

NAUKI PRAWNE / LEGAL SCIENCES**DANIEL SZMURŁO****UWAGI *DE LEGE LATA*
NA TLE STOSOWANIA ART. 168B K.P.K.****Uwagi wstępne**

Art. 168b Kodeksu postępowania karnego¹ (dalej: k.p.k.) wprowadzony został ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw² (dalej: ustawa zmieniająca). Ma on następującą treść normatywną: „Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym”. Należy zaznaczyć, iż jednocześnie dokonano nowelizacji art. 237a k.p.k., wprowadzając analogiczne zasady odnośnie do materiałów pochodzących z podsłuchu procesowego.

Art. 168b k.p.k. dotyczy zasad udzielania tzw. zgody następczej w przypadku kontroli operacyjnej stosowanej przez kompetentne służby państwowe w ramach prowadzonych przez nie działań operacyjno-rozpoznawczych. Do stosowania kontroli operacyjnej powołanych jest obecnie dziewięć „uprawnionych podmiotów” w rozumieniu art. 179 ust. 3 pkt 1a ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne³, tj.: Policja, Biuro Nadzoru Wewnętrzznego, Straż Graniczna, Służba Ochrony Państwa, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służba Kontroli Wywiadu Wojskowego, Żandarmeria Wojskowa, Centralne Biuro Antykorupcyjne i Krajowa Administracja Skarbowa. Zasady zarządzania kontroli operacyjnej określone są w odrębnych ustawach (dalej: ustawy kompetencyjne) regulujących

DANIEL SZMURŁO – Uczelnia Łazarskiego w Warszawie, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0959-9075>, e-mail: daniel.szmurlo77@gmail.com

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2021 r. poz. 534, ze zm.

² Dz.U. poz. 437.

³ Dz.U. z 2021 r. poz. 576 ze zm.

kompleksowo funkcjonowanie każdego z uprawnionych podmiotów. Posługując się przykładem Policji, jest to ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁴. Mimo oddzielnych ustaw dla każdej ze służb, kwestie kontroli operacyjnej uregulowane są w nich w sposób zbliżony, niekiedy mają identyczną treść normatywną.

Art. 168b k.p.k. obejmuje swoim zakresem eksces podmiotowy lub przedmiotowy występujący podczas stosowania kontroli operacyjnej, niekiedy nazywany „przypadkowymi znaleziskami”⁵ lub „materiałami wpadkowymi”⁶. Chodzi o sytuacje, w których podczas legalnie zarządzanej kontroli operacyjnej („kontrola pierwotna”), w sposób niezamierzony dochodzi do pozyskania dowodów wykraczających poza granice wyznaczone postanowieniem sądu, tj. dowodów dotyczących przestępstwa innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa dotyczącego innej osoby niż objęta postanowieniem sądu, na które wyrażana jest tzw. zgoda następcza („kontrola wtórna”). Ważne jest, iż w przypadku przekroczenia granic przedmiotowych, zakresem art. 168b k.p.k. – zgodnie z jego literalnym brzmieniem – objęte są nie tylko „przestępstwa katalogowe”, lecz wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu oraz przestępstwa skarbowe. Mowa jest zatem o wyjściu poza zakres zarządzanej kontroli operacyjnej oraz – w przypadku przekroczenia przedmiotowego – wyjściu poza ustawowe warunki zarządzenia kontroli operacyjnej. O wykorzystaniu w postępowaniu karnym tak pozyskanych dowodów decyzję podejmuje prokurator.

Wspomnieć należy, że wraz z wprowadzeniem do polskiego systemu prawnego art. 168b k.p.k. (mocą ustawy zmieniającej) jednocześnie uchylono art. 19 ust. 15a–e ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁷ i analogiczne przepisy pozostałych ustaw kompetencyjnych, dotyczących zgody następczej. Derogowane przepisy przewidywały w tym względzie znaczne ograniczenia, gdyż umożliwiały wydanie zgody następczej jedynie w przypadku, gdyby materiały wpadkowe, dotyczące przestępstw nieobjętych postanowieniem o zarządzeniu kontroli, odnosiły się do przestępstw katalogowych w szerokim ujęciu, tj. znajdowały się w ustawowym katalogu przestępstw jakiegokolwiek uprawnionego podmiotu, a nie tylko tego, na wniosek którego kontrola operacyjna została zarządzona. Pozwalało to na ograniczenie obchodzenia przepisów w zakresie przedmiotowych i podmiotowych ograniczeń stosowania kontroli operacyjnej⁸. Zgodnie z uchylonymi przepisami zgodę na wykorzystanie materiałów w postępowaniu karnym wydawał sąd w formie postanowienia. Ponadto czas na przekazanie zgromadzonych przez Policję materiałów prokuratorowi, jak i na złożenie przez prokuratora wniosku

⁴ Dz.U. z 2020 r. poz. 360 ze zm.

⁵ Zob. D. Czerwińska, *Problematyka zgody następczej na wykorzystanie tzw. przypadkowych znalezisk*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 4, s. 1.

⁶ Zob. Wniosek Prokuratora Generalnego z 31 lipca 2018 r. do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 6/18, <<https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%206/18>, s. 23>, dostęp: 24.06.2021.

⁷ Dz.U. 2015 poz. 355, t.j. z dnia 16.03.2015 r.

⁸ Zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. I: *Komentarz do art. 1–296*, Warszawa 2011, s. 1307–1309.

do sądu o zgodę na wykorzystanie materiałów, był ograniczony terminami⁹. Co istotne, były to terminy prekluzyjne o charakterze gwarancyjnym¹⁰.

Implementacja art. 168b k.p.k. spowodowała diametralną zmianę sytuacji. *De lege lata*, uwzględniając literalne brzmienie przepisu, możliwe jest zatem wprowadzanie niejako „bocznymi drzwiami” dowodów uzyskanych podczas stosowania kontroli w sprawie o każde przestępstwo, pomimo istnienia ograniczeń katalogowych przewidzianych przez ustawy kompetencyjne, tj. np. art. 19 ust. 1 ustawy o Policji¹¹.

Mając na uwadze powyższe, rysują się dwa problemy związane ze stosowaniem art. 168b k.p.k. Pierwszy dotyczy charakteru decyzji prokuratora. Drugi natomiast związany jest z przedmiotowym zakresem przepisu, tj. czy obejmuje on swoim zakresem wyłącznie przestępstwa katalogowe, czy też wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu, a także przestępstwa skarbowe? Oba te zagadnienia są istotne z punktu widzenia oceny konstytucyjności tego przepisu oraz możliwości jego prokonstytucyjnej wykładni.

Należy wyjaśnić, iż w niniejszym artykule termin „wykładnia prokonstytucyjna” będzie używany jako rodzaj wykładni przepisu przy uwzględnieniu norm konstytucyjnych, nie rozstrzygając, czy jest to „wykładnia prokonstytucyjna”, czy też „wykładnia w zgodzie z konstytucją”. W doktrynie istnieją kontrowersje odnośnie do zakresu znaczeniowego tych pojęć i niekiedy występują problemy z ich klasyfikacją¹². Przyjmuje się jednak, że „wykładnia prokonstytucyjna” jest pojęciem szerszym, a „wykładnia w zgodzie z konstytucją” stanowi jej podtyp¹³. Wykładnia w zgodzie z konstytucją to model wykładni posługujący się dyrektywą nakazującą przyjęcie rozumienia przepisu zgodnego z konstytucją lub odrzucenie rozumienia z nią sprzecznego. Prokonstytucyjna wykładnia to proces „nasączenia” regulacji prawnych wartościami konstytucyjnymi i konstytucyjną aksjologią¹⁴. Wykładnia prokonstytucyjna ma zatem na celu dopełnienie treści normatywnej¹⁵.

⁹ Zob. T.M. Miłkowski, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a prawa i wolności jednostki*, Warszawa 2020, s. 356.

¹⁰ Odnośnie do charakteru analogicznego terminu w art 237a k.p.k. w brzmieniu sprzed 15 kwietnia 2016 r. zob.: S. Steinborn, *kom. do art. 237a*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. J. Grajewskiego, L.K. Paprzyckiego, S. Steinborna, LEX 2016, teza 4; T. Grzegorzczak, *kom. do art. 237a*, w: *Kodeks postępowania karnego*, t. I: *Artykuły 1–467. Komentarz*, LEX 2014, teza 5.

¹¹ Por. P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następczej po nowelizacji z 11 marca 2016 r. w świetle standardów konstytucyjnych i konwencyjnych*, „*Studia Prawnicze*” 2017, nr 3, s. 89.

¹² Zob. P. Czarny, *Trybunał Konstytucyjny a wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją*, w: *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, pod red. S. Wronkowskiej, Kraków 2005, s. 214.

¹³ M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „*Palestra*” 2016, nr 4, s. 5–6 (zob. przypis nr 3).

¹⁴ Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 484.

¹⁵ Por. J. Karakulski, *Słów kilka o wykładni prawa w zgodzie z konstytucją z perspektywy derywacyjnej koncepcji jego wykładni*, w: *Problemy nauk prawnych*, t. 13, pod red. K. Pujer, Wrocław 2019, s. 11.

2. Charakter decyzji prokuratora w przedmiocie procesowego wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku stosowania kontroli operacyjnej

Odnosząc się do pierwszego z zagadnień, tj. charakteru decyzji prokuratora w przedmiocie wykorzystania dowodu w postępowaniu karnym, trudności powodowała interpretacja wyrażenia „prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie **wykorzystania** [podkr. D.Sz.] tego dowodu w postępowaniu karnym”. *Prima facie*, brzmienie art. 168b k.p.k. może sugerować, że to prokurator samodzielnie decyduje o wprowadzeniu do procesu materiałów zdobytych podczas kontroli operacyjnej. Jest to jednak wniosek ryzykowny, gdyż wynika z niego również związanie właściwego sądu decyzją prokuratora. Taka interpretacja budzi poważne zastrzeżenia konstytucyjne i konwencyjne, a także godzi w zasadę samodzielności jurysdykcyjnej sądu (art. 8 k.p.k.), zgodnie z którą sąd karny samodzielnie rozstrzyga zagadnienia faktyczne i prawne i nie jest w tym zakresie związany rozstrzygnięciami innego organu¹⁶. Stoi ona także w opozycji do art. 352 k.p.k. i 368 k.p.k. (regulujących rozstrzygnięcia w przedmiocie dowodów i wniosków dowodowych), a także do zasady kontradiktoryjności i równości broni¹⁷. Jest ona zatem trudna do przyjęcia z uwagi na sprzeczność z podstawowymi zasadami procesu karnego, czyniąc część norm jedynie zapisami blankietowymi i godząc w sprawiedliwość proceduralną.

Mimo podnoszonych wątpliwości co do tego aspektu, należy przychylić się do poglądu, że decyzję w przedmiocie wykorzystania dowodów na podstawie art. 168b k.p.k. prokurator może podjąć jedynie w fazie postępowania przygotowawczego¹⁸. Tylko bowiem na tym etapie prokurator występuje jako *dominus litis*. Z kolei na etapie postępowania sądowego to sąd decyduje o dopuszczeniu danego dowodu¹⁹.

Należy zgodzić się z Dobrosławą Szumiło-Kulczycką, że opierając się na zasadach samej wykładni językowej jesteśmy w stanie wyinterpretować znaczenie określenia „podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu”, które będzie zgodne z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.²⁰ (dalej: Konstytucja) i nie narusza ładu procedury karnej. W przepisach dotyczących wprowadzania materiałów dowodowych do procesu, np. we wspo-

¹⁶ Zob. D. Gruszecka, *kom. do art. 168b k.p.k.*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. J. Skorupki, Legalis 2020, teza 4 i powołana tam literatura.

¹⁷ Por. D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 10, s. 108–109. Zob. również postanowienie SN z 22 maja 2019 r., I KZP 2/19, OSP 2020, nr 3, s. 13. Zob. również M. Kurowski, *kom. do art. 168b k.p.k.*, w: *Kodeks postępowania karnego*, t. I: *Komentarz aktualizowany*, pod red. D. Świeckiego, LEX 2021, teza 9.

¹⁸ Zob. M. Rogalski, *Podstuch procesowy i pozaprocessowy. Kontrola i utrwalanie rozmów na podstawie kpk oraz ustaw szczególnych*, Warszawa 2019, s. 140 oraz powołane tam orzecznictwo i literatura.

¹⁹ K.T. Boratyńska, P. Czarnecki, A. Lach, *kom. do art. 237a k.p.k.*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. A. Sakowicza, Legalis 2020, teza 1.

²⁰ Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

mnianym wcześniej art. 352 k.p.k., ustawodawca posługuje się pojęciem decyzji o „dopuszczeniu dowodu” a nie „wykorzystaniu dowodu”, jak jest to w art. 168b k.p.k. Biorąc pod uwagę zasadę jednolitości znaczeniowej pojęć stosowanych w ramach jednego aktu prawnego, należy wyciągnąć wniosek, iż decyzja prokuratora o „wykorzystaniu dowodu” nie jest równoznaczna z decyzją o jego „dopuszczeniu”²¹. O dopuszczeniu dowodu na etapie postępowania sądowego decyduje sąd, na zasadach ogólnych stosując m.in. art. 170 §1 k.p.k. do oceny wniosku dowodowego, co uprawnia go do jego oddalenia, jeżeli np. dowód został zdobyty niezgodnie z prawem. Wykładnia celowościowa i funkcjonalna prowadzą do takiego samego rezultatu. Nie koliduje z nim także wykładnia systemowa (umieszczenie przepisu w dziale dotyczącym dowodów)²². Taka interpretacja przepisu nie powoduje zatem zastrzeżeń z punktu widzenia zgodności z przepisami Konstytucji ani art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²³ (dalej: EKPC), bowiem finalnie to organ sądowy będzie decydował o dopuszczeniu danego dowodu z kontroli operacyjnej, a nie prokurator, który jest organem podległym władzy wykonawczej²⁴.

Do tej pory mechanizm udzielania zgody następczej oddzielony był od sądu orzekającego w danej sprawie, co powoduje, że obecnie wyinterpretowane znaczenie art. 168b k.p.k. bywa krytykowane z uwagi na zapoznawanie się sądu *meriti* z materiałami, które mogą być później wykluczone z podstawy orzekania²⁵. Za słuszny należy jednak uznać pogląd, że paradoksalnie, rezygnacja z wydawania zgody następczej przez sąd i wprowadzenie decyzji prokuratora może nawet urealnić kontrolę przesłanek dopuszczalności użycia takich dowodów w postępowaniu karnym. Sąd, oceniając wniosek dowodowy prokuratora, dysponuje szerszym materiałem podlegającym badaniu, gdyż dzieje się to po złożeniu aktu oskarżenia. Ponadto w postępowaniu w przedmiocie wniosku prokuratora bierze udział również oskarżony, co umożliwi mu zajęcie stanowiska, z którym sąd będzie mógł się zapoznać. Sąd rozpatrujący wniosek nie będzie ponadto sugerował się wcześniejszym „przedsądem” sądu, który wydał zgodę (często sądu wyższego rzędu)²⁶.

²¹ Por. D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów...*, s. 111.

²² Zob. D. Gruszecka, *kom. do art. 168b k.p.k.*, w: *Kodeks postępowania karnego...*, teza 4. Zob. również J. Skorupka, *Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r.*, *IKZP 4/18*, OSP 2019, nr 1.

²³ *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.*, zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

²⁴ Wyrok ETPC z 26 kwietnia 2007 r. w sprawie Dumitru Popescu przeciwko Rumunii, § 71 uzasadnienia.

²⁵ D. Czerwińska, *Problematyka zgody następczej...*, s. 81 i 85.

²⁶ Por. D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów...*, s. 115.

3. Zakres przedmiotowy art. 168b k.p.k.

Co do rozumienia art. 168b k.p.k. w kontekście przedmiotowym, tj. znaczenia określenia „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego”, w doktrynie reprezentowane są trzy poglądy. Według pierwszego, stosując wykładnię prokonstytucyjną, pojęcie to obejmuje tylko przestępstwa katalogowe, czyli te, co do których możliwe jest zarządzanie kontroli operacyjnej przez sąd. Według drugiego poglądu, pojęcie to nie ogranicza się jedynie do przestępstw katalogowych, lecz stan taki wywołuje istotne wątpliwości co do konstytucyjności przepisu. Trzeci pogląd przyjmuje również interpretację szeroką, obejmującą przestępstwa niekatalogowe, lecz z tą różnicą, że rozwiązanie to nie jest uznawane za zgodne z Konstytucją²⁷.

Rozpocząć należy od poglądu najbardziej dyskusyjnego, jakim jest ostatni z trzech przedstawionych. Interpretacja ta nie zasługuje na aprobatę, gdyż w przypadku art. 168b k.p.k. istnieją poważne wątpliwości co do dochowania standardu konstytucyjnego przez ten przepis. Trzeba przypomnieć, iż zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014 r., K 23/11²⁸, standardy konstytucyjne dotyczące ingerencji w prawo do prywatności bądź tajemnicę komunikowania się stosuje się nie tylko na etapie zarządzania kontroli operacyjnej, lecz także na etapach późniejszych, związanych z przetwarzaniem tych danych, w tym udzielania tzw. zgody następczej²⁹. Mając to na uwadze, można stwierdzić, iż art. 168b k.p.k. narusza zasadę proporcjonalności w ograniczaniu praw i wolności konstytucyjnych (art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 Konstytucji) usankcjonowaną w art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz w art. 8 EKPC. Komentowany przepis dopuszcza bowiem zbyt szerokie spektrum przypadków, w których możliwe jest niejawnie gromadzenie danych o osobach, wykraczające poza to, które jest niezbędne w demokratycznym państwie prawnym, co prowadzi w konsekwencji do naruszenia istoty praw i wolności konstytucyjnych. Przepis ten nie spełnia ponadto wymagań co do precyzyjności i określoności przepisów ograniczających prawa i wolności obywatelskie, wywodzonych z art. 2 Konstytucji³⁰, a także znajdujących swoje źródło w art. 8 EKPC³¹. Kwestia ta podkreślana była w orzecznictwie trybunalskim, a w szczególności w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014 r.,

²⁷ Por. M. Rogalski, *Podstuch procesowy i pozaprocessowy...*, s. 144 oraz powołane tam przykłady przedstawicieli doktryny reprezentujących poszczególne poglądy. Zob. również: D. Karczmarska, *Dowody w znowelizowanej procedurze karnej – zagadnienia wybrane*, „Ius et Administratio. Zeszyty Naukowe WPiA Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2016, nr 3, s. 122; uchwała SN(7) z 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18, OSNKW 2018, nr 8, poz. 53.

²⁸ OTK-A 2014, nr 7, poz. 180.

²⁹ Zob. P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następczej...*, s. 83–84.

³⁰ M. Zubik, W. Sokolewicz, *kom. do art. 2, w: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2016², teza 31.

³¹ L. Garlicki, *kom. do art. 8, w: Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, pod red. L. Garlickiego, Legalis 2010, teza 10. Zob. również M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, w: Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, LEX 2017⁷.

K 23/11³². Zgodnie z wytycznymi Trybunału Konstytucyjnego sformułowanymi w powołanym wyroku, przepisy regulujące niejawnie pozyskiwanie informacji o jednostkach powinny precyzyjnie określać katalog (możliwie wąski) poważnych przestępstw uzasadniających stosowanie takich metod. Sama penalizacja jakiegoś czynu nie jest wystarczającą przesłanką do stosowania kontroli operacyjnej. Tymczasem art. 168b k.p.k. w obecnym kształcie obejmuje swoim zasięgiem w zasadzie wszystkie przestępstwa poza tymi ściganymi z oskarżenia prywatnego. Jest to bez wątpienia ujęcie zbyt szerokie, niespełniające powyższego wymagania jakościowego co do prawa. Konsekwencją tego jest nadmierna represyjność rozwiązania, a także naruszenie zasady lojalności państwa wobec obywateli (art. 2 Konstytucji i jej preambuła) oraz naruszenie standardu rzetelnego procesu karnego (art. 6 ust. 1 EKPC)³³.

Przyjmuje się, że zasada legalizmu nie jest wartością bezwzględną. Nie może ona uzasadniać totalnej inwigilacji, naruszania zasad procedury karnej, a także zasad prawnokonstytucyjnych. Argument ochrony interesu społecznego nie może uzasadniać zwalczania przestępczości wszelkimi możliwymi metodami³⁴. Należy przypomnieć pogląd Trybunału Konstytucyjnego mówiący, że „[...] bezpieczeństwo publiczne, jako dobro, które co do zasady usprawiedliwia ograniczenie korzystania z wolności obywatelskich, wymaga zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa [...]. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa w postaci prawnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności”³⁵.

Przepisy regulujące kontrolę operacyjną muszą zatem mieścić się w ramach demokratycznego państwa prawnego i spełniać warunek proporcjonalności w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji w odniesieniu do ingerencji w prawa i wolności wynikające z art. 47 (prawo do prywatności), art. 49 (tajemnica komunikowania się) lub art. 51 Konstytucji (autonomia informacyjna) – w przeciwnym razie same będą źródłem naruszeń praw i wolności³⁶. Zasada prawdy materialnej nie ma charakteru absolutnego i bezwarunkowego. Powinna ona

³² OTK-A 2014, nr 7, poz. 180, cz. III, pkt 5.3. Zob. także: Wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005/6, poz. 64; wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., K 8/04, OTK-A 2008/5, poz. 81; wyrok ETPC z 29 czerwca 2006 r., w sprawie Weber i Saravia przeciwko Niemcom, skarga nr 54934/00, § 93 uzasadnienia, LEX nr 282129; decyzja ETPC z dnia 5 kwietnia 2005 r. w sprawie Iordachi i inni przeciwko Mołdawii ETPC, skarga nr 25198/02, § 44 i 46 uzasadnienia, LEX nr 480411; wyrok ETPC z 2 września 2010 r. w sprawie Uzun przeciwko Niemcom, skarga nr 35623/05, § 69 uzasadnienia, LEX nr 599284.

³³ Por. K.T. Boratyńska, P. Czarnecki, M. Królikowski, *kom. do art. 168b*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. A. Sakowicza, Legalis 2018, teza 6.

³⁴ Zob. postanowienie SN z 19.03.2014 r., II KK 265/13, OSNKW 2014, z. 9, poz. 71 i powołane tam orzeczenia. Zob. również A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze, aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 346.

³⁵ Wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005/11, poz. 132, pkt 1.1.

³⁶ Zob. wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005/11, poz. 132; wyrok TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 180.

znajdować się w równowadze z innymi prawami i wolnościami jednostki i być limitowana gwarancjami procesowymi³⁷.

Mając na uwadze powyższe, podzielić należy argumenty Rzecznika Praw Obywatelskich podniesione we wniosku z 29 kwietnia 2016 r., w sprawie K 24/16, o stwierdzenie niezgodności art. 168b k.p.k. (oraz 237a k.p.k.) z art. 47, 49, 50, 51 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji³⁸. Rzecznik w swoim wniosku zakwestionował trzy aspekty przepisu: rozszerzenie zgody następczej na przestępstwa niekatalogowe; podejmowanie decyzji przez prokuratora, a nie przez sąd, a także brak określonego terminu na wyrażenie zgody następczej przez prokuratora. Wniosek nie zostanie jednak rozpatrzony z uwagi na jego cofnięcie przez Rzecznika i umorzenie postępowania w sprawie.

Komentowany przepis był przedmiotem wniosku także Prokuratora Generalnego z 31 lipca 2018 r. do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 6/18 o stwierdzenie niezgodności art. 168b k.p.k., rozumianego w ten sposób, że użyte w nim sformułowanie „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej” obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, z: wyrażoną w art. 1 Konstytucji zasadą dobra wspólnego, wywodzonymi z art. 2 Konstytucji zasadami zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz sprawiedliwości społecznej w związku z preambułą Konstytucji, art. 5 Konstytucji, wyrażoną w art. 7 Konstytucji zasadą legalizmu, art. 31 ust. 1 i 2 zd. 1, art. 45 ust. 1, art. 82 i art. 83 Konstytucji. Wniosek Prokuratora Generalnego był wynikiem prokonstytucyjnej, zawężającej jedynie do przestępstw katalogowych, wykładni art. 168b k.p.k., dokonanej przez Sąd Najwyższy w uchwale SN (7) z 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18³⁹. Argumentacja powyższego wniosku w zakresie zgodności z Konstytucją art. 168b k.p.k. w rozumieniu nieograniczającym się do przestępstw katalogowych poddana została w doktrynie słusznej krytyce⁴⁰. Prokurator Generalny powołał w swym wniosku również szereg argumentów dotyczących braku możliwości kontroli konstytucyjności przepisów przez sądy powszechne w ramach dokonywania prokonstytucyjnej wykładni przepisów prawa⁴¹. Postępowanie w niniejszej sprawie zostało umorzone postanowieniem z dnia 15 lipca 2021 r..

Przechodząc do kolejnych poglądów w zakresie interpretacji art. 168b k.p.k., stwierdzić należy, iż na akceptację zasługuje pogląd drugi, tj. opowiadający się za szerokim rozumieniem art. 168b k.p.k., obejmującym swym zasięgiem także

³⁷ Por. R.A. Stefański, S. Zablocki, *kom. do art. 2 k.p.k.*, w: *Kodeks postępowania karnego*, t. I: *Komentarz do art. 1–166*, LEX 2017, teza 33.

³⁸ <<https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2024/16>>, dostęp: 27.06.2021.

³⁹ OSNKW 2018, nr 8, poz. 53.

⁴⁰ Zob. P. Daniluk, *Jeszcze raz o konstytucyjności art. 168b Kodeksu postępowania karnego (w związku z wnioskiem Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego)*, „Palestra” 2020, nr 12, s. 5–21.

⁴¹ Wniosek Prokuratora Generalnego z 31 lipca 2018 r. w sprawie K 6/18, s. 13–16.

przestępstwa niekatalogowe, co powoduje, iż przepis ten rodzi istotne zastrzeżenia co do jego zgodności z Konstytucją. Stanowisko to wynika z odrzucenia także poglądu pierwszego, dotyczącego możliwości prokonstytucyjnej wykładni art. 168b k.p.k., zawężającej jego stosowanie jedynie do przestępstw katalogowych.

Literalne brzmienie przepisu oraz wykładnia historyczna (usunięcie z ustaw kompetencyjnych zapisów ograniczających zgodę następczą do przestępstw katalogowych) daje jednoznaczny dowód co do intencjonalności działania prawodawcy oraz celu przepisu i sposobu jego rozumienia. Biorąc to pod uwagę, należy stanąć na stanowisku, że nie jest możliwa prokonstytucyjna (w tym przypadku zawężająca) wykładnia art. 168b k.p.k.

Kwestia dopuszczalności bezpośredniego stosowania Konstytucji oraz rozproszonej kontroli konstytucyjności jest obecnie akceptowana zarówno w orzecznictwie, jak i przez większość doktryny. Należy jednak wskazać na podnoszone w piśmiennictwie ryzyka z tym związane, co powinno skłaniać do wyważonego podejścia w tym zakresie. Akcentowana jest kwestia pośredniego wkraczania w kompetencje Trybunału Konstytucyjnego⁴². Problemem może być także potencjalna niejednolitość podejścia wykładniczego różnych sądów.

Wcześniejsze orzecznictwo wskazywało, że bezpośredniość stosowania Konstytucji nie jest równoznaczna z kompetencjami do kontroli konstytucyjności⁴³. Wykładnia prokonstytucyjna nie mogła prowadzić do zakwestionowania jednoznacznego wyniku wykładni językowej⁴⁴. Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że obowiązek wykładni prokonstytucyjnej materializuje się wówczas, gdy wykładnia przepisu nie daje jednoznacznego rezultatu⁴⁵. Dotyczyło to również odmowy stosowania przepisu. Zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji nie mogła bowiem powodować pomijania obowiązujących regulacji ustawowych⁴⁶. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 21 listopada 2019 r., II CO 108/19, stwierdził, że „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego oraz Sądu Najwyższego, sąd rozpoznający sprawę nie może odmówić zastosowania przepisu ustawy z powodu jej niezgodności z Konstytucją RP, a gdy poweźmie poważne wątpliwości w tym zakresie, powinien zwrócić się z odpowiednim pytaniem do Trybunału Konstytucyjnego”⁴⁷.

Ostatnio odnotowano znaczną zmianę podejścia w tym względzie i obecnie dominuje pogląd przeciwny. Współcześnie większość przedstawicieli doktryny oraz najwyższych organów orzeczniczych (TK, SN, NSA) odchodzi od zasady będącej kwintesencją koncepcji semantycznej, jaką jest *clara non sunt interpretanda* (postać antyinicjująca). Początkowo przekształciła się ona w formę antykontynuacyjną, jaką jest *interpretatio cessat in claris*. Ostatecznie wyewoluowała ona

⁴² Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności...*, s. 22–26.

⁴³ Wyrok TK z 31 stycznia 2001 r., P 4/99 OTK ZU nr 2001/1/5.

⁴⁴ Zob. L. Bosek M. Wild, *Kontrola Konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych*, Legalis 2014, cz. I, §3, p. II.5.

⁴⁵ Postanowienie TK z 5 listopada 2001 r., T 33/01, OTK-B nr 2002/1/47.

⁴⁶ Postanowienie TK z 22 marca 2000 r., P 12/98, OTK ZU nr 2000/2/67.

⁴⁷ LEX nr 2745534, teza 40 i powołane tam orzecznictwo. Odmienne: P. Jabłońska, *Konstytucyjne podstawy rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 11–12, s. 21–33 oraz powołana tam literatura i orzecznictwo.

w formę odzwierciedloną w paremii *omnia sunt interpretanda*, manifestowanej przez derywacyjną koncepcję wykładni przepisów, która obecnie jest jedną z wiodących. Polega ona na kontynuacji wykładni nawet w przypadku jednoznaczności językowej przepisu i zastosowaniu wszystkich dyrektyw wykładni, poczynając od językowej, a na funkcjonalnej kończąc, nawet jeżeli poprzednie dały jednoznaczny rezultat⁴⁸.

Przykładem powyższego podejścia może być szeroko komentowana uchwała Sądu Najwyższego (7) z 28 czerwca 2018 r., I KZP 41/18⁴⁹, opowiadająca się za możliwością dokonania prokonstytucyjnej wykładni art. 168b k.p.k. W wyroku powyższym SN, podważając jednoznaczny rezultat wykładni językowej i autentycznej, stwierdził, iż przepis ten ma zastosowanie jedynie do przestępstw katalogowych. Przykłady prokonstytucyjnej wykładni, zgodnej z tym orzeczeniem, znajdujemy również wśród przedstawicieli doktryny⁵⁰.

Niektóre kwestie zawarte w uzasadnieniu powyższej uchwały skłaniają do polemiki. Przykładem może być chociażby następujące stwierdzenie: „kolejnym zatem zauważeniem, które w oparciu o analizę historyczną zmian omawianej ustawy można poczynić, jest stwierdzenie, że gdyby racjonalny ustawodawca chciał rozszerzyć zakres kontroli operacyjnej przewidzianej ustawą o Policji, to uczyniłby to rozszerzając katalog z art. 19 ust. 1 lub widząc potrzebę totalnej inwigilacji, zniósłby go”. Nie sposób zgodzić się z tym stwierdzeniem. Dość oczywiste jest bowiem, że ustawodawca nie miał zamiaru rozszerzać katalog przestępstw umożliwiających zarządzenie kontroli pierwotnej ani tym bardziej likwidować go i wprowadzać „totalną inwigilację”. Gdyby miał taki zamiar, z pewnością by to uczynił w sposób bezpośredni. Nie zdecydował się na to jednak, gdyż stałoby to w jawnej sprzeczności chociażby z wytycznymi wyroku TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11, i powołanym tam orzecznictwem ETPC. Dość oczywiste jest, że celem wprowadzenia art. 168b k.p.k. było dokonanie zmian jedynie w obszarze kontroli wtórnej, tj. w zasadach udzielania zgody następczej – poprzez umożliwienie, w wyjątkowych przypadkach, procesowego wykorzystania dowodów wszystkich przestępstw ściganych z urzędu. Kontrola wtórna, w przeciwieństwie do kontroli pierwotnej, nie była wprost przedmiotem analogicznego orzecznictwa trybunalskiego, co zapewne dało, w mniemaniu ustawodawcy, przestrzeń do interpretacji. Poprzez wprowadzenie przedmiotowego przepisu ustawodawca podjął zatem nieudaną próbę zbalansowania zasady legalizmu

⁴⁸ Zob. M. Zieliński, *Wybrane zagadnienia wykładni prawa*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6, s. 6–8 oraz powołana tam literatura i orzecznictwo.

⁴⁹ OSNKW 2018, nr 8, poz. 53. Zob. również: Postanowienie SN z 28 marca 2018 r., I KZP 14/17, OSNKW 2018/6/42; postanowienie SN z 22 maja 2019 r., I KZP 2/19, OSP 2020, nr 3, s. 23.

⁵⁰ Zob. np.: J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym*, w: *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, pod red. T. Grzegorzycy, R. Olszewskiego, Warszawa 2017, s. 363; J. Skorupka, *Dowody nielegalne w procesie karnym...*, s. 4; Z. Niemczyk, *Nowy kształt kontroli operacyjnej po zmianach ustawy o Policji i Kodeksu postępowania karnego*, „Kwartalnik KSSiP” 2017, nr 2, s. 22–24.

i prawdy materialnej z zasadami gwarancyjnymi w zakresie ochrony prywatności, zaufania obywateli do państwa lub zasady sprawiedliwości proceduralnej⁵¹.

Przyjmuje się, że w przypadku konfliktu dyrektywy językowej i dyrektyw funkcjonalnych, pierwszeństwo powinny mieć dyrektywy funkcjonalne, jeżeli wykładnia językowa godzi w domniemanie racjonalności ustawodawcy. Prowadzi to do możliwości przyjęcia wykładni rozszerzającej lub zawężającej. Wiąże się to z „rolą naprawczą aksjologiczną” wykładni prawa⁵². Wskazuje się, że operacja taka nie jest jednak dopuszczalna, jeżeli np. przepis jednoznaczny językowo przyznaje danym podmiotom określone kompetencje⁵³. Mimo generalnej możliwości prokonstytucyjnej wykładni przepisów prawa przez sądy, powinna ona mieć swoje granice i być stosowana z ostrożnością.

Na tym gruncie rodzi się również naturalne pytanie, gdzie przebiega granica pomiędzy rozporoszoną kontrolą konstytucyjności a kompetencjami Trybunału Konstytucyjnego? Kiedy przepis „nadaje się” do rozproszonej kontroli konstytucyjności, a kiedy powinien być przedmiotem orzeczenia trybunalskiego? Próba szczegółowej odpowiedzi na to pytanie wykracza jednak poza ramy niniejszego artykułu.

Innym zauważanym problemem, podnoszonym przez doktrynę, wynikającym z ekstensywnej wykładni przepisów prawa przez sądy, jest przenikanie się kompetencji i zachwianie równowagi pomiędzy funkcjami ustawodawczymi a sądowniczymi⁵⁴. W przypadku art. 168b k.p.k. prokonstytucyjna wykładnia tego przepisu jest tak daleko posunięta, że można ją w wymiarze praktycznym zrównać z derogacją przepisu.

Mimo podzielenia poglądu co do niekonstytucyjności literalnego brzmienia art. 168b k.p.k., nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że szerokie rozumienie art. 168b k.p.k. (nieograniczającego go do przestępstw katalogowych) godzi w zakaz rozszerzającej wykładni przepisów ograniczających prawa i wolności obywatelskie⁵⁵, a ponadto „[...] podważałoby sens istnienia w ustawach regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze katalogu przestępstw, co do których jest możliwe ich zarządzenie, skoro i tak mogłyby być wprowadzone do postępowania karnego dowody dotyczące każdego innego przestępstwa”⁵⁶. Trudno jest w tym przypadku mówić o wykładni rozszerzającej, biorąc pod uwagę literalne brzmienie przepisu, wsparte wykładnią historyczną. Co do twierdzenia

⁵¹ Zob. J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.

⁵² Zob. M. Zieliński, *Wybrane zagadnienia wykładni...*, s. 10; A. Choduń, M. Zieliński, *Aspekty granic wykładni prawa*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Ryszarda Mastalskiego. Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*, pod red. W. Miemiec, Wrocław 2009.

⁵³ Por. M. Zieliński, *Wybrane zagadnienia wykładni...*, s. 9, za: Z. Radwański, M. Zieliński, *Stosowanie i wykładnia prawa cywilnego*, w: *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, pod red. M. Sáfjana, Warszawa 2007, s. 471–472; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008, s. 249–250.

⁵⁴ Zob. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, Kraków 2003, s. 303, (LEX: Rozdz. IV, pkt 2.3). Zob. również M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności...*, s. 6.

⁵⁵ Zob. Wyrok SA w Warszawie z dnia 13 czerwca 2016 r., II AKa 133/16, LEX nr 2171252.

⁵⁶ R.A. Stefański, *Dopuszczalność w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych w sposób nielegalny w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2018, nr 41, s. 369.

o podważaniu sensu istnienia katalogów przestępstw w ustawach kompetencyjnych w przypadku przyjęcia szerokiego rozumienia art. 168b k.p.k., jest to argument nietrafiony. Istnienie katalogu przestępstw dotyczy bowiem kontroli pierwotnej, tymczasem art. 168b k.p.k. odnosi się do kontroli wtórnej, tj. incydentalnie występujących dowodów wpadkowych. Mamy więc do czynienia z dwoma oddzielnymi porządkami i procedurami w ramach instytucji kontroli operacyjnej. Zasadą jest możliwość zarządzenia przez sąd kontroli pierwotnej wyłącznie co do przestępstw katalogowych – jest to rozwiązanie bezsprzecznie zgodne z Konstytucją i bardzo ograniczające uprawnienia służb w tym zakresie. Natomiast rzadkie przypadki związane z kwestiami wpadkowymi, zgodnie z intencją ustawodawcy, mają być spod tej reguły wyłączone w ramach wyjątku. Gdyby ustawy kompetencyjne były całkowicie pozbawione katalogów przestępstw, jak twierdzi cytowany autor, to wyjątek ten stałby się regułą, co kreowałoby diametralnie odmienną sytuację prawną⁵⁷.

Nie sposób zgodzić się także z opinią, że „Podkreślenie w art. 168b, że chodzi o wyniki «kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych», oznacza, że nie obejmuje dowodów uzyskanych z naruszeniem innych przepisów dotyczących zarządzenia tej kontroli, np. bez zgody sądu okręgowego. [...] Rację zatem ma Sąd Najwyższy, że: Użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie «innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej» obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji...”⁵⁸. Sformułowanie to należy rozumieć w ten sposób, że kontrola „pierwotna” musi zostać zarządzona legalnie, gdyż tylko wtedy może wystąpić przypadkowy eksces podmiotowy lub przedmiotowy w trakcie jej stosowania, powodując faktyczne rozszerzenie zakresu kontroli operacyjnej. Sformułowanie „kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu” oznacza więc tyle, że jest to warunek zastosowania tego przepisu, tj. że zalegalizowanie przekroczenia granic podmiotowych lub przedmiotowych jest możliwe tylko w przypadku legalnie zarządzanej „kontroli pierwotnej”. Jeżeli warunek ten nie jest spełniony – art. 168b k.p.k. nie może znaleźć zastosowania, gdyż od samego początku mamy do czynienia z kontrolą nieposiadającą przymiotu legalności. W takim przypadku przekroczenie granic kontroli nie jest nawet możliwe, gdyż jej granice w sposób legalny nie zostały w ogóle przez sąd zakreślone i działania takie są w całości bezprawne.

Należy zaakcentować jeszcze jeden argument skłaniający do opowiedzenia się za koniecznością stwierdzenia przez Trybunał Konstytucyjny niekonstytucyjności analizowanego przepisu. Wynik ekstensywnej wykładni art. 168b k.p.k. dokonywanej przez sądy powszechne, zmierzającej do uzyskania stanu zgodnego

⁵⁷ Podobnie: B. Gadecki, *Możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., IKZP 4/18, OSP 2019, nr 1, s. 4.*

⁵⁸ R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Komentarz do art. 168b, w: Kodeks postępowania karnego, t. II: Komentarz do art. 167–296, LEX 2019, teza 4.*

z Konstytucją, zawęża możliwość wydania zgody następczej jedynie co do przestępstw znajdujących się w katalogu jednej służby, tj. tej która występowała o zgodę pierwotną. Uchylony art. 19 ust. 15a ustawy o Policji (i analogiczne przepisy pozostałych ustaw kompetencyjnych) dopuszczały wydanie zgody następczej co do przestępstw katalogowych w szerokim znaczeniu, tj. każdego przestępstwa „w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez **jakikolwiek** [podkr. D.Sz.] uprawniony podmiot”. Była to regulacja spójna i jej zgodność z Konstytucją nie była kwestionowana. Stanowiła ona wyważony kompromis pomiędzy przestrzeganiem zasady legalizmu i prawdy materialnej a pozostałymi zasadami konstytucyjnymi o charakterze gwarancyjnym⁵⁹. Kontrola konstytucyjności art. 168b k.p.k. przez Trybunał Konstytucyjny mogłaby doprowadzić do jego ewentualnego uchylecia, a derogacja tej normy otworzyłaby drogę do wprowadzenia nowego przepisu zbliżonego do uchylonych art. 15a–e ustawy o Policji nie tylko w zakresie katalogu przestępstw, ale również w zakresie przywrócenia decyzji sądu o zgodzie na wykorzystanie materiałów oraz przywrócenia terminu na wystąpienie prokuratora z wnioskiem do sądu.

Mimo stosowania standardów konstytucyjnych do instytucji zgody następczej, nie sposób zgodzić się z Dorotą Czerwińską, że „Można wyobrazić sobie sytuację, w której wprawdzie kontrola operacyjna została przeprowadzona z zachowaniem wymogów przewidzianych prawem, jednak ujawnione w jej wyniku przestępstwo katalogowe było np. łatwo wykrywalne za pomocą mniej inwazyjnych metod śledczych. Co za tym idzie, nie będzie w jego przypadku spełniona zasada subsydiarności kontroli i wkroczenie w prywatność jednostki nie powinno być autoryzowane przez sąd, choćby dowód był istotny dla sprawy, a granic kontroli nie przekroczono umyślnie”⁶⁰. Stosowanie wprost przesłanki subsydiarności w przypadku „kontroli wtórnej” jest zbyt daleko posuniętym wnioskiem. Co prawda art. 168b k.p.k. odczytuje się przez pryzmat przepisów ustaw kompetencyjnych dotyczących zarządzania kontroli operacyjnej (np. art. 19 ust. 1 ustawy o Policji), jednak przepisów tych nie powinno się stosować wprost lecz odpowiednio. Zasada subsydiarności powinna być stosowana tylko do kontroli pierwotnej, tj. objętej postanowieniem sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej i powinna być przez sąd weryfikowana przed wydaniem postanowienia i przeprowadzeniem kontroli operacyjnej. Wówczas spełnia ona swoje ustawowe zadanie i pozostaje w zgodzie z *ratio legis* tego rozwiązania. Spełnienie warunku subsydiarności nie powinno być badane po zarządzeniu i przeprowadzeniu kontroli operacyjnej w ramach wydawania zgody następczej. Po pierwsze, zasada subsydiarności ma na celu ochronę jednostki przed środkami operacyjno-rozpoznawczymi bardziej intruzywnymi i promowaniem tych mniej ingerujących w prywatność. W przypadku już pozyskanych materiałów cel ten odpada, gdyż podsłuch operacyjny został zastosowany, więc już doszło do naruszenia tajemnicy telekomunikacyjnej i prawa do prywatności poprzez pozyskanie, zapoznanie się i weryfikację zgromadzonych materiałów. Stosowanie zatem zasady subsydiarności na etapie wydawania zgody

⁵⁹ Zob. D. Czerwińska, *Problematyka zgody następczej...*, s. 76.

⁶⁰ Tamże, s. 81.

następczej jawi się jako fikcja prawna i działanie pozorne. Po drugie, podejście takie wpływa negatywnie na szybkość działań operacyjno-rozpoznawczych, ich skuteczność i ekonomikę postępowania. Ponadto założyć należy, że przez okres wydawania zgody następczej materiały te nie byłyby niszczone, lecz nadal pozostawałyby w dyspozycji danego podmiotu, co i tak samo w sobie stanowi operację przetwarzania danych. Trzeba także pamiętać, że inne środki pracy operacyjno-rozpoznawczej stosowane przez służby, jak choćby obserwacja czy nawet przesłuchanie, są również środkami intruzywnymi z punktu widzenia prywatności jednostki i wywołują negatywne odczucia psychiczne osób im poddawanych. Może się zatem okazać, że po zastosowaniu wspomnianych środków będą one bezskuteczne, więc niezbędne będzie i tak sięgnięcie po posiadane już dowody pozyskane za pomocą kontroli operacyjnej. Skutkować to może podwójną ekspozycją inwigilowanych osób na działanie ze strony służb.

4. Podsumowanie

Na koniec należy wskazać, iż możliwość wykładni art. 168b k.p.k. w zakresie dwóch problematycznych kwestii kształtuje się odmiennie.

Jak wykazano, mimo podnoszonych wątpliwości, kwestia charakteru decyzji prokuratora może być rozwiązana na poziomie wykładni językowej i prowadzić do wyniku zgodnego z zasadami procesu karnego oraz standardami konstytucyjnymi i konwencyjnymi. Na podstawie art. 168b k.p.k. prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie *w y k o r z y s t a n i a* dowodów i może tego dokonać wyłącznie na etapie postępowania przygotowawczego. Decyzję w kwestii *d o p u s z c z e n i a* dowodów podejmuje natomiast sąd na etapie postępowania sądowego i jest w tej kwestii niezależny od decyzji prokuratora.

Odnosnie do określenia „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego”, użytego w art. 168b k.p.k., powoduje ono, że przepis rodzi poważne obawy co do jego konstytucyjności z uwagi na zbyt szeroki katalog przestępstw, jakich dotyczy. Pogląd ten jest podzielany przez zdecydowaną większość przedstawicieli doktryny oraz judykaturę. Mimo generalnej dopuszczalności prokonstytucyjnej wykładni i rozproszonej kontroli konstytucyjności, w przypadku analizowanego przepisu rodzi ona szereg wątpliwości. Rozwiązaniem „bezpieczniejszym” jest uchylenie art. 168b k.p.k. przez Trybunał Konstytucyjny. Dodatkowo otworzy to drogę do implementacji nowego przepisu, co umożliwi nie tylko jednoznaczne określenie katalogu przestępstw, lecz także ogólne uporządkowanie zasad udzielania zgody następczej i ich zbliżenie do modelu sprzed nowelizacji, która weszła w życie 15 kwietnia 2016 r.

BIBLIOGRAFIA

- Bosek L., Wild M., *Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych*, Legalis 2014.
- Choduń A., Zieliński M., *Aspekty granic wykładni prawa*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Ryszarda Mastalskiego. Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*, pod red. W. Miemiec, Wrocław 2009.
- Czarny P., *Trybunał Konstytucyjny a wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją*, w: *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, pod red. S. Wronkowskiej, Kraków 2005.
- Czerwińska D., *Problematyka zgody następczej na wykorzystanie tzw. przypadkowych znalezisk*, „Przeгляд Sądowy” 2019, nr 4.
- Daniluk P., *Instytucja tzw. zgody następczej po nowelizacji z 11 marca 2016 r. w świetle standardów konstytucyjnych i konwencyjnych*, „Studia Prawnicze” 2017, nr 3.
- Daniluk P., *Jeszcze raz o konstytucyjności art. 168b Kodeksu postępowania karnego (w związku z wnioskiem Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego)*, „Palestra” 2020, nr 12.
- Gadecki B., *Możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18, OSP 2019, nr 1.*
- Gutowski M., Kardas P., *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016, nr 4.
- Gutowski M., Kardas P., *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego, t. I: Komentarz do art. 1–296*, Warszawa 2011.
- Karakulski J., *Słów kilka o wykładni prawa w zgodzie z konstytucją z perspektywy derywacyjnej koncepcji jego wykładni*, w: *Problemy nauk prawnych*, t. 13, pod red. K. Pujer, Wrocław 2019.
- Karczmarska D., *Dowody w znowelizowanej procedurze karnej – zagadnienia wybrane*, „Ius et Administratio. Zeszyty Naukowe WPiA Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2016, nr 3.
- Kodeks postępowania karnego, t. I: Artykuły 1–467. Komentarz*, LEX 2014.
- Kodeks postępowania karnego, t. I: Komentarz aktualizowany*, pod red. D. Świeckiego, LEX 2021.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. A. Sakowicza, Legalis 2020.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red: J. Grajewskiego, L.K. Paprzyckiego, S. Steinborna, LEX 2016.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. J. Skorupki, Legalis 2020.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2016².
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, pod red. L. Garlickiego, Legalis 2010.
- Miłkowski T.M., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a prawa i wolności jednostki*, Warszawa 2020.
- Niemczyk Z., *Nowy kształt kontroli operacyjnej po zmianach ustawy o Policji i Kodeksu postępowania karnego*, „Kwartalnik KSSiP” 2017, nr 2.
- Nowicki M.A., *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, w: *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, LEX 2017⁷.
- Radwański Z., Zieliński M., *Stosowanie i wykładnia prawa cywilnego*, w: *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2007.
- Rogalski M., *Podstuch procesowy i pozaprocessowy. Kontrola i utrwalanie rozmów na podstawie kpk oraz ustaw szczególnych*, Warszawa 2019.
- Skorupka J., *Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18, OSP 2019, nr 1.*
- Skorupka J., *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.
- Skorupka J., *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym*, w: *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojeuskiej*, pod red. T. Grzegorzycy, R. Olszewskiego, Warszawa 2017.
- Stefański R.A., *Dopuszczalność w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych w sposób nielegalny w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 41.

- Stefański R.A., Zabłocki S., *kom. do art. 2 k.p.k.*, w: *Kodeks postępowania karnego*, t. I: *Komentarz do art. 1–166*, LEX 2017.
- Stefański R.A., Zabłocki S., *kom. do art. 168b*, w: *Kodeks postępowania karnego*, t. II: *Komentarz do art. 167–296*, LEX 2019.
- Szumilo-Kulczycka D., *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 10.
- Taracha A., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze, aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006.
- Tuleja P., *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, Kraków 2003.
- Zieliński M., *Wybrane zagadnienia wykładni prawa*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008.

**DE LEGE LATA COMMENTS
ON ART. 168B OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE**

SUMMARY

The article presents the issue of so-called “subsequent consent” for evidence obtained in the course of operating surveillance, and interpretation of Art. 168b of the Code of Criminal Procedure (CCP). The analysis covers, inter alia, the nature of the prosecutor’s decision on the use of evidence in criminal proceedings as well as the issue of meaning of expression “an offence prosecuted ex officio or a fiscal offence other than the offence, against which the control was directed” in the context of its constitutionality and the possibility of its pro-constitutional interpretation.

KEYWORDS: Article 168b of the Code of Criminal Procedure, evidence, operating surveillance, pro-constitutional interpretation, derivative interpretation