



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
X kadencja
Prezes Rady Ministrów
DSP.WPP.0640.52.2024

Warszawa, 23 grudnia 2024 r.

Pan
Szymon Hołownia
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowny Panie Marszałku,

przekazuję przyjęte przez Radę Ministrów stanowisko w sprawie poselskiego projektu ustawy

**- o zmianie ustawy - Kodeks postępowania
karnego (druk nr 410).**

Jednocześnie informuję, że Rada Ministrów upoważniła Ministra Sprawiedliwości do prezentowania stanowiska Rządu w tej sprawie w toku prac parlamentarnych.

Z poważaniem

Donald Tusk

/podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/

Stanowisko Rady Ministrów
w sprawie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks
postępowania karnego
(druk sejmowy nr 410)

1. Opiniowany projekt ustawy, złożony przez grupę posłów, dotyczy problematyki wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych nielegalnie, dowodów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej oraz dowodów uzyskanych w wyniku kontroli i utrwalenia rozmów telefonicznych.

2. Problematyka możliwości wykorzystywania w toku postępowania karnego dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa (dowodów nielegalnych) budzi szereg kontrowersji. Dla uniknięcia ewentualnych nieporozumień należy wskazać na wstępie, że wbrew potocznie stosowanej terminologii art. 168a Kodeksu postępowania karnego (dalej: „k.p.k.”) nie odnosi się do problematyki tzw. „owoców zatrutego drzewa”. Przepis ten reguluje zasady wykorzystania w procesie karanym dowodów uzyskanych wprost z naruszeniem prawa, tj. bezpośrednio nielegalnych.

W wyroku SN z dnia 2 lutego 2016 r. IV KK 346/15 wskazano, że *„Zgodnie z obowiązującą w polskim procesie karnym zasadą swobody dowodzenia w postępowaniu dowodowym dopuszczalne jest przeprowadzenie wszelkich czynności dowodowych, z wyjątkiem czynności objętych zakazem ich przeprowadzania. Artykuł 168a KPK w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw Dz.U. z 2013 r. poz. 1247, nie wprowadził zakazu wykorzystywania „owoców zatrutego drzewa”, gdyż dotyczył jedynie zakazu przeprowadzenia i wykorzystania dowodu bezpośrednio nielegalnego”.*

W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano, że *„Nie budzi wątpliwości, że w polskiej procedurze karnej nie obowiązuje reguła zakazu wykorzystywania w procesie „owoców zatrutego drzewa” (por. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 14 listopada 2006 r., V KK 52/06, z dnia 30 października 2013 r., II KK 139/13). Sformułował ją w 1939 r. Sędzia Sądu Najwyższego USA Felix Frankfurter*

w sprawie *Nardone przeciwko USA*. Zgodnie z nią dowody ujawnione dzięki dowodom bezpośrednio nielegalnym, jako „pośrednio skażone”, nie mogą być wykorzystane w postępowaniu sądowym (por. Z. Sobolewski, *Zasada „nemo se ipsum accusare tenetur” w polskim procesie karnym*, Lublin 1979, s. 170, Zb. Hołda, *Z problematyki gwarancji procesowych podejrzanego w świetle konstytucji USA*, *Annales UMCS, Sectio G*, Lublin 1983, s. 147). Oczywiście w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA wypracowano już kilka odstępstw od tej reguły (por. T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Toruń 1996, s. 170–180). Zwolennikiem wprowadzenia do polskiej procedury zakazu wykorzystywania w procesie karnym „owoców zatrutego drzewa” jest m.in. P. Lech, który proponuje wprowadzenie do KPK bezwzględnej podstawy odwoławczej oparcia orzeczenia na dowodach uzyskanych bezpośrednio lub pośrednio z naruszeniem ustawy (por. P. Lech, *Owoce zatrutego drzewa w procesie karnym. Dowody zdobyte nielegalnie*, *Palestra* 2012, Nr 3–4, s. 47).

Zgodnie z obowiązującą w polskim procesie karnym zasadą swobody dowodzenia, w postępowaniu dowodowym dopuszczalne jest przeprowadzenie wszelkich czynności dowodowych, za wyjątkiem czynności objętych wyraźnym zakazem ich przeprowadzania. Ustanowione w polskim procesie karnym zakazy dowodowe uznawane są za wyjątki od dopuszczalności podejmowania wszelkich czynności dowodowych. **Zdecydowana większość polskiej doktryny opowiada się za dopuszczalnością wykorzystania w postępowaniu karnym tzw. „dowodu pośrednio skażonego”, przez który rozumie się dowód uzyskany w wyniku przeprowadzenia innego dowodu – określanego jako tzw. dowód nielegalny.** Tzw. dowód nielegalny, niektórzy nazywają go dowodem wadliwym, to dowód obciążony jednym z uchybień proceduralnych powodujących niedopuszczalność jego wykorzystania w procesie karnym. Wskazane uchybienia proceduralne mogą dotyczyć sytuacji uzyskania dowodu z nielegalnego źródła (gdy dowodzenie było niedopuszczalne), bądź na skutek nielegalnego sposobu pozyskania i przeprowadzenia dowodu. Podkreśla się, że w myśl art. 2 § 1 KPK jednym z podstawowych założeń polskiej procedury karnej jest pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej, co przesądza na rzecz możliwości wykorzystywania

w procesie karnym „dowodów pośrednio skażonych”, w celu realizacji tego postulatu. Niektórzy wskazują przy tym, iż biorąc pod uwagę unormowania prawa międzynarodowego oraz kierując się wyrażoną w KPK zasadą lojalności (rzetelności) procesowej, należy wykluczyć tzw. „dowody pośrednio skażone”, które zostały uzyskane w wyniku tortur (por. M. Wąsek-Wiaderek, „Nemo se ipsum accusare tenetur” w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w: L. Gardocki, J. Godoń, M. Hudzik, L. Paprzycki (red.), *Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne*, Warszawa 2009, s. 196–197, wyrok z dnia 1 czerwca 2010 r. Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Gafgen przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, zam. M. Wąsek-Wiaderek, *Przegląd Orzecznictwa Europejskiego dotyczącego Spraw Karnych* 2010, nr 1–2, s. 17–21).

Obowiązujący aktualnie [między lipcem 2015 r., a kwietniem 2016 r. – przyp. RM] **art. 168a KPK również nie wprowadza zakazu wykorzystywania „owoców zatrutego drzewa”, gdyż dotyczy jedynie zakazu przeprowadzenia i wykorzystania dowodu bezpośrednio nielegalnego.** Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, cyt. „Przede wszystkim chodzi o wzgląd na aksjologię procesu karnego i (nadal) czołowe miejsce, które zajmuje w nim zasada prawdy naturalnej¹⁾. Stara to prawda, że te zakazy dowodowe, które przecież w sposób wymierny ograniczają możliwość dokonania ustaleń prawdziwych w procesie karnym, powinny być interpretowane w sposób możliwie ścisły” (cyt. A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres zakazu dowodowego obejmującego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego.*, *Palestra* 2014,

¹⁾ Uzupełniając wskazaną myśl SN należy zwrócić uwagę na znaczenie zasady prawdy w procesie karnym. Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny „prawda stanowi dobro uwzględnione w aksjologii Konstytucji. W myśl preambuły do tego aktu, prawda jest wartością uniwersalną” (wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r. SK 43/05) „pojęcie prawdy jest pojęciem normatywnym, a nie tylko czysto faktycznym. Widoczne to jest na tle samego brzmienia Konstytucji. Ustrojodawca w preambule Konstytucji uznaje prawdę za wartość uniwersalną, na której opiera się ustrój Rzeczypospolitej” (wyrok TK z dnia 12 września 2005 r. SK 13/05). W innym orzeczeniu TK, odwołując się do swojego wcześniejszego rozstrzygnięcia w sprawie SK 32/01 (z dnia 13 maja 2002 r. wyrok z dnia OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 31), stwierdził, że „Warto podkreślić, że w cytowanym wyroku Trybunał stwierdził także, że rozstrzygnięcie niezgodne z prawdą materialną nie odpowiada wymogom praworządności.” (wyrok TK z dnia 18 grudnia 2007 r. SK 54/05; wyrok TK z dnia 20 kwietnia 2017 r. K 10/15; wyrok TK z dnia 11 maja 2016 r. SK 16/14)

Nr 10, s. 105)''.

Również w toku prac nad nowelizacją pierwotnego brzmienia art. 168a k.p.k., co nastąpiło ustawą z dnia 11 marca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 437), Biuro Analiz Sejmowych wskazywało „*że przepis art. 168a k.p.k. nie dotyczy dowodów pośrednio nielegalnych. Przemawiają za tym co najmniej dwa argumenty, pierwszy, bardzo bliski projektodawcy, czyli względ na aksjologię procesu karnego i szczególne miejsce, które zajmuje w nim zasada prawdy materialnej. Drugi, nie mniej istotny, zakazy dowodowe jako instytucje ograniczające możliwość dowodzenia powinny być interpretowane w sposób możliwie ścisły*”²⁾.

3. Zdaniem Rady Ministrów dla oceny zakresu normowania projektowanego art. 168a k.p.k. istotne znaczenie ma stanowisko Sądu Najwyższego, a nie mniejszościowych przedstawicieli doktryny. W tym miejscu wypada przypomnieć pogląd wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13 kwietnia 1999 r., sygn. K 36/98, że „*Jednym z rudymentów zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa jest bowiem to, że obywatel może zakładać, że treści obowiązującego prawa są dokładnie takie, jak to zostało ustalone przez sądy, zwłaszcza gdy ustalenie to zostaje dokonane przez Sąd Najwyższy*”. Należy zatem przyjąć, że art. 168a k.p.k., ani obecnie, ani w wersji proponowanej w projekcie pod drukiem nr 410, nie dotyczy problematyki „owoców zatrutego drzewa”, tj. dowodu pośrednio skażonego.

4. Przechodząc do meritum zaproponowanych w projekcie zmian, zaznaczyć należy, że przepis art. 168a k.p.k. w jego aktualnym brzmieniu, ustalonym w 2016 r., spotkał się z szeroką krytyką. Rzecznik Praw Obywatelskich zarzucał, że przepis ten jest niezgodny z art. 42 ust. 2, art. 45 ust. 1, art. 47, art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 2, art. 7 i art. 40 Konstytucji RP, w związku z art. 3 i 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.³⁾ Posługiwanie się w szerokim zakresie dowodami uzyskanymi nielegalnie podważa, w ocenie RPO, prawo do sprawiedliwego

²⁾ Druk nr 207 – Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VIII kadencji.

³⁾ <https://trybunal.gov.pl/s/k-2716>

procesu. Procedura karna powinna bowiem być skonstruowana w taki sposób, aby gwarantowała sprawiedliwe rozpoznanie sprawy, a więc w poszanowaniu prawa, a także uprawnień stron i uczestników postępowania, a przede wszystkim ich prawa do podmiotowego traktowania. Art. 168a k.p.k., legitymizując działania niezgodne z prawem, jest w ocenie RPO niezgodny również z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, statuującym prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Jako skutek pośredni akceptacji bezprawnego pozyskiwania dowodów RPO wskazuje naruszenie art. 47, art. 51 ust. 2 i 4 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i przepisów EKPCz. Na koniec swoich rozważań RPO wskazywał, że istniejący stan rzeczy pozwala twierdzić, że art. 168a k.p.k. jest niezgodny także z art. 2 Konstytucji RP, w tym zwłaszcza z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.

5. Podobnie Krajowa Rada Sądownictwa (dalej: KRS) stała na stanowisku, że art. 168a k.p.k. w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437) jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 2, art. 174 i 178 ust. 1 i 2 Konstytucji w związku z art. 3 i art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2; Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm.) z uwagi na to, że wprowadzone przez tę ustawę rozwiązania prawne pozwolą na przyznanie waloru dowodu obciążającego strony procesu i czynienie w tym zakresie ustaleń faktycznych niekorzystnych dla stron na podstawie materiałów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 2015 r. poz. 1855 ze zm.).⁴⁾

6. Dodać można, że Trybunał Konstytucyjny nie rozpoznał merytorycznie zarzutów RPO i KRS (sprawy K 27/16 oraz K 30/16, rozpoznawane łącznie pod sygn. K 27/16).

⁴⁾ <https://trybunal.gov.pl/s/k-3016>

7. Z dużą rezerwą do art. 168a k.p.k. podchodzi również Sąd Najwyższy. Przykładowo w postanowieniu z dnia 9 lutego 2023 r., sygn. III KK 496/22, znalazło się stwierdzenie, że „Prokuratorowi powinno być wiadomym, że w procesie karnym nie działa zasada legalnej teorii dowodów i dowodem może być każde oświadczenie lub dokument, (obecnie uzyskany **niestety** nawet z naruszeniem prawa – por. art. 168a i b KPK), pod warunkiem, że nie został on pozyskany wbrew regułom określonym w innych przepisach KPK, np. z naruszeniem tajemnicy adwokackiej czy przy użyciu hipnozy.”

8. Wcześniej w toku prac nad nowelizacją art. 168a k.p.k. SN opiniując projekt zmiany tego przepisu wskazywał, że **„art. 168a k.p.k. został wprowadzony do kodeksu głównie z powodu zmiany art. 393 § 3 k.p.k. i dopuszczenia do procesu karnego wspomnianych dowodów prywatnych. Warto w tym miejscu przytoczyć fragment uzasadnienia nowelizacji, która wprowadziła art. 168a do k.p.k. (uzasadnienie do druku sejmowego nr 870, s. 9), albowiem zachowuje on aktualność. W uzasadnieniu podnoszono, że „Mając na uwadze świadomość ryzyka, jakie wiąże się z dopuszczeniem w proponowany sposób „dowodów prywatnych”, Komisja proponuje w sposób jasny ograniczyć możliwość wprowadzania do procesu dowodów, które zostały uzyskane z naruszeniem prawa, z tym że niedopuszczalność ich wykorzystania proponuje się ukonstytuować jedynie do tych spośród nich, które pozyskano dla celów postępowania karnego, za pomocą czynu zabronionego (nowy proj. art. 168a k.p.k.). Wykluczyć to musi możliwość instalowania na zlecenie strony procesowej podsłuchów, czy dokonywania przeszukania. Proponowany art. 168a k.p.k. będzie miał także i ten walor, że określi granice dopuszczalności wykorzystania dowodów zaprezentowanych przez oskarżyciela, co obecnie w ogóle nie jest w Kodeksie postępowania karnego uregulowane i co jest źródłem poważnych rozbieżności w piśmiennictwie prawniczym oraz judykaturze.”**”⁵⁾

⁵⁾ Druk nr 207 – Sejm Rzeczypospolitej Polskiej

9. Z przedstawionych powyżej wypowiedzi rysuje się zasadniczy zarzut, że art. 168a k.p.k. narusza konstytucyjną zasadę działania na podstawie prawa (art. 7), niweczy w znacznym zakresie skuteczność gwarancji proceduralnych stron, narusza zaufanie do państwa (wyprowadzane z art. 2 Konstytucji), a wręcz może zachęcać do łamania prawa. Nie powinno być tak, że sądy posługują się w swoim orzecznictwie zasadami: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (powołujący się na własny występki nie będzie wysłuchany), *ex iniuria ius non oritur* (z bezprawia nie wywodzi się prawo), czy *nemo potest commodum capere de iniuria sua propria* (nikt nie może czerpać korzyści z bezprawia, jakie sam popełnił), a jednocześnie wykorzystują dowody uzyskane z naruszeniem prawa, w zakresie wskazanym w art. 168a k.p.k.

10. Nadto, zgodnie z art. 51 ust. 4. Konstytucji RP, każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.

11. Odwołując się do stanowiska doktryny Sąd Najwyższy wskazywał, że „w polskiej procedurze karnej zakazy dowodowe wynikać muszą z określonych przepisów prawnych. Zakazy dowodowe określają wszelkiego rodzaju ograniczenia co do możliwości dowodzenia oraz wprowadzania i przeprowadzania dowodów, a także ich wykorzystania w procesie karnym (...). **Zgodnie z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP tylko w razie przeprowadzenia czynności dowodowych w sposób sprzeczny z ustawą informacje, a więc środki dowodowe, uzyskane w ich następstwie podlegają usunięciu**” (postanowienie SN z dnia 28 marca 2012 r., sygn. I KZP 25/11).

12. Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wskazując w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 września 2013 r. sygn. II AKa 249/13, że „Organy postępowania karnego nie mają całkowitej swobody w doborze i wykorzystaniu środków, metod i sposobów dowodzenia, gdyż działania te podlegają licznym konstytucyjnym i ustawowym ograniczeniom, a niektóre z nich są bezwzględnie zabronione (zakazane). Konstytucja RP wyraźnie przesądza, że czynności dowodowe ingerujące w wolności i prawa osobiste muszą

być konieczne (art. 31 ust. 3) oraz odbywać się w granicach zakreślonych przez przepisy KPK (art. 41 ust. 1; art. 49; art. 50). **Natomiast, w razie przeprowadzenia czynności dowodowych w sposób sprzeczny z ustawą, informacje, a więc środki dowodowe, uzyskane w ich następstwie, podlegają usunięciu (art. 51 ust. 4)''.**

13. W tym miejscu należy wskazać, że doktryna prawa konstytucyjnego nie wyklucza kategorycznie możliwości ograniczenia uprawnienia z art. 51 ust 4 Konstytucji RP w granicach wyznaczonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.⁶⁾ Podkreślić jednak należy, że art. 168a k.p.k. nie tyle to uprawnienie ogranicza, co całkowicie wyłącza.

14. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r. K 32/04 analizując uprawnienie z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP wskazał, że „Spod działania tego prawa nie są bynajmniej wyłączone informacje zebrane w drodze działalności operacyjnej” oraz że „na tle unormowań w art. 49 i art. 51 ust. 4 Konstytucji proporcjonalność wkroczenia ustawodawcy zwykłego będzie oceniana wedle kryteriów łagodniejszych – w pierwszym i surowszych – w drugim wypadku”

15. Z powyższych rozważań wynika, że obecna regulacja art. 168a k.p.k. jest nie do pogodzenia także z art. 51 ust 4 Konstytucji RP.

⁶⁾ W Komentarzu do art. 51 Konstytucji RP pod redakcją prof. Marka Safjana (Legalis) wskazano, że „chybione wydaje się również absolutyzowanie wskazanej zasady w odniesieniu do informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. TK uznaje, że o takich informacjach można mówić nie tylko wówczas, gdy uzyskiwanie danego rodzaju informacji jest w ogóle niedopuszczalne ale również wtedy, gdy informacji nie pozyskano na podstawie i w granicach przewidzianych wyraźnie w ustawie lub gdy ich pozyskanie nastąpiło niezgodnie z określoną procedurą (wyr. z 30.7.2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 80). (...) Bardziej przekonujące wydaje się odwołanie się do zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Specyfika omawianej gwarancji, fakt, że jest ona ściśle związana z istotą autonomii informacyjnej jednostki, nakazują bowiem przyjęcie, że "poświęcenie" wartości podlegających ochronie na podstawie art. 51 ust. 4 może nastąpić jedynie w przypadkach wyjątkowych. Z natury rzeczy dopuszczalność posługiwania się przez władze publiczne informacjami zebranymi w sposób sprzeczny z ustawą domaga się zaangażowania szczególnie istotnego interesu publicznego dla uczynienia zadość wymogom zasady proporcjonalności oraz ochrony istoty praw i wolności konstytucyjnych. Odwołanie się do wykładni literalnej art. 51 ust. 4 wydaje się zatem zbyt zbyteczne” (M. Safjan, L. Bosek (red.), Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, Warszawa 2016.

16. W opiniowanym projekcie proponuje się powrót do pierwotnej wersji tego przepisu ustalonego ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247) i w konsekwencji nadanie mu brzmienia, że „niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”.

17. Proponowany przepis nie może być traktowany jako tama dla legalnych czynności operacyjnych. Jak wskazuje się w orzecznictwie, aby dane zachowanie mogło być uznane za czyn zabroniony musi być zachowaniem bezprawnym⁷⁾. Okoliczności wyłączające bezprawność czynu określa się jako tzw. „kontratypy”. Jak wskazuje SN *„przepisy przewidujące możliwość przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych mają charakter kontratypowy (...). Oznacza to, że w ich braku zachowania funkcjonariuszy poszczególnych służb pozostawałyby bezprawne – tak, jak pozostają bezprawne zachowania detektywa stosującego takie właśnie środki, metody czy czynności”* (postanowienie SN z dnia 28 listopada 2013 r. I KZP 17/13).

18. Mając na uwadze przedstawione wyżej rozumienie art. 168a k.p.k. **należy uznać proponowaną jego redakcję za trafną**. W ten sposób zachowana zostaje równowaga między z jednej strony normami Konstytucji RP zawartymi w szczególności w jej art. 2, 42 ust. 2, 45 ust. 1 oraz 51 ust. 4, a z drugiej strony zasadą prawdy, która musi być realizowana w postępowaniu karnym. Przede wszystkim zaś przywrócenie pierwotnej redakcji tego przepisu usunie istotne wątpliwości konstytucyjne istniejące obecnie.

⁷⁾ Zachowanie zgodne z regułami, nawet jeśli prowadzi do zagrożenia bądź naruszenia dobra prawnego nie może być uznane za bezprawne (L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2002, s. 79–80). Jakkolwiek treść art. 9 § 2 KK odnosi się do przestępstw nieumyślnych to jednak bezprawność działania należy do istotnych cech każdego przestępstwa (...), chociaż cecha ta w definicji poszczególnych przestępstw nie jest zwykle przytaczana, wynika ona jednak z samego pojęcia przestępnego czynu” (postanowienie SN z 17 października 2002 r. IV KKN 634/99). „Zgodnie z zasadami odpowiedzialności karnej przestępstwem może być tylko takie zachowanie, które jest bezprawne” (postanowienie TK z dnia 27 marca 2007 r. Ts 3/07).

19. W tym miejscu można zauważyć, że nad potrzebą zmian przepisów Kodeksu postępowania karnego w tym zakresie pracuje obecnie również Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego (dalej: KKPK).

20. **Odnosnie do propozycji dotyczących art. 168b k.p.k.** projektodawca nie wyjaśnia jednoznacznie celu jaki stoi za wolą całkowitego uchylenia tego przepisu. Z uzasadnienia projektu można wnioskować, że chodzi o zmianę polegającą na oddaniu w ręce sądu decyzji o możliwości wykorzystania dowodów z kontroli operacyjnej lub procesowej w szerszym zakresie aniżeli wynika to z postanowienia o jej zastosowaniu. Nadto taka decyzja sądu mogłaby dotyczyć tylko tzw. przestępstw katalogowych wymienionych w art. 237 § 3 k.p.k.

21. Z tak założonym kierunkiem zmian należy się zgodzić. Jego realizacja wymaga jednak nie uchylenia, a zmiany art. 168b k.p.k.

22. Analizując art. 168b k.p.k., również wprowadzony w 2016 r., nie można pomijać wątpliwości konstytucyjnych, jakie przepis ten wzbudzał. Rzecznik Praw Obywatelskich w przeszłości zarzucił temu przepisowi niezgodność z art. 47, art. 49, art. 50, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP. Wniosek w tym przedmiocie, skierowany do Trybunału Konstytucyjnego, nie został jednak rozpoznany merytorycznie wobec jego cofnięcia (sygn. K 24/16)⁸⁾.

23. Z kolei Sąd Najwyższy, dokonując prokonstytucyjnej wykładni tego przepisu, wskazał że:

– „z pewnością też, nie do zaakceptowania jest pogląd, w ramach którego wskazuje się, że to prokurator miałby arbitralnie decydować o wykorzystaniu danego dowodu uzyskanego w wyniku wtórnej kontroli operacyjnej w toku całego procesu, a więc również w fazie sądowej. Nie ulega wątpliwości, że prokurator musi podjąć decyzję co do wykorzystania materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej – czy mogą one być wykorzystane w procesie i przedstawione sądowi wraz z aktem oskarżenia, czy też nie. Decyzji prokuratora w tym zakresie dotyczy ostatni fragment dyspozycji art. 168b KPK. Oczywistym natomiast musi

⁸⁾ <https://trybunal.gov.pl/s/k-2416>

pozostać, że na etapie postępowania jurysdykcyjnego, to wyłącznie sąd może podjąć decyzję o dopuszczeniu dowodu, a nie prokurator. Wynika to z elementarnej zasady rządzącej tym stadium procesu wyrażonej w art. 368 KPK. Gdyby zatem doszło do sytuacji, w której prokurator postąpiłby w tym zakresie niezgodnie z Kodeksem postępowania karnego, Konstytucją RP, czy ustawą o Policji, złożony przez niego wniosek i tak podlega kontroli sądu, który ma decydujące zdanie w kwestii dopuszczenia dowodu – art. 170 § 1 pkt 1 KPK. Kontrola ta obejmuje też wszystkie ustawowe przesłanki stosowania kontroli operacyjnej, co z istoty swej, stanowi pewną formę zgody następczej”. (uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18);

– „użyte w art. 168b KPK 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 6.4.1990 r. o Policji (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2067 ze zm.)” (uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18).

24. Mając powyższe na względzie, proponowane zmiany powinny zmierzać do wyartykułowania w przepisach art. 168b k.p.k. i art. 237–237a k.p.k. zasad, na które już uprzednio wskazał Sąd Najwyższy, a w szczególności tego, że dowód z kontroli operacyjnej jest dopuszczalny wyłącznie w stosunku do tzw. przestępstw katalogowych. Pożądane byłoby zatem wprowadzenie do art. 168b k.p.k. odpowiednika uchylonego art. 19 ust. 15a ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r. (Dz.U. z 2024. poz. 145), który stanowił, że „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 dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot”. W dalszej kolejności należałoby doprecyzować, że prokurator może podejmować decyzję o której mowa w art. 168b k.p.k. tylko w toku postępowania przygotowawczego, zaś na etapie

postępowania sądowego decyzja ta powinna zostać powierzona sądowi. Stosowne zmiany należy rozważyć również w Rozdziale 26 k.p.k. (w tym przywrócenie treści uchylonego art. 237 § 8 k.p.k.).

25. Kolejną kwestią, która nie znalazła uzasadnienia w opiniowanym projekcie jest ograniczenie podmiotowe wykorzystania dowodu uzyskanego w trakcie kontroli operacyjnej lub procesowej.

26. Obecnie, w razie uzyskania dowodu popełnienia przestępstwa katalogowego przez osobę wobec której kontrola jest stosowana, jak i przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej lub procesowej, istnieje możliwość wykorzystania dowodu z takiej kontroli wobec obu tych osób. Propozycja zawarta w projekcie wskazuje zaś na możliwość wykorzystania dowodu jedynie wobec osoby, co do której kontrola operacyjna była zarządzona. Takie ograniczenie podmiotowe nie zostało uzasadnione. Trudno wskazać na racje przemawiające za takim rozwiązaniem.

27. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że zmiany w obszarze art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. rzutują na przepisy innych ustaw, tj.:

- art. 115c ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2024 r. poz. 334; dalej: u.s.p.),
- art. 158b ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2024 r. poz. 390, dalej: u.p.o.p.).

28. W ustawach tych zawarto przepis wskazujący, że dowody uzyskane do celów postępowania karnego w trybie określonym w art. 168b, art. 237 lub art. 237a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego lub uzyskane w wyniku stosowania kontroli operacyjnej mogą zostać wykorzystane w postępowaniu dyscyplinarnym.

29. Jest oczywiste, że ewentualne uchylenie art. 168b k.p.k. będzie wymagało zmian wskazanych ustaw ustrojowych. Natomiast zmiana brzmienia art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. będzie wymagała analizy wpływu dokonanych zmian na te ustawy. Należy bowiem pamiętać, że odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów art. 168b, art. 237 lub art. 237a Kodeksu postępowania karnego

ma w tym wypadku charakter odesłania zewnętrznego i dynamicznego, charakteryzującego się tym, że ustawodawca nie sprecyzował wersji czasowej aktu prawnego, do którego następuje odwołanie (por. § 159 i 160 Zasad techniki prawodawczej – załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz.U. z 2016 r. poz. 283). Oznacza to, że odesłanie to dotyczy wskazanych przepisów Kodeksu postępowania karnego w brzmieniu, jakie każdorazowo, w czasie obowiązywania przepisu odsyłającego, będą one przybierać.

30. Analizując potrzebę zmian ustaw ustrojowych należy rozważyć również zasadność wprowadzenia odpowiedniego przepisu przejściowego.

31. Na zakończenie przedstawionych rozważań należy zwrócić uwagę na aspekt związany z prawem europejskim: w wyroku TSUE z dnia 17 stycznia 2019 r., w sprawie Dzivev i in., C-310/16, EU:C:2019:30, pkt 36 wskazano, że „podśluchy telefoniczne stanowią ingerencję w prawo do życia prywatnego, zapisane w art. 7 karty praw podstawowych. Taka ingerencja może być dopuszczalna zgodnie z art. 52 ust. 1 karty praw podstawowych, wyłącznie jeżeli została przewidziana ustawą oraz jeżeli przy poszanowaniu istotnej treści tego prawa i zasady proporcjonalności jest ona niezbędna i rzeczywiście odpowiada celom interesu ogólnego uznanym przez Unię (zob. podobnie wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 71, 73)”.

32. Propozycje zmian obejmujących wskazaną problematykę powinny niewątpliwie pozostawać w zgodzie z przepisami prawa europejskiego (art. 9 Konstytucji RP).

33. Jednocześnie zaznaczyć należy, że „pakiet” propozycji legislacyjnych, odnoszących się do kontroli operacyjnej, zawarty został w projekcie ustawy przygotowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego.

34. Zawarto w nim następujące propozycje legislacyjne:

„art. 168b otrzymuje brzmienie:

„Art. 168b. § 1. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej może nastąpić wyłącznie w postępowaniu karnym

w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony organ.

§ 2. 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 lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej bądź przestępstwa lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator w toku postępowania przygotowawczego wydaje postanowienie w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Postanowienie to powinno określać wobec jakiej osoby i co do jakich przestępstw dopuszcza się dowodowe wykorzystanie materiałów uzyskanych podczas stosowania kontroli operacyjnej.

§ 3. Osobę, której dotyczy postanowienie należy zawiadomić o jego treści przed zakończeniem postępowania przygotowawczego.”;

w art. 237:

a) § 4 otrzymuje brzmienie:

„§ 4. Kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne w stosunku do osoby, co do której istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub z grożącym przestępstwem.”,

b) § 8 otrzymuje brzmienie:

„§ 8. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli.”;

2) art. 237a otrzymuje brzmienie:

„Art. 237a. § 1. Jeżeli w wyniku kontroli i utrwalania rozmów, uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli bądź przestępstwa lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli, prokurator w toku postępowania przygotowawczego wydaje postanowienie w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Postanowienie to powinno określać wobec jakiej osoby i co do jakich przestępstw lub przestępstw skarbowych dopuszcza się dowodowe wykorzystanie tych materiałów. § 2. Osobę, której dotyczy postanowienie należy zawiadomić o jego treści, nie później niż do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego.”;

35. Dodatkowo KKPK proponuje przepis przejściowy, zgodnie z którym sprawach, w których przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy wniesiono akt oskarżenia, m.in. art. 168b i art. 237 k.p.k. stosuje się w brzmieniu dotychczasowym do czasu prawomocnego zakończenia postępowania.

36. W uzasadnieniu propozycji KKPK, dotyczących art. 168b k.p.k., wskazano, że *„W aktualnie zaprojektowanym kształcie normatywnym główne znaczenie znajdują następujące segmenty:*

- wyrażona w paragrafie 1 zasada dopuszczalności dowodowego wykorzystania z poszanowaniem reguły proporcjonalności,*
- określenie kompetencji prokuratora do wydania decyzji w formie postanowienia na etapie postępowania przygotowawczego, (co pozostaje w związku z regulacjami w ustawach kompetencyjnych, nakazującymi przekazanie materiałów operacyjnych w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego – właśnie prokuratorowi),*
- konkretyzacja treści decyzji o wykorzystaniu dowodowym z odwołaniem do gwarancyjnego wskazania jej zakresu podmiotowego i przedmiotowego,*

– wprowadzenie obowiązku zawiadomienia osoby, której dotyczy postanowienie o jego treści, z możliwością odroczenia jego realizacji, nie dłużej jednak niż do zakończenia postępowania przygotowawczego, tak by respektowane było prawo do obrony.

Wykorzystane na etapie postępowania przygotowawczego materiały z czynności operacyjnych będą następnie przedmiotem wniosku dowodowego oskarżyciela, w przypadku wniesienia aktu oskarżenia. O dopuszczeniu dowodu końcowo zdecyduje więc sąd orzekający, a prawidłowość jego decyzji będzie podlegała kontroli w toku instancyjnym”.

37. Uzasadniając zmiany w art. 237 i 237a k.p.k., KKPK wskazała, że „W art. 237 poza zmianą § 4 proponuje się przywrócenie treści § 8 przewidującego ograniczenie możliwości wykorzystania dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych wyłącznie do postępowania karnego w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli. (...) Przepis art. 237a k.p.k. został zmieniony przez art. 1 pkt 43 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. (Dz.U.2016.437) zmieniającej k.p.k. z dniem 15 kwietnia 2016 r. Wyeliminowano wtedy możliwość uzyskania zgody następcej sądu na wykorzystanie dowodowe materiałów zgromadzonych w toku stosowanej w trybie art. 237 k.p.k. kontroli procesowej i utrwalania rozmów, poza zakresem podmiotowym i przedmiotowym jej stosowania, wprowadzoną w 2011 roku. Obecnie proponuje się zmianę przepisu w sposób spójny z projektowaną regulacją art. 168b k.p.k. Decyzję o wykorzystaniu materiałów zgromadzonych poza zakresem podmiotowym i przedmiotowym pierwotnej decyzji sądu – pozostawiono w kompetencji prokuratora, ale jest to zrozumiałe przy uwzględnieniu, że ujawnienie dowodów popełnienia przestępstwa w tym trybie przed skierowaniem sprawy do sądu, będzie co do zasady wymagało przeprowadzenia postępowania przygotowawczego – co do innych czynów zabronionych osoby wskazanej w postanowieniu o zastosowaniu kontroli (nawet jeśli jest to podejrzany/osoba co do której istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa) lub też co do zupełnie innej osoby i ujawnionych jej karalnych zachowań. W analogiczny sposób jak przy regulacji z art. 168b –

zaprojektowano formę i treść decyzji, a także przewidziano możliwość odroczenia zawiadomienia osoby, której dotyczy postanowienie o jego treści, nie później niż do zakończenia postępowania przygotowawczego. Z kolei zakres dopuszczalności wykorzystania dowodowego materiałów z kontroli został jednoznacznie wyznaczony w przywracanej treści art. 237 § 8 k.p.k., zgodnie z regułą proporcjonalności, czyli może nastąpić wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest możliwe zarządzenie takiej kontroli. Końcowo o przeprowadzeniu dowodu z tych materiałów decydował będzie sąd w postępowaniu rozpoznawczym, a jego decyzja i ocena będzie podlegała kontroli w toku instancyjnym.”

38. Porównując propozycje zawarte w opiniowanym projekcie poselskim z propozycjami KKPK dotyczącymi art. 168b oraz art. 237 i 237a k.p.k., należy zdecydowanie opowiedzieć się za propozycjami przedstawionymi przez Komisję Kodyfikacyjną. Zawierają one spójny pakiet przepisów, a ich uzasadnienie jest przekonujące.

39. Podsumowując, **należy wyrazić akceptację dla proponowanej w opiniowanym projekcie poselskim zmiany art. 168a k.p.k. Natomiast propozycja uchylecia art. 168b k.p.k. oraz zmiany 237a k.p.k. wzbudza opisane powyżej wątpliwości.** Alternatywne rozwiązania, zawarte w projekcie przygotowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego, należy ocenić jako zasadne i przez to zasługujące na uwzględnienie

40. Mając powyższe na uwadze, Rada Ministrów wnosi o procedowanie poselskiego projektu ustawy łącznie z rządowym projektem ustawy, dotyczącym całościowej zmiany przepisów Kodeksu postępowania karnego, przygotowywanym na bazie projektu opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego wpisanym do wykazu prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów pod numerem UD153.