



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 10.12.2021 r.

Marcin Wiącek

II.511.810.2021.MM

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

Sygn. akt SK 60/21

W związku z otrzymanym w dniu 16 listopada 2021 r. zawiadomieniem o wszczęciu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie skargi konstytucyjnej Pana sygn. akt SK 60/21, działając na podstawie art. 63 ust. 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r., poz. 2393 - t.j.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2020 r., poz. 627 - t.j.) zgłaszam udział w przedmiotowym postępowaniu i wnoszę o stwierdzenie, że:

**art. 19 ust. 20** ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 1990 Nr 30, poz. 179 ze zm.) - w zakresie, w jakim przepis ten 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 zw. z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP.

## UZASADNIENIE

1. Wobec (dalej: „Skarżący”) w dniu 24 lipca 2015 r. na podstawie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji zarządzono kontrolę operacyjną na użytkowanym przez

niego numerze telefonu. Postanowieniem z dnia 29 lipca 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie podjął decyzję o kontynuowaniu kontroli na okres 3 miesięcy, tj. do 24 października 2015 r. Kontrola operacyjna obejmowała przestępstwa z art. 258 k.k., 252 §1 k.k., art. 263 § 2 k.k. i 258 § 2 k.k. W dniu 23 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał postanowienie, w którym wyraził tzw. zgodę następczą na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów popełnienia przestępstwa innego niż to objęte kontrolą. Na dowodach z kontroli operacyjnej oparty został uwzględniony wniosek o zastosowanie wobec tymczasowego aresztowania oraz Europejskiego Nakazu Aresztowania.

2. obrońca skarżącego w dniu 16 października 2020 r. wniósł zażalenie na oba postanowienia: w przedmiocie stosowania kontroli operacyjnej (SO odmówił przyjęcia) oraz tzw. zgody następczej (SO pozostawił je bez rozpoznania). Sąd powołał się na przepisy ustawy o Policji, przewidujące wniesienie zażalenia jedynie przez organ Policji lub prokuratora, a nie obrońcę. Na powyższe zarządzenie obrońca wniósł zażalenie w dniu 30 października 2020 r. Zażalenie zostało rozpoznane przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w dniu 25 listopada 2020 r. obrońca nie został dopuszczony przez Sąd do udziału w posiedzeniu, gdyż został uznany za osobę nieuprawnioną. W postanowieniu Sadu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 listopada 2020 r. sąd ostatecznie orzekł, że na podstawie z art. 19 ust. 20 ustawy o Policji skarżącemu, a więc osobie, wobec której stosowano kontrolę operacyjną, nie przysługuje prawo do zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji w przedmiocie zastosowania tejże kontroli.
3. W związku z powyższym obrońca oskarżonego wniósł skargę konstytucyjną w przedmiocie niezgodności art. 19 ust. 20 ustawy o Policji w zakresie w jakim przepis ten 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 i art. 78 w zw. z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji RP, a także z art. 78 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.
4. Przed przystąpieniem do rozważań natury szczególnej wypada wskazać, że kontrola operacyjna jest jednym z rodzajów czynności operacyjno-rozpoznawczych. Czynności operacyjno-rozpoznawcze „przeprowadzane są

głównie w celu uzyskania przez służby policyjne informacji o przestępstwie i przestępcy, zwykle w takich warunkach, które nie pozwalają jeszcze – w świetle obowiązującego prawa karnego procesowego – na wszczęcie postępowania przygotowawczego” (A. Taracha, *Czynności operacyjno – rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 155). Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, czynności operacyjne pełnią rolę subsydiarną względem procesu karnego, „wyprzedzają postępowanie przygotowawcze”, dostarczając uzasadnienie do wszczęcia postępowania przygotowawczego (zob. K. Eichstaedt, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, Prokuratura i Prawo 9, 2003, s. 28). B. Hołyst, pisząc o podsłuchu operacyjnym użył wręcz określenia „podsłuch przedprocesowy” (B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2012, s. 1188). Czynności te mogą ponadto być przedsięwzięte w celu pozyskiwania dowodów dla toczącego się postępowania, albowiem do niektórych źródeł dowodowych nie można dotrzeć w trybie czynności procesowych. Niemniej jednak nie są one czynnościami procesowymi i nie mają względem nich zastosowania przepisy Kodeksu postępowania karnego. Podstawę prawną stanowią zatem poszczególne przepisy ustaw regulujących działalność poszczególnych służb państwowych. W tym kontekście podkreślić należy, że kontrola operacyjna ma charakter niejawną i może polegać 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 (art. 19 ust. 6 ustawy o Policji).

5. Kontrola operacyjna jest jednym z podstawowych źródeł pozyskiwania informacji i dowodów przestępstwa, która najczęściej przybiera postać tzw. „podsłuchu telefonicznego”. (por. J. Onyszczuk, *Nadzór prokuratora nad kontrolą operacyjną*,

Prokuratura i Prawo 7-8, 2013, s. 203). Jak zauważył dalej J. Onyszczyk: „W bieżącej pracy prokuratora, w szczególności wykonującego swoje obowiązki w wydziałach śledczych, pojawiają się sprawy zainicjowane na podstawie materiałów wytworzonych w związku z prowadzoną kontrolą rozmów telefonicznych. Szczególnie w ostatnim czasie stał się to niezwykle skuteczny środek pozwalający ujawnić wiele przestępstw związanych z działalnością grup przestępczych zajmujących się chociażby obrotem narkotyków czy też osób fizycznych dopuszczających się przestępstw korupcyjnych” (J. Onyszczyk, *ibidem*).

6. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie, co znajduje swoje uzasadnienie w charakterze i celu podejmowania działań operacyjnych. W tym kontekście, podkreślić należy, że z jednej strony niejawność prowadzonych czynności determinuje ich skuteczność, jednakże z drugiej strony ogranicza jednostce możliwość realizacji ochrony swoich praw i wolności zagwarantowanych w Konstytucji RP, albowiem obywatel nie ma wiedzy, że organy państwa ingerowały w jego prawa i wolności. W podobnym tonie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r., stwierdzając, że: „Istotną cechą czynności operacyjnych jest również ich poufny lub tajny charakter (T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1998, s. 130), co stanowi przesłankę skuteczności, ale jednocześnie powoduje, że zainteresowany, nie wiedząc o prowadzonej wobec niego kontroli operacyjnej, nie jest w stanie, z przyczyn czysto faktycznych, uruchomić procedur i gwarancji, których wykorzystanie jest zależne od jego wiedzy i inicjatywy” (wyrok TK z 12.12.2005 r., K 32/04, OTK Z.U. 2005/11A/132).
7. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie konstatawał, że czynności operacyjno-rozpoznawcze ingerują w konstytucyjnie chronione prawa i wolności obywatelskie. I tak w powołanym wyżej wyroku, Trybunał stwierdził, że: „Czynności operacyjno-rozpoznawcze jako zespół prawnie określonych w oparciu o wiedzę kryminalistyczną niejawnych działań prowadzonych poza procesem karnym i administracyjnym celem wykrycia, rozpoznawania i utrwalania przestępczej działalności (...) są konieczną koncesją na rzecz skutecznego zwalczania przestępczości, wiążącą się jednakowoż z ograniczeniem gwarancji dla jednostki, korzystającej z prawa do prywatności i

autonomii informacyjnej. Wynika to z pozaprocesowego (pozbawionego wpływu sądu) oraz tajnego i nieformalnego charakteru czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki, nawet te, na które zezwalają ustawy, muszą jednak odpowiadać zakresowo, przedmiotowo i co do sposobu – temu, co mówi sama Konstytucja określająca margines regulacyjny ustawodawcy zwykłego – w momencie, gdy zezwała 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. we wspomnianych już art. 49 i art. 51 Konstytucji), a nadto ogólna klauzula proporcjonalności, wskazana w art. 31 ust. 3 Konstytucji” (wyrok TK z 12.12.2005 r., K 32/04, OTK Z.U. 2005/11A/132).

8. Zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami, stosowanie kontroli operacyjnej zostało przewidziano m.in. w: ustawie o Policji. Kontrolę operacyjną zarządza sąd okręgowy na podstawie wniosku właściwego organu danej służby za zgodą prokuratora okręgowego albo Prokuratora Generalnego. Uprawnienie do skierowania wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej posiada Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP, Komendant BSWP albo komendant wojewódzki Policji po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora. Co warte podkreślenia, sąd może zarządzić kontrolę operacyjną tylko w celu podjęcia przez Policję czynności operacyjno-rozpoznawczych, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. W tym miejscu na uwagę zasługuje jednakże fakt, iż ustawodawca przewidział w tzw. przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby ona spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej przez Komendanta Głównego Policji, Komendanta CBŚP, Komendanta BSWP albo komendanta wojewódzkiego Policji po uzyskaniu zgody właściwego prokuratora. Organ zarządzający kontrolę operacyjną jest wówczas zobligowany do jednoczesnego skierowania do sądu okręgowego wniosku o wydanie stosownego postanowienia. W terminie 5 dni od dnia otrzymania wniosku, sąd wydaje

postanowienie w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej. W razie braku wyrażenia zgody przez sąd, kontrolę operacyjną należy natychmiast wstrzymać, a zgromadzony w wyniku przeprowadzonych działań materiał protokolarnie, komisyjnie zniszczyć (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji).

9. Na postanowienie sądu okręgowego w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej organowi składającemu wniosek służy zażalenie. W konsekwencji, jeżeli o wydanie postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej występował Komendant Główny Policji, to tylko on ma uprawnienie do złożenia zażalenia, albowiem zgodnie z art. 19 ust. 20 ustawy o Policji: „Na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, o których mowa w ust. 1, 3, 8 i 9, przysługuje zażalenie organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.” Zgodnie zaś z art. 459 § 2 k.p.k., zażalenie przysługuje także na postanowienia co do środka zabezpieczającego oraz na inne postanowienia w wypadkach przewidzianych w ustawie. W praktyce oznacza to przyznanie Komendantowi Głównemu Policji prawo do złożenia zażalenia na postanowienie odmawiające zarządzenia albo przedłużenia kontroli operacyjnej. Podmiot, wobec którego zastosowano kontrolę operacyjną nie ma możliwości złożenia zażalenia na postanowienie sądu okręgowego. Taki stan prawny musi wzbudzać niepokój, w szczególności, jeżeli sąd decyduje w istocie rzeczy o zarządzeniu czynności, które wkraczają w podstawowe prawa i wolności obywatelskie. Wątpliwości w tym zakresie zostały również wyrażone w literaturze przedmiotu. K. Eichstaedt wskazał, że: „Takie rozwiązanie ustawowe, które pozbawia podmiot, którego zarządzenie kontroli operacyjnej bezpośrednio dotyczyło, prawa do złożenia zażalenia należy poddać krytyce. Chociaż ustawa zapewnia dwuinstancyjne postępowanie sądowe w kwestii dotyczącej zarządzenia kontroli operacyjnej, to jednak nie tylko organ policji, ale także podmiot, którego kontrola operacyjna dotyczy, powinien mieć prawo, po zakończonej kontroli operacyjnej do wniesienia zażalenia na wydane postanowienie, celem zbadania celowości i zasadności zarządzonej kontroli operacyjnej, zwłaszcza iż nawet prokurator nie posiada takiego uprawnienia” (zob. K. Eichstaedt, Zarządzenie... op. cit., s. 38,

zob. również P. Pająk, *Kontrola operacyjna do kontroli konstytucyjnej*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2010 r., z. 2, s. 171).

10. Mając na względzie powyższe, w moim przekonaniu, 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. Moim zdaniem, brak zapewnienia jednostce wyżej wskazanego uprawnienia jest niezgodny z konstytucyjnymi standardami, w szczególności z prawem do zaskarżalności i zasadą dwuinstancyjności postępowania.
11. Przytoczyć należy tu również utrwalone orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej „ETPC”), zgodnie z którym już samo istnienie regulacji zezwalających na arbitralną inwigilację obywateli stanowi naruszenie art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: „EKPC”) oraz uprawnia do wniesienia skargi do ETPC (zob. wyroki ETPC z 4.12.2015 r. w sprawie Zakharov przeciwko Rosji, skarga nr 47143/06; z 12.01.2016 r. w sprawie Szabó i Vissy przeciwko Węgrom, skarga nr 37138/14, z 25.05.2021 r. w sprawie Big Brother Watch and Others przeciwko Zjednoczonemu Królestwu [Wielka Izba], skargi nr 58170/13, 62322/14, 24960/15, z 25.05.2021 r. w sprawie Centrum För Rättvisa przeciwko Szwecji, skarga nr 35252/08). Podobnie, do skutecznego wniesienia skargi wystarczy już gromadzenie danych o jednostkach, bez względu na to, w jaki sposób mają one zostać w przyszłości wykorzystane (zob. wyrok ETPC z 4.05.2000 r. w sprawie Rotaru przeciwko Rumunii, skarga nr 28341/95).
12. W tym stanie rzeczy, w moim przekonaniu, przepisy regulujące omawianą wyżej materię powinny zostać uznane za niezgodne z art. 78 oraz art. 176 ust. 1 Konstytucji RP.
13. Konstytucyjny standard zaskarżalności orzeczeń określony jest w art. 176 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji. Art. 176 ust. 1 Konstytucji gwarantuje, że postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne, z kolei art. 78 Konstytucji, że każda ze

stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od zasady zaskarżalności oraz tryb zaskarżania określa ustawa (por. wyrok TK z dnia 2.06.2010 r., SK 38/09, OTK-A 2010, nr 5, poz. 46). Konstytucyjna zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego, w myśl orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zakłada w szczególności: 1) dostęp do sądu drugiej instancji, a co za tym idzie przyznanie stronom odpowiednich środków zaskarżenia, które uruchamiają rzeczywistą kontrolę rozstrzygnięć wydanych przez sąd pierwszej instancji; 2) powierzenie rozpoznania sprawy w drugiej instancji - co do zasady - sądowi wyższego szczebla, a w konsekwencji nadanie środkowi zaskarżenia charakteru dewolutywnego; 3) odpowiednie ukształtowanie procedury przed sądem drugiej instancji, tak aby sąd ten mógł wszechstronnie zbadać rozpoznawaną sprawę i wydać rozstrzygnięcie merytoryczne. Dwuinstancyjność postępowania sądowego ma na celu zapewnienie zapobiegania pomyłkom i arbitralności w pierwszej instancji (wyrok TK z 9.02.2010 r., SK 10/09, OTK-A 2010/2/10).

14. Dzięki kontroli instancyjnej istnieje możliwość wyeliminowania błędnych decyzji i ustaleń naruszających prawa oskarżonego. Podejrzenie naruszenia któregokolwiek z jego praw jest bowiem wystarczającą podstawą do żądania procesowej kontroli prawidłowości, legalności i zasadności wydanej decyzji. Istota omawianego prawa wyraża się w możliwości zaskarżania decyzji procesowych dotyczących oskarżonego, a także niektórych innych czynności organów procesowych. Służy zwalczaniu uciążliwych środków procesowych. Jest to uprawnienie o wyraźnie kontrolnym charakterze (wyrok TK z 29.06.2010 r., P 28/09, OTKA 2010, Nr 5, poz. 52). Gwarancji realizacji prawa do zaskarżania poszukiwać należy bezpośrednio w przepisach Konstytucji RP. Zgodnie z art. 78 Konstytucji RP, każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w I instancji. Znaczenie ma też ustrojowy przepis art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, statuujący co najmniej dwuinstancyjne postępowanie sądowe. Co prawda poza zakresem gwarancji wynikających z zasady wyrażonej w art. 176 ust. 1 Konstytucji RP pozostają ustawowe środki zaskarżenia wykraczające poza dwuinstancyjny model postępowania sądowego (wyrok TK z 9.06.2003 r., SK 12/03, OTK-A 2003, Nr 6,



poz. 51), to jednak ustawodawca decydując się na tworzenie tego rodzaju procedur, powinien tworząc je przestrzegać obowiązujących norm, zasad i wartości konstytucyjnych, uwzględniając fakt, że ograniczenia dopuszczalności korzystania z tego rodzaju środków muszą się mieścić w ramach konstytucyjnego prawa do sądu (wyrok SN z 23.07.2014 r., V CZ 48/14, LEX nr 1504598). Zgodnie z art. 78 Konstytucji, każda ze stron ma samoistne prawo podmiotowe do zakwestionowania rozstrzygnięć podjętych wobec niej w postępowaniu sądowym bądź administracyjnym w pierwszej instancji. Prawo jest również środkiem reakcji w razie naruszenia praw jednostki przez organ lub sąd rozpatrujący jej sprawę w pierwszej instancji (M. Florczak-Wątor, komentarz do art. 78 Konstytucji, w: P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Lex/el. 2021, uwaga 1). Warto podkreślić, że ustawodawca nie ma pełnej, niczym nieskrępowanej swobody w ustalaniu katalogu wyjątków od zasady dwuinstancyjności. Nie mogą one bowiem naruszać innych norm konstytucyjnych ani samej zasady ogólnej zaskarżalności, która na gruncie zwykłego ustawodawstwa stałaby się *de facto* wyjątkiem od wprowadzanej w różnych regulacjach procesowych reguły postępowania jednoinstancyjnego. Takie odstępstwo może być uzasadnione szczególnymi okolicznościami, które usprawiedliwiłyby pozbawienie strony postępowania środka odwoławczego (wyrok TK z 12.06.2002 r., P 13/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 42). W niniejszej sprawie, zgodzić się należy ze Skarżącym, że takie ukształtowanie przepisu art. 19 ust. 20 ustawy o Policji doprowadziło do nieuzasadnionego i niezgodnego z art. 78 Konstytucji pozbawieniem strony prawa do środka odwoławczego.

15. Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, gwarancja instancyjności jako proceduralnej zasady postępowania sądowego i administracyjnego wyrażona w art. 78 zdanie pierwsze Konstytucji wzmacnia konstytucyjne prawo do sądu i stanowi, iż każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. „O ile przedmiotem roszczenia na podstawie art. 45 ust. 1 jest «rozpatrzenie sprawy», o tyle zasada instancyjności z art. 78 Konstytucji dotyczy procesu decyzyjnego, a więc pierwszego rozstrzygnięcia w tej sprawie. Z istoty rzeczy odnosi się więc do pewnego etapu rozpatrywania

sprawy. Podniesiona do konstytucyjnej rangi kontrola ma zapobiegać pomyłkom i arbitralności w pierwszej instancji” (postanowienie TK z 11.06.2008 r., SK 48/07, OTK-A 2008, nr 5, poz. 93). Jak wskazał bowiem Trybunał Konstytucyjny, konstytucyjne prawo zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji stanowi „bardzo istotny czynnik urzeczywistniania sprawiedliwości proceduralnej. Chodzi tu o zagwarantowanie stronie prawa do zaskarżenia orzeczeń i decyzji do organu wyższej instancji w celu sprawdzenia (skontrolowania) prawidłowości orzeczenia” (wyrok TK z 4.03.2008 r., SK 3/07, OTK-A 2008, nr 2, poz. 25; por. wyroki TK: z 16.11.1999 r., SK 11/99, OTK 1999, nr 7/158, z 18.05.2004 r., SK 38/03).

16. Prawo do sądu jako organu sprawującego wymiar sprawiedliwości obejmuje w szczególności prawo do rzetelnej procedury sądowej, w tym zaś prawo do zaskarżenia pierwszoinstancyjnego orzeczenia sądowego (postanowienie SN z 23.07.2014 r., V CZ 48/14, LEX nr 1504598; wyrok TK z 10.07.2000 r., SK 12/99, OTK 2000, Nr 5, poz. 143). Nadto, prawo do sądu jako organu kontrolującego akty innych organów władzy publicznej godzących w konstytucyjne prawa i wolności jednostki w sposób niewątpliwy zawiera prawo do zaskarżenia, bo właśnie zaskarżenie decyzji do sądu umożliwia jej kontrolę (wyrok TK z 1.12.2008 r., P 54/07, OTK-A 2008, Nr 10, poz. 171). W tym wypadku prawo do zaskarżenia również zatem może być postrzegane jako element prawa do sądu.

17. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny, konstytucyjna zasada dwuinstancyjności ma zastosowanie w takim tylko wypadku, gdy sąd pierwszej instancji rozpatruje „sprawę” w rozumieniu Konstytucji. Co istotne, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Trybunału, obowiązywanie zasady dwuinstancyjnego postępowania nie ogranicza się wyłącznie do głównego nurtu postępowania sądowego. Obejmuje także kwestie rozstrzygane incydentalnie, wpadkowo, jeżeli dotyczą praw lub obowiązków danego podmiotu, choć nie wszystkie. Konieczność ustanowienia środków odwoławczych w niektórych kwestiach wpadkowych, niemających charakteru odrębnej sprawy w rozumieniu Konstytucji, może natomiast wynikać z ogólnego wymogu ukształtowania procedury sądowej zgodnie z zasadami sprawiedliwości proceduralnej (por.

wyroki TK: z 19.09.2007 r., SK 4/06, z 9.02.2010 r., SK 10/09, z 2.06.2010 r., SK 38/09). Uznanie danej kwestii za „sprawę”, nawet jeżeli ma w ramach danego postępowania charakter wypadkowy, skutkuje zatem koniecznością zagwarantowania zaskarżalności takiego rozstrzygnięcia (wyrok TK z 8.10.2013 r., K 30/11).

18. W moim przekonaniu, rozpatrywane zagadnienie jest „sprawą” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, albowiem zarządzenie kontroli operacyjnej przez sąd ingeruje w podstawowe prawa obywatelskie (np. prawo do prywatności, prawo do komunikowania się), a więc sąd rozstrzyga o konstytucyjnych prawach obywateli. Sąd okręgowy, wydając postanowienie o zarządzeniu kontroli operacyjnej rozstrzyga zatem o konstytucyjnie chronionych prawach obywatelskich. Powyższe stanowisko zgodne jest z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego. W tym względzie na uwagę zasługuje pogląd wypowiedziany przez Trybunał w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 października 2013 r., sygn. K 30/11, zgodnie z którym „urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu dotyczy wszystkich sytuacji, w których dochodzi do rozstrzygania o prawach danego podmiotu – w relacji zarówno do innych równorzędnych podmiotów, jak i władzy publicznej – a natura istniejącego stosunku prawnego wyklucza podejmowanie w tym zakresie arbitralnych decyzji. W rezultacie treść normatywna pojęcia «rozpatrzenie sprawy» utożsamiana jest z każdym rozstrzygnięciem o prawach lub obowiązkach danego podmiotu, zapadającym na podstawie norm prawnych zawartych w obowiązujących przepisach. Chodzi tu o czynność polegającą na prawnej kwalifikacji określonego stanu faktycznego na podstawie konkretnej i indywidualnej normy adresowanej do danego podmiotu, która wywołuje skutki prawne w sferze uprawnień bądź obowiązków tego podmiotu. Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji każda czynność spełniająca wskazane kryteria zarezerwowana jest dla niezależnego, bezstronnego i niezawisłego sądu, którego rozstrzygnięcie ma być dokonane w sposób sprawiedliwy, jawny oraz bez nieuzasadnionej zwłoki (zob. wyroki TK z dnia: 8.10.2013 r., K 30/11, OTK ZU 2013/7A\_98; 27.05.2008 r., SK 57/06, OTK ZU

nr 4/A/2008, poz. 63, cz. III, pkt 5; 30.10.2012 r., SK 20/11, OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 110, cz. III, pkt 5.1.1 uzasadnienia).

19. Co niezwykle istotne w kontekście problematyki, będącej przedmiotem niniejszego postępowania, Trybunał uznał, że „ochrona przewidziana w art. 45 ust. 1 Konstytucji dotyczy nie tylko wąsko rozumianego postępowania głównego, ale może również obejmować inne postępowania, w których sąd rozstrzyga o prawach i obowiązkach danego podmiotu” (wyrok TK z 8.10.2013 r., K 30/11, OTK ZU 2013/7A/98). Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy, stwierdzając w uchwale składu 7 sędziów z dnia 28 marca 2012 r., że: „Pojęcie «sprawa», interpretowane przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, oznacza sprawę w zakresie głównego przedmiotu postępowania, a także kwestii incydentalnej, która związana jest z możliwą ingerencją w sferę podstawowych praw zagwarantowanych przepisami Konstytucji” (I KZP 26/11, OSNKW 2012, nr 4, poz. 36).
20. Odnosząc się z kolei do art. 78 Konstytucji RP, należy stwierdzić, że naruszeniem art. 78 Konstytucji jest „sytuacja, w której następczo w stosunku do wydanego orzeczenia lub decyzji administracyjnej pojawia się niemożność zaskarżenia takich rozstrzygnięć w sądowym czy administracyjnym toku instancji” (wyrok z 13.03.2000 r., K 1/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 59). Trybunał również podniósł, że wyłączenie konstytucyjnego prawa do zaskarżenia ma miejsce, gdy prawodawca ukształtuje oznaczone orzeczenia lub decyzje jako niezaskarżalne (zob. wyroki: z 17.02.2004 r., sygn. SK 39/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7; z 18.04.2005 r., sygn. SK 6/05, OTK ZU nr 4/A/2005, poz. 36; z 18.10.2004 r., sygn. P 8/04, OTK ZU nr 9/A/2004, poz. 92).
21. Reasumując powyższe uwagi, skonstatować wypada, że w przypadku tak głębokiej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie, jak kontrola operacyjna, w moim przekonaniu, 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 (por. wyrok ETPC z 4.05.2000 r. w

sprawie Rotaru przeciwko Rumunii, skarga nr 28341/95). Podkreślić w sposób szczególny w tym miejscu należy, że w relacji łączącej obywatela i służby, to obywatel jest na nieporównywalnie słabszej pozycji. Mając na uwadze zaprezentowane wyżej uwagi, skonkludować należy, że ustawodawca w istocie rzeczy pozostawił jednostkę bez skutecznych narzędzi, mogących zagwarantować mu ochronę konstytucyjnych praw i wolności. Wypada zatem stwierdzić, że brak środków zaskarżenia w prezentowanej sprawie powoduje, że przepis, o którym mowa w *petitum* niniejszego stanowiska, jest niezgodny z art. 45, art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji.

22. Problematyka niejawnej obserwacji obywateli była również przedmiotem wielu orzeczeń TK (zob. wyr TK z: 12.12.2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, Nr 11, poz. 132; 23.06.2009 r., K 54/07, OTK-A 2009, Nr 6, poz. 86; post. TK z 15.11.2010 r., S 4/10, OTK-A 2010, Nr 9, poz. 111; wyr. TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 80). Uwzględniając orzecznictwo ETPC, Trybunał Konstytucyjny zrekapitulował w wyroku z 30 lipca 2014 r. (K 23/11, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 80) konieczne elementy ustawowej regulacji czynności operacyjno-rozpoznawczych zmierzających do inwigilacji jednostki, w tym standard konstytucyjny w zakresie unormowania 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. Niejawne pozyskiwanie przez organy władzy publicznej informacji o jednostce wymaga zachowania daleko idących gwarancji proceduralnych.
23. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego „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. Tego wymagania nie

uchyla wprowadzenie innych, zastępczych rozwiązań, jak choćby pełnomocnika osoby kontrolowanej” (wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 80). Na konieczność ustanowienia takiego obowiązku informacyjnego Trybunał zwracał uwagę też wcześniej, w postanowieniu z 25 stycznia 2006 r. (S 2/06, OTK-A 2006/1/13).

24. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego „zapewnienie informacji jest przesłanką skorzystania przez jednostki z wynikającego z art. 51 ust. 3 Konstytucji prawa dostępu do urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Co do zasady, wszystkie zgromadzone i przetwarzane przez władze publiczne dane o jednostce - chociażby nawet nie tworzyły jednego zorganizowanego zbioru - powinny być udostępniane tej osobie, jeżeli wystąpi ze stosownym żądaniem. Warunkiem (i to podstawowym) skorzystania z prawa unormowanego w art. 51 ust. 3 Konstytucji jest wiedza o gromadzeniu określonych danych i istnieniu ich zbioru. Zaniechanie poinformowania o zebraniu informacji o jednostkach przez władze publiczne samo w sobie stanowi naruszenie art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji. Skoro jednostka nie wie o zebraniu na jej temat określonych informacji - ponieważ dokonało się to w sposób niejawnym, bez jej wiedzy i zgody - nie dysponuje możliwością uzyskania dostępu do nich i nie może żądać ich sprostowania lub usunięcia na warunkach określonych w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Obowiązek informacyjny w powyższym zakresie ma eliminować ryzyko niekontrolowanego tworzenia oraz utrzymywania zbiorów danych nieprzydatnych dla postępowań prowadzonych przez organy państwa, lecz potencjalnie wartościowych z punktu widzenia przyszłych, bliżej nieokreślonych czynności (wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 80).

25. Na marginesie należy również wskazać, że w niedawnym raporcie pt. „Osiodłać Pegaza” autorzy wnosili, by zarządzeniu kontroli operacyjnej towarzyszył obowiązek poinformowania osoby, względem której została ona zarządzona, o tym fakcie. Obowiązek powinien być – co do zasady – realizowany po 12 miesiącach od zakończenia kontroli. Autorzy przywołali również przykład Niemiec, gdzie opóźnienie o 12 miesięcy obowiązku informacyjnego „jest rozsądnym kompromisem pomiędzy koniecznością sprawnego działania służb a realizacją praw jednostki”. Inne możliwe rozwiązanie to „odsunięcie realizacji obowiązku informacyjnego lub

jego uchylenie na skutek decyzji sądu, podejmowanej na wniosek instytucji wnioskującej o zarządzenie kontroli operacyjnej”. Autorzy słusznie zauważają, że „odroczenie powinno być możliwe wyłącznie na uzasadniony wniosek podmiotu wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej i uzależnione od uprawdopodobnienia przez wnioskujący organ: zagrożenia dla zdrowia i życia (np. funkcjonariuszy) lub zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego (np. w kontekście spraw dot. szpiegostwa)”. (zob. A. Bodnar, T. Borkowski, J. Cichocki, W. Klicki, P. Kładoczny, A. Rapacki, Z. Rudzińska-Bluszcz, „Osiodłać Pegaza”. *Przestrzeganie praw obywatelskich w działalności służb specjalnych – założenia reformy*, Warszawa 2019, s. 29, [https://panoptykon.org/sites/default/files/osiodlac\\_pegaza\\_-\\_jak\\_powinien\\_wygladac\\_nadzor\\_nad\\_sluzbami\\_raport\\_ekspertow.pdf](https://panoptykon.org/sites/default/files/osiodlac_pegaza_-_jak_powinien_wygladac_nadzor_nad_sluzbami_raport_ekspertow.pdf)).

26. Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

(-) Marcin Wiącek

(podpis na oryginale)