RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 12 listopada 2015 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
WPŁYNĘŁO
dnia 12. 11. 2015

PG VIII TKw 41/14

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

WNIOSEK PROKURATORA GENERALNEGO

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

wnoszę o stwierdzenie niezgodności przepisów:

1) **art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687 ze zmianami) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 3, pomija prokuratora, jak również pomija tegoż prokuratora w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 15c tego artykułu;**

2) art. 9e ust. 19 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675 ze zmianami) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 4, pomija prokuratora, jak również pomija prokuratora w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 16c tego artykułu;
3) art. 36c ust. 14 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2011 r. Nr 41, pos. 214 ze zmianami) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 2, pomija Prokuratora Generalnego, jak również pomija Prokuratora Generalnego w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w art. 36d ust. 1c;
4) art. 31 ust. 19 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. z 2013 r. poz. 568 ze zmianami) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa we ust. 4, pomija prokuratora, jak również pomija tegoż prokuratora w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 16c tego artykułu;
5) art. 27 ust. 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zmianami) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 3, pomija Prokuratora Generalnego, jak również pomija Prokuratora Generalnego w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 15c tego artykułu;

6) **art. 17 ust. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2012 r., poz. 621 ze zmianami) w zakresie, w jakim wśród podmiotów, którym przysługuje zażalenie na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 3, pomija Prokuratora Generalnego, jak również pomija Prokuratora Generalnego w zakresie możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 15c tegoż artykułu;**
7) **art. 31 ust. 10 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2014 r., poz. 253 ze zmianami) w zakresie, w jakim pomija możliwość złożenia przez Prokuratora Generalnego zażalenia na postanowienie sądu, o którym mowa w ust. 14c tego artykułu**

– z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

UZASADNIENIE

W świetle art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz. U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599 ze zm.; dalej ustawa o prokuraturze), prokuratura jest organem ochrony prawnej. Zadaniem prokuratury jest strzeżenie praworządności oraz czuwanie nad ściganiem przestępstw (art. 2 wspomnianej ustawy). Zadania określone w art. 2 ustawy o prokuraturze Prokurator Generalny i podlegli mu prokuratorzy wykonują, między innymi, przez podejmowanie środków przewidzianych prawem, zmierzających do prawidłowego i jednolitego stosowania prawa w postępowaniu sądowym, administracyjnym, w sprawach o wykroczenia oraz w innych postępowaniach, koordynowanie działalności w zakresie ścigania przestępstw, prowadzonej przez inne organy państwowe, a w szczególności nadzór nad zgodnością z prawem inicjowania i przeprowadzania

czynności operacyjno–rozpoznawczych przez organy ścigania w zakresie przewidzianym w ustawach regulujących organizację i przedmiot działania tych organów (art. 3 ust. 1 pkt 3, 7 oraz 8a ustawy o prokuraturze).

Zgodnie z obowiązującym w Polsce systemem prawnym, szereg służb mundurowych oraz specjalnych, w granicach określonych ustawowo zadań, posiada prawo do wykonywania czynności operacyjno–rozpoznawczych. Czynności te polegają między innymi na prowadzeniu kontroli operacyjnej, jak również na niejawnym pozyskiwaniu, gromadzeniu, sprawdzaniu oraz przetwarzaniu informacji.

Zarówno prowadzenie kontroli operacyjnej, jak i niejawne pozyskiwanie i wykorzystywanie informacji przez służby mundurowe oraz specjalne zawsze stanowi głęboką ingerencję w konstytucyjne prawa i wolności jednostki, takie jak prawo do prywatności, prawo do komunikowania się i ochronę tajemnicy tegoż komunikowania się, autonomię informacyjną, a w dalszej kolejności, w określonych sytuacjach, w prawo do życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia, wolności myśli, sumienia i wyznania, swobody wypowiedzi czy prawo do obrony. Tym samym, regulacje prawne, dotyczące wkraczania w powyższe prawa osobiste jednostki, muszą odpowiadać szczególnie surowym standardom. Omawiany problem nabiera tym większej ostrości gdy zważy się, że czynności operacyjno–rozpoznawcze, z natury swojej, mają charakter niejawny, a w konsekwencji, w przeciwieństwie – przykładowo – do czynności procesowych, nieporównanie trudniej zapewnić właściwą kontrolę ich stosowania.

Nadto, należy podkreślić, że, zawierające łącznie kilkaset pozycji, katalogi sytuacji upoważniających poszczególne służby do stosowania kontroli operacyjnej zostały zakreślone przez ustawodawcę nieporównanie szerzej niż uczyniono to w unormowaniu art. 237 § 3 Kodeksu postępowania karnego, określającym kategorie przestępstw, których ściganie upoważnia do

podejmowania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych w toku postępowania karnego. Wspomniane katalogi, zawarte w ustawach instytucjonalnych dotyczących poszczególnych służb, wymieniają nie tylko groźne przestępstwa, które należy zwalczać również w drodze kontroli operacyjnej, ale także przestępstwa, których nie sposób uznać nawet za przestępstwa poważne. Katalogi te mają zresztą charakter otwarty, co w istotny sposób utrudnia osobom, wobec których może być stosowana kontrola operacyjna, rozeznanie, kiedy mogą stać się przedmiotem zainteresowania służb w tej właśnie formie.

W przypadku działań podejmowanych w omawianym zakresie przez Policję, Straż Graniczną, wywiad skarbowy, Żandarmerię Wojskową, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralne Biuro Antykorupcyjne, jak również Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, do kompetencji sądu należą rozstrzygnięcia w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej, przedłużenia okresu jej trwania, legalizacji kontroli operacyjnej podjętej w przypadkach niecierpiących zwłoki bez uprzedniej zgody sądu, jak również legalizacji materiałów uzyskanych podczas prowadzenia kontroli operacyjnej przy podmiotowym lub przedmiotowym przekroczeniu granic określonych dla tej kontroli przez sąd. Większość tych postanowień podlega kontroli instancyjnej poprzez przyznanie możliwości wniesienia na nie zażalenia. Jednakże grono podmiotów, którym takie zażalenie przysługuje, ustawodawca ograniczył do przedstawicieli służb prowadzących (lub pragnących prowadzić) kontrolę operacyjną (jedynie w ustawie o SKW oraz SWW takiego ograniczenia nie przewidziano).

Wyrokiem z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11, Trybunał Konstytucyjny, w pełnym składzie Trybunału, orzekł w przedmiocie zgodności z Konstytucją RP szeregu unormowań określających kompetencje służb mundurowych oraz specjalnych w zakresie prowadzenia kontroli operacyjnej oraz pozyskiwania danych telekomunikacyjnych. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, między innymi, konieczność wprowadzenia proceduralnego wymogu, którym jest kontrola nad niejawnym pozyskiwaniem informacji o osobach przez niezależny

od rządu organ państwa. Pożądane jest powierzenie kompetencji w tym zakresie niezależnym i niezawisłym sądom, dającym rękojmię odpowiednio wysokiego stopnia wiedzy i doświadczenia życiowego. Z punktu widzenia Konstytucji sądowa kontrola nad czynnościami operacyjno–rozpoznawczymi jest rozwiązaniem optymalnym (*vide* – OTK ZU Nr 7/A/2014, poz. 80, s. 1228).

W uzasadnieniu wspomnianego wyroku Trybunał Konstytucyjny określił również rolę sądu i wymogi stawiane sądowi podczas wydawania szeregu postanowień w przedmiocie kontroli operacyjnej (co będzie jeszcze przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszej analizy). Prawidłowa realizacja obowiązków sądu, w omawianym zakresie, ma, zdaniem Trybunału, istotne znaczenie dla dochowania wymogów proceduralnych gwarantujących konstytucyjność unormowań dotyczących kontroli operacyjnej.

W świetle ustawowych zadań prokuratury oraz wspomnianego wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., prokuratura powinna dysponować instrumentami realnego nadzoru nad zgodnością z prawem inicjowania i przeprowadzania czynności operacyjno–rozpoznawczych przez służby, w tym w ramach procedur sądowych dotyczących tychże czynności.

Problematyka dysponowania przez prokuratora instrumentami realnego nadzoru nad służbami ze szczególną ostrością jawi się w sytuacji braku uprzedniej zgody sądu na podejmowanie przez służby kontroli operacyjnej, gdy dopiero zgoda następcza tegoż sądu legalizuje czynności podejmowane przez służby niejako z własnej inicjatywy. Przesądza to o konieczności wyposażenia prokuratora w nie mniejsze kompetencje w zakresie inicjowania kontroli instancyjnej postanowień sądu niż uprawnienia posiadane w tym zakresie przez służby.

Analizowane w kontekście zgodności z ustawą zasadniczą przepisy art. 19 ust. 3, ust. 15c i ust. 20 ustawy o Policji mają następujące brzmienie:

„Art. 19. 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.

(...)

15c Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjna, 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.

(...)

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.”.

Analizowane w kontekście zgodności z Konstytucją RP przepisy art. 9e ust. 4, ust. 16c i ust. 19 ustawy o Straży Granicznej brzmią następująco:

„Art. 9e. 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.

(...)

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.

(...)

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.".

Analizowane w kontekście zgodności z ustawą zasadniczą przepisy art. 36c ust. 2 i ust. 14 oraz art. 36d ust. 1c ustawy o kontroli skarbowej mają następujące brzmienie:

„Art. 36c. 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.

(...)

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.

Art. 36d. 1c. 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 w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe orzeka postanowieniem Sąd, na wniosek Prokuratora Generalnego.".

Analizowane w kontekście zgodności z Konstytucją RP przepisy art. 31 ust. 4, ust. 16c i ust. 19 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych brzmią następująco:

„Art. 31. 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 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.

(...)

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.

(...)

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.".

Analizowane w kontekście zgodności z ustawą zasadniczą przepisy art. 27 ust. 3, ust. 11a i ust. 15c ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu mają następujące brzmienie:

„Art. 27. 3. W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Szef ABW może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody

Prokuratora Generalnego, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do sądu, o którym mowa w ust. 2, z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej Szef ABW wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz poleca protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

(...)

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

(...)

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.".

Analizowane w kontekście zgodności z Konstytucją RP przepisy art. 17 ust. 3, ust 15c i ust. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym brzmią następująco:

„Art. 17. 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.

(...)

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.

(...)

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.".

Analizowane w kontekście zgodności z ustawą zasadniczą przepisy art. 31 ust. 10 i ust. 14c ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego mają następujące brzmienie:

„Art. 31. 10. Na postanowienia sądu, o których mowa w ust. 1, 3, 6 i 7, przysługuje zażalenie.

(...)

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.".

Analiza przytoczonych wyżej unormowań zawartych w ustawach instytucjonalnych, dotyczących poszczególnych służb mundurowych oraz

specjalnych, wskazuje, że ustawodawca przyznał tymże służbom prawo do inicjowania kontroli instancyjnej szeregu postanowień sądów wydawanych w przedmiocie kontroli operacyjnej na skutek wniosków składanych przez te służby. Żaden inny podmiot nie uzyskał takiego uprawnienia. W szczególności możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu nie uzyskał prokurator, co w znacznej mierze ogranicza jego możliwości nadzorcze nad służbami, jak również pozbawia wpływu na ukształtowanie się i ujednolicenie orzecznictwa sądów w omawianym zakresie.

Z kolei, w sytuacji gdy postępowanie prowadzące do wydania postanowienia sądu w przedmiocie tejże kontroli operacyjnej jest inicjowane przez prokuratora, ustawodawca nie przyznał nikomu (a więc również prokuratorowi) prawa do inicjowania kontroli instancyjnej, co również pozbawia prokuratora zarówno ważnego instrumentu nadzoru nad służbami, jak i wpływu na orzecznictwo sądów w omawianym zakresie.

Innymi słowy, szeregowi omawianych regulacji należałoby zarzucić nie tyle naruszenie wprost wzorców kontroli konstytucyjnej, ile pominięcie przez ustawodawcę treści, których pominąć nie powinien, by unormowanie pozostawało w zgodzie z Konstytucją RP. Tym samym, nabiera znaczenia kwestia dopuszczalnego kształtu zarzutów formułowanych w stosunku do norm prawnych w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym, a zwłaszcza rozróżnienia pomiędzy zaniechaniem prawodawczym a pominięciem prawodawczym, czyli tak zwaną regulacją niepełną.

W doktrynie przyjmuje się, że z podlegającym kognicji Trybunału Konstytucyjnego pominięciem prawodawczym mamy do czynienia, gdy jakiś akt normatywny lub jego część ma zbyt wąski zakres zastosowania lub normowania, co jest niezgodne z Konstytucją (*vide* – Piotr Tuleja, *Podstawowe problemy związane z interpretacją Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny – między hierarchiczną kontrolą norm a ochroną praw człowieka,* [w:] *Księga XX – lecia orzecznictwa*

Trybunału Konstytucyjnego, Trybunał Konstytucyjny, Wydawnictwa, Warszawa 2006, s. 223).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, Trybunał nie ma kompetencji do orzekania o zaniechaniach ustawodawcy, polegających na niewydaniu aktu ustawodawczego, choćby obowiązek jego wydania wynikał z norm konstytucyjnych. W przypadku natomiast aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć, postępując zgodnie z Konstytucją, powinien był unormować. Prowadzi to do wniosku, że o ile parlamentowi przysługuje bardzo szerokie pole decyzji, jakie materie wybrać do normowania w drodze stanowionych przez siebie ustaw, to skoro decyzja taka zostanie już podjęta, regulacja danej materii musi zostać dokonana przy poszanowaniu wymagań konstytucyjnych (*vide* – wyroki: z dnia 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU Nr 7/2001, poz. 216, s. 1092 oraz powołane tam orzecznictwo, jak również z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. K 2/10, OTK ZU Nr 9/A/2010, po. 102, s. 1500 oraz powołane tam orzecznictwo).

Zdaniem Trybunału, pominięcie prawodawcze zachodzi niespornie wtedy, gdy prawodawca w wydanym przez siebie akcie normatywnym przewidział jakąś czynność konwencjonalną, lecz pominął reguły jej dokonywania – wszystkie lub tylko niektóre – w następstwie czego czynności konwencjonalnej „ważnie" dokonać się nie da. Jest to typowa sytuacja określana mianem luki tetycznej (konstrukcyjnej): prawodawca w akcie normatywnym daje wyraz woli wykreowania określonej czynności konwencjonalnej, ale czyni to konstrukcyjnie wadliwie. Jako pominięcie prawodawcze Trybunał kwalifikuje również takie sytuacje, gdy prawodawca w akcie normatywnym kształtuje jakąś

sytuację prawną, na którą zazwyczaj składają się powiązane ze sobą funkcjonalnie kompetencje, obowiązki, uprawnienia jakiegoś podmiotu, przy czym nie stanowi norm, które są niezbędne, by wyznaczone obowiązki dało się zrealizować, lub norm, które umożliwiałyby czynienie użytku z przyznanych kompetencji lub uprawnień, bądź też nie przewiduje odpowiednich gwarancji zabezpieczających egzekwowanie albo kontrolę wykonywania rozważanych obowiązków, kompetencji czy uprawnień. W tego rodzaju przypadkach Trybunał Konstytucyjny stwierdza brak normy lub norm, które umożliwiałyby funkcjonowanie mechanizmu przyjętego przez prawodawcę (*vide* – wyrok z dnia 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11, OTK ZU Nr 10/A/2012, poz. 119, s. 1542).

Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do swojej kompetencji, przypominał również niejednokrotnie, że może badać, czy w kontrolowanych przepisach nie brakuje pewnych elementów normatywnych, których zamieszczenie jest konieczne z punktu widzenia konstytucyjnego wzorca dla danej regulacji. Możliwe jest zatem, w wypadku regulacji prawnej częściowej o niepełnym charakterze, kwestionowanie jej zakresu. Trybunał jest więc kompetentny do oceny konstytucyjności prawa pod tym względem, czy w kontrolowanym przepisie nie brakuje unormowań, bez których, w związku z naturą objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości konstytucyjne. Zarzut niekonstytucyjności może zatem dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie pominął, chociaż, postępując zgodnie z Konstytucją, powinien był unormować. Parlamentowi przysługuje szeroki margines decyzyjny w wyborze materii normowanych stanowionymi przez siebie ustawami. Gdy jednak decyzja taka zostanie już podjęta, regulacja danej materii musi zostać dokonana przy poszanowaniu wymagań konstytucyjnych (*vide* – wyrok, wydany w pełnym składzie Trybunału, z dnia 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09, OTK ZU Nr 9/A/2009, poz. 138, s. 1503 oraz powołane tam orzecznictwo).

Tym samym, w świetle przytoczonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz poglądów doktryny, należy uznać, że pozbawienie prokuratora możliwości zainicjowania kontroli instancyjnej postanowień sądu w przedmiocie zgody następczej na prowadzenie kontroli operacyjnej oraz zgody na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów popełnienia przestępstwa uzyskanych w wyniku prowadzenia takiej kontroli wobec innej osoby lub innego przestępstwa, niż objęte zarządzeniem kontroli przez sąd – stanowi podlegające kognicji Trybunału Konstytucyjnego pominięcie prawodawcze.

Przechodząc do oceny budzących zastrzeżenia przepisów, zawartych w ustawach instytucjonalnych statuujących służby mundurowe oraz specjalne – w kontekście art. 2 ustawy zasadniczej – należy odnotować, że, zgodnie z tym unormowaniem, Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

W doktrynie przyjmuje się, że wykonywanie funkcji państwa musi pozostawać w zgodności z fundamentalną zasadą demokratycznego państwa prawnego, co oznacza, że organy państwa, realizując swoje zadania, działać powinny nie tylko w ramach ustaw, lecz także zgodnie z zasadą legalizmu, tj. na podstawie przepisów prawa, zaś przestrzeganie praw Rzeczypospolitej Polskiej jest ich podstawowym obowiązkiem (*vide* – Jerzy Oniszczuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Zakamycze 2000, s. 39, jak również powołane tam poglądy doktryny oraz orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego).

Przedstawiciele nauki prawa konstytucyjnego prezentują również pogląd, że ostatecznym arbitrem pomiędzy obywatelem a organami administracji publicznej w sporach wynikłych na tle różnej interpretacji obowiązujących przepisów są sądy (*vide* – *ibidem*, s. 51 oraz powołane tam orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego).

W literaturze przedmiotu podnosi się również, że z art. 2 Konstytucji wynika nakaz, adresowany do wszystkich organów stosujących prawo, by

stosowały wykładnię zgodną z Konstytucją, tj. starały się nadawać interpretowanym przepisom sens najbardziej odpowiadający wartościom chronionym konstytucyjnie (*vide* – Wojciech Sokolewicz, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz,* V Tom, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, tezy do art. 2, s. 27, jak również powołane tam poglądy doktryny oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego).

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zawierający klauzulę demokratycznego państwa prawnego art. 2 – zamieszczony w rozdziale I Konstytucji – należy do tych fundamentalnych przepisów konstytucyjnych, które określają podstawowe i szczególnie chronione cechy ustrojowe Rzeczypospolitej Polskiej. Dla organów władzy publicznej stanowi on niezwykle ważną dyrektywę w zakresie stanowienia i stosowania prawa w zgodzie ze standardami tego typu państwa (*vide* – postanowienie z dnia 9 maja 2005 r., sygn. Ts 216/04, OTK ZU Nr 2/B/2006, poz. 87, s. 224).

Trybunał Konstytucyjny stanął również na stanowisku, że za błędną należy uznać tezę o możliwości różnic interpretacyjnych pomiędzy poszczególnymi organami administracji publicznej a sądami. Odmowa podporządkowania się przez organy administracji orzeczeniom sądów powszechnych i nierespektowanie wydawanych w konkretnych sprawach wyroków stanowi drastyczne pogwałcenie podstawowych zasad praworządności obowiązujących w państwie prawa (*vide* – wyrok z dnia 27 listopada 1997 r., sygn. U 11/97, OTK ZU Nr 5–6/1997, poz. 67, s. 475).

Jak już sygnalizowano, ustawowo określonym zadaniem prokuratury jest strzeżenie praworządności oraz czuwanie nad ściganiem przestępstw, a zadanie to ma być realizowane, między innymi, przez nadzór nad zgodnością z prawem inicjowania i przeprowadzania czynności operacyjno–rozpoznawczych przez organy ścigania, jak również poprzez podejmowanie środków przewidzianych prawem, zmierzających do prawidłowego i jednolitego stosowania prawa w

postępowaniu sądowym, administracyjnym, w sprawach o wykroczenia oraz w innych postępowaniach. Jednakże instrumenty prawne, w które wyposażył ustawodawca prokuraturę w celu realizacji tak określonego zadania, nie pozwalają tejże prokuraturze na należyte wywiązywanie się z nałożonych na nią obowiązków.

Wystąpienie do sądu z wnioskiem przez właściwy organ Policji, Straży Granicznej, wywiadu skarbowego, Żandarmerii Wojskowej, ABW oraz CBA o legalizację kontroli operacyjnej podjętej w przypadkach niecierpiących zwłoki wymaga uprzedniego uzyskania zgody Prokuratora Generalnego, właściwego prokuratora okręgowego lub właściwego prokuratora wojskowego.

Wprawdzie instytucja wyrażenia zgody na powyższe wnioski służb stanowi ważny instrument nadzorczy prokuratora w stosunku do prowadzenia czynności operacyjno–rozpoznawczych, jednakże kolejną możliwość przeprowadzenia kontroli prawidłowości i legalności działania służb w omawianym zakresie uzyskuje prokurator dopiero w przypadku pozyskania przez służby dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, kiedy to służby przekazują mu materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, art. 9e ust. 16 ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 1 pkt 2 ustawy o kontroli skarbowej, art. 36c ust. 16 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ust. 15 ustawy o ABW oraz art. 17 ust. 15 ustawy o CBA). Możliwość podejmowania przez prokuratora czynności kontrolnych lub nadzorczych wobec służb nie zachodzi natomiast, jeżeli ich działalność nie przyniosła spodziewanych rezultatów, to jest gdy nie uzyskano podczas stosowania kontroli operacyjnej materiałów zawierających dowody pozwalające 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. 36d ust. 3 ustawy o kontroli skarbowej, art. 36c ust. 18 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ust. 16 ustawy o ABW oraz

art. 17 ust. 16 ustawy o CBA). W tej sytuacji, umożliwienie prokuratorowi wniesienia środka odwoławczego od postanowienia sądu w przedmiocie legalizacji kontroli operacyjnej nabiera szczególnego znaczenia dla prawidłowej realizacji przez tegoż prokuratora jego zadań ustawowych w zakresie nadzoru nad służbami oraz wynikających ze wspomnianego wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11.

W tym miejscu należy odnotować, że Trybunał Konstytucyjny, delegalizując między innymi niektóre regulacje zawarte w art. 19 ustawy o Policji, podkreślił, iż „doświadczenia współczesnych państw demokratycznych wskazują, że władza wykonawcza odpowiedzialna za bezpieczeństwo i porządek publiczny, w tym podległe jej podmioty prowadzące czynności operacyjno–rozpoznawcze, dysponują środkami, których zastosowanie – w imię obrony porządku publicznego – może doprowadzić do zniszczenia instytucji demokratycznych i redukcji praw obywatelskich. Dzieje się tak zarówno dlatego, że poufność i brak zewnętrznej kontroli może prowadzić do nadmiernej autonomizacji czy subiektywizacji samego celu działalności operacyjnej oraz niezachowania w niej należytej wstrzemięźliwości przy wkraczaniu w prawa i wolności obywatelskie. Niekiedy zaś sytuacja taka może wynikać z nadmiernie eksponowanych względów ideologicznych czy politycznych w działaniu egzekutywy. Inaczej mówiąc, cecha niejawności kontroli operacyjnej czyni ją podatną na nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie przez legislatora korzystania z wolności obywatelskich, wymaga więc zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie dla wolności. Będzie tak wtedy, gdy – po pierwsze – wprowadzane ograniczenia będą arbitralne, nieproporcjonalne do ewentualnych zagrożeń i – po drugie – gdy będą one wyłączone (czy to prawnie, czy faktycznie)

spod kontroli sprawowanej przez instytucje demokratyczne. Konflikt między koniecznością istnienia legalnej, prawnie umocowanej działalności operacyjnej i zagrożeniem dla konstytucyjnych wolności i praw jednostki wymaga więc przede wszystkim wyważenia właściwej proporcji w prawnej ochronie obu sfer, pozostających w konflikcie (...). Instrumentarium prawne, umożliwiające wyważenie stosownego kompromisu obejmuje: – z jednej strony, regulację materialnoprawną (określającą granice stawiane przez system prawa wkroczeniu przez władzę w poszczególne sfery prywatności jednostki); – z drugiej zaś – gwarancje proceduralne, towarzyszące temu wkroczeniu, tj. konieczność zgłoszenia kontroli organowi pozapolicyjnemu i jej legalizacji przez ten organ, przesłanki i procedury legalizacji – przez organ zewnętrzny i poprzez udostępnienie zainteresowanemu (choćby w pewnym zakresie i od pewnego momentu czasowego) wiedzy o kontroli i jej rezultatach, środki kontroli na wypadek ekscesu organu przeprowadzającego kontrolę" (wyrok z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU Nr 11/A/2005, poz. 132, s. 1494).

Można przewidywać, że inicjowanie przez prokuratora kontroli instancyjnej postanowień sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej w części przypadków polegałoby na zaskarżaniu negatywnych rozstrzygnięć sądu, dotyczących zaakceptowanych uprzednio przez prokuratora wniosków służb. Jednakże założenie takiego ograniczenia aktywności prokuratora w zakresie składania zażaleń na postanowienia sądu pierwszej instancji należy uznać za nieuprawnione. Wobec stwierdzonego przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11, braku jednolitej linii orzeczniczej sądów w omawianym zakresie (*vide – op. cit.*, s. 1252), aktywność prokuratora w celu doprowadzenia do ujednolicenia tej linii orzeczniczej wydaje się wręcz niezbędna dla stosowania przepisów dotyczących kontroli operacyjnej w zgodzie z wymogami ustawy zasadniczej. Nadto, prawidłowe sporządzenie przez służbę stosownego wniosku i zaakceptowanie tegoż wniosku przez prokuratora nie

gwarantuje jeszcze wydania przez sąd postanowienia spełniającego wszystkie wymogi konstytucyjne.

Jak podnoszono wyżej, Trybunał Konstytucyjny stwierdził również, w tymże wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11, że „co do zasady sądy nie wskazują w postanowieniu środka technicznego" (umożliwiającego uzyskanie w sposób niejawny informacji i dowodów oraz ich utrwalenie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych) [*vide – op. cit.*, s. 1252]. Ta konstatacja Trybunału Konstytucyjnego zdaje się uprawniać do sformułowania obawy, że nawet prawidłowy, zaakceptowany przez prokuratora wniosek służby nie przesądza jeszcze prawidłowego sformułowania postanowienia sądu, co może prowadzić do wadliwego, niekonstytucyjnego rozumienia przepisu, a w ostatecznym rezultacie do wadliwego przeprowadzenia kontroli operacyjnej przy braku jakichkolwiek ograniczeń (tak rodzajowych, jak i konkretnych) środków technicznych, których służby używają lub mogą użyć (wbrew pierwotnym zamierzeniom) do stosowania podsłuchów. Zapobieżenie takim skutkom możliwe byłoby jedynie w drodze zainicjowania przez prokuratora kontroli instancyjnej wadliwego postanowienia sądu pierwszej instancji.

W tym miejscu należałoby również podnieść, za powoływanym już wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11, iż nie sposób mówić o wykształceniu się linii orzeczniczej gwarantującej ochronę tajemnicy zawodowej w trakcie kontroli operacyjnej, jak również, że mankamentem konstytucyjnym jest niezagwarantowanie w ustawie szczególnej ochrony i poddania dodatkowej weryfikacji przez sąd materiałów zawierających informacje objęte tajemnicą zawodową (*vide – op. cit.*, s. 1267). W konsekwencji, podstawowe znaczenie dla konstytucyjności rozwiązań dotyczących czynności operacyjno–rozpoznawczych, wkraczających w sferę informacji objętych zakazami dowodowymi, ma, zdaniem Trybunału, istnienie prawidłowo ukształtowanej kontroli sądowej (*vide – ibidem*, s. 1268).

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę na konsekwencje prawne charakteru czynności operacyjno–rozpoznawczych, w tym kontroli operacyjnej, prowadzonych w sposób niejawny, to jest bez jakiejkolwiek wiedzy osoby zainteresowanej w omawianym zakresie. Zgodnie z obowiązującymi procedurami, osoba, wobec której prowadzona jest kontrola operacyjna, nie posiada żadnych uprawnień w toku postępowania przed sądem zmierzającego do wydania postanowienia w przedmiocie tejże kontroli. W szczególności – co oczywiste – osobie, wobec której prowadzona jest (bądź ma być prowadzona) kontrola operacyjna, ustawodawca nie przyznał ani prawa do wysłuchania, ani prawa do zgłaszania wniosków dowodowych, ani osobistego udziału w czynnościach przed sądem. W końcu osoba ta nie ma też prawa do zainicjowania postępowania odwoławczego (nawet w terminie znacznie późniejszym w stosunku do daty wydania postanowienia, to jest po zakończeniu prowadzenia kontroli operacyjnej).

Tak istotne ograniczenie uprawnień osoby, wobec której prowadzona jest kontrola operacyjna, w zakresie jej konstytucyjnego prawa do sądu powoduje konieczność szczególnie rygorystycznego ukształtowania kompetencji Prokuratora Generalnego i podległych mu prokuratorów w zakresie zadań prokuratury jako organu ochrony prawnej oraz prokuratorów jako strażników praworządności.

Tym samym, postępowanie odwoławcze od postanowień sądu w przedmiocie legalizacji kontroli operacyjnej, podjętej w przypadkach niecierpiących zwłoki, nie może być inicjowane jedynie przez organy służb, które o taką legalizację wnioskują oraz taką kontrolę prowadzą. W kontekście art. 2 Konstytucji RP należałoby uznać, że możliwość wniesienia stosownego zażalenia powinna być przyznana przez ustawodawcę również prokuratorowi, mimo że samo wnioskowanie odbywa się za zgodą tegoż prokuratora.

Jak już sygnalizowano, zgodnie z art. 19 ust. 15c ustawy o Policji, art. 9e ust. 16c ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 1c ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 16c ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ust. 15c ustawy o ABW, art. 17 ust. 15c ustawy o CBA, jak również art. 31 ust. 14c ustawy o SKW, 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 wykorzystanie takiego dowodu w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe orzeka postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną lub wyraził na nią zgodę. Ustawodawca nie przewidział w ogóle kontroli instancyjnej wymienionych postanowień sądu.

Tymczasem postanowienia te legalizują nie tylko poszerzenie przez służby dozwolonego zakresu stosowania kontroli operacyjnej wobec osób objętych taką kontrolą z innych powodów, ale również zastosowanie takiej kontroli wobec osób trzecich, mimo że sąd wcześniej nie zarządził takiej kontroli ani nie wyraził na nią zgody.

Na marginesie należałoby zauważyć, że kwestionowane pominięcie prawodawcze parlamentu można odczytać jako przejaw jego arbitralności. Ze względów oczywistych, Trybunał Konstytucyjny nie dokonuje „poziomej" kontroli zgodności norm prawnych zawartych w poszczególnych ustawach. Jednakże musi budzić poważne zastrzeżenia, iż ustawodawca dopuścił zażalenie (choć wadliwie ukształtowane) na postanowienia sądu w przedmiocie legalizacji kontroli operacyjnej, podjętej bez zgody sądu w przypadkach niecierpiących zwłoki, pominął natomiast taką możliwość w przypadku legalizacji poszerzenia zakresu przedmiotowego, a nawet podmiotowego zarządzonej kontroli operacyjnej. Tym samym, ustawodawca potraktował w sposób bardziej uprzywilejowany służbę wnioskującą o legalizację kontroli operacyjnej niż

prokuratora wnioskującego o dopuszczenie dowodu uzyskanego w toku poszerzonej przedmiotowo lub podmiotowo kontroli operacyjnej, pomimo że to prokurator ma nadzorować służbę w zakresie zgodności z prawem inicjowania i przeprowadzania czynności operacyjno–rozpoznawczych, a nie odwrotnie.

Omawiane wyżej kompetencje służb mundurowych oraz specjalnych w zakresie kontroli operacyjnej zostały im przyznane ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 53, poz. 273), poszerzającą, między innymi, uprawnienia służb.

Wspomniana zmiana ustawodawcza spotkała się z krytyczną oceną doktryny. Podniesiono, między innymi, że wprowadzenie alternatywnej możliwości wykorzystania materiałów pochodzących z czynności kontroli i utrwalania rozmów bez bieżącej kontroli sądu może rodzić niebezpieczeństwo nadużyć i negatywnie wpływać na efektywną realizację prawa do obrony (vide – Michał Błoński, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy podsłuchu procesowego*, Palestra Nr 7 – 8/2012, s. 90).

W tym kontekście należałoby odnotować, że w zdaniu odrębnym do wielokrotnie powoływanego w niniejszej analizie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11, Sędzia Wojciech Hermeliński podkreślił swój niepokój wynikający z obserwowanej tendencji do przyznawania służbom kolejnych kompetencji do pozyskiwania informacji o obywatelach. Zastrzeżenia budzi przede wszystkim brak należytej staranności ustawodawcy, jeżeli chodzi o badanie, jaki zakres inwigilacji obywateli przez państwo jest rzeczywiście niezbędny do zapobiegania i wykrywania przestępstw. Sędzia obawiał się również, że ustawodawca nie przywiązuje należytej wagi do konieczności zapewnienia stosownych gwarancji proceduralnych, przeciwdziałających nadużywaniu przez Policję, ABW, CBA i inne służby uprawnień w zakresie kontroli operacyjnej i dostępu do danych telekomunikacyjnych (*vide – op. cit.*, s. 1290).

Niejako na marginesie wypadałoby przypomnieć, iż przy rozstrzyganiu problemów związanych z konstytucyjnością obowiązujących przepisów zderzają się różne poglądy na temat roli i znaczenia prawa, pojęcia sprawiedliwości itp. Możliwość wyrażenia i ogłoszenia przez sędziego własnego zdania odrębnego nie tylko zwiększa przejrzystość rozstrzygnięcia prawnego przyjętego przez większość składu orzekającego, ale również ma ważkie znaczenie dla dalszego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (*vide* – Bohdan Zdziennicki, *Zdania odrębne w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego,* [w:] *Księga XX – lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, op. cit.*, s. 136).

Dopuszczając możliwość legalizacji *ex post* poszerzenia przez służby mundurowe lub specjalne zarówno przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu kontroli operacyjnej, zarządzonej uprzednio przez sąd, ustawodawca, w istocie, poszerzył zakres kompetencji tychże służb w ramach kontroli operacyjnej. Jednakże gwarancje proceduralne, mogące przeciwdziałać ewentualnym nadużyciom ze strony służb, zostały uregulowane w sposób niepełny.

Jedyną taką gwarancją, z woli ustawodawcy, stał się wymóg, by stosowne wnioski do sądu kierował w omawianym zakresie Prokurator Generalny, właściwy prokurator okręgowy lub właściwy prokurator wojskowy (art. 19 ust. 15d ustawy o Policji, art. 9e ust. 16d ustawy o Straży Granicznej, art. 36d ust. 1d ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 16d ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 27 ust. 15d ustawy o ABW, art. 17 ust. 15c ustawy o CBA oraz art. 31 ust. 14d ustawy o SKW). Ustawodawca pominął natomiast unormowanie postępowania odwoławczego od postanowień sądu w omawianym zakresie. Pominięcie przez ustawodawcę kontroli instancyjnej postanowień sądu w omawianym przedmiocie świadczy, że tenże ustawodawca zlekceważył konieczność zapewnienia gwarancji proceduralnych, mogących przeciwdziałać ewentualnym pomyłkom sądu pierwszej instancji, jak i możliwym – przynajmniej teoretycznie – nadużyciom ze strony służb.

Należy wyrazić przekonanie, że przyznanie prokuratorowi uprawnienia do złożenia zażalenia na omawiane postanowienia sądu umożliwiałoby korektę ewentualnych błędów tegoż sądu w przypadku nieuwzględnienia wniosku prokuratora, jak również dawałoby prokuratorowi instrument do efektywnego zabiegania o jednolitość orzecznictwa sądowego. Wobec braku jakichkolwiek uprawnień osoby, wobec której stosowana jest kontrola operacyjna, a nawet braku wiedzy tej osoby, że kontrola w ogóle jest stosowana, to prokurator mógłby zakwestionować nieprawidłowości, których mogłyby dopuścić się służby w omawianym zakresie, a które mogłyby wynikać z błędów zawartych w postanowieniach sądu pierwszej instancji. Brak możliwości wdrożenia kontroli instancyjnej stanowi poważną przeszkodę w realizacji przez prokuratora jego zadań urzeczywistniających zasady demokratycznego państwa prawnego.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że art. 19 ust. 20 ustawy o Policji, art. 9e ust. 19 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 14 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 19 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 11a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ust. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również art. 31 ust. 10 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego - w zakresie wskazanym w *petitum* niniejszego wniosku – są niezgodne z art. 2 ustawy zasadniczej.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

Andrzej Seremet