

Paweł Daniluk ■

INSTYTUCJA TZW. ZGODY NASTĘPCZEJ PO NOWELIZACJI Z 11 MARCA 2016 R. W ŚWIETLE STANDARDÓW KONSTITUCYJNYCH I KONWENCYJNYCH

1. Artykuł 168b k.p.k. został wprowadzony do systemu prawa z mocy art. 1 pkt 35 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹ i wszedł w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r. (art. 28 ustawy nowelizującej). Tą samą ustawą nadano aktualne brzmienie art. 237a k.p.k. (art. 1 pkt 43 ustawy nowelizującej), które również weszło w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r. (art. 28 ustawy nowelizującej). Oba wskazane przepisy normują instytucję tzw. zgody następczej. Przy czym art. 168b k.p.k. czyni to w odniesieniu do kontroli operacyjnej, a więc czynności poza procesowej, a art. 237a k.p.k. w odniesieniu do procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. Podstawową różnicą między tymi przepisami jest więc to, że art. 168b k.p.k. znajduje zastosowanie do czynności prowadzonych poza postępowaniem karnym, zaś art. 237a k.p.k. stosuje się do czynności prowadzonych w ramach postępowania karnego. Procesowa kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych, których dotyczy art. 237a k.p.k., są dopuszczalne w toku postępowania karnego. Jeśli więc postępowanie takie nie zostało wszczęte albo zostało już zakończone, wskazane czynności są niedopuszczalne².

¹ Dz. U. poz. 437 ze zm.; dalej jako ustawa nowelizująca.

² Zob. np. J. Skorupka, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz on-line*, red. J. Skorupka, wyd. 22/2016, Legalis, komentarz do art. 237, teza 6 i przywołany tam wyrok SN z 19 września 2000 r., V KKN 331/00, Prokuratura i Prawo – wkładka 2001, nr 2, poz. 13.

Natomiast kontrola operacyjna, do której odnosi się art. 168b k.p.k., odbywa się poza postępowaniem karnym, w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych przez określone służby.

Mimo wskazanych odmienności, sposób unormowania w art. 168b i art. 237a k.p.k. tzw. zgody następczej jest tożsamy. Mianowicie, zgodnie z tymi przepisami, jeżeli w wyniku legalnie zarządzanej kontroli operacyjnej (procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych) uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Zakresem normowania art. 168b i art. 237a k.p.k. są więc objęte tożsame sytuacje, kiedy to podczas legalnego stosowania kontroli pozyskuje się szczególnie dowód popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego. Szczegółność tego dowodu polega na tym, że dotyczy on innego przestępstwa niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli albo przestępstwa popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli. Mamy tu zatem do czynienia ze swoistym wyjściem poza pierwotny zakres kontroli operacyjnej (procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych). Decyzję w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym tak pozyskanego dowodu, zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 168b i art. 237a k.p.k., podejmuje prokurator.

2. Istotę pozaprocessowej kontroli operacyjnej określają przepisy zamieszczone w ustawach regulujących funkcjonowanie poszczególnych służb. Z przepisów tych *expressis verbis* wynika, że kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na: 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych; 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu (przewozowych) 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 z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji³, art. 9e ust. 7 ustawy z dnia 12 października

³ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1782 ze zm.; dalej jako ustawa o Policji.

1990 r. o Straży Granicznej⁴, art. 118 ust. 4 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej⁵, art. 31 ust. 7 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych⁶, art. 27 ust. 6 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁷, art. 31 ust. 4 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego⁸, art. 17 ust. 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁹). Z kolei w ramach postępowania karnego prowadzi się niejawną kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych – zob. rozdział 26 k.p.k. zatytułowany „Kontrola i utrwalanie rozmów”. Przy czym przepisy tego rozdziału – z mocy art. 241 k.p.k. – stosuje się odpowiednio do kontroli oraz do utrwalania przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną.

3. Niejawna kontrola operacyjna oraz niejawną kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych ze swej istoty stanowią ingerencję przede wszystkim w prawo do prywatności (ingerencja ta dotyczy przede wszystkim tego aspektu prywatności, który związany jest z ochroną informacji dotyczących jednostki oraz z zapewnieniem jej autonomii w zakresie decydowania o udostępnianiu [ujawnianiu] tych informacji innym osobom czy też instytucjom), wolność i tajemnicę komunikowania się oraz autonomię informacyjną (art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 Konstytucji).

Istotne jest przy tym, na co zwrócił uwagę m.in. TK w wyroku z 30 lipca 2014 r.¹⁰, że ingerencja służb, czy też – szerzej – władzy publicznej w sferę prywatności i tajemnicy komunikowania się to nie tylko „pozyskanie przez władze publiczne danych o jednostce po raz pierwszy”, gdyż: „Ochrona prawa do prywatności i tajemnicy komunikowania się rozciąga się (...) na cały proces pozyskiwania, gromadzenia, przechowywania oraz przetwarzania (w tym analizowania i porównywania) informacji o jednostkach. Dlatego też jako odrębne przejawy ingerencji w konstytucyjnie chroniony status jednostki – wymagające każdorazowo odrębnej legitymizacji konstytucyjnej – należałoby traktować pozyskiwanie informacji m.in. o treści komunikatów przekazywanych za pomocą sieci teleinformatycznych w toku kontroli operacyjnej, nałożenie na dostawców

⁴ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1643 ze zm.; dalej jako ustawa o SG.

⁵ Dz. U. poz. 1947 ze zm.; dalej jako ustawa o KAS.

⁶ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1483 ze zm.; dalej jako ustawa o ŻW.

⁷ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1897 ze zm.; dalej jako ustawa o ABW.

⁸ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1318 ze zm.; dalej jako ustawa o SKW.

⁹ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1310 ze zm.; dalej jako ustawa o CBA.

¹⁰ K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

usług telekomunikacyjnych obowiązku zatrzymywania danych o ruchu i lokalizacji, dostęp do tych danych, ich następczą weryfikację czy przekazanie innym organom”. Ustalenia te są o tyle istotne, że uświadamiają, iż standard konstytucyjny odnoszący się do ingerencji w prawo do prywatności oraz w wolność i tajemnicę komunikowania się, obowiązuje nie tylko przy zarządzaniu kontroli operacyjnej lub procesowej, ale również na dalszych etapach jej prowadzenia oraz wykorzystywania danych w ten sposób pozyskanych. Zatem również tzw. zgoda następcza na wykorzystanie dowodu w postępowaniu karnym jest objęta wskazanym standardem konstytucyjnym i – jako odrębny przejaw ingerencji w status jednostki – wymaga „odrębnej legitymizacji konstytucyjnej”.

Fakt, iż kontrola operacyjna oraz procesowa kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych ingerują w prawo do prywatności, wolność i tajemnicę komunikowania się oraz autonomię informacyjną, nie oznacza jednak, że Konstytucja czy też Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹¹ kategorycznie zabraniają takich praktyk. Niekiedy bowiem niejawnie wkroczenie w owe sfery jest konieczne dla realizacji celów, o których mowa w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej i art. 8 ust. 2 EKPCz. Chodzi tu wszak przede wszystkim o zapewnienie bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony zdrowia oraz praw i wolności innych osób, co ma bezpośredni związek ze skuteczną realizacją zadań przez takie służby, jak np. Policja, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego czy Centralne Biuro Antykorupcyjne (mowa w szczególności o zadaniach polegających na zapobieganiu, wykrywaniu, ustalaniu sprawców, a także uzyskiwaniu i utrwalaniu dowodów określonych przestępstw, godzących zarówno w interesy indywidualne, jak i zbiorowe, w tym w interesy państwa). Jak wynika z wielu orzeczeń TK, jedną z istotnych funkcji demokratycznego państwa prawnego jest skuteczne zwalczanie negatywnych zjawisk, w tym przestępczości, które w skrajnym nasileniu mogą godzić w samo istnienie państwa. Dlatego ustawodawca ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zwalczania owych negatywnych zjawisk poprzez nadawanie takich uprawnień organom kontroli czy też służbom, które to uprawnienia będą miały bezpośredni wpływ na zwiększenie sprawności ich działań. W konsekwencji TK co do zasady dopuszcza wyposażeń organów kontroli czy też służb w specjalne uprawnienia, pozwalające na nawet daleko idące wkraczanie w sferę praw i wolności jednostki, w tym w prawo do prywatności, wolność i tajemnicę komunikowania się oraz autonomię informacyjną¹². Z kolei na gruncie EKPCz przyjmuje się, że stosujące niejawną

¹¹ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej jako EKPCz.

¹² Zob. np. wyroki TK z: 13 lutego 2001 r., K 19/99, OTK 2001, nr 2, poz. 30; 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64; 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132; 17 czerwca 2008 r., K 8/04, OTK-A 2008, nr 5, poz. 81; 30 lipca

kontrolę służby „znajdują legitymowane podstawy egzystencji w społeczeństwie demokratycznym”, a ich działalność polegająca na gromadzeniu, przechowywaniu i wykorzystywaniu niejawnych informacji o jednostkach, jest uzasadniona zwłaszcza wówczas, gdy w grę wchodzi bezpieczeństwo państwa¹³.

Jednocześnie nie powinno ulegać wątpliwości, że regulacje uprawniające służby do niejawnego wkroczenia w sferę prywatności, autonomii informacyjnej czy też wolności i tajemnicy komunikowania się jednostki powinny odpowiadać określonym wymogom. Najogólniej rzecz ujmując, muszą one pozostawać w zgodności ze standardami ochrony praw i wolności obywatelskich gwarantowanych Konstytucją. Jak zaznacza TK, chodzi tu przede wszystkim o to, aby dokonywana przez służby ingerencja w sferę życia prywatnego jednostki spełniała warunki określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ponadto, „ustawodawca – w świetle art. 2 Konstytucji – ma konstytucyjny obowiązek określić przesłanki ingerencji w sferę prywatności w sposób możliwie precyzyjny, tak aby ograniczyć zakres swobody decyzyjnej pozostawionej organom stosującym prawo, a jednocześnie ma on obowiązek stworzyć odpowiednie mechanizmy kontroli nad aktami organów władzy publicznej dotyczącymi tej sfery. W sytuacji, gdy chodzi o ograniczenie konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela, przepisy muszą charakteryzować się należyłą precyzją i jasnością. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i prawa”¹⁴.

4. Artykuł 168b k.p.k., co wynika wprost z jego brzmienia, jest przepisem dotyczącym kontroli operacyjnej zarządzanej na podstawie przepisów szczególnych. Oznacza to, że regulacja ta odnosi się do tych wszystkich wypadków prowadzenia kontroli operacyjnej, które znajdują oparcie w następujących pozakodeksowych przepisach szczególnych: art. 19 ust. 1 i 3 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 i 4 ustawy o SG, art. 118 ust. 1 i 3 ustawy o KAS, art. 31 ust. 1 i 4 ustawy o ŻW, art. 27 ust. 1 i 3 ustawy o ABW, art. 31 ust. 1 i 3 ustawy o SKW, art. 17 ust. 1 i 3 ustawy o CBA. Nie sposób jednocześnie nie zauważyć, że art. 168b k.p.k. stanowi *novum* w systemie prawnym, gdyż przed jego wejściem w życie problematyka tzw. zgody następczej była normowana w poszczególnych ustawach regulujących kontrolę operacyjną. W myśl stosownych przepisów tych ustaw, wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej było dopuszczalne

2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

¹³ L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 509 i przywołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz).

¹⁴ Wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64; a także wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., K 8/04, OTK-A 2008, nr 5, poz. 81.

wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego było dozwolone stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot (zob. nieobowiązujące już art. 19 ust. 15a ustawy o Policji, art. 9e ust. 16a ustawy o SG, art. 36d ust. 1a ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej¹⁵, art. 31 ust. 16a ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15a ustawy o ABW, art. 31 ust. 14a ustawy o SKW, art. 17 ust. 15a ustawy o CBA). Z kolei, jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można było zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, ale innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na wykorzystanie takiego dowodu w postępowaniu karnym orzekł postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, art. 9e ust. 4 ustawy o SG, art. 31 ust. 4 ustawy o ŻW, na wniosek prokuratora, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o SG, art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW (na gruncie u.k.s., ustawy o ABW, ustawy o SKW i ustawy o CBA – sąd na wniosek Prokuratora Generalnego) – zob. nieobowiązujące już art. 19 ust. 15c ustawy o Policji, art. 9e ust. 16c ustawy o SG, art. 36d ust. 1c u.k.s., art. 31 ust. 16c ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15c ustawy o ABW, art. 31 ust. 14c ustawy o SKW, art. 17 ust. 15c ustawy o CBA. Wniosek taki – zgodnie z nieobowiązującymi już art. 19 ust. 15d ustawy o Policji, art. 9e ust. 16d ustawy o SG, art. 36d ust. 1d u.k.s., art. 31 ust. 16d ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15d ustawy o ABW, art. 31 ust. 14d ustawy o SKW, art. 17 ust. 15d ustawy o CBA – prokurator kierował do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Policji (Straży Granicznej, Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, Żandarmerii Wojskowej, szefa ABW, szefa SKW, szefa CBA) niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli. Z kolei sąd – w myśl nieobowiązujących już art. 19 ust. 15e ustawy o Policji, art. 9e ust. 16e ustawy o SG, art. 36d ust. 1e u.k.s., art. 31 ust. 16e ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15e ustawy o ABW, art. 31 ust. 14e ustawy o SKW, art. 17 ust. 15e ustawy o CBA – wydawał stosowne postanowienie w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora.

Przedstawione przepisy art. 19 ust. 15a–15e ustawy o Policji, art. 9e ust. 16a–16e ustawy o SG, art. 36d ust. 1a–1e u.k.s., art. 31 ust. 16a–16e ustawy

¹⁵ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 720 ze zm.; dalej jako u.k.s. Przepis ten wskazywał dodatkowo na dopuszczalność wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej w postępowaniu kontrolnym prowadzonym w stosunku do osoby, wobec której zarządzono kontrolę operacyjną.

o ŻW, art. 27 ust. 15a–15e ustawy o ABW, art. 31 ust. 14a–14e ustawy o SKW i art. 17 ust. 15a–15e ustawy o CBA zostały uchylone z mocy – odpowiednio – art. 4, art. 5, art. 6, art. 12, art. 13, art. 17 i art. 18 ustawy nowelizującej, co było konsekwencją wprowadzenia do systemu prawa art. 168b k.p.k.

5. Również zawartość normatywna art. 237a k.p.k., dotyczącego procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych zarządzanej na podstawie art. 237 § 1 i 2 k.p.k., stanowi *novum* w systemie prawnym. Należy mieć bowiem na uwadze, że przed jego nowelizacją, jeżeli w wyniku stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych uzyskano dowód popełnienia przestępstwa wymienionego w art. 237 § 3 k.p.k. (a więc przestępstwa, w stosunku do którego można było zarządzić omawianą kontrolę), popełnionego przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, ale innego niż objęte zarządzeniem kontroli, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na wykorzystanie takiego dowodu w postępowaniu karnym orzekał postanowieniem sąd, czyniąc to na wniosek prokuratora. Z wnioskiem takim prokurator mógł wystąpić do sądu w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia jej zakończenia. Z kolei sąd wydawał stosowne postanowienie w terminie 14 dni (art. 237a k.p.k. w pierwotnym brzmieniu).

Trzeba mieć jednocześnie na uwadze, że – zgodnie z nieobowiązującym już art. 237 § 8 k.p.k., który został uchylony z mocy art. 1 pkt 42 ustawy nowelizującej – wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych było dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego było możliwe zarządzenie takiej kontroli.

6. Porównanie poprzedniego stanu prawnego, w którym problematyka tzw. zgody następczej była normowana w poszczególnych ustawach regulujących funkcjonowanie służb (w odniesieniu do kontroli operacyjnej) i w art. 237a k.p.k. w pierwotnym brzmieniu (w odniesieniu do procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych), z obecnym stanem prawnym, w którym problematyka ta normowana jest w art. 168b k.p.k. (w odniesieniu do kontroli operacyjnej) i w znowelizowanym art. 237a k.p.k. (w odniesieniu do procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych), wiedzie do następujących wniosków.

7. Po pierwsze, w odniesieniu do kontroli operacyjnej zniesiono zasadę, iż wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania tej kontroli jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dozwolone stosowanie owej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot. W poprzednim stanie prawnym mieliśmy do czynienia z istotną limitacją, gdy idzie o wykorzystywanie dowodów

uzyskanych podczas stosowania kontroli operacyjnej. Mianowicie dowody takie mogły być wykorzystane tylko w tych postępowaniach karnych, które dotyczyły przestępstw upoważniających do zastosowania kontroli operacyjnej przez jakikolwiek uprawniony podmiot. Chodziło tu więc o przestępstwa określone, mniej lub bardziej szczegółowo, w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o SG, art. 36c ust. 1 u.k.s. (obecnie art. 118 ust. 1 ustawy o KAS), art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW, art. 27 ust. 1 ustawy o ABW, art. 31 ust. 1 ustawy o SKW, art. 17 ust. 1 ustawy o CBA. W wypadku innych przestępstw dowody uzyskane podczas stosowania kontroli operacyjnej nie mogły być wykorzystane. Sens takiego rozwiązania był dość oczywisty i sprowadzał się do zabezpieczenia przed obchodzeniem przedmiotowych ograniczeń odnoszących się do stosowania kontroli operacyjnej. Obejście owych ograniczeń byłoby wszak stosunkowo łatwe, gdyby z jednej strony istniały przepisy ograniczające stosowanie kontroli operacyjnej tylko w stosunku do określonych przestępstw, z drugiej zaś istniała możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej w sprawie o inne przestępstwa. W takim wypadku istniejące ograniczenia przedmiotowe stosowania kontroli operacyjnej byłyby w znacznej mierze iluzoryczne, gdyż „bocznymi drzwiami” byłoby możliwe wykorzystanie dowodów uzyskanych podczas stosowania takiej kontroli w sprawie o każde przestępstwo.

Powyższy problem ujawnia się szczególnie wyraźnie wówczas, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej uzyskuje się dowód popełnienia przestępstwa innego niż objęte kontrolą operacyjną. W poprzednim stanie prawnym – aby zagwarantować zasadę, iż wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dozwolone stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot – przyjęto art. 19 ust. 15c ustawy o Policji, art. 9e ust. 16c ustawy o SG, art. 36d ust. 1c u.k.s., art. 31 ust. 16c ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15c ustawy o ABW, art. 31 ust. 14c ustawy o SKW, art. 17 ust. 15c ustawy o CBA. Przepisy te dotyczyły sytuacji, kiedy to w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, ale innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę. W takiej sytuacji, zgodnie ze wskazanymi wyżej przepisami, można było wykorzystać ów dowód, ale pod dwoma zasadniczymi warunkami. Jednym z nich było to, że był to dowód popełnienia przestępstwa, w stosunku do którego można było zarządzić kontrolę operacyjną. Obecnie warunek ten został zniesiony. Nie przewiduje go wszak art. 168b k.p.k., który pozwala na wykorzystanie, uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej, dowodu popełnienia przez osobę, wobec której kontrola

operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnione przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej. Tym samym *de lege lata* możliwe jest wykorzystanie dowodu popełnienia każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, bez względu na to, czy przestępstwo takie upoważnia do zarządzenia kontroli operacyjnej.

Konsekwencją takiego ujęcia art. 168b k.p.k. jest brak zabezpieczenia przed obchodzeniem przedmiotowych ograniczeń odnoszących się do stosowania kontroli operacyjnej. *De lege lata* mamy do czynienia ze stanem prawnym, w którym z jednej strony istnieją przepisy ograniczające stosowanie kontroli operacyjnej tylko w odniesieniu do określonych przestępstw (art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o SG, art. 118 ust. 1 ustawy o KAS, art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW, art. 27 ust. 1 ustawy o ABW, art. 31 ust. 1 ustawy o SKW, art. 17 ust. 1 ustawy o CBA), z drugiej zaś zachodzi możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej w sprawie o każde przestępstwo ścigane z urzędu lub każde przestępstwo skarbowe. W takim stanie rzeczy ograniczenia przedmiotowe stosowania kontroli operacyjnej z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o SG, art. 118 ust. 1 ustawy o KAS, art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW, art. 27 ust. 1 ustawy o ABW, art. 31 ust. 1 ustawy o SKW, art. 17 ust. 1 ustawy o CBA stają się w znacznej mierze iluzoryczne, gdyż „bocznymi drzwiami” możliwe jest wykorzystanie dowodów uzyskanych podczas stosowania kontroli operacyjnej w sprawie o każde przestępstwo powszechne (za wyjątkiem przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego) i każde przestępstwo skarbowe¹⁶.

Analogicznie ma się rzecz w odniesieniu do procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. Przed zmianami wprowadzonymi ustawą nowelizującą wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania tej kontroli było – o czym już wspomiano – dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo, w stosunku do którego można było zarządzić omawianą kontrolę (wyraźnie stanowił o tym art. 237 § 8 k.p.k., który został uchylony z mocy art. 1 pkt 42 ustawy nowelizującej). Mieliśmy zatem do czynienia z istotnym ograniczeniem, gdy idzie o wykorzystywanie dowodów uzyskanych podczas stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów

¹⁶ Por. S. Brzozowski, *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, Palestra 2016, nr 6, s. 23–24; D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2016, komentarz do art. 168b, nb. 1; A. Sakowicz, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, komentarz do art. 168b, nb. 6.

telefonicznych. Było ono dopuszczalne tylko w odniesieniu do przestępstw skatalogowanych w art. 237 § 3 k.p.k. jako te, w stosunku do których można było zarządzić procesową kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych. W wypadku innych przestępstw dowody uzyskane podczas stosowania owej kontroli nie mogły być wykorzystane.

Aby zagwarantować tę zasadę w odniesieniu do sytuacji, gdy podczas stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych uzyskuje się dowód popełnienia przestępstwa innego niż objęte tą kontrolą, w poprzednim stanie prawnym przyjęto art. 237a k.p.k. Przepis ten dotyczył i dotyczy sytuacji, kiedy to w wyniku stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych uzyskano dowód popełnienia przestępstwa przez osobę, wobec której była stosowana kontrola, ale innego niż objęte zarządzeniem owej kontroli, albo popełnionego przez inną osobę. W takim wypadku, zgodnie z art. 237a k.p.k. w pierwotnym brzmieniu, można było wykorzystać ów dowód, ale pod dwoma zasadniczymi warunkami. Jednym z nich było to, że był to dowód popełnienia przestępstwa, w stosunku do którego można było zarządzić procesową kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych (tj. przestępstwa wymienionego w art. 237 § 3 k.p.k.). Obecnie warunek ten został zniesiony. Nie przewiduje go wszak art. 237a k.p.k. w aktualnym brzmieniu, który pozwala na wykorzystanie, uzyskanego w wyniku kontroli, dowodu popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli. Tym samym *de lege lata* możliwe jest wykorzystanie dowodu popełnienia każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, bez względu na to, czy przestępstwo takie upoważnia do zarządzenia procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych.

Skutkiem takiego ujęcia art. 237a k.p.k. jest brak zabezpieczenia przed obchodzeniem przedmiotowych ograniczeń odnoszących się do stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. *De lege lata* mamy do czynienia ze stanem prawnym, w którym z jednej strony istnieje przepis ograniczający stosowanie tej kontroli tylko w odniesieniu do określonych przestępstw (art. 237 § 3 k.p.k.), z drugiej zaś zachodzi możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli w sprawie o każde przestępstwo ścigane z urzędu lub każde przestępstwo skarbowe. W takim stanie rzeczy ograniczenia przedmiotowe stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych z art. 237 § 3 k.p.k. stają się w znacznej mierze iluzoryczne, gdyż „bocznymi drzwiami” możliwe jest wykorzystanie dowodów uzyskanych podczas stosowania kontroli w sprawie o każde przestępstwo powszechne

(za wyjątkiem przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego) i każde przestępstwo skarbowe¹⁷.

Opisany powyżej stan prawny, w tym dopuszczenie w art. 168b i art. 237a k.p.k. do wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w wyniku kontroli (operacyjnej albo procesowej), gdy dowód ten jest dowodem li tylko popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, bez żadnego dodatkowego dookreślenia czy też zawężenia, jawi się jako naruszający standard konstytucyjny. W szczególności należy mieć na uwadze, że art. 168b i art. 237a k.p.k. pozwalają na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów odnoszących się do każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub każdego przestępstwa skarbowego. To zaś nie tylko stoi w sprzeczności z przepisami normującymi podstawy zarządzenia kontroli, które zawężają czy też dookreślają katalog przestępstw upoważniających do takiego zarządzenia, ale przede wszystkim w sposób niezwykle szeroki upoważnia do ingerencji w prawo do prywatności, autonomię informacyjną, czy też wolność i tajemnicę komunikowania się. Do owej ingerencji może dojść wszak w wypadku jakichkolwiek przestępstw powszechnych ściganych z urzędu oraz jakichkolwiek przestępstw skarbowych, w tym nawet tych najbardziej błahych. W takiej sytuacji nie sposób mówić o istnieniu precyzyjnych podstaw prawnych, które upoważniają do niejawnego ingerencji w prawo do prywatności, wolność i tajemnicę komunikowania się oraz autonomię informacyjną. Brak ograniczeń, gdy idzie o wskazane przestępstwa i przestępstwa skarbowe, świadczy o tym, że kontrola (operacyjna albo procesowa) zostaje zrównana ze „zwykłą”, niewymagającą odrębnego i zawężającego unormowania, działalnością służb (tymczasem należy pamiętać, że „niejawna ingerencja w wolności i prawa, ma stanowić *ultima ratio*” – wyrok TK z 30 lipca 2014 r.¹⁸). Takie rozwiązanie nie odpowiada konstytucyjnym i konwencyjnym wymogom określoności i konkretności (precyzyjności) podstaw ingerencji w tajemnicę komunikowania się (prawo do prywatności). W doktrynie i orzecznictwie uznaje się, iż wymóg precyzyjności podstaw ingerencji w tajemnicę komunikowania się (prawo do prywatności) nakazuje w szczególności „określenie charakteru przestępstw, przy ściganiu których dopuszczalne jest zastosowanie tego środka”¹⁹, czego w wypadku art. 168b i art. 237a k.p.k. w istocie zabrakło.

¹⁷ Por. K. T. Boratyńska i A. Górski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, komentarz do art. 237a, nb. 1.

¹⁸ K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

¹⁹ L. Garlicki, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 545 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz.

Szczególną uwagę należy jednak zwrócić na ustalenia TK, poczynione w – wydanym w pełnym składzie – wyroku z 30 lipca 2014 r.²⁰ Otóż TK w odniesieniu do „niejawnego pozyskiwania przez władze publiczne informacji o jednostkach” stwierdził wprost, że „ustawa ma precyzować przedmiotowe przesłanki zarządzenia takich czynności”, co powinno przybrać postać zamkniętego i możliwie wąskiego katalogu poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki („Ustawodawca zobowiązany jest wobec tego zdefiniować zamknięty i możliwie wąski katalog poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki”). Przy czym kwestia wagi przestępstw, które uzasadniają analizowaną ingerencję w prawa i wolności jednostki, została jeszcze wyeksponowana w dalszych rozważaniach poczynionych w wyroku z 30 lipca 2014 r. Mianowicie TK podkreślił, że: „Niejawne pozyskiwanie informacji o jednostkach w demokratycznym państwie prawa, za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest dopuszczalne jedynie w celu zapobiegania poważnym przestępstwom, ich ścigania i wykrywania. (...) Ustalając katalog przestępstw, co do których dopuszczalne są czynności operacyjno-rozpoznawcze, ustawodawca nie może odrywać się od obiektywnie mierzalnej hierarchii dóbr, której wyraz daje Konstytucja. Nie może także abstrahować od uwarunkowań historycznych i społecznych, determinujących stopień zagrożenia, jakie niosą ze sobą poszczególne czyny w skali całego państwa. Nieuprawniona jest natomiast, zdaniem Trybunału, teza jakoby sama penalizacja jakiegось czynu w ustawach karnych, a nawet zobowiązanie do jego ścigania na mocy umów międzynarodowych, były wystarczającymi przesłankami uznania go za poważny w stopniu uzasadniającym dopuszczalność niejawnego pozyskiwania informacji i dowodów za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, które prowadzą do ingerencji w prywatność, tajemnicę komunikowania się czy autonomię informacyjną. Trybunał zwraca nadto uwagę na konieczność nieustannej weryfikacji katalogu takich przestępstw. Z biegiem czasu niektóre przestępstwa – uznawane dotąd za poważne zagrożenia – mogą zmieniać swoją kwalifikację. Katalog poważnych przestępstw, co do których może być dopuszczalne niejawne pozyskiwanie informacji o osobach przez organy państwa, musi być tym samym ciągle przez ustawodawcę aktualizowany. Przepisy regulujące niejawne pozyskiwanie informacji o jednostkach przez władze publiczne nie mogą ujmować przesłanek ich zarządzenia w sposób abstrakcyjny, w oderwaniu od rzeczywistego stopnia wywoływanego zagrożenia dla określonych dóbr w danej sprawie. Aby unormować przesłanki zarządzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, trzeba zatem precyzyjnie określić katalog poważnych przestępstw,

²⁰ K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

ale także wskazać dodatkowe okoliczności, umożliwiające niuansowanie zasadności tego rodzaju sposobu pozyskiwania informacji i dowodów w konkretnych sprawach, z uwzględnieniem m.in. ciężaru gatunkowego lub rozmiarów wyrządzonej szkody”.

Gdy weźmie się pod uwagę powyższe wypowiedzi, to staje się oczywiste, że art. 168b i art. 237a k.p.k., pozwalające na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów odnoszących się do każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub każdego przestępstwa skarbowego, nie spełniają standardu konstytucyjnego. Nie sposób bowiem twierdzić, że wskazanie na wszystkie przestępstwa powszechne ścigane z urzędu oraz wszystkie przestępstwa skarbowe to, jak chce tego TK, skonstruowanie zamkniętego i możliwie wąskiego katalogu poważnych przestępstw. Wręcz przeciwnie, sformułowanie art. 168b i art. 237a k.p.k. pozwala na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów odnoszących się w zasadzie do wszystkich przestępstw, jakie istnieją w polskim prawie karnym, bez względu na ich wagę. Jedynym ograniczeniem jest wszak to, żeby przestępstwa powszechne były ścigane z urzędu, co na gruncie Kodeksu karnego wyłącza tylko ścigane z oskarżenia prywatnego: naruszenie czynności narządu ciała lub spowodowanie rozstroju zdrowia trwające nie dłużej niż 7 dni, co jednak nie dotyczy sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest osoba najbliższa zamieszkująca wspólnie ze sprawcą (art. 157 § 4 k.k.), zniesławienie (art. 212 § 4 k.k.), znieważenie (art. 216 § 5 k.k.) i naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 § 3 k.k.). Takie ograniczenie trudno zaś uznać za mające większe znaczenie i redukujące ingerencję w sferę prywatności, autonomii informacyjnej oraz wolność i tajemnicę komunikowania się do „możliwie wąskiego katalogu poważnych przestępstw”. Dość wskazać, że taka ingerencja jest *de lege lata* możliwa przy przestępstwie np. prowadzenia pojazdu mechanicznego na drodze publicznej, w strefie zamieszkania lub w strefie ruchu, nie stosując się do decyzji właściwego organu o cofnięciu uprawnienia do kierowania pojazdami (art. 180a k.k.), znieważenia funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej, podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych (art. 226 § 1 k.k.), czy każdej kradzieży objętej zakresem normowania art. 278 k.k., w tym jej wypadku mniejszej wagi (§ 3).

Powyższy stan prawny uchybia nie tylko wymogowi precyzyjnego i ścisłego określenia zakresu przedmiotowego kontroli operacyjnej oraz procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych, ale również narusza zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) w odniesieniu do ingerencji w prawa i wolności wynikające z art. 47 i art. 49 Konstytucji. *De lege lata* mamy wszak do czynienia z dopuszczalnością wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów (uzyskanych w wyniku kontroli) dotyczących w zasadzie wszystkich przestępstw, jakie istnieją w polskim prawie karnym, bez względu na ich wagę.

Tak szeroko określony zakres przedmiotowy kontroli operacyjnej oraz procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych rodzi ponadto niebezpieczeństwo pozyskiwania, gromadzenia, a następnie udostępniania informacji o obywatelach, które nie są niezbędne w demokratycznym państwie prawnym, czego zabrania art. 51 ust. 2 Konstytucji. Ową niezbędność należy tu odczytywać z uwzględnieniem skierowanego do ustawodawcy wymogu określenia zamkniętego i możliwe wąskiego katalogu poważnych przestępstw, uzasadniających omawianą ingerencję w status jednostki.

8. Po drugie, w poprzednim stanie prawnym tzw. zgodę następczą na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w wyniku prowadzenia kontroli operacyjnej lub procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych wyrażał wyłącznie sąd w drodze postanowienia, czyniąc to na wniosek prokuratora. Obecnie zaś, w myśl art. 168b i art. 237a k.p.k., zgodę taką wyraża prokurator.

Tymczasem należy mieć na uwadze, że konieczność sądowego nadzoru nad działalnością służb eksponowana jest w orzecznictwie ETPCz. Przyjmuje się, że „przepisy prawa muszą określać procedurę wydawania zgody na zastosowanie środków kontroli (...), zgoda ta musi mieć w zasadzie charakter uprzedni, a jej wydanie musi podlegać nadzorowi organu zewnętrznego. W zasadzie, organem tym powinien być sąd (...). (...) prawo nie może tworzyć sytuacji, gdy «jedyną władzą oceniającą uzyskiwane materiały pozostają służby specjalne» (...)”²¹. Jeszcze bardziej rygorystyczny w tym zakresie jest polski sąd konstytucyjny. W wyroku TK z 12 grudnia 2005 r.²², uznając że realizacja ograniczeń wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się powinna podlegać kontroli ze strony sądu, stwierdzono: „(...) w demokratycznym państwie prawnym ograniczenia w zakresie wolności i praw – znajdujące uzasadnienie w takich wartościach konstytucyjnych, jak bezpieczeństwo i porządek publiczny – powinny być poddane kontroli sądu. (...) Gwarancyjny charakter kontroli zewnętrznej (...) leży w niezależności i bezstronności organu sprawującego tę kontrolę”. Nieco mniej rygorystyczne stanowisko w omawianej kwestii wyraził TK w wyroku z 30 lipca 2014 r.²³, stwierdzając: „(...) w ustawie ma być uregulowana procedura zarządzania czynności operacyjno-rozpoznawczych, włączywszy w to powierzenie kompetencji do zarządzania tych czynności, a także badanie ich legalności przez zewnętrzny i niezależny od organów władzy wykonawczej podmiot, najlepiej przez sąd” oraz wskazując na wymóg w postaci kontroli „nad

²¹ L. Garlicki, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 545–546 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz.

²² K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132.

²³ K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

niejawnym pozyskiwaniem informacji o osobach przez niezależny od rządu organ państwa”. Najlepiej, żeby był to sąd, ale nie jest to – zdaniem TK – bezwzględnie konieczne.

Nawet gdyby przyjąć, że kompetencja do udzielania tzw. zgody następcej może być przyznana innemu organowi niż sąd, to organ ten – co bezsporne – musi charakteryzować się określonymi cechami. Mianowicie musi być organem zewnętrznym i niezależnym od organów władzy wykonawczej. Tymczasem prokurator nie spełnia tych cech w sytuacji, gdy naczelnym organem prokuratury jest Prokurator Generalny, który to urząd sprawuje Minister Sprawiedliwości (art. 1 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze²⁴), a więc organ władzy wykonawczej. Zwłaszcza, że Prokurator Generalny jest przełożonym prokuratorów powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury oraz prokuratorów Instytutu Pamięci Narodowej (art. 13 § 2 Prawa o prokuraturze), a każdy prokurator jest obowiązany wykonywać zarządzenia, wytyczne i polecenia prokuratora przełożonego (art. 7 § 2 Prawa o prokuraturze). Ponadto prokurator przełożony uprawniony jest do zmiany lub uchylenia decyzji prokuratora podległego (art. 8 § 1 Prawa o prokuraturze), a także może przejmować sprawy prowadzone przez prokuratorów podległych i wykonywać ich czynności (art. 9 § 2 Prawa o prokuraturze). Nie bez znaczenia jest również i to, że art. 168b i art. 237a k.p.k. stanowią ogólnie o prokuratorze, bez doprecyzowania o jakiego prokuratora chodzi²⁵. W konsekwencji tzw. zgody następcej może udzielić jakikolwiek prokurator, w tym sam Prokurator Generalny – Minister Sprawiedliwości. Warto przy tym pamiętać, że w orzecznictwie ETPCz, gdzie również eksponowano niezależność i zewnętrżność wobec władzy wykonawczej organu decydującego o inwigilacji, wyraźnie stwierdzono, że nie jest wystarczające, aby decyzję w tym zakresie podejmował prokurator, gdy pozostaje w zależności od władzy wykonawczej²⁶.

Konfrontacja przedstawionego standardu ingerencji w prawo do prywatności, wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się oraz autonomię informacyjną z treścią art. 168b i art. 237a k.p.k. w zakresie, w jakim przepisy te przewidują, że tzw. zgodę następczą na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w wyniku prowadzenia kontroli operacyjnej lub procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych wyraża prokurator, zdaje się

²⁴ Dz. U. poz. 177 ze zm.; dalej jako Prawo o prokuraturze.

²⁵ Zob. D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 168b, nb. 2; M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, red. D. Świecki, Warszawa 2016, komentarz do art. 168b, teza 7.

²⁶ Zob. orzeczenie ETPCz z 26 kwietnia 2007 r. w sprawie Dumitru Popescu przeciwko Rumunii, skarga nr 71525/01, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>.

nie pozostawiać wątpliwości, że mamy tu do czynienia z regulacjami niekonstytucyjnymi.

Należy jednak zastrzec, że nie idzie tu o niezgodność art. 237a k.p.k. z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji. O takiej niezgodności nie może być wszak mowy, gdy ustawa przewiduje sądową kontrolę tzw. zgody następczej prokuratora, co ma miejsce w wypadku procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. W myśl art. 240 k.p.k. na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych przysługuje zażalenie, a osoba, której dotyczy to postanowienie, może w zażaleniu domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Przy czym wskazany przepis *in fine* wyraźnie stanowi, że: „Zażalenie na postanowienie prokuratora rozpoznaje sąd”. Takie ujęcie art. 240 k.p.k. zdaje się nie pozostawiać wątpliwości, że na postanowienie prokuratora w przedmiocie tzw. zgody następczej przysługuje zażalenie do sądu. Trudno wszak zaprzeczyć, że postanowienie takie mieści się w – użytym w art. 240 k.p.k. – pojęciu „postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych” (w poprzednim stanie prawnym przyjmowano, że postanowienie sądu w przedmiocie tzw. zgody następczej podlega zaskarżeniu w trybie art. 240 k.p.k.²⁷). Omawiane zażalenie, zgodnie z regułą ogólną wyrażoną w art. 460 k.p.k., wnosi się w terminie 7 dni od daty ogłoszenia postanowienia. Należy jednak pamiętać, że art. 239 § 1 i 2 k.p.k. przewiduje możliwość odroczenia ogłoszenia postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy, na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy (w postępowaniu przygotowawczym – nie później niż do czasu zakończenia tego postępowania).

Z inną sytuacją mamy natomiast do czynienia w wypadku kontroli operacyjnej. Mianowicie w jej ramach nie przewidziano zaskarżalności tzw. zgody następczej prokuratora²⁸. To zaś oznacza naruszenie przez art. 168b k.p.k. standardu wynikającego z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

9. Po trzecie, w poprzednim stanie prawnym procedura udzielania tzw. zgody następczej miała swoje limitacje temporalne. Mianowicie, jak już była o tym mowa, w wypadku kontroli operacyjnej wnioski o udzielenie takiej zgody prokurator kierował do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, prze-

²⁷ Zob. np. S. Steinborn, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, LEX/el. 2016, komentarz do art. 240, teza 1; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2014, komentarz do art. 240, teza 1.

²⁸ Zob. D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 168b, nb. 2.

kazanych mu przez organ Policji (Straży Granicznej, Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, Żandarmerii Wojskowej, szefa ABW, szefa SKW, szefa CBA) niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli (zob. nieobowiązujące art. 19 ust. 15d ustawy o Policji, art. 9e ust. 16d ustawy o SG, art. 36d ust. 1d u.k.s., art. 31 ust. 16d ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15d ustawy o ABW, art. 31 ust. 14d ustawy o SKW, art. 17 ust. 15d ustawy o CBA). Z kolei sąd wydawał stosowne postanowienie w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora (zob. nieobowiązujące art. 19 ust. 15e ustawy o Policji, art. 9e ust. 16e ustawy o SG, art. 36d ust. 1e u.k.s., art. 31 ust. 16e ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15e ustawy o ABW, art. 31 ust. 14e ustawy o SKW, art. 17 ust. 15e ustawy o CBA). Analogicznie miała się rzecz w wypadku procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. Otóż, jak już wspomniano wcześniej, wniosek o udzielenie tzw. zgody następcej prokurator kierował do sądu w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia jej zakończenia. Z kolei sąd wydawał stosowne postanowienie w terminie 14 dni (art. 237a k.p.k. w pierwotnym brzmieniu). Istotne jest przy tym to, że dwumiesięczny termin na wystąpienie z wnioskiem o udzielenie tzw. zgody następcej był traktowany jako termin o charakterze stanowczym, co oznaczało, iż po jego upływie wystąpienie z owym wnioskiem nie było dopuszczalne. Spóźniony wniosek należało pozostawić bez rozpoznania²⁹. Dla porządku należy dodać, że z kolei czternastodniowy termin na wydanie przez sąd postanowienia był interpretowany jako termin instrukcyjny³⁰.

Obecnie zaś art. 168b i art. 237a k.p.k. nie przewidują żadnych ograniczeń czasowych odnoszących się do udzielania tzw. zgody następcej, stanowiąc ogólnie, że „prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym”. W związku z tym, jak zauważa się w doktrynie, „wyrażanie zgody następcej przez prokuratora nie jest ograniczone żadnym terminem, jak też nie przewidziano żadnych granic temporalnych wykorzystania i przechowywania uzyskanych informacji”³¹.

Tymczasem, jak przyjmuje TK, „jednostka na podstawie przepisu ustawy powinna wiedzieć, kto oraz w jakim zakresie (...) czasowym jest uprawniony do niejawnego ingerencji w szeroko rozumianą sferę prywatności”, a „ustawa musi precyzyjnie wskazywać zakres wykorzystania danych pozyskanych w toku

²⁹ Zob. np. S. Steinborn, [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 237a, teza 4 wraz z przywołaną tam literaturą.

³⁰ Zob. np. S. Steinborn, [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 237a, teza 5 wraz z przywołaną tam literaturą.

³¹ D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 168b, nb. 2. Zob. również S. Brzozowski, *Wykorzystywanie dowodów...*, s. 24–25.

czynności operacyjno-rozpoznawczych, a zwłaszcza wykorzystanie ich w procesie karnym jako materiałów dowodowych”³². Zdaniem TK: „(...) ustawa ma precyzować maksymalny czas prowadzenia niejawnych czynności, po upływie którego dalsze ich prowadzenie jest już niedopuszczalne (...) Termin ten ma określić ustawodawca tak, aby umożliwił osiągnięcie konstytucyjnie uzasadnionego celu. Nie może być to jednak termin ani nadmiernie długi, ani zbyt krótki, który nie pozwala na efektywną pracę operacyjno-rozpoznawczą. Ustawodawca musi mieć także na uwadze, że w demokratycznym państwie prawa nie jest dopuszczalne – nawet za zgodą sądu i w sytuacji podejrzenia popełnienia nawet poważnych przestępstw – prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych bezterminowo, choćby miało się to wiązać z bezpowrotną utratą dowodów”³³. Z kolei w orzecznictwie ETPCz kontestuje się takie systemy normatywne, gdzie nie ogranicza się „starości” przechowywanych informacji oraz okresu, przez który informacje mogą być przechowywane³⁴.

Przepisy art. 168b i art. 237a k.p.k. nie czynią zadość powyższemu standardowi ingerencji w prawo do prywatności, wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się oraz autonomię informacyjną. Wszak *de lege lata* prokurator w sposób nieograniczony czasowo może udzielić tzw. zgody następczej i podjąć w ten sposób decyzję o wykorzystaniu dowodu w postępowaniu karnym. To zaś implikuje nielimitowane temporalnie przechowywanie uzyskanych informacji oraz nielimitowaną temporalnie możliwość korzystania z nich. Należy przy tym pamiętać, na co już wskazywano, że ingerencja władzy publicznej w sferę prywatności i tajemnicy komunikowania się to nie tylko „pozyskanie przez władze publiczne danych o jednostce po raz pierwszy”, gdyż: „Ochrona prawa do prywatności i tajemnicy komunikowania się rozciąga się (...) na cały proces pozyskiwania, gromadzenia, przechowywania oraz przetwarzania (w tym analizowania i porównywania) informacji o jednostkach”³⁵. Zatem z ingerencją w prawo do prywatności czy też w autonomię informacyjną jednostki mamy do czynienia nie tylko wówczas, gdy służby pozyskują czy też udostępniają określone dane dotyczące jednostki, lecz również wtedy, gdy dane takie przechowują³⁶. Dlatego też nie powinno ulegać wątpliwości, że określony sposób postępowania z takimi przechowywanymi informacjami „należy do warunków istotnych, z punktu widzenia ochrony prawa do prywatności i autonomii informacji oraz wolności

³² Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

³³ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

³⁴ Zob. orzeczenie ETPCz z 4 maja 2000 r. w sprawie Rotaru przeciwko Rumunii, skarga nr 28341/95, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>.

³⁵ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

³⁶ Zob. np. wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64.

komunikowania się, a także zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa”³⁷.

10. Wszystkie poczynione wyżej rozważania upoważniają do wyrażenia daleko idących wątpliwości co do zgodności art. 168b i art. 237a k.p.k. z art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, jak również art. 168b k.p.k. z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

³⁷ Wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64.

THE INSTITUTION OF THE SO-CALLED EX POST FACTO
CONSENT AFTER THE AMENDMENT OF 11 MARCH 2016
IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL
AND CONVENTIONAL STANDARDS

The Act of 11 March 2016 amending the Code of Criminal Procedure and some other acts (Official Journal of Laws, item 437 as amended) introduced to the system of law Article 168b of the Code of Criminal Procedure and changed Article 237a of the Code of Criminal Procedure. These rules regulate the institution of the so-called ex post facto consent. The following paper analyzes Article 168b and Article 237a of the Code of Criminal Procedure in the light of standards stemming from the Constitution of the Republic of Poland and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This analysis first of all revealed that there are serious doubts as to the compatibility of Article 168b and Article 237a of the Code of Criminal Procedure with Article 47, Article 49, Article 51 (2) in conjunction with Article 31 (3) of the Constitution of the Republic of Poland.