



**BIELAŃSKI
i Wspólnicy**

adwokaci
radca wle prawni

ul. Chłopickiego 18/1
31-525 Kraków

tel. + 48 12 412 05 16
fax + 48 12 412 06 17

www.bielanski.com.pl
kancelaria@kombi.pl

Maciej Burda, adwokat
Krzysztof Bieleński, radca prawny
Joanna Składkowska, adwokat

Kraków, dnia 4 marca 2009 r.

oCpis

**Trybunał Konstytucyjny w
Warszawie**

Skarżący:

K **P** zam.
ul. , działający z
pełnomocnikiem, adwokatem Maciejem Burdą,
ul. Chłopickiego 18/1, 31-525 Kraków

SKARGA KONSTYTUCYJNA

Imieniem skarżącego, jako jego pełnomocnik, wnoszę o:

1. Stwierdzenie, że art. 19 ustawy o policji z dnia jest niezgodny z art. 42 ust. 2 oraz art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji RP w zakresie w jakim przepis ten umożliwia gromadzenie i dołączenie do akt postępowania karnego materiałów kontroli operacyjnej dokumentujących kontakty oskarżonego z obrońcą, jak również nie zawiera obowiązku zniszczenia takich materiałów, oraz nie przewiduje procedury umożliwiającej skuteczne żądanie zniszczenia takich materiałów.

2. Zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego zgodnie ze stosownymi przepisami.

UZASADNIENIE

[uwagi wstępne]

Skarżący rozmawiał z piszącym te słowa przez telefon. Skarżący był podejrzanym, zaś piszący te słowa jego obrońcą. Treść rozmów została utrwalona w formie komunikatów, względnie stenogramów i znalazła się w aktach sprawy. Sąd nie uwzględnił wniosku o zniszczenie materiałów z kontroli operacyjnej w zakresie dotyczącym rozmów pomiędzy skarżącym, a jego obrońcą. Rozmowy dotyczą prowadzonego postępowania, strategii procesowej. Pozyskane materiały nie mogą być ujawnione w procesie na zasadzie art. 393 par. 1 kpk w zw. z art. 19 ust. 15 ustawy o policji, z uwagi na treść art. 178 kpk. Ich rola sprowadza się do zalegania w aktach sprawy.

W skardze kwestionowana jest zgodność art. 19 ustawy o policji z art. 42 ust. 2 oraz art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji RP w zakresie w jakim przepis ten umożliwia gromadzenie materiałów kontroli operacyjnej dokumentujących kontakty oskarżonego z obrońcą, jak również nie zawiera obowiązku zniszczenia takich materiałów, oraz nie przewiduje procedury umożliwiającej skuteczne żądanie zniszczenia takich materiałów

Poniżej dokonano mniej lub bardziej udanej próby zdekodowania norm konstytucyjnych i wykazania, że kwestionowany przepis narusza wzorzec w sposób niemożliwy do zaakceptowania w demokratycznym państwie prawa. Jeśli wywody te nie osiągnęły poziomu satysfakcjonującego sąd prawa jakim jest Trybunał Konstytucyjny, to należy podnieść, że bez względu na sprawność warsztatową autora skargi, sprawa jest stosunkowo prosta: policja podsłuchuje rozmowy z adwokatem, a prokurator zapisy tych rozmów umieszcza w aktach sprawy. Zdrowy rozsądek podpowiada, że tak być nie może. Reszta to jedynie kwestia uzasadnienia.

Kończąc uwagi wstępne należy zaznaczyć, że niniejsza skarga nie kwestionuje zgodności z Konstytucją art. 19 ustawy o policji w zakresie w jakim pozwala na kontrolę operacyjną kontaktów z obrońcą, bowiem technicznie nie jest to możliwe do zrealizowania. W skardze chodzi tylko i wyłącznie o gromadzenie zapisów z kontroli, i o to, że nie ma możliwości ich zniszczenia.

[poufność kontaktów oskarżonego z obrońcą – warunek realizacji prawa do obrony]

Ta skarga jest rezultatem prostej intuicji: nie sposób akceptować sytuacji procesowej, w której policja, prokurator i sąd mają możliwość zapoznania się z rozmowami pomiędzy oskarżonym a obrońcą. Jeśli policja mogłaby gromadzić takie materiały (przy czym nie chodzi tylko o podsłuchy telefoniczne, lecz wszelkie operacyjne utrwalenia kontaktów), zaś Sąd mógłby mieć swobodny dostęp do tych materiałów (nawet przy braku możliwości formalnego ich ujawnienia i w konsekwencji wykorzystania w procesie), to korzystanie z pomocy obrońcy niejednokrotnie nie będzie miało większego sensu i może wiązać się z negatywnymi konsekwencjami dla oskarżonego (podobne stanowisko prezentuje ETPCZ o czym poniżej).

Jest oczywiste, że realizacja prawa do obrony wymaga poufnego kontaktu z obrońcą, powierzenia mu np. informacji obciążających klienta, skonsultowania najbardziej skrytych zamierzeń i planów. Warunkiem koniecznym realizacji tego prawa jest oczywiście zaufanie do obrońcy, lecz warunkiem nie mniej istotnym jest pewność, że to co zostanie obrońcy powiedziane, nie zostanie ujawnione nikomu innemu.

Praktyka dowodzi, że tajemnica adwokacka jest cenną instytucją, służącą również dobru wymiaru sprawiedliwości. Oskarżeni, szczególnie długotrwale „tymczasowo” aresztowani konsultują najdziwniejsze zamierzenia, w tym również celowość fizycznej eliminacji członków składu orzekającego. Bezspornie warto zadbać o to, by takie plany były omówione z obrońcą, by oskarżony nie bał się o tym porozmawiać i by wiedział, że treść rozmowy nie zostanie ujawniona w aktach sprawy.

Jest również oczywiste, że faktyczna realizacja prawa do obrony możliwa jest jedynie w warunkach „pełnej szczerości”. Takie warunki nie są możliwe do osiągnięcia, jeśli klient nie

może wykluczyć, iż treść rozmowy zostanie operacyjnie utrwalona i ujawniona w aktach sprawy.

Wszystkie te uwagi znajdują potwierdzenie w analizie przepisów Konstytucji i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

[formalne przesłanki złożenia skargi]

Postanowieniem z dnia **grudnia 2008** Sąd Rejonowy dla K , Wydział II Karny, w sprawie o sygn. odmówił zniszczenia zapisów z rozmów pomiędzy oskarżonymi, a ich obrońcami, które były rejestrowane w toku postępowania przygotowawczego. Na postanowienie to nie służy zażalenie i jest prawomocne. Jest ono również ostateczne w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji, bowiem nie ma możliwości zakwestionowania stanowiska sądu na kolejnych etapach postępowania, np. w postępowaniu odwoławczym. Postanowienie nie jest doręczane, toteż termin do złożenia skargi upływa w dniu marca 2009. Postanowienie stanowi załącznik do niniejszej skargi

[stan faktyczny]

W dniu maja 2006 roku skarżący został zatrzymany i doprowadzony do prokuratora Prokuratury Okręgowej w K , który postawił mu zarzuty z art. prawa budowlanego, art. par. k.k. i inne. Pięć dni wcześniej - maja 2006 roku - rozpoczęto kontrole operacyjną rozmów skarżącego. Pomiędzy czerwca, a września 2006 roku skarżący był tymczasowo aresztowany. Po uchyleniu tego środka od razu przystąpiono do operacyjnej kontroli jego rozmów telefonicznych. Postępowanie przygotowawcze prowadzone do sygn. trwało do lipca 2007 roku. W tym czasie skarżący rozmawiał przez swój telefon z obrońcami: adwokatem Z K , oraz z autorem tej skargi. Rozmowy dotyczyły prowadzonego postępowania przygotowawczego. Wszystkie te rozmowy były rejestrowane w ramach kontroli operacyjnej. Są one utrwalone na nośniku elektronicznym, jak również sporządzono z nich komunikaty, bądź stenogramy i umieszczono w aktach postępowania. Kiedy sprawa trafiła do sąd obaj obrońcy skarżącego

złożyli wniosek o zniszczenie materiałów zawierających ich rozmowy z klientem. Sąd Rejonowy dla K , Wydział II Karny, rozstrzygnął ten wniosek w dniu grudnia 2008, nie uwzględniając go. W uzasadnieniu sąd wskazał, że w obecnym stanie prawnym zniszczenie zapisów rozmów oskarżonego z obrońcami, nie jest możliwe i przedstawił szerokie uzasadnienie swego stanowiska. Postanowienie wraz z uzasadnieniem stanowi załącznik do niniejszej skargi.

[kwestionowany przepis]

Art. 19 ustawy o policji brzmi:

Art. 19. 1. Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw:

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

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

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),

8) ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

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

3. W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo 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 albo prawdopodobnej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków;

4) dane osoby lub inne dane, pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania;

5) cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej, o której mowa w ust. 6.

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

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

10. Do wniosków, o których mowa w ust. 3, 4⁽⁴⁾, 8 i 9, stosuje się odpowiednio przepis ust. 7. Sąd przed wydaniem postanowienia, o którym mowa w ust. 3, 4⁽⁵⁾, 8 i 9, może zapoznać się z materiałami uzasadniającymi wniosek, zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzonej w tej sprawie.

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

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

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

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

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

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

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

18. (uchylony).

19. (uchylony).

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

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

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

Kwestionowany przepis zawiera regulację dotyczącą niszczenia materiałów zgromadzonych w toku kontroli operacyjnej w ust. 17, stanowiąc, że materiały niezawierające dowodów

pozwalających na wszczęcie postępowania karnego przechowuje się po zakończeniu kontroli przez okres 2 miesiące, a następnie dokonuje ich protokolarnego, komisyjnego zniszczenia. **Art. 19 ustawy o policji w ogóle „nie dostrzega” problemu operacyjnego utrwalania rozmów podejrzanego z obrońcą i nie zawiera żadnej regulacji w tym zakresie. Zezwala tym samym na gromadzenie materiałów dokumentujących kontakty z obrońcą. Ustawodawca nie zwrócił zatem uwagi, iż kontrola operacyjna rozmów z obrońcą stanowi naruszenie nie tylko norm konstytucyjnych, lecz również art. 178 kpk i art. 73 par. 1 kpk i ostatecznie materiały takie nie mogą być wykorzystane w procesie poprzez art. 393 kpk. Nie wprowadził też mechanizmów pozwalających na skuteczne żądanie zniszczenia takich materiałów.**

[poufność kontaktów z obrońcą w orzecznictwie ETPCZ]

Europejski Trybunał Praw Człowieka niejednokrotnie zajmował się problematyką poufności relacji pomiędzy oskarżonym, a obrońcą jak również dopuszczalnością stosowania technik operacyjnych wobec obywateli. Niektóre uwagi z uzasadnień orzeczeń Trybunału warto przytoczyć, bowiem mają one znaczenie dla zdekodowania normy konstytucyjnej stanowiącej wzorzec kontroli:

a) Trybunał stwierdził, że Konwencja nigdzie wyraźnie nie mówi prawie oskarżonego do porozumiewania się z obrońcą pod nieobecność innych osób, wynika ono jednak z celu i przedmiotu art. 6 ust. 3 lit. c jako fundamentalna część przygotowania obrony. **Wartość pomocy obrońcy uległaby znacznemu obniżeniu, gdyby adwokat nie mógł porozumiewać się ze swoim klientem i udzielać poufnych wskazówek bez jakiegokolwiek kontroli** (także orzeczenie Campbell i Fell przeciwko Wielkiej Brytanii z 28.06.1984 r., A. 80, par. 113) **i z gwarancjami tajemnicy adwokackiej.** [wyrok w sprawie S. przeciwko Szwajcarii, orzeczenie z 28.11.1991, A. 220; tak samo decyzja w sprawie Heidegger przeciwko Austria z 5.10.1999, skarga numer 27077/95, niepublikowany]

b) **Prawo obrońcy do swobodnego kontaktowania się z oskarżonym, bez udziału osób trzecich, stanowi jeden z podstawowych wymogów rzetelnego procesu w społeczeństwie demokratycznym i wynika z art. 6 § 3 lit. c Konwencji, chociaż nie**

jest expressis verbis wyrażone w tym przepisie. Prawo to może podlegać pewnym ograniczeniom. **Jednakże, jeżeli obrońca nie jest w stanie swobodnie rozmawiać ze swoim klientem i otrzymywać od niego instrukcji niepodlegających nadzorowi, wówczas świadczona przez niego pomoc traci swoją efektywność, a przecież prawa konwencyjne mają mieć rzeczywiste i praktyczne oddziaływanie.** Ochrona swobody kontaktów pomiędzy obrońcą a oskarżonym stanowi ważną gwarancję prawa do obrony [Wyrok z dnia 13 stycznia 2009 r. w sprawie Rybacki przeciwko Polsce (skarga nr 52479/99)]

c) Skuteczna reprezentacja przez adwokata interesów Klienta wymaga ochrony poufności wymiany informacji między nimi. Przywilej ten ma umożliwić komunikowanie się adwokatów z ich klientami i jest ważną gwarancją prawa do obrony.

Jeśli adwokat nie może rozmawiać ze swoim klientem i otrzymywać od niego poufnych informacji bez żadnej kontroli, jego pomoc w dużym stopniu traci znaczenie.

Ingerencja w uprzywilejowane relacje adwokat – klient i w rezultacie w prawo areztowanego do obrony następuje nie tylko w razie rzeczywistego podsłuchu lub rejestracji rozmów. Uzasadnione przekonanie, że dyskusja jest podsłuchiwana, może wystarczyć do uznania, iż skuteczność pomocy adwokata została ograniczona. Przekonanie takie nieuchronnie ogranicza swobodę dyskusji między adwokatem i klientem i w rezultacie wpływa negatywnie na prawo areztowanego do skutecznego kwestionowania legalność pozbawienia wolności. Wyrok *Modarca vs Moldova*, 10.5.2007 r., skarga nr. 14437/05, § 78. (M. A. Nowicki w *Palestra 9-10/2007*, s.237).

d) Trybunał podkreślił, że ingerencja w tajemnicę zawodową prawnika może wywierać negatywne skutki na prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości i na prawa gwarantowane przez art. 6 Konwencji. (Smirnoff przeciwko Rosja, PRZEGLĄD ORZECZNICTWA EUROPEJSKIEGO DOTYCZĄCEGO SPRAW KARNYCH Zeszyt nr 1-2/2007, BIURO STUDIÓW I ANALIZ SN, DZIAŁ PRAWA EUROPEJSKIEGO, Opr.: Małgorzata Wąsek - Wiaderek, www.sn.pl).

e) Samo istnienie ustawodawstwa zezwalającego na system tajnego monitorowania komunikowania się wiąże się z zagrożeniem, iż będą inwigilowane wszystkie osoby, do

których przepisy te mogą mieć zastosowanie. Zagrożenie to siłą rzeczy uderza w swobodę komunikowania się między użytkownikami usług telekomunikacyjnych i w rezultacie oznacza ingerencję w korzystanie praw na podstawie art. 8 niezależnie od tego, czy jakiegokolwiek środki tego rodzaju zostały faktycznie wobec skarżących zastosowane.

Ryzyko arbitralności staje się oczywiste zwłaszcza w sytuacji, gdy uprawnienia władzy wykonawczej wykonywane są w sposób tajny. Istotne jest więc istnienie szczegółowych regulacji dotyczących podsłuchu rozmów telefonicznych, zwłaszcza że dostępne technologia staje się coraz bardziej wyrafinowana.

W sytuacji, gdy faktu stosowania inwigilacji nie mogą kwestionować osoby, których ona dotyczy, ani ogół, byłoby sprzeczne z rządami prawa, gdyby swoboda prawna władzy wykonawczej lub sędziego wyrażała się w kategoriach władzy nieograniczonej. **W rezultacie prawo musi zawsze wystarczająco jasno wskazywać zakres swobody oraz sposób korzystania z niej, aby jednostka była odpowiednio chroniona przed arbitralną ingerencją.**

Trybunał powołał się na ustalone w praktyce orzeczniczej kryteria dotyczące stosowania środków tajnego nadzorowania rozmów, które powinny znaleźć się w ustawie, w celu uniknięcia nadużycia władzy. Powinna mianowicie zostać określona: kategoria czynów zabronionych, która daje podstawę do przechwytywania rozmów; kategoria osób, których dotyczy kontrola rozmów; czas trwania kontroli; procedura analizowania, używania i przechowywania otrzymanych w ten sposób informacji; środki zapobiegające otrzymaniu tych informacji przez osoby niepowołane; okoliczności, w których nagranie powinno zostać zniszczone (**Orzeczenie Liberty & Other Organisations przeciwko Wielkiej Brytanii, 1.7.2008 r., skarga numer 58243/00, § 62**).

f) Konwencja wymaga od krajowego ustawodawstwa, aby ustawa definiowała kategorię osób, wobec których można stosować kontrolę operacyjną, na podstawie nakazu sądu; rodzaj przestępstw, wobec których można taki nakaz wydać; maksymalną długość czasu kontroli; procedurę raportów o treści zarejestrowanych rozmów; środki gwarantujące przekazanie zapisów w stanie nienaruszonym i w całości umożliwiającym ich skontrolowanie przez sędziego i obronę; **określenie wypadków, gdy zapisy mogą lub powinny być zniszczone**, zwłaszcza gdy śledztwo umorzono lub sąd uniewinnił oskarżonego (orzeczenie

Kruslin przeciwko Francji (skarga nr 11801/85) oraz Huvig przeciwko Francji (11105/84) z 24.04.1990 r. – na gruncie art. 8 – przywołane za wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt 32 K/04)

Cytowane powyżej orzeczenia potwierdzają powołaną na wstępie tej skargi intuicję, iż państwo winno powstrzymać się od dokumentowania poufnych kontaktów pomiędzy oskarżonym i jego obrońcą. Trybunał uważa, że wartość pomocy prawnej, w sytuacji, kiedy strony są inwigilowane przez Państwo uległaby istotnemu obniżeniu, a jednocześnie stoi na stanowisku, że prawo do obrony jest istotnym elementem uczciwego procesu i musi być zagwarantowane w demokratycznym porządku prawnym.

[wzorzec kontroli - art. 42 ust. 2 Konstytucji, zdekodowanie normy konstytucyjnej]

Pierwszym wzorcem kontroli konstytucyjnej jest art. 42 ust. 2 Konstytucji RP zgodnie z którym: "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".

Przepis ten był wielokrotnie wzorcem kontroli w sprawach rozpatrywanych przez Trybunał Konstytucyjny. W jednym z ostatnich orzeczeń Trybunał przedstawił następujące podsumowanie wywodów dotyczących art. 42 ust. 2:

„Przede wszystkim, Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że konstytucyjne prawo do obrony jest nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale także elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego (por. wyroki TK z: 6 grudnia 2004 r., sygn. SK 29/04, OTK ZU nr 11/A/2004, poz. 114 oraz 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27). Zakorzenie prawa do obrony w konstytucyjnej zasadzie demokratycznego państwa prawnego powoduje, że odnosi się ono nie tylko do

postępowania karnego, ale także innych postępowań toczących się w przedmiocie odpowiedzialności o charakterze represyjnym (por. wyroki TK z: 4 lipca 2002 r., sygn. P 12/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 50; 3 listopada 2004, sygn. K 18/03, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 103; 19 marca 2007, sygn. K 47/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27). Prawo to należy więc rozumieć szeroko: jako przysługujące każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego (w praktyce od chwili przedstawienia zarzutów) aż do wydania prawomocnego wyroku i jego wykonania. Jeszcze dalej idą najnowsze orzeczenia Sądu Najwyższego, wedle których "nie formalne postawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie określonej osoby czyni ją podmiotem prawa do obrony" (por. wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2004 r., sygn. akt KK 194/03, "Prokuratura i Prawo" 2004, nr 7-8, s. 11 oraz uchwały Sądu Najwyższego z: 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 4/07 oraz z 20 września 2007 r., sygn. akt I KZP 26/07, ale też głosy krytyczne, m.in. zob.: J. Czabański, M. Warchoł, Prawo do milczenia czy do kłamstwa, "Rzeczpospolita" z 29 lutego 2008 r.).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego dostrzegany był zarówno wymiar materialny, jak i formalny prawa do obrony w procesie karnym. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych), m.in. przez udział w posiedzeniach sądu (por. wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7 i powołany wcześniej wyrok o sygn. SK 29/04 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 24 lutego 2003 r., sygn. akt IV KK 379/02, Lex nr 75448). 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 postępowania osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony (por. wyrok TK o sygn. akt SK 39/02 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 1 grudnia 2001 r., sygn. akt V KKN 373/98, "Prokuratura i Prawo" 2001, nr 5, s. 9 i n.).

Trybunał Konstytucyjny stwierdzał również, że prawo do obrony nie jest prawem absolutnym. Ograniczenia tego prawa podlegają ocenie przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji, który formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, 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) oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub

wolności (zob. m.in. wyroki TK z: 24 marca 2003 r., sygn. P 14/01, OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 22; 6 marca 2007 r., sygn. SK 54/06, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 23). Stwierdzenie, że ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie, nakazuje rozważyć: czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona; czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zob. m.in. orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K. 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12 oraz wyroki TK z: 28 czerwca 2000 r., sygn. K. 34/99, OTK ZU nr 5/2000, poz. 142 i sygn. P 14/01).” (wyrok z 3 czerwca 2008, sygn. K 42/07).

Mając na uwadze cytowane wywoły Trybunału, jak również przywołane powyżej orzeczenia ETPCZ należy sformułować następującą normę stanowiącą wzorzec konstytucyjny. **Prawo do obrony, stanowiące fundamentalną zasadę uczciwego procesu, którego zagwarantowanie jest jednym z podstawowych obowiązków w demokratycznym państwie prawa, wymaga zapewnienia poufnych kontaktów obrońcy z oskarżonym, bez ingerencji osób trzecich, bez utrwalania i gromadzenia zapisów dokumentujących te kontakty. W celu zapewnienia realizacji tak zdekodowanej normy konstytucyjnej, konieczne jest ukształtowanie procesu karnego w sposób wykluczający możliwość utrwalania, gromadzenia i wykorzystywania materiałów dokumentujących kontakty pomiędzy oskarżonym, a jego obrońcą.** Prawo do obrony nie jest normą absolutną, jednakże wszelkie jego ograniczenia muszą spełniać kryteria, które w wyżej cytowanym orzeczeniu wywiódł Trybunał. Kryteria pozwalające na ustalenie, czy ograniczenie prawa do obrony nie narusza normy konstytucyjnej to:

- ustawowa forma ograniczenia,
- istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia,
- 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),
- zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności,
- ustalenie, czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków,
- ustalenie czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona,

- ustalenie czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela

[krajowe przepisy gwarantujące poufność kontaktów oskarżonego z obrońcą]

Przed przystąpieniem do analizy zgodności art. 19 ustawy o policji z Konstytucją należy wskazać, że istnieją regulacje realizujące dość rygorystycznie zasadę prawa do obrony, w zakresie zagwarantowania poufności kontaktów z adwokatem, zaś przepis kwestionowany w niniejszej skardze stanowi wyjątek. Należy zwrócić uwagę na następujące regulacje:

1. Art. 73 par. 1 kpk stanowi, że adwokat może porozumiewać się oskarżonym **pod nieobecność innych osób**, jak również korespondencyjnie. W postępowaniu przygotowawczym prokurator jedynie przez pierwsze 14 dni może zastrzec kontrolę korespondencji lub zdecydować o obecności w czasie spotkania obrońcy z klientem.
2. Analogiczna regulacja znajduje się w 8 par. 1 kkw i art. 215 kkw
3. W postępowaniu przyspieszonym oskarżony ma prawo do kontaktu z obrońcą **bez udziału osób trzecich** (art. 517b par. 7 kpk). Co ciekawe prokurator nie ma w takim wypadku uprawnień przewidzianych w art. 73 par. 1 i 2 kpk
4. Zgodnie z art. 178 kpk **nie wolno przesłuchiwać obrońcy** lub adwokata działającego na podstawie art. 245 par. 1 kpk, co do faktów, których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę.
5. W końcu należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 6 ustawy prawo o adwokaturze **adwokat zobowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko czego dowiedział się udzielając pomocy prawnej.**

Celem powołanych przepisów jest umożliwienie poufnych kontaktów pomiędzy oskarżonym, a jego obrońcą. Ustawodawca nie tylko wyklucza udział osób trzecich w spotkaniach obrońcy z oskarżonym, lecz również zakazuje przesłuchiwać obrońcę co do okoliczności, których dowiedział się prowadząc sprawę. Na obrońcę nakłada również obowiązek zachowania w tajemnicy wiedzy, którą posiadał udzielając pomocy prawnej. **Ustawodawca nie dopuszcza**

zatem do sytuacji, w której w procesie karnym pojawiają się relacje dotyczące rozmów pomiędzy obrońcą, a jego klientem. Po pierwsze mają oni zagwarantowane, że będą rozmawiać w cztery oczy. Po drugie zaś, że nikt nie przesłucha obrońcy, a w konsekwencji nie powstanie protokół ze szczegółami dotyczącymi strategii obrony, czy innych zagadnień poruszanych przy przygotowywaniu obrony.

Wyjątek od zasady nieingerencji w relacje obrońca – oskarżony, jest tylko jeden. Zgodnie z art. 73 par. 2, 3, 4 kpk Prokurator, na okres 14 dni od tymczasowego aresztowania może zastrzec obecność osób trzecich przy spotkaniu obrońcy z oskarżonym, jak również kontrolować ich korespondencję. Dzieje się tak jednak w „szczególnie uzasadnionym wypadku”, a nadto – co najistotniejsze – oskarżony i obrońca wiedzą, że ich rozmowie będzie się przysłuchiwał funkcjonariusz policji, zaś w aktach może znaleźć się notatka urzędowa odzwierciedlająca zapis z rozmowy. To oskarżony i obrońca decydują więc w jakim zakresie organy prowadzące postępowanie przygotowawcze będą ich „podśluchiwały” i mogą – zachowując stosowną wstrzemięźliwość – wykluczyć naruszenie prawa do obrony. Takiej możliwości nie ma w przypadku operacyjnej kontroli prowadzonej na podstawie art. 19 ustawy o policji.

[art. 19 ustawy o policji nie jest zgodny z wzorcem konstytucyjnym określonym w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP]

Mając na uwadze zdekodowaną powyżej normę konstytucyjną, jak również wskazane przez Trybunał kryteria oceny zgodności z tak ustalonym wzorcem, a także dorobek orzecniczy ETPCZ, należy podnieść co następuje:

1. Ograniczenie poufności kontaktów pomiędzy oskarżonym, a obrońcą dokonane w art. 19 ustawy o policji jest zbyt daleko idące. Zarówno z cytowanego orzecnictwa ETPCZ, jak i z idei innych przepisów regulujących kontakty oskarżonego z obrońcą, jak również z celu art. 42 ust. 2 Konstytucji RP wynika, iż prawo do obrony jest jednym z kluczowych gwarancji demokratycznego porządku prawnego, zaś swoboda kontaktów z obrońcą jego immanentną cechą. Ograniczenia tej swobody zagrażają realizacji prawa do obrony, godząc tym samym w możliwość przeprowadzenia uczciwego procesu sądowego. Jeśli państwo może dokumentować kontakty z obrońcą, to może to przynieść skutki niekorzystne dla

oskarżonego, wykluczając tym samym uczciwy proces, w którym instytucja obrońcy ma z założenia służyć tylko i wyłącznie osiaganiu przez oskarżonego korzyści.

2. Nie ma konieczności wprowadzenia w państwie demokratycznym takiego ograniczenia. Art. 19 w zakresie w jakim pozwala na dokumentowanie kontaktów z obrońcą nie służy realizacji żadnego interesu, nie ułatwia skazania przestępcy, bo nie daje możliwości procesowego wykorzystania materiałów kontroli z uwagi na treść art./ 178 kpk), nie wpływa na realizację roszczeń pokrzywdzonego.

3. Art. 19 ustawy o policji w zakresie w jakim pozwala na dokumentowanie kontaktów oskarżonego z jego obrońcą narusza istotę prawa do obrony. Immanentną cechą tego prawa jest bowiem poufna wymiana informacji, konsultacja bez udziału osób trzecich, ustalenie co przyniesie korzyści, a co straty, czy opłaca się podjąć współpracę z organami ścigania, czy też posiadane informacje nie będą dla nikogo interesujące. Oskarżony, który lęka się przedstawić obrońcy całą swą wiedzę, w istocie nie broni się. Nie może bowiem realizować tych podstawowych uprawnień: poufnego kontaktu, w którym nastąpi wymiana informacji, a oskarżony pozyska wskazówki co do dalszego sposobu postępowania.

4. Kwestionowana regulacja nie chroni żadnego interesu publicznego. Organy ścigania mogą wprawdzie posiadać wiedzę o nieznanach dotychczas przestępstwach, jednakże będzie to jedynie wiedza operacyjna, bowiem materiał, nie może być procesowo wykorzystany.

5. Art. 19 ustawy o policji, w zakresie w jakim pozwala na dokumentowanie kontaktów z obrońcą, nakłada na obywatela ciężar nieproporcjonalny do korzyści. Te korzyści to operacyjne pozyskanie informacji, którą i tak należy potwierdzić w sposób zgodny z przepisami kodeksu postępowania karnego. Są to zatem korzyść o zbyt małej wartości, by poświęcać dla nich ideę uczciwego procesu.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że art. 19 ustawy o policji jest niezgodny z art. 42 ust. 2 Konstytucji, w zakresie w jakim przepis ten umożliwia gromadzenie o dołączenie do akt postępowania materiałów kontroli operacyjnej dokumentujących kontakty oskarżonego z obrońcą, jak również nie zawiera obowiązku zniszczenia takich materiałów.

[Art. 51 ust. 2 oraz art. 51 ust. 4 Konstytucji]

Jako kolejny wzorzec kontroli wskazać można art. 51 ust. 2 oraz art. 51 ust. 4 Konstytucji
Artykuł 51 Konstytucji stanowi:

1. Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby.
2. Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym.
3. Każdy ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Ograniczenie tego prawa może określić ustawa.
4. Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.
5. Zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa.

Kilkakrotnie Trybunał Konstytucyjny miał możliwość wypowiedzenia się o w kwestii wykładni wskazanej normy konstytucyjnej. Wykształconą w wyniku tego linię orzeczniczą dotyczącą treści art. 51 ust. 2 (m.in. w wyrokach TK z: 24 czerwca 1997 r., sygn. K. 21/96 (OTK ZU nr 2/1997, poz. 23), 11 kwietnia 2000 r., sygn. K. 15/98 (OTK ZU nr 3/2000, poz. 86), 19 lutego 2002 r., sygn. U 3/01 (OTK ZU nr 1/A/2002, poz. 3), 12 listopada 2002 r., sygn. SK 40/01 (OTK ZU nr 6/A/2002, poz. 81), 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02 (OTK ZU nr 6/A/2002, poz. 83), 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04 (OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 64)) Trybunał Konstytucyjny podsumował w wyroku z 17 czerwca 2008 r. (K 8/04) w ten sposób:

„Autonomia informacyjna, stanowiąca element ochrony życia prywatnego, oznacza prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, jeśli znajdują się w posiadaniu innych podmiotów (por. np. wyrok z 19 lutego 2002 r., sygn. U 3/01). Jest jednak oczywiste, że wskazane uprawnienie, zwłaszcza w relacji obywatel - władza publiczna, nie ma i nie może mieć charakteru absolutnego (por. wyroki TK z 10 maja 2000 r., sygn. K. 21/99, OTK ZU nr 4/2000, poz. 109 oraz z 20 kwietnia 2004 r., sygn. K 45/02, OTK ZU nr 4/A/2004, poz. 30); przy takim założeniu regulacja art. 51 ust. 2 Konstytucji byłaby zresztą zbędna. Powołany przepis (art. 51 ust. 2) po pierwsze legalizuje - nieuchronne we współczesnym społeczeństwie - działania władz publicznych polegające na pozyskiwaniu, gromadzeniu i udostępnianiu informacji o jednostkach w sposób inny niż w drodze zgłoszenia takich danych przez samego obywatela, zobligowanego w trybie określonym w art. 51 ust. 1 Konstytucji. Po drugie - co w analizowanym kontekście bardziej istotne - w sposób częściowo autonomiczny określa przesłanki legalności (granice) takich działań. Konstytucja realizuje jednak w ten sposób najbardziej zasadnicze elementy składające się na treść prawa do

ochrony życia prywatnego: **respekt dla autonomii informacyjnej jednostki, a więc sam obowiązek udostępnienia danych ograniczony do ściśle określonych ustawowo sytuacji; ograniczenie arbitralności ustawodawcy - ustawa nie może bowiem zakresu obowiązku kształtować dowolnie** (por. wyrok TK z 12 listopada 2002 r., sygn. SK 40/01)”.

Brzmienie art. 51 Konstytucji rodzi pytanie o relację, w jakiej pozostaje komentowany przepis względem art. 31 ust 3 Konstytucji. Ten pierwszy samodzielnie określa przesłanki ustawowej ingerencji w sferę prywatności. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że normy te nie tylko nie stoją w sprzeczności, ale uzupełniają się, pozwalając na bardziej precyzyjne formułowanie wymagań, jakie Ustawa Zasadnicza stawia ustawodawcy w zakresie ochrony sfery prywatności. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 20 listopada 2002 r. (sygn. K 41/02) oraz z 17 czerwca 2008 r. (K 8/04), iż: **„Normatywne wyodrębnienie, ustanowienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnego zakazu - ułatwia dostrzeżenie takiego wkroczenia i upraszcza przedmiot dowodu, iż takie wkroczenie nastąpiło. Przedmiotem dowodu staje się wtedy bowiem tylko to, czy pozyskiwanie informacji było konieczne, czy tylko «wygodne» lub «użyteczne» dla władzy. Zresztą już pobieżna lektura powołanych przepisów wskazuje, że nie ma pomiędzy nimi żadnej sprzeczności treściowej. Ocena zachowania przez ustawodawcę zwykłego zasady proporcjonalności w aspekcie możliwości pozyskiwania przez władze publiczne informacji o obywatelach może i powinna być przeprowadzana na podstawie - współstosowanych - przepisów art. 51 ust. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji. Poza koniecznością wskazania interesu mieszczącego się w katalogu zawartym w art. 31 ust. 3 Konstytucji, przesłanką legalności wkroczenia w zakres autonomii informacyjnej jednostki jest stwierdzenie, że wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (zasada przydatności), jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (zasada konieczności), a jej efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu; (podobnie: wyrok TK w sprawie sygn. K 4/04; por. także wyrok TK z 3 października 2000 r., sygn. K. 33/99, OTK ZU nr 6/2000, poz. 188)”**.

W konsekwencji wskazać, że z art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji można zdekodować normę, stanowiącą, że w demokratycznym państwie prawa obywatel może oczekiwać, że dotyczące go informacje będą gromadzone i udostępniane tylko wtedy, jeśli będzie za tym przemawiał szczególny interes, a nadto, że będzie miał prawo żądać, by informacje zgromadzone z naruszeniem prawa zostały usunięte. Naruszenie tej zasady jest możliwe tylko wtedy, gdy:

1. spełniony jest wymóg ustawowego określenia sposobu gromadzenia i przechowywania danych, dotyczących sfery prywatności.
2. gromadzenie i przechowywanie danych jest niezbędne w demokratycznym państwie prawnym.
3. gromadzenie i przechowywanie omawianych danych znajduje uzasadnienie w ochronie wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości
4. nie jest naruszona istota prawa do prywatności
5. gromadzenie danych i ich przechowywanie prowadzi do realizacji założonych celów
6. ingerencja władzy nie przekracza dozwolonego stopnia uciążliwości dla obywatela
7. regulacja ustawowa musi czynić zadość przyznanemu przepisem art. 51 ust. 4 Konstytucji prawu do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.

[materiały kontroli operacyjnej rozmów z obrońcą zawsze pozyskane są z naruszeniem prawa]

Operacyjne dokumentowanie kontaktów oskarżonego z obrońcą zawsze stanowi obejście zakazu dowodowego z art. 178 kpk, jak również może stanowić naruszenie art. 73 k.p.k. Policja uzyskuje informacje w sposób sprzeczny z ustawą, stąd też możliwość stosowania wzorca z art. 51 ust 2 i 4 Konstytucji RP.

[sprzeczność art. 19 ustawy o policji z art. 51 ust. 2 oraz art. 51 ust. 4 Konstytucji]

1. Formalny wymóg umieszczenia właściwych przepisów w akcie normatywnym o randze ustawowej należy uznać za spełniony. Nie sposób jednak ograniczyć badania zasady legalności tylko do tej kwestii. Reguła ta obliuguje bowiem ustawodawcę zwykłego do wyboru takiego sposobu regulacji, który wyeliminuje możliwość arbitralności działania organów władzy wykonawczej i zapewni realizację konstytucyjnych praw podmiotowych.

Ustawodawca nie wywiązał się z obowiązku precyzyjnego uregulowania ingerencji w sferę prywatności i autonomii informacyjnej. Lakoniczność kwestionowanego przepisu (art. 19

ustawy o Policji) sprawia, że zakres swobody przyznanej egzekutywie jest zbyt szeroki. Nie ma procedur, regulujących postępowanie z materiałem uzyskanym za pomocą kontroli operacyjnej, który jednocześnie nie może być użyty w postępowaniu karnym na skutek obowiązujących bezwzględnie zakazów dowodowych. Sąd działający w sprawie, z której wywodzi się niniejsza skarga nie znalazł w obowiązującym stanie prawnym normy pozwalającej na zarządzenie zniszczenia tak uzyskanych danych. Taki stan normatywny nie czyni zadość wymogowi zasady legalności. Brak precyzji przepisu w omawianym zakresie ułatwia umieszczenie przez praktykę w jego hipotezie działań dowolnych i ekscesywnych.

2. Reguły demokratycznego państwa prawa z całą pewnością nie pozwalają na przechowywanie materiałów kontroli operacyjnej dokumentujących kontakty pomiędzy oskarżonym, a jego obrońcą w sytuacji, gdy nie mogą one być wykorzystane w procesie. Sprzeczne z ideą państwa prawa (a tym samym z art. 31 ust. 3 w zw. z art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji) jest także gromadzenie danych, objętych tajemnicą obrońcą.

Brak możliwości zniszczenia danych, których dotyczy niniejsza skarga rodzi możliwość przechowywania tych informacji tylko ze względu na ich potencjalną przydatność operacyjną.

3. Żadna ze wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości nie jest chroniona przez ingerencję w omawianą sferę prywatności. Dostrzegalna jest tu zresztą wyraźna niekonsekwencja. W obowiązującym stanie prawnym ustawodawca karny odstępuje od zasady legalizmu na rzecz ochrony prawa oskarżonego do niczym nieskrępowanych kontaktów z obrońcą (argument z art. 178 k.p.k.). Przepis art. 19 ustawy o Policji pozostaje w sprzeczności ze wspomnianym uregulowaniem i pozwala na obejście tatuowanego przezeń zakazu.

Tezę, że ingerencja w prawo prywatności (w zakresie kontaktów z obrońcą) nie chroni żadnej ze wskazanej w art. 31 ust. 3 wartości wzmacnia fakt, że materiały uzyskane w drodze podsłuchu obrońcy i podejrzanego nie mogą posłużyć za dowód w postępowaniu sądowym.

4. Brak regulacji pozwalającej na zniszczenie materiałów pochodzących z podsłuchu i pozostawienie tych danych na łaskę i niełaskę organów ścigania unicestwia konstytucyjne prawo podmiotowe do zniszczenia danych zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (art. 51 ust. 4).

5. Brak możliwości zniszczenia danych w sytuacji, gdy nie mogą one zostać wykorzystane nie spełnia warunku przydatności. Uzyskane dane mogą być wykorzystane jedynie w celach i w sposób nieformalny, być może do czynności operacyjnych, a być może do szykanowania i szantażowania podejrzanego posiadanymi przez organy ścigania materiałami. Dysproporcja pomiędzy wagą narażonego na szwank doba a wątpliwymi korzyściami przesądza, że omawiana wada regulacji narusza zasadę przydatności.

6. Pozostawienie wrażliwych danych w dyspozycji organów ścigania w sytuacji deficytu regulacji określającej sposób postępowania z nimi i warunki ich zniszczenia narusza zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ryzyko arbitralności stworzone przez wadliwość obowiązującego prawa, jest nieakceptowalne na gruncie omawianej zasady.

7. Przepis art. 51 ust. 4 Konstytucji statuuje konstytucyjne prawo podmiotowe. Prawo to zawiera się w możliwości żądania zniszczenia danych uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą (tak: Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

Kwestionowany w niniejszej skardze przepis ustawy o Policji nie pozwala na zniszczenie materiałów pochodzących z podsłuchu rozmów między oskarżonym a jego obrońcą. Ingerencja organów procesowych (organów ścigania) w treść tych rozmów jest zakazana przez ustawę – przez odpowiednie przepisy kodeksu postępowania karnego (jednoznaczny w tym względzie art. 178 pkt 1 k.p.k.). Ustawodawca daje tu pierwszeństwo prawu do obrony, zasadzie ochrony prywatności i lojalności organów procesowych wobec oskarżonego przed zasadą legalizmu w ściganiu przestępstw.

Jednoznaczny sposób sformułowania art. 51 ust. 4 Konstytucji potwierdza, że Konstytucja w omawianym zakresie przyznaje obywatelowi konkretne prawo podmiotowe. Ma to znaczenie z uwagi na fakt, że zarzut formułowany w niniejszym punkcie zarzuca w istocie pominięcie w art. 19 ustawy o Policji przyznanego przepisem Ustawy Zasadniczej prawa. Skuteczna kontrola konstytucyjności w takim układzie procesowym wymaga, by na poziomie Konstytucji istniała norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04, uzasadnienie wyroku z 30 września 2002 r., sygn. K 41/01, OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 61, s. 842 oraz postanowienie z 11 grudnia 2002 r., sygn. SK 17/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 98, s. 1323). W niniejszej sprawie norma taka istnieje i jest nią właśnie art. 51 ust. 4 Konstytucji.

Wobec powyższego należy uznać, że art. 19 ustawy o policji jest niezgodny z art. 51 ust. 2 w zw. z art. 51 ust. 4 Konstytucji, w zakresie, w jakim nie przewiduje procedury zniszczenia materiałów kontroli operacyjnej dotyczącej kontaktów oskarżonego z jego obrońcą.

Niniejsza skarga jest zatem uzasadniona.

adwokat Maciej Burda

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty sądowej
2. postanowienie SR dla K z dnia grudnia 2008