



ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO ZBIÓR URZĘDOWY

Seria A

Warszawa, dnia 8 września 2022 r.

Pozycja 55

POSTANOWIENIE z dnia 28 czerwca 2022 r. Sygn. akt SK 60/21

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Justyn Piskorski – przewodniczący
Stanisław Piotrowicz – sprawozdawca
Piotr Pszczółkowski
Bartłomiej Sochański
Jakub Stelina,

po rozpoznaniu, na posiedzeniu niejawnym w dniu 28 czerwca 2022 r., skargi konstytucyjnej P.D. o zbadanie zgodności:

art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. Nr 30, poz. 179, ze zm.) w zakresie, w jakim nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli, z:

- art. 45 ust. 1, art. 77 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,
- art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji,

p o s t a n a w i a:

umorzyć postępowanie.

Orzeczenie zapadło większością głosów.

UZASADNIENIE

I

1. W skardze konstytucyjnej z 4 marca 2021 r. P.D. wniósł o stwierdzenie niezgodności art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. Nr 30, poz. 179, ze zm.; obecnie: Dz. U. z 2021 r. poz. 1882, ze zm.; dalej: ustawa o Policji) w zakresie, w jakim nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli, z art. 45 ust. 1, art. 77 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji oraz art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

1.1. Skargę konstytucyjną wniesiono na tle poniżej opisanego stanu faktycznego. 24 lipca 2015 r. na wniosek Komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji, zatwierdzony przez Prokuratora Generalnego, wobec P.D. (dalej: skarżący) zarządzono kontrolę operacyjną na użytkowanym przez niego telefonie. Sąd Okręgowy postanowieniem z 29 lipca 2015 r. na podstawie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji podjął decyzję o kontynuowaniu kontroli przez okres trzech miesięcy, tj. do 24 października 2015 r. Na postanowienie to skarżący wniósł zażalenie. Sąd Okręgowy zarządzeniem z 19 października 2020 r. odmówił, na podstawie art. 429 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (obecnie: Dz. U. z 2021 r. poz. 534, ze zm.; dalej: k.p.k.), przyjęcia tego zażalenia do rozpoznania. Skarżący złożył zażalenie na powyższe zarządzenie, które Sąd Apelacyjny w Warszawie utrzymał w mocy postanowieniem z 25 listopada 2020 r. (sygn. akt [...]).

1.2. Kwestionując art. 19 ust. 20 ustawy o Policji (w zakresie wskazanym w *petitum* skargi), skarżący wskazał, że zastosowanie wobec niego niejawnnej kontroli operacyjnej, polegającej na utrwalaniu rozmów telefonicznych, należy uznać za „sprawę” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji. Podniósł, że odmowa przyjęcia środka odwoławczego na postanowienie w przedmiocie kontynuowania kontroli operacyjnej naruszyła jego prawo do zaskarżania orzeczeń, prawo do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd oraz zamknęła mu drogę do dochodzenia naruszonych praw. Zaistniała sytuacja godzi, w jego ocenie, w zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego (respektowanie tej zasady umożliwiłoby rozpoznanie sprawy z uwzględnieniem zasad rzetelnego postępowania, a w szczególności pozwoliłoby osobie pokrzywdzonej ingerencją Policji na przedstawienie własnego stanowiska w zakresie zasadności, celowości i legalności stosowania wobec niej podsłuchów), naruszeniem zasady proporcjonalności (ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, natomiast definitywne pozbawienie osoby podsłuchiwanej prawa do skontrolowania decyzji w przedmiocie podsłuchów nie spełnia żadnej z tych przesłanek), a także naruszeniem zasady demokratycznego państwa prawnego (demokratyczne państwo prawne wymaga, aby istniały mechanizmy umożliwiające sprawowanie kontroli nad władczymi działaniami państwa ingerującymi w podstawowe prawa i wolności obywateli, w celu przeciwdziałania arbitralności tych działań i powszechnemu stosowaniu inwigilacji obywateli).

Naruszenie prawa do zaskarżenia orzeczenia w przedmiocie kontroli operacyjnej skarżący łączy ponadto z naruszeniem zasady równości wobec prawa wskazując, że w treści kwestionowanego przepisu występuje pominięcie prawodawcze. Podniósł, że prawo do zaskarżenia decyzji w przedmiocie kontroli operacyjnej przysługuje wyłącznie jednemu z podmiotów zainteresowanych treścią rozstrzygnięcia, tj. organowi Policji lub prokuratorowi, natomiast nie zostało przewidziane dla osoby, której prawo do poszanowania życia prywatnego jest w drodze kontroli naruszane. Zwrócił ponadto uwagę, że osoby, wobec których jako podstawę zastosowania kontroli rozmów telefonicznych wskazano art. 237 § 1 lub § 2 k.p.k. mogą – na podstawie art. 240 k.p.k. – zaskarżyć postanowienie sądu, natomiast osobom poddawanym kontroli operacyjnej na podstawie ustawy o Policji uprawnienie takie nie przysługuje.

Skarżący podkreślił, że dostrzega szczególny charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji, który uzasadnia brak możliwości uczestniczenia osoby podsłuchiwanej w procesie decydowania o zastosowaniu wobec niej podsłuchów, gdyż unicestwiłoby to cel tych czynności i uniemożliwiło skuteczną walkę z przestępczością. Przyznał, że na etapie zarządzania kontroli operacyjnej postępowanie w tym przedmiocie musi mieć z natury rzeczy charakter poufny. Twierdzi jednakże, że od momentu, gdy poinformowanie osoby podsłuchiwanej o fakcie stosowania wobec niej kontroli operacyjnej nie naraża już czynności

operacyjno-rozpoznawczych na niepowodzenie, brak jest uzasadnienia dla odbierania osobie podsłuchiwanej prawa do dochodzenia naruszeń związanych z realizacją jej podstawowych praw.

2. Po wstępnym rozpoznaniu skargi konstytucyjnej skarżącego postanowieniem z 28 października 2021 r. Trybunał Konstytucyjny nadał skardze dalszy bieg.

3. Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie z 10 grudnia 2021 r. poinformował Trybunał Konstytucyjny, że zgłasza udział w przedmiotowym postępowaniu i wnosi o stwierdzenie, że art. 19 ust. 20 ustawy o Policji w zakresie, w jakim nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji.

W uzasadnieniu stanowiska Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdził, że obecny stan prawny musi wzbudzać niepokój, w szczególności, jeżeli sąd decyduje w istocie rzeczy o zarządzaniu czynności, które wkraczają w podstawowe prawa i wolności obywatelskie. Zdaniem Rzecznika po zakończonej kontroli operacyjnej, obywatel powinien mieć prawo do złożenia zażalenia na decyzje sądu w zakresie przeprowadzonych względem niego czynności operacyjnych. Z tym uprawnieniem wiąże się konieczność każdorazowego poinformowania obywatela o przeprowadzonych wobec niego czynnościach operacyjnych (po ich zakończeniu). Zgodnie bowiem z obecnie obowiązującym stanem prawnym, obywatel nie jest informowany o zarządzanej wobec niego kontroli operacyjnej. Jego zdaniem, brak zapewnienia jednostce wyżej wskazanego uprawnienia jest niezgodny z konstytucyjnymi standardami, w szczególności z prawem do zaskarżalności i zasadą dwuinstancyjności postępowania (zob. s. 7, pkt 10 stanowiska). W jego ocenie samo istnienie regulacji zezwalających na arbitralną inwigilację obywateli stanowi naruszenie art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz uprawnia do wniesienia skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W przypadku tak głębokiej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie, jak kontrola operacyjna, jednostka powinna mieć zagwarantowane skuteczne środki kontroli zasadności i legalności stosowanych przez służby czynności operacyjnych (w związku z naturą działań operacyjnych powinny przysługiwać jednostce *ex post*). Jest to tym bardziej usprawiedliwione, że czynności te prowadzone są niejawnie, co może przyczyniać się do arbitralnych działań służb.

4. W piśmie z 22 grudnia 2021 r. stanowisko w sprawie przedstawił Prokurator Generalny, który uznał, że postępowanie podlega umorzeniu wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

W uzasadnieniu stanowiska Prokurator Generalny stwierdził, że skarżący zakwestionował zaniechanie prawodawcze. Odnosząc się do podniesionej kwestii przez skarżącego wskazał, że „zarzut sformułowany w skardze nie może polegać na wykazywaniu, iż przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby skarżącego” (zob. postanowienie TK z 11 maja 2009 r., sygn. SK 37/07, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 74 oraz wyrok z 19 listopada 2001 r., sygn. K. 3/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 251). Ponadto jego zdaniem uzasadnienie skargi jest lakoniczne. Uzasadnienie niezgodności kwestionowanego przepisu z poszczególnymi wzorcami kontroli ma charakter hasłowy i ogólnikowy.

5. Do dnia wydania niniejszego postanowienia Sejm nie przedstawił stanowiska.

II

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji, każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji. Skarga konstytucyjna powinna przy tym spełniać warunki określone w ustawie z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: u.o.t.p.TK).

2. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że na każdym etapie postępowania niezbędna jest kontrola, czy nie zachodzi jedna z ujemnych przesłanek wydania wyroku, powodująca konieczność umorzenia postępowania (zob. wyrok z 30 września 2014 r., sygn. SK 22/13, OTK ZU nr 8/A/2014, poz. 96 i powołane tam orzecznictwo TK).

Trybunał stwierdza, że skarga nie spełnia wymogów wskazanych w art. 53 ust. 1 pkt 2 i 3 u.o.t.p.TK. Z przepisu tego wynika, że skarżący powinien wskazać w skardze nie tylko, która jego konstytucyjna wolność lub konstytucyjne prawo zostały naruszone oraz określić sposób tego naruszenia (pkt 2), ale również uzasadnić zarzut niezgodności kwestionowanego przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego ze wskazanymi konstytucyjnymi wolnościami lub prawami, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie (pkt 3). Prawidłowe wykonanie tych obowiązków polega na przedstawieniu przez skarżącego takich argumentów, które uprawdopodobnią ewentualną niekonstytucyjność kwestionowanego przepisu (zob. postanowienie TK z 8 czerwca 2011 r., sygn. SK 14/10, OTK ZU nr 5/A/2011, poz. 45). Trybunał nie może zastępować skarżącego w wykonaniu tych obowiązków. To na skarżącym spoczywa bowiem ciężar udowodnienia zarzutu niezgodności z Konstytucją zaskarżonego przepisu (zob. postanowienia TK z: 5 czerwca 2013 r., sygn. SK 25/12, OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 68; 13 stycznia 2015 r., sygn. SK 17/13, OTK ZU nr 1/A/2015, poz. 5).

3. W skardze konstytucyjnej wniesionej do Trybunału Konstytucyjnego P.D. (dalej: skarżący) zakwestionował art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. Nr 30, poz. 179; obecnie: Dz. U. z 2021 r. poz. 1882, ze zm.; dalej: ustawa o Policji) w zakresie, w jakim nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli, z art. 45 ust. 1, art. 77 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji, oraz art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Zaskarżony art. 19 ust. 20 ustawy o Policji ma następujące brzmienie: „Na postanowienia sądu, o których mowa w: 1) ust. 1, 3, 8 i 9 – przysługuje zażalenie organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia; 2) ust. 3 – przysługuje zażalenie właściwemu prokuratorowi, o którym mowa w ust. 1. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego”.

Skarżący kwestionuje konstytucyjność wskazanego przepisu ustawy w zakresie, w jakim przepis ten nie przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej i ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania wniesienia przez osobę wobec której kontrola operacyjna była stosowana zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej. Zatem zarzutem niekonstytucyjności nie jest objęta treść aktu normatywnego, tylko brak określonej treści w konkretnie wskazanym przepisie ustawy. To może stanowić przedmiot kontroli kon-

stytucyjności prawa tylko pod warunkiem, że wykazuje cechy pominięcia prawodawczego. Jeśli natomiast brak treści stanowiącej sedno zarzutu niekonstytucyjności formułowane pod adresem konkretnego przepisu wykazuje cechy zaniechania ustawodawczego, wówczas pozostaje to poza zakresem kontroli konstytucyjności.

4. Z analizy skargi wynika, że skarżący *de facto* nie przedstawił uzasadnienia zarzutu niezgodności kwestionowanej normy prawnej ze wskazanymi wzorcami kontroli, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie. Ogólne i hasłowe stwierdzenie przez skarżącego, że zakwestionowany przepis narusza jego prawo do sądu, prawo do zaskarżenia orzeczeń, prawo do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd oraz zamyka drogę dochodzenia naruszonych praw, narusza zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego, zasadę proporcjonalności oraz zasadę demokratycznego państwa prawnego, nie spełnia tego wymogu. Brak uzasadnienia podważa trafność wzorców.

Skarżący przytoczył treść wzorców kontroli stwierdzając, że uniemożliwienie podejrzanemu kontroli instancyjnej postanowienia sądu w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej stanowi pominięcie prawodawcze, a nie celową decyzję ustawodawcy. W żaden sposób natomiast nie wykazał, aby w zaskarżonym akcie prawnym doszło do niepełnej regulacji zagadnienia, tj. pominięte normy są wynikiem zbyt wąskiego zakresu zastosowania, z uwagi na cel i przedmiot regulacji, co jest źródłem naruszenia konstytucyjnych praw skarżącego (zob. postanowienie z 8 września 2009 r., sygn. Ts 95/08, OTK ZU nr 5/B/2009, poz. 398). Stwierdzenie niezgodności pominięcia prawodawczego jest uzasadnione tylko wtedy, gdy istnieje konstytucyjny nakaz uregulowania jakiejś kwestii, a ustawodawca wykonuje ten nakaz tylko w części. Nie wskazano na przypadkowe wyłączenie z zakresu normowanego pewnej grupy zjawisk lub osób oraz zasad konstytucyjnych z których wynika, że powinny być objęte unormowaniem.

Trybunał Konstytucyjny przypomina że skuteczne zakwestionowanie pominięcia prawodawczego wymaga od podmiotu inicjującego postępowanie przed Trybunałem wyjątkowej staranności i zaangażowania (zob. postanowienie TK z 2 grudnia 2014 r., sygn. SK 7/14, OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123). Jednocześnie „postawione zarzuty muszą być precyzyjne i nie mogą polegać na wskazaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby wnioskodawcę. Gdyby istniała możliwość zaskarżenia przepisu pod zarzutem, iż nie zawiera on regulacji, które w przekonaniu wnioskodawcy winny się w nim znaleźć, każdą ustawę lub dowolny jej przepis można byłoby zaskarżyć w oparciu o tego rodzaju przesłankę negatywną. Gdyby ustawodawca uznał za celowe takie ukształtowanie kompetencji Trybunału Konstytucyjnego, zawarłby stosowną normę w Ustawie Zasadniczej (...)” – (wyrok TK z 19 listopada 2001 r., sygn. K 3/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 251). W przeciwnym wypadku zarzut braku takiej regulacji może być rozpatrywany wyłącznie w kategoriach zaniechania prawodawczego, którego badanie pozostaje poza zakresem kognicji Trybunału (zob. postanowienie z 28 października 2015 r., sygn. P 6/13, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 161). Wszelkie niedające się rozstrzygnąć wątpliwości w zakresie rozróżnienia pominięcia prawodawczego od zaniechania ustawodawczego muszą być rozstrzygane na korzyść tego ostatniego (por. postanowienie z 10 października 2012 r., sygn. Ts 38/12, OTK ZU nr 6/B/2012, poz. 534).

5. Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że kontrola operacyjna jest procedurą ściśle zorganizowaną i spójną, a brak możliwości zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej wpisuje się logicznie w całość regulacji dotyczących niejawnych czynności w postępowaniu karnym.

Art. 19 ust. 1 ustawy o Policji określa uprawnienie Policji przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych w postaci kontroli operacyjnej. Czynności operacyj-

no-rozpoznawcze są niejawne i polegają przede wszystkim na kontrolowaniu treści korespondencji, kontrolowaniu zawartości przesyłek oraz stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnym informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. Należy podkreślić, że dla możliwości skorzystania z kontroli operacyjnej warunkiem *sine qua non* jest zaistnienie sytuacji, w której stosowanie innych środków okazało się bezskuteczne lub zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą one nieskuteczne lub nieprzydatne (zasada subsydiarności). Oznacza to kategoryczny zakaz stosowania kontroli operacyjnej, jeżeli nie wyczerpano innych możliwych metod pracy operacyjnej albo też nie wykazano, że inne środki (uwzględniając konkretny stan faktyczny) będą nieprzydatne. Natomiast w sytuacji gdy próbę taką podjęto, należy wykazać, że środki te okazały się bezskuteczne.

Decyzję o zasadności stosowania kontroli operacyjnej podejmuje w drodze postanowienia sąd okręgowy, właściwy miejscowo ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji, na podstawie pisemnego wniosku Komendanta Głównego Policji, Komendanta CBŚP złożonego dopiero po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego albo na podstawie pisemnego wniosku komendanta wojewódzkiego Policji, złożonego po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego, właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji.

6. Trybunał Konstytucyjny podtrzymuje uwagi *in extenso* poczynione w postanowieniu z 30 czerwca 2021 r. (sygn. K 32/15, OTK ZU A/2021, poz. 35), w zakresie zaskarżonego przepisu, w którym stwierdzono, że brak możliwości wniesienia przez osobę poddaną kontroli operacyjnej zażalenia na postanowienie o jej zarządzeniu stanowi zaniechanie prawodawcze.

Powołując powyższe postanowienie TK, Prokurator Generalny słusznie podkreślił, że w rozpatrywanej sprawie przyznanie racji skarżącemu „musiałoby się wiązać z nowelizacją szeregu przepisów i nie ograniczyłoby się jedynie do uzupełnienia katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia. Przede wszystkim ustawodawca musiałby określić, w których warunkach ustały zagrożenia dla toczącego się postępowania już po ustaniu kontroli operacyjnej, a dopiero potem uzupełnić katalog podmiotów wskazanych w zaskarżonych przepisach”.

Trybunał w celu ustalenia czy mamy do czynienia z niepełną regulacją, sięgnął również do art. 19 ust. 16 ustawy o Policji („Osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania tej kontroli. Przepis nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego”) i treści art. 321 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 534, ze zm.; dalej: kodeks postępowania karnego) – („Jeżeli istnieją podstawy do zamknięcia śledztwa, na wniosek podejrzanego lub jego obrońcy o końcowe zaznajomienie z materiałami postępowania, prowadzący postępowanie powiadamia podejrzanego i obrońcę o terminie końcowego zaznajomienia, pouczając ich o prawie uprzedniego przejrzania akt w terminie odpowiednim do wagi lub zawłości sprawy, określonym przez organ procesowy. W celu przejrzania akt prokurator może udostępnić akta w postaci elektronicznej”). Zatem ewentualne doręczanie osobie, której dotyczy kontrola operacyjna, postanowienia o jej zarządzeniu, a także wprowadzenie prawa wniesienia przez nią zażalenia na to postanowienie musiałoby wiązać się z prawem zaznajomienia z aktami sprawy jako stronie toczącego się postępowania w drugiej instancji. W konsekwencji zaskarżony przepis ustawy o Policji pozostawałby w sprzeczności z art. 19 ust. 16 ustawy o Policji. Ustawodawca zatem celowo nadał taki kształt art. 19 ust. 20 ustawy o Policji nie przyznając osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli.

Trybunał Konstytucyjny przypomina, wyrok z 12 grudnia 2005 r. (sygn. K 32/04, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 132), w którym TK orzekł, że art. 19 ust. 16 ustawy o Policji w zakresie, w jakim przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej powiadomienie o tej kontroli podejrzanego i jego obrońcę, jest zgodny z art. 45 ust. 1, art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 77 ust. 2 Konstytucji. Pozostaje z nim w związku wskazane przez Rzecznika (s. 14 stanowiska) postanowienie TK z 25 stycznia 2006 r., sygn. S 2/06 (OTK ZU nr 1/A/2006, poz. 13), w którym Trybunał zasygnalizował Sejmowi potrzebę podjęcia inicjatywy ustawodawczej w sprawie zagwarantowania w ustawie o Policji konstytucyjnych praw osób poddanych kontroli operacyjnej. Jednym z celów sygnalizacji zawartej we wskazanym postanowieniu jest określenie warunków brzegowych, które chronią regulację ustawową przed zarzutem niekonstytucyjności i mają na celu ułatwienie ustawodawcy dokonania ewentualnej korekty ustaw nieobjętych kontrolą konstytucyjności, w których znajdują się zbliżone przepisy. W uzasadnieniu postanowienia o sygn. S 2/06 Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że uznanie konstytucyjności art. 19 ust. 16 ustawy o Policji nie wyklucza możliwości informowania osoby poddanej kontroli operacyjnej o przeprowadzeniu tej kontroli. Natomiast wyłącza (i to ograniczenie Trybunał uznał za mieszczące się w granicach regulacyjnej swobody ustawodawcy) konieczność podania takiej informacji w czasie trwania czynności operacyjnych. Do takich wniosków doprowadziła Trybunał analiza art. 51 ust. 3 Konstytucji. Ten bowiem przepis zapewnia jednostce dostęp do dotyczących jej urzędowych dokumentów i zbiorów danych – z tym, że dostęp ten mogą ograniczać ustawy zwykłe (w tym np. ustawa o Policji). Ustawa zwykła nie może jednak tego dostępu całkowicie wyłączać, ponieważ wówczas uległoby znieszeniu prawo gwarantowane konstytucyjnie, wynikające z art. 51 ust. 3 Konstytucji. Brzmienie art. 19 ust. 16 ustawy o Policji bynajmniej nie wyklucza trafnego wniosku, że po wyeliminowaniu celu kontroli operacyjnej otwiera się dla inwigilowanego, zgodnie z art. 51 ust. 3 Konstytucji, możliwość wglądu w zebrane o nim materiały.

7. Skarżący wskazuje art. 45 ust. 1, art. 77 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2 oraz art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji jako wzorce kontroli.

Standard konstytucyjny determinujący ustawową regulację czynności operacyjnych nie wynika wprost z żadnego przepisu konstytucyjnego, niemniej został on zrekonstruowany w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, zwłaszcza w wyroku: o sygn. K 32/04 i wyroku o sygn. K 23/11 (z 30 lipca 2014 r., OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 80). Ocena zgodności czynności operacyjnych z Konstytucją wymaga analizy z punktu widzenia samego sposobu konstytucjonalizacji chronionej wolności czy chronionego prawa, zagrożonych przez czynności operacyjne, ale również analizy proporcjonalności działania ustawodawcy (por. postanowienie o sygn. K 32/15).

Jak słusznie Prokurator Generalny i Rzecznik przytoczyli, istotną cechą czynności operacyjnych jest ich poufny lub tajny charakter. Z natury rzeczy czynności te są niejawnie przede wszystkim wobec zainteresowanego, prowadzone w warunkach dających służbom szeroki margines uznaniowości, przy ograniczonych gwarancjach dla praw osoby poddanej tym czynnościom i okrojonej kontroli zewnętrznej, także sądowej. Jej ograniczenie leży w samej istocie kontroli operacyjnej. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że sądowa kontrola czynności operacyjnych nie stanowi sedna aktywności sądów wskazanej w Konstytucji jako ich kompetencja, tj. nie jest przykładem sprawowania przez sądy wymiaru sprawiedliwości (art. 175 ust. 1 Konstytucji), a zatem nie są względem niej adekwatne wszystkie normy wyprowadzane z art. 45 ust. 1 Konstytucji poprzez pojęcie „sprawy sądowej” ściśle powiązane z sądowym sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze mają charakter nieprocesowy, co ogranicza kontrolę sądową nad ich przebiegiem. Czynności te to praktyka służby śledczej, która została ukształtowana jako czynności uzupełniające lub wykonawcze w stosunku do czynności pro-

cesowych i zadań postępowania przygotowawczego. Pozaprosesowy charakter jest ich cechą istotną. Czynności operacyjne nie są prowadzone według przepisów kodeksu postępowania karnego; informacje pozyskane w taki sposób stanowią istotny materiał pierwotny, to jednak muszą być przekształcone w materiał dowodowy z zachowaniem wymogów procesu karnego. Bezpośrednie wykorzystanie rezultatów czynności operacyjnych w procesie jest wykluczone (zob. szerzej wyrok o sygn. K 32/04). Dopiero od momentu ich przekształcenia w materiał dowodowy stają się one przedmiotem pełnej procedury sądowej mającej na celu dokonanie wymiaru sprawiedliwości (art. 175 w związku z art. 45, w związku z art. 178 Konstytucji), a więc rozstrzygnięcia zaistniałego konfliktu prawnego w tym wypadku w ramach „sprawy” karnej.

Zaskarżony przepis ustawowy nie stanowi podstawy do sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sąd, tylko jest ustawową podstawą sądowego nadzoru nad kontrolą operacyjną. Ustrojodawca nie określił w Konstytucji trybu stosowania kontroli operacyjnej, pozostawiając tę kwestię swobodzie ustawodawcy zwykłego. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wskazał, że jednym z podstawowych elementów ustawowej regulacji czynności operacyjno-rozpoznawczych jest „powierzenie kompetencji do zarządzania tych czynności, a także badanie ich legalności przez zewnętrznego i niezależnego od organów władzy wykonawczej podmiot, najlepiej przez sąd” (wyrok o sygn. K 23/11), jednak „ograniczenie czy nawet wyłączenie sądowej kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych nie musi samo przez się świadczyć o naruszeniu standardu demokratycznego państwa prawa” (wyrok o sygn. K 32/04).

Postępowanie sądowe innego rodzaju, które nie mieści się w zakresie sprawowania wymiaru sprawiedliwości – czy to w ujęciu tradycyjnym, czy też wynikającym z konstrukcji prawa do sądu jako jednego z konstytucyjnych praw osobistych człowieka – z natury rzeczy nie może wypełniać standardów przewidzianych w art. 45 ust. 1 Konstytucji, odnoszących się *stricte* do rozpatrzenia sprawy wymagającej dokonania wymiaru sprawiedliwości; w wypadku zarządzenia kontroli operacyjnej przez sąd, literalne wypełnienie wszystkich reguł wskazanych w art. 45 ust. 1 Konstytucji, a więc traktowanie rozpatrzenia przez sąd wniosku o zarządzenie takiej kontroli jako klasycznej „sprawy” mieszczącej się w pojęciu wymiaru sprawiedliwości, oznaczałoby paraliż i eliminację tej formy pozyskiwania informacji przez służby państwa. Takiego rezultatu wykładni art. 45 ust. 1 Konstytucji nie można pogodzić nie tylko z art. 2 Konstytucji, ale także z preambułą i art. 5 Konstytucji (por. szerzej postanowienie o sygn. K 32/15). Nie jest możliwe objęcie analizowanego obszaru pojęciem „sprawa” użytym w art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Przejrzystość czynności operacyjnych powodowałaby ich nieskuteczność. Współczesne państwo, zobowiązane do zapewnienia bezpieczeństwa (co także jest powinnością konstytucyjną), staje przed trudnym zadaniem, ze względu na zagrożenia terroryzmem czy przestępczością (w tym także zorganizowaną). Techniczne udogodnienia, wpływające na szybkość komunikowania się i przemieszczania, w równym stopniu mogą być wykorzystywane w celu ochrony bezpieczeństwa państwa, jak i przez przestępców. Działalność operacyjna służb, regulowana w ustawodawstwie zwykłym, realizowana w warunkach niejawności, pozostaje w naturalnym, nieusuwalnym konflikcie z niektórymi prawami zasadniczymi jednostki.

Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że względy ideologiczne mogą skutkować zarówno zbyt dużą ingerencją w prawa i wolności osoby inwigilowanej (por. szerzej w wyroku o sygn. K 32/04), jak i zbyt dużą wstrzeźliwością stosowania kontroli operacyjnej podyktowanej akceptacją skrajnie liberalnego, sprzecznego z duchem i aksjologią Konstytucji, podejścia do wolności indywidualnej jednostki, pozostającego w sprzeczności z nakazem ochrony ogółu obywateli przed działalnością przestępczą. Cecha niejawności kontroli operacyjnej czyni ją podatną na nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawniające ograniczenie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, wymaga więc za-

chowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie tych wolności.

Wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki, nawet te, na które zezwalają ustawy, muszą jednak odpowiadać zakresowo, przedmiotowo i co do sposobu temu, co stanowi sama Konstytucja określająca margines regulacyjny ustawodawcy zwykłego, w momencie gdy zezwala mu poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze na wkroczenie w sferę praw i wolności regulowanych konstytucyjnie. Margines ten określają z jednej strony wspomniane już szczególne regulacje konstrukcyjnie wmontowane w regulacje dotyczące poszczególnych konstytucyjnych praw podmiotowych (np. w art. 45 ust. 1 Konstytucji), a nadto ogólna klauzula proporcjonalności, wskazana w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny stoi natomiast konsekwentnie na stanowisku, że w świetle Konstytucji, „służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo i porządek publiczny nie mogą być uznane za dysponujące autonomią w zakresie czynności operacyjnych. Nie można więc, w powołaniu na wymóg skuteczności działalności operacyjnej, wyłączać jej spod jakiegokolwiek kontroli. Dlatego działalność ta nie jest wyłączona spod ograniczeń, jakie Konstytucja nakłada na wszystkie władze, wkraczające w dziedzinę podstawowych praw i wolności jednostki, zwłaszcza że podejmując czynności operacyjno-rozpoznawcze, organy policji wkraczają w sposób tajny w sferę praw i wolności obywatelskich, czego wymaga cel tych czynności. Tego rodzaju specyfika wspomnianych czynności wymaga poddania ich przemyślanemu systemowi kontroli: efektywnej i niefasadowej” (wyrok o sygn. K 32/04)

Powyższe okoliczności świadczą o niedopuszczalności wydania wyroku. Zgodnie z art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK, niedopuszczalność wydania wyroku skutkuje koniecznością umorzenia postępowania.

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny postanowił jak w sentencji.

Zdanie odrębne

sędziego TK Piotra Pszczółkowskiego
do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 28 czerwca 2022 r., sygn. SK 60/21

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: u.o.t.p.TK) zgłaszam zdanie odrębne do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. SK 60/21.

Uważam, że skarga konstytucyjna P.D. z 4 marca 2021 r. powinna być zostać merytorycznie rozpoznana przez Trybunał Konstytucyjny, ponieważ spełniała formalne wymogi określone w art. 53 ust. 1 pkt 2 i 3 u.o.t.p.TK oraz nie występowały ujemne przesłanki postępowania wskazane w art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK.

Mój sprzeciw budzą również merytoryczne rozważania Trybunału dotyczące wzorców kontroli (m.in. art. 45 ust. 1 Konstytucji), zmierzające w istocie do osłabienia sądowej ochrony praw osób poddanych czynnościom operacyjno-rozpoznawczym w toku kontroli operacyjnej. W świetle dotychczasowego orzecznictwa, jednym z minimalnych konstytucyjnych wymagań, jakim sprostać musi regulacja prawna umożliwiająca organom władzy publicznej niejawnie gromadzenie informacji o jednostkach, jest unormowanie procedury infor-

mowania jednostek o niejawnym pozyskaniu informacji na ich temat, w rozsądnym czasie po zakończeniu działań operacyjnych, i zapewnienie zainteresowanemu możliwości poddania legalności zastosowania tych czynności sądowej ocenie. Ochrona sądowa w tym zakresie nie może być iluzoryczna, co – moim zdaniem – oznacza, że ustawa nie może zamykać drogi sądowej pozwalającej osobie poddanej kontroli operacyjnej na uruchomienie następczej weryfikacji legalności tej kontroli.

Moje zdanie odrębne uzasadniam następująco:

1. Przede wszystkim nie podzielam stanowiska Trybunału dotyczącego rzekomej słabości uzasadnienia skargi konstytucyjnej będącej przedmiotem niniejszego postępowania. Uważam, że w niniejszej sprawie Trybunał w istocie dowolnie zastosował wskazane w dotychczasowych orzecznictwie wymogi odnoszące się do uzasadniania skarg. Moim zdaniem, w skardze z 4 marca 2021 r. skarżący zarówno precyzyjnie określił zarzuty niekonstytucyjności zaskarżonej regulacji, wskazując, które wolności i prawa konstytucyjne zostały w jego sprawie naruszone, jak i przedstawił dostatecznie przekonujące argumenty, które uprawdopodobniały niezgodność tej regulacji ze wskazanymi wzorcami kontroli. Rzecz jasna, w toku kontroli Trybunał może te argumenty podzielić albo uznać je za nietrafne, niemniej ocena taka powinna następować w formie wyroku merytorycznie rozstrzygającego problem konstytucyjny, a nie w formie postanowienia umarzającego postępowanie z uwagi na rzekome formalne wady skargi.

W niniejszej sprawie przedmiotem zaskarżenia skarżący uczynił art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. Nr 30, poz. 179, ze zm.; obecnie: Dz. U. z 2021 r. poz. 1882, ze zm.; dalej: ustawa o Policji), który stanowi, że na postanowienia sądu, o których mowa w: 1) art. 19 ust. 1, 3, 8 i 9 ustawy o Policji – przysługuje zażalenie organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia; 2) art. 19 ust. 3 ustawy o Policji – przysługuje zażalenie właściwemu prokuratorowi, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2022 r. poz. 1375; dalej: k.p.k.). Art. 19 ust. 20 ustawy o Policji został zakwestionowany przez skarżącego w zakresie, w jakim nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli. Skarżący podniósł przy tym dwie grupy zarzutów.

1.1. Pierwsza grupa zarzutów odnosiła się do problemu braku możliwości uruchomienia przez osobę poddaną kontroli operacyjnej – po zakończeniu czynności operacyjnych – rzetelnej kontroli instancyjnej legalności zarządzenia przez sąd okręgowy kontroli operacyjnej. Skarżący wskazał w tym zakresie przede wszystkim na naruszenie przysługujących mu praw: prawa do rozpoznania sprawy przez sąd w postępowaniu sprawiedliwym i rzetelnym (art. 45 ust. 1 Konstytucji), prawa do sądowego dochodzenia naruszonych wolności i praw (art. 77 ust. 2 Konstytucji) oraz prawa do zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji (art. 78 Konstytucji). Podniósł jednocześnie problem nieproporcjonalności ograniczenia prawa dostępu do kontroli sądowej (art. 31 ust. 3 Konstytucji – w tym również w kontekście ochrony prawa do prywatności, o którym mowa w art. 47 Konstytucji, oraz tajemnicy komunikowania się, o którym mowa w art. 49 Konstytucji), a także problem naruszenia standardów demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) wobec niezapewnienia procesowych środków ochrony przed arbitralnym działaniem władzy publicznej.

Zarzuty te skarżący należycie uzasadnił, przedstawiając dostatecznie przekonujące – w mojej ocenie – argumenty. Wyjaśnił przede wszystkim, dlaczego spór o legalność zarządzenia kontroli operacyjnej należy uznać za „sprawę” w znaczeniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Wskazał, że ze względu na zakres i charakter ochrony zapewnionej przez ustrojodawcę konstytucyjnemu prawu do prywatności i tajemnicy komunikowania się „należy przyjąć zapatrywanie, iż każdorazowa ingerencja przedstawicieli władzy publicznej w ww. prawa powinna być zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP przedmiotem sprawiedliwego rozstrzygnięcia przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd” (uzasadnienie skargi, s. 6). Przywołał jednocześnie orzecznictwo trybunalskie, nakazujące pojęcie „sprawy” rozumieć szeroko, w którego świetle skarżący sformułował wniosek, że „[r]ozpatrzenie sprawy polegającej na zastosowaniu kontroli operacyjnej powinno posiadać wszelkie przymioty wskazane w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, w tym powinno czynić zadość wynikającej z tego przepisu zasadzie rzetelnego procesu” (tamże). Nerozerwalnym etapem rzetelnego procesu jest prawo do bycia wysłuchanym, którego jest pozbawiona osoba poddana kontroli operacyjnej wobec braku możliwości wniesienia – po zakończeniu czynności operacyjnych – środka zaskarżenia na postanowienie właściwego miejscowo sądu okręgowego o zarządzeniu kontroli operacyjnej. Taki stan prawny zamyka osobie poddanej kontroli operacyjnej – wbrew treści art. 77 ust. 2 Konstytucji – sądową drogę dochodzenia naruszonych wolności i praw, a także pozbawia tę osobę prawa do wniesienia środka zaskarżenia na postanowienie sądu okręgowego, wbrew konstytucyjnym wymaganiom zaskarżalności orzeczeń wydanych w pierwszej instancji (art. 78 Konstytucji) oraz dwuinstancyjności postępowania sądowego (art. 176 ust. 1 Konstytucji). Skarżący uwzględnił przy tym szczególny charakter czynności operacyjnych, który uzasadnia brak udziału osoby poddawanej kontroli operacyjnej podczas podejmowania decyzji o zastosowaniu podsłuchów (zob. tamże, s. 7), dlatego też stwierdził, że: „o ile brak możliwości zaskarżenia postanowienia w przedmiocie kontroli operacyjnej może być do pewnego momentu uzasadniony klauzulą bezpieczeństwa lub porządku publicznego, to jednak utrzymywanie takiego stanu rzeczy także wtedy, gdy powiadomienie osoby podsłuchiwanej i wniesienie przez nią zażalenia nie będzie narażać na szwank czynności operacyjno-rozpoznawczych [a więc po zakończeniu kontroli operacyjnej], jest niedopuszczalne. Tego rodzaju uregulowanie nie jest niezbędne dla zachowania skuteczności działań operacyjnych Policji, a ponadto stanowi regulację niewspółmierną do celów, jakie ma realizować” (tamże, s. 8 i 9). Skarżący zwrócił ponadto uwagę na szerszy kontekst wyznaczony standardami demokratycznego państwa prawnego, z którymi nie jest do pogodzenia – w jego ocenie – sytuacja, gdy wobec braku możliwości uruchomienia przez osobę poddaną kontroli operacyjnej weryfikacji postanowienia sądu okręgowego o zarządzeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych kontrola sądowa nad stosowaniem przez organy ścigania kontroli operacyjnej jest w rzeczywistości iluzoryczna, ponieważ osoba, której prawa zostały bezpośrednio dotknięte wskutek użycia instrumentów kontroli operacyjnej, nie ma prawa przedstawienia przed sądem odwoławczym argumentów mogących świadczyć o nieprawidłowości zastosowania tej kontroli (zob. tamże, s. 10).

Uważam zatem, że w zakresie pierwszej grupy zarzutów skarżący dochował formalnych wymogów warunkujących dopuszczalność merytorycznego rozpoznania skargi, określonych w art. 53 ust. 1 pkt 2 i 3 u.o.t.p.TK. Wskazał, które jego prawa konstytucyjne zostały naruszone, oraz sprecyzował, w jaki sposób do ich naruszenia doszło (tj. brak możliwości uruchomienia przez osobę poddaną kontroli operacyjnej instancyjnej weryfikacji postanowienia właściwego miejscowo sądu okręgowego o zarządzeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych). Ponadto przedstawił, opierając się przede wszystkim na dotychczasowym orzecznictwie trybunalskim, konkretne argumenty, które – moim zdaniem – dostatecznie uprawdopodobniały zarzuty niezgodności zaskarżonej regulacji ze wskazanymi prawami konstytucyjnymi. Powtórzę, że tak ujęte argumenty Trybunał mógł w toku kontroli podzielić albo mógł uznać je za nietrafne, niemniej taka ocena jest elementem merytorycznej oceny problemu konstytucyjnego, nie zaś elementem formalnoprawnej oceny prawidłowości skargi konstytucyjnej.

1.2. Także druga grupa zarzutów została – moim zdaniem – prawidłowo sformułowana oraz uzasadniona. W tym zakresie skarżący podniósł problem naruszenia zasady równości w kontekście prawa do zaskarżenia orzeczeń wydanych w pierwszej instancji (art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji). Wskazał przy tym na dwa aspekty tego zróżnicowania.

Po pierwsze, zróżnicowanie dotyczy sytuacji, z jednej strony, organów uprawnionych do złożenia wniosku o zarządzenie przez sąd okręgowy czynności operacyjno-rozpoznawczych (tj. organów Policji i prokuratury, wymienionych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji), oraz z drugiej strony, osoby poddanej kontroli operacyjnej. W świetle art. 19 ust. 20 pkt 1 ustawy o Policji, na postanowienie sądu okręgowego w sprawie zarządzenia kontroli operacyjnej, wydane na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, zażalenie przysługuje organowi Policji, który złożył wniosek. Z kolei art. 19 ust. 20 pkt 2 ustawy o Policji przyznaje prawo zażalenia właściwemu organowi prokuratury, jeśli postanowienie sądu okręgowego zostało wydane na podstawie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji. Art. 19 ust. 20 ustawy o Policji, regulujący kwestię zaskarżalności postanowienia sądu okręgowego dotyczącego zarządzenia kontroli operacyjnej, w ogóle nie przyznaje tego prawa osobie poddanej kontroli operacyjnej, w tym po zakończeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych. Tymczasem, jak wyjaśnił skarżący, skoro organy Policji i prokuratury korzystają – jako strony postępowania w sprawie zarządzenia przez sąd kontroli operacyjnej – z prawa do zaskarżenia, „trudno znaleźć uzasadnienie dla odmowy przyznania analogicznego uprawnienia drugiej ze stron zainteresowanych treścią rozstrzygnięcia w przedmiocie kontroli operacyjnej, a mianowicie osobie, wobec której zastosowano tę kontrolę – z zastrzeżeniem, że możliwość zainicjowania kontroli instancyjnej przez tę stronę będzie miała miejsce po zakończeniu kontroli i ustaniu zagrożenia dla działalności operacyjnej Policji” (uzasadnienie skargi, s. 13).

Po drugie, do naruszenia zasady równości dostępu do zaskarżenia postanowienia sądowego o zarządzeniu kontroli operacyjnej miałyby, zdaniem skarżącego, dochodzić wobec pozbawienia prawa do zaskarżenia osoby poddanej kontroli operacyjnej na podstawie art. 19 ust. 1 lub 3 ustawy o Policji w sytuacji, w której z prawa do zaskarżenia może korzystać osoba poddana kontroli i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych na podstawie art. 237 § 1 i 2 k.p.k. Zgodnie z art. 240 k.p.k., na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych przysługuje zażalenie. Osoba, której dotyczyło to postanowienie, może w zażaleniu domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Zażalenie na postanowienie prokuratora rozpoznaje sąd. Warto wskazać, że – stosownie do art. 239 k.p.k. – ogłoszenie postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy, może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy, przy czym ogłoszenie takiego postanowienia w postępowaniu przygotowawczym może być odroczone nie później niż do czasu zakończenia tego postępowania. W swojej skardze skarżący wskazał, że zarówno kontrola operacyjna zarządzona na podstawie art. 19 ust. 1 lub 3 ustawy o Policji, jak i kontrola zarządzona na mocy art. 237 § 1 lub 2 k.p.k. polegają w istocie na wdrożeniu wobec konkretnej osoby działań o identycznym stopniu dolegliwości dla przysługujących jej wolności i praw konstytucyjnych. Okolicznością różnicującą jest wybór przez właściwe organy trybu zastosowania podsłuchów, przy czym – jak wskazał skarżący – w jego wypadku kontrola operacyjna została zarządzona w oparciu o przepisy ustawy o Policji w toku postępowania karnego. Zdaniem skarżącego, „obecne brzmienie art. 19 ust. 20 ustawy o Policji nie ma uzasadnienia systemowego i prowadzi do niedopuszczalnej sytuacji, w której w wypadku zastosowania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych na podstawie kodeksu postępowania karnego, możliwa byłaby kontrola zasadności i legalności tego postanowienia na podstawie art. 240 k.p.k., natomiast zarządzona w tych samych oko-

licznościach kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych na podstawie ustawy o Policji, pomimo iż potencjalnie nielegalna, nie podlegałaby kontroli” (uzasadnienie skargi, s. 13).

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał wskazywał, że skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia zasady równości wymaga od skarżących określenia kategorii podmiotów podobnych i cechy wspólnej (relewantnej), a także co najmniej uprawdopodobnienia niedopuszczalności zróżnicowania (zob., spośród ostatnich, postanowienie z 24 lutego 2021 r., sygn. SK 90/20, OTK ZU A/2021, poz. 13). Ponadto naruszenie zasady równości zgłoszone jako zarzut w postępowaniu zainicjowanym wniesieniem skargi konstytucyjnej musi być związane z naruszeniem określonego konstytucyjnego prawa podmiotowego (zob. ostatnio wyrok z 27 kwietnia 2022 r., sygn. SK 53/20, OTK ZU A/2022, poz. 37). W niniejszej sprawie warunki te spełniono. Skarżący powiązał naruszenie zasady równości z wynikającym z art. 78 Konstytucji prawem do zaskarżenia orzeczeń wydanych w pierwszej instancji. Określił również kategorie podmiotów podobnych (w pierwszym aspekcie naruszenia równości: podmioty zainteresowane decyzją sądu w sprawie wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej; w drugim aspekcie naruszenia równości: osoby objęte podsłuchami). W skardze przedstawił ponadto argumenty uprawdopodobniające brak uzasadnienia rozwiązania prawnego, skutkującego odmiennym potraktowaniem osoby poddawanej kontroli operacyjnej na podstawie art. 19 ust. 1 lub 3 ustawy o Policji, tj. gorszym ukształtowaniem jej sytuacji procesowej w stosunku do, po pierwsze, organów Policji i prokuratury kierujących wnioskami o zarządzenie kontroli operacyjnej oraz, po drugie, osób poddanych kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych w trybie przewidzianym w art. 237 § 1 lub 2 k.p.k. Tak więc, w mojej ocenie, skarga rozpoznana w niniejszym postępowaniu spełniała wymagania formalnoprawne również w zakresie zarzutu naruszenia przez zaskarżoną regulację art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

2. Postanowienie Trybunału z 28 czerwca 2022 r., sygn. SK 60/21, będąc formalnie orzeczeniem umarzającym postępowanie ze względu na słabość uzasadnienia skargi, zawiera w istocie rozważania merytoryczne odnoszące się do przedstawionego przez skarżącego problemu konstytucyjnego, dotyczącego braku możliwości uruchomienia przez osobę poddaną kontroli operacyjnej weryfikacji postanowienia sądu okręgowego o zarządzeniu takiej kontroli. Trybunał formułuje przy tym argumenty, których nie mogą zaakceptować. Stwierdza, ujmując w skrócie tok rozumowania Trybunału, że brak możliwości wniesienia przez osobę poddaną kontroli operacyjnej – po zakończeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych – zażalenia na postanowienie sądowe o zarządzeniu takiej kontroli stanowi zaniechanie ustawodawcy, które jest przy tym celowe i uzasadnione charakterem kontroli operacyjnej.

Zdaniem Trybunału, „brak możliwości zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej wpisuje się logicznie w całość regulacji dotyczących niejawnych czynności w postępowaniu karnym”; „istotną cechą czynności operacyjnych jest ich poufny lub tajny charakter. Z natury rzeczy czynności te są niejawne przede wszystkim wobec zainteresowanego, prowadzone w warunkach dających służbom szeroki margines uznaniowości, przy ograniczonych gwarancjach dla praw osoby poddanej tym czynnościom i okrojonej kontroli zewnętrznej, także sądowej”, zaś „[p]rzejrzystość czynności operacyjnych powodowałaby ich nieskuteczność”. W konsekwencji zatem, zdaniem Trybunału, „w wypadku zarządzenia kontroli operacyjnej przez sąd, literalne wypełnienie wszystkich reguł wskazanych w art. 45 ust. 1 Konstytucji, a więc traktowanie rozpatrzenia przez sąd wniosku o zarządzenie takiej kontroli jako klasycznej «sprawy» mieszczącej się w pojęciu wymiaru sprawiedliwości, oznaczałoby paraliż i eliminację tej formy pozyskiwania informacji przez służby państwa”. Należy jednak zauważyć, że w niniejszej sprawie żądania zawarte w skardze konstytucyjnej nie zmierzały do podważenia skuteczności kontroli operacyjnej przez uchYLENIE niejawnego charakteru czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych w następstwie postanowienia są-

dowego wydanego na podstawie art. 19 ust. 1 lub 3 ustawy o Policji. Problemem konstytucyjnym, podniesionym w skardze, nie był bowiem brak jawności wewnętrznej postępowania sądowego na etapie podejmowania przez właściwy miejscowo sąd okręgowy postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej. Problemem był brak możliwości uruchomienia przez osobę poddaną takiej kontroli następczej (a więc toczącej się już po zakończeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych) weryfikacji zgodności z prawem decyzji o zarządzeniu kontroli. W uzasadnieniu swojej skargi skarżący podkreślił, że „dostrzega szczególnie charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji, który uniemożliwia uczestniczenie osoby podsłuchiwanej w procesie decydowania o wdrażaniu podsłuchów, gdyż unicestwiłoby to ich cel i uniemożliwiło skuteczną walkę z przestępczością. Na etapie zarządzania kontroli operacyjnej postępowanie z natury rzeczy musi mieć również charakter poufny. Jednakże w momencie, gdy poinformowanie osoby podsłuchiwanej o fakcie stosowania wobec niej kontroli operacyjnej nie naraża już czynności operacyjno-rozpoznawczych na niepowodzenie, wówczas brak jest przekonujących powodów, aby odbierać osobie podsłuchiwanej prawo do dochodzenia naruszeń związanych z realizacją jej podstawowych praw” (uzasadnienie skargi, s. 7). Innymi słowy, uwypuklana przez Trybunał potrzeba wyłączenia jawności kontroli operacyjnej na etapie zarządzania i realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych traci na znaczeniu po zakończeniu takiej kontroli. Po zakończeniu kontroli operacyjnej tego typu argumenty są nieadekwatne do rozstrzygnięcia kwestii braku możliwości uruchomienia następczej weryfikacji legalności tej kontroli przez osobę poddaną czynnościom operacyjno-rozpoznawczym. Na znaczeniu wówczas zyskują – podniesione przez skarżącego w niniejszej sprawie – argumenty odnoszące się do prawa każdego do sądowego dochodzenia naruszonych wolności i praw w postępowaniu odpowiadającym standardom sprawiedliwości proceduralnej, rzetelności i jawności (oparte o art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji, powołane przez skarżącego jako wzorce kontroli). Aktualizuje się problem prawa do zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji (art. 78 Konstytucji, także powołany jako wzorzec kontroli). Dodam, że taka następcza weryfikacja legalności zarządzenia przez sąd okręgowy kontroli operacyjnej stanowiłaby prejudykat niezbędny do dochodzenia następnie odszkodowania za niezgodne z prawem działanie władzy publicznej, które jest również prawem konstytucyjnym (gwarantowanym na mocy art. 77 ust. 1 Konstytucji).

Jest dla mnie pewnym zaskoczeniem, że w uzasadnieniu postanowienia, w którym w istocie aprobuje się stan braku środków następczej ochrony osoby poddanej czynnościom operacyjno-rozpoznawczym. Trybunał powołuje – pozornie w celu wykazania ciągłości orzecznictwa – swoje wcześniejsze orzeczenia, w których odnajduję argumenty idące w zupełnie przeciwnym kierunku niż te wyartykułowane w niniejszej sprawie. We wspomnianym przez Trybunał wyroku z 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04 (OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 132), stwierdzono, że: „cecha niejawności kontroli operacyjnej czyni ją podatną na nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie przez legislatora korzystania z wolności obywatelskich, wymaga więc zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności. Będzie tak wtedy, gdy – po pierwsze – wprowadzane ograniczenia będą arbitralne, nieproporcjonalne do ewentualnych zagrożeń i – po drugie – gdy będą one wyłączone (czy to prawnie, czy faktycznie) spod kontroli sprawowanej przez instytucje demokratyczne”. W wyroku o sygn. K 32/04 Trybunał wskazał przy tym instrumenty prawne służące wyważeniu, z jednej strony, konieczności istnienia legalnej kontroli operacyjnej oraz, z drugiej strony, ochrony praw osoby poddanej tej kontroli. Wśród gwarancji proceduralnych Trybunał wyraźnie wskazał środki kontroli na wypadek ekscesu organu przeprowadzającego kontrolę, wiążące się również m.in. z koniecznością udostępnie-

nia zainteresowanemu („choćby w pewnym zakresie i od pewnego momentu czasowego”) wiedzy o kontroli i jej rezultatach. To właśnie na ten ostatni aspekt zwrócił Trybunał uwagę w postanowieniu sygnalizacyjnym z 25 stycznia 2006 r., sygn. S 2/06 (OTK ZU nr 1/A/2006, poz. 13), w którym stwierdził, że istnienie pozytywnego obowiązku informowania przez Policję o bezskutecznej, zakończonej kontroli operacyjnej osoby poddanej takiej kontroli, jeśli w stosunku do tej osoby nie byłyby prowadzone dalsze czynności procesowe, „byłoby zapewne wskazane i odpowiadałoby potrzebie efektywnej instrumentalizacji proceduralnej konstytucyjnego prawa określonego w art. 51 ust. 4 Konstytucji”. Zdaniem Trybunału, nie można mówić o osiągnięciu kompromisu między koniecznością istnienia legalnej kontroli operacyjnej oraz koniecznością ochrony praw osoby poddanej czynnościom kontrolno-rozpoznawczym w sytuacji, gdy „na poziomie proceduralnym będzie brakowało efektywnych, a więc «dających się uruchomić» przez poszkodowanego, procedur i środków umożliwiających realizację ochrony zagwarantowanej w przepisach materialnoprawnych, a także – dostępnej dla zainteresowanego – ochrony przed ekscesami i szykanami” (wyrok o sygn. K 32/04).

Również w wyroku z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11 (OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 80), wydanym w pełnym składzie, do którego także odwołał się Trybunał w niniejszej sprawie, podkreślono, że „[d]opuszczalność stosowania kontroli operacyjnej, a także gromadzenia i przetwarzania danych telekomunikacyjnych zależy od przestrzegania konstytucyjnych wymagań, mających chronić jednostki przed ekscesami w stosowaniu 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”. W wyroku o sygn. K 23/11 Trybunał podkreślił jednocześnie, że „[n]iejawne pozyskiwanie przez organy władzy publicznej informacji o jednostce wymaga zachowania daleko idących gwarancji proceduralnych. Przede wszystkim ma istnieć obowiązek poinformowania jednostki o podjętych wobec niej działaniach operacyjno-rozpoznawczych oraz pozyskaniu informacji na jej temat, i to bez względu na to, czy były to osoby podejrzane o naruszenie prawa, czy osoby postronne, które przypadkowo stały się obiektem kontroli. Powiadomienie jednostki na etapie wykonywania działań operacyjno-rozpoznawczych i gromadzenia informacji, co oczywiste, narażałoby je na nieskuteczność. Dlatego ustawodawca powinien zagwarantować późniejsze poinformowanie o tym fakcie”. Zdaniem Trybunału, elementem minimalnych konstytucyjnych wymagań, jakim sprostać musi regulacja prawna umożliwiająca organom władzy publicznej gromadzenie informacji o jednostkach (m.in. w toku kontroli operacyjnej), jest unormowanie procedury informowania jednostek o niejawnym pozyskaniu informacji na ich temat, w rozsądnym czasie po zakończeniu działań operacyjnych, i zapewnienie na wniosek zainteresowanego poddania sądowej ocenie legalności zastosowania tych czynności; odstępstwo jest dopuszczalne wyjątkowo.

W kontekście przywołanego standardu orzeczniczego, ustalonego w wyroku pełnego składu o sygn. K 23/11, pogląd wyrażony w postanowieniu umarzającym postępowanie w sprawie o sygn. SK 60/21, jakoby przepisy konstytucyjne pozwalały ustawodawcy zaniechać ukształtowania środka zaskarżenia, który pozwoliłby osobie poddanej kontroli operacyjnej na uruchomienie – po zakończeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych – następczej, sądowej kontroli decyzji o zarządzeniu takich czynności i prawidłowości ich przeprowadzenia, jawi się jako ewidentny eksces orzeczniczy. Trybunał opiera przy tym tok rozumowania na twierdzeniu, które również nie ma żadnego oparcia w dotychczasowym orzecznictwie, jakoby nie było możliwe objęcie pojęciem „sprawy” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji stosowania przez uprawnione służby czynności operacyjno-rozpoznawczych w ramach kontroli operacyjnej, ponieważ „sądowa kontrola czynności operacyjnych nie stanowi sedna ak-

tywności sądów wskazanej w Konstytucji jako ich kompetencja, tj. nie jest przykładem sprawowania przez sądy wymiaru sprawiedliwości (art. 175 ust. 1 Konstytucji), a zatem nie są względem niej adekwatne wszystkie normy wyprowadzane z art. 45 ust. 1 Konstytucji poprzez pojęcie «sprawy sądowej» ściśle powiązane z sądowym sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości».

Chcę w związku z tym zwrócić uwagę na to, że pojęcia „sprawa” (użyte w art. 45 ust. 1 Konstytucji) i „sprawowanie wymiaru sprawiedliwości” (z art. 175 ust. 1 Konstytucji) nie są pojęciami synonimicznymi, wobec czego ich zakresy znaczeniowe nie pokrywają się. Pojęcie „sprawy” jest przy tym – w świetle dotychczasowego orzecznictwa – pojęciem znaczeniowo szerszym, obejmującym „rozstrzygnięcie o prawach lub obowiązkach jakiegoś podmiotu, na podstawie norm prawnych «wynikających» z przepisów prawnych. Istotą «rozpatrzenia sprawy» jest prawna kwalifikacja konkretnego stanu faktycznego, zawarta w wydanej normie konkretnej i indywidualnej, skierowanej do określonego podmiotu, z której wynikają określone skutki prawne, tzn. uprawnienia lub obowiązki” (wyrok z 27 maja 2008 r., sygn. SK 57/06, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 63, powtórzone w wyroku pełnego składu z 17 lipca 2013 r., sygn. SK 9/10, OTK ZU nr 6/A/2013, poz. 79). „Sprawą w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji są wszystkie prawem chronione interesy jednostki, których ochrony może dochodzić w drodze sądowej. (...) Zakres przedmiotowy tego prawa musi jednak uwzględniać kontrolę działalności władzy publicznej przez sądy, co znajduje umocowanie w zasadzie demokratycznego państwa prawnego” (wyrok pełnego składu z 6 kwietnia 2016 r., sygn. P 5/14, OTK ZU A/2016, poz. 15). Prawo do sądu, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji, gwarantuje możliwość zwrócenia się do sądu w każdej sprawie z żądaniem określenia (ustalenia) swojego statusu prawnego – „w sytuacjach nie tylko zakwestionowania lub naruszenia jej praw i wolności, lecz również w sytuacjach odczuwanych przez nią niejasności, niepewności, a zwłaszcza obawy wystąpienia takiego naruszenia” (P. Sarnecki, cytowany w uzasadnieniu wyroku z 13 października 2015 r., sygn. SK 63/12, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 146).

Uważam, że spór o to, czy kontrola operacyjna została zarządzona przez właściwy miejscowo sąd okręgowy zgodnie z prawem i czy zgodnie z prawem zostały przeprowadzone czynności operacyjno-rozpoznawcze, spełnia wszelkie kryteria „sprawy” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji. Chodzi o spór o to, czy władza publiczna w sposób legalny dokonała ingerencji w podstawowe, konstytucyjnie chronione prawa jednostki, takie jak prywatność i tajemnica komunikowania się. W takim wypadku efektywna (a nie tylko „fasadowa”) ochrona sądowa jest, moim zdaniem, niezbędnym środkiem ochrony autonomii informacyjnej jednostki. Pojęcie „sprawy” w znaczeniu art. 45 ust. 1 Konstytucji obejmuje zatem także sądową kontrolę legalności działania władzy publicznej podjętej w sposób władczy w stosunku do jednostki. Osoba poddana kontroli operacyjnej powinna mieć możliwość uruchomienia (następczo, po zakończeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych) sądowej oceny legalności ingerencji w jej prawa podstawowe. Art. 77 ust. 2 Konstytucji – immanentnie powiązany z art. 45 ust. 1 Konstytucji – zakazuje ustawodawcy zamykania drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności i praw. Jednocześnie rozpoznanie takiej sprawy przez sąd powinno następować w warunkach spełniających standardy sprawiedliwego, rzetelnego oraz jawnego (wewnętrznie) postępowania sądowego. Jak wskazywał Trybunał, „jądrem znaczeniowym” sprawiedliwej i rzetelnej procedury sądowej są w szczególności: prawo strony do wysłuchania, prawo do informowania i ujawniania w sposób czytelny motywów rozstrzygnięcia, prawo do przewidywalności rozstrzygnięcia, sprawne rozstrzygnięcie sprawy w rozsądnym terminie oraz umożliwienie wszechstronnego zbadania okoliczności sprawy przez sąd (zob. wyrok z 27 października 2015 r., sygn. K 5/14, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 150).

W wyroku o sygn. K 32/04, Trybunał – przywołałszy obszernie ustalenia orzecznicze poczynione przez Europejski Trybunał Praw Człowieka na gruncie gwarancji wynikających z Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej

w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 roku Nr 61, poz. 284) – podkreślił, że „[w] ustroju demokratycznym przywiązuje się wagę do sądowej kontroli zasadności podejmowania czynności operacyjno-rozpoznawczych”. Rzecz jasna, jak zauważył Trybunał, na etapie podejmowania decyzji o zarządzeniu kontroli operacyjnej „[s]ąd wyrażający zgodę na podjęcie kontroli operacyjnej sam nie ma pełnej wiedzy o doniosłości i sprawdzalności wszelkich przesłanek niezbędności zastosowania tej kontroli” (tamże), jednakże argument ten – w moim przekonaniu – tylko wzmacnia konieczność zapewnienia osobie poddanej kontroli operacyjnej, po zakończeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, możliwości uruchomienia następczej sądowej procedury weryfikacji zgodności z prawem zarządzenia i przeprowadzenia takiej kontroli.

W postanowieniu, do którego zgłaszam niniejsze zdanie odrębne, Trybunał stwierdził, że „[u]strojodawca nie określił w Konstytucji trybu stosowania kontroli operacyjnej, pozostawiając tę kwestię swobodzie ustawodawcy zwykłego”. Pogląd ten można byłoby skwitować stwierdzeniem, że „[w] Polsce czynności operacyjne nie są w Konstytucji wyraźnie wymieniane jako dozwolone ograniczenie praw jednostki” (wyrok o sygn. K 32/04). Jeśli jednak potraktować poważnie zapatrywania Trybunału dotyczące swobody regulacyjnej ustawodawcy w odniesieniu do kontroli operacyjnej, to należy przypomnieć, że niewątpliwie przepisy konstytucyjne wyznaczają ustawodawcy w tej materii dość daleko idące ograniczenia. Trybunał wyartykułował je wyraźnie w cytowanym już wyroku pełnego składu o sygn. K 23/11 i są one następujące:

„– gromadzenie, przechowywanie oraz przetwarzanie danych dotyczących jednostek, a zwłaszcza sfery prywatności, dopuszczalne jest wyłącznie na podstawie wyraźnego i precyzyjnego przepisu ustawy (...);

– konieczne jest precyzyjne określenie w ustawie organów państwa upoważnionych do gromadzenia oraz przetwarzania danych o jednostce, w tym do stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych;

– w ustawie muszą być sprecyzowane przesłanki niejawnego pozyskiwania informacji o osobach, którymi są: wykrywanie i ściganie wyłącznie poważnych przestępstw oraz zapobieganie im; ustawa powinna wskazywać rodzaje takich przestępstw (...);

– ustawa musi określać kategorie podmiotów, wobec których mogą być podejmowane czynności operacyjno-rozpoznawcze (...);

– pożądane jest określenie w ustawie rodzajów środków niejawnego pozyskiwania informacji, a także rodzajów informacji pozyskiwanych za pomocą poszczególnych środków;

– czynności operacyjno-rozpoznawcze winny być subsydiarnym środkiem pozyskiwania informacji lub dowodów o jednostkach, gdy nie da się ich uzyskać w inny, mniej dolegliwy dla nich sposób (...);

– w ustawie należy określić maksymalny okres prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych wobec jednostek, który nie może przekraczać ram koniecznych w demokratycznym państwie prawa;

– niezbędne jest precyzyjne unormowanie w ustawie procedury zarządzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, obejmującej w szczególności wymóg uzyskania zgody niezależnego organu na niejawne pozyskiwanie informacji (...);

– precyzyjne określenie w ustawie zasad postępowania z materiałami zgromadzonymi w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, zwłaszcza zasad ich wykorzystania oraz niszczenia danych zbędnych i niedopuszczalnych (...);

– zagwarantowanie bezpieczeństwa zgromadzonych danych przed nieuprawnionym dostępem ze strony innych podmiotów;

– unormowanie procedury informowania jednostek o niejawnym pozyskaniu informacji na ich temat, w rozsądnym czasie po zakończeniu działań operacyjnych i zapewnienie

na wnioszek zainteresowanego poddania sądowej ocenie legalności zastosowania tych czynności; odstępstwo jest dopuszczalne wyjątkowo (...);

– zagwarantowanie transparentności stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych przez poszczególne organy władzy publicznej, przejawiające się w publicznej jawności i dostępności zagregowanych danych statystycznych, nadających się do porównania, o ilości i rodzaju stosowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych;

– nie jest wykluczone zróżnicowanie intensywności ochrony prywatności, autonomii informacyjnej oraz tajemnicy komunikowania się z uwagi na to, czy dane o osobach pozyskują służby wywiadowcze i zajmujące się ochroną bezpieczeństwa państwa, czy też czynią to służby policyjne;

– zróżnicowanie poziomu ochrony prywatności, autonomii informacyjnej oraz tajemnicy komunikowania się może także nastąpić z uwagi na to, czy niejawne pozyskiwanie informacji dotyczy obywateli, czy osób niemających polskiego obywatelstwa” (tamże).

3. Postanowienie z 28 czerwca 2022 r., sygn. SK 60/21, jest niestety kolejnym orzeczeniem, w którym Trybunał w istocie aprobejuje stan prawny naruszający prawa jednostek, nadużywając orzeczniczej konstrukcji tzw. zaniechania ustawodawczego (zob. moje zdanie odrębne do postanowienia z 28 kwietnia 2022 r., sygn. K 20/15).

Z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału wynikałoby bowiem, że z zaniechaniem ustawodawczym mamy do czynienia w sytuacji, gdy ustawodawca świadomie pozostawił pewną kwestię w całości poza uregulowaniem prawnym (zob. wyrok pełnego składu z 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 216, wyrok z 14 czerwca 2016 r., sygn. SK 18/14, OTK ZU A/2016, poz. 44, a także postanowienie pełnego składu z 26 listopada 2019 r., sygn. K 5/16, OTK ZU A/2019, poz. 66). W uzasadnieniu wyroku z 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11 (OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 119), Trybunał wyjaśnił, że „zaniechanie prawodawcze występuje niespornie wtedy, gdy na podmiocie wyposażonym w kompetencje prawodawcze spoczywa obowiązek uregulowania jakiejś dziedziny spraw aktem normatywnym, a prawodawca obowiązku tego nie spełnia: nie stanowi norm regulujących jakąś dziedzinę spraw”. Mówiąc wprost, „[z]aniechanie ustawodawcze występuje wtedy, gdy ustawodawca w ogóle nie ustanowił określonych regulacji prawnych” (postanowienie z 5 grudnia 2018 r., sygn. SK 25/17, OTK ZU A/2018, poz. 76).

W niniejszej sprawie niewątpliwie nie mamy do czynienia z zaniechaniem ustawodawczym. Ustawodawca unormował bowiem w ustawie o Policji problematykę kontroli operacyjnej. Przewidział model sądowego zarządzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych na wnioszek właściwego organu Policji złożony za zgodą prokuratora. Jednocześnie w art. 19 ust. 20 ustawy o Policji uregulował kwestie dotyczące środka zaskarżenia postanowienia sądu okręgowego o zarządzeniu kontroli operacyjnej, wskazując krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia oraz przepisy odpowiednio stosowane do rozpoznania zażalenia. Moim zdaniem, nie można zatem zasadnie twierdzić – jak przyjął Trybunał w postanowieniu o sygn. SK 60/21 – że brak możliwości wniesienia przez osobę poddaną kontroli operacyjnej zażalenia na postanowienie o jej zarządzeniu stanowi zaniechanie prawodawcze niepodlegające kontroli Trybunału. Taki brak jest klasycznym przykładem ograniczenia korzystania z prawa do sądu (prawa do sądowego dochodzenia naruszonych praw) oraz prawa do zaskarżenia orzeczeń kształtujących sytuację prawną jednostki wydanych w pierwszej instancji. W sytuacji, w której ustawodawca przyznaje prawo do zaskarżenia organom Policji i prokuratury, a nie przyznaje takiego prawa osobie objętej kontrolą operacyjną, mamy również do czynienia z problemem równości w kontekście tzw. równości broni w zakresie sądowej kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych. Chodzi o regulację, przyjętą przez ustawodawcę, w odniesieniu do której zachodzą – uprawdopodobnione przez skarżącego – wątpliwości co do tego,

czy spełnia ona konstytucyjne wymagania warunkujące dopuszczalność regulacji ingerujących w prywatność i autonomię informacyjną jednostek.

Argument Trybunału (powtórzony za Prokuratorem Generalnym), że przyznanie racji skarżącemu w niniejszej sprawie musiałoby się wiązać z nowelizacją szeregu przepisów i nie ograniczyłoby się jedynie do uzupełnienia katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu okręgowego o zarządzeniu kontroli operacyjnej, nie powinien mieć znaczenia dla oceny dopuszczalności rozpoznania sprawy przez Trybunał. Fakt, że dany problem prawny podniesiony przez inicjatora postępowania przed Trybunałem ma charakter systemowy, nie dyskwalifikuje tego problemu jako przedmiotu kontroli trybunalskiej, lecz jest wręcz przeciwnie: tylko podkreśla doniosłość zagadnienia. Trybunał ma zresztą instrumenty, które pozwalają mu zapewnić ustawodawcy dostateczny czas na dokonanie stosownych zmian ustawodawczych o charakterze systemowym. Argument o potencjalnej poziomej niezgodności przepisu ustawowego w brzmieniu, które uwzględniałoby zarzuty podmiotu inicjującego postępowanie przed Trybunałem, z innymi przepisami ustawowymi nie może mieć również decydującego znaczenia dla wyniku oceny konstytucyjności takiego przepisu.

Na marginesie warto zauważyć, że ustawodawca poradził sobie na gruncie przepisów k.p.k. z sygnalizowaną przez Prokuratora Generalnego kwestią ustalenia momentu, od którego osoba poddana czynnościom kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych jest o tym informowana. Zgodnie z przywołanym już art. 239 k.p.k., ogłoszenie postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy, może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy, przy czym ogłoszenie takiego postanowienia w postępowaniu przygotowawczym może być odroczone nie później niż do czasu zakończenia tego postępowania. W literaturze wskazuje się, że „[z]wrot «czas niezbędny ze względu na dobro sprawy» trzeba rozumieć w ten sposób, że chodzi o okres, w którym ujawnienie osobie, w stosunku do której zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów, tego faktu odbiłoby się ujemnie na jej efektach” (R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167-296*, Warszawa 2019). Z momentem, gdy dobro sprawy nie stanowi już przeszkody poinformowania osoby objętej podsłuchami o postanowieniu dotyczącym kontroli i utrwalaniu jej rozmów telefonicznych, osoba ta uzyskuje – zgodnie z art. 240 k.p.k. – prawo wniesienia zażalenia na to postanowienie i uruchomienia następczej kontroli sądowej, dającej jej m.in. prawo do bycia wysłuchaną przez sąd.

Zdanie odrębne

sędziego TK Jakuba Steliny
do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 28 czerwca 2022 r., sygn. akt SK 60/21

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393) zgłaszam zdanie odrębne do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2022 r., sygn. SK 60/21.

1. Nie zgadzam się z postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2022 r. o umorzeniu postępowania w sprawie SK 60/21. Uważam bowiem, że nie zachodziła żadna z przesłanek formalnych, na które powołał się Trybunał umarzając sprawę. Jeśli chodzi o pierwszą z nich, a więc brak należytego uzasadnienia zarzutów skargi, to w przeciwieństwie

do Trybunału uważam, że w skardze konstytucyjnej w sprawie SK 60/21 precyzyjnie wskazano zarzuty, określono, które prawa i wolności konstytucyjne zostały naruszone, jak również wskazano argumenty na poparcie tych zarzutów. Na marginesie warto zwrócić uwagę, że przesłanka ta ma charakter wyjątkowo nieostrej, stąd przy ocenie jej spełnienia Trybunał każdorazowo powinien zachować wyjątkową ostrożność w formułowaniu stanowczych sądów, a w szczególności brać pod uwagę istotę zarzutów i rangę naruszanych praw obywatelskich.

2. Nie zgadzam się także ze stanowiskiem Trybunału, jakoby w sprawie SK 60/21 zachodziło tzw. zaniechanie prawodawcze, które nie podlega jego kognicji. Prawdą jest, że zarzut dotyczy braku określonej treści normatywnej, a więc nieprzyznania skarżącemu prawa wniesienia odwołania na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania kontroli operacyjnej, nie oznacza to jednak, że stan taki możemy zakwalifikować jako zaniechanie ustawodawcy. W dotychczasowym orzecznictwie trybunalskim wypracowano bowiem koncepcję tzw. pominięć prawodawczych, które mogą podlegać ocenie w ramach hierarchicznej kontroli norm. Za najbardziej reprezentatywną wypowiedź w tym przedmiocie uważam rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku z 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11 (OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 119), w którym Trybunał wyraził pogląd, że rozróżnienie zaniechania legislacyjnego (prawodawczego) i pominięcia prawodawczego „nie jest oparte na tak precyzyjnych kryteriach, by w praktyce nie mogły występować trudności z zakwalifikowaniem określonych sytuacji jako zaniechania albo pominięcia (...) [Z]aniechanie prawodawcze występuje niespornie wtedy, gdy na podmiocie wyposażonym w kompetencje prawodawcze spoczywa obowiązek uregulowania jakiejś dziedziny spraw aktem normatywnym, a prawodawca obowiązku tego nie spełnia: nie stanowi norm regulujących jakąś dziedzinę spraw. Ze względu na to, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sąd konstytucyjny nie jest upoważniony do badania zaniechań prawodawczych, to z punktu widzenia jego kognicji obojętne jest, czy obowiązek wydania aktu wyznacza norma konstytucyjna (tak zazwyczaj w przypadku ustaw), czy jest on wyznaczony przez akt niższej rangi (tak zazwyczaj w przypadku aktów wykonawczych)”. Natomiast w odniesieniu do pominięcia prawodawczego Trybunał stwierdził, że „zachodzi [ono] niespornie wtedy, gdy prawodawca w wydanym przez siebie akcie normatywnym przewidział jakąś czynność konwencjonalną, lecz pominął reguły jej dokonywania – wszystkie lub tylko niektóre – w następstwie czego czynności konwencjonalnej «ważnie» dokonać się nie da. Jest to typowa sytuacja określana mianem luki tetycznej (konstrukcyjnej): prawodawca w akcie normatywnym daje wyraz woli wykreowania określonej czynności konwencjonalnej, ale czyni to konstrukcyjnie wadliwie (...). Z przypadkiem pominięcia, który w praktyce nastęrcza największej trudności, mamy do czynienia wtedy, gdy w rozważanej regulacji prawnej nie uwzględniono pewnych podmiotów czy sytuacji, co może być konsekwencją nietrafnego doboru cech relewantnych, ze względu na które jakieś inne podmioty lub sytuacje zostały wyróżnione, albo wprowadzenia nieuzasadnionego zróżnicowania”. Oznacza to, że pominięcia „są związane na ogół z niezapewnieniem właściwej realizacji konstytucyjnych wolności lub praw przysługujących danej kategorii podmiotów”, a więc dana regulacja jest obciążona wadą dotyczącą materialnych rozwiązań przewidzianych w akcie normatywnym, a nie wadą dotyczącą formy danego aktu. Dlatego Trybunał przyjmuje, iż „wada ta ma charakter konstytucyjny: ukształtowana przez prawodawcę regulacja nie odpowiada standardom konstytucyjnym. To znaczy, że z norm konstytucyjnych da się odtworzyć wzorzec instytucji prawnej kształtowanej w akcie normatywnym, lecz instytucja w akcie tym ukształtowana konstytucyjnemu wzorcowi nie odpowiada, bo np. narusza konstytucyjną zasadę równości, nie zawiera norm koniecznych do realizacji konstytucyjnych uprawnień, kompetencji czy obowiązków, jest obciążona luką tetyczną, uniemożliwiającą dokonanie niezbędnych z punktu widzenia Konstytucji czynności konwencjonalnych”.

Sprawa SK 60/21 nie jest pierwszą, w której Trybunał niewłaściwie – moim zdaniem

– kwalifikuje zaskarżoną regulację jako zaniechanie prawodawcze. Z podobną sytuacją mieliśmy przykładowo do czynienia w sprawie o sygnaturze SK 15/17, zakończonej postanowieniem w dniu 1 lipca 2021 r., do którego również zgłosiłem zdanie odrębne. Pozwalam sobie odesłać do zawartych w nim wypowiedzi, w tym miejscu cytując jedynie ich konkluzję – „źródłem trudności w rozróżnianiu zaniechań i pominięć prawodawczych jest to, że w obu przypadkach mamy do czynienia z różnym stopniem braku regulacji. Jednak brak regulacji stanowi istotną przeszkodę dla Trybunału Konstytucyjnego w sprawowaniu kontroli konstytucyjności, zwłaszcza w kontekście przypisywanej mu roli tzw. negatywnego ustawodawcy. Bez wątplenia brak obowiązkowej regulacji (zaniechanie) narusza standard wynikający z ustawy zasadniczej, nie zmienia to jednak faktu, że nie jest możliwe wyeliminowanie z systemu prawnego zakwestionowanej normy, z tego powodu, że norma taka nie została ustanowiona (nie jest też możliwe wydanie wyroku zakresowego). Oczywiście zaniechanie możemy kwalifikować jako naruszenie przez ustawodawcę obowiązku konstytucyjnego, ale sankcjonowane za pomocą środków pozaprawnych (np. politycznych). W przypadku pominięcia sytuacja wygląda nieco inaczej. Utrwalone orzecznictwo trybunalskie wypracowało bowiem koncepcję tzw. wyroków interpretacyjnych, które mogą odnosić się także do brakujących części istniejących regulacji prawnych. Jeśli więc w pewnym uproszczeniu przyjmiemy, że zaniechanie ma miejsce, gdy prawodawca mimo nałożonego nań obowiązku w ogóle nie ustanowił norm prawnych w danym obszarze relacji społecznych, a pominięcie zaś dotyczy sytuacji, kiedy prawodawca wprowadził regulację niekompletną, to w konsekwencji otwieramy w ten sposób możliwość kontroli przez Trybunał Konstytucyjny. (...). Trybunał Konstytucyjny przy tej ocenie powinien być konsekwentny i kierować się precyzyjnymi przesłankami.. Brak jasnych reguł może prowadzić do tego, że TK będzie dowolnie dopuszczał określone sprawy do orzekania merytorycznego, a inne, podobne sprawy, umarzał. (...). [Z] przytoczonego wyżej fragmentu z uzasadnienia wyroku w sprawie K 21/11 («z norm konstytucyjnych da się odtworzyć wzorzec instytucji prawnej kształtowanej w akcie normatywnym, lecz instytucja w akcie tym ukształtowana konstytucyjnemu wzorcowi nie odpowiada»), przy badaniu pominięcia oceniamy ukształtowany w prawie pozytywnym model prawny danej instytucji. Oznacza to, że inaczej niż przy zaniechaniu prawodawczym, pominięcie może dotyczyć także materii objętej swobodą regulacyjną ustawodawcy a nie obowiązkiem konstytucyjnym, niemniej jednak muszą się one mieścić w standardach konstytucyjnych. Z tego powodu podlegają one kognicji TK także w zakresie brakujących, a koniecznych, jej elementów”.

3. Skoro w rozpoznawanej sprawie nie było podstaw do umorzenia postępowania, wobec tego uznaję, że zarzut skarżącego wymagał merytorycznej oceny zakończonej wyrokiem. Uważam także, że Trybunał powinien orzec o niezgodności zaskarżonego przepisu z Konstytucją. Tylko bowiem takie rozstrzygnięcie sprawy SK 60/21 pozwoliłoby wyeliminować z systemu prawnego wadliwą normę, która nie przewiduje możliwości wniesienia za interesowanemu obywatelowi odwołania od postanowienie sądu w przedmiocie stosowania wobec niego kontroli operacyjnej. W zdaniu odrębnym do postanowienia z dnia 28 czerwca 2022 r. sędzieja Trybunału Konstytucyjnego Piotr Pszczółkowski przedstawił argumenty na poparcie takiego stanowiska, które w całości podzielam. Nie rozwijając zatem tego wątku odsyłam do zawartych tam rozważań. Dlatego jedynie uzupełniając pozwolę sobie na stwierdzenie, że jak każdy obywatel, który może być objęty kontrolą operacyjną (np. podsłuchem) wolałbym, aby decyzja sądu w tym przedmiocie mogła podlegać w przyszłości kontroli instancyjnej, nie tylko dlatego, że wymaga tego zasada demokratycznego państwa prawnego, ale także ze względu na ochronę praw obywatelskich. Jeśli więc Trybunał uznał, że zachodzą przeszkody formalne w merytorycznym rozpoznaniu niniejszej sprawy (oceny tej – jak wykazałem wyżej – nie podzielam), to mógł chociażby – w trybie art. 35 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym –

zasygnalizować ustawodawcy wątpliwości co do zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji.