

## **I KZP 4/18, Zakres kontroli operacyjnej. - Uchwała Sądu Najwyższego**

Opublikowano: OSNKW2018/8/53, OSP2019/1/4, LEX nr 2509692

### **Uchwała**

### **Sądu Najwyższego**

**7 sędziów**

**z dnia 28 czerwca 2018 r.**

**I KZP 4/18**

### **Zakres kontroli operacyjnej.**

### **TEZA aktualna**

Użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie "innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej" obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2017 r. poz. 2067 t.j. z późn. zm.).

### **PUBLIKACJE**

Możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18

Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18

### **UZASADNIENIE**

#### **Skład orzekający**

Przewodniczący: Sędzia SN J. Matras.

Sędziowie SN: J. Grubba (spr.), M. Pietruszyński, Z. Puskarski, A. Ryński, A. Stępka, W. Wróbel.

Prokurator Prokuratury Krajowej: J. Radoniewicz.

#### **Sentencja**

Sąd Najwyższy w sprawie T. K. i P. W., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 28 czerwca 2018 r., przekazanego na podstawie art. 441 § 2 k.p.k, postanowieniem Sądu Najwyższego w składzie trzech sędziów z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt I KZP 14/17, do rozstrzygnięcia przez powiększony skład tego Sądu zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy: "Czy użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie »innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej« obejmuje swoim zakresem wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu lub przestępstwa skarbowe czy wyłącznie przestępstwa, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2016 r., poz. 1782)?" podjął uchwałę jak wyżej.

#### **Uzasadnienie faktyczne**

Analizowane zagadnienie prawne zostało przedstawione przez Sąd Apelacyjny w P. w

następującej sytuacji procesowej.

Postanowieniem z dnia 8 grudnia 2010 r. w sprawie V Ds. (...) prokurator Prokuratury Okręgowej w Z. wszczął śledztwo w sprawie działania na terenie województw (...) zorganizowanej grupy przestępczej, mającej na celu popełnienie przestępstw kradzieży samochodów, tj. o przestępstwo z art. 258 § 1 k.k., art. 279 § 1 k.k. i in. Podstawą wszczęcia tego postępowania były materiały uzyskane w trakcie kontroli operacyjnej przeprowadzonej przez Komendę Wojewódzką Policji w G.

W dniu 29 grudnia 2010 r. Prokurator Okręgowy w Z. na podstawie art. 19 ust. 5 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji oraz art. 21 ust. 1 i 2, art. 25 ust. 3 i 6, art. 49 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2005 r. Nr 196, poz. 141) zwrócił się do Komendanta Wojewódzkiego Policji w G. z wnioskiem o wyrażenie zgody na zniesienie w całości klauzuli tajności z materiałów opatrzonych klauzulą "poufne" Komendy Wojewódzkiej Policji w G., w celu wykorzystania ich w prowadzonym śledztwie V Ds. (...) Prokuratury Okręgowej w Z. Wnioskiem została objęta całość materiałów zawartych w załącznikach - teczkach PTK kryptonim (...).

W uzasadnieniu powyższego wniosku Prokurator Okręgowy w Z. wskazał, że na podstawie tychże materiałów wydano postanowienie o wszczęciu śledztwa w sprawie: udziału w 2009 r. na terenie województwa (...) w zorganizowanej grupie przestępczej, mającej na celu popełnienie przestępstw kradzieży samochodów, tj. przestępstwa z art. 258 § 1 k.k., kradzieży samochodów w 2009 r. na terenie województwa (...), w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w ramach zorganizowanej grupy mającej na celu popełnianie przestępstw kradzieży samochodów, tj. przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

Wnioskodawca dodał, że na obecnym etapie śledztwa, przy wykorzystaniu dostępnych środków dowodowych nie jest możliwe zrealizowanie wszystkich celów postępowania przygotowawczego wskazanych w art. 297 k.p.k., a w szczególności tych z art. 297 § 1 pkt 2, 4 i 5 k.p.k., co czyni zasadnym wniosek o odtajnienie przywołanych na wstępie materiałów, po to aby mogły stanowić dowody podlegające weryfikacji w trybie właściwych czynności procesowych. Prokurator podkreślił znaczenie czynności konfrontacyjnych, których nie dałoby się przeprowadzić bez ujawnienia tych materiałów.

Decyzją nr (...) z dnia 31 stycznia 2011 r. Komendant Wojewódzki Policji w G. na podstawie art. 6 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych zniósł klauzulę tajności przyznaną materiałom zgromadzonym w trakcie kontroli operacyjnej kryptonim (...).

W toku postępowania przygotowawczego organy procesowe wielokrotnie w wydawanych rozstrzygnięciach odwoływały się do materiałów uzyskanych w trakcie wyżej wymienionej kontroli operacyjnej, opierając na nich m. in. postanowienia o przedstawieniu zarzutów, czy postanowienia o zastosowaniu wobec podejrzanych środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania.

Po przeprowadzeniu postępowania przygotowawczego, Prokurator Apelacyjny w P. skierował w dniu 17 września 2012 r. do Sądu Okręgowego w Z. akt oskarżenia m. in. przeciwko T. K. i P. W.

T. K. został oskarżony o to, że:

- w okresie od co najmniej 03.06.2009 r. do 02.12.2009 r. w K. i innych miejscowościach na terenie kraju, działając wspólnie i w porozumieniu z P. W. i innymi ustalonymi i dotąd nieustalonymi osobami, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej, mającej na celu popełnianie przestępstw przeciwko mieniu, w tym kradzieży z włamaniem samochodów różnych marek, paserstwa, przerabianie numeracji identyfikacyjnej samochodów, tj. o popełnienie przestępstwa z art. 258 § 1 k.k.;

a nadto:

- o popełnienie 25 przestępstw zakwalifikowanych z art. 279 § 1 k.k.

(w tym w zw. z art. 13 § 1 k.k.) w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

- o popełnienie przestępstwa z art. 263 k.k.

P. W. został natomiast oskarżony o to, że:

- w okresie od co najmniej 03.06.2009 r. do 02.12.2009 r., w K. i innych miejscowościach na terenie kraju, działając wspólnie i w porozumieniu z T. K. i innymi ustalonymi i dotąd nieustalonymi osobami, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej, mającej na celu popełnianie przestępstw przeciwko mieniu, w tym kradzieży z włamaniem samochodów różnych marek, paserstwa, przerabiania numeracji identyfikacyjnej samochodów, tj. o przestępstwo z art. 258 § 1 k.k.;

a nadto:

- o popełnienie 25 przestępstw zakwalifikowanych z art. 279 § 1 k.k.

(w tym w zw. z art. 13 § 1 k.k.) w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.,

- o popełnienie przestępstwa z art. 291 § 1 k.k.,

- o popełnienie przestępstwa z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Na rozprawie głównej w dniu 27 stycznia 2017 r. prokurator złożył wnioski o "wykorzystanie i dopuszczenie jako dowodu w całości wszystkich materiałów pozyskanych w drodze kontroli operacyjnych prowadzonych wobec oskarżonych T. K., P. W. i A. Ś. na okoliczność wszystkich zarzucanych oskarżonym czynów z uwagi na ustanie dotychczasowej przeszkody do wykorzystania tych materiałów oraz zapis art. 168b k.p.k." Sąd pierwszej instancji przychylił się do tego wniosku i w konsekwencji "na podstawie art. 394 § 1 i 2 k.p.k. zaliczył w poczet materiału dowodowego bez odczytywania i odtwarzania dowody i dokumenty zgromadzone przez prokuratora na etapie postępowania przygotowawczego zaliczając je w całości w poczet materiału dowodowego, a zgromadzone w aktach głównych, tezkach osobowych, tezkach samochodowych, nośnikach CD i załącznikach dotyczących kontroli operacyjnej, a także wszystkie dowody i dokumenty zgromadzone w toku postępowania sądowego po wpłynięciu do sądu aktu oskarżenia".

Wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2017 r. w sprawie II K (...) Sąd Okręgowy w Z. uznał T. K. za winnego popełnienia wszystkich zarzucanych czynów i wymierzył temu oskarżonemu karę łączną 4 lat pozbawienia wolności. Natomiast P. W. uniewinniono od zarzutu popełnienia czynu z art. 291 § 1 k.k., uznano go winnym popełnienia wszystkich pozostałych zarzucanych czynów, i wymierzono mu karę łączną 3 lat pozbawienia wolności.

Od tego wyroku apelacje wywiedli obrońcy obu oskarżonych.

Obrońca P. W. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- obrażę art. 2, art. 7 i art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w zw. z art. 168b k.p.k. oraz art. 237a k.p.k. poprzez rozpoznanie przedmiotowej sprawy i wydanie wobec P. W. wyroku skazującego co do czynów z art. 258 § 1 k.k. oraz art. 13 § 1 w zw. z art. 279 § 1 k.k. i art. 279 § 1 k.k., wbrew zasadzie rzetelności, z naruszeniem zasady demokratycznego państwa prawnego, poprzez przyznanie waloru dowodu obciążającego oskarżonego i poczynienie w tym zakresie ustaleń faktycznych niekorzystnych dla niego, na podstawie materiałów uzyskanych w ramach czynności operacyjno - rozpoznawczych podjętych i prowadzonych z naruszeniem dopuszczalnych prawem ram tych czynności, co wykluczało możliwość wprowadzenia ich do niniejszego procesu, a co za tym idzie z naruszeniem konstytucyjnej zasady rzetelności postępowania karnego i sprawiedliwości proceduralnej,

- obrażę art. 258 § 1 k.k., poprzez jego niesłuszne zastosowanie i przyjęcie, jakoby oskarżony P. W. wraz z oskarżonym T. K., świadkiem A. Ś. i innymi nieustalonymi osobami dopuścił się przestępstwa polegającego na braniu udziału - od co najmniej 3 czerw ca 2009 r. do 2 grudnia 2009 r. w zorganizowanej grupie przestępczej, podczas gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie daje podstaw do zastosowania naruszonego przepisu i przyjęcia, jakoby oskarżony swym postępowaniem wyczerpał znamiona przestępstwa w nim określonego,

- rażącą niewspółmierność oraz surowość wymierzonych oskarżonemu kar jednostkowych za poszczególne przestępstwa, a w konsekwencji również i łącznej kary pozbawienia wolności.

Podnosząc powyższe skarżący wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie,

- względnie, z ostrożności obrończej o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu niższych kar jednostkowych, a następnie połączenie ich i wymierzenie mu kary łącznej, z zastosowaniem pełnej absorpcji, w łącznym wymiarze nie wyższym niż 2 lata pozbawienia wolności, przy jednoczesnym zawieszeniu wykonania tejże kary na okres próby wynoszący lat 5 (przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k.),

- ewentualnie, z jeszcze dalej posuniętej ostrożności obrończej wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do Sądu I instancji celem ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego T. K. zarzucił:

- naruszenie przepisów postępowania tj. art. 8 ust 2 w zw. z art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, poprzez zastosowanie art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. pomimo ich niezgodności z w/w przepisami Konstytucji, które w takiej sytuacji powinny być stosowane wprost, a w konsekwencji czynienie ustaleń faktycznych prowadzących do uznania winy oskarżonego w zakresie czynów z art. 279 § 1 k.k. w oparciu o materiały z kontroli operacyjnej, przy jednoczesnym braku innych dowodów winy oskarżonego, błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia, polegający na przyjęciu, że T. K. działał wraz z P. W. oraz innymi ustalonymi i nieustalonymi osobami w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, podczas gdy poziom zorganizowania oraz charakter więzi łączących w/w osoby nie daje podstaw do czynienia takich ustaleń.

- z ostrożności procesowej skarżący zaskarżonemu wyrokowi zarzucił rażącą

niewspółmierność kary.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca tego oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez uniewinnienie T. K. od zarzucanych mu czynów bądź uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, a z ostrożności procesowej, wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez orzeczenie wobec oskarżonego kary łagodniejszej.

Na rozprawie odwoławczej w dniu 20 listopada 2017 r. Sąd Apelacyjny w P. na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. odroczył rozpoznanie sprawy i przekazał Sądowi Najwyższego do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy: - "czy użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie »innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej« obejmuje swoim zakresem wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu lub przestępstwa skarbowe czy wyłącznie przestępstwa, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2016 r., poz. 1782)".

Sąd Apelacyjny zaznaczył, że nie ma wątpliwości co do możliwości stosowania art. 168b k.p.k. w odniesieniu do spraw, w których akt oskarżenia wpłynął przed dniem 1 lipca 2015 r., albowiem kwestię tę rozstrzyga uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r. w sprawie I KZP 10/16, zgodnie z którą "w zakresie przepisów w ogóle niewymienionych w art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r.,

w których akt oskarżenia został wniesiony do sądu przed 1 lipca 2015 r. i nie zostały one zakończone przed 15 kwietnia 2016 r., będą miały zastosowanie przepisy wprowadzone nowelizacjami z 2013 r. i 2015 r. o ile nie zostały zmienione nowelizacjami z 2016 r., gdyż w tej właśnie sferze działa zasada »chwytania w locie«. Innymi słowy, w ocenie Sądu Apelacyjnego, przepis art. 168b k.p.k. znajduje zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Sąd Odwoławczy podkreślił, że nie zgadza się poglądem wyrażonym przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r. (II AKa 133/16) i - odwołując się do poglądu wyrażonego w Kodeksie postępowania karnego. Komentarzu do zmian 2016 pod red. D. Świeckiego - wskazał, że skoro przepis art. 168b k.p.k. "chwytania w locie", decyzja prokuratora o wykorzystaniu materiału uzyskanego w toku kontroli operacyjnej może być podjęta również podczas rozprawy, co będzie polegało na złożeniu stosownego wniosku dowodowego.

Wobec wypowiedzianego przez ten sąd stanowczego poglądu co do procesowej możliwości stosowania art. 168b k.p.k., w procesach wszczętych wniesieniem aktu oskarżenia przed dniem 1 lipca 2015 r. (art. 8 § 1 k.p.k.), a w konsekwencji pozostawienia tej kwestii poza zakresem przedstawionego zagadnienia prawnego, nie może być przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego chociażby w kontekście ustalenia, czy przedmiotowe zagadnienie ma wpływ na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy to, czy sąd odwoławczy trafnie ustalił, że przepis art. 168b k.p.k. należy do kinetyki procesu, a więc, czy ma w tej sprawie zastosowanie pogląd prawny wyrażony w uchwale SN w sprawie I KZP 10/16.

Finalnie, sąd ad quem doszedł do przekonania, iż "na kanwie przedmiotowej sprawy powstał problem dotyczący "wzajemnej relacji normatywnej normy zawartej w art. 168b k.p.k. i normy zawartej w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (...), a konkretnie co do procesowego wykorzystania materiałów odnoszących się do innych przestępstw

ściganym z urzędu lub przestępstw skarbowych wykraczającym poza zamknięty katalog zawarty w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji". Sąd Apelacyjny wskazał, że możliwe są dwa warianty wykładni art. 168b k.p.k., które prowadzą do zgoła odmiennych rezultatów w zakresie możliwości wykorzystania materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej. Pierwszy wariant, który sąd określił mianem zasadzającego się na wykładni językowej i odrywającego wykładnię art. 168b k.p.k. od art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, prowadzi do wniosku, że możliwość wykorzystania materiałów uzyskanych "przy okazji legalnie prowadzonej kontroli operacyjnej może wykraczać poza katalog przestępstw ujętych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji". Drugi wariant zasadzający się na wykładni celowościowej i systemowej, "a w szczególności na ustaleniu zakresu normowania art. 168b k.p.k. w ścisłym powiązaniu z treścią art. 19 ust. 1 ustawy o Policji", a nie w izolacji do niego, prowadzi do wniosku, że przepis art. 168b k.p.k. umożliwia wykorzystanie uzyskanego w toku kontroli operacyjnej materiału, jako dowodu przestępstw, co prawda innych niż te, których dotyczyła kontrola, ale mieszczących się w katalogu wskazanym w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Prokurator Prokuratury Krajowej, w skierowanych do Sądu Najwyższego wnioskach z dnia 29 grudnia 2017 r. i 26 czerwca 2018 r. wskazał, że należy odmówić podjęcia uchwały z uwagi na fakt, że brzmienie art. 168b k.p.k. jest jednoznaczne i nie budzi wątpliwości. W uzasadnieniu swojego wystąpienia, w którym odwołał się do poglądów doktryny wyrażonych tak na gruncie aktualnego, jak i poprzednio obowiązującego stanu prawnego oraz orzeczeń Sądu Najwyższego wydanych w sprawach I KZP 6/07 i I KZP 32/10, wnioskodawca wskazał m. in., że celem unormowania zawartego w art. 168b k.p.k. jest zachowanie i wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów popełnienia każdego przestępstwa ściganego z urzędu popełnionego przez każdą osobę objętą bądź nieobjętą zarządzeniem kontroli. Prokurator zaznaczył, że skoro w art. 168b k.p.k. ustawodawca nie zawarł żadnego określenia uściślającego katalog przestępstw, ani też odesłania do innego przepisu, który mógłby ten katalog uściślić, oznacza to, że w myśl zasady *lege non distinguente* nie ma podstaw do zawężania katalogu przestępstw wyłącznie do tych, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Gdyby ustawodawca chciał wspomniany zakres przestępstw zawęzić, dałby temu jednoznaczny wyraz odpowiednio formułując przepis art. 168b k.p.k.

Sąd Najwyższy w składzie 3osobowym na posiedzeniu w dniu 28 marca 2018 r. w sprawie I KZP 14/17 postanowił na podstawie art. 441 § 2 k.p.k. przekazać rozstrzygnięcie przedstawionego zagadnienia prawnego powiększonemu składowi Sądu Najwyższego.

### **Uzasadnienie prawne**

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Na wstępie niniejszych rozważań zgodzić należy się z argumentacją przedstawioną w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2018 r. \*, nie powtarzając jej w tym miejscu, a wywodzącą, że w niniejszej sprawie wyłoniło się zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy. Sąd Najwyższy w składzie 3osobowym skonkludował swoje rozważania stwierdzeniem, że: "wbrew bowiem temu, co twierdzi prokurator, przepis art. 168b k.p.k., co trafnie zauważył sąd odwoławczy, wywołuje bardzo poważne wątpliwości co do właściwego i dopuszczalnego sposobu interpretacji wskazanego w nim sformułowania «innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej», co znajduje swój wyraz również

w odmiennych poglądach wyrażanych w tej kwestii zarówno w doktrynie, jak i judykaturze" oraz zauważył, że kwestia będąca przedmiotem pytania "ma ogromną wagę i niezwykle doniosłość społeczną (por. uchwała Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1999 r. w sprawie I KZP 29/99, OSNKW 2000, z. 12, poz. 1). Pytanie Sądu Apelacyjnego w P. nie jest bowiem tylko pytaniem o wykładnię jednego z przepisów kodeksu postępowania karnego, ale w istocie dotyczy tego, gdzie przebiega granica między władczymi uprawnieniami państwa, a gwarancjami praw jednostki oraz odnosi się do kwestii proporcjonalności ingerencji państwa w chronione na mocy Konstytucji (art. 47 i art. 49) i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (art. 8) prawo do poszanowania życia prywatnego i tajemnicy komunikowania się".

Słusznie też, zarówno Sąd zadający pytanie, jak i Sąd Najwyższy w składzie 3osobowym, dostrzegły że na tle interpretacji art. 168b k.p.k. wyłoniły się trzy zasadnicze grupy poglądów prezentowanych przez przedstawicieli doktryny procesu karnego:

1. zakres decyzji prokuratora o wykorzystaniu materiału pochodzącego z kontroli operacyjnej ogranicza się wyłącznie do spraw o przestępstwa ścigane z urzędu i przestępstwa skarbowe, co do których, z mocy przepisów szczególnych, możliwe było zarządzenie owej kontroli (przykładowo - Z. Niemczyk, Nowy kształt kontroli operacyjnej po zmianach ustawy o Policji i Kodeksu postępowania karnego, *Kwartalnik KSSiP* 2017, z. 2, s. 2224; J. Skorupka, Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym [w:] *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, pod red. T. Grzegorzycy i R. Olszewskiego, WK 2017; D. Gruszecka [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. J. Skorupki, Warszawa 2018, s. 346348);

2. zakres decyzji prokuratora o wykorzystaniu materiału pochodzącego z kontroli operacyjnej nie ogranicza się do spraw, co do których, z mocy przepisów szczególnych, możliwe było zarządzenie owej kontroli, ten jednak stan rzeczy sprawia, że badany przepis rodzi istotne wątpliwości co do jego zgodności z Konstytucją RP (przykładowo T. Grzegorzycy, *Kodeksowe legalizowanie w procesie karnym, przez nowelizację z dnia 11 marca 2016 r., dowodów uzyskanych za pomocą przestępstwa lub z naruszeniem przepisów postępowania poza granicami zgody, udzielonej przez sąd na wkroczenie w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności* [w:] *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, pod red. S. Steinborna, K. Woźniewskiego, Gdańsk 2018 - w druku; P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następczej po nowelizacji z 11 marca 2016 r. w świetle standardów konstytucyjnych i konwencyjnych*, *Studia Prawnicze* 2017, z. 3, s. 9399; S. Brzozowski, *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 2016, nr 2, s. 2325; K. Boratyńska, P. Czarnecki, P. Królikowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. A. Sakowicza, Warszawa 2018, komentarz do art. 168b, pkt 6; B. Sitkiewicz, *Wykorzystanie dowodów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej oraz podsłuchu procesowego* [w:] *Postępowanie karne po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r.*, pod red. A. Lacha, Warszawa 2017, s. 117119; P.

Wiliński, Konstytucyjny standard legalności dowodu w procesie karnym [w:] Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne, pod red. S. Steinborna, K. Woźniewskiego, Gdańsk 2018 w druku; K. Burdziak, Dowody uzyskane w toku kontroli operacyjnej [w:] Dynamika zmian w prawie, pod red. M. Nawrockiego i M. Rylskiego, Warszawa 2017, s. 5460);

**3.** zakres decyzji prokuratora o wykorzystaniu materiału pochodzącego z kontroli operacyjnej nie ogranicza się do spraw, co do których, z mocy przepisów szczególnych, możliwe było zarządzenie owej kontroli i rozwiązanie to nie jest uważane za budzące zastrzeżenia, czy to konstytucyjnej, czy też konwencyjnej natury (przykładowo - S. Hoc, J. Kudła, Zgoda następcza z art. 168b Kodeksu postępowania karnego. Komentarz praktyczny, Lex/el. 2016, teza 9 i 10).

Jak widać już z przedstawionego zestawienia, wydaje się, że nie sposób będzie dokonać takiej interpretacji omawianego przepisu, aby uzyskać jednoznaczny wynik już na poziomie wykładni językowej.

Dyspozycja analizowanego przepisu - art. 168b k.p.k. w swej treści wskazuje na możliwe dwa zakresy kontroli operacyjnej prowadzonej przed wszczęciem postępowania przygotowawczego. Pierwszy z nich - niejako pierwotny - wiąże się z prowadzeniem tej kontroli zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych. Drugi - wiąże się z uzyskaniem w jej trakcie materiałów wskazujących na popełnienie przez inwigilowaną osobę innego przestępstwa niż to, którego dotyczyła zgoda pierwotna lub przestępstwa popełnionego przez inną osobę. Przy czym, materiały te dotyczyć mogą jedynie przestępstw ściganych z urzędu lub przestępstw skarbowych. Co do tych materiałów, uzyskanych w wyniku kontroli, którą można określić jako wtórną kontrolę operacyjną (w tym znaczeniu określenia pierwotna kontrola operacyjna i wtórna kontrola operacyjna będą używane w dalszej części tego uzasadnienia), decyzję o ich wykorzystaniu w postępowaniu karnym, podejmuje prokurator.

Jak wynika z powyższego, w zakresie zasad prowadzenia pierwotnej kontroli operacyjnej przepis odsyła do przepisów szczególnych, w obszarze których, nie doszło do istotniejszej zmiany stanu prawnego. Natomiast w zakresie prowadzenia kontroli operacyjnej wtórnej, wskazuje tylko dwie reguły - przedmiotową - ma ona dotyczyć przestępstw ściganych z urzędu lub przestępstw skarbowych oraz podmiotową, że decyzję o wykorzystaniu uzyskanych materiałów podejmuje prokurator.

Taka redakcja omawianego przepisu, nie daje jednoznacznej odpowiedzi na elementarną w tym zakresie kwestię - czy katalog przestępstw, co do których możliwe jest prowadzenie kontroli operacyjnej pierwotnej i wtórnej, jest taki sam.

W ocenie Sądu Najwyższego w niniejszym składzie, niejako wyprowadzając to twierdzenie przed nawias dalszych rozważań, jeżeli pomimo uzyskania różnych wersji rozumienia znaczenia tekstu ustawy - na co wskazano już wyżej przytaczając różne poglądy doktryny - istnieje możliwość takiego przeprowadzenia wykładni analizowanego przepisu, aby jego treść pozostawała w zgodzie z Konstytucją RP i normami prawa międzynarodowego, to należy przyjąć tę właśnie interpretację.

Trzeba dostrzec też, że opowiedzenie się wprost za drugą grupą zaprezentowanych wyżej poglądów, w tym zakresie, w jakim sygnalizują one niezgodność omawianego przepisu z Konstytucją RP, prowadziłoby do skutku, iż przepis art. 168b k.p.k. straciłby swą funkcjonalność.

Oznaczałoby bowiem, co najmniej częściowo, niemożność stosowania go. Istotnie ograniczałoby to możliwość stosowania kontroli operacyjnej. Z pewnością efekt taki, jako uniemożliwiający, przynajmniej czasowo, funkcjonowanie tego ważkiego narzędzia zwalczania najpoważniejszej przestępczości, jest niepożądany.

Skutkiem powyższego jest odrzucenie, na tym etapie rozważań i we wskazanym wyżej zakresie, drugiej grupy zaprezentowanych poglądów.

Podstawowym stwierdzeniem, od którego rozpocząć trzeba interpretację art. 168b k.p.k. jest dostrzeżenie, że przepis ten nie ma charakteru samodzielnego - reguluje on kwestię pozaprocesowej (przedprocesowej) kontroli operacyjnej i w zakresie w jakim, w początkowej swojej treści, wskazuje na potrzebę stosowania "przepisów szczególnych", odsyła m. in. do art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 t.j. ze zm.). Ten przepis szczegółowy określa bowiem katalog przestępstw, co do których dopuszczalne jest zarządzenie pierwotnej kontroli operacyjnej (dla uproszczenia, w tym miejscu oraz w dalszych rozważaniach, Sąd Najwyższy będzie odwoływać się tylko do wskazanej ustawy, dostrzegając jednocześnie, że analogiczne rozwiązania zawierają również inne akty prawne, jak: art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu [Dz. U. z 2017 r., poz. 1920], art. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym [Dz. U. z 2017 r., poz. 1993 t.j.], art. 31 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego [Dz. U. z 2017 r., poz. 1978], art. 113 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej [Dz. U. z 2018 r., poz. 508], art. 31 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych [Dz. U. z 2018 r., poz. 430 t.j.], art. 9e ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej [Dz. U. z 2017 r., poz. 2365], art. 42 ustawy z dnia 9 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa [Dz. U. z 2018 r., poz. 138]).

Już w tym miejscu należy poczynić pierwsze istotne dla niniejszych rozważań zauważenie katalogu spraw z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji ulegał licznym zmianom (przede wszystkim polegającym na jego rozszerzeniu o nowe przestępstwa związane z istotnymi zagrożeniami pojawiającymi się wraz z rozwojem cywilizacyjnym, ale były też zmiany o charakterze technicznym, związane z modyfikacją treści aktów prawnych i ich wewnętrznej numeracji) od 12 października 1995 r., kiedy to ustawą z dnia 21 lipca 1995 r. o zmianie ustaw: o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych, o Policji, o Urzędzie Ochrony Państwa, o Straży Granicznej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 1995 r. Nr 104, poz. 515) bardzo ogólne sformułowanie "w celu zapobieżenia bądź wykrycia zbrodni godzących w życie ludzkie, a także ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych" po raz pierwszy zastąpiono enumeratywnym wymienieniem przestępstw, co do których można zarządzić kontrolę korespondencji, a także stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób tajny informacji oraz utrwalanie dowodów.

Nie jest zatem tak, że ustawodawca dotąd nie reagował stosunkowo szybko i elastycznie na

zmieniające się potrzeby w zakresie zwalczania przestępczości. Co więcej, zmiany omawianego katalogu następowały też po 14 kwietnia 2016 r., a więc po wejściu w życie art. 168b k.p.k. (ustawą z dnia 25 maja 2017 r. o restytucji narodowych dóbr kultury [Dz. U. z 2017 r., poz. 1086] w art. 19 w ust. 1 dodano pkt 3b; ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw [Dz. U. z 2017 r., poz. 768] dodano pkt 2b, zmieniono brzmienie pkt 3 i dodano pkt 9, zaś ustawą z dnia 10 lutego 2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw [Dz. U. z 2017 r., poz. 244] zmieniono pkt 2 tego przepisu). Stwierdzić zatem wypada, co jest istotnym argumentem z punktu widzenia wykładni funkcjonalnej, że działanie ustawodawcy, które z jednej strony precyzyjnie i w sposób wyważony rozszerzałoby katalog czynów objętych pierwotną kontrolą operacyjną, a jednocześnie znosiłoby jakiegokolwiek ograniczenia dla prowadzenia wtórnej kontroli operacyjnej, byłoby wewnętrznie sprzeczne.

W świetle powyższego, nie jest też przekonujące wyjaśnienie zawarte w uzasadnieniu wniosku prokuratora Prokuratury Krajowej z dnia 29 grudnia 2017 r., że celem unormowania zawartego w art. 168b k.p.k.

jest zachowanie i wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów popełnienia każdego przestępstwa ściganego z urzędu popełnionego przez każdą osobę objętą bądź nieobjętą zarządzeniem kontroli, jak i argument, że rozwiązanie to przyczyni się do zwiększenia skuteczności ścigania przestępstw, wzmacniania przestrzegania w procesie zasad legalizmu i prawdy materialnej.

Kolejnym zatem zauważeniem, które w oparciu o analizę historyczną zmian omawianej ustawy można poczynić, jest stwierdzenie, że gdyby racjonalny ustawodawca chciał rozszerzyć zakres kontroli operacyjnej przewidzianej ustawą o Policji, to uczyniłby to rozszerzając katalog z art. 19 ust. 1 lub widząc potrzebę totalnej inwigilacji, zniósłby go. Prowadzi to do trzeciego zauważenia - wprost, jako sprzeczne z elementarnymi zasadami wykładni logicznej, należy ocenić rozwiązanie, w ramach którego, dla uzyskania pierwotnej zgody na kontrolę operacyjną, istnieją ograniczenia katalogowe, a dla kwestii niejako wypadkowych, pozostających w sferze wtórnej kontroli operacyjnej, nie istnieją żadne tego typu ograniczenia. Zastosowanie ma tu argumentacja a fortiori - argumentum a minori ad maius - jeżeli norma prawna zakazuje czynić mniej, to zakazuje również czynić więcej. Zakres kontroli wtórnej nie może być zatem szerszy od zakresu kontroli pierwotnej. Tak więc skoro, w ogóle dla uzyskania zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej wnioski o jej zastosowanie musi dotyczyć przestępstw mieszczących się w katalogu z art. 19 ust 1 ustawy o Policji i zakazana jest kontrola szersza, to również, co najwyżej, taki sam katalog powinien mieć zastosowanie do kontroli prowadzonej w tle tej zgody.

Dostrzec należy, jak daleko sięgają konsekwencje odmiennego poglądu. Mogłoby to oznaczać, że istnieje możliwość uzyskiwania na tej drodze również dowodów w sprawach nie tylko że pozakatalogowych, ale też takich, które co do zasady ścigane są z oskarżenia prywatnego, a które przecież, po przystąpieniu prokuratora w trybie art. 498 k.p.k., również stają się ścigane z urzędu. Brak jakichkolwiek argumentów, nie tylko pozostających w zgodzie z Konstytucją RP, ale wręcz przemawiających za racjonalnością takiego rozwiązania. I na koniec tej części rozważań, wypada jeszcze odnieść się do przestępstw przeciwko rodzinie - nie jest to kategoria przestępstw katalogowych (poza organizowaniem adopcji

dzieci - art. 211a k.k.). Trudno byłoby zaakceptować to, że w ramach kontroli wtórnej, w tej kategorii spraw mogłyby być gromadzone i wykorzystywane materiały uzyskane w sposób tajny, a pochodzące od osób, które mają prawo do odmowy składania zeznań.

Żaden z powyższych przykładów nie pozwala na przyjęcie, że wtórna kontrola operacyjna może mieć charakter nieograniczony przedmiotowo i dotyczyć wszystkich przestępstw ściganych z urzędu. Jeżeli zaś ma mieć charakter ograniczony, to jedynym takim ograniczeniem, jakie można wyinterpretować z analizowanego przepisu (a zarazem w pełni wystarczającym dla zapobieżenia opisanym wyżej niepożądanym skutkiem) jest to, że przestępstwa, których ten etap kontroli dotyczy, muszą mieć również charakter katalogowy. Zważywszy na przedstawioną dotąd argumentację, skoro rozszerzenie, a w istocie niemal brak granic ograniczających prowadzenie wtórnej kontroli operacyjnej (jedynym ograniczeniem pozostawałoby tu ustalenie, że czyn, którego dotyczy taka kontrola nie jest wykroczeniem), nie jest w pełni działaniem racjonalnym dla osiągnięcia celu w postaci poszerzenia pola ścigania, to kolejnym możliwym celem zmiany ustawy w tym zakresie, jaki należy rozważyć, jest stworzenie możliwości wykorzystania materiałów już zebranych w przeszłości, a więc poprzez przepis art. 168b k.p.k. zalegalizowanie ich, a tym samym, wprowadzenia ich jako dowodów do procesów karnych.

Jeżeli jednak taki byłby cel ustawodawcy w tym zakresie, trzeba postawić dwa pytania:

- czy przechowywanie dotąd takich materiałów było legalne?
- czy tak skonstruowana norma miałaby nadal charakter normy prawnej - a więc, czy zachowywałaby charakter generalny i abstrakcyjny, czy też stawałaby się normą indywidualną skierowaną do konkretnej osoby i konkretnej sprawy?

Udzielenie odpowiedzi na pierwsze z tych pytań może mieć drugorzędne znaczenie, w zależności od treści drugiej odpowiedzi. Z pewnością możliwe jest tu odesłanie do końcowej części uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego w składzie 3osobowym, gdzie rozważane są kwestie intertemporalne.

Bezsprzecznie też, z materiałami pochodzącymi z kontroli operacyjnej, a dotyczącymi przestępstw niekatalogowych, uzyskanymi przed dniem 15 kwietnia 2016 r., należało postąpić w taki sposób, jak przewidywał to ówczesnie obowiązujący art. 19 ust. 17 ustawy o Policji 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 wnioskuje o zarządzenie kontroli operacyjnej.

Tak więc, po upływie owych 2 miesięcy, organ ścigania dysponowałby takimi materiałami z naruszeniem przepisów postępowania.

Odrębne zagadnienie, wykraczające poza ramy postawionego w niniejszej sprawie pytania prawnego, stanowi to, czy po dniu 14 kwietnia 2016 r., materiały te, na podstawie art. 168a k.p.k., mogłyby stać się dowodem w sprawie. Jest to przede wszystkim pytanie o zgodność tego przepisu z art. 2, 7, czy 45 ust. 1 Konstytucji RP i zasadami prawa międzynarodowego.

Dla zagadnienia omawianego w niniejszej sprawie, istotniejsze znaczenie ma pytanie o normatywny charakter przepisu art. 168b k.p.k., w sytuacji, gdyby powodem jego uchwalenia

miałby być wskazany wyżej cel.

Nie wymaga jakiegokolwiek dyskusji stwierdzenie, że norma prawna jest regułą zachowania noszącą dwie zasadnicze cechy:

1) **generalności** - generalny charakter normy prawnej odnosi się do dwóch określonych w niej elementów; adresata, któremu jest coś przez tę normę nakazane (zakazane lub dozwolone) oraz okoliczności, w jakich odpowiednie postępowanie adresata powinno mieć miejsce. Bardzo istotne jest, aby odnosić cechę generalności do tych dwóch, odrębnie ujętych elementów podmiotowych i przedmiotowych, ponieważ zdarzają się normy, w których dla generalnie określonego adresata wskazane są indywidualne okoliczności działania i odwrotnie.

Generalność określenia adresata normy oznacza, że norma jest skierowana do pewnej kategorii adresatów, nie zaś do adresata indywidualnego, wskazanego co do tożsamości;

2) **abstrakcyjności** - abstrakcyjny charakter normy prawnej oznacza, że wzór zachowania określony jest przez wskazanie rodzajowych, a nie konkretnych cech tego zachowania. Chodzi zatem nie o wskazanie zachowania jednorazowego, które nie może być powtórzone, ale zachowania takiego, które zdarzyć się może w nieokreślonej z góry liczbie przypadków. Zauważmy, że zachowanie nie będzie powtarzalne, jeśli będzie miało miejsce w indywidualnie określonych okolicznościach. Zachodzi więc istotny związek między abstrakcyjnością (konkretnością) zachowania będącego treścią normy, a sposobem (generalnym lub indywidualnym) określenia okoliczności, w jakich ono zachodzi (vide: T. Chauvin, T. Stawecki i P. Winczorek, Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 2014, s. 9192).

Jeszcze dobitniej brzmi kolejne stwierdzenie przywołanych powyżej autorów odnoszące się do charakteru normy prawnej: "założenie, że obywatel podlega władzy państwowej tylko w takim zakresie, w jakim podlega prawu, a jednocześnie przyjęcie wymogu generalności i abstrakcyjności prawa służy ochronie obywatela przed kapryсами stroniczej władzy, gdyby kierując się partykularnymi lub prywatnymi interesami próbowała ona wykorzystać porządek prawny do oddziaływania jedynie na konkretną jednostkę, np. osobistego lub politycznego przeciwnika, w konkretnej sytuacji. Omawiany postulat stanowi więc jeden z nienaruszalnych warunków wolności jednostki, bezpieczeństwa prawnego czy szerzej - rządów prawa" (op. cit., s. 92).

Czwartym zatem zauważeniem należy uczynić stwierdzenie, że niedopuszczalna byłaby taka wykładnia art. 168b k.p.k., która odbierałaby temu przepisowi charakter abstrakcyjnej i generalnej normy prawnej, a czyniłaby z niego wypowiedź normatywną nakierowaną na rozstrzygnięcie konkretnej sprawy konkretnej osoby. Tak zaś stałoby się, gdyby przepis ten przede wszystkim miał służyć wprowadzeniu do materiału dowodowego konkretnych procesów, już istniejących konkretnych materiałów pochodzących z dawnej kontroli operacyjnej (uzyskanych wówczas nielegalnie, gdyż wobec czynów będących poza zakresem katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji).

Do przedstawionych powyżej rozważań w istocie, nie wnosi nowej jakości argumentacja oparta na analizie uchylenia art. 19 ust. 15a15e ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji -

nastąpiło to na podstawie art. 4 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 437), a więc tej samej, którą dodano art. 168b do k.p.k. Z jednej bowiem strony przepisy art. 19 ust. 15a i b stały się zbędne po wprowadzeniu art. 168b i 237a k.p.k. (normującego stosowanie kontroli operacyjnej prowadzonej po wszczęciu postępowania karnego). Z drugiej zaś, przepisy art. 19 ust. 15c, d i e również straciły rację bytu w sytuacji, gdy ustawodawca przyjął, że wtórna kontrola operacyjna nie wymaga już formalnego zatwierdzenia przez sąd na tym etapie postępowania (poza przedmiotem zadanego pytania pozostaje ocena, czy w omawianym zakresie art. 168b k.p.k. jest zgodny z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, skoro nie dopuszcza sądowej kontroli postanowienia organu ścigania - prokuratora).

Jeżeli jednak Polska ma nadal utrzymać się w standardzie zakreślonym przez art. 2 Konstytucji RP - być demokratycznym państwem prawnym - to z pewnością organy ścigania (a od dnia 4 marca 2016 r. [data wejścia w życie art. 1 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze - Dz. U. z 2016 r. poz. 1767] wszystkie one podlegają władzy wykonawczej), nie mogą mieć do dyspozycji narzędzia w postaci nieomal nieograniczonej w swym zakresie, pozostającej poza nadzorem sądowym, kontroli operacyjnej. Tym bardziej więc, znaczenia nabiera fakt istnienia katalogu czynów zabronionych, co do których kontrola taka może być stosowana w formie pierwotnej i wtórnej.

Z pewnością też, nie do zaakceptowania jest pogląd, w ramach którego wskazuje się, że to prokurator miałby arbitralnie decydować o wykorzystaniu danego dowodu uzyskanego w wyniku wtórnej kontroli operacyjnej w toku całego procesu, a więc również w fazie sądowej. Nie ulega wątpliwości, że prokurator musi podjąć decyzję co do wykorzystania materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej - czy mogą one być wykorzystane w procesie i przedstawione sądowi wraz z aktem oskarżenia, czy też nie. Decyzji prokuratora w tym zakresie dotyczy ostatni fragment dyspozycji art. 168b k.p.k. Oczywiście natomiast musi pozostać, że na etapie postępowania jurysdykcyjnego, to wyłącznie sąd może podjąć decyzję o dopuszczeniu dowodu, a nie prokurator. Wynika to z elementarnej zasady rządzącej tym stadium procesu wyrażonej w art. 368 k.p.k. Gdyby zatem doszło do sytuacji, w której prokurator postąpiłby w tym zakresie niezgodnie z Kodeksem postępowania karnego, Konstytucją RP, czy ustawą o Policji, złożony przez niego wniosek i tak podlega kontroli sądu, który ma decydujące zdanie w kwestii dopuszczenia dowodu art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Kontrola ta obejmuje też wszystkie ustawowe przesłanki stosowania kontroli operacyjnej, co z istoty swej, stanowi pewną formę zgody następczej.

Tylko przy takiej interpretacji omawianego przepisu, chronione będą podstawowe zasady procesowe, w przeciwnym zaś wypadku, mogłoby dojść nawet do złamania zakazów dowodowych.

Co do zasady zatem, stwierdzenie kończące art. 168b k.p.k. "prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym" - ma charakter techniczny i nie rodzi po stronie prokuratora żadnych nowych uprawnień. Prokurator bowiem, dysponując materiałami uzyskanymi w drodze kontroli operacyjnej, musi ocenić ich procesową przydatność. Skutkiem tej oceny zawsze będzie albo złożenie odpowiednich wniosków dowodowych dołączanych do aktu oskarżenia albo uznanie tych materiałów za nieprzydatne procesowo

(z uwagi na ich niską wartość dowodową lub wadę uzyskania), co w konsekwencji powinno skutkować ich zniszczeniem. Przy czym, art. 168b i art. 237a k.p.k. nie przewidują żadnych ograniczeń czasowych dla podjęcia tej decyzji.

Trudno też w pełni zaakceptować pogląd z uzasadnienia wniosku złożonego w niniejszej sprawie przez prokuratora Prokuratury Krajowej, iż "celem unormowania zawartego w art. 168b k.p.k. jest zachowanie i wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów popełnienia każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub każdego przestępstwa skarbowego popełnionego przez każdą osobę objętą bądź nieobjętą zarządzeniem kontroli.

Inaczej mówiąc, celem tej regulacji jest niedopuszczenie do zniszczenia (bądź utraty) dowodów popełnienia przez określoną osobę konkretnego przestępstwa ściganego z urzędu lub dowodów popełnienia przez określoną osobę konkretnego przestępstwa skarbowego, które to zniszczenie nastąpiłoby tylko dlatego, że ani tej osoby, ani tego przestępstwa wydane przez sąd zarządzenie kontroli operacyjnej (bazowe) nie obejmuje" (pogląd ten zaczerpnięto ze stanowiska Prokuratora Generalnego z dnia 16 grudnia 2017 r. złożonego Trybunałowi Konstytucyjnemu do sprawy K 24/16). Przede wszystkim, po raz kolejny wskazać należy na brak konsekwencji w przedstawionej argumentacji. Zakres wtórnej kontroli operacyjnej, co prawda będzie bowiem czynić zadość tak pojmowanemu dążeniu do realizacji zasady legalizmu, skoro nie napotka niemal żadnych ograniczeń, ale kontrola pierwotna nadal pozostanie ograniczona wyłącznie do ścigania przestępstw katalogowych. Nie jest zaś tak, że w każdej sprawie w ogóle dojdzie do tego wtórnego etapu kontroli.

Autor wniosku zdaje się opowiadać za nieograniczonym stosowaniem zasady legalizmu w ściganiu czynów zabronionych. Rzecz jednak w tym, że tak szerokie stosowanie tej zasady określić trzeba jako założenie utopijne. Zasada ta bowiem zawsze będzie ograniczana poprzez inną zasadę procesową - zasadę oportunistyczną. Przykładowo, nie ma jakiegokolwiek potrzeby "zachowywania i wykorzystywania dowodów"

popełnienia czynów zabronionych charakteryzujących się znikomym stopniem szkodliwości społecznej. Kolejne ograniczenia stosowania tej zasady wynikają choćby z zakazów dowodowych. Bezwzględnemu - per fas et nefas - dążeniu do realizacji zasady legalizmu, sprzeciwia się też wzgląd na poszanowanie podstawowych praw obywatelskich zapisanych w Konstytucji RP i traktatach międzynarodowych. Przede wszystkim, w tej ostatniej sferze, mieszczą się ograniczenia dla bezwzględnej inwigilacji obywateli w celu poszukiwaniu dowodów wszelkich przestępstw, które ewentualnie mogliby popełnić.

Przechodząc właśnie na grunt rozważań konstytucyjnych, warto odwołać się do stanowiska Trybunału Konstytucyjnego. Wskazał on, że chociaż interpretator powinien opierać się przede wszystkim na sensie językowym przepisu, nie oznacza to, że granica wykładni, jaką stanowić może językowe znaczenie tekstu jest granicą bezwzględną. Oznacza to jedynie, że do przekroczenia granicy niezbędne jest silne uzasadnienie aksjologiczne, odwołujące się przede wszystkim do wartości konstytucyjnych (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerw ca 2000 r., K 25/99, OTK 2000, nr 5, poz. 141).

Również w doktrynie przyjmuje się, że "interpretatorowi wolno jest odstąpić od językowego sensu przepisu, gdy jest on ewidentnie sprzeczny z fundamentalnymi wartościami konstytucyjnymi, a z istotnych powodów uchylenie przepisu byłoby w danym momencie niemożliwe lub niecelowe, bądź też, gdy wykładnia językowa prowadzi do rozstrzygnięcia,

które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące racje ustawowe interpretowanego przepisu" (vide: L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 78).

Nie mniej istotne jest to, że dokonując wykładni systemowej, nie należy ograniczać się tylko do systematyzacji wewnętrznej, lecz także należy uwzględnić miejsce interpretowanego przepisu w hierarchii aktów normatywnych (tzw. systematyzacja zewnętrzna) oraz dokonać tej wykładni zgodnie z zasadami prawa. Nakaz wykładni prawa zgodnie z zasadami prawnymi to jedna z najbardziej podstawowych reguł wykładni systemowej. Wśród zasad systemu prawa rolę szczególną odgrywają zasady konstytucyjne, z czym wiąże się reguła wykładni, że "interpretując normy prawne należy je interpretować zgodnie z Konstytucją" (L. Morawski: op. cit., s. 111).

Zasada interpretacji norm prawnych w zgodzie z konstytucją jest zresztą w wielu systemach prawnych zaliczana do najważniejszych reguł wykładni, jest ona również akceptowana w prawie europejskim i międzynarodowym (vide: P. Czarny, *Trybunał Konstytucyjny a wykładnia ustaw w zgodzie z Konstytucją, Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2005).

W tym miejscu warto odwołać się do uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r. w sprawie K 23/11 (OTK ZU 2014, z. 7A, poz. 80), gdzie wprost określa się, że: "jeżeli chodzi przy tym o przedmiotowe przesłanki zarządzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, to aby można było mówić o zachowaniu standardu konstytucyjnego, ustawodawca winien zdefiniować zamknięty i możliwie wąski katalog poważnych przestępstw uzasadniających tego typu ingerencję w status jednostki". Z oczywistych względów pogląd ten musi być odnoszony zarówno do kontroli operacyjnej o charakterze pierwotnym, jak i następczym.

I dalej, przywołując wskazane wyżej uzasadnienie wyroku pełnego składu Trybunału Konstytucyjnego warto przypomnieć, że: "status człowieka w demokratycznym państwie prawa opiera się na poszanowaniu jego przyrodzonej i niezbywalnej godności (art. 30 Konstytucji), a także wynikającej z niej wolności (autonomii), czyli swobodzie decydowania o swym postępowaniu, zgodnie z własną wolą (art. 31 ust. 1 i 2). (...)".

Ustrojodawca wyszedł z założenia konieczności zapewnienia możliwie jak najszerszej prawnej ochrony wolności człowieka, będącej naturalnym atrybutem prawnego statusu jednostki. Wynika to jednoznacznie z art. 31 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym wolność każdego - bez względu na to, jakiej sfery życia dotyczy - podlega ochronie prawnej.

Jak przyjęto w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, jest ona chroniona zarówno w jej aspekcie pozytywnym i negatywnym. Aspekt pozytywny «wolności jednostki» polega na tym, że jednostka może swobodnie kształtować swoje zachowania w danej sferze, wybierając takie formy aktywności, które jej samej najbardziej odpowiadają, lub powstrzymać się od podejmowania jakiegokolwiek działalności. Aspekt negatywny «wolności jednostki» polega na prawnym obowiązku powstrzymania się - kogokolwiek - od ingerencji w sferę zastrzeżoną dla jednostki. Obowiązek taki ciąży na państwie i na innych podmiotach (...). Odstąpienie od respektowania «aspektu negatywnego» wolności konstytucyjnych jest możliwe tylko na zasadach, w zakresie i w formie przewidzianej w art. 31 ust. 3 Konstytucji, ze względu na wymienione tam - enumeratywnie - wartości i przy spełnieniu wymogu proporcjonalności

ograniczeń" (wyrok z 18 lutego 2004 r., sygn. P 21/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 9, cz. III, pkt 4). Konstytucyjna ochrona wolności człowieka odnosi się przede wszystkim do sfery jego prywatności.

Ustrojodawca statuuje prywatność jednostki, nie jako nadane konstytucyjnie prawo podmiotowe, ale jako wolność konstytucyjnie chronioną ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami. Przede wszystkim oznacza to swobodę działania jednostek w ramach wolności, aż do granic ustanowionych w ustawie. Dopiero jednoznaczna regulacja ustawowa może nakładać ograniczenia w zakresie podejmowania określonych zachowań mieszczących się w ramach konkretnej wolności. Niedopuszczalne jest domniemywanie kompetencji władz publicznych w zakresie ingerencji w wolność jednostki. Immanentnym elementem wszystkich konstytucyjnych wolności człowieka jest spoczywający na państwie obowiązek ich prawnego poszanowania i ochrony, a także powstrzymywania się od ingerowania w wolności zarówno przez państwo, jak i podmioty prywatne (vide: art. 31 ust. 2 zdanie pierwsze i ust. 3 Konstytucji). Standard ten odnosi się do wszystkich konstytucyjnych wolności człowieka, w szczególności zaś do wolności osobistych, do których - oprócz prywatności - zaliczają się m. in.: wolność komunikowania się (art. 49 Konstytucji), nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji) czy szeroko rozumiana autonomia informacyjna (art. 51 Konstytucji).

(...) Jak przyjmuje się w orzecznictwie, art. 47 i art. 51 Konstytucji chronią tę samą wartość konstytucyjną - sferę prywatności. Autonomia informacyjna stanowi istotny element składowy prawa do ochrony prywatności, a polega na samodzielnym decydowaniu o ujawnianiu innym podmiotom informacji dotyczących własnej osoby, a także na sprawowaniu kontroli nad tymi informacjami, nawet jeśli znajdują się w posiadaniu innych osób (zob. wyroki TK z: 19 lutego 2002 r., sygn. U 3/01, OTK ZU nr 1/A/2002, poz. 3; 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02, OTK ZU nr 6/A/2002, poz. 83; 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08, OTK ZU nr 10/A/2011, poz. 116). Trybunał podkreślał równocześnie, że art. 51 Konstytucji ustanawia szczególny środek ochrony tych samych wartości, które chronione są za pośrednictwem art. 47 Konstytucji (zob. wyrok TK z 12 listopada 2002 r., sygn. SK 40/01, OTK ZU nr 6/A/2002, poz. 81)" (OTK ZU: op. cit.).

Podsumowując przytoczone powyżej poglądy Trybunału Konstytucyjnego, które w niczym nie straciły swej aktualności, wskazać należy na trzy elementy konstruujące standard postępowania państwa wobec obywatela w omawianym zakresie:

konstytucyjnie chronioną ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami

1. konstytucyjna ochrona wolności człowieka odnosi się przede wszystkim do sfery jego prywatności. Prywatność jednostki jest wolnością - art. 47 i 51 Konstytucji RP,
2. niedopuszczalne jest domniemywanie kompetencji władz publicznych w zakresie ingerencji w wolność jednostki,
3. aby można było mówić o zachowaniu standardu konstytucyjnego, ustawodawca winien zdefiniować zamknięty i możliwie wąski katalog poważnych przestępstw uzasadniających ingerującą w status jednostki kontrolę operacyjną.

Po raz kolejny odwołując się w tym miejscu do poglądów doktryny teorii prawa, wypada podnieść, że zasada proporcjonalności zobowiązuje do poszukiwania takiej interpretacji przepisów ograniczających, która pozwoli zrealizować cel, jaki stawiał sobie prawodawca wprowadzając takie przepisy, a przy tym będzie najmniej uciążliwa dla adresatów norm prawnych, a w każdym razie nie będzie bardziej uciążliwa niż jest to konieczne dla osiągnięcia założonego przez normodawcę celu (L. Morawski: op. cit., s. 124 i cytowana tam literatura).

Na gruncie omawianego przepisu mamy właśnie do czynienia z wystąpieniem konfliktu dwóch zasad - legalizmu (art. 10 k.p.k.) oraz ochrony wolności człowieka (m. in. art. 47 i 51 Konstytucji RP).

W przypadku, gdy dochodzi do konfliktu dwóch zasad, to: albo można przyjąć, że ze względów faktycznych nie da się zrealizować obu zasad, lub też doniosłość jednej z zasad wyklucza zastosowanie drugiej zasady, albo przyjmujemy, że należy zastosować obie zasady, biorąc pod uwagę doniosłość każdej z nich i wówczas zastosowanie zasady proporcjonalności będzie polegało na tym, że interpretator powinien poszukiwać takiej wykładni pozostających całkowicie ze sobą w konflikcie zasad, która pozwoli zrealizować cele założone dla każdej z nich, jednakże w takim stopniu, który uwzględnia różną wagę każdej z nich. Nie powinno także ulegać wątpliwości, że interpretator powinien kierować się zasadą proporcjonalności, nie tylko interpretując przepisy ograniczające prawa i wolności obywatelskie, ale także odpowiednio w toku wykładni pozostających ze sobą w konflikcie zasad i zwykłych reguł prawnych (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37).

Kolejną tezę, którą w tym miejscu należy postawić jest stwierdzenie, że skoro ustawy wydawane są w oparciu o Konstytucję RP i mają niższą moc prawną od niej (art. 8 Konstytucji RP) i od ratyfikowanych umów międzynarodowych (art. 91 ust. 2 Konstytucji RP), w tym Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (art. 8 EKPCz), to nie mogą pozostawać z nimi w sprzeczności.

Podnieść też trzeba, że zasadą jest prawo obywatela do wolności, w tym prawo do zachowania prywatności, wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się, a także zakaz pozyskiwania i gromadzenia informacji o obywatelach. Ograniczenia tego prawa zawsze zatem winny być traktowane jako wyjątek od tej zasady, a jako takie, nie mogą być interpretowane rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendendae*).

Konflikt pomiędzy zasadą legalizmu a zasadą poszanowania i ochrony wolności człowieka, musi być rozwiązywany z poszanowaniem zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), poprzez ściśle ustawowe uregulowanie przypadków, kiedy do kompetencji władz publicznych będzie należała ingerencja w wolność jednostki. Celem takiej ingerencji może być zwalczanie przestępczości, ale dotyczyć może wyłącznie poważnych przestępstw ściganych z urzędu (w tym skarbowych) i wiązać się z możliwie najmniejszym ograniczeniem praw i wolności konstytucyjnych, takich jak prawo do prywatności, nienaruszalności mieszkania, czy wolności komunikowania się.

A skoro tak, to przy interpretacji art. 168b k.p.k. należy nadać prymat wykładni systemowej - w szczególności systematyce zewnętrznej - która prowadzi do nakazu przestrzegania zasad konstytucyjnych, w tym zasady proporcjonalności. Ingerencja w wolność człowieka - jego

prawo do prywatności - nie może mieć charakteru nieograniczonego. Ograniczeniem takim winien być katalog poważnych przestępstw uzasadniających ingerującą w status jednostki kontrolę operacyjną. Jeżeli zaś tak, to zarówno kontrola operacyjna o charakterze pierwotnym, jak i wtórnym, może być prowadzona wyłącznie w stosunku do przestępstw katalogowych - m. in. z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

Konkludując, należy stwierdzić, że zarówno przedstawione względy logiczne, jak i z zakresu wykładni systemowej (wykładnia językowa nie dała tu jednoznacznego rezultatu, zaś celowościowa z jednej strony nie jest w stanie przełamać jednoznacznych wyników wykładni systemowej, z drugiej odwołując się do omówionego wyżej uzasadnienia wniosku prokuratorskiego prowadziłyby do przyjmowania założeń wręcz utopijnych), w szczególności zaś dążenie do uzyskania elementarnej spójności rozumienia tego przepisu z podstawowymi normami Konstytucji RP, nie pozostawiają wątpliwości co do tego, jak należy odpowiedzieć na zadane pytanie prawne.

Przedstawione rozważania pozwalają zatem na udzielenie odpowiedzi następującej treści: użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie "innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej" obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 ze zm.).

Kierując się przedstawionymi względami, Sąd Najwyższy uchwalił, jak na wstępie.