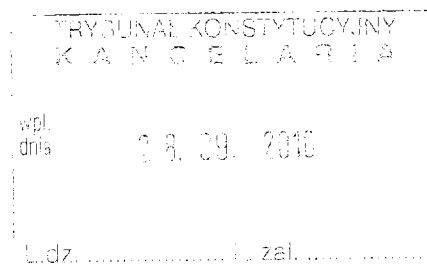




SEJMN
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 28 września 2010 r.

Sygn. akt SK 7/10



Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie skargi konstytucyjnej K P z dnia 4 marca 2009 r. (sygn. akt SK 7/10), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 19 ust. 15 i 17 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.) w zakresie, w jakim umożliwiają gromadzenie i dołączanie do akt postępowania karnego materiałów kontroli operacyjnej dokumentujących kontakty oskarżonego z obrońcą, oraz nie przewidują zniszczenia takich materiałów, **są niezgodne** z art. 42 ust. 2 i art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji.

Ponadto, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, wnoszę o **umorzenie postępowania** w pozostałym zakresie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Uzasadnienie

I. Analiza formalnoprawna

1. Skarżący K P (dalej skarżący) jako przedmiot kontroli wskazał art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.; dalej ustawa o Policji albo u.p.) w zakresie, w jakim przepis ten umożliwia gromadzenie i dołączanie 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 ich zniszczenia. Skarżący nie zakwestionował natomiast zgodności z Konstytucją „art. 19 ustawy o policji w zakresie, w jakim pozwala na kontrolę operacyjną kontaktów z obrońcą”, argumentując, że taki postulat byłby „technicznie niemożliwy do zrealizowania” („w skardze chodzi tylko i wyłącznie o gromadzenie zapisów z kontroli, i o to, że nie ma możliwości ich zniszczenia”; skarga konstytucyjna z 4 marca 2009 r., s. 3).

2. Artykuł 19 u.p., który reguluje kwestię podejmowania i wykonywania kontroli operacyjnej, składa się z 22 ustępów. Ustęp 1 tego artykułu wyznacza cel i zakres kontroli, a ust. 6 jej charakter i istotę. Ustępy 2, 3, 5, 7, 10, 11, 14 i 20 regulują proceduralne aspekty zarządzenia, prowadzenia i zakończenia kontroli, zaś ust. 8, 9 i 13 jej ramy czasowe. W ustępie 12 na podmioty wykonujące działalność telekomunikacyjną oraz podmioty świadczące usługi pocztowe zostały nałożone określone obowiązki związane z przeprowadzaniem kontroli operacyjnej. Ustępy 15 i 17 określają sposób postępowania z materiałem zgromadzonym podczas stosowania kontroli operacyjnej. W ustępie 16 zostały ustalone zasady udostępniania materiałów zgromadzonych podczas trwania kontroli operacyjnej osobom, wobec których była ona stosowana. Ustęp 21 udziela ministrowi właściwemu do spraw

wewnętrznych upoważnienia do wydania rozporządzenia regulującego m.in. sposób dokumentowania kontroli operacyjnej oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas jej stosowania, a ust. 22 nakłada na Prokuratora Generalnego obowiązek przedstawiania corocznie Sejmowi i Senatowi informacji o działalności operacyjno-rozpoznawczej. Ustępy 4, 18 i 19 zostały uchylone.

3. Wstępnym problemem wymagającym rozważenia jest określenie granic skargi konstytucyjnej.

Zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji, skarga konstytucyjna może dotyczyć przepisów, na podstawie których sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o konstytucyjnych wolnościach lub prawach skarżącego. Warunek ten jest spełniony, gdy zakwestionowany w skardze przepis determinuje treść orzeczenia w tym aspekcie, w którym skarżący upatruje naruszenia przysługujących mu praw lub wolności o charakterze konstytucyjnym (zob. postanowienie TK z 6 lipca 2005 r., sygn. akt SK 25/03 wraz ze wskazanym tam orzecznictwem; Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzeciński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 164). Ocena spełnienia powyższego warunku wymaga przeanalizowania okoliczności sprawy, na tle której zapadło orzeczenie i skonfrontowania podstawy prawnej rozstrzygnięcia z przedmiotem zaskarżenia. Podkreślić trzeba, że niepowołanie konkretnego przepisu w sentencji nie przesądza, czy stanowił on podstawę ostatecznego orzeczenia w rozumieniu art. 79 Konstytucji (zob. wyroki TK z: 15 czerwca 2004 r., sygn. akt SK 43/03; 17 września 2002 r., sygn. akt SK 35/01; 9 października 2001 r., sygn. akt SK 8/00).

Wskazany w skardze konstytucyjnej z 4 marca 2009 r. (dalej także skarga) ostatecznym orzeczeniem o prawach i wolnościach skarżącego jest postanowienie z grudnia 2008 r. Sądu Rejonowego dla K w K , Wydział II Karny. Przedmiotem rozstrzygnięcia sądu był wniosek obrońcy skarżącego m.in. o zniszczenie lub usunięcie protokołów podsłuchów rozmów telefonicznych oskarżonych prowadzonych z obrońcami, ewentualnie złożenie ich do kancelarii tajnej. Sąd postanowił nie uwzględniać wniosku, powołując jako podstawę prawną art. 19 ust. 15 u.p. Przepis ten reguluje warunki i procedurę przekazania zebranych w trakcie kontroli operacyjnej materiałów właściwemu prokuratorowi oraz ich wykorzystania w procesie karnym (tzw. wprowadzenia do procesu karnego). W uzasadnieniu postanowienia sąd odniósł się także do treści art. 19 ust. 17 u.p.,

wyjaśniając, że jego hipoteza nie została w tym przypadku zrealizowana. Przepis ten określa warunki i procedurę postępowania z materiałami niezawierającymi dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego; nakłada na organy Policji obowiązek ich zniszczenia. Sąd dokonał oceny, czy dany przepis może stanowić podstawę zarządzenia likwidacji części zebranego materiału zgromadzonego podczas kontroli operacyjnej i na jej podstawie podjął ww. rozstrzygnięcie. Wobec tego należy uznać, że art. 19 ust. 17 u.p. stanowił także podstawę rozstrzygnięcia sądu o konstytucyjnych prawach skarżącego.

Z analizy postanowienia z 4 marca 2008 r. wynika, zdaniem Sejmu, iż pozostałe przepisy zawarte w art. 19 u.p. nie były podstawą ostatecznego orzeczenia w rozumieniu art. 79 Konstytucji. Tym samym, ze względu na konstytucyjny wymóg, który umożliwia zaskarżenie wyłącznie przepisów stanowiących podstawę ostatecznego orzeczenia o konstytucyjnych prawach i wolnościach, przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie mogą być jedynie art. 19 ust. 15 i 17 u.p.

Dopuszczalność zakwestionowania przed sądem konstytucyjnym tylko przepisów zastosowanych w sprawie skarżącego, które legły u podstaw jej ostatecznego rozstrzygnięcia, ma również taki skutek, że badaniu powinien podlegać przepis w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania orzeczenia. Po 4 marca 2008 r. art. 19 u.p. podlegał czterokrotnej nowelizacji (zob. art. 55 pkt 2 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, Dz. U. Nr 127, poz. 857; art. 2 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 98, poz. 626; art. 6 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 206, poz. 1589; art. 93 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, Dz. U. Nr 201, poz. 1540), jednakże zmiany te nie dotyczyły ust. 15 i 17. Okoliczność ta pozostaje więc *de facto* bez wpływu na określenie przedmiotu kontroli w sprawie.

Weryfikacja dopuszczalności zainicjowania postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w trybie skargi konstytucyjnej ma miejsce w ramach jej wstępnej kontroli. Kontrola ta nie przesądza jednak definitywnie o zakazie ograniczenia zakresu zaskarżenia przez Trybunał Konstytucyjny na późniejszym etapie, jeśli okaże się, że zachodzi jedna z ujemnych (negatywnych) przesłanek skutkujących obligatoryjnym

umorzeniem postępowania (por. m.in. postanowienia TK z: 14 listopada 2007 r., sygn. akt SK 53/06; 30 maja 2007 r., sygn. akt SK 67/06; 21 marca 2006 r., sygn. akt SK 58/05; 28 października 2002 r., sygn. akt SK 21/01; 21 marca 2000 r., sygn. akt SK 6/99; 20 grudnia 2000 r., sygn. akt SK 14/99; oraz 19 grudnia 2000 r., sygn. akt SK 19/00).

W związku z powyższym należy **umorzyć postępowanie** w zakresie badania zgodności art. 19 ust. 1-3, 5-14, 16 i 20-22 u.p. z art. 42 ust. 2 oraz z art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Wniosek o umorzenie postępowania jest równoznaczny z ograniczeniem przedmiotu kontroli do art. 19 ust. 15 i 17 u.p., w zakresie określonym w *petitum* skargi konstytucyjnej.

4. Skarżący wskazuje, że art. 19 u.p. nie zawiera obowiązku zniszczenia materiałów kontroli operacyjnej oraz nie reguluje procedury umożliwiającej skuteczne żądanie zniszczenia takich materiałów. Podnosi zatem zarzut niekonstytucyjności nie ze względu na treść pozytywnej regulacji, lecz ze względu na jej brak.

Naruszenie Konstytucji może nastąpić zarówno na skutek tego, co prawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć – postępując zgodnie z Konstytucją – powinien był unormować. Kontrola konstytucyjności tego typu braków ma jednak charakter wyjątkowy (zob. postanowienie TK z 2 września 2002 r., sygn. akt K 17/02), a na podmiocie, który ją inicjuje, ciążą surowsze wymagania co do sposobu uzasadnienia zarzutu niekonstytucyjności. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 9 lipca 2002 r. (sygn. akt K 1/02): „Podmioty uprawnione do inicjowania kontroli aktów normatywnych mogą zatem kwestionować pominięcie w danym akcie normatywnym unormowania określonych zagadnień, jednak muszą wtedy precyzyjnie określić zagadnienie które nie zostało unormowane oraz powołać jako podstawę kontroli przepisy konstytucyjne, z których – zdaniem tego podmiotu – wynika obowiązek unormowania w danym akcie pominiętych zagadnień. Ten, kto kwestionuje pominięcie określonych regulacji, powinien przy tym wskazać związek między zaskarżonym aktem normatywnym a konstytucyjnym obowiązkiem ustanowienia danych regulacji”. W żadnym wypadku nie może to jednak prowadzić do „uzupełniania” obowiązującego stanu prawnego o rozwiązania pożądane z punktu widzenia inicjatora postępowania, ponieważ wykraczałoby poza konstytucyjną rolę

sądu konstytucyjnego jako „negatywnego ustawodawcy” i naruszało zasadę podziału władzy (zob. m.in. wyroki TK z: 19 listopada 2001 r., sygn. akt K 3/00; 13 listopada 2007 r., sygn. akt P 42/06).

W wyroku z 13 listopada 2007 r. (sygn. akt P 42/06) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „z pominięciem ustawodawczym mamy do czynienia w sytuacji, gdy integralną część regulacji prawnej stanowi element, którego brakuje, a z uwagi na podobieństwo do istniejących unormowań należy oczekiwać jego istnienia”. Również w innych orzeczeniach Trybunał akcentował, że w ramach kompetencji do kontroli konstytucyjności obowiązującego prawa ocenia on zawsze pełną treść normatywną zaskarżonego przepisu, a więc także brak pewnych elementów normatywnych, których istnienie warunkowałoby konstytucyjność danej regulacji (zob. przykładowo postanowienia TK z: 9 maja 2000 r., sygn. akt Ts 84/99; 8 września 2004 r., sygn. akt SK 55/03 oraz wyroki TK z: 8 września 2005 r., sygn. akt P 17/04; 27 listopada 2007 r., sygn. akt SK 39/06).

Należy zatem ustalić, czy przedmiotem niniejszej skargi konstytucyjnej jest zaniechanie czy też pominięcie legislacyjne. O ile bowiem orzekanie o zaniechaniu prawodawczym, rozumianym jako nieuchwalenie (niewydanie) aktu normatywnego wbrew istniejącemu obowiązkowi prawnemu, znajduje się poza kognicją Trybunału Konstytucyjnego, o tyle badanie, czy nie doszło do pominięcia prawodawczego, polegającego na zbyt wąskim określeniu zakresu zastosowania normy prawnej, mieści się w sferze kompetencji tego organu (zob. postanowienie TK z 14 lipca 2009 r., sygn. akt SK 2/08; wyroki TK z: 6 maja 1998 r., sygn. akt K 37/97; 9 października 2001 r., sygn. akt SK 8/00; 16 listopada 2004 r., sygn. akt P 19/03).

W omawianej sprawie zaskarżony przepis reguluje sposób postępowania z materiałem zebrany w trakcie stosowania kontroli operacyjnej. Brak unormowania ustanawiającego obowiązek i procedurę zniszczenia tych materiałów może wiązać się z treścią normatywną art. 19 ust. 15 i 17 u.p. Wspólnie określają one zasady i procedurę wykorzystania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym. Podkreślić także należy, że art. 19 u.p. oprócz norm materialnych obejmuje także przepisy proceduralne, w tym normujące prawa obrońcy lub oskarżonego w procesie karnym (zob. art. 19 ust. 16 u.p.). W związku z tym należy przyjąć, że postawiony przez skarżącego zarzut dotyczy tzw. pominięcia ustawodawczego i odnosi się do art. 19 ust. 15 i 17 u.p.

5. W konkluzji punktu omawiającego kwestię niezgodności zaskarżonych przepisów z prawem do obrony skarżący stwierdza, że przedmiot kontroli „jest niezgodny z art. 42 ust. 2 Konstytucji, w zakresie w jakim przepis ten umożliwia gromadzenie [i – uwaga własna] dołączenie do akt postępowania materiałów kontroli operacyjnej dokumentujących kontakty oskarżonego z obrońcą, jak również nie zawiera obowiązku zniszczenia takich materiałów” (skarga, s. 17). Natomiast podsumowując wywód uzasadniający pogląd o niezgodności przedmiotu kontroli z art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji, wskazał, że: „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” (skarga, s. 23).

A zatem w uzasadnieniu, w stosunku do poszczególnych wzorców kontroli, skarżący wyznacza nieco węższy zakres zaskarżenia niż opisany w *petitum* skargi konstytucyjnej (skarga, s. 19-22). Zdaniem Sejmu, zgodnie z zasadą *falsa demonstratio non nocet*, należy jednak uznać, że decydujące znaczenie powinna mieć w tym wypadku część dyspozytywna pisma skarżącego (*petitum*).

II. Przedmiot kontroli i uwagi ogólne

1. Wobec wskazanego w pkt I pisma zakresu zaskarżenia, relewantnymi dla merytorycznego rozpatrzenia skargi konstytucyjnej przepisami są art. 19 ust. 15 i 17 u.p. Mają one następujące brzmienie: „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” (ust. 15); „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 protokolarnego, komisyjnego

zniszczenia. Zniszczenie materiałów zarządza organ Policji, który wnioskował o zarządzenie kontroli operacyjnej” (ust. 17).

2. Kontrola operacyjna polega na niejawnym stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie (w szczególności treści rozmów telefonicznych, innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych) oraz kontrolowaniu treści korespondencji i zawartości przesyłek (art. 19 ust. 6 u.p.). Ma ona charakter nieprocesowy. Do jej przeprowadzenia jest uprawniona Policja, ale także inne służby państwowe (zob. przykładowo art. 27 ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, Dz. U. Nr 74, poz. 676 ze zm.; art. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.). Kontrolę operacyjną zarządza sąd okręgowy na pisemny wniosek Komendanta Głównego albo komendanta wojewódzkiego Policji złożony po uzyskaniu pisemnej zgody odpowiednio Prokuratora Generalnego albo właściwego prokuratora (art. 19 ust. 1 u.p.; w przypadkach niecierpiących zwłoki wymagana jest następcza zgoda sądu, art. 19 ust. 3 u.p.). Może ona zostać zarządzona wyłącznie w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw wyczerpująco wymienionych w ustawie (tzw. przestępstw katalogowych; w przypadku Policji są one wymienione w art. 19 ust. 1 u.p.). Cechą charakterystyczną kontroli operacyjnej jest także jej subsydiarność, to jest może ona zostać zarządzona wyłącznie, gdy inne środki okazały się bezskuteczne, albo gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne. Maksymalny czas na jaki kontrola może zostać zarządzona jest oznaczony i co do zasady określa go ustawa (art. 19 ust. 8 u.p.; zob. także art. 19 ust. 9 u.p.). Po zakończeniu kontroli podejrzany oraz jego obrońca są powiadamiani o zastosowaniu kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 16 u.p.; zob. A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, Nr 2, s. 87 i n.; G. Musialik-Dudzińska, *Podśłuch pozaprocesowy (operacyjny) na gruncie znowelizowanej ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, „Przegląd Sądowy” 2004, Nr 4, s. 49 i n.; M. Klejnowska, *Podśłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, Nr 3, s. 95 i n.).

3. Artykuł 19 ust. 15 i 17 u.p. ustanawia zasady postępowania z materiałami zebranymi w trakcie kontroli operacyjnej. Zgodnie z art. 19 ust. 17 u.p. materiały zgromadzone podczas jej stosowania, nie zawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego, ulegają protokolarnemu zniszczeniu po dwóch miesiącach od zakończenia kontroli. Natomiast w przypadku uzyskania dowodów popełnienia przestępstwa materiały uzyskane w czasie kontroli przekazywane są właściwemu prokuratorowi i „wprowadzane” do postępowania karnego (art. 19 ust. 15 u.p.). Szczegółowy sposób postępowania reguluje rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 marca 2002 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Policję kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, zarządzeń i materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, a także przetwarzania i niszczenia tych materiałów (Dz. U. Nr 24, poz. 252 ze zm.; dalej rozporządzenie z dnia 18 marca 2002 r.). Zgodnie z tym rozporządzeniem, wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli zawierające dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania przekazuje się właściwemu prokuratorowi albo Prokuratorowi Generalnemu (§ 5), natomiast wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli niezawierające takich dowodów, po upływie dwóch miesięcy od dnia zakończenia lub wstrzymania kontroli operacyjnej, ulegają komisyjnemu zniszczeniu na wniosek Komendanta Głównego Policji albo komendanta wojewódzkiego Policji (§ 6). Zniszczenie oznacza fizyczne unicestwienie dokumentów sporządzanych na podstawie informacji utrwalonych na nośnikach i kopiach, na których zostały zachowane treści przekazów informacyjnych, usunięcie zapisów informacji utrwalonych na tych nośnikach w sposób uniemożliwiający odtworzenie ich treści, a gdy takie usunięcie nie jest możliwe uszkodzenie w sposób uniemożliwiający ich odczytanie lub fizyczne zniszczenie (§ 7).

Analiza powyższej procedury pozwala uznać, że po zakończeniu kontroli operacyjnej następuje ocena zgromadzonego materiału i stosownie do jej wyników organ Policji występujący z wnioskiem o zarządzenie kontroli niszczy materiały (uzyskane w trakcie kontroli operacyjnej) po upływie ustawowo określonego czasu od jej zakończenia, w przypadku gdy nie zawierają one dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub istotnych dla toczącego się postępowania (art. 19 ust. 17 u.p.; „wstępny” etap procedury postępowania ze zgromadzonym

materiałem). Jeśli natomiast utrwalony materiał zawiera dowody przestępstwa przekazuje je prokuratorowi (art. 19 ust. 15 u.p.).

W tym kontekście, należy zwrócić uwagę na brzmienie art. 19 ust. 15 u.p., który statuuje, iż w przypadku uzyskania stosownych dowodów właściwemu prokuratorowi są przekazywane wszystkie materiały zgromadzone w trakcie stosowania kontroli operacyjnej. Literalna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że utwalenie przekazu informacyjnego stanowiącego dowód popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 19 ust. 1 u.p., wymaga wydania prokuratorowi wszystkich zgromadzonych materiałów, w tym również materiałów, które nie zawierają dowodów przestępstwa.

Do problemu zakresu przekazywanych materiałów odniósł się Sąd Najwyższy w postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r., wyjaśniając, że: „Informacje uzyskane w trakcie kontroli operacyjnej, które wykraczają więc poza granice jej dopuszczalności, określone w art. 19 ust. 1, a tym samym nie mogą być objęte zgodą sądu, zbierane są w sposób sprzeczny z ustawą. W tym sensie wchodzi w zakres uregulowania art. 51 ust. 4 Konstytucji, który przewiduje, iż każdy ma prawo do żądania usunięcia dotyczących go informacji «zebranych w sposób sprzeczny z ustawą». Gwarancją realizacji tego prawa jest art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, który przewiduje obowiązek zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej «niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego». Obowiązek ten obejmuje więc zarówno materiały, które mieściły się w granicach kontroli operacyjnej wyznaczonych przez treść art. 19 ust. 1, ale nie zawierających dowodów popełnienia przestępstwa «katalogowego», jak również materiały zgromadzone «podczas» kontroli, które jednak wykraczały poza te granice. [...] Bezspornie, uwagi te muszą dotyczyć uzyskanych w trakcie legalnej kontroli operacyjnej materiałów dotyczących przestępstw innych niż wymienione w katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Od strony technicznej rzecz jest prosta, gdy w toku kontroli operacyjnej nie zgromadzono materiałów świadczących o popełnieniu jakiegokolwiek przestępstwa przez osobę, wobec której tę kontrolę zastosowano. Jednak w związku z przeprowadzeniem kontroli operacyjnej możliwe jest uzyskanie materiału, który równocześnie (w tym sensie, że jest zawarty na jednym nośniku informacji) może stanowić dowód popełnienia przestępstwa wskazanego w art. 19 ust. 1 oraz dowód popełnienia innego przestępstwa. Z uwagi na wyraźne uregulowanie art. 19 ust. 15 nie ma w takim przypadku zastosowania art. 19 ust. 17

ustawy, a więc materiał taki nie podlega zniszczeniu. Nie zmienia to wszakże faktu, iż nie może być on wykorzystany jako dowód pozwalający na wszczęcie postępowania karnego dotyczącego innego przestępstwa niż wymienione w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Tylko w ten sposób można bowiem zagwarantować realizację celu gromadzenia materiałów operacyjnych, który określa art. 19 ust. 1 ustawy. Jest przy tym rzeczą oczywistą, iż konstytucyjne prawo żądania usunięcia informacji uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą ma na celu zapobieżenie wykorzystania tych informacji w jakiegokolwiek formie przez władze publiczne. W sytuacji więc, w której usunięcie zgromadzonych informacji nie jest możliwe z uwagi na to, że ich nośnik, na którym są zapisane, zawiera także inne dane, których gromadzenie jest dopuszczalne i służy konstytucyjnie usprawiedliwionej ochronie bezpieczeństwa publicznego, gwarancją realizacji konstytucyjnej ochrony autonomii informacyjnej jednostki, jest zakaz wykorzystywania informacji, których treść wykracza poza cele kontroli operacyjnej określonej w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji” (sygn. akt I KZP 6/07). Problematyka zakresu przekazywanych materiałów określonych w art. 19 ust. 15 u.p. była również przedmiotem odpowiedzi na interpelację poselską. Zastępca Prokuratora Generalnego, powołując się na wyżej cytowane orzeczenie Sądu Najwyższego stwierdził: „Zwrócić należy uwagę ponadto na mogące występować problemy przy podejmowaniu decyzji przez organ Policji w przedmiocie zniszczenia materiału uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej, w przypadku gdy na jednym nośniku zarejestrowane zostały np. rozmowy telefoniczne, których treść według oceny organu uprawnionego stanowi dowód w postępowaniu karnym, jak również i takie, które powinny podlegać zniszczeniu. W takiej sytuacji na nośniku przekazywanym jako dowód w postępowaniu karnym należałoby dokonać nieodwracalnego zniszczenia części znajdujących się na nim zapisów, co w konsekwencji pozbawiłoby organ procesowy możliwości kompleksowej oceny uzyskanego materiału operacyjnego, zwłaszcza w przypadku podnoszenia przez uczestników postępowania zarzutów w zakresie nierzetelnej selekcji materiału operacyjnego przed jego przekazaniem, w celu wykorzystania w procesie. Podkreślić należy, że ostateczna ocena materiału operacyjnego przekazanego do postępowania karnego należy do organu procesowego. Ocena tego materiału, podobnie jak każdego dowodu, powinna być dokonana zgodnie z zasadami określonymi w Kodeksie postępowania karnego, w tym zasadą obiektywizmu (art. 4 K.p.k.) i swobodnej oceny dowodów (art. 7 K.p.k.) oraz uwzględniać określone procedurą

zakazy dowodowe (np. art. 178 K.p.k., 199 K.p.k.) [...] Z brzmienia przepisów art. 19 ustawy o Policji wynika bowiem, iż kontrola operacyjna w formie podsłuchu obejmuje pewien okres czasu, określony w postanowieniu sądu, i w tym czasie rejestrowane są, a następnie zapisywane w formie komunikatów oraz na nośniku informatycznym wszystkie rozmowy wykonywane przez osobę objętą kontrolą. Tak zgromadzony materiał w całości winien być przekazany przez komendanta Policji właściwemu prokuratorowi, o ile dostarczył dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego. Ponieważ zapis na elektronicznym nośniku danych uzyskany w wyniku kontroli operacyjnej jest traktowany jako dowód rzeczowy, ingerencja czy usuwanie rozmów, nawet nieistotnych dla sprawy, jest niedopuszczalna i jako manipulacja może doprowadzić do zakwestionowania ciągłości, niezmienności, a w konsekwencji autentyczności zapisu” (*Odpowiedź zastępcy prokuratora generalnego – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 57753 w sprawie bezprawnego działania prokuratury; Aneks do Sprawozdania Stenograficznego z 29. posiedzenia Sejmu w dniach 19, 20 i 21 listopada 2008 r., s. 397-399*).

Z powyższego wynika, że zgodnie z art. 19 ust. 15 u.p., w przypadku gdy na jednym nośniku zarejestrowane zostały przekazy informacyjne, których treści zawierają, wedle oceny Policji, dowody w postępowaniu karnym, jak również i takie, które powinny podlegać zniszczeniu, wówczas art. 19 ust. 17 u.p. nie znajduje zastosowania. Właściwy organ zobowiązany jest do przekazania wszystkich zarejestrowanych materiałów, wraz z tymi, które zawierają dowód popełnienia przestępstwa, prokuratorowi, a ten następnie „wprowadza” je do procesu karnego. Taka sytuacja zachodzi tylko wtedy, gdy usunięcie zgromadzonych, a nieistotnych dla postępowania karnego, informacji nie jest możliwe, gdyż na nośniku znajdują się dowody przestępstwa „katalogowego”. Natomiast gwarancją realizacji konstytucyjnej ochrony autonomii informacyjnej jednostki jest – zdaniem Sądu Najwyższego – zakaz wykorzystywania informacji, których treść wykracza poza cele kontroli operacyjnej.

Należy również podkreślić, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia ze skargą na wadliwe stosowanie prawa przez organy administracji publicznej i sądy. Praktyka ta – mimo że może budzić zasadnicze wątpliwości – ukształtowała treść normatywną zakwestionowanych przepisów. Zgodnie bowiem z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego „Jeżeli (...) określony sposób rozumienia przepisu

ustawy utrwalił się już w sposób oczywisty, a zwłaszcza jeśli znalazł jednoznaczny i autorytatywny wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego bądź Naczelnego Sądu Administracyjnego, to należy uznać, że przepis ten – w praktyce swego stosowania – nabrał takiej właśnie treści, jaką odnalazły w nim najwyższe instancje sądowe naszego kraju” (wyrok TK z 3 października 2000 r., sygn. akt K 33/99; zob. także postanowienia TK z: 21 września 2005 r., sygn. akt SK 32/04; 30 czerwca 2008 r., sygn. akt SK 15/07).

III. Prawo do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji)

1. Zarzuty skarżącego

Zdaniem skarżącego, wyrażone w art. 42 ust. 2 Konstytucji prawo do obrony wymaga zapewnienia poufnych, to jest bez ingerencji osób trzecich, kontaktów obrońcy z oskarżonym. W sytuacji gdy obrońca nie jest w stanie swobodnie rozmawiać z oskarżonym, instruować go co do dalszej strategii procesowej, a także otrzymywać od niego informacji niepodlegających nadzorowi, świadczona przez niego pomoc traci na efektywności. „W celu zapewnienie realizacji tak zdekodowanej normy konstytucyjnej, konieczne jest ukształtowanie procesu karnego w sposób wykluczający możliwość utrwalenia, gromadzenia i wykorzystania materiałów dokumentujących kontakt pomiędzy oskarżonym a jego obrońcą” (skarga, s. 14). Ograniczenie poufności kontaktów oskarżonego z obrońcą – w ocenie skarżącego – jest zbyt daleko idące i godzi w możliwość przeprowadzenia uczciwego procesu sądowego. Ponadto wprowadzenie zaskarżonych regulacji nie jest konieczne w demokratycznym państwie prawnym; naruszają one także istotę prawa do obrony, której immanentną cechą jest poufna wymiana informacji i przeprowadzenie konsultacji pomiędzy obrońcą a oskarżonym. Skarżący zwraca również uwagę, że nie chronią one żadnego interesu publicznego, gdyż zdobyty w ten sposób materiał operacyjny nie może zostać wykorzystany w procesie karnym. W związku z tym badane przepisy nakładają na obywatela ciężar nieproporcjonalny do uzyskanych korzyści.

2. Wzorzec konstytucyjny

2.1. Jako wzorzec kontroli skarżący wskazuje art. 42 ust. 2 Konstytucji w brzmieniu: „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”.

2.2. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 17 lutego 2004 r. (sygn. akt SK 39/02) stwierdził, że: „Konstytucyjne prawo do obrony należy rozumieć szeroko, jest ono bowiem nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale też elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego. Prawo to przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego (w praktyce od chwili przedstawienia zarzutów) aż do wydania prawomocnego wyroku, obejmuje również etap postępowania wykonawczego. Prawo do obrony w procesie karnym ma wymiar materialny i formalny. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych). Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu. Obrońca jest pełnomocnikiem oskarżonego, jego procesowym przedstawicielem, a jego głównym zadaniem jest ochrona oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony. Charakter działań obrońcy determinowany jest interesem prawnym oskarżonego, dla którego ochrony przepisy procedury karnej przewidują szereg koniecznych uprawnień. Proces karny jest ze swej istoty kontradiktoryjny, stanowi on spór równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem. [...] Uprawnienia obrońcy to nie tylko możliwość przeglądania akt postępowania karnego – zapoznawania się z materiałem dowodowym, ale przede wszystkim kontakt z jego mocodawcą. To na podstawie osobistego kontaktu, obrońca pozyskuje faktyczną wiedzę o czynie sprawcy oraz okolicznościach zdarzenia będącego przedmiotem postępowania, buduje strategię obrony, zgłasza wnioski dowodowe i współdziała z innymi obrońcami występującymi w sprawie. [...] Na marginesie przypomnieć trzeba, że prawo oskarżonego do swobodnych kontaktów z obrońcą należy do podstawowych standardów prawa międzynarodowego. Art. 14 ust. 3 lit b i d Międzynarodowego Paktu Praw

Obywatelskich i Politycznych stanowi, że każda osoba podejrzana o popełnienie przestępstwa ma prawo do dysponowania odpowiednim czasem i możliwościami w celu przygotowania obrony i porozumienia się ze swoim obrońcą, a jeśli nie posiada obrońcy – do bycia poinformowaną o prawie do jego wyboru, ponadto zaś – gdy dobro wymiaru sprawiedliwości tego wymaga – do otrzymania obrońcy z urzędu bezpłatnie, jeśli nie jest w stanie samodzielnie pokryć kosztów obrony. Podobne rozwiązanie przewiduje Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności uznając, że prawo do osobistej obrony lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę stanowi gwarancję rzetelnego procesu sądowego (art. 6 ust. 3 lit. b i c)”. Przedstawiony powyżej pogląd Trybunału, dotyczący rekonstrukcji prawa do obrony jako wzorca kontroli, stanowi jego stałą linię orzecniczą (wyroki TK z: 26 lipca 2006 r., sygn. akt SK 21/04; 19 marca 2007 r., sygn. akt K 47/05; 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05; 28 kwietnia 2009 r. sygn. akt P 22/07; 9 lipca 2009 r., sygn. akt K 31/08).

3. Analiza zgodności

3.1. Należy zgodzić się ze skarżącym, że w art. 19 ust. 15 u.p. nie ustanowiono wyraźnego zakazu prowadzenia kontroli operacyjnej, na skutek której zgromadzone zostałyby materiały dokumentujące kontakty oskarżonego i obrońcy. Dodać należy, że także regulacje kodeksu postępowania karnego dotyczące tzw. podsłuchu procesowego (art. 237-242 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.; dalej kodeks postępowania karnego albo k.p.k.) *expressis verbis* nie zawierają takiego zakazu. Jednakże ustawodawca, realizując prawo do obrony, wprowadził do kodeksu postępowania karnego wiele procesowych gwarancji, które pozwalają zachować poufność kontaktów pomiędzy obrońcą a oskarżonym. Zostały one szczegółowo omówione zarówno w skardze konstytucyjnej (s. 15-16), jak i stanowisku Prokuratora Generalnego z dnia 6 lipca 2010 r. (s. 13-16). Przede wszystkim należy do nich, sformułowany w art. 178 k.p.k., bezwzględny zakaz dowodowy przesłuchiwanie jako świadków obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. (umożliwia zatrzymanemu nawiązanie kontaktu z adwokatem), co do faktów, o których dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę (zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 10 maja 2000 r., sygn. akt

II AKz 96/00). Zakaz ten nie może zostać uchylony w żadnych warunkach, nawet za zgodą obrońcy i oskarżonego. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 25 listopada 1993 r. (sygn. akt II AKr 144/93), w którym wyjaśnił on, że: „Słusznie sąd wojewódzki odmówił przeprowadzenia dowodu z zeznań osoby delegowanej przez prokuratora do obecności przy widzeniu oskarżonego z obrońcą na okoliczność treści rozmowy. Przeprowadzenie takiego dowodu naruszałoby prawo oskarżonego do obrony i stanowiłoby obejście zakazu przesłuchiwania obrońcy co do faktów, o których dowiedział się przy pełnieniu swej funkcji” (zob. także P.K. Sowiński, *Zwolnienie adwokata z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w procesie karnym*, „Monitor Prawniczy” 2004, Nr 3, s. 114). Natomiast zgodnie z art. 225 § 3 k.p.k. organ procesowy nie może żądać wydania pism lub innych dokumentów zawierających wiadomości objęte tajemnicą obrończą, a w przypadku ich uzyskania zapoznawać się z ich treścią lub wyglądem (zob. L. K. Paprzycki oraz J. Grajewski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Grajewski, Warszawa 2010, s. 632 i n. oraz s. 770-771; na bezwzględny charakter tajemnicy obrończej wskazywał Trybunał Konstytucyjny w wyrokach z: 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03 oraz 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05).

Swoboda i poufność kontaktów pomiędzy obrońcą a oskarżonym wyjątkowo może zostać ograniczona. Takie ograniczenie wprowadza art. 73 § 2 i 3 k.p.k. Regulacja ta została oceniona przez Trybunał Konstytucyjny pod kątem jej zgodności z konstytucyjnym prawem do obrony. Sąd konstytucyjny stwierdził, że: „[...] treść art. 73 § 2 k.p.k. mieści się w wyznaczonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji granicach ustanawiania ograniczeń w korzystaniu z wolności i praw. Uznać trzeba, że ograniczenie prawa oskarżonego do porozumiewania się z jego obrońcą pod nieobecność innych osób – w kształcie unormowanym przepisami Kodeksu – nie stanowi nadmiernej ingerencji w prawo do obrony. Wynika to przede wszystkim z krótkotrwałego – bo zaledwie 14-dniowego okresu, w którym prokurator może ograniczyć swobodę kontaktów oskarżonego z obrońcą. Ograniczenie to nie może mieć zasadniczego wpływu na sytuację procesową oskarżonego i nie stanowi przeszkody w przygotowywaniu obrony. Faktycznie bowiem obrona ta – zarówno w sensie materialnym jak i formalnym – jest realizowana i nie ma żadnych przeszkód w kontakcie oskarżonego i jego obrońcy, a jedyne ograniczenie dotyczy jawnej obecności osoby trzeciej (nie są zatem stosowane środki techniki operacyjnej).

Z tych względów uznać należy art. 73 § 3 k.p.k. za zgodny z art. 42 ust. 2 Konstytucji” (wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Natomiast powołany przez skarżącego wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC) z 13 stycznia 2009 r., *Rybacki przeciwko Polsce* (numer skargi 52479/990), wskazuje, iż pewne ograniczenia ww. prawa są dopuszczalne i nie naruszają Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej EKPC). Chociaż ETPC ostatecznie stwierdził naruszenie konwencyjnego prawa do obrony – art. 6 ust. 3 w zw. z art. 6 ust. 1 EKPC – to nastąpiło ono w czasie obowiązywania poprzedniego stanu prawnego, w którym ograniczenie swobody kontaktów pomiędzy obrońcą a oskarżonym było dalej idące, na co również zwracał uwagę Trybunał Konstytucyjny w powyżej cytowanym wyroku.

3.2. Zagadnienie dopuszczalności wykorzystania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej pozaprocesowej było przedmiotem rozważań sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego. W cytowanym już postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Należy wskazać, że na gruncie ustawy [u.p. – uwaga własna] wykluczone jest wydanie przez sąd zgody (czy to uprzedniej czy to następczej) na przeprowadzenie kontroli operacyjnej dotyczącej innych przestępstw, niż wymienione w art. 19 ust. 1. Płynie stąd jednoznaczny wniosek, iż uzyskane w ramach tej kontroli materiały stanowiące dowody popełnienia przestępstw innych niż wymienione bezpośrednio we wspomnianym przepisie, gromadzone są w sposób sprzeczny z prawem. Nie można bowiem domniemywać, że zgoda sądu na konkretną kontrolę operacyjną legalizuje gromadzenie jakichkolwiek informacji uzyskiwanych w ramach tej kontroli [...]. Nie może także niejako ryczałtowo legalizować wszelkich działań podejmowanych «podczas» kontroli operacyjnej. Informacje uzyskane w trakcie kontroli operacyjnej, które wykraczają więc poza granice jej dopuszczalności, określone w art. 19 ust. 1, a tym samym nie mogą być objęte zgodą sądu, zbierane są w sposób sprzeczny z ustawą. [...] Jest przy tym rzeczą oczywistą, iż konstytucyjne prawo żądania usunięcia informacji uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą ma na celu zapobieżenie wykorzystania tych informacji w jakiegokolwiek formie przez władze publiczne. W sytuacji więc, w której usunięcie zgromadzonych informacji nie jest możliwe z uwagi na to, że ich nośnik, na którym są zapisane, zawiera także inne dane, których gromadzenie jest dopuszczalne i służy konstytucyjnie

usprawiedliwionej ochronie bezpieczeństwa publicznego, gwarancją realizacji konstytucyjnej ochrony autonomii informacyjnej jednostki, jest zakaz wykorzystywania informacji, których treść wykracza poza cele kontroli operacyjnej określonej w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji” (sygn. akt I KZP 6/07). Pomimo istniejących głosów krytycznych (zob. A. Lach, B. Sitkiewicz, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 6/07*, „Prokuratura i Prawo” 2007, Nr 10, s. 146 i n.) orzecznictwo sądowe zaaprobowало powyżej przedstawione stanowisko Sądu Najwyższego. Należy wskazać następujące orzeczenia:

- a) wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 stycznia 2008 r. (sygn. akt II AKa 405/07): „Dowód w postaci informacji uzyskanych z podsłuchu telefonicznego w trakcie rozmowy prowadzonej przez osobę, co do której właściwy Sąd wydał zezwolenie na stosowanie podsłuchu, z oskarżoną [...] co do której takiego zezwolenia nie uzyskano, nie może być procesowo wykorzystany [...]”;
- b) wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 18 maja 2009 r. (sygn. akt II Aka 122/08): „Stwierdzenie nielegalności podsłuchu powoduje, że dowód ten stracił rację bytu i nie może być procesowo wykorzystany, tj. wzięty pod uwagę przy ferowaniu wyroku nawet mimo odtworzenia na rozprawie nośnika zawierającego rejestrację przeprowadzonych [...] rozmów. Zakreślone przez ustawodawcę granice podmiotowo-przedmiotowe, określając warunki dopuszczalności zarządzenia podsłuchu, jednocześnie nadają mu gwarancyjny charakter, wykluczający jakiekolwiek odstępstwo od tej reguły prawnej. Nawet wielkiej wagi interes społeczny nie może usprawiedliwiać łamania przepisów normujących poszukiwanie i uzyskiwanie dowodów z podsłuchu telefonicznego, gdyż niweczyłoby to konstytucyjną ochronę praw obywatelskich i sądową kontrolę nad ingerowaniem w ich istotę. Skoro dowód z podsłuchu telefonicznego słusznie został przez Sąd Okręgowy uznany za nielegalny, nie miał on nie tylko obowiązku ale i prawa analizowania tego dowodu i odnoszenia się doń w motywach pisemnych zaskarżonego wyroku”;
- c) postanowienie Sądu Najwyższego z 22 września 2009 r. (sygn. akt III K.K. 58/09): „[...] niezbędnym warunkiem uznania materiałów, zdobytych w rezultacie takiej czynności [czynności operacyjno-rozpoznawczej – uwaga własna], za dowód w postępowaniu karnym, podlegającym ujawnieniu na

podstawie art. 393 § 1 k.p.k., jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowym rygorom [...]”;

- d) wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 18 marca 2010 r. (sygn. akt II Aka 18/10): „W realiach sprawy niniejszej problem jednak dotyczy kwestii, czy wiedza uzyskana przez organy procesowe w drodze czynności operacyjnych, które nie mogą być bezpośrednio wykorzystane jako materiał dowodowy, może być środkiem do celu polegającego na uzyskaniu dowodów o charakterze procesowym. [...] Żadne państwo aspirujące do miana demokratycznego i praworządnego na takie postępowanie pozwolić sobie nie może. Usankcjonowanie takiego działania organów państwowych nie ma nic wspólnego z zasadami legalizmu [...]. Dając możliwość wykorzystania w sposób nieograniczony rezultatów działań operacyjnych, również tych nielegalnych, włączając je okreśną drogą w materiał procesowy, legalizowałoby się *de facto* bezprawne działania organów państwa w imię walki z przestępczością [...]”.

Podsumowując, zdaniem Sejmu, utrwaliła się linia orzecznicza sądów, która nie zezwala na wykorzystanie w trakcie procesu karnego zebranych nielegalnie (w sposób sprzeczny z ustawą) materiałów uzyskanych w trakcie kontroli operacyjnej.

3.3. W doktrynie dominuje pogląd, iż nie jest dopuszczalne stosowanie podsłuchu telekomunikacyjnego wobec obrońcy oskarżonego. Kontrolę, której celem byłoby zarejestrowanie rozmów lub szerzej przekazów informacyjnych pomiędzy obrońcą a oskarżonym, należałoby uznać za nielegalną. Natomiast materiał dokumentujący kontrakty tych dwóch osób, uzyskany w trakcie kontroli operacyjnej zarządzanej zgodnie z wymogami ustawy wobec oskarżonego, nie może zostać wykorzystany w trakcie procesu. Przepisy procesowe muszą bowiem zapewnić pełną ochronę tajemnicy obrończej przed ingerencją organów procesowych (zob. G. Musialik-Dudzińska, *Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku*, „Palestra” 1998, Nr 11/12, s. 92; Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 407).

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że: „[...] ustanowienie proceduralnych gwarancji, ograniczających obowiązek dostarczania organom procesowym informacji, powoduje, że również w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych nie można czynić tego, na co te gwarancje nie pozwalają. Ten kategoryczny zakaz pewnych czynności operacyjnych dotyczy jednak wyłącznie takich zakresów informacji, które w prawie karnym procesowym objęte są zakazami dowodowymi bezwzględными. Brak «obudowania» art. 19 ust. 15 ustawy o Policji wymaganiem respektowania zakazów dowodowych o charakterze bezwzględnym mógłby prowadzić – przez posłużenie się podsłuchem pozaprocesowym – do pozyskiwania pełnowartościowych dowodów z obejściem przepisów kodeksu postępowania karnego, mających charakter gwarancyjny” (G. Musialik-Dudzińska, *op. cit.*, s. 62). Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Lublinie, odnosząc się do kwestii sposobu „włączania” materiałów operacyjnych do procesu karnego: „[...] skoro [...] art. 19 ust. 15 tej ustawy [u.p. – uwaga własna] upoważniają Sąd do ujawnienia zebranych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, prowadzonych w formie kontroli operacyjnej, dokumentów, w trybie stosowanego odpowiednio art. 393 § 1 k.p.k., to wszelkie dokumenty wytworzone i uzyskane podczas tych czynności mogą zostać ujawnione poprzez ich odczytanie, ale, co oczywiste, tylko wówczas, gdy nie dojdzie przy tym do naruszenia zakazów dowodowych zawartych w przepisach k.p.k.” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 9 października 2006 r., sygn. akt II AKa 273/06).

Podsumowując, należy przyjąć, że ze względu na procesowe gwarancje ochrony tajemnicy obrończej materiały zgromadzone w toku kontroli operacyjnej dotyczące kontaktów obrońcy i oskarżonego nie mogą zostać wykorzystane w procesie karnym; nie mogą zatem stanowić dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mieć znaczenie dla toczącego się postępowania. Zgodnie bowiem z cytowanym powyżej postanowieniem Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r.: „[...] uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego (art. 19 ust. 15 ustawy [...] o Policji [...]) to dowody popełnienia przestępstw określonych w katalogu z art. 19 ust. 1 tej ustawy” (sygn. akt I KZP 6/07).

Procedurę postępowania z materiałami uzyskanymi w trakcie kontroli operacyjnej, w tym utrwalonymi przekazami informacyjnymi pomiędzy obrońcą a oskarżonym (procedura ta tworzy określony mechanizm prawny, który należy

analizować w całości), regulują łącznie art. 19 ust. 15 i 17 u.p. Jej zastosowanie może prowadzić do zniszczenia materiałów dokumentujących kontakty tych osób już w fazie „przedprocesowej” (wstępnej). Zgodnie z hipotezą art. 19 ust. 17 u.p., w sytuacji gdy inne utrwalone przekazy informacyjne nie zawierają dowodu popełnienia przestępstwa „katalogowego”, zgromadzone materiały dokumentujące kontakty obrońcy z oskarżonym ulegają zniszczeniu. Jednakże, jeśli w trakcie kontroli operacyjnej uzyskano taki dowód, to także zarejestrowane rozmowy (lub inne przekazy informacyjne) pomiędzy ww. osobami zostaną „włączone” do procesu karnego, z bezwzględnym zakazem ich wykorzystania. Wówczas art. 19 ust. 17 u.p. nie znajdzie zastosowania; nakaz zniszczenia tych przekazów nie obejmuje bowiem, zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r.(sygn. akt I KZP 6/07), ww. sytuacji.

Prawo do obrony w wymiarze formalnym stanowi równocześnie gwarancję rzetelnej procedury sądowej; musi mieć zatem realny i efektywny charakter, a nie iluzoryczny i abstrakcyjny (zob. wyrok TK z 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt P 22/07 wraz z przywołanym tam orzecnictwem ETPC). Zakłada istnienie poufnego i swobodnego kontaktu pomiędzy obrońcą a oskarżonym. Tylko bowiem taka forma komunikowania się pozwala na powstanie stosunku zaufania pomiędzy ww. osobami, co z kolei zapewnia prowadzenie efektywnej obrony w aspekcie materialnym. Chociaż prawo do obrony nie jest prawem absolutnym (*ibidem*), to jego ograniczenia nie mogą mieć takiego wpływu na sytuację procesową oskarżonego, że stanowią przeszkodę w przygotowaniu obrony. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny, jawna obecność osób trzecich przy rozmowie obrońcy z oskarżonym nie utrudnia jej przygotowania, natomiast taką przeszkodę stanowi może zastosowanie technik operacyjnych (wyrok TK 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02).

Bez wątpienia tajne utrwalenie przekazów informacyjnych pomiędzy obrońcą a oskarżonym i ich gromadzenie narusza poufność kontaktów tych osób i stanowi ograniczenie prawa do obrony (zob. komparatystycznie wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 18 kwietnia 2007 r., sygn. akt 2 BvR 2094/05 wraz z cytowanym tam orzecnictwem). Takie ograniczenie jest zasadniczo niedopuszczalne, chyba że spełnia wymogi określone przez art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wszelkie bowiem ograniczenia praw i wolności, w tym prawo do obrony, muszą być formułowane w taki sposób, aby czyniły zadość wymaganiom konstytucyjnym, które

ustrojodawca określił w art. 31 ust. 3 Konstytucji, niezależnie od powołania tego przepisu w *petitum* pisma inicjującego postępowanie przed Trybunałem (zob. np. wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02). Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji stanowi zatem w tym wypadku uzupełniający wzorzec kontroli. Należy także podkreślić, że to ustawodawca jest podmiotem uprawnionym do ograniczania – w formie ustawy – zakresu korzystania z konstytucyjnych praw i wolności, a także wyznaczania przesłanek takich ograniczeń. Granicą jego swobody regulacyjnej są m.in. warunki wskazane w art. 31 ust. 3 Konstytucji (zob. np. wyrok TK z 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 45/02).

Kontrola operacyjna służy realizacji konstytucyjnego obowiązku zapewnienia ochrony bezpieczeństwa publicznego (zwalczania przestępczości) i choćby z tego powodu jej stosowanie w demokratycznym państwie prawa jest nieodzowne (zob. wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04). Z tych powodów przyjąć trzeba, że został spełniony warunek przydatności regulacji, w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Przystępując do oceny warunku konieczności unormowania, podkreślić należy, że technicznie nie jest możliwe *a priori* zaniechanie rejestracji przekazów informacyjnych pomiędzy oskarżonym a obrońcą (na co zwraca uwagę skarżący; zob. skarga s. 3). Dopuszczalne jest zatem utrwalenie wszystkich przekazów informacyjnych oskarżonego w czasie, na jaki została zarządzona kontrola operacyjna (w tym przekazów informacyjnych z obrońcą). Natomiast gromadzenie takich materiałów – zdaniem Sejmu – nie spełnia konstytucyjnego warunku konieczności. Bezwzględny zakaz wykorzystania tych materiałów w procesie karnym stanowi niewystarczającą gwarancję ochrony poufności kontaktów obrońca – oskarżony. Dopiero usunięcie materiałów dokumentujących kontakty obrońcy z oskarżonym pozwala na powstanie stosunku zaufania między tymi osobami, koniecznego dla realizacji prawa do obrony. Procedurę likwidacji utrwalonych przekazów informacyjnych ustanawia art. 19 ust. 17 u.p. Jednakże ze względu na to, że przepis ten nie znajduje zastosowania w każdym przypadku, jego treść nie gwarantuje każdorazowego zniszczenia materiałów dokumentujących kontakty oskarżonego z obrońcą (zob. uwagi powyżej). Również art. 19 ust. 15 u.p. statuujący dalsze etapy procedury postępowania z przekazami informacyjnymi zgromadzonymi w trakcie kontroli operacyjnej, wśród których znajduje się dowód popełnienia przestępstwa „katalogowego”, nie przewiduje zniszczenia tych z nich, które dotyczą

kontaktów pomiędzy ww. osobami. Natomiast jak słusznie podkreśla Prokurator Generalny w stanowisku z 6 lipca 2010 r. zakaz dowodowy dotyczy wszystkich faktów, o których obrońca dowiedział się udzielając pomocy prawnej; obejmuje treść całej podsłuchanej rozmowy obrońcy z oskarżonym (stanowisko Prokuratora Generalnego, s. 28). Nie powinno zatem stanowić technicznego problemu wyodrębnienie wszystkich zarejestrowanych przekazów informacyjnych pomiędzy obrońcą a oskarżonym, a następnie ich zniszczenie. Nie jest zatem konieczne ich gromadzenie. Możliwe jest takie ukształtowanie procedury „wprowadzania” do procesu karanego materiałów zgromadzonych w trakcie kontroli operacyjnej, które umożliwi usunięcie zapisów niezawierających dowodów popełnienia przestępstwa np. pod nadzorem sądowy (zob. art. 238 § 3 k.p.k.; J. Grajewski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Grajewski, Warszawa 2010, s. 786, por. komparatystycznie § 100a ust. 4 i § 100c ust. 5 niemieckiego Kodeksu postępowania karnego [Strafprozeßordnung] z 12 września 1950 r., t.j. BGBl. I z 7 kwietnia 1987 r., s. 1074 ze zm.; § 139 ust. 4 austriackiego Kodeksu postępowania karnego [Strafprozeßordnung] z 30 grudnia 1975 r., BGBl Nr 631/1975 ze zm.). Z tych powodów gromadzenie takich materiałów nie spełnia także warunku proporcjonalności *sensu stricto* (zob. także komparatystycznie wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 4 lipca 2006 r., sygn. akt 2 BvR 959/05 wraz ze wskazanym tam orzecnictwem).

Na marginesie należy odnotować, że w orzecnictwie toruje sobie drogę pogląd, iż – między innymi ze względu na ewentualny zarzut manipulacji materiałem dowodowym – zniszczenie utrwalonych przekazów informacyjnych pomiędzy obrońcą a oskarżonym znajdujących się na jednym nośniku informacyjnym, z takimi, które zawierają dowód popełnienia przestępstwa, powinno następować pod nadzorem sądu lub innego organu niezależnego od władzy wykonawczej – nie powinno zatem następować wyłącznie na podstawie decyzji Policji (zob. wyrok TK z 12 grudnia 2005 r. sygn. akt K 32/04). Jak bowiem stwierdził Trybunał Konstytucyjny, powołując się na orzecznictwo ETPC, w przypadku kontroli operacyjnej niezbędne jest przekazanie zapisów w stanie nienaruszonym i w całości umożliwiającym ich skontrolowanie na przykład przez sędziego i obronę (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04; wyroki ETPC z 4 kwietnia 1990 r.: *Krusin przeciwko Francji*, skarga nr 11801/85; *Huvig przeciwko Francji*, skarga nr 11105/84).

Problematyka ta pozostaje jednakże poza zakresem zaskarżenia w niniejszej sprawie.

Problemem konstytucyjnym jest także zagadnienie, czy z prawa do obrony wynika (wyraźnie wskazane w art. 51 ust. 4 Konstytucji) prawo do żądania zniszczenia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 17 lutego 2004 r. (sygn. akt SK 39/02): „Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu. Obrońca jest pełnomocnikiem oskarżonego, jego procesowym przedstawicielem, a jego głównym zadaniem jest ochrona oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony. Charakter działań obrońcy determinowany jest interesem prawnym oskarżonego, dla którego ochrony przepisy procedury karnej przewidują szereg koniecznych uprawnień” (zob. także wyrok TK z 26 lipca 2006 r., sygn. akt SK 21/04). Zgodnie z powyższym, elementem prawa do obrony jest również inicjowanie oceny legalności kontroli operacyjnej (zob. art. 240 k.p.k.), w tym żądanie usunięcia z akt sprawy karnej zebranych w sposób sprzeczny z ustawą informacji (odnośnie do uznania utrwalonych przekazów informacyjnych pomiędzy obrońcą a oskarżonym za informacje zebrane w sposób sprzeczny z ustawą zob. także pkt IV.3.2. pisma).

Stwierdzenie, że kwestionowany przepis w sposób niezgodny z Konstytucją nie przewiduje zniszczenia utrwalonych przekazów informacyjnych pomiędzy obrońcą a oskarżonym, odnosi się do obu, koncentrujących się na zniszczeniu tych materiałów, wskazanych w *petitum* skargi zakresów kontroli.

3.4. Ze względu na powyższe art. 19 ust. 15 i 17 u.p. w zakresie, w jakim umożliwiają gromadzenie i dołączanie do akt postępowania karnego materiałów kontroli operacyjnej dokumentujących kontakty oskarżonego z obrońcą, oraz nie przewidują zniszczenia takich materiałów, **są niezgodne** z art. 42 ust. 2 Konstytucji.

3.5. Na marginesie należy zaznaczyć, że w parlamencie trwają prace nad zmianą procedury przeprowadzania kontroli operacyjnej (druk sejmowy nr 2915/VI kad.; dalej projekt ustawy). Zgodnie z art. 3 pkt 1 lit. f-i projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw nowelizacji polega art. 19 u.p. Nowe brzmienie uzyskują ust. 15 i 17, zostają także dodane ust. 15a-15e oraz ust. 17a. Nowe przepisy wzmacniają procesowe

gwarancje konstytucyjnych praw, w tym autonomii informacyjnej (zob. uzasadnienie projektu ustawy, s. 2 i 6).

W szczególności należy zwrócić uwagę na projektowany art. 19 ust. 15b, w brzmieniu: „Prokurator, o którym mowa w ust. 1, podejmuje decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Art. 238 § 3-5 oraz art. 239 Kodeksu postępowania karnego stosuje się odpowiednio”. Dodane przez art. 1 pkt 3 lit b projektu ustawy nowe paragrafy do art. 238 k.p.k. (§ 4 i 5) stwierdzają, że: „Po zakończeniu postępowania przygotowawczego prokurator wnosi o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów w części, w jakiej nie mają znaczenia dla postępowania karnego, w którym zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów, oraz nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 237a. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony” (§ 4) oraz „Z wnioskiem o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów, nie wcześniej niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego, może wystąpić także osoba wymieniona w art. 237 § 4 [to jest m.in. osoba podejrzana, oskarżona – uwaga własna]. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony oraz wnioskodawca” (§5).

Tym samym, po wejściu w życie nowelizacji art. 19 u.p. powstanie możliwość zniszczenia części materiałów nie mających znaczenia dla postępowania karnego, w tym dokumentujących kontakty oskarżonego z obrońcą, a także pojawia się ustawowe, przysługujące oskarżonym (podejrzanym), prawo żądania ich zniszczenia. Z uwagi na to, że projekt ustawy nie zawiera przepisów przejściowych, nowe prawo będzie stosowane od dnia jego wejścia w życie (zob. art. 10 projektu ustawy), co może mieć znaczenie także dla skarżącego.

IV. Prawo do autonomii informacyjnej oraz żądania usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą

1. Zarzuty skarżącego

Skarżący stwierdza, że badana regulacja nie spełnia konstytucyjnych warunków legalnego gromadzenia informacji o obywatelach, tym samym naruszając prawo do autonomii informacyjnej (art. 51 ust. 2 Konstytucji) oraz prawo żądania usunięcia informacji zebranych sprzecznie z ustawą (art. 51 ust. 4 Konstytucji).

Dowodzi, że operacyjne dokumentowanie kontaktów oskarżonego z obrońcą jest pozyskaniem informacji w sposób sprzeczny z ustawą. Kwestionowane przepisy nie zawierają procedur regulujących postępowanie z materiałem uzyskanym za pomocą kontroli operacyjnej, który równocześnie nie może zostać „użyty” w postępowaniu karnym na skutek obowiązujących bezwzględnych zakazów dowodowych. Skarżący podkreśla, że „brak precyzji przepisu w omawianym zakresie ułatwia umieszczenie przez praktykę w jego hipotezie działań dowolnych i ekscesywnych” (skarga, s. 21). Możliwość gromadzenia danych nie wyklucza przechowywania informacji zasadniczo tylko ze względu na ich potencjalną przydatność operacyjną. Nie mogą one bowiem zostać „wykorzystane” w procesie karnym. Zdaniem skarżącego, kwestionowane przepisy nie są niezbędne w demokratycznym państwie prawa – nie znajdują uzasadnienia w ochronie wartości konstytucyjnych; naruszają także zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji. „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 podejrzanego posiadanymi przez organy ścigania materiałami” (skarga, s. 22).

2. Wzorce konstytucyjne

2.1. Kolejnym wzorcem kontroli wymienionym przez skarżącego jest art. 51 ust. 2 Konstytucji, zgodnie z którym: „Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”.

Przepis ten statuuje tzw. zasadę autonomii informacyjnej stanowiącą szczególną formę prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji) i funkcjonalnie powiązaną z wolnością komunikowania się (art. 49 Konstytucji); konstytucjonalizuje on także analogiczne unormowania i zalecenia funkcjonujące w systemie prawa międzynarodowego i wspólnotowego (zob. wyroki TK z: 17 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04; 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 45/02).

Autonomia informacyjna 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 (zob. np. wyrok z 19 lutego 2002 r., sygn. akt U 3/01). Wskazane uprawnienie, zwłaszcza w relacji obywatel – władza publiczna, nie ma charakteru absolutnego (zob. wyroki TK z: 10 maja 2000 r., sygn. akt K. 21/99 oraz z 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 45/02; przy innym założeniu regulacja art. 51 ust. 2 Konstytucji byłaby zresztą zbędna). Norma wynikająca z art. 51 ust. 2 Konstytucji nie ma także charakteru całkowicie samodzielnego. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, art. 51 ust. 2 Konstytucji „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 [...] 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” (wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04; zob. także wyrok TK z 12 listopada 2002 r., sygn. akt SK 40/01).

Aby ustalić zakres dopuszczalnego ograniczenia autonomii informacyjnej, konieczne jest odwołanie się do art. 31 ust. 3 Konstytucji (zasada proporcjonalnej ingerencji ustawodawcy w konstytucyjne prawa i wolności), odczytanej łącznie z art. 51 ust. 2 Konstytucji. Uwzględnienie treści art. 31 ust. 3 Konstytucji powinno nastąpić także wówczas, gdy wzorcem kontroli jest samodzielnie art. 51 ust. 2 Konstytucji. Ograniczenia prawa do autonomii informacyjnej są zatem dopuszczalne, jeżeli umożliwiają ochronę bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności publicznej, środowiska albo wolności lub praw innych osób. 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 spełnia test przydatności, konieczności, a jej efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu; zob. np. wyroki TK z: 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07; 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04; 3 października 2000 r., sygn. akt K 33/99). Jak

stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 20 listopada 2002 r., obowiązywanie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnej regulacji dotyczącej proporcjonalności wkraczania w prywatność jednostki należy tłumaczyć tym, że naruszenia autonomii informacyjnej poprzez żądanie niekoniecznych, lecz wygodnych dla władzy publicznej informacji o jednostce, jest typowym dla czasów współczesnych instrumentem, po który władza publiczna chętnie sięga. „Normatywne wyodrębnienie, ustanowienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnego zakazu – ułatwia dostrzeżenie takiego wkroczenia i upraszcza przedmiot dowodu, iż takie wkroczenie nastąpiło. Przedmiotem dowodu staje się wtedy bowiem tylko to, czy pozyskiwanie informacji było konieczne, czy tylko «wygodne» lub «użyteczne» dla władzy” (wyrok TK z 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02).

2.2. Jako podstawa kontroli został wskazany także art. 51 ust. 4 Konstytucji. Brzmi on następująco: „Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z prawem”.

Prawo każdego do żądania usunięcia informacji zebranych sprzecznie z ustawą zostało szczegółowo omówione w wyroku z 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04), w którym Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 51 ust. 4 Konstytucji stanowi konkretyzację prawa do prywatności w aspekcie proceduralnym. „Artykuł 51 ust. 4 mówi o szczególnym uprawnieniu wynikającym z ogólnej zasady art. 47 Konstytucji, obejmującej prawo do przedstawiania/kształtowania swego publicznego obrazu, rysującego się na tle danych zebranych przez władzę. Prawo to obejmuje żądanie sprostowań oraz usunięcia informacji niepełnych, nieprawdziwych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Spod działania tego prawa nie są bynajmniej wyłączone informacje zebrane w drodze działalności operacyjnej” (*ibidem*).

Artykuł 51 ust. 4 Konstytucji (w odróżnieniu od art. 51 ust. 3) został sformułowany w sposób bardzo rygorystyczny. W samej Konstytucji nie przewidziano bowiem, aby ustawa zwykła współkształtowała zakres tego prawa.

3. Analiza zgodności

3.1. Przepisy regulujące zagadnienie przeprowadzania kontroli operacyjnej były już przedmiotem zainteresowania Trybunału Konstytucyjnego i ETPC (stosowne orzeczenia zostały wskazane zarówno w skardze konstytucyjnej, jak i stanowisku Prokuratora Generalnego). W tym miejscu szczególną uwagę należy zwrócić na cytowany już wyrok z 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04), w którym Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że wprowadzenie kontroli operacyjnej, która ze swej istoty ma charakter tajny, pozostaje w naturalnym, nieusuwalnym konflikcie z niektórymi prawami zasadniczymi jednostki, w szczególności dotyczy to prawa do prywatności. Kompromis pomiędzy koniecznością posługiwania się takimi metodami dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego a obowiązkiem zagwarantowania realizacji konstytucyjnych praw jednostki zakłada istnienie zarówno regulacji materialnoprawnych (określające granice stawiane przez system prawa wykroczeniu przez władzę w poszczególne sfery prywatności jednostki), jak i gwarancji proceduralnych. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny: „Nie można mówić o osiągnięciu właściwego kompromisu wówczas, gdy poziom ochrony materialnoprawnej będzie wprawdzie wysoki, jednak na poziomie proceduralnym będzie brakowało efektywnych, a więc «dających się uruchomić» przez poszkodowanego, procedur i środków umożliwiających realizację ochrony zagwarantowanej w przepisach materialnoprawnych, a także – dostępnej dla zainteresowanego – ochrony przed ekscesami i szykanami” (*ibidem*, zob. także postanowienie TK z 25 stycznia 2006 r., sygn. akt S 2/06). Ekscesem jest na przykład sytuacja, gdy „przy okazji» zbierania materiału operacyjnie przydatnego kontrola operacyjna zgromadzi także dane dotyczące kwestii prywatnych, obyczajowych – wykraczających poza cel prowadzenia kontroli – oznacza działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkroczenia w sferę prywatności” (*ibidem*, zob. także wyrok TK z 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07 wraz z powołanym tam orzecznictwem ETPC).

3.2. Wątpliwości nasuwają gwarancje proceduralne zawarte w art. 19 ust. 15 i 17 u.p.

Przedmiot, zakres i gwarancje związane z prowadzeniem kontroli operacyjnej określa ustawodawca (zob. art. 51 ust. 5 Konstytucji). Swoboda regulacyjna ustawodawcy jest jednakże ograniczona. Treść art. 51 ust. 2 Konstytucji upoważnia władze publiczne do gromadzenia informacji o obywatelach, ale tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny: „Normatywne wyodrębnienie, ustanowienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnego zakazu – ułatwia dostrzeżenie takiego wkroczenia [władzy publicznej w prywatność – uwaga własna] 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. Dowodu wymaga, że złamanie autonomii informacyjnej było konieczne (niezbędne) w demokratycznym państwie prawnym. Analiza relacji przepisów art. 31 ust. 3 i art. 51 ust. 2 Konstytucji uzasadnia stwierdzenie, że naruszenie autonomii informacyjnej przez niedozwolone pozyskiwanie informacji o obywatelach, powinno odpowiadać wymaganiom określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji” (wyrok TK z 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02). A zatem ocena zgodności art. 19 ust. 15 i 17 u.p. powinna nastąpić z uwzględnieniem treści art. 31 ust. 3 Konstytucji, niezależnie od tego, że skarżący nie wymienił tego przepisu w *petitum* skargi obok art. 51 ust. 2 Konstytucji (por. wcześniej pkt IV.2.1 pisma).

Ocenę dopuszczalności gromadzenia materiałów dokumentujących kontakty pomiędzy obrońcą a oskarżonym zawiera pkt III.3.3 pisma. Przedstawiona tam argumentacja jest również adekwatna w przypadku kontroli zakwestionowanego przepisu z art. 51 ust. 2 Konstytucji. Analiza treści art. 19 ust. 15 i 17 u.p. prowadzi do wniosku, iż nie zawierają one, w odróżnieniu od na przykład przepisów regulujących tzw. podsłuch procesowy, procedury oceny (np. przez sąd) wszystkich utrwalonych zapisów i każdorazowego zniszczenia tych spośród nich, które nie mają znaczenia dla postępowania karnego (zob. art. 237 § 3 k.p.k.). Co prawda, zgodnie z art. 19 ust. 17 u.p. zebrany materiał bada Policja, lecz decyzję o jego unicestwieniu podejmuje tylko wówczas, gdy żaden zarejestrowany w trakcie kontroli operacyjnej przekaz informacyjny nie stanowi dowodu popełnienia przestępstwa „katalogowego”. Nie istnieje zatem procedura gwarantująca zniszczenie materiałów dokumentujących kontakty pomiędzy oskarżonym a obrońcą w przypadku, gdy zostaną one utrwalone na jednym nośniku informacyjnym wraz z przekazem zawierającym dowód przestępstwa, zarówno na „wstępnym” etapie oceny zebranego materiału (art. 19

ust. 17 u.p.), jak i na etapie późniejszym (przekazania prokuratorowi oraz „włączenia” do procesu karnego; art. 19 ust. 15 u.p.). Podkreślić należy, że zarejestrowane przekazy informacyjne pomiędzy obrońcą i oskarżonym nie mogą zostać wykorzystane w procesie karnym. Ich pozyskanie i gromadzenie może być zatem niezbędne (konieczne) tylko wtedy, gdy nie będą istniały techniczne możliwości oddzielenia tych przekazów od materiałów, które będą zawierać dowód przestępstwa („katalogowego”). Taka sytuacja występuje w przypadku pozyskiwania materiałów, gdy w toku kontroli operacyjnej obejmującej oskarżonego (podejrzanego) następuje zarejestrowanie wszystkich prowadzonych przez niego rozmów (lub innych przekazów nadawanych lub odbieranych przez niego). Natomiast gromadzenie takich informacji – zdaniem Sejmu – nie jest już niezbędne, są one bowiem objęte tajemnicą obrończą i nie mogą zostać wykorzystane w procesie. *Ex post* istnieje także techniczna możliwość wyodrębnienia przekazów informacyjnych pomiędzy obrońcą i oskarżonym, co pozwala na takie ukształtowanie procedury oceny materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej i następnie ich „włączania” do procesu karnego, aby przewidywała ona możliwość – jeśli zostaną spełnione określone przesłanki – ich zniszczenia (np. pod nadzorem sądu). Bezwzględny zakaz wykorzystania tych materiałów jest zatem niewystarczającą gwarancją konstytucyjnego prawa do autonomii informacyjnej (zob. jednak postanowienie SN z 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 6/07).

3.3. Jak podkreślał Trybunał Konstytucyjny, system zabezpieczeń proceduralnych zakłada skuteczną ochronę przed ekscesami, a więc musi być przede wszystkim efektywny. Zaskarżony przepis nie zawiera – uruchamianej na wniosek oskarżonego – skutecznej procedury, która doprowadziłaby do usunięcia „wprowadzonych” do procesu karnego materiałów (procedury takiej nie zawierają również inne przepisy ustawy; zob. natomiast art. 240 k.p.k.). Tym samym badany przepis naruszyłby konstytucyjne prawo do żądania zniszczenia informacji zebranych sprzecznie z ustawą (art. 51 ust. 4 Konstytucji), o ile przekazane materiały zostałyby uzyskane nielegalnie.

Zarządzenie kontroli operacyjnej należy do uprawnień sądu. Zgoda sądu stanowi warunek legalności jej przeprowadzenia. Nie jest możliwe uzyskanie zgody sądu na zastosowanie kontroli operacyjnej, którym jedynym celem byłoby zgromadzenie przekazów informacyjnych pomiędzy obrońcą a oskarżonym.

Natomiast jest dopuszczalne zastosowanie technik operacyjnych wobec osoby (podejrzanego lub zatrzymanego), która następnie stała się oskarżonym. Wówczas kontrola jego wszystkich przekazów informacyjnych obejmować będzie także kontakty z obrońcą. Z przyczyn technicznych, na co słusznie zwraca uwagę skarżący (skarga, s. 3), nie jest jednak możliwe takie ukształtowanie utrwalania przekazów informacyjnych, aby zapobiec rejestracji rozmowy lub innych przekazów pomiędzy obrońcą i oskarżonym, dotyczących okoliczności objętych tajemnicą obrończą. W tym znaczeniu zgoda sądu legalizuje pozyskanie materiałów dokumentujących kontakty ww. osób. Jest ona jednakże warunkowa. A mianowicie zakłada, podobnie jak zgoda na utrwalenie informacji dotyczących tzw. danych wrażliwych, iż zebrane materiały zostaną następnie, zgodnie z art. 19 ust. 17 u.p. zniszczone. Jeśli unicestwienie tych przekazów informacyjnych nie nastąpi, gdyż znajdują się one na jednym nośniku z przekazami stanowiącymi dowód popełnienia przestępstwa (nie są objęte hipotezą art. 19 ust. 17 u.p.), należy uznać, że zebrane materiały nie zostały objęte legalizującą kontrolę zgodą sądu i zostały zebrane w sposób sprzeczny z ustawą. Jak bowiem podkreślił Sąd Najwyższy w postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r. (sygn. akt I KZP 6/07): „Zastosowanie wykładni literalnej w sposób, w jaki przyjmuje się to w orzecznictwie sądów dyscyplinarnych dla prokuratorów prowadziłoby do nadania interpretowanemu przepisowi ust. 15 art. 19 sensu niezgodnego z Konstytucją. Interpretacja, w myśl której dopuszczalne jest zachowanie i dowodowe wykorzystywanie materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, które wszakże nie mieszczą się w granicach dopuszczalności tej kontroli (a tym samym legalizującej zgody sądu) prowadzi do sprzeczności art. 19 ust. 15 oraz ust. 17 ustawy o Policji z art. 51 ust. 4 Konstytucji. Oznacza bowiem możliwość zachowania materiałów zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, chociaż Konstytucja przewiduje prawo każdego do usunięcia tego typu informacji [...] Informacje uzyskane w trakcie kontroli operacyjnej, które wykraczają więc poza granice jej dopuszczalności, określone w art. 19 ust. 1, a tym samym nie mogą być objęte zgodą sądu, zbierane są w sposób sprzeczny z ustawą. W tym sensie wchodzi w zakres uregulowania art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, który przewiduje, że każdy ma prawo do żądania usunięcia dotyczących go informacji «zebranych w sposób sprzeczny z ustawą». Gwarancją realizacji tego prawa jest art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, który przewiduje obowiązek zniszczenia materiałów zgromadzonych

podczas kontroli operacyjnej «niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego».

3.4. W związku z powyższym należy uznać, że art. 19 ust. 15 i 17 u.p. w zakresie, w jakim umożliwiają gromadzenie i dołączanie do akt postępowania karnego materiałów kontroli operacyjnej dokumentujących kontakty oskarżonego z obrońcą, oraz nie przewidują zniszczenia takich materiałów, **są niezgodne** z art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji.

3.5. Na marginesie należy zauważyć, że projektowana nowelizacja art. 19 u.p., omówiona w pkt III.3.5 pisma, czyni również zadość konstytucyjnym wymaganiom, wynikającym z art. 51 ust. 2 i 4.

MARSZAŁEK SEJMU

Grzegorz Schetyna

