



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 29 kwietnia 2016 r.

Adam Bodnar

II.520.1.2016.ST

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

Wniosek

Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2014 r. poz. 1648 ze zm.)

wnoszę o

stwierdzenie niezgodności art. 168b i art. 237a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) 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.

Uzasadnienie

Na podstawie art. 1 pkt 35 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 r., poz. 437) do ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) został dodany art. 168b. Stanowi on, że jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.

Równocześnie art. 4 ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw uchylił art. 19 ust. 15a-15e ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2015 r. poz. 355 ze zm.), art. 5 tej ustawy uchylił art. 9e ust. 16a-16e ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2014 r. poz. 1402 ze zm.), art. 6 ustawy uchylił art. 36d ust. 1a-1e ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2015 r. poz. 553 ze zm.), art. 12 ustawy uchylił art. 31 ust. 16a-16e ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 96 ze zm.), art. 13 ustawy uchylił art. 27 ust. 15a-15e ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2015 r. poz. 1929 ze zm.), art. 17 ustawy uchylił art. 31 ust. 14a-14e ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie

Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2014 r. poz. 253 ze zm.), art. 18 ustawy uchylił art. 17 ust. 15a-15e ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2014 r. poz. 1411 ze zm.).

Zgodnie z uchylonym art. 19 ust. 15a ustawy o Policji wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli operacyjnej było dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego było dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot. Prokurator Generalny (prokurator okręgowy), podejmował decyzję o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Art. 238 § 3-5 oraz art. 239 Kodeksu postępowania karnego stosowane były odpowiednio (art. 19 ust. 15b ustawy o Policji). Jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można było zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem o kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzekał sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę następczą, na wniosek prokuratora (art. 19 ust. 15c ustawy o Policji). Wniosek, o którym mowa w ust. 15c, prokurator kierował do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Policji niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia kontroli (art. 19 ust. 15d ustawy o Policji). Sąd wydawał postanowienie, o którym mowa w ust. 15c, w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora (art. 19 ust. 15e ustawy o Policji). Analogiczne co do treści rozwiązania zawarte były również w uchylonych przepisach art. 9e ust. 16a-16e

ustawy o Policji, art. 36d ust. 1a-1e ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 16a-16e ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 15a-15e ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 14a-14e ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 15a-15e ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

Ustawodawca wprowadził także istotne zmiany dotyczące procesowej kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych zarządzanej na podstawie przepisów Kodeksu postępowania karnego. Przede wszystkim art. 1 pkt 42 ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw uchylił § 8 w art. 237 k. p. k. Stanowił on, że wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli. Ponadto na podstawie art. 1 pkt 43 ustawy nowelizującej nowe brzmienie otrzymał art. 237a k. p. k. Zgodnie z tym nowym brzmieniem, jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.

Treść znowelizowanego art. 237a k. p. k. w istotny sposób odbiega od dotychczasowej regulacji zawartej w tym przepisie. Zgodnie z obowiązującą do dnia 14 kwietnia 2016 r. treścią art. 237a k. p. k., jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa wymienionego w art. 237 § 3 k. p. k., popełnionego przez

osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego niż objęte zarządzeniem kontroli, albo popełnionego przez inną osobę, prokurator w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia jej zakończenia mógł wystąpić do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym. Sąd wydawał postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 14 dni na posiedzeniu bez udziału stron.

W świetle przywołanych regulacji nie ulega wątpliwości, że zarówno dodany art. 168b k. p. k. jak też znowelizowany art. 237a k. p. k. wprowadzają całkowicie nowe zasady wyrażania zgody następcej na wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej (podśluchu) dotyczącego innego przestępstwa lub innej osoby niż objęte sądowym zarządzeniem kontroli. W stosunku do dotychczas obowiązującego w tym zakresie stanu prawnego różnica polega na tym, że po pierwsze, zgoda następca może dotyczyć nie tylko przestępstwa, w stosunku do którego można w świetle obowiązującego prawa zarządzić kontrolę operacyjną, lecz każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego; po drugie, zgoda następca nie jest już wyrażana przez sąd, lecz przez prokuratora; po trzecie, wyrażanie zgody następcej przez prokuratora nie jest ograniczone żadnym terminem.

Treść art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. budzi istotne zastrzeżenia konstytucyjne. Przede wszystkim czynności operacyjne realizowane na podstawie przepisów prawa regulujących działalność poszczególnych służb nie mają charakteru procesowego, co istotnie ogranicza rolę sądu w tym zakresie. Co do zasady w świetle przepisów ustawy o Policji (art. 19), ustawy o Straży Granicznej (art. 9e), ustawy o kontroli skarbowej (art. 36c), ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (art. 31), ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (art. 27), ustawy o Służbie

Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego (art. 31), ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (art.17) kontrola operacyjna może być stosowana jedynie w określonych wyraźnie w ustawie przypadkach, w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców przestępstw, a także uzyskania i utrwalenia dowodów tych przestępstw. Zastosowanie kontroli operacyjnej jest możliwe wyłącznie na zasadzie subsydiarności, a więc wtedy, gdy inne środki okazały się bezskuteczne lub zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne. Ponadto zarządzenie kontroli operacyjnej jest możliwe przez sąd i następuje na czas określony. Materiały zgromadzone w trakcie kontroli operacyjnej podlegają zniszczeniu po jej zakończeniu, jeśli nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego.

W myśl art. 19 ust. 6 ustawy o Policji kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na: 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych; 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne; 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej; 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych; 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek. Analogiczne rozwiązania zawierają przepisy art. 9e ust. 7 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 4 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 7 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 6 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji

Wywiadu, art. 31 ust. 4 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 5 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

Natomiast realizowana na podstawie przepisów k. p. k. procesowa kontrola i utrwalanie rozmów ma na celu wykrycie i uzyskanie dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa (art. 237 § 1 k. p. k.). Kontrola taka jest możliwa wyłącznie w zakresie przestępstw wymienionych w art. 237 § 3 k. p. k. i jest zarządzana przez sąd.

W świetle powyższego czynności operacyjne podejmowane przez poszczególne służby oraz realizowana na podstawie przepisów k. p. k. kontrola i utrwalanie rozmów w sposób głęboki ingerują w takie chronione konstytucyjnie dobra jak prawo do ochrony życia prywatnego (art. 47 Konstytucji RP), wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP), autonomia informacyjna jednostki (art. 51 Konstytucji RP) czy wreszcie nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji RP) w przypadku podsłuchu lub monitoringu zainstalowanego w mieszkaniu.

Poszanowanie i ochronę prywatności przez władze publiczne oraz ogólny zakaz ingerencji w tę sferę gwarantuje art. 47 Konstytucji RP. Rozwinięcie tych gwarancji znalazło zaś swój wyraz w postanowieniach art. 51 Konstytucji RP wyrażającego zasadę autonomii informacyjnej jednostki. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że art. 47 i art. 51 Konstytucji RP chronią tę samą wartość konstytucyjną – sferę prywatności. Autonomia informacyjna jednostki 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 (wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lutego 2002 r., sygn. akt U 3/01, OTK z 2002 r. Nr 1/A, poz. 3; z dnia 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02, OTK z 2002 r. Nr 6/A, poz. 83; z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt K 33/08, OTK z 2011 r. Nr 10/A, poz. 116). Szczególnym instrumentem tej kontroli jest żądanie sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych sprzecznie z ustawą (art. 51 ust. 4 Konstytucji RP).

Z konstytucyjną ochroną prywatności i autonomii informacyjnej wiąże się również wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się. Z art. 49 Konstytucji RP wynika, że zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Przy czym – jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 20 czerwca 2005 r. (sygn. akt K 4/04, OTK z 2005 r. Nr 6/A, poz. 64) – przejawem prawa do prywatności jest wolność komunikowania się, która obejmuje nie tylko tajemnicę korespondencji, ale też wszelkiego rodzaju kontakty międzyosobowe.

W wyroku z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11, OTK z 2014 r. Nr 7/A, poz. 80) w kontekście wymienionych wzorców konstytucyjnych Trybunał Konstytucyjny uznał, że „konstytucyjną ochroną wynikającą z art. 47, art. 49 i art. 51 ust. 1 Konstytucji objęte są wszelkie sposoby przekazywania wiadomości, w każdej formie komunikowania się, bez względu na fizyczny nośnik (np. rozmowy osobiste i telefoniczne, korespondencja pisemna, faks, wiadomości tekstowe i multimedialne, poczta elektroniczna). Ochrona konstytucyjna obejmuje nie tylko treść wiadomości, ale także wszystkie okoliczności procesu porozumiewania się, do których zaliczają się dane osobowe uczestników tego procesu,

informacje o wybieranych numerach telefonów, przeglądanych stronach internetowych, dane obrazujące czas i częstotliwość połączeń czy umożliwiające lokalizację geograficzną uczestników rozmowy, wreszcie dane o numerze IP czy numerze IMEI. W ramach konstytucyjnie gwarantowanej wolności człowieka i jego autonomii informacyjnej mieści się nadto ochrona przed niejawnym monitorowaniem jednostki oraz prowadzonych przez nią rozmów, nawet w miejscach publicznych i ogólnie dostępnych. Nie ma znaczenia, czy wymiana informacji dotyczy życia ściśle prywatnego, czy też prowadzonej działalności zawodowej, w tym działalności gospodarczej. Nie ma bowiem takiej sfery życia osobistego człowieka, co do której konstytucyjna ochrona byłaby wyłączona bądź samoistnie ograniczona. W każdej z tych sfer jednostka ma więc konstytucyjnie gwarantowaną wolność przekazywania i pozyskiwania informacji, w tym udostępniania informacji o sobie samej.”

W tym samym wyroku Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „choć czynności operacyjno-rozpoznawcze popadają w konflikt z prawem do ochrony prywatności, wolnością i ochroną tajemnicy komunikowania się czy autonomią informacyjną, mogą być uznane za konieczne w demokratycznym państwie prawa z uwagi na ochronę bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego bądź ochronę wolności i praw innych osób. Dopuszczalność stosowania kontroli operacyjnej, a także gromadzenia i przetwarzania danych telekomunikacyjnych zależy od przestrzegania konstytucyjnych wymagań, mających chronić jednostki przed ekscesami stosowania prawa i nadmiernym wkroczeniem w sferę ich prywatności, a ponadto zabezpieczać przed wpływaniem służb policyjnych i ochrony państwa na demokratyczny mechanizm sprawowania władzy w państwie. Wymagania te są, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, tym surowsze, im bardziej dane

czynności – w szczególności prowadzone w warunkach niejawności oraz poza ramami postępowania sądowego – ingerują w konstytucyjnie chroniony status człowieka i obywatela.”

Odnosząc powyższe poglądy Trybunału Konstytucyjnego do standardów konstytucyjnych w tym zakresie wskazać trzeba, że w świetle art. 50 Konstytucji RP zapewnia się nienaruszalność mieszkania. Przeszukanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Art. 50 Konstytucji RP nie pozostawia w związku z tym wątpliwości, że ingerencja władzy publicznej w nienaruszalność mieszkania (w tym ingerencja w postaci podsłuchu lub monitoringu w mieszkaniu) może nastąpić jedynie w przypadkach wyraźnie określonych w ustawie. Ten sam wymóg w zakresie wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się formułuje art. 49 Konstytucji RP stanowiąc, że ograniczenie tej wolności „może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie”. Również ogólna klauzula ograniczenia prawa do ochrony prawnej życia prywatnego (art. 47 Konstytucji RP) zakłada (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), że ograniczenie tego prawa może być ustanowione tylko w ustawie.

Ze wskazanych przepisów konstytucyjnych wynika, że niejawna ingerencja organów władzy publicznej w szeroką pojętą sferę prywatności jednostki musi mieć dostatecznie precyzyjną podstawę w treści ustawy. Niejawność owej ingerencji oznacza bowiem, że jednostka nie posiada żadnej wiedzy o mającej miejsce ingerencji w jej prawa lub wolności. Nie może w związku z tym korzystać w sposób autonomiczny, właśnie z uwagi na brak owej wiedzy, z przewidzianych prawem powszechnych środków ochrony tych wolności lub praw. Dlatego swoiste funkcje gwarancyjne w tym zakresie musi pełnić ustawa. To z jej

postanowień musi wynikać w sposób precyzyjny zakres i głębokość niejawną ingerencji organów władzy publicznej w sferę chronionych wolności lub praw jednostki. Ustawa dopuszczająca niejawną ingerencję w wolności lub prawa jednostki musi więc konkretyzować przypadki, zakres, sposoby niejawną ingerencji, a także wskazywać jakich sfer życia jednostki owa ingerencja dotyczy. Oznacza to, że regulując materię kontroli operacyjnej ustawodawca powinien zrezygnować z posługiwania się klauzulami generalnymi, powinien również unikać tworzenia otwartych katalogów czynów zabronionych uzasadniających zarządzenie kontroli operacyjnej. W przeciwnym przypadku przepisy ustawy tracą swój gwarancyjny charakter, skoro ostateczne i maksymalne kontury ograniczenia wolności lub praw jednostki określają organy stosujące kontrolę operacyjną, a nie ustawodawca.

Myśl, że niejawną ingerencja organów władzy publicznej w prawo do prywatności musi znajdować dostatecznie precyzyjną podstawę w obowiązującym prawie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które kształtuje się na podstawie art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.). W orzecznictwie tym szczególną wagę przywiązuje się do tego, aby działania służb specjalnych stanowiące ingerencję w życie prywatne jednostki opierały się na dostatecznych podstawach prawnych. Przy czym nie chodzi tylko o formalną podstawę prawną do niejawnych działań podejmowanych przez służby w sferze prywatności jednostki, lecz także o odpowiednią jakość tego prawa.

W wyroku z dnia 2 sierpnia 1984 r. (sprawa *Malone przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 8691/79) Europejski Trybunał stwierdził, że skoro praktyczna realizacja gromadzenia informacji nie jest poddana kontroli ani osoby zainteresowanej, ani opinii

publicznej, sformułowanie zakresu uznania organów wykonawczych w kategoriach niczym nieskrępowanej swobody, naruszałoby zasadę rządów prawa. Oznacza to, że ustawa musi z dostateczną jasnością wytyczać zakres tego uznania przyznany poszczególnym władzom oraz sposób jego wykonania. W sprawie *Rotaru przeciwko Rumunii* (wyrok z dnia 4 maja 2000 r., skarga nr 28341/95) Europejski Trybunał uznał, że sam brak odpowiednio rozbudowanego uregulowania prawnego tworzy sytuację naruszenia art. 8 Europejskiej Konwencji. Ustawa powinna określać rodzaje gromadzonych danych, kategorie osób tym objętych oraz procedury, które muszą być przestrzegane. Z kolei w sprawie *The Association for European Integration and Human Rights oraz Ekimdzhiev przeciwko Bułgarii* (wyrok z dnia 28 czerwca 2007 r., skarga nr 62540/00) Europejski Trybunał wskazał, że tajna inwigilacja, ze względu na ryzyko nadużyć musi mieć szczególnie precyzyjną podstawę, zwłaszcza gdy dostępna technologia staje się coraz bardziej wyrafinowana. Wreszcie w sprawie *Iordachi i inni przeciwko Mołdawii* (wyrok z dnia 10 lutego 2009 r., skarga nr 25198/02) Europejski Trybunał uznał, że minimalny standard konwencyjny w zakresie inwigilacji wymaga określenia w prawie rodzaju przestępstw, w odniesieniu do których organy państwa mogą pozyskiwać niejawnie informacje o osobach. Nie jest przy tym wystarczające, aby prawodawca wskazał, że chodzi o poważne przestępstwa, nawet jeśli definiuje to pojęcie w ustawie.

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że zarówno z postanowień Konstytucji RP jak też z orzecznictwa ukształtowanego na tle art. 8 Europejskiej Konwencji wynika standard, iż w przypadku niejawnego pozyskiwania informacji o jednostce wymagana jest precyzja regulacji prawnej. Precyzja ta ma zapobiegać ryzyku arbitralności niejawnych działań podejmowanych przez organy władzy publicznej, które z natury rzeczy pozostają

poza zasięgiem kontroli publicznej. Co do zasady obowiązujące przepisy prawa realizują ten standard. Art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 1 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 1 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, a także art. 237 § 3 k. p. k. określają rodzaje przestępstw ściganych z urzędu lub przestępstw skarbowych, które uzasadniają zarządzenie kontroli operacyjnej. Standardu tego nie realizują jednak objęte niniejszym wnioskiem przepisy art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. Przepisy te regulują instytucję zgody następczej na wykorzystanie w postępowaniu karnym jako dowodów uzyskanych w wyniku inwigilacji materiałów świadczących o popełnieniu każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, a więc nie tylko przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną. W ten sposób, a więc wprowadzając nieograniczony katalog przestępstw, które uzasadniają wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w wyniku niejawnych działań, ustawodawca niweczy gwarancyjny charakter wymienionych powyżej przepisów. Nielegalnie, bo poza zakresem dopuszczalnej kontroli operacyjnej, zdobyte materiały, mogą stanowić dowód w postępowaniu karnym, zaś decyzja w tym zakresie nieobwarowana jakimikolwiek dodatkowymi warunkami, należy do prokuratora. Kwestionowane przepisy art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. przywracają więc arbitralność niejawnych działań władzy publicznej. Materiały uzyskane w wyniku niejawnej kontroli operacyjnej mogą

bowiem zostać wykorzystane przez tę władzę nie tylko do ścigania poważnych przestępstw, opisanych precyzyjnie w prawie, lecz również do ścigania każdego przestępstwa.

Przedstawione uwagi prowadzą do wniosku, że art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. są niezgodne z art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wbrew nakazom konstytucyjnym wprowadzenia ograniczenia prawa do prywatności tylko w ustawie (art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), ograniczenia wolności i tajemnicy komunikowania się jedynie w przypadkach określonych w ustawie (art. 49 Konstytucji RP), ograniczenia nienaruszalności mieszkania jedynie w przypadkach określonych w ustawie (art. 50 Konstytucji RP), wkroczenia w autonomię informacyjną jednostki tylko w zakresie określonym ustawie (art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) ustawodawca w kwestionowanych przepisach odwołał się do ogólnej i bardzo pojemnej kategorii „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli”. Tymczasem, na co zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11), w przypadku niejawnego pozyskiwania przez władze publiczne informacji o jednostkach „(...) to ustawa ma precyzować przedmiotowe przesłanki zarządzenia takich czynności. Aby zachować standard konstytucyjny, nie wystarcza odwołanie się do ogólnych zagrożeń dóbr prawnie chronionych, zwłaszcza przez zwroty niedookreślone. Ustawodawca zobowiązany jest wobec tego zdefiniować zamknięty i możliwie wąski katalog poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki. (...) Precyzyjne ustawowe uregulowanie przedmiotowych przesłanek dopuszczalności kontroli operacyjnej i pozyskiwania danych telekomunikacyjnych jest tym bardziej konieczne, ponieważ w istocie to same służby – działając w ramach ich ustawowych zadań – definiują zagrożenia, którym

następnie mają zapobiegać. O ile Trybunał nie kwestionuje ogólnego zakreslenia w ustawie zadań służb ochrony państwa, to już przesłanki niejawnego pozyskiwania informacji o osobach mają być zdefiniowane przez ustawodawcę wyczerpująco w sposób zamknięty. Odwołując się do utrwalonego orzecznictwa ETPC oraz Trybunału Konstytucyjnego, należy raz jeszcze podkreślić, że na podstawie brzmienia przepisu ustawy jednostka ma wiedzieć, jakie zachowania narażają ją nie tylko na ewentualną odpowiedzialność karną, lecz również umożliwią prowadzenie w stosunku do niej czynności operacyjno-rozpoznawczych, głęboko ingerujących w jej prywatność.”

Tych warunków nie spełniają przepisy art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k., które w istocie stanowią obejście owych restrykcyjnych zasad wkraczania służb w prawo do prywatności sformułowanych w utrwalonym orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego oraz orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Co prawda ustawodawca zdefiniował katalog przestępstw uzasadniających niejawną, głęboką ingerencję służb w prawo do prywatności, wprowadził jednak w kwestionowanych przepisach łatwą i dość prostą ścieżkę umożliwiającą organom władzy publicznej poprzez korzystanie z instytucji zgody następczej swobodne wychodzenie poza tak zakreślony katalog przestępstw.

Kwestionowany art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. naruszają także zasadę proporcjonalności w sposób ogólny określoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Nieproporcjonalnie ingerują one w ogólnie wyrażone w art. 47 Konstytucji RP prawo do prywatności, a także w wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP), nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji RP), naruszają też wynikający z art.

51 ust. 2 Konstytucji RP zakaz pozyskiwania i gromadzenia informacji o obywatelach, które nie są niezbędne w demokratycznym państwie prawnym.

Niejawne pozyskiwanie informacji o jednostce musi spełniać wymóg konieczności w demokratycznym państwie prawnym. Jednocześnie środek w postaci niejawnego wkroczenia władzy publicznej w szeroką pojętą prywatność musi być najmniej uciążliwy dla podmiotów, których wolności lub prawa podlegają ograniczeniu, musi być stosowany wyjątkowo, w celu ścigania i wykrywania poważnych przestępstw. W wyroku z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11) Trybunał Konstytucyjny w tym zakresie zauważył, że „niejawne pozyskiwanie informacji o jednostkach w demokratycznym państwie prawa, za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest dopuszczalne jedynie w celu zapobiegania poważnym przestępstwom, ich ściganiu i wykrywaniu. (...) Ustalając katalog przestępstw, co do których dopuszczalne są czynności operacyjno-rozpoznawcze, ustawodawca nie może odrywać się od obiektywnie mierzalnej hierarchii dóbr, której wyraz daje Konstytucja. Nie może także abstrahować od uwarunkowań historycznych i społecznych, determinujących stopień zagrożenia, jakie niosą ze sobą poszczególne czyny w skali całego państwa. Nieuprawniona jest natomiast, zdaniem Trybunału, teza jakoby sama penalizacja jakiegoś czynu w ustawach karnych, a nawet zobowiązanie do jego ścigania na mocy umów międzynarodowych, były wystarczającymi przesłankami uznania go za poważny w stopniu uzasadniającym dopuszczalność niejawnego pozyskiwania informacji i dowodów za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, które prowadzą do ingerencji w prywatność, tajemnicę komunikowania się czy autonomię informacyjną.”

Art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. nie spełniają tak rozumianego testu proporcjonalności. Z jednej strony bowiem ustawodawca w imię realizacji zasady

proporcjonalności wprowadził zamknięty katalog poważnych w jego ocenie przestępstw, uzasadniających niejawne pozyskiwanie informacji o osobach, z drugiej zaś strony w kwestionowanych przepisach ustalił, że każde przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe uzasadnia skorzystanie z materiałów zdobytych w sposób niejawny. Tymczasem celowość czy przydatność zastosowanego w tym zakresie rozwiązania nie jest wystarczająca dla uznania go za „konieczne w demokratycznym państwie prawnym.” W tym przypadku wyjątkowość ingerencji w podstawowe prawa jednostki, właśnie ze względu na przydatność uzyskanych w wyniku tej ingerencji materiałów, może przekształcić się we właściwe dla państwa policyjnego niejawne poszukiwanie wszelkich obciążających materiałów przeciwko jednostce.

Art. 168b k. p. k. oraz art. 237a k. p. k. nie wyznaczają także żadnych ram czasowych określających maksymalne terminy, przed upływem których prokurator może podjąć decyzję w przedmiocie wykorzystania w ten sposób uzyskanych dowodów w postępowaniu karnym. Nie określają te przepisy w związku z tym, w jakim okresie od zakończenia kontroli operacyjnej dopuszczalne jest przechowywanie materiałów zawierających dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli. Brak precyzyjnego określenia w ustawie ram czasowych postępowania z materiałami zgromadzonymi w wyniku niejawnej kontroli stanowiącymi dowód popełnienia innego przestępstwa (lub przez inną osobę) niż objęte zarządzeniem kontroli powoduje, że zarówno służby jak też prokurator posiadają niczym nieskrępowaną swobodę w tym zakresie. Ustawa nie określa

więc żadnych maksymalnych terminów, w których zdobyte w ten sposób informacje mogą być wykorzystywane, a w konsekwencji także przechowywane. Ten stan rzeczy nie odpowiada wymogom sformułowanym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w powoływanym już wyroku z dnia 4 maja 2000 r. w sprawie *Rotaru przeciwko Rumunii*, że prawo powinno określać maksymalny wiek informacji oraz czasokres ich przechowywania. W tym więc zakresie kwestionowany art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. nie spełniają w związku z tym wymogu przewidywalności pożądanego w przypadku przepisów regulujących niejawną ingerencję w szeroko pojęte prawo do prywatności i także z tego powodu są one niezgodne z art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Przepisy art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. są także niezgodne z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Stanowi on, że każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Z punktu widzenia przedmiotu zaskarżenia znaczenie ma wynikające z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP prawo do żądania usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. W tym przypadku chodzi o sposób gromadzenia informacji przez podmiot, w którego posiadaniu one się znajdują, a nie o treść tych informacji. W świetle art. 51 ust. 4 Konstytucji RP o „informacjach zebranych w sposób sprzeczny z ustawą” można mówić w trojakiemu rodzaju sytuacjach. Po pierwsze, gdy uzyskiwanie danego rodzaju informacji jest w ogóle niedopuszczalne w świetle Konstytucji RP. Po drugie, gdy nie dokonuje się na podstawie i w granicach przewidzianych wyraźnie w ustawie. Po trzecie, gdy uzyskanie informacji – nawet konstytucyjnie i ustawowo dopuszczalne – nastąpiło niezgodnie z

procedurą określoną w prawie (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11).

Z punktu widzenia treści przepisów art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. problem konstytucyjny dotyczy tego, czy w świetle art. 51 ust. 4 Konstytucji RP materiały uzyskane przez organy władzy publicznej w wyniku inwigilacji podjętej zgodnie z ustawą, można następnie gromadzić i ewentualnie wykorzystywać w innym celu niż pierwotny cel ich uzyskania. Skoro poszczególne służby mogą w sposób niejawną pozyskiwać informacje o przestępstwach ściganych z oskarżenia publicznego lub przestępstwach skarbowych, w stosunku do których można zarządzić kontrolę operacyjną, to w świetle art. 51 ust. 4 Konstytucji RP nie mogą gromadzić informacji o osobie wykraczających poza tak określony zakres. W szczególności informacje te nie mogą zostać wykorzystane w postępowaniu karnym dotyczącym popełnienia przestępstwa wykraczającego poza określony przez ustawodawcę przedmiotowo zakres kontroli operacyjnej. Rozwiązania przyjęte w art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. prowadzą do tego, że deklarowany przez ustawodawcę cel kontroli operacyjnej nie pokrywa się z celem, w jakim mogą zostać wykorzystane materiały uzyskane w wyniku tej kontroli.

Z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 1 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 1 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również z art. 237 § 3 k. p. k. w sposób wyraźny wynika, że celem niejawnych czynności jest zapobieganie, wykrywanie, ustalenie sprawców, a także

uzyskanie i utrwalenie dowodów popełnienia ściśle określonych w tych ustawach przestępstw. Z tych przepisów *a contrario* wynika, że w ich trybie nie można pozyskiwać informacji w celu wykrywania innych przestępstw niewymienionych w tych ustawach. W razie pozyskania takich informacji, informacje te jako zebrane sprzecznie z ustawą powinny podlegać zniszczeniu. W tym kontekście wskazać należy, że w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 23 marca 2011 r. (sygn. akt I KZP 32/10, OSNKW z 2011 r. Nr 3, poz. 22) dotyczącej kontroli operacyjnej wykonywanej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne Sąd Najwyższy stwierdził, iż „(...) skoro zatem ustawa o CBA odnośnie do kontroli operacyjnej wymaga, już we wniosku do sądu o jej zastosowanie, wskazania zarówno osoby, której ma ona dotyczyć, jak i czynu lub czynów, co do których kontrola ta ma być zastosowana (...), to jedynie w takim właśnie podmiotowym i przedmiotowym zakresie, określonym w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli, a więc uwzględniającym ten wniosek z uwagi na zaistnienie przesłanek do jej zastosowania, kontrola operacyjna staje się dopuszczalnym, legalnym wkroczeniem w sferę omawianej wolności. W innym przypadku – choćby to dotyczyło także przestępstw, co do których możliwe jest również zarządzenie kontroli operacyjnej albo takich przestępstw osób innych niż wskazane w postanowieniu o tej kontroli – jeżeli kontrola operacyjna nie została kolejną decyzją sądu, w tym w postaci tzw. zgody następczej, poszerzona, ustawowe ograniczenia wolności komunikowania się nie funkcjonuje, a prymat ma konstytucyjna gwarancja takiej wolności, stanowiącej element szerzej rozumianego prawa do prywatności. Dowody pozyskane zatem poza zakresem zastosowanego ograniczenia omawianej wolności uzyskano wprawdzie w ramach zarządzanej przez sąd kontroli, ale poza jej granicami, a

więc niezgodnie z wymogami ustawy. Nie można tym samym uznać, że są to dowody uzyskane legalnie.”

Mając na uwadze treść kwestionowanych przepisów odwołać się trzeba również do wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego zawartej w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04, OTK z 2005 r. Nr 11/A, poz. 132), w którym Trybunał kontrolował ówczesne brzmienie art. 19 ust. 4 ustawy o Policji. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że literalne brzmienie art. 51 ust. 4 Konstytucji RP wskazuje, iż „(...) nacisk położono tu na sposób, w jaki zbierano materiały (a nie kwestię ich wykorzystania w ewentualnym innym procesie, czemu ma służyć zachowanie zbioru). O ile więc następcza zgoda sądu na zachowanie materiałów operacyjnych, które skądinąd powinny ulec zniszczeniu, zgodnie z ustawą zwykłą (...) mogłaby usanować nielegalność wykorzystania procesowego takich materiałów (skoro sąd zezwolił na zachowanie zbioru), o tyle następcza zgoda sądu na zachowanie informacji operacyjnych (art. 19 ust. 4 ustawy o Policji) nie może doprowadzić do ograniczenia czy wyłączenia prawa sformułowanego przez art. 51 ust. 4 Konstytucji. W tym bowiem zakresie ustawodawca zwykły w ogóle nie ma swobody regulacyjnej. Konstytucyjne prawo podmiotowe z art. 51 ust. 4 Konstytucji odnosi możliwość sprostowania i żądania usunięcia danych do sytuacji, gdy dane te zostały <<zebrane w sposób sprzeczny z ustawą>> i z tą hipotezą określoną czasowo, wiąże prawo jednostki unormowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Następcza zgoda sądu (...) dotyczy <<zachowania>> materiałów operacyjnych. To umożliwia ewentualne ich dalsze wykorzystanie procesowe, bez narażenia się na zarzut korzystania z <<owoców zatrutego drzewa>>. Nie podobna jednak uznać, że następcza zgoda sądu powoduje, iż nielegalne tymczasowo (brak zgody sądu) prowadzenie działalności operacyjnej może prowadzić do

przeformułowania przesłanki wymaganej w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Takie przeformułowanie oznaczałoby, że materiały, w stosunku do których sąd wyraził zgodę na zachowanie, mimo że zostały uzyskane (zgromadzone) bez zgody sądu (...), nie zostałyby uznane za <<zebrane w sposób sprzeczny z ustawą>> z punktu widzenia art. 51 ust. 4 Konstytucji. W takim wypadku bowiem konstytucyjne określenie <<zebrane w sposób sprzeczny z ustawą>>, użyte w tym przepisie, nabrałoby innego, węższego, znaczenia, i to za sprawą (...) normy ustawowej. Problemem jest bowiem to, że czego innego dotyczy następcza zgoda sądu w art. 19 ust. 4 (zachowania nielegalnie zebranych materiałów), a czego innego dotyczy przesłanka art. 51 ust. 4 Konstytucji (legalności samego pozyskiwania materiałów jako hipotezy uzasadniającej sprostowanie i usunięcie materiałów zebranych z naruszeniem prawa – w momencie ich zbierania). Zabieg interpretacyjny polegałby tu więc na zwężającej wykładni pojęcia <<zebrany w sposób sprzeczny z ustawą>>, użytego w art. 51 ust. 4 Konstytucji *in fine*. Przy tym skutkiem tej interpretacji byłoby ograniczenie zakresu konstytucyjnego prawa podmiotowego do żądania sprostowania lub usunięcia informacji, o czym – co do zasady stanowi art. 51 ust. 4 Konstytucji. Tak więc w przedstawionym wypadku ujęcie ustawy zwykłej rzutowałoby na zakres pojęcia konstytucyjnego, i to ze skutkiem negatywnym dla zakresu konstytucyjnego prawa jednostki. Dodać należy, że o ile konstytucyjne prawo dostępu do urzędowej informacji (art. 51 ust. 3 Konstytucji) może być ograniczone w ustawie zwykłej, o tyle prawo sformułowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji – odesłania do ustawy zwykłej nie przewiduje i jest ujęte w sposób bardziej rygorystyczny”.

Przedstawione uwagi oraz przywołane poglądy Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego uzasadniają zarzut, że art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. są niezgodne z

art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, gdyż ustawodawca, nie mając w tym zakresie żadnej swobody regulacyjnej wprowadził rozwiązanie zezwalające na zachowanie do ich ewentualnego procesowego wykorzystania, materiałów zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, a więc poza granicami ustawowego celu stosowania kontroli operacyjnej i kontroli i utrwalania rozmów.

Art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. nie zawierają także wystarczających gwarancji proceduralnych wymaganych z perspektywy ochrony praw lub wolności określonych w art. 47, art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 2 Konstytucji RP. Prawo do ochrony życia prywatnego, ochrona tajemnicy komunikowania się, nienaruszalność mieszkania oraz autonomia informacyjna wymagają adekwatnych gwarancji procesowych, zwłaszcza wówczas, gdy głęboka ingerencja w te prawa lub wolności ma charakter niejawnny. W przypadku kontroli operacyjnej realizowanej na podstawie ustaw regulujących działanie poszczególnych służb zgodę na ową kontrolę wydaje sąd. Sąd też zarządza kontrolę i utrwalanie rozmów po wszczęciu postępowania karnego. Do daty wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw sąd też rozstrzygał w przedmiocie zgody następczej. Ustawodawca w wyniku dokonanej nowelizacji odstąpił od tej reguły, przyjął mianowicie, że decyzję w sprawie zgody następczej na wykorzystanie materiałów uzyskanych poza zakresem zarządzanej przez sąd niejawnej kontroli wydaje prokurator. Ta decyzja prawodawcza nie zasługuje jednak na akceptację z punktu widzenia standardów właściwych dla demokratycznego państwa prawnego. W powoływanym powyżej wyroku z dnia 4 maja 2000 r. wydanym w sprawie *Rotaru przeciwko Rumunii* Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że aby systemy niejawnej inwigilacji były zgodne z art. 8 Konwencji, muszą one zawierać gwarancje prawne stosowane do kontroli

działań właściwych służb. Procedury kontrolne muszą odpowiadać wartościom demokratycznego społeczeństwa tak wiernie, jak to możliwe, a w szczególności zasadzie praworządności. Zasada rządów prawa zakłada, między innymi, iż ingerencja ze strony organów władzy wykonawczej w prawa jednostki powinna być przedmiotem skutecznej kontroli, która w normalnych warunkach powinna być przeprowadzona przynajmniej przez organy sądowe, jako że kontrola sądowa zapewnia najlepszą gwarancję niezależności, bezstronności oraz stosowania właściwej procedury.

W kontekście wskazanego wyroku Europejskiego Trybunału – jakkolwiek nie jest to argument decydujący – wskazać należy, że obecnie prokuratura nie jest wolna od silnych związków z władzą wykonawczą, skoro na jej czele stoi Minister Sprawiedliwości (art. 1 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. - Prawa o prokuraturze – Dz. U. poz. 177). Związki te, co jest oczywiste muszą także przenikać do poszczególnych postępowań prowadzonych przez prokuratorów, gdyż Minister Sprawiedliwości pełniący funkcję Prokuratora Generalnego może wydawać prokuratorom polecenia dotyczące treści czynności procesowej (art. 7 § 2 Prawa o prokuraturze), może zmieniać lub uchylać decyzje prokuratorów (art. 8 § 1 Prawa o prokuraturze), przejmować sprawy prowadzone przez prokuratorów i wykonywać ich czynności (art. 9 § 2 Prawa o prokuraturze), może też zwrócić się o przeprowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez właściwe organy, jeżeli pozostawałyby one w bezpośrednim związku z toczącym się postępowaniem (art. 57 § 3 Prawa o prokuraturze). W takim kształcie ustrojowym nie sposób uznać, że prokuratura w pełni korzysta z przymiotu niezależności od władzy wykonawczej.

Przede wszystkim istnieją jednak silne uwarunkowania konstytucyjne, które powodują, że przewidziany w art. 168b k. p. k. i art. 237 a k. p. k. standard kontroli dotyczący materii niejawnego ingerencji w prawo do prywatności, polegający w tym przypadku na wyrażeniu zgody następczej przez prokuratora, nie spełnia wymogów zawartych w Konstytucji RP. W świetle art. 45 ust. 1 Konstytucji RP każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP wynika natomiast, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP jednostce przysługuje w związku z tym prawo do sądu, zaś art. 77 ust. 2 Konstytucji RP zawiera zakaz zamykania drogi sądowej dla dochodzenia naruszonych wolności lub praw.

W wyroku z dnia 10 maja 2000 r. (sygn. akt K 21/99, OTK z 2000 r. Nr 4, poz. 109) Trybunał Konstytucyjny uznał, że „jeśli więc art. 45 ust. 1 konstytucji dotyczy dochodzenia przed sądem wszelkich praw (także ustanowionych w innych aktach normatywnych niż konstytucja), to art. 77 ust. 2 konstytucji obejmuje swym zakresem jedynie prawa i wolności gwarantowane konstytucyjnie. W tym znaczeniu art. 77 ust. 2, stanowiąc uzupełnienie i rozwinięcie ogólniejszego ujęcia z art. 45 ust. 1, zawiera zarazem swoistą regulację szczególną w stosunku do art. 45 ust. 1 konstytucji. Płynie stąd istotny wniosek dla zakresu dopuszczalnych ograniczeń prawa do sądu. Ograniczenia prawa do sądu ustanowione normą ustawową, stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji, muszą uwzględniać kategoryczny zakaz zamykania drogi do sądu zawarty w art. 77 ust. 2 w zakresie dochodzenia konstytucyjnych wolności i praw, *ergo* wyłączenie drogi sądowej w sprawach związanych z naruszeniem wolności i praw może być ustanowione jedynie wprost przepisami konstytucyjnymi.

Wynika więc z stąd bardzo wyraźna dyrektywa interpretacyjna dotycząca przesłanek zastosowania art. 31 ust. 3 konstytucji. Po pierwsze bowiem, art. 31 ust. 3 nie może z pewnością uzasadniać ograniczenia, które wyłączyłoby całkowicie ochronę sądową prawa należącego do tej kategorii praw, których dotyczy wyraźny zakaz wyłączenia drogi sądowej wyrażony w ust. 2 art. 77. Po drugie, ocena konieczności zastosowania jakichkolwiek ograniczeń w realizacji prawa do sądu musi w tym wypadku uwzględniać szczególną mocną gwarancję konstytucyjną z jakiej prawo to korzysta w zakresie wyznaczonym przez ust. 2 art. 77. Można też tę myśl ująć od drugiej strony, stwierdzając, że generalnie (ogólnie) prawo do sądu, wyrażone w art. 45 ust. 1 konstytucji, nie może zostać ograniczone w postaci zamknięcia przez ustawę drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności i praw konstytucyjnych, gdyż takie ograniczenie byłoby oczywiście sprzeczne z art. 77 ust. 2 konstytucji. W tym sensie, art. 77 ust. 2 konstytucji wyznacza, obok art. 31 ust. 3, zakres dopuszczalnych ograniczeń prawa do sądu.”

Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości po pierwsze, że sprawa, w której chodzi o niejawną ingerencję organów władzy publicznej w takie prawem chronione dobra jak prywatność, wolność i tajemnica komunikowania się, nienaruszalność mieszkania, autonomia informacyjna jednostki, należy do spraw, o których mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP; po drugie, sprawa taka dotyczy dochodzenia naruszonych konstytucyjnych wolności lub praw. W efekcie w związku z kategorycznym zakazem zawartym w art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, ustawa, a więc także art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k., nie może wyłączać sądu z rozpoznawania tych spraw i powierzać ich rozpoznawania organowi pozasądowemu, jakim jest prokurator.

Kwestionowane przepisy art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. zawierają zresztą w zakresie realizacji prawa do sądu wewnętrzną sprzeczność. Otóż pierwotna niejawną ingerencją służb w prawo do prywatności wymaga zgody sądu, zgoda następcza nie wymaga zaś już udziału sądu, nawet wówczas, gdy następuje zmiana podmiotowa polegająca na zmianie osoby inwigilowanej (a więc wówczas, gdy chodzi o inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej). Przepisy art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. mają w związku z tym także charakter dyskryminujący w zakresie realizacji prawa jednostki do dostępu do sądu. W konsekwencji art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. są również niezgodne z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP.

Sumując przedstawione powyżej zarzuty – zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich – art. 168b k. p. k. i art. 237a k. p. k. są niezgodne 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. Dlatego też w celu zapewnienia realizacji konstytucyjnych standardów ochrony praw człowieka, wnoszę jak na wstępie.