia prawodawczego, wymaga więc a *casu ad casum* zbadania danego unormowania w kontekście wzorców i wartości konstytucyjnych, które ze względu na naturę tej regulacji muszą zostać poszerzone o daną kategorię podmiotów lub zachowań. To znaczy, że z norm konstytucyjnych da się odtworzyć wzorzec instytucji prawnej kształtowanej w akcie normatywnym, lecz instytucja w akcie tym ukształtowana konstytucyjnemu wzorcowi nie odpowiada [...]. Niezbędnym warunkiem tej analizy jest ustalenie, że w określonej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość materii unormowanych w danym przepisie i tych pozostawionych poza jego zakresem, gdyż zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieuregulowanych z materiałami, które znalazły swój wyraz w treści kwestionowanego przepisu, może spowodować wykroczenie przez Trybunał poza sferę kontroli prawa” (wyrok TK z 18 czerwca 2013 r., sygn. akt SK 1/12). W ocenie sądu konstytucyjnego wystąpienie pominięć prawodawczych jest prawdopodobne zwłaszcza w wypadku regulacji sprawiających wrażenie przypadkowych (np. pozostawionych z poprzedniej

wersji przepisu), absurdalnych albo oczywiście dysfunkcyjnych (zob. np. wyrok TK z 13 listopada 2007 r., sygn. akt P 42/06).

Skuteczne zakwestionowanie pominięcia prawodawczego wymaga od podmiotu inicjującego postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym także wyjątkowej staranności i zaangażowania: „[...] postawione zarzuty muszą być precyzyjne i nie mogą polegać na wskazaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby wnioskodawcę. Gdyby istniała możliwość zaskarżenia przepisu pod zarzutem, iż nie zawiera on regulacji, które w przekonaniu wnioskodawcy winny się w nim znaleźć, każdą ustawę lub dowolny jej przepis można byłoby zaskarżyć w oparciu o tego rodzaju przesłankę negatywną. Gdyby ustawodawca uznał za celowe takie ukształtowanie kompetencji Trybunału Konstytucyjnego, zawarłby stosowną normę w Ustawie Zasadniczej [...]” (wyrok TK z 19 listopada 2001 r., sygn. akt K 3/00).

Rzecznik nie odniósł się do, wskazanych wyżej, ugruntowanych w orzecznictwie konstytucyjnym, kryteriów rozróżnienia pominięcia od zaniechania prawodawczego. Zdaniem Sejmu materia uregulowana w art. 114 ustawy o KAS jest jedynie zbliżona do materii, którą wnioskodawca ocenił jako pominiętą, gdyż treść zaskarżonego przepisu dotyczy: 1) trybu uzyskiwania przez KAS danych telekomunikacyjnych, danych pocztowych lub internetowych oraz 2) sposobu postępowania z uzyskanymi w tym trybie danymi. Wnioskowane przez Rzecznika wprowadzenie obowiązku określenia czasu, przez który uprawnione podmioty mogą przetwarzać pozyskane dane to materia, która nie wchodzi w zakres trybu uzyskiwania i wykorzystania danych (o których mowa w zaskarżonym przepisie) ponieważ dotyczy procedury ze zbiorami danych już zgromadzonych w ramach działań kontrolnych. Brak uregulowania wyżej wskazanej kwestii – zdaniem Sejmu – nie ma charakteru pominięcia, a stanowi zaniechanie ustawodawcze, które nie podlega kognicji Trybunału.

4. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia należy przyjąć, iż postępowanie w sprawie kontroli zgodności art. 114 ustawy o KAS w zakresie, w jakim nie określa czasu, przez który uprawnione podmioty mogą przetwarzać pozyskane dane, z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji podlega **umorzeniu** na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK. W odniesieniu do pozostałych wzorców kontroli uzasadnienie nie może zostać uznane za spełniające formalne wymagania wyrażone

w ustawie o TK, toteż zasadny jest wniosek o **umorzenie** postępowania w tym zakresie ze względu niedopuszczalność wydania wyroku.

MARSZAŁEK SEJMU

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marek Kuchciński', written in a cursive style.

Marek Kuchciński