SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
Sygn. akt K 32/15
BAS-WPTK-110/15

Warszawa, dnia 23 lutego 2017 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
K A N C E L A R I A
wpł. dnia 23. 02. 2017
L.dz. ..... L. zał. .....

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. z 2016 r., poz. 2072), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosków: Prokuratora Generalnego z 12 listopada 2015 r. (sygn. akt K 32/15) oraz Rzecznika Praw Obywatelskich z 4 grudnia 2015 r. (sygn. akt K 41/15), połączonych do rozpoznania pod wspólną sygnaturą akt K 32/15, jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że:

1) art. 19 ust. 1a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1782 ze zm.), art. 9e ust. 1a ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1643 ze zm.), art. 36c ust. 1a ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 720 ze zm.), art. 31 ust. 1a ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1483 ze zm.), art. 27 ust. 1a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1897 ze zm.), art. 17 ust. 1a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1310 ze zm.), art. 31 ust. 1a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1318 ze zm.) – w zakresie, w jakim ograniczają przekazanie właściwemu sądowi materiałów wyłącznie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej, **są zgodne** z art. 45 ust. 1 Konstytucji;

2) art. 27 ust. 9 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu i art. 31 ust. 7 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego w zakresie, w jakim nie przewidują górnej granicy

czasu stosowania kontroli operacyjnej, **są zgodne** z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, zaś art. 17 ust. 9 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym w brzmieniu obowiązującym do 7 lutego 2016 r. w zakresie, w jakim nie przewiduje górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej, **jest niezgodny** z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Ponadto wnoszę o **umorzenie postępowania**:

1) w części obejmującej kontrolę zarzutów podniesionych we wniosku Prokuratora Generalnego z 12 listopada 2015 r. (sygn. akt K 32/15) na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 1 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, ze względu na cofnięcie wniosku;

2) w części obejmującej kontrolę przepisów wskazanych w pkt 2 *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 4 grudnia 2015 r. (sygn. akt K 41/15) na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, ze względu na utratę mocy obowiązującej zakwestionowanych przepisów;

3) 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 wstępne

W dniu 19 listopada 2015 r. do Kancelarii Sejmu wpłynęło zawiadomienie Prezesa Trybunału Konstytucyjnego o wszczęciu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie wniosku Prokuratora Generalnego (dalej również: PG) z 12 listopada 2015 r. (sygn. akt K 32/15). Pismem z 15 grudnia 2015 r. Prezes Trybunału Konstytucyjnego poinformował Sejm o wpłynięciu do Trybunału wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej również: RPO, Rzecznik) z 4 grudnia 2015 r. (sygn. akt K 41/15) oraz jego połączeniu z wnioskiem Prokuratora Generalnego w celu łącznego rozpoznania pod wspólną sygn. akt K 32/15.

Prokurator Generalny zakwestionował zgodność z art. 2 Konstytucji: 1) art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1782 ze zm.; dalej: ustawa o Policji) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 3, pomija prokuratora, jak również pomija tegoż prokuratora w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 15c tego artykułu; 2) art. 9e ust. 19 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1643 ze zm.; dalej: ustawa o Straży Granicznej) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 4, pomija prokuratora, jak również pomija prokuratora w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 16c tego artykułu; 3) art. 36c ust. 14 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 720 ze zm.; dalej: ustawa o kontroli skarbowej) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 2, pomija Prokuratora Generalnego, jak również pomija Prokuratora Generalnego w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w art. 36d ust. 1c; 4) art. 31 ust. 19 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1483 ze zm.; dalej: ustawa o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa

w ust. 4, pomija prokuratora, jak również pomija tegoż prokuratora w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 16c tego artykułu; 5) art. 27 ust. 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1897 ze zm.; dalej: ustawa o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, ustawa o ABW oraz AW) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 3, pomija Prokuratora Generalnego, jak również pomija Prokuratora Generalnego w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 15c tego artykułu; 6) art. 17 ust. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1310 ze zm.; dalej: ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, ustawa o CBA) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 3, pomija Prokuratora Generalnego, jak również pomija Prokuratora Generalnego w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 15c tegoż artykułu; 7) art. 31 ust. 10 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1318 ze zm.; dalej: ustawa o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, ustawa o SKW oraz SWW) w zakresie, w jakim pomija możliwość złożenia przez Prokuratora Generalnego zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 14c tego artykułu.

Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł o stwierdzenie niezgodności trzech grup przepisów.

W ramach pierwszej grupy RPO zarzucił niezgodność: 1) art. 19 ust. 1a ustawy o Policji; 2) art. 27 ust. 1a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu; 3) art. 17 ust. 1a ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym; 4) art. 9e ust. 1a ustawy o Straży Granicznej; 5) art. 36c ust. 1a ustawy o kontroli skarbowej; 6) art. 31 ust. 1a ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego; 7) art. 31 ust. 1a ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych – w zakresie, w jakim przepisy te ograniczają przekazanie właściwemu sądowi materiałów wyłącznie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej – z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Gdy idzie o drugą grupę przepisów, Rzecznik wniósł o stwierdzenie niezgodności: 1) art. 19 ust. 9 ustawy o Policji; 2) art. 27 ust. 9 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu; 3) art. 17 ust. 9 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym; 4) art. 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej; 5) art. 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej; 6) art. 31 ust. 7 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego; 7) art. 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych – w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej – z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Trzeci zarzut postawiony przez RPO dotyczy niezgodności: 1) art. 19 ust. 20 ustawy o Policji; 2) art. 27 ust. 11a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu; 3) art. 17 ust. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym; 4) art. 9e ust. 19 ustawy o Straży Granicznej; 5) art. 36c ust. 14 ustawy o kontroli skarbowej; 6) art. 31 ust. 10 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego; 7) art. 31 ust. 19 o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych – w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują 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 wniesienia przez tę osobę zażalenia na to postanowienie – z art. 45 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji.

II. Kontrola operacyjna – uwagi ogólne

1. 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. np. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 320 i n. – 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). Pozaprocesowy charakter jest ich cechą istotną (B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 1983, s. 23). Czynności operacyjnorozpoznawcze 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 zapewnienie 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".

2. Wnioski RPO oraz PG dotyczą specyficznej instytucji zaliczanej do czynności operacyjno-rozpoznawczych, a mianowicie kontroli operacyjnej. Kontrola operacyjna jest instytucją do pewnego stopnia zunifikowaną, tzn. uregulowaną analogicznie we wszystkich aktach prawnych przyznających kompetencję do jej prowadzenia służbom i organom policyjnym. Jednym z przejawów takiego ujednolicenia jest katalog czynności podejmowanych w ramach owej kontroli, która polega na niejawnym: 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 transportu 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. Pojęcie kontroli operacyjnej jest więc bardzo pojemne. Taka kontrola umożliwia pozyskiwanie różnego rodzaju informacji o jednostce, przede wszystkim związanych z komunikowaniem się (treść korespondencji lub rozmów, zawartość przesyłek) i innymi formami przekazywania wiadomości. Mając powyższe na uwadze, Trybunał przyjął w wyroku z 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11), że przepisy regulujące kontrolę operacyjną umożliwiają m.in. podsłuch osób i pomieszczeń, w tym rozmów za pośrednictwem telefonii stacjonarnej, bezprzewodowej (komórkowej) i internetowej, pozyskiwanie treści wiadomości tekstowych i multimedialnych przesyłanych za pomocą urządzeń telefonicznych oraz innych urządzeń służących do komunikowania się na odległość, stosowanie urządzeń rejestrujących położenie osób i rzeczy wykorzystujących nawigację satelitarną lub przechwytywanie ulotu elektromagnetycznego (zob. J. Kudła, *Wybrana problematyka czynności operacyjno-rozpoznawczych na tle uwag de lege ferenda projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych* [w:] *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Nowoczesne technologie i praca*

operacyjna, red. L. Paprzycki, Z. Rau, Warszawa 2009, s. 533-534; J. Widacki, *Kryminalistyka*, Warszawa 2012, s. 135-137).

Kontrola operacyjna ma charakter subsydiarny. Może być zatem zarządzona tylko wtedy, gdy inne środki okazały się bezskuteczne lub są nieprzydatne. Przez pojęcie „innych środków" należy rozumieć pozostałe formy czynności operacyjno-rozpoznawczych, niebędące kontrolą operacyjną. Można w tym miejscu przykładowo wskazać na: pozyskiwanie danych bankowych, danych osobowych, posługiwanie się tajnym współpracownikiem, obserwację miejsc publicznie dostępnych. „Bezskuteczność" oznacza nieprzynoszenie spodziewanych rezultatów, zaś „nieprzydatność" – brak możliwości osiągnięcia zamierzonych celów za pomocą określonego środka. Jak przyjmuje się w piśmiennictwie, wnosząc o zarządzenie kontroli operacyjnej, właściwy organ ma wykazać bezskuteczność dotychczasowych działań lub uprawdopodobnić nieprzydatność tradycyjnych metod analizy kryminalnej (zob. W. Kozielewicz, *Postępowanie w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej* [w:] *Praktyczne elementy...*, s. 511).

3. Obszernego podsumowania dorobku doktryny prawa oraz orzecznictwa sądów międzynarodowych, a także podtrzymania i rozwinięcia trybunalskiego *acquis* w zakresie regulacji dotyczących czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym kontroli operacyjnej, Trybunał Konstytucyjny dokonał w, wydanym w pełnym składzie, wyroku z 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11). W pierwszej kolejności należy zatem odwołać się do poczynionych tam ustaleń, które będą stanowić płaszczyznę odniesienia dla szczegółowych rozważań prowadzonych w dalszej części niniejszego stanowiska.

Na tle swoich dotychczasowych ustaleń Trybunał skatalogował konieczne elementy ustawowej regulacji czynności operacyjno-rozpoznawczych (niejawnego pozyskiwania przez władze publiczne informacji o jednostkach).

Po pierwsze, to ustawa ma precyzować przedmiotowe przesłanki zarządzenia takich czynności. Ustawodawca zobowiązany jest wobec tego zdefiniować zamknięty i możliwie 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. Według Trybunału, najbardziej pożądanym rozwiązaniem z konstytucyjnego punktu widzenia jest uregulowanie rodzajów środków służących niejawnemu pozyskiwaniu informacji o jednostkach w ustawie.

Po trzecie, ustawa ma precyzować maksymalny czas prowadzenia niejawnych czynności, po upływie którego dalsze ich prowadzenie jest już niedopuszczalne. Nie jest rolą Trybunału Konstytucyjnego, jako sądu prawa, określanie, jak długi ma być to termin.

Po czwarte, w ustawie ma być uregulowana procedura zarządzania czynności operacyjno-rozpoznawczych, włączając 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 komisyjnemu zniszczeniu, z uwagi na ich zbędność lub nieprzydatność.

III. Uprawnienie prokuratora do inicjowania kontroli instancyjnej w zakresie kontroli operacyjnej (wniosek PG)

III.1. Zarzuty wnioskodawcy

Przepisy zakwestionowane przez PG stanowią, że prawo zaskarżenia postanowienia wydanego przez sąd okręgowy w przedmiocie wniosku o zatwierdzenie działań z zakresu kontroli operacyjnej zarządzonych – w wypadkach niecierpiących zwłoki – przez właściwy organ danej służby mundurowej lub specjalnej (po uzyskaniu zgody właściwego prokuratora), jak również postanowienia sądu okręgowego w przedmiocie zgody na wykorzystanie w postępowaniu karnym

dowodu uzyskanego w wyniku stosowania kontroli operacyjnej dotyczącego przestępstwa innego niż wymienione w zarządzeniu o przeprowadzeniu kontroli operacyjnej albo osoby nieobjętej takim zarządzeniem, przysługuje organowi danej służby mundurowej (specjalnej) z pominięciem prokuratora (Prokuratora Generalnego).

Zdaniem Prokuratora Generalnego przyznanie prokuratorowi uprawnienia do złożenia zażalenia na omawiane postanowienia sądu „umożliwiłoby korektę ewentualnych błędów tegoż sądu [...], jak również dawałoby prokuratorowi instrument do efektywnego zabiegania o jednolitość orzecznictwa sądowego [...] Brak możliwości wdrożenia kontroli instancyjnej stanowi poważną przeszkodę w realizacji przez prokuratora jego zadań urzeczywistniających zasady demokratycznego państwa prawnego".

III.2. Analiza formalnoprawna

Pismem z 5 stycznia 2017 r. (sygn. akt PG TK 128/15) Prokurator Generalny, działając na podstawie art. 56 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2016 r., poz. 2072; dalej: ustawa o TK) w związku z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U. poz. 2074), cofnął swój wniosek. Prokurator Generalny stwierdził bowiem, że zmiany w zakresie normowanym przez zaskarżone przepisy, wprowadzone ustawą z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 147) oraz ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437) wychodzą naprzeciw jego oczekiwaniom, dezaktualizując tym samym potrzebę wydania orzeczenia przez sąd konstytucyjny.

Zgodnie z art. 56 ust. 2 pkt 1 ustawy o TK wnioskodawca może wycofać wniosek do chwili rozpoczęcia rozprawy. W takiej sytuacji, jak stanowi art. 59 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, Trybunał na posiedzeniu niejawnym wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania.

Wobec powyższego, Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** w części obejmującej kontrolę zarzutów podniesionych we wniosku Prokuratora Generalnego

z 12 listopada 2015 r. (sygn. akt K 32/15), na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, ze względu na cofnięcie wniosku.

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

IV.1. Przedmiot kontroli

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

Artykuł 19 ust. 1a ustawy o Policji: „Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej".

Artykuł 19 ust. 1 ustawy o Policji: „Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw: 1) przeciwko życiu, określonych w art. 148-150 Kodeksu karnego [ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny; t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1137; dalej: Kodeks karny, k.k. – uwaga własna], 2) określonych w art. 134, art. 135 § 1, art. 136 § 1, art. 156 § 1 i 3, art. 163 § 1 i 3, art. 164 § 1, art. 165 § 1 i 3, art. 166, art. 167, art. 173 § 1 i 3, art. 189, art. 189a, art. 211a, art. 223, art. 228 § 1 i 3-5, art. 229 § 1 i 3-5, art. 230 § 1, art. 230a § 1, art. 231 § 2, art. 232, art. 245, art. 246, art. 252 § 1-3, art. 258, art. 269, art. 280-282, art. 285 § 1, art. 286 § 1, art. 296 § 1-3, art. 296a § 1, 2 i 4, art. 299 § 1-6 oraz art. 310 § 1, 2 i 4 Kodeksu karnego, 2a) określonych w art. 46 ust. 1, 2 i 4, art. 47 oraz art. 48 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 176 ze zm.), 3) przeciwko obrotowi gospodarczemu, określonych w art. 297-306 Kodeksu karnego, powodujących szkodę majątkową lub skierowanych przeciwko mieniu, jeżeli wysokość szkody lub wartość mienia przekracza pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów, 3a) przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, gdy pokrzywdzonym jest małoletni albo gdy treści pornograficzne, o których mowa w art. 202 Kodeksu karnego, obejmują udział małoletniego, 4) skarbowych, jeżeli

wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów, 4a) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego, 5) nielegalnego wytwarzania, posiadania lub obrotu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub substancjami psychotropowymi albo ich prekursorami oraz materiałami jądrowymi i promieniotwórczymi, 6) określonych w art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm.), 7) określonych w art. 43-46 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 793 ze zm.), 8) ściganych na mocy umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, określonych w polskiej ustawie karnej, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd okręgowy może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji albo Komendanta CBŚP, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji".

Artykuł 27 ust. 1a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu: „Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej".

Artykuł 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu: „Sąd, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną – gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne – przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez ABW w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, o których mowa w: 1) art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, c, d, e, 2) rozdziałach XXXV-XXXVII Kodeksu karnego oraz rozdziałach 6 i 7 Kodeksu karnego skarbowego – jeżeli godzą w podstawy ekonomiczne państwa – oraz w celu uzyskania i utrwalenia dowodów tych przestępstw i ścigania ich sprawców".

Artykuł 17 ust. 1a ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym: „Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej".

Artykuł 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym: „Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez CBA w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, a także uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw: 1) określonych w art. 228-231, art. 250a, art. 258, art. 286, art. 296-297, art. 299, art. 305, art. 310 § 1, 2 i 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, 2) skarbowych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 lit. d, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2008 ze zm.) – gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Szefa CBA, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną".

Artykuł 9e ust. 1a ustawy o Straży Granicznej: „Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej".

Artykuł 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej: „Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Straż Graniczną w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw: 1) określonych w art. 163 § 1, art. 164 § 1, art. 165 § 1, art. 166 § 1 i 2, art. 167, art. 168, art. 171, art. 172, art. 173 § 1, art. 258, art. 264 § 2 i 3 i art. 299 § 1 Kodeksu karnego, 2) określonych w art. 270-276 Kodeksu karnego w zakresie wiarygodności dokumentów uprawniających do przekraczania granicy państwowej, dokumentów uprawniających do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub dokumentów wymaganych do ich wydania, 3) skarbowych, o których mowa w art. 134 § 1 pkt 1 Kodeksu karnego skarbowego, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów, 4) określonych w art. 183 § 2, 4 i 5, art. 184 § 1 i 2, art. 263 § 1 i 2, art. 278 § 1, art. 291 § 1 i art. 306 Kodeksu karnego, art. 55 i art. 56 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r.

o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 224 ze zm.), a także art. 44 i art. 46a ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 793 ze zm.) oraz art. 109 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1446 ze zm.), jeżeli przestępstwa te pozostają w związku z przemieszczaniem przedmiotów przestępstwa przez granicę państwową, 5) określonego w art. 464 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1990 ze zm.), 6) określonych w art. 228, 229 i 231 Kodeksu karnego, popełnionych przez funkcjonariuszy lub pracowników Straży Granicznej w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych, 6a) określonych w art. 229 Kodeksu karnego, popełnionych przez osoby niebędące funkcjonariuszami lub pracownikami Straży Granicznej w związku z wykonywaniem czynności służbowych przez funkcjonariuszy lub pracowników Straży Granicznej, 6b) określonych w art. 264a Kodeksu karnego oraz art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r. poz. 769), 6c) określonych w art. 189a Kodeksu karnego i w art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny, 7) ściganych na mocy umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, określonych w polskiej ustawie karnej, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Straży Granicznej, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, lub na pisemny wniosek komendanta oddziału Straży Granicznej, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora okręgowego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną".

Artykuł 36c ust. 1a ustawy o kontroli skarbowej: „Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej".

Artykuł 36c ust. 1 ustawy o kontroli skarbowej: „W ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez wywiad skarbowy w celu wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw: 1) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego

na podstawie odrębnych przepisów, 1a) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego, 2) przeciwko obrotowi gospodarczemu, powodujących szkodę majątkową, jeżeli wysokość szkody przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów, 3) przeciwko mieniu, jeżeli wartość mienia przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów, 4) przyjmowania lub wręczania korzyści majątkowej w związku z pełnioną funkcją publiczną lub funkcją związaną ze szczególną odpowiedzialnością, 5) ściganych na mocy umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, określonych w polskiej ustawie karnej – jeżeli inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, Sąd, na pisemny wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną".

Artykuł 31 ust. 1a ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego: „Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej".

Artykuł 31 ust. 1 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego: „Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez SKW w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1, 5, 7 i 8 oraz ust. 2, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Szefa SKW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną".

Artykuł 31 ust. 1a ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych: „Wniosek, o którym mowa w ust. 1, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej".

Artykuł 31 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych: „Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez Żandarmerię Wojskową w granicach zadań określonych w art. 4 ust. 1 oraz w stosunku do osób wskazanych w art. 3 ust. 2 pkt 1, 3, 5 i 6, w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów, umyślnych przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego: 1) przeciwko

pokojowi i ludzkości, 2) przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem przestępstw określonych w art. 127-132 Kodeksu karnego, 3) przeciwko życiu, określonych w art. 148-150 Kodeksu karnego, 4) określonych w art. 140, art. 156 § 1 i 3, art. 163 § 1 i 3, art. 164 § 1, art. 165 § 1 i 3, art. 166, art. 167, art. 171 § 1, art. 173 § 1 i 3, art. 189, art. 189a, art. 200, art. 200a, art. 202 § 3 i 4, art. 211a, art. 223, art. 228 § 1 i 3-5, art. 229 § 1 i 3-5, art. 230 § 1, art. 230a § 1, art. 231 § 1 i 2, art. 232, art. 245, art. 246, art. 252 § 1-3, art. 258, art. 263 § 1 i 2, art. 265, art. 269, art. 280-282, art. 285 § 1, art. 286 § 1 i 2, art. 299 § 1-6, art. 305, art. 310 § 1, 2 i 4, art. 339 § 2, art. 345 § 2 i 3 oraz art. 358 § 2 Kodeksu karnego, 5) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów, 6) określonych w art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm.), 7) określonych w art. 43 i art. 44 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 793 ze zm.), 8) określonych w art. 53 ust. 1, art. 55 ust. 1, art. 56 ust. 1, art. 58 ust. 1, art. 59 ust. 1 oraz art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 224 ze zm.), 9) ściganych na mocy umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, określonych w polskiej ustawie karnej – gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, wojskowy sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, lub na pisemny wniosek komendanta oddziału Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu zgody Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej i pisemnej zgody właściwego zastępcy prokuratora okręgowego do spraw wojskowych, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną".

2. Jak już wskazywano, Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował wymienione wyżej przepisy w zakresie, w jakim ograniczają przekazanie właściwemu sądowi materiałów wyłącznie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej.

IV.2. Zarzuty Rzecznika Praw Obywatelskich

Przepisom wymienionym w pkt 1 *petitum* swojego wniosku RPO zarzuca, że prowadzą do sytuacji, w której „sąd w istocie rzeczy zdany jest na informacje przekazane przez właściwy organ, który arbitralnie dokonał selekcji materiałów zgromadzonych w sprawie", w wyniku czego naruszenia doznaje „prawo do sądu, określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji, w zakresie prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, tj. zgodnie z wymogami sprawiedliwości".

IV.3. Wzorzec kontroli

Artykuł 45 ust. 1 Konstytucji stanowi: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd".

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem konstytucyjnym, na treść prawa do sądu składają się następujące elementy: 1) prawo dostępu do sądu, tj. prawo do uruchomienia procedury przed sądem, 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności, 3) prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd, 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy (sądów) zgodnie z wymaganiami niezależności, bezstronności i niezawisłości (zob. wyroki TK z: 9 czerwca 1998 r., sygn. akt K 28/97; 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06; 7 grudnia 2010 r., sygn. akt P 11/09; 30 października 2012 r., sygn. akt SK 8/12; 25 lipca 2013 r., sygn. akt SK 17/12; 22 października 2013 r., sygn. akt SK 14/13; 30 września 2014 r., sygn. akt SK 22/13; 27 października 2015 r., sygn. akt K 5/14).

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich 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".

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 30/05; 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 1 lipca 2008 r., sygn. akt SK 40/07). Same pojęcia „sprawiedliwej procedury" oraz „rzetelnej procedury" nie mają ścisłego znaczenia. Ustawodawca dysponuje znaczną swobodą 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 należytą ochronę słusznych 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 uczestnika" (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 oraz 18 października 2011 r., sygn. akt SK 39/09, wraz z przywołanymi w nich judykatami).

IV.4. Analiza merytoryczna

1. Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny konstytucyjności przepisów zaskarżonych przez RPO należy odnieść się do trafności uczynienia przez wnioskodawcę art. 45 ust. 1 Konstytucji wzorcem kontroli. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że zakres zastosowania gwarancji wynikających z art. 45 ust. 1 Konstytucji jest determinowany pojęciem „sprawy", które – na gruncie postanowień konstytucyjnych – powinno być rozumiane w sposób autonomiczny.

W swoim orzecznictwie Trybunał przyjął, że „[r]espektując ową autonomiczność pojęcia «sprawy» w rozumieniu art. 45 ust. 1 [K]onstytucji, należy [...] zauważyć, że urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu będzie obejmowało wszelkie sytuacje – bez względu na szczegółowe regulacje proceduralne, w których pojawia się konieczność rozstrzygania o prawach danego podmiotu (w relacji do innych równorzędnych podmiotów lub w relacji do władzy publicznej), a jednocześnie natura danych stosunków prawnych wyklucza

arbitralność rozstrzygania o sytuacji prawnej podmiotu przez drugą stronę tego stosunku [...]" (wyrok TK z 10 maja 2000 r., sygn. akt K 21/99; por. wyroki TK z: 9 lipca 2012 r., sygn. akt SK 22/13 wraz z przywołanymi tam judykatami; 27 października 2015 r., sygn. akt K 5/14). W rezultacie treść normatywna pojęcia „rozpatrzenie sprawy" utożsamiana jest z każdym rozstrzygnięciem o prawach lub obowiązkach danego podmiotu, zapadającym na podstawie norm prawnych zawartych w obowiązujących przepisach. Chodzi tu o czynność polegającą na prawnej kwalifikacji określonego stanu faktycznego na podstawie konkretnej i indywidualnej normy adresowanej do danego podmiotu, która wywołuje skutki prawne w sferze jego uprawnień bądź obowiązków – „Ochrona przewidziana w art. 45 ust. 1 Konstytucji dotyczy nie tylko wąsko rozumianego postępowania głównego, ale może również obejmować inne postępowania, w których sąd rozstrzyga o prawach i obowiązkach danego podmiotu" (wyrok TK z 8 października 2013 r., sygn. akt K 30/11).

Trybunał wyodrębnia przy tym w orzecznictwie dwa obszary objęte zakresem konstytucyjnego terminu „sprawa": 1) wszelkiego rodzaju spory prawne z udziałem podmiotów prywatnych oraz 2) rozstrzyganie o zasadności zarzutów karnych (zob. szerzej wyrok TK z 25 września 2012 r., sygn. akt SK 28/10; P. Wiliński, *Proces karny*..., s. 117-119).

W wyroku z 30 września 2014 r. (sygn. akt SK 22/13) Trybunał wskazał, że sprawą karną w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji jest każde rozstrzyganie organu procesowego, którego przedmiotem jest odpowiedzialność karna albo kwestia bezpośrednio związana z tym rozstrzygnięciem, powodująca zmiany w sferze interesów uczestnika tego postępowania, a ze względu na swą dolegliwość wymagająca, aby rozstrzygnięcie zapadło w warunkach bezstronności i niezależności przed niezawisłym sądem. Powyższe uwagi odnosiły się do stosowania gwarancji wynikających z art. 45 ust. 1 Konstytucji do pokrzywdzonego.

W tym miejscu trzeba podkreślić, że kwestia sądowego orzekania o odpowiedzialności karnej została przesądzona na poziomie konstytucyjnym. Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 3 Konstytucji stwierdzenie winy i w konsekwencji zastosowanie odpowiedzialności karnej musi nastąpić w drodze prawomocnego wyroku sądu.

Ustrojodawca nie określił natomiast w ustawie zasadniczej trybu stosowania kontroli operacyjnej, pozostawiając tę kwestię swobodzie ustawodawcy zwykłego.

Jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny, jednym z podstawowych elementów ustawowej regulacji czynności operacyjno-rozpoznawczych jest „powierzenie kompetencji do zarządzania tych czynności, a także badanie ich legalności przez zewnętrzny i niezależny od organów władzy wykonawczej podmiot, najlepiej przez sąd" (wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11). Należy mieć jednak na uwadze, że „ograniczenie, czy nawet wyłączenie sądowej kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych nie musi samo przez się świadczyć o naruszeniu standardu demokratycznego państwa prawa" (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do zawartości normatywnej art. 45 ust. 1 Konstytucji, wskazuje, że: „Urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu dotyczy wszystkich sytuacji, w których dochodzi do rozstrzygania o prawach danego podmiotu – w relacji zarówno do innych równorzędnych podmiotów, jak i władzy publicznej – a natura istniejącego stosunku prawnego wyklucza podejmowanie w tym zakresie arbitralnych decyzji. W rezultacie treść normatywna pojęcia „rozpatrzenie sprawy" utożsamiana jest z każdym rozstrzygnięciem o prawach lub obowiązkach danego podmiotu, zapadającym na podstawie norm prawnych zawartych w obowiązujących przepisach. Chodzi tu o czynność polegającą na prawnej kwalifikacji określonego stanu faktycznego na podstawie konkretnej i indywidualnej normy adresowanej do danego podmiotu, która wywołuje skutki prawne w sferze uprawnień bądź obowiązków tego podmiotu. Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji każda czynność spełniająca wskazane kryteria zarezerwowana jest dla niezależnego, bezstronnego i niezawisłego sądu, którego rozstrzygnięcie ma być dokonane w sposób sprawiedliwy, jawny oraz bez nieuzasadnionej zwłoki" (wyrok TK z 8 października 2013 r., sygn. akt K 30/11; por. wyroki TK z: 27 maja 2008 r., sygn. akt SK 57/06; 30 października 2012 r., sygn. akt SK 20/11).

Podsumowując, ani Konstytucja, ani orzecznictwo Trybunału w tym zakresie nie przesądza o konieczności sądowej kontroli stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym kontroli operacyjnej. Skoro kwestia stosowania kontroli operacyjnej nie musi przynależeć do wyłącznej kompetencji sądu, należy postawić pytanie o konieczność respektowania przez ustawodawcę art. 45 ust. 1 Konstytucji przy stanowieniu przepisów dotyczących czynności operacyjno-rozpoznawczych.

W uzasadnieniu swojego wniosku RPO nie rozwija tego wątku, poprzestając na wyrażeniu przekonania, że orzekanie o stosowaniu kontroli operacyjnej spełnia kryteria pojęcia „sprawy" w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Wobec powyższego Sejm wyraża wątpliwość, czy RPO prawidłowo określił wzorzec kontroli konstytucyjności zaskarżonych przepisów. Mając jednak na uwadze, że w wyroku z 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04) Trybunał poddał merytorycznej kontroli zgodność art. 19 ust. 16 ustawy o Policji (regulującego dostęp osoby inwigilowanej do materiałów zgromadzonych w trakcie kontroli operacyjnej) z art. 45 ust. 1 Konstytucji, Sejm także uznaje wymieniony przepis ustawy zasadniczej za adekwatny dla oceny konstytucyjności zakwestionowanych regulacji.

2. Przepisy zaskarżone przez RPO wprowadzono do ustaw poddanych kontroli Trybunału w niniejszej sprawie ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 53, poz. 273). Przed wejściem w życie wspomnianej nowelizacji podmiot wnioskujący o zarządzenie kontroli operacyjnej nie był zobowiązany do przedstawienia jakichkolwiek materiałów potwierdzających dane i ustalenia zawarte we wniosku.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że kształt zaskarżonych przepisów jest wynikiem świadomej decyzji ustawodawcy, a zawężenie zakresu materiałów dołączanych do wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej tylko do tych z nich, które uzasadniają potrzebę zastosowania owej kontroli, nie jest skutkiem niedopatrzenia. Uzasadniając omawiane tu zmiany, projektodawca podkreślił, że: „Projekt ustawy do wszystkich ustaw kompetencyjnych wprowadza niemal tożsame przepisy zapewniające merytoryczną kontrolę wniosku organu uprawnionego do stosowania kontroli operacyjnej na wszystkich etapach procedowania. Organy wnioskujące o zarządzenie kontroli oraz o przedłużenie okresu jej stosowania zobowiązane zostały do przedstawiania właściwemu prokuratorowi i sądowi materiałów, które potwierdzają okoliczności uzasadniające zastosowanie albo kontynuację kontroli operacyjnej [...]. Należy jednak podkreślić, że organ nie będzie zobowiązany do przedstawiania całości materiałów. Obowiązek taki dotyczyć bowiem będzie wyłącznie tych materiałów, które poświadczają okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania lub kontynuowania kontroli. Organ zobligowany będzie zatem mógł dokonać wstępnej selekcji zgromadzonych materiałów pod kątem uzasadnienia wniosku o przeprowadzenie lub kontynuację kontroli operacyjnej" (uzasadnienie

rządowego projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2915/VI kad., s. 8).

Powyższa koncepcja, prezentowana jednolicie w toku procesu legislacyjnego, nie została przy tym zakwestionowana w opiniach służb prawnych Sejmu sporządzanych do druku sejmowego nr 2915/VI kad. W odniesieniu do obowiązku opatrzenia omawianego wniosku materiałami uzasadniającymi stosowanie kontroli operacyjnej wskazywano, że: „Nie może [...] dziwić, iż organ wnioskujący o zarządzenie kontroli nie jest w proponowanej regulacji zobowiązany do przedstawiania całości zgromadzonych w sprawie materiałów, lecz jedynie tych, które jego zdaniem przemawiają za potrzebą zastosowania lub kontynuowania kontroli" – K. Skotnicki, *Opinia prawna na temat zgodności z Konstytucją RP z 2 kwietnia 1997 r. projektu ustawy o zmianie kodeksu postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk nr 2915)*, s. 4, opinia dostępna na stronie internetowej Sejmu. Omawiane rozwiązanie oceniano natomiast – podobnie jak ujednolicenie przesłanek stosowania kontroli operacyjnej – jako „pozytywną zmianę" – zob. A. Sakowicz, *Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk 2915)*, s. 11, opinia dostępna na stronie internetowej Sejmu.

W przywołanej opinii K. Skotnicki wyraził przekonanie, że „projekt ustawy nie rodzi [...] wątpliwości z punktu widzenia jego konstytucyjności. Ustanawiana w nim ingerencja w wolności i prawa jednostki, w tym w szczególności w prawo do prywatności oraz swobodę i tajność komunikowania się, jest proporcjonalna i odpowiada wymogom wynikającym z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ustanawiając dobrze wyważone ograniczenia między tymi wolnościami i prawami a innymi wartościami".

Podsumowując tę część rozważań, Sejm podkreśla, że zakwestionowane regulacje stanowią wyraz świadomej działalności ustawodawczej. Co istotne, ustawodawca, mając na uwadze wagę regulowanej materii i stopień jej ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności, poprzedził zmianę normatywną wstępną analizą konstytucyjności proponowanych rozwiązań.

3. W doktrynie prawa podkreśla się, że 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).

Istotną cechą czynności operacyjnych jest również ich poufny lub tajny charakter (zob. 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. 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 (zob. 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 niejawny, to one określają metody i środki działania, jakie mogą być stosowane w trakcie realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych" (A. Żebrowski, *Czynności...*, s. 18).

4. Na wstępie należy zauważyć, że ograniczenie zakresu materiałów dołączanych do wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej koresponduje z charakterem tej czynności operacyjno-rozpoznawczej. Kontrola operacyjna może być bowiem prowadzona tylko wobec jednoznacznie określonego podmiotu lub przedmiotu ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania (zob. art. 19 ust. 7 ustawy o Policji oraz odpowiadające mu przepisy pozostałych ustaw zakwestionowanych przez RPO). Możliwa jest zatem sytuacja, w której działania określonej służby np. Policji są nakierowane na wykrycie przestępstw popełnianych w złożonych konfiguracjach podmiotowych (np. w ramach zorganizowanej grupy przestępczej). Wobec wcześniejszego rozpracowywania operacyjnego, zgromadzony w sprawie materiał będzie zatem obejmował dokumentację (o ile została sporządzona) szeregu czynności o zróżnicowanym charakterze (np. obserwacji w miejscu publicznym) prowadzonych wobec wielu osób w potencjalnie długim

czasie. Tymczasem, w konkretnym stanie faktycznym, wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej może być objęta tylko jedna z rozpracowywanych osób.

Omawiana limitacja ma jednak jeszcze dalsze, istotne dla rozstrzygnięcia wniosku RPO, znaczenie. Za obowiązującym rozwiązaniem przemawia konieczność zagwarantowania sprawności postępowania zmierzającego do zarządzenia kontroli operacyjnej. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego sprawność (szybkość) postępowania jest jedną z wartości wynikających z zasady sprawiedliwości (rzetelności) proceduralnej wywodzonej z art. 45 ust. 1 Konstytucji (zob. np. wyroki TK z: 18 lutego 2009 r., sygn. akt Kp 3/08; 21 lipca 2009 r., sygn. akt K 7/09). Rzetelność i sprawność działania instytucji publicznych jako odrębne wartości wymienia także preambuła do Konstytucji.

Ustawodawca nie uregulował terminu, w jakim sąd winien rozpoznać wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej (zob. krytycznie M. Tomkiewicz, *Podsłuchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, „Prokuratura i Prawo" 2015, nr 4, s. 158). Nie ulega przy tym wątpliwości, że wraz z upływem czasu procedowania nad wnioskiem może zmniejszać się przydatność środków w nim opisanych. Zadaniem ustawodawcy jest zatem określenie normatywnego *optimum*, gwarantującego, że w wypadkach w których nie ma potrzeby prowadzenia kontroli operacyjnej *ad hoc*, sądowe rozstrzygnięcie w tym zakresie zapadnie bez uszczerbku dla ochrony dóbr prawnych, której ma służyć zastosowanie owej kontroli.

Jak już wspomniano, ilość materiału zgromadzonego przez służbę wnioskującą o zarządzenie kontroli operacyjnej zależy m.in. od czasu prowadzonych działań, liczby podmiotów objętych czynnościami wykrywaczami, specyfiki przestępstw będących przedmiotem prowadzonych czynności.

Ustawodawca musi zatem ukształtować procedurę wydawania zgody na ingerencję w prywatność jednostek tak, aby z jednej strony zapewnić maksymalną ochronę wartości konstytucyjnych, z drugiej zaś przez nadmierny formalizm nie udaremniać (a w każdym razie nie zmniejszać szans powodzenia) realizowania przez służby uprawnione do posługiwania się kontrolą operacyjną przypisanych im ustawowo zadań.

W świetle powyższego wypada podkreślić, że obowiązek przekazania sądowi całości zgromadzonych materiałów pociągnie za sobą konieczność przedstawienia także tych z nich, które pozostają bez istotnego znaczenia dla podjęcia decyzji o zarządzeniu kontroli operacyjnej, a które w skrajnych wypadkach mogą – ze

względu na konieczność ich oceny – opóźnić zapoznanie się przez sąd z informacjami, które w ocenie wnioskującego są naprawdę istotne. Nałożenie na sąd obowiązku wstępnej kwerendy przedłożonych mu materiałów może zatem doprowadzić do sytuacji, w której z uwagi na upływ czasu obniży się efektywność i przydatność zarządzonej kontroli operacyjnej. W wyjątkowych sytuacjach może dojść natomiast do całkowitej nieprzydatności posługiwania się ową kontrolą i – przykładowo – uniemożliwienia zapobiegnięcia popełnieniu przestępstwa. W tym kontekście ujawnia się, związek pomiędzy sposobem uregulowania trybu stosowania kontroli operacyjnej a innymi wartościami konstytucyjnymi. Sprawność postępowania nie jest bowiem wartością samą w sobie, ale ma na celu zagwarantowanie realizacji innych wartości konstytucyjnych. W omawianym wypadku możemy mieć natomiast do czynienia z wartościami szczególnie chronionymi, wśród których w pierwszej kolejności należy wymienić życie ludzkie, czy też niepodległość i nienaruszalność terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

5. Mając powyższe na uwadze należy przedstawić inne elementy procedury zarządzania kontroli operacyjnej, które dodatkowo zabezpieczają przed podejmowaniem decyzji o charakterze ekscesywnym, ingerujących w prywatność jednostek pomimo niespełnienia ustawowych przesłanek owej ingerencji.

6. Przyjęty przez ustawodawcę model procedury zarządzania kontroli operacyjnej przewiduje określoną sekwencję czynności wraz z udziałem właściwych podmiotów realizujących przyznane im kompetencje i zadania. Każdorazowo złożenie wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej należy poprzedzić uzyskaniem pisemnej zgody Prokuratora Generalnego (prokuratora okręgowego).

Ratio powyższego rozwiązania stanowi potrzeba zabezpieczenia konstytucyjnych praw podmiotów, wobec których miałaby być stosowana kontrola operacyjna. Zgodnie bowiem z art. 2 *in fine* ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (Dz. U. poz. 177 ze zm.; dalej: ustawa – Prawo o prokuraturze) prokuratura stoi na straży praworządności. Wspomniany obowiązek organy prokuratury realizują 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 (zob. art. 3 § 1 ustawy – Prawo o prokuraturze; por. analogiczne w tym zakresie regulacje art. 2-3 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze; t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599 ze zm.).

Jeszcze na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów zwracano uwagę, że ustawowe zadanie prokuratury, którym jest strzeżenie praworządności i czuwanie nad ściganiem przestępstw, winno być interpretowane przez pryzmat art. 2 Konstytucji, gdyż stanowi to (podobnie jak sprawowanie wymiaru sprawiedliwości) realizację zasady demokratycznego państwa prawnego (zob. np. S. Waltoś, *Prokuratura – jej miejsce wśród organów władzy, struktura i funkcje*, „Państwo i Prawo" 2002, nr 4, s. 6; por. wyrok TK z 8 maja 2012 r., sygn. akt K 7/10). Praworządność, rozumiana jako zobowiązanie organów władzy państwowej do przestrzegania prawa i działania na podstawie przepisów prawa, ma bowiem na celu zapewnienie obywatelom nienaruszalności ich praw przyznanych przez ustawy i ochronę przed arbitralnością władzy (zob. M. Mitera, E. Rojowska, M. Rojewski, *Ustawa o prokuraturze. Komentarz Online*, wyd. 1/2011, komentarz do art. 2, teza 1).

Nie ulega wątpliwości, że zgoda na wystąpienie z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej jest jednym z narzędzi skutecznej ochrony praworządności, a przydana w pragmatykach służb kompetencja prokuratora w tym zakresie jest „inną czynnością określoną w ustawie", o której wspomina art. 3 § 1 pkt 14 ustawy – Prawo o prokuraturze. Prokurator (w tym Prokurator Generalny) jako podmiot fachowy ma zatem czuwać nad dochowaniem ustawowych przesłanek zarządzenia kontroli operacyjnej. Zgodnie z § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawie sposobu realizacji kompetencji prokuratora w zakresie nadzoru nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi (Dz. U. Nr 121, poz. 692; dalej: rozporządzenie MS z 9 czerwca 2011 r.): „Nadzór prokuratora nad zgodnością z prawem inicjowania i przeprowadzania przez uprawnione organy czynności operacyjno-rozpoznawczych, określonych w przepisach, o których mowa w § 1, realizowany jest w szczególności poprzez merytoryczną i efektywną kontrolę podstaw faktycznych wnioskowanych czynności oraz legalności i prawidłowości ich inicjowania i prowadzenia".

Wymaga podkreślenia, że w ramach sprawowanego przez siebie nadzoru Prokurator Generalny albo prokurator okręgowy może zwrócić się do uprawnionego organu o uzupełnienie w określonym zakresie i w wyznaczonym przez siebie terminie, przedłożonego wniosku, informacji lub zarządzenia (§ 4 ust. 1 rozporządzenia MS z 9 czerwca 2011 r.). W doktrynie prawa zwraca się uwagę, że takie rozwiązanie „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. Onyszczuk, *Nadzór prokuratora nad kontrolą operacyjną*, „Prokuratura i Prawo" 2013, nr 7-8, s. 212).

Sejm podziela powyższe stanowisko, podkreślając w kontekście zarzutów RPO, że chociaż powyższe uprawnienie nie polega na dostępie do dowolnych materiałów wytworzonych i pozostających w dyspozycji służb, to w znacznym stopniu przyczynia się do podwyższenia poziomu gwarancji stosowania kontroli operacyjnej wyłącznie w sytuacjach i w granicach dopuszczonych przez ustawodawcę.

7. Kolejną okolicznością przemawiającą na rzecz przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania jest tryb rozpatrywania przedmiotowego wniosku przez sąd. Mianowicie – zgodnie z art. 19 ust. 11 ustawy o Policji oraz odpowiednimi postanowieniami pozostałych ustaw zakwestionowanych przez RPO – sąd okręgowy rozpoznaje wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej na posiedzeniu, w którym może wziąć udział wyłącznie prokurator i przedstawiciel organu Policji wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej. Zatem w przypadku powzięcia przez sąd wątpliwości odnośnie do zasadności skierowania wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej ma on możliwość uzyskania dodatkowych informacji (względnie rozwinięcia już przekazanych) na temat okoliczności danej sprawy. Należy podkreślić, że sąd może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień w kwestiach wynikających ze sposobu sformułowania wniosku, kompletności i klarowności opisu okoliczności uzasadniających potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, jak również odnośnie do samych materiałów, którymi ów wniosek opatrzono. W ten sposób podwyższa się prawdopodobieństwo trafnego ustalenia relacji pomiędzy okolicznościami faktycznymi sprawy wynikającymi z dołączonych do wniosku materiałów a tezą o bezskuteczności lub nieprzydatności środków innych niż kontrola operacyjna.

8. Mając na uwadze powyższe, należy odnieść się również do kwestii związania sądu wnioskiem i swobody oceny wskazanych w nim okoliczności.

W pierwszej kolejności wypada zatem zauważyć, że przepisy wszystkich zakwestionowanych ustaw kompetencyjnych posługują się pojęciami ocennymi przy opisie warunków dopuszczalności stosowania kontroli operacyjnej. Chodzi tu o bezskuteczność i nieprzydatność innych środków operacyjnych dla realizacji ustawowych zadań danej służby. Ostateczna ocena, czy dane środki okazały się *in casu* bezskuteczne bądź też będą nieprzydatne, należy zawsze do sądu rozpoznającego wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej.

Po wtóre, wszystkie zakwestionowane ustawy czynią decyzję sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej fakultatywną (*verba legum* „sąd [...] może"), co dodatkowo wzmacnia, wynikającą już i tak z nieostrego ujęcia wspomnianych wyżej kryteriów, swobodę orzeczniczą sądu w omawianym zakresie.

Przepisy dotyczące kontroli operacyjnej nie zawierają postanowień wyrażających gwarancje analogiczne do obowiązującej w toku procesu karnego reguły *in dubio pro reo*, zgodnie z którą niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego. Regułę tę należy stosować nie tylko w sytuacjach, kiedy orzeka się o kwestiach winy lub kwalifikacji prawnej czynu, ale również w odniesieniu do każdej czynności dokonywanej w toku procesu karnego, np. wątpliwości co do daty doręczenia korespondencji czy w zakresie orzeczenia nawiązki (zob. np. A. Sakowicz [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz Online*, red. A. Sakowicz, wyd. 7/2016, komentarz do art. 5, teza 18 wraz z przywołanym tam orzecznictwem).

Powyższe nie oznacza natomiast, że interesy osoby, wobec której ma być stosowana kontrola operacyjna, doznają konstytucyjnie niedopuszczalnego uszczerbku. 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), której normatywną pochodną na gruncie postępowania karnego jest właśnie reguła *in dubio pro reo*.

Zasadne wydaje się zatem przyjęcie, że z zaskarżonych przepisów wynika, iż w razie powzięcia wątpliwości co do spełnienia warunków stosowania kontroli operacyjnej sąd powinien odmówić uwzględnienia stosownego wniosku. Innymi słowy, zaskarżone przepisy wymagają, by to organ ubiegający się o zgodę na kontrolę operacyjną przekonał właściwy do jej zarządzenia sąd co do rzeczywistej bezskuteczności już zastosowanych środków oraz nieprzydatności innych pozostających w jego dyspozycji (zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 173).

9. Trzeba wreszcie stwierdzić, że przedstawione we wniosku RPO uzasadnienie analizowanego w tym miejscu zarzutu jest nader ogólne, a częściowo opiera się na tezach niepopartych dowodami.

Wnioskodawca powołuje się na wyrażane w doktrynie prawa przekonanie, że obowiązujące przepisy premiują przewagę informacyjną służb nad sądem powołanym do weryfikacji zasadności stosowania kontroli operacyjnej, o którą owe służby wnioskują (zob. M. Tomkiewicz, *Podsłuchy operacyjne...*, s. 157; J. Onyszczuk, *Nadzór prokuratora...*, s. 209). Następnie wskazuje, że „egzemplifikacją przyjęcia powyższej tezy [wydaje się, że chodzi o wskazaną przewagę informacyjną służb – uwaga własna] są dane statystyczne [...] obrazujące stosunek zarządzania przez sąd kontroli operacyjnej do ilości wpływu wniosków. Z informacji tych wynika, że sąd przykładowo uwzględnił wnioski organów Policji: w 2010 r. – w 96,57%, w 2011 r. – w 92,36%, w 2012 r. – 95,47%, w 2013 r. – w 95,97%, w 2014 r. – w 90,47% przypadkach".

Sposób argumentacji przyjęty przez Rzecznika Praw Obywatelskich budzi wątpliwości, o czym niżej.

Po pierwsze, bez szerszego wyjaśnienia przyjmuje on, że wysoki odsetek wniosków uwzględnianych przez sądy jest bezpośrednią pochodną zaskarżonych przez niego regulacji. Innymi słowy, wnioskodawca zakłada, że zakres materiałów przekazywanych wraz z wnioskiem bezpośrednio kształtuje skalę pozytywnych decyzji o zarządzeniu kontroli operacyjnej.

Po drugie, wydaje się, że RPO milcząco zakłada, iż wysoka skuteczność służb w uzyskiwaniu zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej jest sama w sobie

zjawiskiem negatywnym, świadczącym o skonstruowaniu przez ustawodawcę konstytucyjnie wadliwej procedury wydawania zgody na stosowanie kontroli operacyjnej. Wymaga wyraźnego podkreślenia, że Sejm nie twierdzi, iż przy zarządzaniu przez sądy stosowania kontroli operacyjnej nie dochodzi do nadużyć czy też błędnych ocen faktycznych lub prawnych podstaw jej stosowania. Nie ulega również wątpliwości, że każdorazowe wkroczenie służb w konstytucyjnie chronioną sferę prywatności jednostki przy użyciu metod kontroli operacyjnej należy traktować jako swoistą *ultima ratio*, stanowiącą jednocześnie asumpt do weryfikacji skuteczności stosowania mniej inwazyjnych metod niejawnego pozyskiwania informacji o osobie.

Innymi słowy, zasadą, a w każdym razie zakładanym celem winno być skuteczne realizowanie przez służby zadań z zakresu ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego za pomocą środków i metod, które w możliwie pełnym stopniu afirmują wolność i autonomię informacyjną jednostki oraz są przedmiotem profesjonalnej ewaluacji. W tym kontekście wnioskowanie zaprezentowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich wydaje się nazbyt uproszczone.

Prezentując przytoczone dane statystyczne oraz czyniąc z nich użytek na potrzeby trybunalskiej kontroli konstytucyjności, wnioskodawca przemilcza inne okoliczności mogące mieć wpływ na skalę i trafność stosowania kontroli operacyjnej. Przykładowo można w tym miejscu wskazać na znaczne obłożenie pracą sądów oraz niedostateczne przygotowanie merytoryczne w zakresie prakseologicznej oceny przydatności poszczególnych czynności operacyjno-rozpoznawczych (relatywizowanej w odniesieniu do danej sprawy, a nawet danej osoby, wobec której ma być stosowana kontrola operacyjna) sędziów decydujących o stosowaniu kontroli operacyjnej.

W tym miejscu wypada również zwrócić uwagę, że część wniosków służb upada już na etapie prokuratorskiej kontroli.

Zgodnie z danymi dotyczącymi wniosków Policji o zarządzenie kontroli operacyjnej zaprezentowanymi przez Ministra Spraw Wewnętrznych: w 2014 r. organy Policji uprawnione do wnioskowania o kontrolę operacyjną zarejestrowały 7975 wniosków i zarządzeń o zastosowanie kontroli operacyjnej (w 2010 r. – 8339, w 2011 r. – 7370, w 2012 r. – 5995, w 2013 r. – 6814). W omawianym okresie 32 wnioskom nie nadano dalszego biegu ze względu na ustanie przyczyn stosowania kontroli operacyjnej. Spośród zarejestrowanych wniosków: 192 nie uzyskało zgody

na zarządzenie kontroli operacyjnej (w 2010 r. – 285, w 2011 r. – 563, w 2012 r. – 239, w 2013 r. – 245), z czego: 179 – Prokuratora Generalnego/okręgowego (w 2010 r. – 251, w 2011 r. – 464, w 2012 r. – 231, w 2013 r. – 227), 13 – sądu okręgowego (w 2010 r. – 34, w 2011 r. – 99, w 2012 r. – 8, w 2013 r. – 18) – zob. *Informacja na temat działalności Policji za 2014 rok*, druk sejmowy nr 3393/VII kad.

Jak wynika z powyższego, odsetek wniosków niezrealizowanych na skutek braku zgody właściwego prokuratora jest znacząco wyższy aniżeli wniosków, które pozytywnie przeszły „wstępną" prokuratorską kontrolę, a następnie zostały rozpatrzone negatywnie przez sąd.

Brak szczegółowych danych oraz pogłębionych badań nakazuje wstrzemięźliwość w formułowaniu daleko idących wniosków w omawianej materii. Należy jednak zasygnalizować, do czego nie odniósł się wnioskodawca, że ocena skali wniosków uwzględnianych przez sądy nie powinna abstrahować od efektywności ich weryfikacji na etapie uzyskiwania zgody prokuratorskiej. Innymi słowy, można przyjąć, że na skutek trafnej diagnozy zasadności wystąpienia z wnioskiem dokonanej przez prokuratora, do sądu trafiają wnioski należycie uzasadnione, a przyjęte w nich tezy znajdują odzwierciedlenie w okolicznościach faktycznych spraw, których rozwiązaniu (np. przez zapobieżenie popełnieniu przestępstwa) ma służyć kontrola operacyjna.

10. Wymaga podkreślenia, że jednym z zagadnień poddanych ocenie Trybunału w sprawie o sygn. akt K 23/11 było niewskazanie przez ustawodawcę konkretnych środków technicznych, które służby policyjne i ochrony państwa mogłyby wykorzystywać w celu niejawnego pozyskiwania informacji o jednostkach w toku kontroli operacyjnej. Trybunał Konstytucyjny, nie znajdując argumentów za uznaniem naruszenia przez zaskarżone przepisy art. 2 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, podzielił w tym kontekście stanowisko Sejmu, wskazujące na dostateczny poziom gwarancji proceduralnych przeciwdziałających ekscesom organów uprawnionych do stosowania kontroli operacyjnej. W szczególności Trybunał zwrócił uwagę, że „zarządzenie kontroli operacyjnej następuje w toku kilkuetapowej procedury. Po pierwsze, ustawodawca wymaga pisemnego wniosku szefa danej służby. Po drugie, na wystąpienie z tym wnioskiem do sądu ma wyrazić zgodę Prokurator Generalny bądź prokurator okręgowy właściwy ze względu na

siedzibę organu wnoszącego o zarządzenie tej kontroli. Po trzecie, dopiero po uzyskaniu zgody właściwego prokuratora możliwe jest skierowanie wniosku do sądu. Tym samym ograniczono margines uznania służb policyjnych i ochrony państwa, jeśli chodzi o ingerencję w sferę prywatności jednostek. Nie bez znaczenia jest również precyzyjne określenie w ustawie wymagań formalnych wniosku o jej zarządzenie. Musi on zawierać m.in.: opis przestępstwa z podaniem, w miarę możliwości, jego kwalifikacji prawnej, okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków, dane osoby lub inne dane, pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania, a także cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej (zob. art. 19 ust. 7 ustawy o Policji). Organ wnoszący o zarządzenie kontroli operacyjnej ma ponadto przedstawić sądowi okręgowemu materiały uzasadniające potrzebę jej zastosowania w konkretnym wypadku i w odniesieniu do osób wskazanych we wniosku (art. 19 ust. 1a ustawy o Policji)".

Jak wynika z powyższego, Trybunał uznał, że obowiązująca procedura realizuje standard konstytucyjny mający na celu ograniczenie nadużyć w stosowaniu kontroli operacyjnej. Co istotne, regulacja prawna dotycząca kwestii podniesionej przez RPO, tj. zakresu materiałów przekazywanych sądowi wraz z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej, została uznana przez sąd konstytucyjny za wystarczająco gwarancyjną, by na jej tle formułować bardziej szczegółowe wnioski dotyczące potencjalnych ekscesów, nie w zakresie „wyłudzania" zgody na kontrolę operacyjną, ale stosowania środków głębiej ingerujących w prywatność jednostki, niż wynika to z okoliczności konkretnej sprawy.

11. Zarzut RPO opiera się na założeniu istnienia obiektywnych trudności w należytym rozeznaniu się w okolicznościach sprawy przez sąd, któremu przedstawiono ograniczony katalog materiałów, zgromadzonych przez daną służbę; miałoby się z tym wiązać realne zagrożenie manipulowania opinią sądu w celu uzyskania pożądanego rozstrzygnięcia. Wymaga podkreślenia, że wyrażeniu powyższej obawy nie towarzyszy przytoczenie jakichkolwiek danych potwierdzających realnie istniejące trudności lub wręcz patologie w funkcjonowaniu obowiązujących procedur zarządzania kontroli operacyjnej. Nie ulega przy tym

wątpliwości, że omawiane zagadnienie jest trudniej uchwytne niż np. liczba wniosków rozpatrywanych przez jednego sędziego czy czas podejmowania przez sąd decyzji w tym zakresie. Niemniej jednak wypada wskazać, że opierając się na wyjaśnieniach prezesów sądów apelacyjnych otrzymanych w związku z postępowaniem o sygn. akt K 23/11, Trybunał zauważył, że „liczba sędziów zajmujących się oceną wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej nie wskazuje, by dochodziło do dysfunkcjonalności systemowej co do oceny przedstawionego sądowi materiału. Nie ma tym samym podstaw do stwierdzenia, jakoby nadzór sądowy, w jego obecnej formie, był fasadowy i nieefektywny, toteż utrudniał lub wręcz uniemożliwiał prowadzenie wnikliwej kontroli wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej pod kątem legalności stosowanych środków technicznych i adekwatności środków, o które wnoszono w konkretnej sprawie".

12. Mając na uwadze poczynione wyżej ustalenia, Sejm wnosi o uznanie, że art. 19 ust. 1a ustawy o Policji, art. 27 ust. 1a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ust. 1a ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, art. 9e ust. 1a ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 1a ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 1a ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 31 ust. 1a ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych – w zakresie, w jakim ograniczają przekazanie właściwemu sądowi materiałów wyłącznie do uzasadniających potrzebę zarządzenia kontroli operacyjnej, **są zgodne** z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

V. Określenie górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej (pkt 2 *petitum* wniosku RPO)

V.1. Analiza formalnoprawna

1. Przepisy zaskarżone w pkt 2 *petitum* wniosku RPO, w dacie wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego stanowiły, co następuje.

Artykuł 19 ust. 9 ustawy o Policji: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego

Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8".

Artykuł 27 ust. 9 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8".

Artykuł 17 ust. 9 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa CBA, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8".

Artykuł 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej: „W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę wnioskującego organu Straży Granicznej, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Straży Granicznej lub komendanta oddziału Straży Granicznej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 1, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej prowadzonej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 9".

Artykuł 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej: „W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla wykrycia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów takich przestępstw, Sąd, na pisemny wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o prowadzeniu kontroli

operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 6".

Artykuł 31 ust. 7 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa SKW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 6".

Artykuł 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych: „W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, wojskowy sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę wnioskującego organu Żandarmerii Wojskowej, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej lub komendanta oddziału Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej oraz właściwego prokuratora wojskowego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej prowadzonej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 9".

2. Ustawą zmieniającą z 15 stycznia 2016 r. (ustawa weszła w życie 7 lutego 2016 r.) nadano powyższym przepisom następującą treść.

Artykuł 19 ust. 9 ustawy o Policji: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8, wydawać kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy".

Artykuł 27 ust. 9 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli

operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydawać, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8, kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy".

Artykuł 17 ust. 9 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa CBA, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydawać, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8, kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy".

Artykuł 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Straży Granicznej lub komendanta oddziału Straży Granicznej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 1, może, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 9, wydawać kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy".

Artykuł 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej: „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 Generalnego Inspektora Kontroli 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".

Artykuł 31 ust. 7 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa SKW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydawać, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 6, kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy".

Artykuł 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, wojskowy sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę wnioskującego organu Żandarmerii Wojskowej, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej lub komendanta oddziału Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej oraz właściwego prokuratora wojskowego, może, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 9, wydawać kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy".

Jak wynika z powyższego, ustawodawca przewidział górną granicę czasu stosowania kontroli operacyjnej (*verba legis*: na następujące po sobie okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy) w wypadku następujących służb i formacji: Policji, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, kontroli skarbowej, Żandarmerii Wojskowej.

Odmienne rozwiązanie przewidują natomiast: ustawa o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, a także ustawa o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego. Kontrola operacyjna może być przedłużana na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy. Brak jednak określenia górnej granicy stosowania kontroli operacyjnej.

Niezależnie od ewentualnych późniejszych nowelizacji wymienionych przepisów, zasady czasowego prowadzenia kontroli operacyjnej w dalszym ciągu obowiązują w kształcie wynikającym z opisanej wyżej zmiany normatywnej.

3. Nowelizacja dokonana ustawą zmieniającą z 15 stycznia 2016 r. wychodzi naprzeciw oczekiwaniom wnioskodawcy, częściowo dezaktualizując zarzut postawiony w pkt 2 *petitum* wniosku RPO.

Zgodnie z art. 59 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK Trybunał na posiedzeniu niejawnym wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał. Na podstawie art. 17 ustawy zmieniającej nowe brzmienie kwestionowanych przepisów weszło w życie 7 lutego 2016 r.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwaliło się stanowisko, że uchylenie przepisu nie zawsze jest równoznaczne z utratą jego mocy obowiązującej. Przepis musi być uznany za obowiązujący w takim zakresie, w jakim ma zastosowanie do określonych zdarzeń prawnych, a więc przez taki okres, w jakim na jego podstawie są lub mogą być podejmowane indywidualne decyzje stosowania prawa (zob. np. postanowienia TK z: 18 listopada 1998 r., sygn. akt SK 1/98; 15 grudnia 2009 r., sygn. akt K 30/08; wyroki TK z: 31 stycznia 2001 r., sygn. akt P 4/99; 9 lipca 2009 r., sygn. akt K 31/08). Przepis traci moc obowiązującą w rozumieniu przepisów o postępowaniu przed Trybunałem, o ile na jego podstawie nie mogą być podejmowane indywidualne akty stosowania prawa, tj. jeżeli nie może być on stosowany do jakiejkolwiek sytuacji z przeszłości, przyszłości lub teraźniejszości (zob. przykładowo wyroki TK z: 31 stycznia 2001 r., sygn. akt P 4/99; 11 grudnia 2001 r., sygn. akt SK 16/00; 21 października 2008 r., sygn. akt SK 51/04; postanowienie TK z 8 września 2004 r., sygn. akt SK 55/03).

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądu konstytucyjnego samo uchylenie przepisu, który jest przedmiotem kontroli, nie stanowi wystarczającej przesłanki uznania, że wystąpiła utrata mocy obowiązującej tego przepisu. Uchylony przepis należy bowiem traktować jako jeszcze obowiązujący, jeżeli nadal możliwe jest jego zastosowanie do jakiejkolwiek sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości (zob. postanowienie TK z 15 grudnia 2009 r., sygn. akt K 30/08 wraz z obszernie przywołanym tam orzecznictwem).

Ocena, czy zaskarżona norma prawna została usunięta z porządku prawnego nie tylko w sensie formalnoprawnym, lecz także czy uchylony przepis nie wywiera nadal określonych skutków dla obywateli i czy może być nadal zastosowany, wymaga odwołania się do odpowiednich przepisów intertemporalnych, pozwalających na dalsze stosowanie przepisu prawa pomimo jego formalnego uchylenia.

Ustawa zmieniająca z 15 stycznia 2016 r. zawiera cztery przepisy intertemporalne, które stanowią, co następuje: „Do kontroli operacyjnej, która była prowadzona przed dniem wejścia w życie ustawy i nie została zakończona do tego czasu, stosuje się przepisy dotychczasowe" (art. 13); „Jeżeli wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej, o której mowa w art. 19 ust. 9 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, art. 9e ust. 10 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej i art. 31 ust. 10 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w dotychczasowym brzmieniu, został złożony przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, kontrola ta jest zarządzana w trybie określonym w tych przepisach, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą" (art. 14 ust. 1); „Po zakończeniu kontroli operacyjnej, o której mowa w art. 13, wskutek upływu terminu może zostać jednokrotnie zarządzona kontrola operacyjna na podstawie art. 19 ust. 9 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, art. 9e ust. 10 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej i art. 31 ust. 10 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą" (art. 14 ust. 2); „Do postępowań w sprawie udostępniania danych, o których mowa w art. 180c i art. 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, oraz danych identyfikujących podmiot korzystający z usług pocztowych oraz dotyczących faktu, okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, oraz do zgromadzonych danych stosuje się przepisy dotychczasowe" (art. 15); „Do kontroli operacyjnej prowadzonej na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu w brzmieniu dotychczasowym, w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b tej ustawy, niezakończonej do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe" (art. 16).

Zaskarżone przepisy będące przedmiotem niniejszych rozważań nie dotyczą postępowań w sprawie udostępniania danych, o których mowa w art. 180c i art. 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, oraz danych identyfikujących podmiot korzystający z usług pocztowych i dotyczących faktu, okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług. Z tego też powodu nie ma potrzeby analizowania możliwości ich dalszego stosowania na podstawie art. 15 ustawy zmieniającej.

Podobnie, zastosowania nie może znaleźć w tym wypadku art. 16 ustawy zmieniającej, który normuje przedmiotowo ograniczony katalog spraw, a mianowicie kontrolę operacyjną prowadzoną na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b tej ustawy.

Odmiennie natomiast kształtuje się wpływ na niniejsze postępowanie regulacji pomieszczonych w art. 13 i art. 14 ustawy zmieniającej, o czym niżej.

4. Gdy idzie o przepisy zaskarżone w pkt 2 *petitum* wniosku RPO, należy przypomnieć, że ustawodawca, dokonując ich nowelizacji, zróżnicował zasady prowadzenia kontroli operacyjnej w zależności od służby, na której wniosek owa kontrola jest prowadzona. I tak w wypadku Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Służby Kontrwywiadu Wojskowego kontrola operacyjna może być prowadzona na podstawie zgody wydawanej na kolejne następujące po sobie okresy, których łączna długość nie jest ograniczona przepisami prawa. Z tego też powodu dla oceny merytorycznej dopuszczalności zarzutu niekonstytucyjności sformułowanego przez RPO pod adresem art. 27 ust. 9 ustawy o ABW oraz AW i art. 31 ust. 7 ustawy o SKW oraz SWW nie ma potrzeby odwoływania się do regulacji międzyczasowych. Pomimo zmiany normatywnej zarzut RPO o braku górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej zachowuje aktualność.

Jak już była o tym mowa, ustawa zmieniająca nadała pozostałym przepisom zakwestionowanym w pkt 2 *petitum* wniosku RPO brzmienie wychodzące naprzeciw postulatom inicjatora postępowania. Aktualnie górna granica czasu stosowania kontroli operacyjnej zarządzonej na ich podstawie wynosi 12 miesięcy.

Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 13 ustawy zmieniającej z 15 stycznia 2016 r., do kontroli operacyjnej, która była prowadzona przed dniem wejścia w życie tej ustawy i nie została zakończona do tego czasu, stosuje się

przepisy dotychczasowe. *Prima facie* można zatem postawić tezę, że działania operacyjne podjęte przed wejściem w życie ustawy zmieniającej mogą być prowadzone bez żadnych ograniczeń czasowych. Artykuł 13 ustawy należy jednak odczytywać w powiązaniu z jej art. 14. I tak w myśl art. 14 ust. 2 ustawy zmieniającej po zakończeniu kontroli operacyjnej, która trwała w momencie wejścia w życie tej ustawy i była w dalszym ciągu prowadzona na podstawie przepisów dotychczasowych, może zostać jednokrotnie zarządzona kontrola operacyjna na podstawie art. 19 ust. 9 ustawy o Policji, art. 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej i art. 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą. Po upływie okresu, na jaki zarządzono kontrolę operacyjną trwającą w momencie wejścia w życie ustawy zmieniającej, możliwe jest zatem ponowne, jednokrotne podjęcie decyzji o jej zastosowaniu. To zaś musi nastąpić na podstawie stosownych przepisów w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą, która wprowadziła ograniczenie czasu stosowania kontroli operacyjnej.

Mając powyższe na uwadze, należy przyjąć, że zakwestionowane przez RPO w pkt 2 *petitum* wniosku przepisy ustaw o: Policji, Straży Granicznej, kontroli skarbowej, Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych – nie będą mogły być stosowane w kształcie zaskarżonym przez RPO po zmianie ich brzmienia w wyniku wejścia w życie ustawy zmieniającej. Zarzut Rzecznika sprowadza się bowiem do pominięcia przez ustawodawcę określenia górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej.

Wymaga przy tym podkreślenia, że art. 14 ust. 2 ustawy zmieniającej z 15 stycznia 2016 r. nie wymienia ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. W odniesieniu do kontroli operacyjnej prowadzonej na zlecenie tej służby zastosowanie znajdzie zatem ogólna reguła intertemporalna wyrażona w art. 13 ustawy zmieniającej. Tym samym należy uznać, że gdy idzie o art. 17 ust. 9 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, może on znaleźć zastosowanie w kształcie zakwestionowanym przez RPO pomimo omawianej zmiany jego brzmienia.

Analogicznie rysuje się sytuacja w wypadku złożenia wniosku nierozpoznanego na dzień wejścia w życie ustawy zmieniającej. Na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy zmieniającej kontrolę zarządza się na podstawie właściwych przepisów materialnych w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą. Również i w tym wypadku ustawodawca pominął art. 17 ust. 9 ustawy o CBA.

Podsumowując, trzeba stwierdzić, że wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich w zakresie objętym pkt 2 jego *petitum* tylko częściowo zachowuje aktualność w świetle nowelizacji dokonanej ustawą zmieniającą. Przepisami przewidującymi prowadzenie kontroli operacyjnej bez określenia limitu czasowego są wyłącznie przepisy ustaw o: ABW oraz AW, SKW oraz SWW, CBA. Pierwsze dwie z wymienionych ustaw pomimo nowelizacji w ogóle nie przewidują górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej, natomiast ustawa o CBA może być w dalszym ciągu stosowana w poprzednim brzmieniu ze względu na kształt regulacji intertemporalnej.

Wobec powyższego Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK w części obejmującej kontrolę art. 19 ust. 9 ustawy o Policji, art. 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych.

V.2. Przedmiot kontroli

1. Artykuł 27 ust. 9 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydawać, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8, kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy".

Artykuł 31 ust. 7 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa SKW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydawać, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 6, kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli

operacyjnej na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy".

Artykuł 17 ust. 9 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym w brzmieniu obowiązującym do 7 lutego 2016 r.: „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa CBA, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8".

2. Wnioskodawca domaga się stwierdzenia niekonstytucyjności wymienionych przepisów w zakresie, w jakim nie przewidują górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej.

V.3. Zarzuty wnioskodawcy

Zarzut sformułowany przez Rzecznika pod adresem drugiej grupy przepisów zasadza się na konstatacji, że nie spełniają one testu proporcjonalności ograniczenia prawa do prywatności wyrażonego w art. 47 Konstytucji – „Brak określenia przez ustawodawcę górnej granicy stosowania kontroli operacyjnej [...] powoduje nadmierną ingerencję organów władzy publicznej w prawo do prywatności. [...] Ustawodawca bowiem, wbrew obowiązkowi nie sprecyzował [...] przez jaki czas może być stosowana wobec obywatela kontrola operacyjna, pozostawiając w praktyce oznaczenie rzeczywistego czasu kontroli operacyjnej wobec jednostki do swobodnego uznania sądu [...]".

V.4. Wzorzec kontroli

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).

2. 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 doznaniami o intymnym charakterze" (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

3. Prawo do prywatności nie ma charakteru absolutnego i jako takie może być limitowane. Podlega to jednak ocenie przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji (zob. np. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 47, s. 4; wyroki TK z: 21 października 1998 r., sygn. akt K 24/98; 11 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 15/98; 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02; 20 marca 2006 r., sygn. akt K 17/05), który 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 L. Garlicki [w:] *Konstytucja…*, komentarz do art. 31, s. 14 i n.; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 115-141).

V.5. Analiza merytoryczna

1. Analizę zarzutu Rzecznika Praw Obywatelskich należy przeprowadzić dwutorowo, mając na uwadze specyfikę służb, których działanie (w tym tryb zarządzania i warunki stosowania kontroli operacyjnej) regulują zaskarżone przepisy.

W pierwszej kolejności Sejm odniesie się zatem do konstytucyjności art. 27 ust. 9 ustawy o ABW oraz AW i do art. 31 ust. 7 ustawy o SKW oraz SWW.

2. Jak już była o tym mowa, obowiązujące brzmienie omawianych przepisów zostało ukształtowane ustawą zmieniającą z 15 stycznia 2016 r. i jest wyrazem decyzji ustawodawcy o konieczności zróżnicowania uprawnień poszczególnych służb w zakresie prowadzenia kontroli operacyjnej.

I tak w odniesieniu do pozostałych formacji, działających na podstawie przepisów (co wykazano wyżej) znowelizowanych w sposób, który dezaktualizuje zarzuty Rzecznika Praw Obywatelskich, ustawodawca określił jednoznacznie maksymalny okres stosowania kontroli operacyjnej. Zmienione przepisy przewidują, że po upływie okresów, na które została zarządzona kontrola operacyjna, tj. nie dłużej niż 3 miesiące – pierwsze postanowienie sądu, nie dłużej niż kolejne 3 miesiące – jednorazowe przedłużenie kontroli operacyjnej postanowieniem sądu, możliwe będzie, na podstawie postanowienia sądu, przedłużenie, po upływie ww. dwóch okresów, prowadzenia kontroli operacyjnej na kolejne następujące po sobie okresy, jednak łączny okres przedłużenia stosowania przez te służby kontroli operacyjnej (nie licząc dwóch pierwszych przedłużeń) nie może przekroczyć 12 miesięcy. Tym samym całkowity czas prowadzenia przez ww. służby kontroli

operacyjnej w danej sprawie (łącznie ze wszystkimi przedłużeniami) nie będzie mógł przekroczyć 18 miesięcy.

Odmiennie natomiast ujęto czasowe uwarunkowania wykonywania kontroli operacyjnej przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Służbę Kontrwywiadu Wojskowego. Zgodnie z założeniami projektodawcy: „Ze względu na specyfikę zadań realizowanych przez służby specjalne wykonujące działania w zakresie kontrwywiadu, ograniczenia powyższe nie zostały wprowadzone w odniesieniu do kontroli operacyjnej stosowanej przez te służby. W projektowanych art. 27 ust. 9 ustawy o ABW i AW i art. 31 ust. 7 ustawy o SKW i SWW określono, że jeżeli w trakcie stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, kontrola operacyjna może być przedłużana na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy. O przedłużeniu kontroli, każdorazowo będzie decydować sąd, który wydał zgodę na jej prowadzenie, co zapewni kontrolę niezależnego organu nad prawidłowością działań podejmowanych przez te służby. Przyjęcie takiego rozwiązania w odniesieniu do służb specjalnych realizujących zadania kontrwywiadowcze i antyterrorystyczne jest niezbędne w perspektywie bieżących zagrożeń bezpieczeństwa, m.in. w kontekście przyjmowanego obecnie *modus operandi* sprawców takich przestępstw jak przestępstwa o charakterze terrorystycznym, sabotaż, czy szpiegostwo, wykorzystujących tzw. «uśpione ogniwo». Trybunał wskazał, że nie jest wykluczone zróżnicowanie intensywności ochrony prywatności, autonomii informacyjnej oraz tajemnicy komunikowania się z uwagi na to, czy dane o osobach pozyskują służby wywiadowcze i zajmujące się ochroną bezpieczeństwa państwa, czy też czynią to służby policyjne. Specyfika działalności służb informacyjno-wywiadowczych oraz związany z tym relatywnie wąsko określony zakres ich ustawowych zadań, może uzasadniać odmienne ustalenie zasad prowadzenia takich czynności i wykorzystywania zgromadzonych materiałów, od reguł obowiązujących pozostałe organy państwa, a zwłaszcza służby policyjne, mające szeroki zakres działania. Takie zróżnicowanie zasad prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych nie uchyla oczywiście wymogu przestrzegania zasady proporcjonalności" (poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 154/VIII kad.).

3. Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy zmieniającej z 15 stycznia 2016 r., przyznanie odmiennych uprawnień ABW i SKW wiąże się ze specyfiką zadań realizowanych przez te służby.

Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego jest właściwa w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego (art. 1 ustawy o ABW oraz AW). Do zadań ABW należy: 1) rozpoznawanie, zapobieganie i zwalczanie zagrożeń godzących w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz jego porządek konstytucyjny, a w szczególności w suwerenność i międzynarodową pozycję, niepodległość i nienaruszalność jego terytorium, a także obronność państwa; 2) rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw: a) szpiegostwa, terroryzmu, bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa, b) godzących w podstawy ekonomiczne państwa, c) korupcji osób pełniących funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i art. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584 ze zm.), jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa, d) w zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, e) nielegalnego wytwarzania, posiadania i obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, bronią masowej zagłady oraz środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, w obrocie międzynarodowym oraz ściganie ich sprawców; 3) realizowanie, w granicach swojej właściwości, zadań związanych z ochroną informacji niejawnych oraz wykonywanie funkcji krajowej władzy bezpieczeństwa w zakresie ochrony informacji niejawnych w stosunkach międzynarodowych; 4) uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego; 5) podejmowanie innych działań określonych w odrębnych ustawach i umowach międzynarodowych (art. 5 ust. 1 ustawy o ABW oraz AW).

Ustawodawca powołał Służbę Kontrwywiadu Wojskowego jako służbę specjalną, właściwą w sprawach ochrony przed zagrożeniami wewnętrznymi dla obronności państwa, bezpieczeństwa i zdolności bojowej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: SZ RP) oraz innych jednostek organizacyjnych

podległych lub nadzorowanych przez Ministra Obrony Narodowej (dalej: inne jednostki organizacyjne MON) – art. 1 ustawy o SKW oraz SWW.

Do zadań SKW należy: 1) rozpoznawanie, zapobieganie oraz wykrywanie popełnianych przez żołnierzy pełniących czynną służbę wojskową, funkcjonariuszy SKW i SWW oraz pracowników SZ RP i innych jednostek organizacyjnych MON, przestępstw: a) przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstw wojennych określonych w rozdziale XVI k.k., a także innych ustawach i umowach międzynarodowych, b) przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej określonych w rozdziale XVII k.k., oraz takich czynów skierowanych przeciwko państwom obcym, które zapewniają wzajemność, c) określonych w art. 140 k.k., d) określonych w art. 228-230 k.k., jeżeli mogą one zagrażać bezpieczeństwu lub zdolności bojowej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej lub innych jednostek organizacyjnych MON, e) przeciwko ochronie informacji określonych w rozdziale XXXIII k.k., jeżeli mogą one zagrażać bezpieczeństwu lub zdolności bojowej SZ RP lub innych jednostek organizacyjnych MON, a także takich czynów skierowanych przeciwko państwom obcym, które zapewniają wzajemność, f) określonych w art. 33 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 194 ze zm.), g) związanych z działalnością terrorystyczną oraz innych niż wymienione w lit. a-f, godzących w bezpieczeństwo potencjału obronnego państwa, SZ RP oraz jednostek organizacyjnych MON, a także państw, które zapewniają wzajemność; 2) współdziałanie z Żandarmerią Wojskową i innymi organami uprawnionymi do ścigania przestępstw wymienionych w pkt 1; 3) realizowanie, w granicach swojej właściwości, zadań określonych w przepisach ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1167); 4) uzyskiwanie, gromadzenie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć znaczenie dla obronności państwa, bezpieczeństwa lub zdolności bojowej SZ RP lub innych jednostek organizacyjnych MON, w zakresie określonym w pkt 1, oraz podejmowanie działań w celu eliminowania ustalonych zagrożeń; 5) prowadzenie kontrwywiadu radioelektronicznego oraz przedsięwzięć z zakresu ochrony kryptograficznej i kryptoanalizy; 6) uczestniczenie w planowaniu i przeprowadzaniu kontroli realizacji umów międzynarodowych dotyczących rozbrojenia; 7) ochrona bezpieczeństwa

jednostek wojskowych, innych jednostek organizacyjnych MON oraz żołnierzy wykonujących zadania służbowe poza granicami państwa; 8) ochrona bezpieczeństwa badań naukowych i prac rozwojowych zleconych przez SZ RP i inne jednostki organizacyjne MON oraz produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o przeznaczeniu wojskowym zamówionymi przez SZ RP i inne jednostki organizacyjne MON, w zakresie określonym w pkt 1; 9) podejmowanie działań, przewidzianych dla SKW, w innych ustawach, a także umowach międzynarodowych, którymi Rzeczpospolita Polska jest związana (art. 5 ust. 1 ustawy o SKW oraz SWW).

4. Powyższe wyliczenia ujawniają różnice zachodzące pomiędzy ABW i SKW a pozostałymi formacjami, które ustawodawca wyposażył w uprawnienie do stosowania kontroli operacyjnej. Z jednej strony można bowiem odnotować, że ustawodawca ograniczył przedmiotowo zasięg działania ABW i SKW, czyniąc je służbami specjalnymi o specyficznym profilu działania. Powyższa specyfika ujawnia się zarówno, gdy idzie o stopień doprecyzowania ustawowego katalogu zadań, jak i wagę zabezpieczanych przez te służby interesów.

Po pierwsze, na tle ustawowego statusu i zadań powierzonych do realizacji Policji już *prima facie* ujawnia się wyspecjalizowany charakter Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Służby Kontrwywiadu Wojskowego. Policja to bowiem umundurowana i uzbrojona formacja, której zadań należą m.in.: ochrona życia i zdrowia ludzi oraz mienia przed bezprawnymi zamachami naruszającymi te dobra; ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego, w tym zapewnienie spokoju w miejscach publicznych; wykrywanie przestępstw i wykroczeń oraz ściganie ich sprawców (zob. art. 1 ustawy o Policji). Wyraźnie widać zatem, że ABW i SKW, podobnie jak Policja, zostały powołane do rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, przy czym ustawodawca doprecyzował, o jakie przestępstwa chodzi, wyznaczając omawianym służbom specjalnym cele (np. przeciwdziałanie i wykrywanie szpiegostwa), które ze względu na znaczenie dla interesów państwa oraz wiążący się z ich specyfiką stopień skomplikowania czynności operacyjnych uzasadniają nadanie im odmiennego statusu i zakresu kompetencji.

Po drugie, co tyczy się przede Służby Kontrwywiadu Wojskowego, chodzi o ograniczenia podmiotowe. W art. 5 ust. 1 ustawy o SKW oraz SWW wskazano, że

sprawcami przestępstw, do rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania których powołano SKW, muszą być określone kategorie osób, tj. żołnierze pełniący czynną służbę wojskową, funkcjonariusze SKW i SWW oraz pracownicy Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej i innych jednostek organizacyjnych MON.

5. Zestawienie katalogów zadań poszczególnych służb nie może stanowić jednak podstawy formułowania wniosków o konstytucyjności przepisów regulujących czas trwania kontroli operacyjnej. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że obowiązek wykonywania niektórych zadań można przypisać więcej niż jednej formacji (a w systemie prawa brak swoistej reguły inferencyjnej nakazującej powstrzymanie się od działania np. Policji na wypadek przypisania danego zadania innym formacjom). Koordynowaniu działań poszczególnych służb i formacji służy bowiem instytucja Kolegium do Spraw Służb Specjalnych, działającego jako organ opiniodawczo-doradczy w sprawach programowania, nadzorowania i koordynowania działalności ABW, AW, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego i Centralnego Biura Antykorupcyjnego oraz podejmowanych dla ochrony bezpieczeństwa państwa działań Policji, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej, Służby Więziennej, Biura Ochrony Rządu, Służby Celnej, urzędów skarbowych, izb skarbowych, organów kontroli skarbowej, organów informacji finansowej oraz służb rozpoznania Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej.

Do zadań tego Kolegium należy m.in. koordynowanie działalności ABW, AW, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego i Centralnego Biura Antykorupcyjnego, a także działalności służb specjalnych z Policją, Strażą Graniczną, Żandarmerią Wojskową, Biurem Ochrony Rządu, Służbą Celną, urzędami skarbowymi, izbami skarbowymi, organami kontroli skarbowej, organami informacji finansowej i służbami rozpoznania Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz ich współdziałania w dziedzinie ochrony bezpieczeństwa państwa (zob. art. 11 w związku z art. 12 pkt 7 ustawy o ABW oraz AW).

Ustaleniu zasad wzajemnej współpracy i np. wymiany informacji służą ponadto porozumienia zawierane pomiędzy poszczególnymi służbami i formacjami (zob. np. Porozumienie Komendanta Głównego Policji i Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego z dnia 2 maja 2007 r. w sprawie określenia zasad współpracy Policji i Centralnego Biura Antykorupcyjnego; Dz. Urz. CBA z dnia 28 grudnia 2007 r.).

W tym miejscu należy zatem odwołać się do przepisów precyzujących przesłanki zarządzania kontroli operacyjnej. Powołanie się na różnice w zadaniach realizowanych przez poszczególne formacje wymaga bowiem ustalenia, że owe rozbieżności znajdują odzwierciedlenie w podstawach wkraczania w konstytucyjne prawa jednostek. Innymi słowy, chodzi tu o wykazanie, że służby, którym przyznano dalej idące uprawnienia, mogą stosować metody kontroli operacyjnej tylko w takich sytuacjach, które wynikają ze szczególnego charakteru realizowanych przez nie zadań. W przeciwnym bowiem wypadku, gdyby szczególne uprawnienia wiązały się z realizacją zadań o „mniej poważnym" charakterze, ustawodawca mógłby się narazić na zarzut pogwałcenia zasady przyzwoitej legislacji oraz zasady proporcjonalności. Praktycznym przejawem takiej wadliwości przepisów byłaby możliwość obchodzenia przez służby rygorów kontroli operacyjnej i prowadzenia jej w „specjalnym" trybie w sprawach, w których ustawodawca przyznał prymat ochronie konstytucyjnego prawa do prywatności nad sprawnym wykonywaniem zadań przez formacje policyjne i służby specjalne.

W wypadku SKW kontrola operacyjna może być zarządzona w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 pkt 1, 5, 7 i 8 oraz ust. 2 ustawy o SKW oraz SWW. Chodzi tu o rozpoznawanie, zapobieganie oraz wykrywanie popełnianych przez żołnierzy pełniących czynną służbę wojskową, funkcjonariuszy SKW i SWW oraz pracowników SZ RP i innych jednostek organizacyjnych MON, przestępstw wymienionych w pkt 1 oraz prowadzenie kontrwywiadu radioelektronicznego oraz przedsięwzięć z zakresu ochrony kryptograficznej i kryptoanalizy (pkt 5); ochronę bezpieczeństwa jednostek wojskowych, innych jednostek organizacyjnych MON oraz żołnierzy wykonujących zadania służbowe poza granicami państwa (pkt 7); bezpieczeństwa badań naukowych i prac rozwojowych zleconych przez SZ RP i inne jednostki organizacyjne MON oraz produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o przeznaczeniu wojskowym zamówionymi przez SZ RP i inne jednostki organizacyjne MON, w zakresie określonym w pkt 1 (pkt 8) oraz rozpoznawanie oraz wykrywanie przestępstw, o których mowa w ust. 1, popełnionych we współdziałaniu z żołnierzami pełniącymi czynną służbę wojskową, funkcjonariuszami SKW i SWW lub pracownikami SZ RP i innych jednostek organizacyjnych MON (ust. 2).

Odnosząc się bliżej do katalogu przestępstw zamieszczonego w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o SKW oraz SWW, należy zauważyć, że poza odesłaniem do wyraźnie określonych numerów rozdziałów Kodeksu karnego przepis ten wymienia dwie

kategorie przestępstw w sposób opisowy. Pierwsza to przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne określone w innych ustawach i umowach międzynarodowych (art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy o SKW oraz SWW). Druga zaś to przestępstwa związane z działalnością terrorystyczną oraz inne niż wymienione w lit. a-f, godzące w bezpieczeństwo potencjału obronnego państwa, Sił Zbrojnych RP oraz jednostek organizacyjnych MON, a także państw, które zapewniają wzajemność (art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. g).

Zdaniem Sejmu posłużenie się przez ustawodawcę wskazanym wyżej opisem przestępstw, do zwalczania których można stosować techniki kontroli operacyjnej, pozostaje z związku z działalnością SKW, a jednocześnie pozwala sądowi zarządzającemu kontrolę operacyjną stosować przepisy dotyczące kontroli operacyjnej w czasowo rozszerzonym zakresie do przypadków ściśle związanych z wykonywaniem przez tę służbę powierzonych jej – szczególnie istotnych z punktu widzenia interesu państwa – zadań.

Gdy idzie o grupę przestępstw wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy o SKW oraz SWW, Sejm podziela pogląd, że: „Ustawodawca wskazał jednoznacznie w art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy o SKW, że chodzi tu o przestępstwa popełniane wyłącznie przez ściśle określone podmioty [...]. Ponadto zastrzegł możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej jedynie w określonym celu, jakim jest rozpoznawanie oraz wykrywanie przestępstw przeciwko konkretnym dobrom prawnie chronionym: pokojowi, ludzkości oraz przestępstw wojennych, a także zapobieganie takim przestępstwom. Innymi słowy, określił w ustawie rodzaje (naturę) przestępstw uzasadniających kontrolę operacyjną. Nie dookreślił jedynie, w jakich konkretnie aktach normatywnych, poza wskazanym wprost rozdziałem XVI kodeksu karnego, przestępstwa te mają być penalizowane. Ustalenie, o jakie czyny zabronione chodzi, nie powinno stwarzać ponadprzeciętnych trudności (zob. Statut Międzynarodowego Trybunału Wojskowego – Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępstw wojennych Osi Europejskiej; Dz. U. z 1947 r. Nr 63, poz. 367). Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne stanowią najpoważniejsze zagrożenia uznanych konstytucyjnie dóbr (o czym może świadczyć wyłączenie przedawnienia przestępstw przeciw pokojowi i ludzkości w art. 43 Konstytucji czy treść art. 55 ust. 3 Konstytucji), co nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Zapobieganie tym przestępstwom, a także ich wykrywanie i ściganie może – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – uzasadniać wykorzystywanie przez

służby ochrony państwa rozmaitych metod niejawnego pozyskiwania informacji. Trudno jest w konsekwencji stwierdzić, że stosowanie kontroli operacyjnej w tym wypadku stanowi nieproporcjonalną ingerencję w wolności i prawa zagwarantowane w art. 47 i art. 49 Konstytucji. [...] ustanowienie statycznego odesłania do konkretnych jednostek redakcyjnych ustawy karnej typizujących przestępstwa wzmacniałoby niewątpliwie poziom ochrony jednostki przed potencjalnym ryzykiem arbitralności organów władzy publicznej. Argument ten nie przesądza jednakże o niedostatecznej określoności zakwestionowanego unormowania ani o nieproporcjonalnej ingerencji w konstytucyjne prawo do ochrony prywatności i tajemnicę komunikowania się" (wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

Podobnie w odniesieniu do przestępstw, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. g ustawy o SKW oraz SWW, Sejm wyraża przekonanie, że sposób ich określenia pozwala na zniwelowanie (a w każdym razie ograniczenie) ryzyka ekscesywnego stosowania kontroli operacyjnej. Należy przypomnieć, że stopień precyzji omawianych przepisów nie został poddany ocenie Trybunału w sprawie o sygn. akt K 23/11 ze względu na deficyty argumentacyjne wniosku PG, które skutkowały umorzeniem postępowania w tym zakresie. Niemniej jednak Trybunał, odwołując się do swojego wyroku z 27 czerwca 2008 r. (sygn. akt K 51/07) w sprawie ustawy z dnia 14 grudnia 2006 r. o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2007 r. Nr 7, poz. 49), przypomniał *obiter dicta*, że terminy „obronność państwa" i „bezpieczeństwo Sił Zbrojnych RP" charakteryzują się odpowiednią precyzją dla potrzeb określania zakresu działania organów władzy publicznej, zaś: „Każda nazwa w języku naturalnym cechuje się pewnym stopniem niedookreśloności, co wiąże się z istotą samego języka. Osiągnięcie wyższego stopnia precyzji przy redagowaniu tekstów aktów normatywnych nie jest możliwe. Ryzyko arbitralnego działania organów władzy publicznej pojawia się przede wszystkim w sytuacjach, w których prawo nie przewiduje sądowej kontroli stosowania prawa przez organy władzy wykonawczej".

Gdy idzie o podstawy stosowania kontroli operacyjnej na wniosek ABW, trzeba odwołać się do art. 27 ust. 1 ustawy o ABW oraz AW, zgodnie z którym kontrola operacyjna może zostać zarządzona w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania oraz w celu uzyskania i utrwalenia dowodów ścigania sprawców

przestępstw: szpiegostwa, terroryzmu, bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a); korupcji osób pełniących funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i art. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. c); w zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d); nielegalnego wytwarzania, posiadania i obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, bronią masowej zagłady (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. e) oraz środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, w obrocie międzynarodowym, oraz przestępstw, o których mowa w rozdziałach XXXV-XXXVII Kodeksu karnego oraz rozdziałach 6 i 7 Kodeksu karnego skarbowego – jeżeli godzą w podstawy ekonomiczne państwa.

Wymaga podkreślenia, że art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o ABW oraz AW w zakresie, w jakim obejmuje zwrot „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa", a także art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. c tej ustawy zostały uznane przez Trybunał za zgodne z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zob. wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

W odniesieniu do art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o ABW oraz AW Trybunał stwierdził, co następuje.

Po pierwsze, „ustawowa regulacja całego art. 5 i związku tego przepisu z art. 27 ustawy o ABW, w tym ust. 1, jest kompleksowa, spójna, a także konstrukcyjnie, aksjologicznie i prakseologicznie racjonalna [...] Kompleksowość regulacji całego art. 5 ustawy o ABW wynika z identyfikowania przez prawodawcę chronionych wartości oraz określenia przedmiotu działania ABW za pomocą zastosowania formuły wyznaczenia zadań tego organu policji bezpieczeństwa – właściwego w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego i porządku konstytucyjnego naszego państwa".

Po drugie: „Chronione w art. 5 ustawy o ABW wartości są objęte treścią pojęć: bezpieczeństwo państwa, bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz jego porządek konstytucyjny, suwerenność i międzynarodowa pozycja państwa, nienaruszalność jego terytorium, obronność państwa, podstawy ekonomiczne państwa, a także m.in. moralność publiczna i sprawność funkcjonowania instytucji państwa (ust. 1

pkt 2 lit. c), zobowiązania prawnomiędzynarodowe państwa z ich przesłankami aksjologicznymi (ust. 1 pkt 5). Z natury swojej te konstytucyjnie istotne wartości nie mogą być w ustawie szczegółowo wyspecyfikowane, stąd konieczność posłużenia się przez prawodawcę pojęciem ogólnym, «zbierającym» wartości szczegółowe".

Po trzecie: „Ustawodawca zadbał o spójność działań realizujących zadania, stosując formułę dopełnienia (pkt 1 «w szczególności...», pkt 2 lit. a «i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa»), będącą jedyną możliwą do zastosowania przy bogactwie faktycznym i aksjologicznym przedmiotu regulacji. Kierowanie do ustawodawcy postulatu wyczerpującego wyliczenia typów przestępstw w oderwaniu od ogólnego kwalifikatora («godzenie w bezpieczeństwo państwa»), jeśli w ogóle byłoby możliwe, to ocierałoby się o granice legislacyjnej poprawności. [...] Kompletne zindywidualizowanie przestępstw w kontekście normy zawartej w art. 5 ustawy o ABW prowadziłoby do pozostawienia poza regulacją stanów faktycznych i prawnych «godzących w bezpieczeństwo państwa», co bezpośrednio naruszałoby art. 1 Konstytucji oraz mogłoby także bezpośrednio i pośrednio godzić w wolności naszych obywateli gwarantowane zasadą zaufania obywateli do państwa, w tym kontekście – jego zdolności do skutecznej ochrony wartości zawartych w ust. 1 art. 5 tej ustawy".

Po czwarte: „Treść normatywną, w tym wyznaczenie zakresu typologicznego przestępstw, określa także kompleksowe zestawienie wszystkich typów przestępstw w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a-e ustawy o ABW, tzn. opatrzenie ich kwalifikatorem «bezpieczeństwo państwa» oraz treścią ust. 1, w istocie dookreśla zbiór wszystkich, w tym innych przestępstw, a nie otwiera na zupełnie nowe, nieznane oderwane od treści tego przepisu przestępstwa".

Po piąte, „ustawodawca wyposażył Sąd Okręgowy w Warszawie w instrumenty decydowania o dopuszczalności kontroli operacyjnej, poprzedzonej przecież rozbudowaną procedurą wstępną (wniosek Szefa ABW – pisemna zgoda Prokuratora Generalnego – możliwość zażądania przez sąd dodatkowych materiałów i wyjaśnień)" (wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

Z kolei oceniając art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit c. ustawy o ABW i AW, Trybunał podkreślił, że ustawodawca dostatecznie precyzyjnie określił rodzaj przestępstwa, co do którego może być zarządzona kontrola operacyjna – zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy o ABW mogą być to jedynie „przestępstwa korupcji". Trybunał nie podzielił przy tym zastrzeżeń wnioskodawcy i uczestników

postępowania, jakoby terminu „korupcja" nie dało się zdefiniować na gruncie obowiązującego ustawodawstwa. Wskazał ponadto, że „kontestowane przez wnioskodawcę sformułowanie zawarte w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy o ABW zawęża zakres przedmiotowy kontroli operacyjnej, a nie poszerza go. Nie każde bowiem przestępstwo korupcji popełnione przez osoby pełniące funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i art. 2 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, uzasadniać może zarządzenie kontroli operacyjnej, lecz tylko takie, które spełnia kwalifikowany warunek, a mianowicie może godzić w bezpieczeństwo państwa. Wbrew twierdzeniom wnioskodawcy, kwestionowany przepis nie tylko nie osłabia ochrony jednostek przed arbitralnością organów władzy publicznej, ale wręcz ją wzmacnia. W konsekwencji art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy o ABW spełnia minimalne wymagania konstytucyjne. Nie można też uznać, że dochodzi do naruszenia art. 8 ust. 1 Konwencji".

6. Reasumując poczynione wyżej ustalenia, Sejm prezentuje stanowisko, zgodnie z którym zadania nałożone na Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Służbę Kontrwywiadu Wojskowego wykazują istotne odmienności od celów powołania pozostałych służb i formacji policyjnych. Specyfika tych zadań oraz waga interesów, których zabezpieczeniu mają one służyć, wymusza stworzenie adekwatnego otoczenia normatywnego wraz z odpowiednim instrumentarium pozwalającym na sprawne wykonywanie zadań określonych przez ustawodawcę.

Nie można przy tym tracić z pola widzenia konstytucyjnego umocowania części z powierzonych tym służbom zadań, a tym samym wynikającej z ustawy zasadniczej podstawy wprowadzenia instytucji kontroli operacyjnej (por. S. Brzozowski, *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b kodeksu postępowania karnego*, „Palestra" 2016, nr 6, s. 20-21). Zgodnie z art. 5 Konstytucji: „Rzeczpospolita 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". Nie ulega przy tym wątpliwości, że każdy przypadek przyznania określonej formacji prawa do stosowania technik kontroli operacyjnej winien służyć realizacji wartości konstytucyjnych, i – w ocenie Sejmu – obowiązujące

w tym zakresie regulacje respektują ten obowiązek. Wobec powyższego trzeba podkreślić, że: „Utrata niepodległości oznaczałaby przestanie obowiązywania Konstytucji. Dlatego też środki przedsiębrane dla ochrony niepodległości i integralności terytorialnej mogą wpływać na realizację innych zasad i wartości konstytucyjnych" (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 51). Analogiczny pogląd wyraża Trybunał Konstytucyjny, wskazując, że „jeden z zasadniczych celów Rzeczypospolitej Polskiej, jakim jest ochrona niepodległości i nienaruszalności jej terytorium, uzasadnia wprowadzanie ograniczeń w wykonywaniu konstytucyjnych praw i wolności służących jednostkom" (wyrok TK z 3 lipca 2001 r., sygn. akt K 3/01; por. wydany w pełnym składzie wyrok TK z 25 listopada 2003 r., sygn. akt K 37/02).

Wymaga zatem podkreślenia, że ustawowe zadania nałożone na ABW i SKW służą, w pierwszej kolejności, ochronie niepodległości i nienaruszalności terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Jak już była o tym mowa, do zadań ABW należy m.in. rozpoznawanie, zapobieganie i zwalczanie zagrożeń godzących w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz jego porządek konstytucyjny, a w szczególności w suwerenność i międzynarodową pozycję, niepodległość i nienaruszalność jego terytorium, w tym przez stosowanie kontroli operacyjnej dla rozpoznania, wykrycia i zapobieżenia przestępstwom szpiegostwa, terroryzmu, bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa.

Natomiast SKW stosuje kontrolę operacyjną m.in. w celu rozpoznawania, zapobiegania oraz wykrywania popełnianych przez żołnierzy pełniących czynną służbę wojskową, funkcjonariuszy SKW i SWW oraz pracowników SZ RP i innych jednostek organizacyjnych MON, przestępstw przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej określonych w rozdziale XVII Kodeksu karnego. Chodzi tu zatem o m.in. zamach na niepodległość i integralność terytorialną, jak również na istnienie i funkcjonowanie konstytucyjnego ustroju Rzeczypospolitej Polskiej (art. 127 § 1 k.k.), czy też zamach na konstytucyjny organ Rzeczypospolitej Polskiej (art. 128 § 1 k.k.).

Powyższe ustalenia w pełni potwierdzają zatem wyrażane przez Trybunał stanowisko, że „specyfika działalności służb informacyjno-wywiadowczych [do których TK zalicza ABW i SKW – uwaga własna] oraz związany z tym relatywnie wąsko określony zakres ich ustawowych zadań, może uzasadniać odmienne ustalenie zasad prowadzenia takich czynności i wykorzystywania zgromadzonych

materiałów, od reguł obowiązujących pozostałe organy państwa, a zwłaszcza służby policyjne, mające szeroki zakres działania. Takie zróżnicowanie zasad prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych nie uchyla oczywiście wymogu przestrzegania zasady proporcjonalności" (wydany w pełnym składzie wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

7. Jak wspomniano wyżej, Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że różnice w specyfice zadań realizowanych przez poszczególne służby, uzasadniające przyznanie odmiennie kształtowanych kompetencji w pozyskiwaniu informacji, nie uchylają obowiązku przestrzegania przez ustawodawcę zasady proporcjonalności.

W swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wypracował modelową ustawową regulację czynności operacyjno-rozpoznawczych. Jednym z jej koniecznych elementów jest określenie maksymalnego czasu stosowania niejawnych czynności, po upływie którego dalsze ich prowadzenie jest już niedopuszczalne. Jak wskazał: „Nie jest rolą Trybunału Konstytucyjnego, jako sądu prawa, określanie, jak długi ma być to termin. Termin ten ma określić ustawodawca tak, aby umożliwiał osiągnięcie konstytucyjnie uzasadnionego celu. Nie może być to jednak termin ani nadmiernie długi, ani zbyt krótki, który nie pozwala na efektywną pracę operacyjno-rozpoznawczą. Ustawodawca musi mieć także na uwadze, że w demokratycznym państwie prawa nie jest dopuszczalne – nawet za zgodą sądu i w sytuacji podejrzenia popełnienia nawet poważnych przestępstw – prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych bezterminowo, choćby miało się to wiązać z bezpowrotną utratą dowodów" (zob. wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11). Należy zatem rozważyć, czy dopuszczalne w ocenie Trybunału, zróżnicowanie intensywności ochrony prywatności, autonomii informacyjnej oraz tajemnicy komunikowania się z uwagi na to, czy dane o osobach pozyskują służby wywiadowcze i zajmujące się ochroną bezpieczeństwa państwa, czy też czynią to służby policyjne, może dotyczyć zaniechania określenia maksymalnego okresu prowadzenia kontroli operacyjnej w wypadku działań prowadzonych przez ABW i SKW.

8. Wymaga podkreślenia, że przedłużenie stosowania kontroli operacyjnej (bez określenia maksymalnego czasu, przez jaki działanie te mogą być prowadzone)

może nastąpić tylko w oparciu o ustawowo określone podstawy oraz w prawnie opisanym trybie.

Obowiązujące regulacje prowadzenia kontroli operacyjnej przez ABW i SKW dopuszczają przedłużanie przez sąd kontroli operacyjnej jedynie w uzasadnionych przypadkach, gdy podczas jej stosowania pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa.

Po pierwsze, 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.

Po drugie, co wymaga podkreślenia, wniosek o przedłużenie stosowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez ABW lub SKW rozpoznaje niezależny i bezstronny sąd, po wcześniejszym uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego.

Po trzecie, przed podjęciem decyzji w sprawie wniosku sąd ma obowiązek zapoznać się (*verba legis*: zapoznaje się) z materiałami uzasadniającymi wniosek, w szczególności zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzonej w sprawie (zob. art. 31 ust. 8 ustawy o SKW oraz SWW i art. 27 ust. 10 ustawy o ABW oraz AW). Sam wniosek o przedłużenie stosowania kontroli operacyjnej należy natomiast opatrzyć uzasadnieniem potrzeby dalszego stosowania kontroli operacyjnej (zob. art. 31 ust. 8 ustawy o SKW oraz SWW i art. 27 ust. 10 ustawy o ABW oraz AW).

W ocenie Sejmu powyższe pozwala twierdzić, że ustawodawca nie uchybił konstytucyjnej zasadzie proporcjonalności.

Sejm podziela oraz uznaje za adekwatną także w odniesieniu do SKW ocenę Prokuratora Generalnego wyrażoną w 2013 r. w toku konsultacji nad zmianami przepisów regulujących działanie ABW, w tym określenie maksymalnego czasu trwania prowadzonej przez tę służbę kontroli operacyjnej: „[...] Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego już tylko z tytułu swoich ustawowych zadań, wśród

których należy wymienić chociażby rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw szpiegostwa, terroryzmu, bezprawnego ujawniania lub wykorzystywania informacji niejawnych i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa [...] powinna mieć zagwarantowaną możliwość korzystania z omawianego instrumentu prawnego, bez normatywnie, sztywnie określonego limitu czasu [...] propozycja czasowej limitacji trwania kontroli operacyjnej, w aspekcie wyznaczenia maksymalnego terminu jej stosowania, jest propozycją niezwykle kontrowersyjną, której przyjęcie może w niektórych sytuacjach utrudnić, a nawet uniemożliwić realizację zadań wyznaczonych przez ustawodawcę Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego" (pismo PG z 29 stycznia 2013 r., sygn. akt PG VII G 025/393/13, sporządzone w odpowiedzi na pismo Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 22 listopada 2013 r., w ramach konferencji uzgodnieniowej w sprawie procedowanego wówczas projektu ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, źródło: https://bip.mswia.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnyc/2013/22385,Projekt-ustawy-o-Agencji-Bezpieczenstwa-Wewnetrznego.html).

Sejm dostrzega, iż obok konstatacji o dopuszczalności różnicowania uprawnień poszczególnych służb, uwzględniającego wagę realizowanych przez nie zadań, Trybunał stwierdził *expressis verbis*, że „w demokratycznym państwie prawa nie jest dopuszczalne – nawet za zgodą sądu i w sytuacji podejrzenia popełnienia nawet poważnych przestępstw – prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych bezterminowo, choćby miało się to wiązać z bezpowrotną utratą dowodów" (wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11). Sformułowanie przez Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku nawet tak daleko idącej tezy nie pozbawia kwestionowanych przepisów domniemania konstytucyjności, tak jak ma to miejsce w wypadku przepisów, których niezgodność z ustawą zasadniczą znalazła odzwierciedlenie w sentencji wyroku sądu konstytucyjnego, a które pozostają w obrocie prawnym ze względu na odroczenie przez Trybunał utraty ich mocy obowiązującej.

9. Zdaniem Sejmu okolicznością, której nie można pominąć w niniejszych rozważaniach, jest także ogólna zmiana sytuacji geopolitycznej Rzeczpospolitej Polskiej i wiążący się z nią stopień zagrożenia przestępstwami, których zapobieganiu i wykrywaniu służyć ma kontrola operacyjna prowadzona przez omawiane służby.

Trzeba tu wskazać m.in. na zaangażowanie militarne w walce z międzynarodowym terroryzmem (zob. postanowienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 czerwca 2016 r. o użyciu Polskiego Kontyngentu Wojskowego w operacji INHERENT RESOLVE w Państwie Kuwejt, Republice Iraku oraz Państwie Katar, M. P., poz. 536; postanowienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 17 czerwca 2016 r. o użyciu Polskiego Kontyngentu Wojskowego w operacji INHERENT RESOLVE w Republice Iraku, Jordańskim Królestwie Haszymidzkim oraz Państwie Kuwejt, M. P., poz. 537). Aktywność tego rodzaju może wiązać się narażeniem państwa polskiego na akcje odwetowe.

Ustawodawca dał wyraz rozpoznaniu aktualnych zagrożeń dla bezpieczeństwa państwa w uzasadnieniu projektu ustawy o działaniach antyterrorystycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 516/VIII kad.), wskazując, że: „Wzrost poziomu zagrożenia terrorystycznego obserwowany w ostatnim okresie w szczególności w państwach Europy Zachodniej, czego przykład stanowią zamachy we Francji i Belgii, skutkuje podejmowaniem zarówno przez poszczególne państwa, jak i organizacje międzynarodowe czy inne gremia, których członkiem jest Polska, starań zmierzających do zmiany przepisów, w celu wzmocnienia możliwości rozpoznawania, przeciwdziałania i zwalczania ewentualnych zagrożeń o charakterze terrorystycznym. [...] Wprawdzie Polska nie była dotychczas bezpośrednim celem ataku terrorystycznego, nie oznacza to jednak, że pozostaje zupełnie wolna od tego zagrożenia. Mając na uwadze udział Polski w działaniach międzynarodowej koalicji antyterrorystycznej, jak również fakt, że terytorium RP jest uznawane w materiałach rozpowszechnianych przez organizacje terrorystyczne jako potencjalny cel ewentualnych zamachów, zasadne jest podjęcie na poziomie prawa krajowego odpowiednich działań legislacyjnych, zmierzających do poprawy bezpieczeństwa w związku z tymi zagrożeniami. Zmienność metod wykorzystywanych przez terrorystów powoduje, że Polska musi posiadać odpowiednie instrumenty służące właściwemu rozpoznawaniu i ocenianiu zagrożeń oraz skutecznemu przeciwdziałaniu ewentualnym zdarzeniom".

Ochrona bezpieczeństwa państwa jest wartością, która w każdym demokratycznym porządku prawnym może, w granicach wyznaczonych niezbędnością, uzasadniać wkroczenie w prawa jednostki, nawet w prawa podstawowe (zob. wyrok TK z 16 lutego 1999 r., sygn. akt SK 11/98). W ocenie Sejmu ocena kryterium niezbędności ograniczeń praw i wolności konstytucyjnych nie

może abstrahować od faktycznej oceny stanu zagrożenia bezpieczeństwa państwa. Innymi słowy, przyznanie preferencji którejś z konkurujących wartości (*in casu*: bezpieczeństwu państwa oraz prywatności jednostki) należy poprzedzić analizą okoliczności zewnętrznych rzutujących na głębokość koniecznych ograniczeń.

Sejm wyraża przekonanie, że aktualna ocena zagrożenia bezpieczeństwa państwa uzasadnia przyjęte rozwiązania, a w każdym razie nakazuje ponowne rozważenie omawianych kwestii w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym.

10. Odmiennie natomiast należy ocenić zaskarżony przepis ustawy o CBA w brzmieniu obowiązującym do 7 lutego 2016 r. Jak bowiem wynika z przytoczonych poglądów Trybunału Konstytucyjnego, specyfika pracy i zadań realizowanych przez Centralne Biuro Antykorupcyjne nie stanowi wystarczającej podstawy do odmiennego, dalej ingerującego w prywatność jednostki sposobu uregulowania trybu (w tym czasu trwania) prowadzenia przez tę służbę kontroli operacyjnej. Ustawodawca, respektując sformułowany przez Trybunał wymóg określenia maksymalnego czasu trwania kontroli operacyjnej, wprowadził stosowne ograniczenie także do ustawy o CBA. Jak wskazano w uzasadnieniu ustawy zmieniającej z 15 stycznia 2016 r.: „Realizując postulat Trybunału Konstytucyjnego, dotyczący sprecyzowania w ustawie maksymalnego czasu prowadzenia niejawnych czynności, po upływie których dalsze ich prowadzenie jest już niedopuszczalne, projektodawca, odpowiednio w projektowanym [...] art. 17 ust. 9 ustawy o CBA określił jednoznacznie maksymalny okres stosowania kontroli operacyjnej". Jednocześnie nie budzi wątpliwości, że intencją ustawodawcy było przyznanie odmiennych uprawnień w tym zakresie wyłącznie ABW i SKW („Ze względu na specyfikę zadań realizowanych przez służby specjalne wykonujące działania w zakresie kontrwywiadu, ograniczenia powyższe nie zostały wprowadzone w odniesieniu do kontroli operacyjnej stosowanej przez te służby"). Jak już jednak wspomniano, na skutek brzmienia przepisu intertemporalnego – art. 14 ust. 2 ustawy zmieniającej z 15 stycznia 2016 r. – możliwe jest dalsze, czasowo nieograniczone stosowanie kontroli operacyjnej wszczętej przez CBA przed wejściem w życie omawianej nowelizacji. W świetle jednoznacznych w tym zakresie wypowiedzi Trybunału oraz braku uzasadnienia odstępstwa od omawianego wymogu w wypadku Centralnego Biura Antykorupcyjnego wypada stwierdzić uchybienie przez ustawodawcę postanowieniom Konstytucji.

11. Biorąc pod uwagę powyższe, Sejm wnosi o stwierdzenie, że:

a) art. 27 ust. 9 ustawy o ABW oraz AW i art. 31 ust. 7 ustawy o SKW oraz SWW w zakresie, w jakim nie przewidują górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej, **są zgodne** z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

b) art. 17 ust. 9 ustawy o CBA w brzmieniu obowiązującym do dnia 7 lutego 2016 r. w zakresie, w jakim nie przewiduje górnej granicy czasu stosowania kontroli operacyjnej, **jest niezgodny** z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

VI. Doręczenie osobie poddanej kontroli operacyjnej postanowienia o zastosowaniu tej kontroli (pkt 3 *petitum* wniosku RPO)

VI.1. Przedmiot kontroli

1. Przepisy zakwestionowane przez RPO w ramach trzeciej grupy regulacji stanowią aktualnie, co następuje.

Artykuł 19 ust. 20 ustawy o Policji: „Na postanowienia sądu, o których mowa w: 1) ust. 1, 3, 8 i 9 – przysługuje zażalenie organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia; 2) ust. 3 i 15c – przysługuje zażalenie właściwemu prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego".

Artykuł 27 ust. 11a ustawy o ABW oraz AW: „Na postanowienia Sądu, o których mowa w: 1) ust. 1, 3, 8 i 9 – przysługuje zażalenie Szefowi ABW; 2) ust. 3 i 15c – przysługuje zażalenie Prokuratorowi Generalnemu. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego".

Artykuł 17 ust. 17 ustawy o CBA: „Na postanowienia sądu, o których mowa w: 1) ust. 1, 3, 8 i 9 – przysługuje zażalenie Szefowi CBA; 2) ust. 3 i 15c – przysługuje zażalenie Prokuratorowi Generalnemu. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego".

Artykuł 9e ust. 19 ustawy o SG: „Na postanowienia sądu, o których mowa w: 1) ust. 1, 4, 9 i 10 – przysługuje zażalenie organowi Straży Granicznej, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia; 2) ust. 4 i 16c – przysługuje zażalenie

właściwemu prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego".

Artykuł 36c ust. 14 ustawy o kontroli skarbowej: „Na postanowienia Sądu, o których mowa w: 1) ust. 1, 2, 6 i 7 – przysługuje zażalenie Generalnemu Inspektorowi Kontroli Skarbowej; 2) ust. 2 i art. 36d ust. 1c – przysługuje zażalenie Prokuratorowi Generalnemu. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego".

Artykuł 31 ust. 10 ustawy o SKW oraz SWW: „Na postanowienia sądu, o których mowa w: 1) ust. 1, 3, 6 i 7 – przysługuje zażalenie Szefowi SKW; 2) ust. 3 i 14c – przysługuje zażalenie Prokuratorowi Generalnemu. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego".

Artykuł 31 ust. 19 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych: „Na postanowienia sądu, o których mowa w: 1) ust. 1, 4, 9 i 10 – przysługuje zażalenie organowi Żandarmerii Wojskowej, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia; 2) ust. 4 i 16c – przysługuje zażalenie właściwemu prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego".

2. Rzecznik Praw Obywatelskich zaskarżył wymienione wyżej przepisy w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują 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 wniesienia przez tę osobę zażalenia na to postanowienie.

3. W związku z zakresową formułą zaskarżenia, którą posłużył się wnioskodawca, zmiany normatywne dokonane w zaskarżonych przepisach (bezpośrednio, a także przez uchylenie przepisów, do których odsyłają zakwestionowane regulacje), pozostają bez wpływu na ocenę zarzutów postawionych przez RPO. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że ani ustawa zmieniająca z 15 stycznia 2016 r., ani ustawa zmieniająca z 11 marca 2016 r. nie zawierała relewantnych dla omawianego zarzutu RPO postanowień modyfikujących treść zakwestionowanych przepisów.

VI.2. Zarzuty Rzecznika Praw Obywatelskich

W odniesieniu do trzeciej grupy przepisów RPO wskazał, że w przypadku tak głębokiej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie, jaką stanowi kontrola operacyjna, „jednostka powinna mieć zagwarantowane skuteczne środki kontroli zasadności i legalności stosowanych przez służby czynności operacyjnych". Odwołując się do poglądów prezentowanych w piśmiennictwie prawniczym, wnioskodawca wyraża przekonanie, że „po zakończeniu kontroli operacyjnej, obywatel powinien mieć prawo do złożenia zażalenia na decyzję sądu w zakresie prowadzonych 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 zarządzonej wobec niego kontroli operacyjnej".

Rzecznik Praw Obywatelskich wskazuje, że jednym z elementów konstytucyjnego prawa do sądu jest tzw. prawo do wysłuchania, tj. m.in. możność bycia wysłuchanym, ujawnienia wobec jednostki w sposób czytelny motywów rozstrzygnięcia o jej prawach i wolnościach. Odnosząc powyższe do zawartości normatywnej zakwestionowanych przez siebie przepisów, zarzuca, że „*de facto* ustawodawca pozbawił jednostkę prawa do bycia wysłuchanym".

Gdy idzie o prawo do następczego zaskarżenia przez jednostkę decyzji o zastosowaniu wobec niej kontroli operacyjnej, RPO podkreśla, że „w przypadku tak głębokiej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie [...] jednostka powinna mieć zagwarantowane skuteczne środki zasadności i legalności stosowanych przez służby czynności operacyjnych [...] Jest to tym bardziej usprawiedliwione, że działania prowadzone są niejawnie, co może przyczyniać się do arbitralnych działań służb [...]".

Rzecznik Praw Obywatelskich zauważa ponadto, że zgodnie z art. 240 k.p.k.: „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". Rzecznik podkreśla, iż „ustawodawca przewidział gwarancję ochrony praw i wolności jednostki tylko w przypadku, gdy do ich naruszenia dochodzi podczas kontroli procesowej".

Zdaniem wnioskodawcy: „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".

VI.3. Analiza formalnoprawna

1. W kontekście zarzutu sformułowanego przez RPO pod adresem przepisów ujętych w ramach trzeciej grupy, należy podkreślić, że postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym ma charakter sformalizowany, a merytoryczne rozpoznanie zarzutów przedstawionych przez podmiot występujący z wnioskiem o kontrolę konstytucyjności wymaga spełnienia szeregu warunków. Jednym z nich jest przysługiwanie Trybunałowi Konstytucyjnemu kompetencji do orzekania o konstytucyjności braku konkretnej regulacji prawnej. W świetle art. 188 Konstytucji rolą Trybunału Konstytucyjnego jest przede wszystkim badanie istniejących norm prawnych – „tego, co prawodawca unormował". Jednocześnie 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).

Ze względu na niebezpieczeństwa związane z korzystaniem z tej możliwości (ryzyko wkroczenia przez Trybunał Konstytucyjny w uprawnienia władzy ustawodawczej, wbrew jego ustrojowej roli „negatywnego ustawodawcy") podlega ona szczególnym rygorom (zob. m.in. postanowienia TK z: 31 lipca 2014 r., sygn. akt Ts 240/13; 2 grudnia 2014 r., sygn. akt SK 7/14; wyrok TK z 19 listopada 2001 r., sygn. akt K 3/00).

Trybunał Konstytucyjny dopuszcza w swoim orzecznictwie orzekanie odnośnie do tak zwanego pominięcia prawodawczego, odróżniając je od niepodlegającego kognicji sądu konstytucyjnego zaniechania.

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). Na tej podstawie można ustalić zakres bezczynności regulacyjnej ustawodawcy i rodzaj luki prawnej poddanej ocenie Trybunału Konstytucyjnego. Całkowity brak regulacji danej kwestii (jej jakościowa odmienność od materii unormowanych w zaskarżonym przepisie) traktowany jest jako zaniechanie ustawodawcze (w doktrynie zwane także zaniechaniem właściwym albo absolutnym), niepodlegające 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 TK z 1 marca 2010 r., sygn. akt SK 29/08), czyli w danym obszarze obowiązuje konstytucyjny nakaz uregulowania kwestii pominiętych w określony sposób.

Z kolei w wypadku pominięcia chodzi o okoliczność, w której istnieje odpowiednia norma konstytucyjna, która nakazywałaby ustawodawcy uzupełnienie badanego aktu o treść odpowiadającą standardowi konstytucyjnemu. 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 zaniechania kontrola Trybunału jest wyłączona, ponieważ ustawodawca celowo nie unormował pewnej sfery stosunków społecznych. Natomiast 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 materiami, 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).

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 (zob. np. wyroki TK z: 8 września 2005 r., sygn. akt P 17/04; 2 grudnia 2014 r., sygn. akt SK 7/14). Wystąpienie pominięć prawodawczych jest natomiast bardziej prawdopodobne w wypadku regulacji sprawiających wrażenie przypadkowych (np. pozostawionych z poprzedniej wersji przepisu), absurdalnych albo oczywiście dysfunkcjonalnych (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: „[P]ostawione 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.

Co szczególnie istotne, 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" – postanowienie TK z 10 października 2012 r., sygn. akt Ts 38/12).

2. Wnioskodawca, w ramach trzeciej grupy przepisów, zakwestionował brak regulacji nakazującej doręczenie osobie, wobec której prowadzono kontrolę operacyjną postanowienia sądu w przedmiocie owej kontroli. Powyższa okoliczność przesądza – zdaniem wnioskodawcy – o niedopuszczalności wniesienia przez tę osobę zażalenia w przedmiocie kontroli operacyjnej. Rzecznik Praw Obywatelskich nadmienia, że opisany wyżej mechanizm doręczenia i wynikającą z niego możliwość zaskarżenia przedmiotowego postanowienia należy stosować w każdej sytuacji, w której po zakończeniu kontroli operacyjnej ustały zagrożenia dla prowadzonego postępowania.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że RPO zakwestionował przepisy regulujące zaskarżanie postanowień sądu o: zarządzeniu kontroli operacyjnej, zalegalizowaniu kontroli operacyjnej podjętej bez zgody sądu w przypadkach niecierpiących zwłoki (tzw. zgoda następcza) oraz o przedłużeniu kontroli operacyjnej. Aktualnie „puste" pozostaje natomiast odesłanie w kwestionowanych przepisach do jednostek redakcyjnych (np. art. 19 ust. 15c ustawy o Policji), przewidujących – do czasu wejścia w życie ustawy zmieniającej z 11 marca 2016 r. – wydawanie przez sąd postanowienia o wykorzystaniu dowodu odnoszącego się do osoby albo przestępstwa nieobjętego pierwotnym postanowieniem o kontroli operacyjnej. Jak już była o tym mowa, w aktualnie obowiązującym stanie prawnym decyzję o procesowym wykorzystaniu omawianego dowodu podejmuje prokurator (art. 168b k.p.k.).

Jednakże, jak wynika z treści zarzutu sformułowanego przez wnioskodawcę, w niniejszej sprawie kluczowym zagadnieniem pozostaje doręczenie osobie, wobec której prowadzono kontrolę operacyjną, stosownego postanowienia sądu. Brak tego doręczenia przesądza bowiem o niedopuszczalności wywiedzenia przez osobę inwigilowaną środka zaskarżenia i sądowego zweryfikowania legalności oraz zasadności zastosowania kontroli operacyjnej.

Prima facie, trafność wyboru przez wnioskodawcę przedmiotu kontroli w niniejszym postępowaniu może nasuwać wątpliwość. Jeśli przyjąć, że Rzecznik Praw Obywatelskich prawidłowo rekonstruuje obowiązujący stan prawny, z którego wynika brak obowiązku doręczenia postanowienia o stosowaniu kontroli operacyjnej osobie inwigilowanej, to winien on – jak się wydaje – w pierwszej kolejności dążyć do orzeczenia przez Trybunał niekonstytucyjności braku regulacji o takiej właśnie treści. W świetle powyższego właściwsze wydawałoby się zatem zaskarżenie czy to przepisów regulujących informowanie osoby, wobec której prowadzi się (prowadziło) kontrolę operacyjną, o tym fakcie i jej dostępu do zgromadzonych materiałów, czy też – uznając, że wymienione wcześniej regulacje nie mają charakteru *leges speciales* – innych przepisów o charakterze ogólnym. Niewątpliwie przepisem takim jest art. 19 ust. 16 ustawy o Policji („Osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania tej kontroli. Przepis nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego") oraz odpowiadające mu treściowo przepisy pozostałych ustaw pragmatycznych zaskarżonych przez RPO.

3. Poczyniwszy powyższe, wstępne ustalenia, należy odwołać się do postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie o sygn. akt K 3/04, zainicjowanego wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich.

Jednym z przepisów wówczas zakwestionowanych przez RPO był właśnie przywołany wyżej art. 19 ust. 16 ustawy o Policji. Wnioskodawca domagał się kontroli tego przepisu w zakresie, w jakim regulując dostęp do materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, nie przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej oraz ustaniu zagrożeń dla realizacji celów postępowania powiadomienia innej osoby niż podejrzany oraz jego obrońca o tej kontroli – wskazując jako wzorce kontroli art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji. W uzasadnieniu swojego wniosku RPO podkreślał, że ograniczenie podmiotowe wyrażone w art. 19 ust. 16 ustawy o Policji jest nazbyt wąskie, a przez to sprzeczne z ustawą zasadniczą. Zdaniem Sejmu wyraźnie rysuje się podobieństwo pomiędzy zarzutami przedstawionymi w niżej rozpatrywanym oraz przywołanym wniosku RPO, co nakazuje odwołać się do ustaleń Trybunału poczynionych w wyroku z 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04). Wymaga przy tym zauważenia, że brzmienie art. 19

ust. 16 ustawy o Policji od czasu wydania przez Trybunał wspomnianego orzeczenia nie uległo zmianie.

Trybunał Konstytucyjny w pierwszej kolejności ustalił, że: „Zaskarżony przepis rzeczywiście wyklucza możliwość informowania zainteresowanego o kontroli operacyjnej «w czasie jej trwania». Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie jest to jednak tożsame z zakazem udzielania takiej informacji w sytuacji, gdy czynności operacyjne nie są już prowadzone, a aktu oskarżenia nie wniesiono. Problem leży w tym, czy występujący w zaskarżonym przepisie człon «podczas trwania tej kontroli» odnosi się do czasu, w którym nie może nastąpić zawiadomienie, czy też do przedmiotu udostępnienia informacji. Samo brzmienie kontrolowanego przepisu bynajmniej nie wyklucza pierwszej możliwości. Natomiast odwołanie się do art. 321 k.p.k. dotyczy obowiązku poinformowania zainteresowanego – już jako podejrzanego, w ramach postępowania przygotowawczego, o materiałach operacyjnych, przekształconych w materiał procesowy. W tej sytuacji wniosek Rzecznika kwestionuje tylko jedną z hipotez interpretacyjnych rysujących się na tle zaskarżonej normy, i to hipotezę niekonstytucyjną. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie zostało natomiast udowodnione, że taka właśnie interpretacja stanowi powszechnie panującą praktykę. Brzmienie zaskarżonego przepisu bynajmniej nie wyklucza trafnego wniosku, że po odpadnięciu celu kontroli operacyjnej otwiera się dla inwigilowanego, zgodnie z art. 51 ust. 3 Konstytucji, możliwość wglądu w zebrane o nim materiały. Taka właśnie możliwość stanowi logiczną operacjonalizację art. 51 ust. 4 Konstytucji. Nic też nie wskazuje – w wypadku takiej hipotezy interpretacyjnej, jaką w tym miejscu przedstawiono – aby zawierała on, w rozważanym zakresie, ograniczenie prawa do sądu".

Następnie Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że czym innym jest brak przeszkody w zaskarżonym przepisie do udostępnienia materiałów, na żądane zainteresowanego, co – w ocenie Trybunału – zapewnia już obecny stan prawny, a czym innym pozytywny obowiązek informowania osoby poddanej działaniom operacyjnym, przez Policję, z jej własnej inicjatywy, o prowadzeniu kontroli operacyjnej. Mając na uwadze powyższe rozróżnienie, sąd konstytucyjny skonstatował, że wniosek RPO zmierza w rzeczywistości do zakwestionowania braku wyrażenia w zaskarżonym przepisie pozytywnego obowiązku informowania przez Policję o bezskutecznej, zakończonej kontroli operacyjnej, wobec osoby poddanej takiej kontroli, jeśli w stosunku do tej osoby nie są prowadzone dalsze czynności

procesowe. Tak ujęty zarzut RPO jawi się jako zbliżony do postawionego przez wnioskodawcę w niniejszym postępowaniu. Aktualnie mamy bowiem do czynienia z konkretyzacją, w postaci doręczenia stosownego postanowienia sądu, ogólnego obowiązku informowania o przeprowadzonej kontroli operacyjnej.

W odniesieniu do konstytucyjności braku regulacji przewidującej obowiązek informowania osoby inwigilowanej o zakończeniu prowadzenia kontroli operacyjnej Trybunał stwierdził natomiast, iż omawiany problem ujawnia się jako „wskazanie luki legislacyjnej, która nie może być przedmiotem zaskarżenia przed Trybunałem Konstytucyjnym. Struktura zaś zaskarżonego art. 19 ust. 16 ustawy o Policji oraz wskazane we wniosku wzorce konstytucyjnej kontroli (dotyczące prawa do sądu oraz tajemnicy korespondencji, pomijające [...] wzorzec z art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji) nie dają – zdaniem Trybunału – podstaw do dopatrzenia się na tle tego przepisu legislacyjnego pominięcia [...], co mogłoby uzasadniać wydanie wyroku zakresowego, o co wnosi Rzecznik. W związku z tym należy przypomnieć, że «legislacyjne pominięcie» uzasadniające skuteczną kontrolę konstytucyjności wymaga, aby na poziomie Konstytucji istniała norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej. Taka sytuacja w niniejszej sprawie jednak nie zachodzi".

4. Zdaniem Sejmu pogląd prawny zaprezentowany przez Trybunał w wyroku z 12 grudnia 2005 r. zachowuje aktualność na gruncie niniejszego postępowania. Należy bowiem zwrócić uwagę, że zarzut RPO polega właśnie na dostrzeżeniu braku obligatoryjnego informowania osoby operacyjnie rozpracowywanej o zakończeniu kontroli operacyjnej. Wynikające z zakwestionowanych przepisów uprawnienie do wniesienia środka zaskarżenia jest wtórne wobec ogólnych zasad prowadzenia kontroli operacyjnej, w tym katalogu podmiotów zaangażowanych w jej stosowanie oraz informowanych o jej przebiegu. Instytucji tych, informowania osoby inwigilowanej o przeprowadzonej kontroli oraz przyznania jej prawa do zainicjowania kontroli właściwego postanowienia sądu, nie można od siebie odseparować bez rozerwania logicznego i normatywnego *iunctim*. Nie powinno bowiem 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, jak stwierdził sąd konstytucyjny, nie ma charakteru pominięcia w zakresie materii regulowanej

i wymaganej konstytucyjnie, a stanowi lukę prawną (zaniechanie ustawodawcze), które nie podlega kognicji Trybunału. Powyższe uwagi nie wyczerpują argumentacji na rzecz niedopuszczalności merytorycznego rozpoznania zarzutu pod adresem przepisów ujętych w ramach pkt 3 *petitum* wniosku RPO. Przekonuje o tym również analiza kryteriów rozpoznawania pominięcia prawodawczego (oraz występujących w tej kwestii domniemań) wypracowanych w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału.

5. Czynności operacyjno-rozpoznawcze nie stanowią wyodrębnionej materii regulowanej konstytucyjnie. Na poziomie konstytucyjnym brak zatem normy bezpośrednio odpowiadającej normie pominiętej w kwestionowanej regulacji. Innymi słowy, „w polskim systemie prawnym ocena zgodności czynności operacyjnych z Konstytucją wymaga analizy z punktu widzenia samego sposobu konstytucjonalizacji chronionej wolności/prawa, zagrożonej przez czynności operacyjne, jak również analizy proporcjonalności działania ustawodawcy zwykłego, w obu wyżej wskazanych aspektach (materialnoprawnym i proceduralnym)" – wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04. Powyższe nie oznacza oczywiście niedopuszczalności kontroli konstytucyjnej przepisów dotyczących czynności operacyjno-rozpoznawczych, jednak wymaga od podmiotu formułującego zarzut postępowaniu przed Trybunałem wykazania konstytucyjnego zakotwiczenia normy prawnej, której brak w systemie prawa stanowi podstawę formułowanego zarzutu.

Jak już wspomniano, przyjęcie, że badany brak normatywny ma charakter pominięcia prawodawczego, wymaga ustalenia jakościowej tożsamości elementów brakujących z elementami ujętymi w zaskarżonym przepisie. Zdaniem Sejmu, Rzecznik Praw Obywatelskich nie sprostał powyższemu warunkowi. Uzasadnienie postawionego zarzutu nie zawiera bowiem pogłębionej analizy podstaw podmiotowego różnicowania zakresu dostępu (aż do jego wyłączenia) do informacji o prowadzonej kontroli operacyjnej. Te zaś ujawniają się już na poziomie *ratio* stosowania samych czynności operacyjno-rozpoznawczych, jako działań o charakterze niejawnym zmierzających do pozyskania informacji bądź utrwalenia dowodów enumeratywnie wyliczonych przestępstw. Owszem, Rzecznik Praw Obywatelskich doprecyzował, że chodzi o sytuację, w której ujawnienie okoliczności prowadzenia kontroli operacyjnej nie wpłynie negatywnie na toczące się postępowanie, niemniej jednak okoliczność ta wiąże się z koniecznością stworzenia

całego mechanizmu normatywnego następczego informowania osoby inwigilowanej o podjętych wobec niej działaniach wraz z wypracowaniem kryteriów oraz trybu formułowania takiej oceny.

Ponadto analiza otoczenia normatywnego kwestionowanych przepisów nie pozwala na przyjęcie, że mamy w tym wypadku do czynienia z pomyłką legislacyjną, czyniącą daną regulację dysfunkcjonalną bądź absurdalną. Ograniczenie dostępu osoby inwigilowanej do materiałów związanych z prowadzoną kontrolą operacyjną zostało na gruncie kwestionowanych ustaw uregulowane jednolicie oraz opatrzone innymi gwarancjami proceduralnymi (udział prokuratora, przekazanie decyzji sądowi), mającymi na celu zminimalizowanie ryzyka prowadzenia kontroli operacyjnej bez podstaw faktycznych i prawnych.

Należy wreszcie przypomnieć, że zbyt pochopne „upodobnienie" materii nieuregulowanych z materiami, które znalazły swój wyraz w treści kwestionowanego przepisu, może spowodować wykroczenie przez Trybunał poza sferę kontroli prawa, a tym samym postawienie Trybunałowi zarzutu uzurpowania sobie uprawnień prawotwórczych (zob. postanowienia TK z 11 grudnia 2002 r., sygn. akt SK 17/02; 10 października 2012 r., sygn. akt Ts 38/12).

6. Formułując powyższe uwagi, Sejm nie zaprzecza wypowiedziom Trybunału dotyczącym modelowego sposobu uregulowania omawianych kwestii.

W wyroku z 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04) sąd konstytucyjny stwierdził, że: „Charakter czynności operacyjnych uzasadnia ich podejmowanie i prowadzenie w sposób tajny, a zatem bez wiedzy i zgody poddanego tym czynnościom, jednakże w warunkach zapewnienia kontroli sądowej dla zapobieżenia wszelkiego rodzaju nadużyciom [...] Nic natomiast nie stoi na przeszkodzie, aby daną jednostkę poinformować *ex post* o dokonywanych wobec niej czynnościach kontrolnych, gdy nie byłoby to szkodliwe dla celu ingerencji [...]".Nie przeszkodziło to Trybunałowi w sformułowaniu jednoznacznego poglądu, iż „trudno jest uznać, że brak regulacji zawiadamiania o prowadzonych w przeszłości czynnościach operacyjnych jest pominięciem legislacyjnym możliwym do usunięcia w ramach kontroli konstytucyjności zaskarżonego przepisu".

W następstwie wydania cytowanego wyżej orzeczenia, Trybunał Konstytucyjny zdecydował się na zasygnalizowanie Sejmowi potrzeby podjęcia inicjatywy ustawodawczej dotyczącej zagwarantowania w ustawie o Policji

konstytucyjnych praw osób poddanych kontroli operacyjnej, wskazując, że istnienie obowiązku informowania przez Policję o bezskutecznej, zakończonej kontroli operacyjnej wobec osoby poddanej takiej kontroli, jeśli w stosunku do tej osoby nie są prowadzone dalsze czynności procesowe, „byłoby zapewne wskazane i odpowiadałoby potrzebie efektywnej instrumentalizacji proceduralnej konstytucyjnego prawa określonego w art. 51 ust. 4 Konstytucji" („Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą").

Z kolei w wyroku z 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11) Trybunał przyjął, że „ma istnieć obowiązek poinformowania jednostki o podjętych wobec niej działaniach operacyjno-rozpoznawczych oraz pozyskaniu informacji na jej temat, i to bez względu na to, czy były to osoby podejrzane o naruszenie prawa, czy osoby postronne, które przypadkowo stały się obiektem kontroli. Powiadomienie jednostki na etapie wykonywania działań operacyjno-rozpoznawczych i gromadzenia informacji, co oczywiste, narażałoby je na nieskuteczność. Dlatego ustawodawca powinien zagwarantować późniejsze poinformowanie o tym fakcie. Tego wymagania nie uchyla wprowadzenie innych, zastępczych rozwiązań, jak choćby pełnomocnika osoby kontrolowanej. [...] Zaniechanie poinformowania o zebraniu o jednostkach informacji przez władze publiczne samo w sobie stanowi naruszenie art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji. Skoro jednostka nie wie o zebraniu na jej temat określonych informacji – ponieważ dokonało się to w sposób niejawny, bez jej wiedzy i zgody – nie dysponuje możliwością uzyskania dostępu do nich i nie może żądać ich sprostowania lub usunięcia na warunkach określonych w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Obowiązek informacyjny w powyższym zakresie ma eliminować ryzyko niekontrolowanego tworzenia oraz utrzymywania zbiorów danych nieprzydatnych dla postępowań prowadzonych przez organy państwa, lecz potencjalnie wartościowych z punktu widzenia przyszłych, bliżej nieokreślonych czynności".

7. W kontekście obowiązku stworzenia przez ustawodawcę takiego oprzyrządowania prawnego, które pozwoli na realizację przez jednostkę jej praw wynikających z – niepowołanego jako wzorzec kontroli w niniejszej sprawie – art. 51 Konstytucji, należy podkreślić następujące okoliczności.

Po pierwsze, obowiązujące uregulowania przewidują obowiązek niezwłocznego protokolarnego i komisyjnego zniszczenia materiałów

niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego (mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego) zebranych w toku stosowania kontroli operacyjnej (zob. art. 19 ust. 17 ustawy o Policji oraz odpowiednie przepisy pozostałych ustaw pragmatycznych zakwestionowanych przez RPO). Natomiast jeżeli uzyskane materiały zawierają dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP albo komendant wojewódzki Policji przekazuje prokuratorowi, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej (zob. art. 19 ust. 15 ustawy o Policji oraz stosowne przepisy pozostałych zakwestionowanych ustaw). Szczegółowe przepisy ustaw pragmatycznych regulują tryb postępowania z materiałami, o których mowa w art. 178, art. 178a, art. 180 § 2 i § 3 k.p.k., a zatem zawierającymi (mogącymi zawierać) dane stanowiące określone tajemnice, np. tzw. tajemnicę adwokacką, jednak zawsze zasadą jest albo zniszczenie zebranych materiałów, albo ich przekazanie prokuratorowi w celu wszczęcia (dalszego prowadzenia) postępowania karnego.

W świetle powyższego, wypowiedzi Trybunału dotyczące art. 51 Konstytucji nie dają się wprost aplikować do oceny przepisów zakwestionowanych przez RPO. Materiały zebrane w toku kontroli operacyjnej są bowiem albo niszczone (co w sposób oczywisty wyklucza potrzebę uregulowania na poziomie ustaw pragmatycznych dostępu do nich oraz żądania sprostowania zawartych tam informacji), albo włączane jako materiał dowodowy w postępowaniu karnym udostępniany na zasadach przyjętych w k.p.k. W takim wypadku zarzuty niedostatecznego urzeczywistnienia prawa wyrażonego w art. 51 ust. 3 Konstytucji mogłyby być kierowane nie pod adresem ustaw pragmatycznych, a przepisów procedury karnej, co dodatkowo przekonuje, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z niepodlegającym kognicji Trybunału zaniechaniem ustawodawczym.

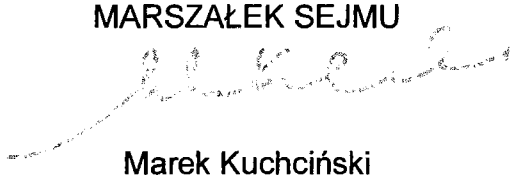
8. Na marginesie prowadzonych rozważań wypada wskazać, że kwestia wykonania sygnalizacji zawartej w postanowieniu TK o sygn. akt S 2/06 była przedmiotem interpelacji poselskiej nr 1559/VIII kad. z 7 marca 2016 r. W przekazanej odpowiedzi z 27 kwietnia 2016 r. sekretarz stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji stwierdził, że z uwagi na postępowanie przed

Trybunałem wszczęte wnioskami PG i RPO „zasadnym jest wstrzymanie się z podejmowaniem decyzji dotyczących inicjatyw legislacyjnych w omawianym zakresie do czasu wydania orzeczenia TK w powyższej sprawie". Niezależnie od powyższego, w odpowiedzi na interpelację stwierdzono wprost, że „zakończenie kontroli operacyjnej, w wyniku której nie uzyskano bezpośrednich dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego, jakkolwiek skutkować będzie niezwłocznym zniszczeniem materiałów zgromadzonych w jej trakcie, to jednakże w wielu przypadkach może nie kończyć zainteresowania operacyjnego daną osobą lub grupą osób. Może się bowiem zdarzyć, iż pomimo negatywnego wyniku stosowania kontroli operacyjnej, nadal prowadzone będą dalsze czynności operacyjne zmierzające do zebrania dowodów pozwalających na przedstawienie zarzutów. Czynności te trwają niekiedy wiele miesięcy. W tym czasie stosowane będą inne metody pracy operacyjnej. Ponadto w przypadku zorganizowanych grup przestępczych kontrola operacyjna często stosowana jest równolegle w stosunku do wielu osób i często terminy zakończenia kontroli wobec poszczególnych osób z danej grupy mogą być różne. Z tych względów umożliwienie osobie wglądu w zbiór informacji zgromadzonych na jej temat w związku z wykonywanymi działaniami operacyjno-rozpoznawczymi należy poprzedzić szczegółową analizą ewentualnych skutków, jakie ww. uprawnienie może nieść za sobą, aby wprowadzone przepisy prawa nie uniemożliwiły skutecznego zapobiegania niektórym rodzajom przestępstw, w szczególności np. przestępstw o charakterze terrorystycznym. Reasumując, ustawodawca wprowadzając uprawnienie do niejawnego realizowania zadań przez funkcjonariuszy Policji wyważył interes dobra państwa, ochrony życia i zdrowia ludzkiego oraz bezpieczeństwa publicznego i prawo jednostki do korzystania z praw i wolności obywatelskich, uznając o konieczności przyjęcia takich rozwiązań".

Powyższa wypowiedź wspiera zdaniem Sejmu tezę, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z niepodlegającymi kontroli Trybunału zaniechaniem ustawodawczym.

9. Mając na uwadze wszystkie poczynione wyżej ustalenia, Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** – na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK – w części obejmującej kontrolę przepisów wskazanych w pkt 3 *petitum* wniosku RPO ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

MARSZAŁEK SEJMU



Marek Kuchciński