



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 13 maja 2013 r.

Sygn. akt K 23/11

BAS-WPTK-688/12

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCELARIA	
wpi. dnia	13. 05. 2013
L.dz.	L.zał.

Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosku Prokuratora Generalnego z 13 listopada 2012 r. (sygn. akt K 48/12), dołączonego do wniosków Rzecznika Praw Obywatelskich z 29 czerwca 2011 r., 1 sierpnia 2011 r., 15 listopada 2011 r. i 27 kwietnia 2012 r. oraz do wniosków Prokuratora Generalnego z 7 marca 2012 r. i 21 czerwca 2012 r., rozpoznawanych łącznie pod wspólną sygn. akt K 23/11, jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687 ze zm.), art. 9e ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675 ze zm.), art. 36c ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 214 ze zm.), art. 31 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. Nr 123, poz. 1353 ze zm.), art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm.), art. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 621 ze zm.) i art. 31 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 709 ze zm.):

- 1) rozumiane w ten sposób, że przekazy informacji między oskarżonym (podejrzanym) a jego obrońcą są wyłączone z kontroli operacyjnej, są **zgodne** z art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. b i c Konwencji

o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.);

- 2) rozumiane w ten sposób, że nie jest dopuszczalna kontrola operacyjna dziennikarskich przekazów informacji w zakresie, w jakim pozwala ona na identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych, chyba że informacja dotyczy przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), **są zgodne** z art. 10 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

Ponadto, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, wnoszę o **umorzenie postępowania** w pozostałym zakresie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Uzasadnienie

I. Uwagi wstępne

1. Na wstępie wymaga wyjaśnienia, że niniejsza sprawa, zarejestrowana pod sygn. akt K 23/11, łączy cztery pierwotnie odrębne sprawy, zainicjowane czterema wnioskami Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO) i trzema wnioskami Prokuratora Generalnego (dalej: PG lub wnioskodawca). Przy czym w odniesieniu do wszystkich wniosków RPO oraz do dwóch wniosków PG Sejm zajął już stanowisko i przedłożył je Trybunałowi Konstytucyjnemu. Wnioski i argumentacja zawarte we wcześniejszych pismach procesowych Sejmu wniesionych w niniejszej sprawie w pełni zachowują aktualność.

2. Pierwsza z połączonych spraw o sygn. akt K 23/11 dotyczy trzech wniosków RPO – z 29 czerwca 2011 r., 1 sierpnia 2011 r. i 27 kwietnia 2012 r. Sejm, odnosząc się do tych wniosków, przedłożył dwa stanowiska, w których wniósł o stwierdzenie, że:

- 1) art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm. [obecnie – t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687 ze zm.]; dalej: ustawa o Policji), art. 9e ust. 7 pkt 3 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675 ze zm.; dalej: ustawa o Straży Granicznej), art. 31 ust. 7 pkt 3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. Nr 123, poz. 1353 ze zm.; dalej: ustawa o Żandarmerii Wojskowej), art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm.; dalej: ustawa o ABW), art. 17 ust. 5 pkt 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.; dalej: ustawa o CBA), art. 31 ust. 4 pkt 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 709 ze zm.; dalej: ustawa o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego) są zgodne z art. 2 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

- 2) art. 20c ust. 1 ustawy o Policji, art. 10b ust. 1 ustawy o Straży Granicznej, art. 36b ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 214 ze zm.; dalej: ustawa o kontroli skarbowej), art. 30 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW, art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o CBA, art. 32 ust. 1 pkt 1 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego są niezgodne z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej: EKPCz);
- 3) art. 28 ustawy o ABW, art. 18 ustawy o CBA, art. 32 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, w zakresie, w jakim przepisy te, zezwalając na pozyskiwanie danych, o których mowa w art. 180c i art. 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.; dalej: Prawo telekomunikacyjne), nie przewidują zniszczenia tych spośród pozyskanych danych, które nie zawierają informacji mających znaczenie dla prowadzonego postępowania, są niezgodne z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; zaś art. 36b ust. 5 ustawy o kontroli skarbowej, w zakresie, w jakim nie przewiduje zniszczenia tych spośród pozyskanych danych, o jakich mowa w art. 180c i art. 180d Prawa telekomunikacyjnego, które nie zawierają informacji mających znaczenie dla prowadzonego postępowania, jest zgodny z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;
- 4) art. 75d ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej (Dz. U. Nr 168, poz. 1323 ze zm.; dalej: ustawa o Służbie Celnej) jest niezgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a art. 75d ust. 5 tejże ustawy jest niezgodny z art. 51 ust. 4 Konstytucji.

Ponadto, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.; dalej: ustawa o TK), Sejm wniósł o umorzenie postępowania w zakresie badania zgodności art. 36c ust. 4 pkt 3 ustawy o kontroli skarbowej z art. 2 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

3. Druga z połączonych spraw – o sygn. akt K 34/11 dotyczy wniosku RPO z 15 listopada 2011 r. Sejm, odnosząc się do tego wniosku, przedłożył stanowisko,

w którym wniósł o stwierdzenie, że art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa” oraz art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy o ABW są niezgodne z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 ust. 1 EKPCz.

4. Trzecia z połączonych spraw – o sygn. akt K 15/12 dotyczy dwóch wniosków PG – z 7 marca 2012 r. i 21 czerwca 2012 r. Sejm, odnosząc się do pierwszego z tych wniosków – z 7 marca 2012 r., przedłożył stanowisko, w którym wniósł o stwierdzenie, że:

- 1) art. 19 ust. 1 pkt 8 ustawy o Policji;
- 2) art. 9e ust. 1 pkt 7 ustawy o Straży Granicznej;
- 3) art. 36c ust. 1 pkt 5 ustawy o kontroli skarbowej;
- 4) art. 31 ust. 1 pkt 17 ustawy o Żandarmerii Wojskowej;
- 5) art. 31 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „a także innych ustawach i umowach międzynarodowych”;
- 6) art. 31 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. g ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „oraz innych [przestępstw] niż wymienione w lit. a-f, godzących w bezpieczeństwo potencjału obronnego państwa, SZ RP oraz jednostek organizacyjnych MON, a także państw, które zapewniają wzajemność”;
- 7) art. 31 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 9 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego

– są niezgodne z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz.

Z kolei odnosząc się do drugiego wniosku PG – z 21 czerwca 2012 r., Sejm przedłożył stanowisko, w którym wniósł o stwierdzenie, że:

- 1) art. 20c ust. 1 ustawy o Policji w związku z: art. 212 § 1 i 2, art. 216 § 1 i 2, art. 217 § 1, art. 278 § 1-3 i 5, art. 284 § 1-3, art. 288 § 1 i 2 oraz art. 290 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.; dalej: k.k.), art. 49 i art. 49a ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.; dalej: Prawo prasowe), art. 34 pkt 2, 3 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92,

poz. 881 ze zm.; dalej: ustawa o wyrobach budowlanych), art. 33 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach (Dz. U. Nr 63, poz. 322; dalej: ustawa o substancjach chemicznych), art. 77 pkt 2, 2a i 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 213, poz. 1342 ze zm.; dalej: ustawa o ochronie zdrowia zwierząt), art. 52 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 127, poz. 1066 ze zm.; dalej: Prawo łowieckie) jest zgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;

- 2) art. 10b ust. 1 ustawy o Straży Granicznej w związku z: art. 212 § 1 i 2, art. 216 § 1 i 2, art. 217 § 1, art. 278 § 1-3 i 5, art. 284 § 1-3, art. 288 § 1 i 2 oraz art. 290 § 1 k.k., art. 49 i art. 49a Prawa prasowego, art. 34 pkt 2, 3 i 4 ustawy o wyrobach budowlanych, art. 33 ustawy o substancjach chemicznych, art. 77 pkt 2, 2a i 3 ustawy o ochronie zdrowia zwierząt, art. 52 pkt 2 i 4 Prawa łowieckiego jest zgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;
- 3) art. 30 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej w związku z: art. 212 § 1 i 2, art. 216 § 1 i 2, art. 217 § 1, art. 278 § 1 – 3 i 5, art. 284 § 1 – 3, art. 288 § 1 i 2 oraz art. 290 § 1 k.k., art. 60 § 2 i 3, art. 61 § 1, art. 62 § 1, 3 i 4, art. 80 § 1 i 2, art. 95 § 1 oraz art. 109 ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 111, poz. 765 ze zm.; dalej: k.k.s.), art. 49 i art. 49a Prawa prasowego, art. 34 pkt 2, 3 i 4 ustawy o wyrobach budowlanych, art. 33 ustawy o substancjach chemicznych, art. 77 pkt 2, 2a i 3 ustawy o ochronie zdrowia zwierząt, art. 52 pkt 2 i 4 Prawa łowieckiego jest zgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;
- 4) art. 36b ust. 1 pkt 1 ustawy o kontroli skarbowej w związku z: art. 60 § 2 i 3, art. 61 § 1, art. 62 § 1, 3 i 4, art. 80 § 1 i 2, art. 95 § 1 oraz art. 109 k.k.s. jest zgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;
- 5) art. 36b ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 12 ustawy o kontroli skarbowej w związku z: art. 85 § 4, art. 86 § 4, art. 87 § 4, art. 88 § 3, art. 89 § 3, art. 90 § 3, art. 91 § 4, art. 92 § 3, art. 94 § 3, art. 95 § 2 i art. 96 § 1 k.k.s.

jest zgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;

- 6) art. 28 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o ABW w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa”, jest niezgodny z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;
- 7) art. 28 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b i c oraz pkt 5 ustawy o ABW jest niezgodny z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;
- 8) art. 32 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „a także innych ustawach i umowach międzynarodowych”, jest niezgodny z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;
- 9) art. 32 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. g ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „oraz innych [przestępstw] niż wymienione w lit. a-f, godzących w bezpieczeństwo potencjału obronnego państwa, SZ RP oraz jednostek organizacyjnych MON, a także państw, które zapewniają wzajemność”, jest niezgodny z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;
- 10) art. 32 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 9 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego jest niezgodny z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;
- 11) art. 18 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o CBA w związku z: art. 4, art. 12 ust. 3-6, art. 13 oraz art. 15 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.; dalej: ustawa o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej) jest zgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;
- 12) art. 18 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy o CBA w związku z: art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej, art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 7, poz. 29 ze zm.), art. 87 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070 ze zm.), art. 38 ustawy z dnia

23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.), art. 49a ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599 ze zm.), art. 24h ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.), art. 25c ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 ze zm.), art. 27c ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590) jest zgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;

13) art. 18 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy o CBA w związku z art. 1 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 czerwca 1990 r. o zwrocie korzyści uzyskanych niesłusznie kosztem Skarbu Państwa lub innych państwowych osób prawnych (Dz. U. Nr 44, poz. 255 ze zm.) jest zgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;

14) art. 18 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy o CBA w związku z: art. 200 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), art. 46 ust. 1, art. 75 ust. 1-4 i art. 110 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.), art. 3 ust. 1, art. 20a ust. 1-3, art. 31a, art. 36 ust. 1, art. 39 ust. 1 i art. 69e ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1397 ze zm.) jest zgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;

15) art. 18 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o CBA jest niezgodny z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz;

16) art. 75d ust. 1 w związku z ust. 5 ustawy o Służbie Celnej w związku z art. 109 k.k.s. jest zgodny z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz.

Ponadto, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o TK, Sejm wniośł o umorzenie postępowania w pozostałym zakresie.

5. Niniejsze stanowisko Sejmu odnosi się do trzeciego wniosku PG – z 13 listopada 2012 r., zarejestrowanego pierwotnie jako odrębna sprawa pod sygn. akt K 48/12.

II. Analiza formalnoprawna

1. Sformułowane przez wnioskodawcę zarzuty niekonstytucyjności i niezgodności z EKPCz kwestionowanych przepisów skierowane są w istocie nie wobec ich zawartości normatywnej, lecz wobec tego, czego w nich zabrakło, a mianowicie „regulacji wyłączającej z kręgu podmiotów, które mogą być poddane kontroli operacyjnej, kategorii osób, od których pozyskanie informacji objętych tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarską podlega zakazom dowodowym”.

Powyższe nakazuje rozważyć, czy w niniejszej sprawie mamy do czynienia z – nieobjętym kognicją Trybunału Konstytucyjnego – zaniechaniem ustawodawczym, czy też ze – znajdującym się w ramach tej kognicji – uregulowaniem niepełnym (pomijającym). Trzeba przy tym przypomnieć, że zaniechanie ustawodawcze występuje wówczas, gdy ustawodawca celowo pozostawił określoną kwestię w całości poza uregulowaniem prawnym. Brak kognicji Trybunału Konstytucyjnego jest tu uzasadniony przypisaną mu rolą „negatywnego prawodawcy”, a więc takiego, który deroguje unormowania już obowiązujące, nie zaś uzupełnia stan prawny o rozwiązania, jakie – zdaniem podmiotu inicjującego postępowanie – powinny znaleźć się w zaskarżonym akcie. Zaniechanie ustawodawcze należy jednak odróżnić od uregulowania niepełnego (pomijającego), które charakteryzuje się tym, że prawodawca unormował jakąś dziedzinę stosunków społecznych, lecz dokonał tego w sposób niepełny (fragmentaryczny). W odniesieniu do uregulowania niepełnego (pomijającego) Trybunał Konstytucyjny przyjmuje: „W przypadku (...) aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pomiął, choć postępując zgodnie z konstytucją powinien był unormować” (orzeczenie TK z 3

grudnia 1996 r., sygn. akt K 25/95; zob. też wyroki TK z: 9 października 2001 r., sygn. akt SK 8/00; 24 października 2001 r., sygn. akt SK 22/01; 10 maja 2004 r., sygn. akt SK 39/03; 16 listopada 2004 r., sygn. akt P 19/03; 8 listopada 2005 r., sygn. akt SK 25/02; 24 maja 2006 r., sygn. akt K 5/05; 27 lipca 2006 r., sygn. akt SK 43/04; 17 kwietnia 2007 r., sygn. akt SK 20/05; 14 października 2008 r., sygn. akt SK 6/07; 2 lipca 2009 r., sygn. akt K 1/07 oraz postanowienia TK z: 29 listopada 2005 r., sygn. akt P 10/05; 30 maja 2007 r., sygn. akt SK 3/06; 17 października 2007 r., sygn. akt P 29/07).

Mimo licznych wątpliwości, jakie mogą pojawić się przy odróżnianiu zaniechania ustawodawczego od uregulowania niepełnego, przedstawione przez PG zarzuty niekonstytucyjności i niezgodności z EKPCz kwestionowanych przepisów i ich kontekst normatywny uzasadniają tezę, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z uregulowaniem niepełnym (pomijającym). Ustawodawca unormował bowiem w odniesieniu do określonych służb procedurę prowadzenia kontroli operacyjnej i pozyskiwania w ten sposób informacji, pominał jednak przy tym zagadnienie, na które wskazuje w swoim wniosku PG. Mianowicie nie unormował podmiotowego zakresu dopuszczalności kontroli operacyjnej z uwzględnieniem specyficznej sytuacji tych osób, których dotyczy tajemnica adwokacka, dziennikarska, notarialna, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarska, co ma związek z funkcjonującymi w postępowaniu karnym zakazami dowodowymi.

2. Wnioskodawca jako jeden z wzorców kontroli wskazał art. 2 Konstytucji. Nie sposób jednak stwierdzić, jaką rolę i znaczenie przypisuje on temu wzorcowi w kontekście podnoszonych zarzutów. Całe uzasadnienie wniosku dotyczące art. 2 Konstytucji sprowadza się bowiem do dwóch następujących zdań: „zgodnie z art. 2 ustawy zasadniczej, Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej” i „nie sposób przyjąć, by uzyskiwanie przez służby, podczas stosowania kontroli operacyjnej, materiałów zawierających informacje objęte tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego lub lekarską stanowiło pozyskiwanie informacji niezbędnych w demokratycznym państwie prawnym”.

W *petitum* wniosku jako jeden z wzorców kontroli wymieniony został również art. 54 ust. 1 Konstytucji. W uzasadnieniu wniosku przepisowi temu nie poświęcono jednak ani słowa.

Wobec powyższego, niniejsze postępowanie w zakresie badania zgodności kwestionowanych przepisów z art. 2 i art. 54 ust. 1 Konstytucji, z uwagi na brak wymaganego uzasadnienia, powinno zostać **umorzone** ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku (art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK).

3. Istotne wątpliwości budzi ta część wniosku PG, w której zarzuca on, iż art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego są niezgodne z art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach regulacji wyłączającej z kręgu podmiotów, które mogą być poddane kontroli operacyjnej, kategorii osób, od których pozyskanie informacji objętych tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarską podlega zakazom dowodowym, w zakresie objętym zakazami”.

Przede wszystkim wymaga zauważenia, że we wskazanej części wniosek PG został uzasadniony bardzo ogólnie, co niejednokrotnie wyklucza możliwość ustalenia na czym konkretnie – w ocenie wnioskodawcy – polega niezgodność kwestionowanych przepisów z art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wniosek w omawianej tu części charakteryzuje się takimi ogólnikowymi wypowiedziami, jak np. „wskazane w niniejszym wniosku materie, których nie unormowano w zaskarżonych przepisach, mają istotne znaczenie z punktu widzenia chronionych przez ustawę zasadniczą praw do prywatności, ochrony tajemnicy komunikowania się, autonomii informacyjnej, a także prawa do obrony oraz wolności prasy”.

Charakterystyczne dla omawianych tu fragmentów wniosku PG jest to, że w tych miejscach, gdzie prowadzi on rozważania na temat ingerencji w – unormowane w powyższych przepisach ustawy zasadniczej – prawo do prywatności, wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się oraz prawo do ochrony danych osobowych, czyniąc to w kontekście zasady proporcjonalności, nie wskazuje on na pominięcie „regulacji wyłączającej z kręgu podmiotów, które mogą być poddane kontroli operacyjnej, kategorii osób, od których pozyskanie informacji objętych tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarską podlega zakazom dowodowym”, lecz na kontrolę operacyjną

jako taką (np. „Stosowanie kontroli operacyjnej [...] zawsze stanowi głęboką ingerencję w konstytucyjne prawa i wolności jednostki, w tym prawo do prywatności oraz w prawo do komunikowania się i ochronę tajemnicy tegoż komunikowania się, a także w autonomię informacyjną, a w dalszej kolejności może rzutować również na sposób realizacji wielu innych praw człowieka, takich jak prawo do życia rodzinnego, wolności myśli, sumienia i wyznania, swobody wypowiedzi, pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, prawo do obrony czy nienaruszalność mieszkania itp.”). Innymi słowy, PG wskazuje, że kontrola operacyjna ze swej istoty ingeruje w prawa i wolności unormowane w art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, nie konkretyzując jednak tego stanowiska do pominięcia prawodawczego, które czyni przedmiotem zarzutu w przedłożonym Trybunałowi Konstytucyjnemu wniosku. *De facto* nie uzasadnia on więc postawionego we wniosku konkretnego zarzutu, iż kwestionowane przepisy są niezgodne z art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach regulacji wyłączającej z kręgu podmiotów, które mogą być poddane kontroli operacyjnej, kategorie osób, od których pozyskanie informacji objętych tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarską podlega zakazom dowodowym, w zakresie objętym zakazami”.

Należy ponadto zwrócić uwagę, że tam, gdzie dochodzi już do przedstawiania konkretnych zarzutów odnośnie do kwestionowanego pominięcia prawodawczego, PG wyprowadza swoją argumentację nie z art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, lecz z wartości, jaką jest tajemnica zawodowa i jej ochrona, którą na płaszczyźnie normatywnej wiąże z art. 178 i art. 180 § 1-3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.; dalej: k.p.k.). O takim podejściu do eksponowanego we wniosku problemu świadczy już to, że art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego zostały zakwestionowane w specyficznym zakresie, a mianowicie – jak wynika z *petitum* – „w zakresie objętym zakazami” dowodowymi dotyczącymi tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej, notarialnej, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarską, które to zakazy unormowane są nie w Konstytucji, lecz w kodeksie postępowania karnego. Przy czym stanem pożądanym przez PG jest

dostosowanie kwestionowanych przepisów do standardu ochrony tajemnicy zawodowej wynikającego z kodeksu postępowania karnego.

Również uzasadnienie wniosku PG świadczy o tym, że kierowane wobec kwestionowanych przepisów zarzuty wyprowadzane są nie z art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, lecz z wartości, jaką jest normowana na płaszczyźnie kodeksowej tajemnica zawodowa i jej ochrona. Mianowicie wnioskodawca podnosi, iż w „unormowaniach dotyczących podejmowania i prowadzenia kontroli operacyjnej przez służby nie wprowadzono żadnego zakazu pozyskiwania informacji, które już w chwili pozyskania należałoby uznać za nieprzydatne do wszczęcia postępowania karnego i niemające znaczenia dla toczącego się postępowania karnego – jako objęte tak zwanymi zakazami dowodowymi”. I dalej, jak wywodzi PG, „ustawodawca pominął problematykę zakreślenia granic wkroczenia przez służbę stosującą czynności operacyjno-rozpoznawcze w sferę objętą tak zwanymi zakazami dowodowymi”. Przy czym wadliwości takiego stanu prawnego wnioskodawca dopatruje się już w tym, że ustawodawca „przeszedł do porządku nad faktem”, iż pozyskane w drodze kontroli operacyjnej informacje „mogą być objęte tajemnicą notarialną, adwokacką, radcy prawnego, lekarską lub dziennikarską”. W innym miejscu wnioskodawca, ponownie powołując się na regulacje kodeksu postępowania karnego normujące zakazy dowodowe, przyjmuje, że zgromadzone w wyniku kontroli operacyjnej materiały zawierające informacje objęte tajemnicą adwokacką, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarską lub dziennikarską „w zasadzie nie mogą być wykorzystane w toku procesu karnego”, a w każdym razie służby „nie posiadają kompetencji, aby uchylić powyższe zakazy dowodowe, gdyż to może uczynić jedynie sąd”. Wobec tego PG stwierdza, że: „(...) nie sposób przyjąć, by uzyskiwanie przez służby, podczas stosowania kontroli operacyjnej, materiałów zawierających informacje objęte tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego lub lekarską stanowiło pozyskiwanie informacji niezbędnych w demokratycznym państwie prawnym. Wydaje się również wątpliwe, by takie wkraczanie w sferę prywatności i wolności komunikowania się jednostek spełniało kryterium konieczności i proporcjonalności, wobec treści przytoczonych wyżej zasad proceduralnych”. Wnioskodawca eksponuje ponadto, iż – zgodnie z art. 180 § 2 k.p.k. – osoby obowiązane do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej lub dziennikarskiej mogą być zwolnione

z zachowania tej tajemnicy wyłącznie przez sąd. Tymczasem – jak wywodzi PG – służby stosujące kontrolę operacyjną mogą pozyskiwać informacje zawierające owe tajemnice również bez uprzedniej zgody sądu, co dotyczy wypadków niecierpiących zwłoki, jak również sytuacji, gdy informacje takie uzyskiwane są „przy okazji» stosowania kontroli operacyjnej na podstawie zgody sądu na podsłuch danej osoby w związku z innym przestępstwem niż przestępstwo określone w zgodzie lub wręcz na podstawie zgody sądu na kontrolę operacyjną innej osoby”.

Takiego sposobu argumentowania nie sposób zaakceptować. Zmierza on bowiem w kierunku tzw. kontroli poziomej, która w niniejszej sprawie przybrałaby postać badania zgodności przepisów ustaw: o Policji, o Straży Granicznej, o kontroli skarbowej, o Żandarmerii Wojskowej, o ABW, o CBA i o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, normujących kontrolę operacyjną, z przepisami kodeksu postępowania karnego regulującymi problematykę tajemnicy zawodowej. Niedopuszczalność tzw. kontroli poziomej nie ulega natomiast żadnej wątpliwości. Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie przyjmuje, że w jego kompetencji leży badanie wzajemnych relacji między normami o różnej randze prawnej (kontrola pionowa), nie jest zaś właściwy do badania zgodności między normami prawnymi tej samej rangi (kontrola pozioma), nawet jeżeli jedna z tych norm jest zawarta w tak autorytatywnym akcie prawnym, jakim jest kodeks (zob. np. postanowienie TK z 17 listopada 2010 r., sygn. akt Ts 334/08 i przywołane tam orzeczenia TK z: 18 października 1994 r., sygn. akt K 2/94; 12 stycznia 1995 r., sygn. akt K 12/94; 24 stycznia 1995 r., sygn. akt K 5/94; 4 października 1995 r., sygn. akt K 8/95; 23 października 1995 r., sygn. akt K 4/95).

Ponadto PG, zestawiając kwestionowane przepisy z wartością, jaką jest tajemnica zawodowa i jej ochrona, ujmuje tę wartość niejako autonomicznie, bez wykazywania jej ściślejszych związków z konkretnymi prawami i wolnościami. Niekonstytucyjności art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego dopatruje się on bowiem już w tym, że „zrezygnowano z wprowadzenia regulacji uniemożliwiających łamanie, w omawianym trybie [tj. w ramach kontroli operacyjnej – uwaga własna], tajemnicy obrończej oraz tajemnicy dziennikarskiej”.

W ten sposób PG zdaje się nie dostrzegać, że Konstytucja w żadnym ze swych unormowań nie udziela ochrony tajemnicy zawodowej jako wartości samoistnej i autonomicznej. Innymi słowy tajemnica zawodowa nie jest wartością

konstytucyjną sama w sobie, a w szczególności brak jest podstaw, aby na płaszczyźnie ustawy zasadniczej rekonstruować prawo do tajemnicy zawodowej, które przysługiwałoby przedstawicielom jakiejś profesji. Nie oznacza to oczywiście, że w świetle Konstytucji dopuszczalna jest nielimitowana ingerencja w sferę informacji objętych tajemnicą zawodową. Ingerencja taka, jako wkraczająca przede wszystkim w sferę interesów osób korzystających z usług przedstawicieli zawodów zaufania publicznego, podlega bowiem konstytucyjnym ograniczeniom w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla ochrony takich praw, jak prawo do prywatności czy też prawo do obrony. Owe prawa niewątpliwie mogą doznać uszczerbku na skutek pozyskania przez podmiot zewnętrzny informacji, jakie są powierzane przedstawicielom zawodów zaufania publicznego przez osoby korzystające z ich usług (por. wyroki TK z: 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03; 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05; postanowienie TK z 4 października 2010 r., sygn. akt SK 12/08).

Powyższe oznacza, że ocena unormowań uprawniających do ingerencji w sferę tajemnicy zawodowej powinna następować z perspektywy tych konstytucyjnych praw i wolności, które przysługują osobom korzystającym z usług przedstawicieli zawodów zaufania publicznego i które mogą w ten sposób doznać uszczerbku. O perspektywie takiej nie można jednak mówić w wypadku tej części wniosku PG, w której zarzuca się, iż art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego są niezgodne z art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach regulacji wyłączającej z kręgu podmiotów, które mogą być poddane kontroli operacyjnej, kategorii osób, od których pozyskanie informacji objętych tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarską podlega zakazom dowodowym, w zakresie objętym zakazami”. Tu bowiem – jak wynika z uzasadnienia wniosku – PG ujmuje ochronę tajemnicy zawodowej jako konstytucyjną wartość samoistną, bez wykazywania jej ściślejszych związków z konkretnymi prawami i wolnościami, które można wyprowadzić z art. 47, art. 49 czy też art. 51 ust. 2 Konstytucji.

Poczynione powyżej rozważania nakazują wnosić o **umorzenie** niniejszego postępowania ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku (art. 39 ust. 1 pkt 1

ustawy o TK) w odniesieniu do tej części wniosku PG, w której zarzuca on, iż art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego są niezgodne z art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach regulacji wyłączonej z kręgu podmiotów, które mogą być poddane kontroli operacyjnej, kategorii osób, od których pozyskanie informacji objętych tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarską podlega zakazom dowodowym, w zakresie objętym zakazami”.

4. Sprzeciw budzi sposób uzasadnienia przez PG zarzutu niezgodności kwestionowanych przepisów z art. 8 EKPCz. Polega on na przedstawieniu treści tego unormowania konwencyjnego, w tym w kontekście kontroli korespondencji, przywołaniu dotyczących tej problematyki wypowiedzi Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) i Trybunału Konstytucyjnego oraz na sformułowaniu tezy, iż kwestionowane przepisy, pomijając „wyłączenie możliwości stosowania” kontroli operacyjnej „wobec osób, od których mogą pochodzić informacje objęte tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego lub lekarską”, pozostawiają służbom „zbyt szeroki zakres swobody podczas stosowania kontroli operacyjnej”. Wnioskodawca stwierdza przy tym, że „regulacje prawa krajowego powinny chronić zainteresowanych przed pozyskaniem przez służby informacji objętych tajemnicą adwokacką, notarialną, radcy prawnego, lekarską lub dziennikarską”, czego kwestionowane przepisy nie czynią i dlatego są niezgodne z art. 8 EKPCz.

Wobec powyższego nie pozostaje nic innego, jak stwierdzić, że zarzut niezgodności kwestionowanych przepisów z art. 8 EKPCz pozbawiony jest wymaganego uzasadnienia. Za uzasadnienie takie nie można bowiem uznać przytaczania fragmentów orzeczeń ETPCz i Trybunału Konstytucyjnego, czy też nie popartego żadną argumentacją stwierdzenia, że kwestionowane przepisy pozostawiają służbom „zbyt szeroki zakres swobody podczas stosowania kontroli operacyjnej”. Wnioskodawca nie wyjaśnił, jakie konkretne treści kryją się pod tym stwierdzeniem i jakie znaczenie ma w tym zakresie krytykowane przez niego pominięcie prawodawcze w kontekście gwarancji wynikających z art. 8 EKPCz.

Wobec powyższego, niniejsze postępowanie w zakresie badania zgodności kwestionowanych przepisów z art. 8 EKPCz, z uwagi na brak wymaganego uzasadnienia, powinno zostać **umorzone** ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku (art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK).

5. Z *petitum* wniosku PG wynika, że kwestionuje on zgodność art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego m.in. „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach regulacji wyłączającej z kręgu podmiotów, które mogą być poddane kontroli operacyjnej, kategorii osób, od których pozyskanie informacji objętych tajemnicą adwokacką (...) podlega zakazom dowodowym, w zakresie objętym zakazami”. Analiza uzasadnienia wniosku, a w szczególności tych jego fragmentów, gdzie PG wyprowadza wobec kwestionowanych przepisów zarzuty z art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz, nie pozostawia jednak wątpliwości, że wnioskodawcy idzie nie o tajemnicę adwokacką, lecz o tajemnicę obrończą, a w każdym razie tylko w odniesieniu do tajemnicy obrończej została przedstawiona stosowna argumentacja, która pozwala na dokonanie przez Trybunał Konstytucyjny jej oceny merytorycznej. Zawężenie przez PG zarzutów tylko do pewnego wycinka tajemnicy adwokackiej, który określa się mianem tajemnicy obrończej, znajduje potwierdzenie nie tylko w przedstawianej przez niego argumentacji, ale również w konkluzji z niej wyprowadzonej. Konkluzja ta, zawarta w uzasadnieniu wniosku, brzmi bowiem: art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach wyłączenia z poddania kontroli operacyjnej przekazów informacji mogących zawierać dane objęte tajemnicą obrończą, godzą w konstytucyjnie i konwencyjnie chronione prawo do obrony”, a tym samym są niezgodne z art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz.

W konsekwencji przedmiotem analizy merytorycznej może być tylko problem niezgodności art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego

z art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach wyłączenia z poddania kontroli operacyjnej przekazów informacji mogących zawierać dane objęte tajemnicą obrończą”.

6. Analogicznie jak ma to miejsce w odniesieniu do ingerencji w tajemnicę obrończą – a w odróżnieniu od ingerencji w tajemnicę adwokacką, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarską – PG przedstawił również argumentację dotyczącą ingerencji przez służby stosujące kontrolę operacyjną w tajemnicę dziennikarską, czyniąc to w kontekście zawartości normatywnej art. 10 ust. 1 EKPCz. W tym zakresie wnioskodawca przyjmuje, że art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach wyłączenia z poddania kontroli operacyjnej przekazów informacji mogących zawierać dane objęte tajemnicą dziennikarską, godzą w konwencyjnie chronione prawo do tajemnicy dziennikarskiej”, a tym samym są niezgodne z art. 10 ust. 1 EKPCz. Tak sformułowany zarzut powinien zostać poddany analizie merytorycznej.

III. Przedmiot kontroli

1. Przepis art. 19 ustawy o Policji stanowi:

„1. Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw:

1) przeciwko życiu, określonych w art. 148-150 Kodeksu karnego,

2) określonych w art. 134, art. 135 § 1, art. 136 § 1, art. 156 § 1 i 3, art. 163 § 1 i 3, art. 164 § 1, art. 165 § 1 i 3, art. 166, art. 167, art. 173 § 1 i 3, art. 189, art. 189a, art. 200, art. 200a, art. 211a, art. 223, art. 228 § 1 i 3-5, art. 229 § 1 i 3-5, art. 230 § 1, art. 230a § 1, art. 231 § 2, art. 232, art. 245, art. 246, art. 252 § 1-3, art. 258, art. 269, art. 280-282, art. 285 § 1, art. 286 § 1, art. 296 § 1-3, art. 296a § 1, 2 i 4, art. 299 § 1-6 oraz art. 310 § 1, 2 i 4 Kodeksu karnego,

2a) określonych w art. 46 ust. 1, 2 i 4, art. 47 oraz art. 48 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 25

czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. Nr 127, poz. 857, z późn. zm.),

3) przeciwko obrotowi gospodarczemu, określonych w art. 297-306 Kodeksu karnego, powodujących szkodę majątkową lub skierowanych przeciwko mieniu, jeżeli wysokość szkody lub wartość mienia przekracza pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,

4) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,

4a) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego,

5) nielegalnego wytwarzania, posiadania lub obrotu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub substancjami psychotropowymi albo ich prekursorami oraz materiałami jądrowymi i promieniotwórczymi,

6) określonych w art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554, z późn. zm.),

7) określonych w art. 43-46 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411, z 2009 r. Nr 141, poz. 1149, z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 112, poz. 654),

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

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

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

3. W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, o którym mowa w ust. 1, kontrolę operacyjną,

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

4. (uchylony)

5. W przypadku potrzeby zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osoby podejrzanej lub oskarżonego, we wniosku organu Policji, o którym mowa w ust. 1, o zarządzenie kontroli operacyjnej zamieszcza się informację o toczącym się wobec tej osoby postępowaniu.

6. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

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

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

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

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

9. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli

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

10. Do wniosków, o których mowa w ust. 3, 8 i 9, stosuje się odpowiednio ust. 1a i 7. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wnioski, w szczególności zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16. Osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania tej kontroli. Przepis nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego.

17. Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokołarnemu i komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza organ Policji, który wnioskował o zarządzenie kontroli operacyjnej.

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

18. (uchylony)

19. (uchylony)

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

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

22. Minister właściwy do spraw wewnętrznych przedstawia corocznie Sejmowi i Senatowi informację o działalności określonej w ust. 1-21, w tym informacje i dane, o których mowa w art. 20 ust. 3. Informacja powinna być przedstawiona Sejmowi i Senatowi do dnia 30 czerwca roku następnego po roku nią objętym”.

2. Przepis art. 9e ustawy o Straży Granicznej stanowi:

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

1) określonych w art. 163 § 1, art. 164 § 1, art. 165 § 1, art. 166 § 1 i 2, art. 167, art. 168, art. 171, art. 172, art. 173 § 1, art. 258, art. 264 § 2 i 3 i art. 299 § 1 Kodeksu karnego,

2) określonych w art. 270-275 Kodeksu karnego w zakresie dokumentów uprawniających do przekraczania granicy państwowej,

3) skarbowych, o których mowa w art. 134 § 1 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) pozostających w związku z przekraczaniem granicy państwowej lub przemieszczaniem przez granicę państwową towarów oraz wyrobów akcyzowych

podlegających obowiązkowi oznaczania znakami akcyzy, jak również przedmiotów określonych w przepisach o broni, amunicji oraz o materiałach wybuchowych, a także o przeciwdziałaniu narkomanii,

5) określonego w art. 147 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach,

6) określonych w art. 228, 229 i 231 Kodeksu karnego, popełnionych przez funkcjonariuszy lub pracowników Straży Granicznej w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych,

6a) określonych w art. 229 Kodeksu karnego, popełnionych przez osoby niebędące funkcjonariuszami lub pracownikami Straży Granicznej w związku 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,

7) ściganych na mocy umów międzynarodowych,

gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Straży Granicznej, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, lub na pisemny wniosek komendanta oddziału Straży Granicznej, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora okręgowego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

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

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

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

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

1) Komendant Główny Straży Granicznej, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego,

2) komendant oddziału Straży Granicznej, po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 2,

może zarządzić kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie.

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

5. (uchylony)

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

7. Kontrola operacyjna jest prowadzona niejawnie i polega na:

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

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

- 1) numer sprawy i jej kryptonim;
- 2) opis przestępstwa z podaniem jego kwalifikacji prawnej;
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków;
- 4) dane osoby lub inne dane pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania;
- 5) cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej, o której mowa w ust. 7.

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

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

wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę wnioskującego organu Straży Granicznej, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Straży Granicznej lub komendanta oddziału Straży Granicznej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 1, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej prowadzonej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 9.

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

12. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 4, 9 i 10, sąd okręgowy rozpoznaje na posiedzeniu, jednoosobowo, przy czym czynności sądu związane z rozpoznaniem tych wniosków są wykonywane w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz z odpowiednim zastosowaniem przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 Kodeksu postępowania karnego. W posiedzeniu sądu może wziąć udział wyłącznie prokurator i przedstawiciel organu Straży Granicznej wnioskującego o zarządzanie kontroli operacyjnej.

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

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

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

16. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Komendant Główny Straży Granicznej lub komendant oddziału Straży Granicznej przekazuje prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1, wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej. W postępowaniu przed

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

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

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

16c. Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w ust. 4, na wniosek prokuratora, o którym mowa w ust. 1.

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

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

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

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

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

niezwłocznego poinformowania prokuratora, o którym mowa w ust. 1.

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

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

3. Przepis art. 36c ustawy o kontroli skarbowej stanowi:

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

1) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,

1a) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego,

2) przeciwko obrotowi gospodarczemu, powodujących szkodę majątkową, jeżeli wysokość szkody przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,

3) przeciwko mieniu, jeżeli wartość mienia przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,

4) przyjmowania lub wręczania korzyści majątkowej w związku z pełnioną funkcją publiczną lub funkcją związaną ze szczególną odpowiedzialnością,

5) ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych

– jeżeli inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, Sąd Okręgowy

w Warszawie, zwany dalej «Sądem», na pisemny wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

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

2. W przypadkach niecierpiących zwłoki, gdy zachodzi obawa utraty informacji lub zatarcia dowodów przestępstwa, Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, kontrolę operacyjną, jednocześnie zwracając się do Sądu z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez Sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz nakazuje niezwłoczne protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych w wyniku jej stosowania.

3. (uchylony)

4. Kontrola operacyjna jest prowadzona niejawnie i polega na:

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

5. Wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, o którym mowa w ust. 1, powinien zawierać w szczególności:

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

6. Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd może, na pisemny wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, wydać postanowienie

o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, jeżeli nie ustały przyczyny zarządzenia tej kontroli, z zastrzeżeniem ust. 7.

7. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla wykrycia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów takich przestępstw, Sąd, na pisemny wniosek Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o prowadzeniu kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 6.

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

9. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 2, 6 i 7, Sąd rozpoznaje na posiedzeniu, jednoosobowo, przy czym czynności Sądu związane z rozpoznawaniem tych wniosków są wykonywane w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz z odpowiednim zastosowaniem przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 Kodeksu postępowania karnego. W posiedzeniu Sądu może wziąć udział wyłącznie Prokurator Generalny lub upoważniony przez niego prokurator oraz przedstawiciel Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej.

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

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

12. Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej informuje Prokuratora Generalnego o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, a na jego żądanie również o przebiegu tej kontroli, przedstawiając zebrane w jej toku materiały.

13. Osobie, w stosunku do której była stosowana kontrola operacyjna, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej.

Przepis nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego.

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

15. (uchylony)

16. (uchylony)

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

4. Przepis art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej stanowi:

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

- 1) przeciwko pokojowi i ludzkości,
- 2) przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem przestępstw określonych w art. 127-132 Kodeksu karnego,
- 3) zamachu na jednostki i komórki organizacyjne Sił Zbrojnych,
- 4) zabójstwa,
- 5) uprowadzenia statku powietrznego lub wodnego,
- 6) użycia przemocy lub groźby bezprawnej w związku z postępowaniem karnym,
- 7) przyjęcia lub udzielenia korzyści majątkowej lub jej obietnicy w związku z pełnieniem funkcji publicznej,
- 8) uprowadzenia osoby,
- 9) handlu ludźmi,
- 10) wymuszenia okupu,

- 11) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej,
 - 12) nielegalnego wyrabiania, posiadania lub handlu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub psychotropowymi albo materiałami jądrowymi lub substancjami trującymi,
 - 13) bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych o klauzuli tajności «tajne» i «ściśle tajne»,
 - 14) rozboju i kradzieży rozbójniczej,
 - 15) dezercji z bronią lub dezercji wspólnie z innymi żołnierzami,
 - 16) zaboru środków walki,
 - 17) przestępstw ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych
- gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, wojskowy sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, lub na pisemny wniosek komendanta oddziału Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu zgody Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej i pisemnej zgody właściwego wojskowego prokuratora okręgowego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

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

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

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

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

- 1) Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego,
- 2) komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej, po poinformowaniu Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej i po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora, o którym mowa w ust. 2, może zarządzić kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo wojskowego sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody

w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

5. (uchylony)

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

7. Kontrola operacyjna jest prowadzona niejawnie i polega na:

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

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

- 1) numer sprawy i jej kryptonim,
- 2) opis przestępstwa z podaniem jego kwalifikacji prawnej,
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków,
- 4) dane osoby lub inne dane pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania,
- 5) cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej, o której mowa w ust. 7.

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

10. W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania

kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, wojskowy sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę wnioskującego organu Żandarmerii Wojskowej, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej lub komendanta oddziału Żandarmerii Wojskowej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej oraz właściwego prokuratora wojskowego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej prowadzonej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 9.

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

12. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 4, 5, 9 i 10, wojskowy sąd okręgowy rozpoznaje na posiedzeniu jednoosobowo, przy czym czynności sądu związane z rozpoznaniem tych wniosków są wykonywane w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz z odpowiednim zastosowaniem przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 Kodeksu postępowania karnego. W posiedzeniu sądu może wziąć udział wyłącznie prokurator wojskowej prokuratury okręgowej i przedstawiciel organu Żandarmerii Wojskowej wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej.

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

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

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

16. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej lub komendant oddziału

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

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

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

16c. Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w ust. 4, na wniosek prokuratora, o którym mowa w ust. 1.

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

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

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

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

operacyjnej.

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

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

20. Minister Obrony Narodowej, w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki, określi, w drodze rozporządzenia, sposób dokumentowania kontroli operacyjnej oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, a także przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, uwzględniając potrzebę zapewnienia niejawnego charakteru podejmowanych czynności i uzyskanych materiałów oraz wzory stosowanych druków i rejestrów.

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

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

5. Przepis art. 27 ustawy o ABW stanowi:

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

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

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

3. W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę

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

4. (uchylony)

5. W przypadku potrzeby zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osoby podejrzanej lub oskarżonego, we wniosku Szefa ABW, o którym mowa w ust. 1, zamieszcza się informację o toczącym się wobec tej osoby postępowaniu.

6. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

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

7. Wniosek Szefa ABW, o którym mowa w ust. 1, powinien zawierać w szczególności:

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

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

9. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli

operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8.

10. Do wniosków, o których mowa w ust. 3, 8 i 9, stosuje się odpowiednio przepisy ust. 1a i 7. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wnioski, w szczególności zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16. Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie są istotne dla bezpieczeństwa państwa lub nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokołarnemu, komisijnemu

zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza Szef ABW.

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

17. (uchylony)

18. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, sposób dokumentowania kontroli operacyjnej oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, a także przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, uwzględniając potrzebę zapewnienia niejawnego charakteru podejmowanych czynności i uzyskanych materiałów oraz wzory stosowanych druków i rejestrów”.

6. Przepis art. 17 ustawy o CBA stanowi:

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

1) określonych w art. 228-231, 250a, 258, 286, 296-297, 299, 310 § 1, 2 i 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny,

2) skarbowych, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 lit. d, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314)

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

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

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

3. W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Szef CBA może zarządzić, po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego, kontrolę operacyjną,

zwracając się jednocześnie z wnioskiem do sądu, o którym mowa w ust. 2, o wydanie postanowienia w tej sprawie. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 5 dni. W przypadku nieudzielenia przez sąd zgody, Szef CBA wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz poleca niezwłoczne, protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

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

5. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

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

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

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

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

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

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

przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa CBA, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8.

10. Do wniosków, o których mowa w ust. 3, 8 i 9, stosuje się odpowiednio przepisy ust. 1a i 7. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wniosek, w szczególności zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie.

11. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, sąd rozpoznaje jednoosobowo, przy czym czynności sądu związane z rozpoznawaniem tych wniosków powinny być realizowane w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz z odpowiednim zastosowaniem przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. W posiedzeniu sądu może wziąć udział wyłącznie prokurator i wyznaczony przez Szefa CBA funkcjonariusz CBA.

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

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

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

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

15a. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie

o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot.

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

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

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

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

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

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

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

18. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, sposób dokumentowania kontroli operacyjnej oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, a także przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, uwzględniając

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

7. Przepis art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego stanowi:

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

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

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

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

4. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

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

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

- 1) numer sprawy i jej kryptonim, jeżeli został jej nadany;
- 2) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków;
- 3) dane osoby lub inne dane pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub

przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania;

4) cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej.

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

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

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

9. Wnioski, o których mowa w ust. 1, 3, 6 i 7, sąd rozpoznaje jednoosobowo, przy czym czynności sądu związane z rozpoznawaniem tych wniosków powinny być realizowane w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz z odpowiednim zastosowaniem przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.). W posiedzeniu sądu może wziąć udział wyłącznie prokurator i przedstawiciel Szefa SKW.

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

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

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

wprowadzona.

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

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

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

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

14c. Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, o którym mowa w ust. 2, na wniosek Prokuratora Generalnego.

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

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

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

zarządza Szef SKW.

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

16. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, sposób dokumentowania kontroli operacyjnej oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, a także przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, uwzględniając potrzebę zapewnienia niejawnego charakteru podejmowanych czynności i uzyskanych materiałów oraz wzory stosowanych druków i rejestrów”.

IV. Prawo do obrony i ochrona dziennikarskich źródeł informacyjnych

1. Zarzuty wnioskodawcy

1. Po przeprowadzonej analizie formalnoprawnej należy stwierdzić, że kontroli merytorycznej można poddać zarzuty wnioskodawcy, iż art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego: 1) „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach wyłączenia z poddania kontroli operacyjnej przekazów informacji mogących zawierać dane objęte tajemnicą obrończą, godzą w konstytucyjnie i konwencyjnie chronione prawo do obrony”, a tym samym są niezgodne z art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz; 2) „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach wyłączenia z poddania kontroli operacyjnej przekazów informacji mogących zawierać dane objęte tajemnicą dziennikarską, godzą w konwencyjnie chronione prawo do tajemnicy dziennikarskiej”, a tym samym są niezgodne z art. 10 ust. 1 EKPCz.

2. Wnioskodawca stoi na stanowisku, że o ile „w toku procesu karnego tajemnica obrończa znajduje szereg stosownych zabezpieczeń”, które polegają m.in. na statuowaniu odpowiednich zakazów dowodowych, o tyle „w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych brak jakiegokolwiek ochrony normatywnej w tym zakresie”. W szczególności zaś w kwestionowanych przepisach, normujących

stosowanie kontroli operacyjnej przez służby, nie zawarto „regulacji stanowiących gwarancje ochrony konstytucyjnego i konwencyjnego prawa do obrony w zakresie zachowania tajemnicy obrończej, w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, polegających na stosowaniu kontroli operacyjnej”.

Tymczasem, jak wywodzi PG, „zakaz kontroli porozumiewania się obrońcy ze swoim klientem”, który nie jest przestrzegany w toku kontroli operacyjnej, „wiąże się nie tylko z ewentualnym omawianiem przez nich materiału dowodowego, ale również z konstruowaniem przez nich strategii obrończej”. Wnioskodawca podkreśla przy tym, że: „Realna skuteczność owej strategii może zależeć od tego, czy pozostanie ona w tajemnicy wobec sądu, prokuratora i służb aż do momentu wdrożenia jej realizacji. Wcześniejsza wiedza wspomnianych podmiotów, dotycząca planowanej strategii obrończej, może znacznie utrudnić lub nawet uniemożliwić realizację prawa do obrony w omawianym zakresie”.

Zdaniem wnioskodawcy, kwestionowanego stanu prawnego nie konwaliduje możliwość zniszczenia przez służby tych materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, które nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub nie mają znaczenia dla toczącego się postępowania karnego, co obejmuje m.in. informacje objęte zakazami dowodowymi. Nie zmienia to bowiem tego, że „dana służba, prokurator i sąd biorący udział w postępowaniu zmierzającym do zniszczenia tych materiałów pozostają w posiadaniu wiedzy odnośnie informacji objętych stosownymi tajemnicami” (zakazami dowodowymi). I dalej: „(...) informacji tych nie można wykorzystać w charakterze dowodu w procesie karnym, tym niemniej uzyskana wiedza nie ulega wymazaniu z pamięci osób, które ją uzyskały [funkcjonariuszy służb, prokuratora lub sądu – uwaga własna], a co za tym idzie nie można wykluczyć faktycznego wykorzystania jej w inny niż procesowy sposób”.

3. W kontekście art. 10 ust. 1 EKPCz PG eksponuje istotne znaczenie ochrony dziennikarskich źródeł informacji, których istnienie jest jednym z warunków prawidłowego funkcjonowania środków masowego przekazu i prasy w szerokim rozumieniu tego słowa. Wnioskodawca podkreśla przy tym, że ochrona ta powinna być zapewniona także w wypadku niejawniej kontroli operacyjnej, kiedy to może dojść do ujawnienia tożsamości osobowego źródła informacji dziennikarskich. Ujawnienie

owego źródła może zaś godzić, jak przyjmuje PG w ślad za orzecznictwem ETPCz, w wolność prasy i jej właściwą rolę w społeczeństwie demokratycznym.

Podobnie jak w wypadku tajemnicy obrończej, PG podnosi, że kwestionowanego stanu prawnego nie konwaliduje możliwość zniszczenia przez służby tych materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, które nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub nie mają znaczenia dla toczącego się postępowania karnego, co obejmuje m.in. informacje objęte zakazami dowodowymi. Zdaniem wnioskodawcy „ewentualne zniszczenie materiałów zawierających dane o osobowym źródle informacji dziennikarskiej nie zmienia sytuacji, że dana służba, prokurator i sąd biorący udział w postępowaniu zmierzającym do zniszczenia tych materiałów pozostają w posiadaniu wiedzy odnośnie osoby informatora. Informacji tych nie można wykorzystać w charakterze dowodu w procesie karnym, tym niemniej uzyskana wiedza nie ulega wymazaniu z pamięci funkcjonariuszy danej służby, prokuratora lub sądu, a co za tym idzie i w tym przypadku nie można wykluczyć faktycznego wykorzystania jej w inny niż procesowy sposób”.

Wnioskodawca podnosi, że „dane pozwalające na identyfikację dziennikarskiego źródła informacji stanowią istotę tajemnicy dziennikarskiej. Wobec raz zidentyfikowanej osoby można podejmować tak procesowe, jak i nieprocesowe czynności i brak możliwości procesowego wykorzystania danych pochodzących z podsłuchu nie stanowi już bariery dla podejmowania takich działań”. Tym samym, jak przyjmuje PG, brak „wyraźnego zakazu pozyskiwania przez służby, w drodze kontroli operacyjnej, danych pozwalających na identyfikację osobowego źródła informacji dziennikarskiej, umożliwił obejście, w praktyce, istniejących gwarancji ustawowych respektowania prawa określonego w art. 10 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”.

2. Wzorce kontroli

1. Zgodnie z art. 42 ust. 2 Konstytucji: „Każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu”.

Z kolei, jak stanowi art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz: „Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do: (...) b) posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony; c) bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony – do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości”.

Jak zauważa Trybunał Konstytucyjny: „Konstytucyjne prawo do obrony należy rozumieć szeroko, jest ono bowiem nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale też elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego. Prawo to przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego (w praktyce od chwili przedstawienia zarzutów) aż do wydania prawomocnego wyroku, obejmuje również etap postępowania wykonawczego. Prawo do obrony w procesie karnym ma wymiar materialny i formalny. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych). Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu. Obrońca jest pełnomocnikiem oskarżonego, jego procesowym przedstawicielem, a jego głównym zadaniem jest ochrona oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02; zob. też np. wyroki TK z: 6 grudnia 2004 r., sygn. akt SK 29/04; 19 marca 2007 r., sygn. akt K 47/05; 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07; 9 lipca 2009 r., sygn. akt K 31/08).

Doprecyzowując nieco powyższą wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego należy wskazać, iż przysługiwanie prawa do obrony „od chwili wszczęcia (...) postępowania karnego (...) aż do wydania prawomocnego wyroku” oznacza, że wynikające z art. 42 ust. 2 Konstytucji gwarancje muszą być uwzględniane we wszystkich fazach postępowania karnego, w tym również w tych, które toczą się przed organami niesądowymi, np. policją czy prokuratorem (zob. np. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 42, s. 8). Nie należy przy tym jednak zapominać, że specyfika przedsądowych etapów postępowania karnego może w pewnych wypadkach uzasadniać limitowanie prawa do obrony. Kwestia ta dostrzegana jest w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który w odniesieniu do niej m.in.

stwierdza: „Proces karny jest ze swej istoty kontradiktoryjny, stanowi on spór równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem. W postępowaniu przygotowawczym, którym kieruje prokurator, owa kontradiktoryjność jest w pewnym zakresie ograniczona, co nie oznacza jednak, iż owe ograniczenia mogą naruszać istotę prawa do obrony” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02; zob. też np. postanowienie TK z 27 stycznia 2004 r., sygn. akt SK 50/03).

Również gwarancje wynikające z art. 6 ust. 3 EKPCz znajdują zastosowanie nie tylko w postępowaniu przed sądem, ale także w postępowaniach przedsądowych. W szczególności należy mieć na uwadze, że – zgodnie z orzecznictwem ETPCz – uchybienie gwarancjom unormowanym w art. 6 ust. 3 EKPCz na etapie przedsądowym może przekładać się na nierzetelność postępowania sądowego (zob. P. Hofmański/A. Wróbel [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 407 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz).

W ramach konstytucyjnego i konwencyjnego prawa do obrony wyróżnić można szereg uprawnień, przysługujących zarówno oskarżonemu (podejrzanemu), jak i jego obrońcy (nie ulega wątpliwości, że beneficjentami stosownych uprawnień wynikających z prawa do obrony jest zarówno sam oskarżony, jak i jego obrońca, a ich uprawnienia pozostają w ścisłym związku (zob. P. Hofmański/A. Wróbel [w:] *Konwencja...*, s. 415). W realiach niniejszej sprawy należy zwrócić szczególną uwagę na jedno z nich, a mianowicie prawo do kontaktu oskarżonego (podejzranego) ze swoim obrońcą. Jest ono dostrzegane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który z perspektywy uprawnień obrońcy stwierdza: „Uprawnienia obrońcy to nie tylko możliwość przeglądania akt postępowania karnego – zapoznawania się z materiałem dowodowym, ale przede wszystkim kontakt z jego mocodawcą. To na podstawie osobistego kontaktu, obrońca pozyskuje faktyczną wiedzę o czynie sprawcy oraz okolicznościach zdarzenia będącego przedmiotem postępowania, buduje strategię obrony, zgłasza wnioski dowodowe i współdziała z innymi obrońcami występującymi w sprawie” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Z kolei w doktrynie zauważa się, iż: „Przygotowanie się do obrony wymaga współdziałania oskarżonego z jego obrońcą. Wprawdzie każdy z tych podmiotów dysponuje na ogół pewną autonomią w toku postępowania, niemniej najczęściej niezbędne są uzgodnienia wielu szczegółowych kwestii. Z tego powodu zapewnienie możliwości przygotowania obrony musi oznaczać umożliwienie obrońcy

kontaktu z oskarżonym” (P. Hofmański/A. Wróbel [w:] *Konwencja...*, s. 420 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz).

Należy podkreślić, że standard konstytucyjny i konwencyjny wymaga, aby kontakt oskarżonego (podejrzanego) ze swoim obrońcą był co do zasady kontaktem swobodnym (zob. wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Oznacza to, że porozumiewanie się obrońcy i jego klienta powinno być nieskrępowane, wolne od kontroli i innych, nadmiernych utrudnień. Stworzenie takich warunków służyć ma prawidłowemu funkcjonowaniu stosunku obrończego, opartego m.in. na zaufaniu oskarżonego (podejrzanego) do swojego obrońcy (zob. P.Hofmański/A. Wróbel [w:] *Konwencja...*, s. 420). Warto zauważyć, że – w świetle orzecznictwa ETPCz – już samo podejrzenie, że rozmowa obrońcy z klientem jest kontrolowana, może oddziaływać krępująco na ów kontakt, co z kolei może pozostawać w sprzeczności ze standardem konwencyjnym (zob. orzeczenie ETPCz z 10 maja 2007 r. w sprawie Modarca przeciwko Mołdawii, skarga nr 14437/05).

Na gruncie EKPCz dostrzega się, że żaden jej przepis nie stanowi *expressis verbis* o prawie oskarżonego do porozumiewania się z obrońcą z wyłączeniem innych osób. Jednocześnie jednak przyjmuje się, że takie porozumiewanie się jest fundamentalnym elementem przygotowania obrony, a zatem wynika ono z celu i przedmiotu art. 6 ust. 3 lit. c EKPCz. Podkreśla się przy tym, że: „Wartość pomocy obrońcy uległaby znacznemu obniżeniu, gdyby adwokat nie mógł porozumiewać się ze swoim klientem i udzielać mu poufnych wskazówek bez jakiegokolwiek kontroli i z gwarancjami tajemnicy adwokackiej” (M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2006, s. 189-190 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz).

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

Przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji formułuje następujące, kumulatywnie ujęte, przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności: 1) ustawowa forma ograniczenia; 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości (bezpieczeństwo państwa,

porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób); 4) zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności (zob. np. L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 31, s. 14 i n.).

Także konwencyjne uprawnienie do poufnego kontaktu oskarżonego z obrońcą nie ma charakteru bezwzględneho. Orzecznictwo ETPCz dostarcza wielu przykładów dopuszczalnych ograniczeń w tym zakresie, związanych nie tylko z nadużywaniem przez obrońcę swojej uprzywilejowanej pozycji, lecz również np. z krótkotrwałością stosowanych limitacji (zob. np. M.A. Nowicki, *Wokół...*, s. 190 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz).

3. W myśl art. 10 ust. 1 EKPCz: „Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych”.

W kontekście zarzutów podnoszonych przez PG zauważenia wymaga, że na gruncie art. 10 EKPCz szczególnie eksponuje się pozycję prasy i innych środków masowego przekazu, którym przypisuje się rolę „publicznego strażnika” (*public watchdog*) demokracji i pluralizmu (zob. np. L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 586 i 605 oraz przywołane tam orzecznictwo ETPCz). Wskazuje się tu również na istotną rolę dziennikarzy, za których uważa się – najogólniej rzecz ujmując – tych wszystkich, którzy zajmują się redagowaniem, tworzeniem i przygotowywaniem tekstów przewidzianych do publikacji, a także gromadzeniem materiałów stanowiących podstawę przyszłych publikacji (zob. L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, s. 607).

Konsekwencją uznania, że na gruncie art. 10 EKPCz wyjątkową rolę odgrywają prasa i inne środki masowego przekazu, a także tworzący je dziennikarze, jest utrwalone w orzecznictwie ETPCz stanowisko, iż podmiotom tym powinno się zapewniać szczególną swobodę działania. To z kolei wiąże się z określonymi przywilejami, wśród których znajduje się przywilej ochrony źródeł informacyjnych. Polega on na tym, że władze nie mogą żądać ujawnienia osób, których informacje

zostają wykorzystane w wypowiedzi prasowej (zob. L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, s. 608-609, 613). W orzecznictwie ETPCz wielokrotnie podkreślano, że ochrona źródeł informacyjnych stanowi jeden z podstawowych warunków wolności prasy. Brak takiej ochrony mógłby bowiem powstrzymać informatorów od wspierania prasy w informowaniu opinii publicznej o sprawach mających publiczne znaczenie, a w konsekwencji zagrożona mogłaby stać się rola prasy jako „publicznego strażnika” (zob. np. orzeczenia ETPCz z: 27 marca 1996 r. w sprawie Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 17488/90; 22 listopada 2007 r. w sprawie Voskuil przeciwko Holandii, skarga nr 64752/01; 14 września 2010 r. w sprawie Sanoma Uitgevers B.V. przeciwko Holandii, skarga nr 38224/03). Należy jednak zaznaczyć, że ETPCz przyjmuje, że słabszej ochronie mogą podlegać te materiały dziennikarskie, które zostały uzyskane niejako „przy okazji”, a więc bez zapewnienia informatora o ochronie jego osoby, a także te informacje, w wypadku których nie wchodzi w grę ujawnienie osoby informatora (zob. L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, s. 614 oraz przywołane tam orzeczenia ETPCz).

Wymaga zauważenia, że w orzecznictwie ETPCz dostrzega się, że przełamanie przywileju ochrony źródeł informacyjnych może mieć różny stopień intensywności. I tak przykładowo przeszukiwanie mające na celu ustalenie źródła informacji dziennikarza jest – w ocenie ETPCz – poważniejszą ingerencją w gwarancje wynikające z art. 10 ust. 1 EKPCz niż wezwanie dziennikarza do ujawnienia tożsamości informatora (zob. np. orzeczenie ETPCz z 25 lutego 2003 r. w sprawie Roemen i Schmit przeciwko Luksemburgowi, skarga nr 51772/99).

4. Wolności gwarantowane przez art. 10 ust. 1 EKPCz nie mają charakteru nieograniczonego. Jak bowiem wynika z art. 10 ust. 2 EKPCz: „Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej”.

W realiach niniejszej sprawy wymaga podkreślenia, że charakteru bezwzględnie nie ma również, konstruowany na gruncie art. 10 ust. 1 EKPCz, przywilej ochrony źródeł informacyjnych. Może on bowiem zostać przełamany, gdy przemawiają za tym szczególne okoliczności, a w szczególności ważny i przeważający interes publiczny (zob. np. orzeczenia ETPCz z: 27 marca 1996 r. w sprawie Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 17488/90; 25 lutego 2003 r. w sprawie Roemen i Schmit przeciwko Luksemburgowi, skarga nr 51772/99).

3. Analiza zgodności

1. W pierwszej kolejności należy wskazać, że kwestionowane przez PG przepisy regulują kontrolę operacyjną, która polega na stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie. W tym trybie możliwa jest w szczególności kontrola treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych.

Problematyka kontroli operacyjnej, w tym m.in. zakres uprawnień służb do jej stosowania, ustawowe przesłanki jej dopuszczalności, procedura jej prowadzenia, a także konstytucyjne i konwencyjne uwarunkowania owej kontroli, zostały szczegółowo omówione w poprzednich pismach Sejmu przedkładanych do sprawy o sygn. akt K 23/11. W tym miejscu należy odesłać do tych rozważań, które zachowują aktualność także w związku z zarzutami PG, podniesionymi we wniosku z 13 listopada 2012 r.

2. Żaden przepis ustawy o Policji, ustawy o Straży Granicznej, ustawy o kontroli skarbowej, ustawy o Żandarmerii Wojskowej, ustawy o ABW, ustawy o CBA i ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego nie reguluje *expressis verbis* zagadnienia ochrony tajemnicy obrończej i ochrony dziennikarskich źródeł informacyjnych. W szczególności w ustawach tych nie wyrażono wprost zakazu prowadzenia kontroli operacyjnej w zakresie, w jakim może ona ujawniać informacje objęte tajemnicą obrończą lub tajemnicą dziennikarską. Przywołane ustawy nie zawierają także odnoszącego się do kontroli operacyjnej wyłączenia podmiotowego, które dotyczyłoby obrońców i dziennikarzy. *Prima facie* uzasadnia to wniosek, że w trybie kontroli operacyjnej dopuszczalna jest ingerencja służb w przekazy

informacji między oskarżonym (podejrzany) a jego obrońcą, a także w dziennikarskie przekazy informacji, w tym dotyczące źródeł informacyjnych. Na takim stanowisku stoi też PG w niniejszej sprawie.

3. Nie ulega wątpliwości, że prawodawca identyfikuje wartość, jaką jest tajemnica obrończa i tajemnica dziennikarska, przyznając im na poziomie ustawowym określoną ochronę.

Omawiając problematykę tajemnicy obrończej w pierwszej kolejności trzeba ją wyraźnie odróżnić od tajemnicy adwokackiej, zwłaszcza że dyferencjacja ta nie została w należyty sposób przeprowadzona we wniosku PG. Pojęcie tajemnicy obrończej jest niewątpliwie węższe niż pojęcie tajemnicy adwokackiej, bowiem nie każda tajemnica adwokacka jest tajemnicą obrończą (zob. np. M. Klejnowska [w:] *Proces karny. Część ogólna*, red. G. Artymiak, M. Rogalski, Z. Sobolewski, Warszawa 2007, s. 238). Tajemnica adwokacka obejmuje wszystko, o czym adwokat dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej (art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, t.j. Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 ze zm.). Natomiast tajemnica obrończa dotyczy tylko tych sytuacji, gdy adwokat udziela pomocy prawnej oskarżonemu (podejznanemu) w sprawie karnej. Przy odróżnianiu tajemnicy adwokackiej od tajemnicy obrończej należy uwzględnić zarówno kryterium formalne, które polega na ustanowieniu adwokata jako obrońcy w sprawie karnej, jak i kryterium materialne, nakazujące brać pod uwagę faktyczny cel udzielania pomocy prawnej. Gdy celem tym jest obrona oskarżonego (podejznanego), to w grę będzie wchodziła tajemnica obrończa (por. np. M. Klejnowska [w:] *Proces...*, s. 238). Za tajemnicę obrończą nie można więc przykładowo uznać informacji powziętych przez adwokata w związku z działaniem w sprawie karnej w charakterze pełnomocnika oskarżyciela prywatnego bądź też pełnomocnika strony w sprawie cywilnej.

Tajemnica obrończa na poziomie ustawowym chroniona jest przede wszystkim w art. 178 pkt 1 k.p.k., zgodnie z którym: „Nie wolno przesłuchiwać jako świadków (...) obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 [tj. kontaktującego się z zatrzymaną osobą podejrzaną – uwaga własna], co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę”. Tajemnicy obrończej nie dotyczy zaś art. 180 § 2 k.p.k., który odnosi się m.in. do innej niż obrończa tajemnicy adwokackiej. Zgodnie z tym przepisem, osoba

obowiązana do zachowania tajemnicy adwokackiej może być przesłuchiwana co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Z przywołanych przepisów wynika fundamentalna różnica między tajemnicą obrończą a tajemnicą adwokacką w zakresie ich ochrony. Mianowicie, tajemnica obrończa chroniona jest bezwzględnie, co oznacza, że nie można tej tajemnicy uchylić, ani z niej zwolnić. Tymczasem tajemnica adwokacka ma charakter względny, a więc z tajemnicy tej można zwolnić (czyni to sąd) w razie ziszczenia się dwóch przesłanek: 1) jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości; 2) dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu (zob. np. K.T. Boratyńska [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 178, nb. 1; T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003, s. 443 i 450-452; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. P. Hofmański, t. I, Warszawa 2011, komentarz do art. 178, nb. 2; M. Kuźma [w:] *Kodeks postępowania karnego – komentarz OnLine (Legalis)*, red. J. Skorupka, wyd. 9/2013, komentarz do art. 178, teza 1).

Dopełnieniem regulacji z art. 178 pkt 1 k.p.k. jest art. 225 § 3 k.p.k., którego istnienie również wskazuje na wyjątkowy charakter i konieczność szczególnej ochrony tajemnicy obrończej. Zgodnie z art. 225 § 3 k.p.k.: „Jeżeli obrońca lub inna osoba, od której żąda się wydania rzeczy lub u której dokonuje się przeszukania, oświadczy, że wydane lub znalezione w toku przeszukania pisma lub inne dokumenty obejmują okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy, organ dokonujący czynności pozostawia te dokumenty wymienionej osobie bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem. Jeżeli jednak oświadczenie osoby nie będącej obrońcą budzi wątpliwości, organ dokonujący czynności przekazuje te dokumenty z zachowaniem rygorów określonych w § 1 sądowi, który po zapoznaniu się z dokumentami zwraca je w całości lub w części, z zachowaniem rygorów określonych w § 1, osobie, od której je zabrano, albo wydaje postanowienie o ich zatrzymaniu dla celów postępowania”.

4. Zeznania złożone przez obrońcę w zakresie objętym zakazem dowodowym z art. 178 pkt 1 k.p.k. nie mogą stanowić dowodu, a w konsekwencji nie mogą

kształtować faktycznej podstawy rozstrzygnięcia w sprawie karnej (zob. np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 178, nb. 7; M. Kuźma [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 178, teza 1). Zatem należy przyjąć, że jeżeli doszłoby już do przesłuchania obrońcy co do faktów, o których dowiedział się on udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę, a więc do uchybienia unormowanemu w przywołanym przepisie zakazowi dowodowemu, to takie zeznania obrońcy nie mogłyby stanowić dowodu w sprawie. Trzeba jednocześnie mieć jednak na uwadze, że w polskim postępowaniu karnym nie przyjęto koncepcji „owoców z zatrutego drzewa”. W konsekwencji nie ma przeszkód, aby informacje uzyskane od obrońcy wbrew zakazowi dowodowemu z art. 178 pkt 1 k.p.k. wykorzystywać dla uzyskania innych dowodów w zakresie faktów objętych tajemnicą obrończą. Nie ma również żadnych przeszkód, żeby korzystać z owych informacji w działaniach operacyjnych służb lub organów ścigania (zob. Kuźma [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 178, teza 5).

Nie można jednocześnie zapominać, że informacje, które są objęte zakazem dowodowym z art. 178 pkt 1 k.p.k., nie są w ogóle wyłączone z możliwości ich dowodzenia w postępowaniu karnym. Wyłączenie dotyczy bowiem korzystania z określonego źródła dowodowego, jakim jest zeznanie obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k., co do faktów, o których dowiedział się on udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Tym samym fakty te mogą być dowodzone w postępowaniu karnym, jednakże z wykorzystaniem innych dowodów. Jeżeli zatem, przykładowo, oskarżony w trakcie rozmowy ze swoim obrońcą przekaze mu informację, że dopuścił się przestępstwa, to obrońcy nie można na tę okoliczność przesłuchać w charakterze świadka. Okoliczność ta może być jednak dowodzona za pomocą dowodu z zeznań jakiejś innej osoby, której oskarżony również zwierzył się z faktu popełnienia przestępstwa (zob. np. K.T. Boratyńska [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 178, nb. 2; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 178, nb. 4; P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2006, s. 151; M. Kuźma [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 178, teza 1).

5. Ochrona tajemnicy obrończej, gwarantowana w art. 178 pkt 1 k.p.k., ma bezpośredni związek z konstytucyjnym i konwencyjnym prawem do obrony i służy urzeczywistnieniu tego prawa (na związek zachodzący między art. 178 pkt 1 k.p.k.

i art. 42 ust. 2 Konstytucji wskazują m.in. K.T. Boratyńska [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 178, nb. 4; T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie...*, s. 443; także Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, dostrzega, że: „W sytuacji, gdy ustawodawca uznaje prawo do korzystania z pomocy obrońcy za wartość konstytucyjną (art. 42 ust. 2 Konstytucji), konsekwentnie wyklucza możliwość «zmuszenia» tegoż obrońcy do składania zeznań”). W doktrynie prawa karnego procesowego nie ma wątpliwości co do tego, że zakaz dowodowy z art. 178 pkt 1 k.p.k. służyć ma zapewnieniu „realnego prawa do obrony, w tym w znaczeniu formalnym poprzez ochronę relacji łączącej oskarżonego z obrońcą” i zagwarantowaniu, że „treści przekazane obrońcy nie zostaną wykorzystane przeciwko oskarżonemu” (M. Kuźma [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 178, teza 2). Podkreśla się przy tym, że omawiany zakaz dowodowy „uzasadniony jest istotą stosunku łączącego obrońcę prowadzącego sprawę lub udzielającego porady prawnej z klientem. Możliwość procesowej penetracji tego stosunku doprowadziłaby do zachwiania zaufania oskarżonych do ich obrońców, wobec których muszą najczęściej zająć postawę otwartą, by uzyskać adekwatną do sytuacji poradę prawną lub by optymalnie przygotować stanowisko w procesie i jego argumentację” (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 178, nb. 8). Wskazuje się również, iż: „Oskarżony musi mieć zagwarantowane, że wiadomości, które przekaże obrońcy po to, by ten mógł obrać skuteczną linię obrony, nie zostaną wykorzystane przeciwko niemu”, co ma związek z zapewnieniem oskarżonemu prawa do obrony, w tym prawa do korzystania z pomocy obrońcy (R.A. Stefański [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Z. Gostyński, R.A. Stefański, S. Zabłocki, t. I, Warszawa 2003, s. 787).

Rozważając kwestię ochrony tajemnicy obrończej w kontekście konstytucyjnego i konwencyjnego prawa do obrony należy jeszcze raz podkreślić, o czym była już mowa, że Konstytucja nie chroni tajemnicy zawodowej jako wartości samoistnej i autonomicznej, co oznacza, iż na płaszczyźnie ustawy zasadniczej nie sposób rekonstruować prawa do tajemnicy zawodowej, które przysługiwałyby przedstawicielom jakiejś profesji. Dotyczy to także adwokatów ustanowionych w charakterze obrońców. W odniesieniu do nich Trybunał Konstytucyjny wprost stwierdza, że „nawet z art. 42 ust. 2 Konstytucji trudno byłoby wyprowadzić konstytucyjne prawo adwokatów do poszanowania tajemnicy obrończej” (wyrok TK z 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03). W tym samym miejscu Trybunał

Konstytucyjny dostrzega jednak, co również było już sygnalizowane, iż z art. 42 ust. 2 Konstytucji „niewątpliwie wynika konstytucyjne prawo każdej osoby, przeciwko której prowadzone jest postępowanie karne, do nieskrępowanego kontaktu z obrońcą”. A w konsekwencji – spoglądając na problem tajemnicy obrończej nie z perspektywy obrońcy, lecz z perspektywy oskarżonego (podejznanego) korzystającego z pomocy prawnej – można w ślad za Trybunałem Konstytucyjnym wyrazić przekonanie, że „jedynym przepisem Konstytucji, na którym można oprzeć bezwzględny nakaz zachowania tajemnicy zawodowej przez przedstawiciela zawodu prawniczego jest art. 42 ust. 2, przewidujący prawo do obrony” (wyrok TK z 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03; zob. też wyrok TK z 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05, w którym stanowisko to uznano za przekonywające).

6. Nie ulega wątpliwości, że umożliwienie służbom zapoznania się w drodze kontroli operacyjnej z treściami objętymi tajemnicą obrończą stanowi poważną ingerencję w konstytucyjne i konwencyjne prawo do obrony. Jeżeli prawo to ma być realne i pozwalać na skuteczną ochronę interesów oskarżonego (podejznanego), to na poziomie ustawowym konieczne jest zagwarantowanie poufności jego kontaktów z obrońcą. Dostęp służb do przekazów informacji między oskarżonym (podejznanym) a jego obrońcą może zniweczyć prawo do obrony i to zarówno w wymiarze materialnym, jak i formalnym. Kontakt oskarżonego (podejznanego) ze swoim obrońcą służy przede wszystkim konstruowaniu jak najskuteczniejszej linii obrony. Warunkiem koniecznym jej powstania jest m.in. dysponowanie przez obrońcę pełną wiedzą na temat okoliczności relewantnych z perspektywy toczącego się postępowania karnego i jego wyniku. Jednym z podstawowych źródeł wiedzy o tych okolicznościach jest sam oskarżony (podejzany), który może ujawniać i w praktyce wielokrotnie ujawnia obrońcy to, czy dopuścił się zarzucanego mu czynu, jakie były tego powody, kto mu w tym pomagał, kto dysponuje informacjami o przestępstwie, gdzie znajdują się inne dowody jego popełnienia itp. O ile ujawnienie tych informacji obrońcy niewątpliwie służy przygotowaniu właściwej obrony, o tyle dowiedzenie się o nich przez osoby trzecie, w tym przez służby stosujące kontrolę operacyjną, w sposób oczywisty może uniemożliwić skuteczną obronę. Kontrola przekazów informacji między oskarżonym (podejznanym) a jego obrońcą może zatem doprowadzić do paradoksalnej sytuacji, w której to, co ma służyć obronie tego pierwszego (kontakt z obrońcą), zostanie w rzeczywistości wykorzystane przeciwko

niemu.

Nie należy również tracić z pola widzenia i tego, że obawa kontroli przekazów informacji między oskarżonym (podejrzany) a jego obrońcą może prowadzić do daleko idących utrudnień w zakresie konstruowania jak najskuteczniejszej linii obrony. Oskarżony (podejrzany) – mając świadomość, że przekazywane obrońcy informacje, w tym na temat dopuszczenia się przestępstwa, mogą być przechwycone przez służby i wykorzystane przeciwko niemu – może zrezygnować z ich przekazania obrońcy bądź też podać mu informacje nieprawdziwe. Taka sytuacja stanowi zaś będzie poważną przeszkodę w prawidłowym funkcjonowaniu obrony oskarżonego (podejrzanego).

Obawa kontroli przekazów informacji między oskarżonym (podejrzany) a jego obrońcą może także prowadzić do utraty zaufania oskarżonego (podejrzanego) do obrońcy, które leży u podstaw stosunku obrończego. Naruszenie fundamentu relacji łączącej oskarżonego (podejrzanego) ze swoim obrońcą w sposób oczywisty może uniemożliwić realizację przepisanych jej funkcji, ograniczając w ten sposób prawo do obrony. Należy przy tym pamiętać, że korzystanie z pomocy obrońcy ma swój wymiar „techniczny”, jak i psychologiczny. Ten pierwszy polega na tym, że „obrońca, jako osoba obeznana z prawem materialnym i procesowym, a także z praktyką w sprawach karnych, jest w stanie zdecydowanie skuteczniej niż sam oskarżony wykorzystać możliwości obrony, jakie stwarza obowiązujące prawo oraz przewidzieć konsekwencje podjęcia określonych czynności lub rezygnacji z ich podjęcia”. Z kolei wymiar psychologiczny „wiąże się z eliminacją poczucia bezradności i osamotnienia osoby, która staje pod zarzutem popełnienia czynu zagrożonego karą i wzmocnieniem wiary w korzystne zakończenie sprawy” (P. Hofmański/A. Wróbel [w:] *Konwencja...*, s. 434). O ile można sobie wyobrazić, że mimo braku zaufania oskarżonego (podejrzanego) do obrońcy, ten drugi jest w stanie udzielać mu mniej lub bardziej skutecznej pomocy w wymiarze „technicznym”, o tyle brak takiego zaufania w zasadzie pozbawia pomoc obrońcy wymiaru psychologicznego. To zaś istotnie upośledza prawo do obrony.

Z powyższego wynika, że niejawną ingerencja za pomocą kontroli operacyjnej w przekazy informacji między oskarżonym (podejrzany) a jego obrońcą rodzi poważne konsekwencje, jeśli idzie o prawo do obrony. Ingerencja taka może prowadzić nawet do całkowitego zniweczenia obrony oskarżonego (podejrzanego) i wykorzystania tego, co ma służyć jego obronie (kontakt z obrońcą), przeciwko

niemu. Te daleko idące skutki dopuszczenia do niejawnej ingerencji za pomocą kontroli operacyjnej w przekazy informacji między oskarżonym (podejrzany) a jego obrońcą, jakie godzą w prawo do obrony (zarówno w aspekcie materialnym, jak i formalnym), trudno usprawiedliwić koniecznością skutecznej realizacji zadań przez służby, którym przyznano kompetencję do stosowania kontroli operacyjnej. Oczywiście realizacja owych zadań, w tym zwłaszcza tych, jakie służą zapewnieniu bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego, co związane jest m.in. z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości, uprawnia ustawodawcę do wprowadzania ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnego i konwencyjnego prawa do obrony. Prawo to musi być jednak zapewnione przynajmniej w takim stopniu, aby nie przybrało ono postaci pozornej. Zarówno Trybunał Konstytucyjny, jak i ETPCz wymagają bowiem tego, żeby przyznane oskarżonemu (pokrzywdzonemu) uprawnienia w zakresie obrony były realne i efektywne, a nie iluzoryczne i abstrakcyjne (zob. np. wyroki TK z: 28 listopada 2007 r., sygn. akt K 39/07; 11 grudnia 2012 r., sygn. akt K 37/11; orzeczenie ETPCz z 27 listopada 2008 r. w sprawie Salduz przeciwko Turcji, skarga nr 36391/02). Skoro zatem niedopuszczalne jest kształtowanie iluzorycznego i abstrakcyjnego prawa do obrony, to tym bardziej trudno usprawiedliwić stan rzeczy, który ujawnia się w związku z ingerencją za pomocą kontroli operacyjnej w przekazy informacji między oskarżonym (podejrzany) a jego obrońcą, gdzie ograniczenie prawa do obrony prowadzi może do wykorzystania uprawnień obrończych przeciwko ich beneficjentowi.

7. Jak już była o tym mowa, wnioskodawca dostrzega, że w aktualnym stanie prawnym istnieją regulacje umożliwiające zniszczenie przez służby materiałów, które – ich zdaniem – nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub nie mają znaczenia dla toczącego się postępowania karnego. W ocenie PG regulacje te mogą znaleźć zastosowanie do informacji objętych zakazem dowodowym z art. 178 pkt 1 k.p.k.

Regulacje, o których tu mowa to: art. 19 ust. 17 ustawy o Policji („Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokołarnemu i komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów

zarządza organ Policji, który wnioskował o zarządzenie kontroli operacyjnej”), art. 9e ust. 18 ustawy o Straży Granicznej („Organ Straży Granicznej, który wnioskował o zarządzenie kontroli operacyjnej, dokonuje niezwłocznie po zakończeniu kontroli protokolarnego, komisyjnego zniszczenia zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemających znaczenia dla toczącego się postępowania karnego”), art. 36d ust. 3 ustawy o kontroli skarbowej („Materiały uzyskane w wyniku czynności podjętych na podstawie art. 36aa ust. 1, art. 36b ust. 1, art. 36c ust. 1 i 2 lub art. 36ca ust. 1, niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe albo niemające znaczenia dla postępowania kontrolnego, podlegają niezwłocznemu, komisijnemu i protokolarnemu zniszczeniu”), art. 31 ust. 18 ustawy o Żandarmerii Wojskowej („Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub niemające znaczenia dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza organ Żandarmerii Wojskowej, który wnioskował o zarządzenie kontroli operacyjnej”), art. 27 ust. 16 ustawy o ABW („Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie są istotne dla bezpieczeństwa państwa lub nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza Szef ABW”), art. 17 ust. 16 ustawy o CBA („Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza Szef CBA”), art. 31 ust. 15 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego („Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza Szef SKW”).

Znaczenie mają tu także art. 19 ust. 15b ustawy o Policji, art. 9e ust. 16b ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 1b ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 16b ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ust. 15b ustawy o ABW, art. 17 ust. 15b ustawy o CBA, art. 31 ust. 14b ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego.

Z przepisów tych wynika bowiem, że prokurator, w tym Prokurator Generalny, któremu przekazano materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej, podejmuje decyzję o zakresie i sposobie ich wykorzystania, przy czym stosuje się tu odpowiednio art. 238 § 3-5 oraz art. 239 k.p.k. Odpowiednio stosowany tu art. 238 k.p.k. stanowi: „Prokurator po zakończeniu kontroli wnosi o zarządzenie zniszczenia wszystkich utrwalonych zapisów, jeżeli w całości nie mają znaczenia dla postępowania karnego. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku niezwłocznie, na posiedzeniu bez udziału stron” (§ 3); „Po zakończeniu postępowania przygotowawczego prokurator wnosi o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów w części, w jakiej nie mają znaczenia dla postępowania karnego, w którym zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych, oraz nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 237a. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony” (§ 4); „Z wnioskiem o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów, nie wcześniej niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego, może wystąpić także osoba wymieniona w art. 237 § 4 [osoba podejrzana, oskarżony, pokrzywdzony, inna osoba, z którą może się kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub z grożącym przestępstwem – uwaga własna]. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony oraz wnioskodawca” (§ 5).

W ocenie wnioskodawcy przywołane regulacje nie konwalidują jednak kwestionowanego przez niego stanu prawnego. Sejm, podzielając to stanowisko, wyraża jeszcze dalej idące wątpliwości w tym zakresie, w tym co do możliwości wykorzystania przytoczonych przepisów do rozwiązania problemu konstytucyjnego podniesionego we wniosku PG.

Po pierwsze, istotne wątpliwości budzi taka interpretacja przepisów – które stanowią o zniszczeniu, zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego (art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, art. 9e ust. 18 ustawy o Straży Granicznej, art. 31 ust. 18 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, a także art. 238 § 3 i 4 k.p.k. w związku z: art. 19 ust. 15b ustawy o Policji, art. 9e ust. 16b ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 1b ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 16b ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ust. 15b ustawy o ABW, art. 17 ust. 15b ustawy o CBA, art. 31 ust. 14b ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego) – jaka prowadzi do objęcia

zakresem tych regulacji także informacji objętych zakazami dowodowymi. Jak bowiem podnosi P. Kardas, *de lege lata* nie została przewidziana taka podstawa zniszczenia utrwalonych zapisów, która wskazywałaby na konieczność usunięcia przekazów informacji objętych tajemnicą obrończą. Ustawodawca, wskazując zaś m.in. na informacje niemające znaczenia dla postępowania karnego, „zdaje się wiązać podstawę zniszczenia z zawartością treściową utrwalonych zapisów ocenianą z punktu widzenia zakresu dowodzenia wyznaczanego przez typ przestępstwa, w sprawie którego doszło do zarządzenia kontroli” (*Ochrona tajemnicy obrończej. Kilka uwag o dopuszczalności kontroli i utrwalania treści rozmów oraz przekazów informacji realizowanych przy użyciu środków technicznych pomiędzy obrońcą a mandantem*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 4, s. 33).

Po drugie, wśród przepisów przewidujących zniszczenie materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej istnieją też takie, które operują innymi przesłankami niż wskazane powyżej i które to przesłanki – jako nieodnoszące się już do postępowania karnego – nie pozwalają na łączenie ich z właściwymi dla owego postępowania zakazami dowodowymi. Tym samym na gruncie tych przepisów, a ściślej unormowanych w nich przesłanek zniszczenia materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, nie sposób wywodzić, że w ich zakres wchodzi także informacje objęte zakazami dowodowymi. Dotyczy to art. 36d ust. 3 ustawy o kontroli skarbowej, gdzie mowa o materiałach niemających znaczenia dla postępowania kontrolnego, oraz art. 17 ust. 16 ustawy o CBA i art. 31 ust. 15 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego mówiących o materiałach, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, co nie zostało ujęte z perspektywy sformalizowanego postępowania karnego. W szczególności zaś należy zwrócić uwagę na art. 27 ust. 16 ustawy o ABW, gdzie – oprócz materiałów, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa – wskazuje się na materiały, które nie są istotne dla bezpieczeństwa państwa. Ta ostatnia przesłanka zniszczenia materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej nie ma już żadnego związku z zakazami dowodowymi. Oczywiście jest bowiem, że także informacje objęte zakazami dowodowymi mogą być istotne dla bezpieczeństwa państwa, a więc wykazywać przydatność dla realizacji zadań Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Po trzecie, na co zasadnie zwraca uwagę PG, nawet gdyby doszło do zniszczenia materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, które zawierają

informacje objęte tajemnicą obrończą, to pozostanie to bez wpływu na fakt, że „dana służba, prokurator i sąd biorący udział w postępowaniu zmierzającym do zniszczenia tych materiałów pozostają w posiadaniu wiedzy odnośnie informacji objętych stosownymi tajemnicami” (zakazami dowodowymi). Tym samym służby, mimo zniszczenia materiałów zawierających informacje objęte zakazami dowodowymi, w dalszym ciągu będą dysponowały wiedzą pozyskaną wbrew owym zakazom, i wiedzę tę będą mogły wykorzystywać dla działań operacyjnych, w tym skierowanych przeciwko oskarżonemu (podejznanemu), którego kontakt z obrońcą został objęty kontrolą operacyjną. Rację ma więc PG, gdy stwierdza, że „informacji tych [objętych zakazem dowodowym – uwaga własna] nie można wykorzystać w charakterze dowodu w procesie karnym, tym niemniej uzyskana wiedza nie ulega wymazaniu z pamięci osób, które ją uzyskały [funkcjonariuszy służb, prokuratora lub sądu – uwaga własna], a co za tym idzie nie można wykluczyć faktycznego wykorzystania jej w inny niż procesowy sposób”.

8. O ile możliwość zniszczenia w omówionym powyżej trybie materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, które zawierają informacje objęte tajemnicą obrończą, budzi istotne wątpliwości, o tyle jako w pełni uprawnione jawi się stanowisko, iż materiały takie nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu karnym. Słusznie więc zauważa P. Kardas, że „*de lege lata* na płaszczyźnie procesowego wykorzystywania informacji uzyskanych w wyniku kontroli i utrwalania rozmów przepis art. 178 k.p.k. stanowi bezwzględną przeszkodę wykluczającą możliwość uznania tych materiałów za dowody w sprawie” (*Ochrona...*, s. 30).

Powyższą interpretację trudno jednak uznać za rozwiązanie optymalne z perspektywy konstytucyjnego i konwencyjnego standardu ochrony tajemnicy obrończej. Przypomnieć bowiem należy, że w polskim postępowaniu karnym nie przyjęto koncepcji „owoców z zatrutego drzewa”, a w konsekwencji nie ma przeszkód, aby informacje uzyskane wbrew zakazowi dowodowemu z art. 178 pkt 1 k.p.k. wykorzystywać dla uzyskania innych dowodów w zakresie faktów objętych tajemnicą obrończą. Nie ma również żadnych przeszkód, żeby korzystać z owych informacji w działaniach operacyjnych służb lub organów ścigania (zob. M. Kuźma [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 178, teza 5). Tak więc wyłączenie możliwości uznania za dowód w postępowaniu karnym materiałów zawierających informacje objęte tajemnicą obrończą nie stoi na przeszkodzie innemu wykorzystaniu tych

materiałów i informacji. Zatem oskarżony (podejrzany), którego poufny kontakt z obrońcą został objęty kontrolą operacyjną, może ponieść negatywne konsekwencje na skutek pozyskania przez służby treści tego kontaktu w drodze kontroli operacyjnej.

9. Wobec powyższego art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego jawią się jako niezgodne z art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz.

10. Należy jednak odnotować, że w doktrynie wykształcił się silnie reprezentowany kierunek interpretacyjny, który przy wykładni przepisów zezwalających *prima facie* na ingerencję w przekazy informacji między oskarżonym (podejrzany) a jego obrońcą, eksponuje istnienie bezwzględnego zakazu dowodowego odnoszącego się do tajemnicy obrończej i wyprowadza z niego zakaz wkraczania w poufność kontaktów oskarżonego (podejrzanego) ze swoim obrońcą.

Wskazany kierunek interpretacyjny prezentowany jest przede wszystkim na gruncie przepisów zawartych w rozdziale 26 k.p.k., regulujących kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych, a także – z mocy art. 241 k.p.k. – kontrolę i utrwalanie przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną. Zgodnie z otwierającym rozdział 26 k.p.k. art. 237 § 1 i 2, po wszczęciu postępowania, sąd na wniosek prokuratora może zarządzić kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych (a także – wobec brzmienia art. 241 k.p.k. – treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną) w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. Przy czym w wypadkach niecierpiących zwłoki kontrola i utrwalanie powyższych treści może być zarządzona przez prokuratora, który jest obowiązany zwrócić się w terminie 3 dni do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia. W razie jego niezatwierdzenia sąd zarządza zniszczenie wszystkich utrwalonych zapisów.

Jeżeli chodzi o zakres podmiotowy dopuszczalności kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych oraz innych rozmów lub przekazów informacji, w tym

korrespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, to został on określony w art. 237 § 4 k.p.k., zgodnie z którym: „Kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych [oraz treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną – uwaga własna] są dopuszczalne w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub z grożącym przestępstwem”. Takie brzmienie art. 237 § 4 k.p.k. *prima facie* upoważnia do stwierdzenia, że krąg osób, w stosunku do których możliwa jest kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych, a także innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, jest praktycznie nieograniczony (stanowisko takie zostało wyrażone przez niektórych przedstawicieli doktryny – zob. np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 237, nb. 14). Świadczy o tym przede wszystkim ten fragment art. 237 § 4 k.p.k., gdzie mowa jest o dopuszczalności kontroli i utrwalania treści rozmów i przekazów informacji w stosunku do osoby, z którą może się kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub z grożącym przestępstwem. Tym samym na pierwszy rzut oka nie ma żadnych przeszkód, aby kontrolować także obrońcę jako osobę, z którą może się kontaktować oskarżony.

Wobec powyższej propozycji interpretacyjnej liczni przedstawiciele doktryny wysunęli jednak zarzut, iż prowadzi ona do obejścia bezwzględnego zakazu dowodowego z art. 178 pkt 1 k.p.k. dotyczącego obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. W konsekwencji przyjęli oni, że z kręgu osób, wobec których dopuszczalna jest kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych, a także innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, wyłączony jest obrońca. Tym samym niedopuszczalna jest kontrola i utrwalanie jego rozmów i przekazów informacji. Wydaje się przy tym, że obecnie taki nurt wykładniczy zdecydowanie dominuje w piśmiennictwie (jego reprezentantami są m.in. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, s. 610; G. Musialik, *Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku*, „Palestra” 1998, nr 11-12, s. 92-93; R.A. Stefański [w:] *Kodeks...*, s. 1020; J. Skorupka [w:] *Kodeks postępowania karnego – komentarz OnLine (Legalis)*, red. J. Skorupka, wyd. 9/2013, komentarz do art. 237, teza 33). Znalazł on także

odbicie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w postanowieniu z 26 października 2011 r. (sygn. akt I KZP 12/11) przyjął, że tajemnica obrończa, obejmująca „wszelkie informacje istotne dla obrony oskarżonego, uzyskane przez adwokata działającego w charakterze obrońcy”, podlega „pełnej ochronie” w postępowaniu karnym. Oznacza to – zdaniem Sądu Najwyższego – że „wiedza obrońcy dotycząca sprawy jest tajemnicą dla organów prowadzących postępowanie karne” i „dysponuje nią sam obrońca, w porozumieniu z oskarżonym i na jego korzyść”. W konsekwencji „organy procesowe nie są uprawnione do uzyskiwania tej wiedzy od obrońcy środkami przewidzianymi w procedurze karnej”, co wyraża się w obowiązaniu bezwzględnego zakazu dowodowego z art. 178 pkt 1 k.p.k. W związku z tym Sąd Najwyższy kategorię stwierdził: „Obrońca jest też oczywiście poza kręgiem osób, wobec których dopuszcza się kontrolę i utrwalanie rozmów (art. 237 § 4 k.p.k.)”.

11. Powyższe stanowisko, iż z kręgu osób, wobec których dopuszczalna jest kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych, a także innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, wyłączony jest obrońca, a tym samym niedopuszczalna jest kontrola i utrwalanie jego rozmów i przekazów informacji, z płaszczyzny procesowej z powodzeniem może zostać przeniesione także na płaszczyznę pozaprocesową. Uznaje się bowiem, że bezwzględna ochrona tajemnicy obrończej wpływa nie tylko na sposób interpretacji przepisów zamieszczonych w rozdziale 26 k.p.k., ale również na ustalanie zakresu dopuszczalności stosowania kontroli operacyjnej (pozaprocesowej). Na gruncie ustawy o Policji i w odniesieniu do unormowanej tam kontroli operacyjnej stwierdza się, że brak wymogu „respektowania zakazów dowodowych o charakterze bezwzględnym mógłby prowadzić – przez posłużenie się podsłuchem pozaprocesowym – do pozyskiwania pełnowartościowych dowodów z obejściem przepisów kodeksu postępowania karnego, mających charakter gwarancyjny” (G. Musialik-Dudzińska, *Podsłuch pozaprocesowy (operacyjny) na gruncie znowelizowanej ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 4, s. 62). Powołuje się przy tym na opracowaną w doktrynie koncepcję „wydłużonego działania” prawa karnego procesowego i jego emanację na sferę przedprocesową. Koncepcja ta opiera się na założeniu, iż „ustanowienie proceduralnych gwarancji, ograniczających obowiązki dostarczania organom procesowym informacji, powoduje, że również w ramach czynności operacyjno-

rozpoznawczych nie można czynić tego, na co te gwarancje nie pozwalają”. Przy czym ów „kategoryczny zakaz pewnych czynności operacyjnych dotyczy jednak wyłącznie takich zakresów informacji, które w prawie karnym procesowym objęte są zakazami dowodowymi bezwzględnyymi” (G. Musiałik-Dudzińska, *Podstuch...*, s. 62). A z takim zakazem dowodowym mamy do czynienia, o czym była już mowa, w art. 178 pkt 1 k.p.k.

Powyższy sposób interpretacji przepisów regulujących kontrolę operacyjną, zbieżny z tym, jak wykładane są przepisy zawarte w rozdziale 26 k.p.k., nie może dziwić. Uzasadnienie szczególnej ochrony przekazów informacji między oskarżonym (podejrzany) a jego obrońcą jest bowiem takie samo w wypadku tzw. podsłuchu procesowego (kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych i innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, unormowanych w rozdziale 26 k.p.k.), jak i w wypadku tzw. podsłuchu pozaprocesowego (kontroli operacyjnej). W obu tych sytuacjach może bowiem dojść do obejścia bezwzględnego zakazu dowodowego z art. 178 pkt 1 k.p.k. dotyczącego obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. Dostrzega to P. Kardas, kiedy wywodzi: „(...) przepisy określające zakazy dowodowe mają charakter szczególny w tym sensie, iż określają w sposób generalny w odniesieniu do całości regulacji zawartej w Kodeksie postępowania karnego oraz w ustawach szczególnych [np. ustawie o Policji, ustawie o ABW, ustawie o CBA – uwaga własna] przesłanki i warunki przeprowadzenia określonych czynności procesowych, w tym przesłanki przeprowadzania czynności kontroli i utrwalania rozmów (...). Stanowisko to wydaje się uzasadnione, bowiem przyjęcie poglądu przeciwnego skutkowałoby brakiem przeszkód do przeprowadzenia dowodów dotyczących okoliczności objętych zakazem dowodowym” (*Ochrona...*, s. 29).

12. Przedstawiony powyżej nurt interpretacyjny, który zapewnia właściwą ochronę tajemnicy obrończej, odpowiadającą standardowi wynikającemu z art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz, uświadamia, że wątpliwości PG co do zgodności kwestionowanych przepisów ze wskazanymi wzorcami z powodzeniem mogą być usunięte w drodze wykładni. Przy czym owa wykładnia, jak wskazano, znajduje silne wsparcie w doktrynie i jest uwzględniana przez Sąd Najwyższy. Wymaga jednocześnie podkreślenia, że wykładnia ta – jako prokonstytucyjna – zasługuje na afirmację ze strony Trybunału Konstytucyjnego.

Mając na uwadze powyższe Sejm wnosi o wydanie przez Trybunał Konstytucyjny wyroku interpretacyjnego, w którym kwestionowane przepisy zostałyby uznane za zgodne z art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz przy określonym sposobie ich rozumienia, wynikającym z zastosowania wykładni w zgodzie z Konstytucją. Należy przy tym podkreślić, że „Trybunał Konstytucyjny (a także inne organy władzy sądowniczej) powinny w pierwszym rzędzie wykorzystać technikę wykładni ustawy w zgodzie z Konstytucją, tak aby wyeliminować nieprawidłowości jej stosowania i narzucić organom władzy publicznej właściwe rozumienie przepisów ustawy” (wyrok TK z 20 lipca 2004 r., sygn. akt SK 19/02).

Sejm wnosi więc o stwierdzenie, że art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, rozumiane w ten sposób, że przekazy informacji między oskarżonym (podejrzany) a jego obrońcą są wyłączone z kontroli operacyjnej, **są zgodne** z art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz.

Konsekwencją orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny we wskazany powyżej sposób będzie stwierdzenie zgodności kwestionowanych przepisów z art. 42 ust. 2 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz tylko przy przyjęciu wskazanego sposobu ich rozumienia. Takie orzeczenie, stwierdzające konstytucyjność i zgodność z EKPCz określonego sposobu rozumienia kwestionowanych przepisów, wskazywałoby jednocześnie, że inne ich rozumienie, a więc dopuszczające objęcie kontrolą operacyjną przekazów informacji między oskarżonym (podejrzany) a jego obrońcą, na walor konstytucyjności i zgodności z EKPCz nie zasługuje.

13. Odnosząc się do kolejnego, poddającego się kontroli merytorycznej, zarzutu wnioskodawcy, iż art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego „z powodu pominięcia w zakwestionowanych przepisach wyłączenia z poddania kontroli operacyjnej przekazów informacji mogących zawierać dane objęte tajemnicą dziennikarską, godzą w konwencyjnie chronione prawo do tajemnicy dziennikarskiej”, a tym samym są niezgodne z art. 10 ust. 1 EKPCz, w pierwszej kolejności zarzut ten należy doprecyzować z uwzględnieniem jego uzasadnienia przedstawionego przez PG. Aby to uczynić, najpierw wypada

zauważyć, że *de lege lata* zakres przedmiotowy tajemnicy dziennikarskiej został ujęty stosunkowo szeroko. Mianowicie, jak stanowi art. 15 Prawa prasowego, tajemnica ta obejmuje: 1) przysługujące autorowi materiału prasowego prawo do zachowania w tajemnicy swego nazwiska (ust. 1); 2) dotyczący dziennikarza i innych osób zatrudnionych w redakcjach, wydawnictwach prasowych oraz innych prasowych jednostkach organizacyjnych, obowiązek zachowania w tajemnicy danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych (ust. 2 pkt 1); 3) dotyczący dziennikarza i innych osób zatrudnionych w redakcjach, wydawnictwach prasowych oraz innych prasowych jednostkach organizacyjnych, obowiązek zachowania w tajemnicy wszelkich informacji, których ujawnienie mogłoby naruszać chronione prawem interesy osób trzecich (ust. 2 pkt 2).

Uzasadnienie wniosku PG nie pozostawia jednak wątpliwości, że przedmiotem jego zastrzeżeń nie jest ingerencja za pomocą kontroli operacyjnej w tajemnicę dziennikarską w całym jej zakresie. Wnioskodawca przedstawia bowiem argumentację, mającą przemawiać za niezgodnością kwestionowanych przepisów z art. 10 ust. 1 EKPCz, tylko w odniesieniu do ochrony dziennikarskich źródeł informacyjnych, która to ochrona może ucierpieć w wypadku niejawniej kontroli operacyjnej, kiedy to może dojść do ujawnienia tożsamości osobowego źródła informacji. To zaś – w ocenie PG – uderza w wolność prasy i jej właściwą rolę w społeczeństwie demokratycznym. Zatem, jak widać, zarzuty wnioskodawcy odnoszą się tylko do pewnego wycinka tajemnicy dziennikarskiej, jakim jest tajność dziennikarskich źródeł informacyjnych.

14. W świetle powyższego należy zwrócić uwagę, że ochrona tajemnicy dziennikarskiej w postępowaniu karnym nie została unormowana w sposób jednolity w odniesieniu do całego jej zakresu. Otóż co do zasady ochrona ta polega na ustanowieniu w art. 180 § 2 k.p.k. względnego zakazu dowodowego. Z przepisu tego wynika bowiem, że osoby obowiązane do zachowania tajemnicy dziennikarskiej „mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”. Zatem z tajemnicy dziennikarskiej można zwolnić

(czyni to sąd) w razie ziszczenia się dwóch przesłanek: 1) jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości; 2) dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu.

Jednocześnie z tak chronionej tajemnicy dziennikarskiej wyodrębniono pewien jej wycinek i udzielono jej w tym zakresie silniejszej ochrony niż tylko względny zakaz dowodowy. Uczyniono to z mocy art. 180 § 3 k.p.k., który stanowi: „Zwolnienie dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy nie może dotyczyć danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych”. Przepisu tego – jak stanowi art. 180 § 4 k.p.k. – nie stosuje się jednak, jeżeli informacja dotyczy przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k. („Kto, mając wiarygodną wiadomość o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego określonego w art. 118, 118a, 120-124, 127, 128, 130, 134, 140, 148, 163, 166, 189, 252 lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym, nie zawiadamia niezwłocznie organu powołanego do ścigania przestępstw, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”).

Tak unormowany zakaz dowodowy z art. 180 § 3 k.p.k., odnoszący się m.in. do dziennikarskich źródeł informacyjnych (jeżeli doszło do zastrzeżenia ich nieujawniania), jest już zakazem bezwzględny (zob. np. K.T. Boratyńska [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 180, nb. 12; T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 473; M. Kuźma [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 180, tezy 1 i 12; J. Sobczak, *Granice prawne tajemnicy dziennikarskiej*, „Ius Novum” 2007, nr 1, s. 54; uchwała SN z 22 listopada 2002 r., sygn. akt I KZP 26/02), choć dopuszczającym wyjątek opisany w art. 180 § 4 k.k. Tym samym tajemnicy dziennikarskiej w zakresie, w jakim odnosi się ona do utajnionych dziennikarskich źródeł informacyjnych, ustawodawca udzielił zbliżonej ochrony jak tajemnicy obrończej. W obu tych wypadkach mamy bowiem do czynienia z bezwzględnym zakazem dowodowym.

W doktrynie prawa karnego procesowego podnosi się, że szczególna ochrona tajemnicy dziennikarskiej wynika z tego, iż ingerencja w nią jest niezwykle groźna dla realizacji prawa do informacji zagwarantowanego m.in. w art. 10 EKPCz. Podkreśla się przy tym, że regulacja z art. 180 § 3 k.p.k. świadczy o tym, iż: „Ustawodawca uznał, że dobro wymiaru sprawiedliwości nie może w tym zakresie niweczyć dobrodziejstwa, jakie stanowi wolność mediów będąca elementarnym warunkiem

prawa do informacji” (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 180, nb. 15 i 16).

15. Jak już była o tym mowa, żaden przepis ustawy o Policji, ustawy o Straży Granicznej, ustawy o kontroli skarbowej, ustawy o Żandarmerii Wojskowej, ustawy o ABW, ustawy o CBA i ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego nie reguluje *expressis verbis* zagadnienia ochrony dziennikarskich źródeł informacyjnych. W szczególności w ustawach tych nie wyrażono wprost zakazu prowadzenia kontroli operacyjnej w zakresie, w jakim może ona ujawniać informacje objęte tajemnicą dziennikarską. Przywołane ustawy nie zawierają także odnoszącego się do kontroli operacyjnej wyłączenia podmiotowego, które dotyczyłoby dziennikarzy. *Prima facie* uzasadnia to wniosek, że w trybie kontroli operacyjnej dopuszczalna jest ingerencja służb w dziennikarskie przekazy informacji, w tym dotyczące osobowych źródeł informacyjnych.

16. Problem konstytucyjny, jaki ujawnia się w związku z ingerencją służb w dziennikarskie przekazy informacji, w tym dotyczące osobowych źródeł informacyjnych, nie polega na samej dopuszczalności takiej ingerencji. W świetle art. 10 ust. 2 EKPCz nie ulega bowiem wątpliwości, że ingerencja taka jest dopuszczalna, o ile przewiduje ją ustawa i gdy jest ona niezbędna w społeczeństwie demokratycznym dla zapewnienia interesu bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na m.in. konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu.

Wątpliwości co do zgodności kwestionowanych przepisów z art. 10 ust. 1 EKPCz dotyczą natomiast takiego sposobu unormowania kontroli operacyjnej, który – w odróżnieniu od omówionych wcześniej przepisów kodeksu postępowania karnego – nie przewiduje wprost żadnych limitacji dotyczących ingerencji służb w tajemnicę dziennikarską. W konsekwencji ingerencja ta może prowadzić do zapoznawania się przez służby, na tych samych zasadach, z informacjami należącymi do różnych sfer tajemnicy dziennikarskiej, w tym z tożsamością osobowych źródeł informacyjnych.

Taka, stosunkowo łatwa, ingerencja w tajemnicę dziennikarską obejmującą osobowe źródła informacyjne może prowadzić do poważnego upośledzenia pozycji prasy i innych środków masowego przekazu, którym w orzecznictwie ETPCz

przypisuje się – jak już była o tym mowa – szczególną rolę, jaką jest rola „publicznego strażnika” (*public watchdog*) demokracji i pluralizmu. Pominięcie w kwestionowanych przepisach zagadnienia ochrony źródeł informacyjnych, która to ochrona wymagana jest przez art. 10 ust. 1 EKPCz, będący podstawą rekonstruowania – wskazywanego już – przywileju ochrony źródeł informacyjnych (polega on na tym, że władze nie mogą żądać ujawnienia osób, których informacje zostają wykorzystane w wypowiedzi prasowej), nakazuje podać w wątpliwość ich zgodność ze standardem konwencyjnym. Nie sposób przy tym – w ślad za ETPCz (zob. np. orzeczenia ETPCz z: 27 marca 1996 r. w sprawie Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 17488/90; 22 listopada 2007 r. w sprawie Voskuil przeciwko Holandii, skarga nr 64752/01; 14 września 2010 r. w sprawie Sanoma Uitgevers B.V. przeciwko Holandii, skarga nr 38224/03) – nie podkreślić, że brak szczególnej ochrony źródeł informacyjnych prowadzić może do utraty zaufania informatorów do dziennikarzy, a także do obawy przed nawiązywaniem i utrzymywaniem takiej współpracy. Informator – mając świadomość, że przekazywane dziennikarzowi wiadomości mogą być przechwycone przez służby i wykorzystane przeciwko niemu – może zrezygnować z ich przekazania dziennikarzowi bądź też nawet podać mu informacje nieprawdziwe. Taka sytuacja stanowić zaś będzie poważną przeszkodę w prawidłowym funkcjonowaniu prasy i innych środków masowego przekazu. Jeżeli zatem wolność prasy i jej rola w kontekście art. 10 ust. 1 EKPCz (zwłaszcza jako „publicznego strażnika”) mają być w pełni realne, to na poziomie ustawowym konieczne jest zagwarantowanie poufności kontaktów dziennikarzy z osobowymi źródłami informacyjnymi.

Dopuszczając zaś ingerencję w gwarantowany przez art. 10 ust. 1 EKPCz przywilej ochrony źródeł informacyjnych trzeba pamiętać, że – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETPCz (zob. np. orzeczenia ETPCz z: 27 marca 1996 r. w sprawie Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 17488/90; 25 lutego 2003 r. w sprawie Roemen i Schmit przeciwko Luksemburgowi, skarga nr 51772/99) – ingerencja taka musi być uzasadniona szczególnymi okolicznościami, a w szczególności ważnym i przeważającym interesem publicznym.

17. Jak już była o tym mowa, PG także w odniesieniu do tajemnicy dziennikarskiej podnosi, że kwestionowanego stanu prawnego nie konwaliduje możliwość zniszczenia przez służby tych materiałów uzyskanych w wyniku kontroli

operacyjnej, które nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub nie mają znaczenia dla toczącego się postępowania karnego, co obejmuje m.in. informacje objęte dziennikarskimi zakazami dowodowymi. Sejm, podzielając to stanowisko – z analogicznych powodów, jakie już zostały przedstawione w odniesieniu do tajemnicy obrończej – wyraża jednak jeszcze dalej idące wątpliwości w tym zakresie, w tym co do możliwości wykorzystania przepisów przewidujących zniszczenie materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej do rozwiązania problemu konstytucyjnego podniesionego we wniosku PG.

Po pierwsze, istotne wątpliwości budzi taka interpretacja przepisów – które stanowią o zniszczeniu, zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego (przepisy te zostały już przedstawione w rozważaniach poświęconych tajemnicy obrończej) – jaka prowadzi do objęcia zakresem tych regulacji także informacji objętych dziennikarskimi zakazami dowodowymi. *De lege lata* nie została przewidziana taka podstawa zniszczenia utwalonych zapisów, która wskazywałaby na konieczność usunięcia przekazów informacji objętych tajemnicą dziennikarską. Ustawodawca, wskazując zaś m.in. na informacje niemające znaczenia dla postępowania karnego, „zdaje się wiązać podstawę zniszczenia z zawartością treściową utwalonych zapisów ocenianą z punktu widzenia zakresu dowodzenia wyznaczanego przez typ przestępstwa, w sprawie którego doszło do zarządzenia kontroli” (P. Kardas, *Ochrona...*, s. 33).

Po drugie, wśród przepisów przewidujących zniszczenie materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej istnieją też takie, które operują innymi przesłankami niż wskazane powyżej i które to przesłanki – jako nieodnoszące się już do postępowania karnego – nie pozwalają na łączenie ich z właściwymi dla owego postępowania zakazami dowodowymi. Tym samym na gruncie tych przepisów, a ściśle – unormowanych w nich przesłanek zniszczenia materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, nie sposób wywodzić, że w ich zakres wchodzi także informacje objęte zakazami dowodowymi (zob. omówione już w tym zakresie art. 36d ust. 3 ustawy o kontroli skarbowej, art. 17 ust. 16 ustawy o CBA, art. 31 ust. 15 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i art. 27 ust. 16 ustawy o ABW).

Po trzecie, na co zasadnie zwraca uwagę PG, nawet gdyby doszło do

zniszczenia materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, które zawierają dane o osobowym źródle informacji dziennikarskiej, to nie zmieni to tego, że „dana służba, prokurator i sąd biorący udział w postępowaniu zmierzającym do zniszczenia tych materiałów pozostają w posiadaniu wiedzy odnośnie osoby informatora”. Tym samym służby, mimo zniszczenia materiałów zawierających informacje objęte zakazami dowodowymi, w dalszym ciągu będą dysponowały wiedzą pozyskaną wbrew owym zakazom, i wiedzę tę będą mogły wykorzystywać dla działań operacyjnych, w tym skierowanych przeciwko informatorowi, którego kontakt z dziennikarzem został objęty kontrolą operacyjną. Rację ma więc PG, gdy stwierdza, że „informacji tych nie można wykorzystać w charakterze dowodu w procesie karnym, tym niemniej uzyskana wiedza nie ulega wymazaniu z pamięci funkcjonariuszy danej służby, prokuratora lub sądu, a co za tym idzie i w tym przypadku nie można wykluczyć faktycznego wykorzystania jej w inny niż procesowy sposób”.

18. O ile możliwość zniszczenia w omówionym powyżej trybie materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, które zawierają objęte tajemnicą dziennikarską informacje o osobowych źródłach informacyjnych, budzi istotne wątpliwości, o tyle jako w pełni uprawnione jawi się stanowisko, iż materiały takie – co do zasady – nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu karnym. Jak już bowiem była o tym mowa, w art. 180 § 3 k.p.k. unormowano bezwzględny zakaz dowodowy, odnoszący się m.in. do dziennikarskich źródeł informacyjnych. Zatem, na tej samej zasadzie jak ma to miejsce w odniesieniu do bezwzględnego zakazu dowodowego z art. 178 pkt 1 k.p.k., przepis art. 180 § 3 k.p.k. stanowi bezwzględną przeszkodę, wykluczającą możliwość uznania za dowody materiałów zawierających informacje o osobowych źródłach informacyjnych, pozyskanych w drodze kontroli operacyjnej. W odróżnieniu jednak od zakazu dowodowego z art. 178 pkt 1 k.p.k., w wypadku art. 180 § 3 k.p.k. dopuszczalne są dwa wyjątki w tym zakresie. Po pierwsze, zakaz dowodowy z art. 180 § 3 k.p.k. nie aktualizuje się, jeżeli nie doszło do zastrzeżenia nieujawniania danych. Przepis ten stanowi bowiem *expressis verbis*, że zwolnienie dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy nie może dotyczyć danych umożliwiających „identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych”. Po drugie zaś, zgodnie z art. 180 § 4 k.p.k., przepisu art. 180

§ 3 k.p.k. nie stosuje się, jeżeli informacja dotyczy przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k. (zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 223, która stwierdza: „Jako niedopuszczalne jednak należałoby potraktować procesowe wykorzystanie pozyskanych w ramach kontroli operacyjnej lub podsłuchu procesowego nagrań rozmów dziennikarza pozwalających na identyfikację autora materiału prasowego lub identyfikację osoby udzielającej dziennikarzowi informacji do opublikowanego lub przekazanego do publikacji materiału, w przypadku gdy zastrzegli oni nieujawnienie swoich danych, a równocześnie informacje te nie dotyczą przestępstw, o których mowa w art. 240 § 1 k.k. [arg. ex. art. 180 § 3 i 4]”; zob. też Z. Brodzisz, *Zakazy dowodowe związane z ochroną tajemnicy dziennikarskiej w polskiej i niemieckiej procedurze karnej*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 5, s. 137).

Przyjęcie, że art. 180 § 3 k.p.k. stanowi przeszkodę wykluczającą możliwość uznania za dowody materiałów zawierających informacje o osobowych źródłach informacyjnych, pozyskanych w drodze kontroli operacyjnej, nie jest jednak rozwiązaniem w pełni gwarancyjnym. Jak już bowiem była o tym mowa, w polskim postępowaniu karnym nie przyjęto koncepcji „owoców z zatrutego drzewa”, a w konsekwencji nie ma przeszkód, aby informacje uzyskane wbrew zakazowi dowodowemu z art. 180 § 3 k.p.k. wykorzystywać dla uzyskania innych dowodów. Nie ma również żadnych przeszkód, żeby korzystać z owych informacji w działaniach operacyjnych służb lub organów ścigania. Tak więc wyłączenie możliwości uznania za dowód w postępowaniu karnym materiałów zawierających informacje o dziennikarskich źródłach informacyjnych, nie stoi na przeszkodzie innemu wykorzystaniu tych materiałów i informacji. Taki stan rzeczy dostrzegany jest przez PG, który podnosi: „Wobec raz zidentyfikowanej osoby można podejmować tak procesowe, jak i nieprocesowe czynności i brak możliwości procesowego wykorzystania danych pochodzących z podsłuchu nie stanowi już bariery dla podejmowania takich działań”. Zatem informator, którego poufny kontakt z dziennikarzem został objęty kontrolą operacyjną, może ponieść negatywne konsekwencje na skutek pozyskania przez służby treści tego kontaktu w drodze kontroli operacyjnej.

19. Wobec powyższego art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii

Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, z uwagi na pominięcie w nich należnej – w świetle art. 10 ust. 1 EKPCz – ochrony dziennikarskich źródeł informacyjnych, jawią się jako sprzeczne z tym unormowaniem konwencyjnym.

20. Należy jednak mieć na uwadze, że – na tej samej zasadzie, jak ma to miejsce w odniesieniu do tajemnicy obrończej – także tu w pełni uprawniona staje się taka wykładnia, która przy ustalaniu treści przepisów zezwalających na ingerencję w dziennikarskie przekazy informacji, eksponuje istnienie bezwzględnego zakazu dowodowego odnoszącego się do tajemnicy obejmującej informacje o dziennikarskich źródłach informacyjnych i wyprowadza z niego zakaz wkraczania w poufność kontaktów dziennikarza w tym zakresie. Brak takiego zakazu prowadziłby bowiem do obejścia bezwzględnego zakazu dowodowego z art. 180 § 3 k.p.k. (zob. Z. Brodzisz, *Zakazy...*, s. 137-138, który w odniesieniu do m.in. kontroli rozmów przedstawicieli mediów stwierdza: „Uzasadnieniem i z góry zamierzonym celem tych czynności nie może być jednak ustalenie danych dotyczących autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również identyfikacja osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, gdyż wówczas także samo przeprowadzanie dowodu, a nie tylko jego wykorzystanie, uznać należałoby za niedopuszczalne”, za wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 180 § 4 k.p.k.).

Wskazane podejście do wykładni kwestionowanych przepisów upoważnia do przyjęcia, że nie jest dopuszczalna kontrola operacyjna dziennikarskich przekazów informacji w zakresie, w jakim pozwala ona na identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych, chyba że informacja dotyczy przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k. Wymaga podkreślenia, że tylko taki sposób interpretacji art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego jest spójny systemowo z art. 180 § 3 k.p.k. statuującym bezwzględny zakaz dowodowy i nie pozwala na obchodzenie tego zakazu.

Z powyższego wynika jednocześnie, że kontrola operacyjna dziennikarskich przekazów informacji w zakresie, w jakim pozwala ona na identyfikację osób

udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jest dopuszczalna, ale tylko w dwóch następujących wypadkach. Po pierwsze, jeżeli osoby te nie zastrzegły nieujawniania danych. Po drugie, jeżeli informacja dotyczy przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k. Oba te wypadki są w pełni uzasadnione i brak podstaw, aby odmawiać im legitymacji konstytucyjnej bądź też konwencyjnej.

Gdy idzie o pierwszy z nich, to jest on związany z autonomią jednostki w zakresie dysponowania informacjami o sobie. W tym wypadku zasadnie przyjmuje się, że nie ma żadnych powodów, aby chronić tożsamość informatora, jeżeli on sam nie jest tą ochroną zainteresowany. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że ETPCz stoi na stanowisku, że słabszej ochronie mogą podlegać te materiały dziennikarskie, które zostały uzyskane bez zapewnienia informatora o ochronie jego osoby (zob. L. Garlicki [w:] *Konwencja...*, s. 614 oraz przywołane tam orzeczenia ETPCz).

Gdy zaś idzie o drugi wypadek dopuszczalności kontroli operacyjnej dziennikarskich przekazów informacji w zakresie, w jakim pozwala ona na identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, to jest on uzasadniony potrzebą efektywnego ścigania najpoważniejszych przestępstw (w doktrynie stwierdza się, że: „*Ratio legis* tego rozwiązania sprowadza się do tego, aby przy najcięższych przestępstwach uzyskać ze strony dziennikarza pełne dane” – J. Sobczak, *Granice...*, s. 55). Przepis art. 240 § 1 k.k. dotyczy bowiem obowiązku denuncjacji takich przestępstw, jak np. ludobójstwo (eksterminacja), stosowanie środków masowej zagłady, zamach stanu, szpiegostwo, zabójstwo, wzięcie lub przetrzymywanie zakładnika oraz przestępstw o charakterze terrorystycznym.

21. Przedstawiona powyżej propozycja interpretacyjna, która zapewnia właściwą ochronę dziennikarskich źródeł informacyjnych, odpowiadającą standardowi wynikającemu z art. 10 ust. 1 EKPCz, uświadamia, że wątpliwości PG co do zgodności kwestionowanych przepisów ze wskazanym wzorcem z powodzeniem mogą być usunięte w drodze wykładni. Wymaga przy tym podkreślenia, że wykładnia ta – jako prokonstytucyjna i prokonwencyjna – zasługuje na afirmację ze strony Trybunału Konstytucyjnego.

Mając na uwadze powyższe Sejm wnosi o wydanie przez Trybunał Konstytucyjny wyroku interpretacyjnego, w którym kwestionowane przepisy zostałyby

uznane za zgodne z art. 10 ust. 1 EKPCz przy określonym sposobie ich rozumienia, wynikającym z zastosowania wykładni w zgodzie z Konstytucją i EKPCz. Należy przy tym podkreślić, że – o czym była już mowa – „Trybunał Konstytucyjny (a także inne organy władzy sądowniczej) powinny w pierwszym rzędzie wykorzystać technikę wykładni ustawy w zgodzie z Konstytucją, tak aby wyeliminować nieprawidłowości jej stosowania i narzucić organom władzy publicznej właściwe rozumienie przepisów ustawy” (wyrok TK z 20 lipca 2004 r., sygn. akt SK 19/02).

Sejm wnosi więc o stwierdzenie, że art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, rozumiane w ten sposób, że nie jest dopuszczalna kontrola operacyjna dziennikarskich przekazów informacji w zakresie, w jakim pozwala ona na identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych, chyba że informacja dotyczy przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k., **są zgodne** z art. 10 ust. 1 EKPCz.

Konsekwencją orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny we wskazany powyżej sposób będzie stwierdzenie zgodności kwestionowanych przepisów z art. 10 ust. 1 EKPCz tylko przy przyjęciu wskazanego sposobu ich rozumienia. Takie orzeczenie wskazywałoby jednocześnie, że inne rozumienie art. 19 ustawy o Policji, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA i art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, a więc dopuszczające kontrolę operacyjną dziennikarskich przekazów informacji w zakresie, w jakim pozwala ona na identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych, a informacja nie dotyczy przestępstwa, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k., na walor zgodności z art. 10 ust. 1 EKPCz nie zasługuje.

MARSZAŁEK SEJMU



Ewa Kopacz