**Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego**

**Opinia w sprawie rozwiązań zawartych w senackim ustawy**

**o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 967)**

**dotyczących wprowadzania do postępowania karnego materiałów**

**stanowiących tajemnice związane z wykonywaniem zawodu i funkcji z art. 180 § 2 k.p.k.**

**uzyskanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych**

1. **Przedmiot opinii**

Pismem z dnia 8 lipca 2015 r. Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości zwróciła się do Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego o przedstawienie opinii w sprawie rozwiązań zawartych w projekcie ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 967) dotyczących wprowadzania do postępowania karnego materiałów stanowiących tajemnice związane z wykonywaniem zawodu i funkcji z art. 180 § 2 k.p.k., które zostały uzyskane w ramach zaprojektowanych procedur czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Rozwiązania mające być przedmiotem opinii zawarte są w proponowanych art. 19 ust. 15f-15i, art. 20ca i art. 20cb, które miałyby zostać dodane w ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 355 z późn. zm.). Projekt proponuje dodanie tożsamych unormowań w ustawie z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, ustawie z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, ustawie z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, ustawie z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego, ustawie z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym oraz ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej. W związku z tym, że propozycje zmian w poszczególnych ustawach są takie same, dla zachowania spójności wywodu przedmiotem analizy w opinii będą propozycje dotyczące ustawy o Policji. Uwagi ich dotyczące są aktualne również w odniesieniu do odpowiednich propozycji zmian w pozostałych ustawach objętych projektem.

Zaznaczyć należy, że z uwagi na zakres prośby Podsekretarza Stanu o wydanie opinii, koncentruje się ona na problematyce wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających tajemnicę zawodową i funkcyjną uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, a zatem jej przedmiotu nie stanowią pozostałe rozwiązania zawarte w projekcie ustawy. Braku uwag do pozostałych rozwiązań projektu nie należy zatem odczytywać jako akceptację Komisji Kodyfikacyjnej dla nich.

1. **Materiały zawierające informacje objęte tajemnicą zawodową uzyskane w wyniku kontroli operacyjnej**

Projekt ustawy zgodnie z wnioskami, jakie płyną z wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, proponuje wprowadzenie sądowej kontroli następczej materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, jeżeli zajdzie przypuszczenie, że mogą one zawierać informacje stanowiące tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 178 k.p.k. i art. 180 § 2 k.p.k. (proponowane art. 19 ust. 15f-15i ustawy o Policji). Propozycja jako taka nie nasuwa zastrzeżeń. Należy jednak podkreślić, że w ocenie Komisji Kodyfikacyjnej wyrok TK w sprawie 23/11 oraz projekt ustawy jeszcze pilniejszą czynią potrzebę kompleksowego uregulowania w kodeksie postępowania karnego problematyki dowodowego wykorzystywania w postępowaniu karnym materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, w tym skupienia tam unormowań o charakterze gwarancyjnym (zwłaszcza dotyczących przesłanki proporcjonalności), przy ograniczeniu regulacji w poszczególnych ustawach normujących czynności operacyjno-rozpoznawcze do kwestii kompetencyjnych i proceduralnych związanych z przeprowadzaniem kontroli operacyjnej. W konsekwencji należałoby zatem wprowadzić do kodeksu postępowania karnego, zamiast w poszczególnych ustawach regulujących kontrolę operacyjną, syntetyczną regulację określającą warunki wykorzystania uzyskanych w toku kontroli operacyjnej informacji objętych tajemnicą zawodową (np. po art. 226 k.p.k.). Przepis taki miałby zastosowanie już po wszczęciu postępowania karnego, na etapie dopuszczania dowodu z materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej. Pewne wątpliwości pojawiają się w odniesieniu do szczegółowych rozwiązań projektu.

W pierwszej kolejności trzeba tu wskazać, że wprawdzie Trybunał Konstytucyjny we wskazanym wyroku uznał, iż nie ma podstaw do wyłączenia – z uwagi na ochronę tajemnicy zawodowej – określonej grupy podmiotów spod kontroli operacyjnej, jednak niewątpliwie zgodne z duchem rozstrzygnięcia TK byłoby wprowadzenie przynajmniej częściowej uprzedniej kontroli dopuszczalności kontroli operacyjnej wobec osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej. Nie wymaga bowiem żadnego szerszego uzasadnienia, że już sama możliwość pozyskania informacji objętych tajemnicą zawodową przez funkcjonariuszy służb uprawnionych do kontroli operacyjnej, nawet przy braku możliwości ich procesowego wykorzystania, niesie za sobą spore niebezpieczeństwo nadużyć. Nie jest możliwe całkowite wyeliminowanie tego niebezpieczeństwa, gdyż pozyskanie tych informacji może być całkowicie przypadkowe i trudne do przewidzenia na etapie zarządzania kontroli operacyjnej. Wydaje się jednak pożądane wyeliminowanie przynajmniej tych sytuacji, kiedy służby zmierzałyby do pozyskania informacji objętych tajemnicą zawodową wbrew zakazom ją chroniącym lub z pominięciem ustawowych wymogów, od których uzależnione jest uzyskanie do tych informacji dostępu przez organ procesowy. Można to zaś uczynić poprzez wprowadzenie wymogu, aby sąd okręgowy rozstrzygający kwestię zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osoby wykonującej zawód, o którym mowa w art. 180 § 2 badał, czy spełnione są przesłanki określone w tym przepisie.

Uwagi szczegółowe do rozwiązań zawartych w art. 19 ust. 15f-15i ustawy o Policji przedstawiają się następująco:

1. Zasadnicze zastrzeżenia budzi zróżnicowanie przesłanek zawartych w art. 19 ust. 15f, gdyż w pkt 1 mowa jest o tym, że „materiały zawierają informacje”, zaś w pkt 2, że „materiały mogą zawierać informacje”. Jeżeli uwzględnić początkowy fragment tego przepisu wymagający przypuszczenia, uzyskujemy dwie odrębne przesłanki: „zachodzi przypuszczenie, że materiały zawierają informacje” oraz „zachodzi przypuszczenie, że materiały mogą zawierać informacje”. Powstaje zatem pytanie, czy między tymi sytuacjami jest rzeczywiście na tyle istotna różnica, że uzasadnia ona odmienne ujęcie tych przesłanek. W ocenie Komisji Kodyfikacyjnej różnicowanie tych przesłanek prowadzi do absurdu, a zatem brzmienie tych przepisów należałoby ujednolicić. Trzeba jednak też zwrócić uwagę, że analizowany przepis nie obejmuje trzeciej możliwej sytuacji, a mianowicie, gdy organ ma wątpliwości co do tego, czy materiały rzeczywiście zawierają informacje, o których mowa w art. 178 k.p.k. Nie zawsze bowiem organ prowadzący kontrolę operacyjną będzie miał podstawy, aby stwierdzić, że z dużym prawdopodobieństwem uzyskane materiały zawierają informacje stanowiące tajemnicę obrończą lub tajemnicę spowiedzi. Trudno zaś byłoby zaakceptować, że w razie jedynie przypuszczenia, że tak może być, należy zarządzić ich zniszczenie. Może to bowiem prowadzić do utraty istotnego materiału niezawierającego żadnych informacji objętych tajemnicą z art. 178 k.p.k. Skoro w analogicznej sytuacji w odniesieniu do informacji stanowiących tajemnice, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. należy wystąpić do sądu o wyrażenie zgody następczej na ich wykorzystanie, to tym bardziej w razie ewentualnych wątpliwości, czy uzyskane w wyniku kontroli materiały operacyjne stanowią tajemnicę obrończą lub tajemnicę spowiedzi, należałoby wystąpić do sądu o ich rozstrzygnięcie i zarządzenie ewentualnego zniszczenia lub stwierdzenie, że materiały te nie stanowią wskazanej tajemnicy. Możliwość zarządzenia przez Komendanta Głównego Policji, Komendanta CBŚP oraz komendanta wojewódzkiego zniszczenia materiałów powinna zaś być ograniczona do tych sytuacji, gdy istnieje duże prawdopodobieństwo, że zawierają informacje, o których mowa w art. 178 k.p.k. W konsekwencji otrzymamy trzy klarowne ścieżki procedowania: jeżeli organ uznaje, że materiały z dużym prawdopodobieństwem stanowią taką tajemnicę, zarządza ich zniszczenie zgodnie z art. 19 ust. 15f pkt 1, jeżeli uznaje, że nie stanowią, podejmuje działania w celu ich procesowej „konsumpcji” zgodnie z art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, zaś jeżeli ma wątpliwości co do charakteru tych materiałów, przekazuje je prokuratorowi, który zwraca się o ich rozstrzygnięcie do sądu okręgowego.
2. Przepisy art. 19 ust. 15f-15i pomijają tajemnicę mediatora, o której mowa w art. 178a k.p.k. Skoro jest to bezwarunkowy zakaz dowodowy, to materiały zawierające informacje stanowiące tę tajemnicę powinny zostać potraktowane analogicznie do materiałów zawierających tajemnice, o których mowa w art. 178 k.p.k. (z wyjątkiem wskazanym w art. 178a k.p.k. w zw. z art. 240 § 1 k.k.).
3. Zwrócić należy uwagę, że przepis art. 180 § 3 k.p.k. w zw. z art. 180 § 4 *a contrario* k.p.k. przewiduje bezwarunkowy zakaz dowodowy w odniesieniu do tajemnicy dziennikarskiej w zakresie tzw. anonimatu. Tym samym należałoby na gruncie projektowanych przepisów materiały zawierające takie informacje potraktować tak samo, jak materiały zawierające informacje wskazane w art. 178 k.p.k.
4. Z przepisów art. 19 ust. 15f-15h wydaje się wypływać założenie, że skoro w razie zaistnienia przypuszczenia, że materiały uzyskane w toku kontroli operacyjnej zawierają informacje stanowiące tajemnicę, o której mowa w art. 178 k.p.k. lub art. 180 § 2 k.p.k., należy je przekazać sądowi, to wyłącznie sąd jest uprawniony do ich odsłuchania. Kwestię tę należałoby unormować w sposób wyraźny, zwłaszcza że ma ona niebagatelne znaczenie gwarancyjne. W ten sposób minimalizuje się bowiem ryzyko, że organ przeprowadzający kontrolę operacyjną uzyska informacje stanowiące tajemnicę, o której mowa w art. 178 k.p.k. lub art. 180 § 2 k.p.k. i wykorzysta je pozaprocesowo, nawet jeżeli ostatecznie dojdzie do zniszczenia tych materiałów na podstawie decyzji sądu wydanej na podstawie art. 19 ust. 15h ustawy o Policji. Z art. 19 ust. 15f ustawy o Policji powinien zatem wynikać nakaz, aby właściwy organ w razie powzięcia przypuszczenia, że materiały uzyskane w toku kontroli operacyjnej zawierają informacje stanowiące tajemnicę, o której mowa w art. 178 k.p.k. lub art. 180 § 2 k.p.k., bez dalszego zapoznawania się z ich treścią dokonywał ich zniszczenia lub przekazywał je prokuratorowi w celu wystąpienia do sądu.
5. Przepis art. 19 ust. 15h nie określa żadnej przesłanki, jaką powinien kierować się sąd podejmując decyzję w przedmiocie dopuszczalności wykorzystania materiałów zawierających informacje stanowiące tajemnice określone w art. 180 § 2 k.p.k. Tymczasem spójność systemowa nakazuje, aby sąd kierował się tu takimi samymi przesłankami, jak określone w art. 180 § 2 k.p.k. Wprawdzie można byłoby taką regułę wyinterpretować, jednak zarówno wnioski wynikające z wyroku TK w sprawie 23/11, jak i potrzeba przejrzystości regulacji, której w przypadku czynności operacyjno-rozpoznawczych nigdy za wiele, wymagają uregulowania tej kwestii wprost. Standard konstytucyjny wyznaczany przez TK w zakresie ochrony tajemnicy zawodowej w procesie karnym prowadzi również do wniosku, że przepis art. 19 ust. 15h powinien również zawierać unormowania dotyczące kwestii jawności i zaskarżalności decyzji w przedmiocie wykorzystania materiałów zawierających tajemnicę zawodową, a więc decyzji tożsamej ze zwolnieniem z tajemnicy zawodowej na gruncie procesowym. Uwagi te jak w soczewce pokazują, że problematyka wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej powinna być unormowana w kodeksie postępowania karnego w odniesieniu do wykorzystania materiałów w konkretnym postępowaniu karnym.
6. Przepis art. 19 ust. 15h jest ujęty nieco nieporadnie. Lepsze wydaje się przeniesienie końcowego fragmentu na początek i nadanie mu brzmienia: „W terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora sąd wydaje postanowienie o stwierdzeniu dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów mogących zawierać informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, albo zarządza ich zniszczenie.”
7. Warto byłoby rozważyć wprowadzenie w art. 19 ust. 15i terminu, w jakim powinno zostać wykonane zarządzenie sądu o zniszczeniu informacji.
8. **Dane telekomunikacyjne i pocztowe zawierające informacje objęte tajemnicą zawodową**

Projektowany przepis art. 20ca ustawy o Policji przewiduje procedurę wystąpienia do sądu o wyrażenie zgody na wykorzystanie materiałów zawierających dane telekomunikacyjne lub pocztowe dotyczące bezpośrednio osoby wykonującej zawód lub funkcję, o której mowa w art. 180 § 2 k.p.k. (kontrola następcza). Z kolei art. 20cb ustawy o Policji przewiduje kontrolę uprzednią sądu, gdyż wymaga uzyskania zgody sądu okręgowego na pozyskanie danych telekomunikacyjnych i pocztowych dotyczących bezpośrednio osoby wykonującej zawód lub funkcję, o której mowa w art. 180 § 2 k.p.k. Rozwiązania te stanowią istotny krok w kierunku lepszej ochrony informacji stanowiących tajemnicę zawodową. Celem jest zabezpieczenie przed możliwością uzyskiwania i wykorzystywania danych telekomunikacyjnych i pocztowych oraz obchodzenia w ten sposób przepisów chroniących tajemnicę zawodową w procesie karnym. Z powyższych względów kierunek rozwiązań zasługuje na aprobatę, zwłaszcza wprowadzenie w art. 20cb kontroli uprzedniej.

Uwagi szczegółowe do rozwiązań zawartych w art. 20ca i art. 20cb ustawy o Policji przedstawiają się następująco:

1. Przepisy art. 20ca i art. 20cb powinny uwzględniać również tajemnicę mediatora, o której mowa w art. 178a k.p.k. Wprawdzie wąski zakres przedmiotowy tej tajemnicy powoduje, że nieczęsto będą nią objęte informacje stanowiące dane telekomunikacyjne lub dane pocztowe, ale nie można tego wykluczyć.
2. Wydaje się, że nie ma potrzeby, aby prokurator zgodnie z art. 20ca ust. 2 zawsze musiał zwracać się do sądu o wyrażenie zgody na wykorzystanie danych telekomunikacyjnych i danych pocztowych dotyczących osoby wykonującej zawód lub funkcję, o której mowa w art. 180 § 2 k.p.k. Jeżeli uzna on, iż brak jest podstaw do ich procesowego wykorzystania powinien mieć prawo do zarządzenia zniszczenia takich materiałów.
3. Przepisy art. 20ca ust 3 i art. 20cb ust. 1 powinny określać analogiczne przesłanki decyzji sądu, jak przesłanki określone w art. 180 § 2 k.p.k.
4. W przepisie art. 20ca ust. 3 dla lepszego ujęcia językowego tego przepisu należy przenieść końcowy fragment na początek i nadać mu brzmienie: „W terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora sąd okręgowy wydaje postanowienie o stwierdzeniu dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających dane, o których mowa w ust. 1 albo zarządza ich komisyjne i protokolarne zniszczenie.”
5. Przepis art. 20cb ust. 3 przewiduje wymóg wystąpienia do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na pozyskanie danych jednocześnie z wystąpieniem w wypadkach niecierpiących zwłoki do odpowiedniego podmiotu o przekazanie danych telekomunikacyjnych lub danych pocztowych. Ze względów gwarancyjnych powinien on również przewidywać sankcję uchybienia temu terminowi w postaci niedopuszczalności wykorzystania tych danych i obowiązku ich zniszczenia. Można to wprowadzić poprzez rozciągnięcie na tę sytuację przepisu art. 20cb ust. 5.
6. Przepis art. 20cb ust. 5 w sposób niepełny wskazuje sytuacje, kiedy należy zniszczyć uzyskane dane lub poinformować właściwy podmiot o braku zgody na ich przekazanie, gdyż wskazuje obejmuje sytuację, gdy nie zostało uwzględnione zażalenie Policji na decyzję sądu odmawiającą uwzględnienia wniosku złożonego w sytuacji niecierpiącej zwłoki. Tymczasem oczywistym jest, że tak samo powinna również przedstawiać się konsekwencja wydania przez sąd postanowienia o odmowie uwzględnienia wniosku, gdy Policja zażalenia na decyzję odmowną nie wniosła, gdyż nie ma przecież takiego obowiązku.
7. Przepis art. 20cb ust. 6 powinien przewidywać obowiązek zniszczenia uzyskanych danych nie tylko, gdy nie zawierają one informacji mających znaczenie dla postępowania karnego, ale również wtedy, gdy zawierają one informacje, których wykorzystanie jest niedopuszczalne z uwagi na bezwarunkowe zakazy dowodowe określone w art. 178 pkt 1, art. 178a i art. 180 § 3 w zw. z art. 180 § 4 *a contrario* k.p.k. Jest bowiem możliwe, że sąd wyrazi na podstawie art. 20cb ust. 1 zgodę na uzyskanie tych danych wobec adwokata, mediatora i dziennikarza, jednak następnie okaże się, że dane te zawierają informacje, na które rozciąga się bezwarunkowy zakaz dowodowy. W takim przypadku ich wykorzystanie jest niedopuszczalne, a zatem powinny one zostać zniszczone.
8. **Pozostałe uwagi**

Komisja Kodyfikacyjna uznała za uzasadnione zwrócenie uwagi na rozwiązanie zaproponowane w art. 20cc ustawy o Policji (oraz analogicznie w pozostałych ustawach objętych projektem), przewidujące mechanizm kontroli nad pozyskiwaniem danych telekomunikacyjnych i pocztowych. Proponuje się w nim, aby mechanizm ten polegał na okresowym (co 6 miesięcy) przekazywaniu do sądów okręgowych (lub SO w Warszawie) zbiorczych danych dotyczących liczby wniosków i pozyskanych danych wraz z informacją o rodzajach przestępstw, w związku z którymi pozyskiwano dane. Rodzi to zasadnicze wątpliwości. Po pierwsze, dane te będą „rozczłonkowane” między poszczególne sądu okręgowe, co będzie utrudniało całościowe spojrzenie na zakres wykorzystywania kompetencji do gromadzenia przedmiotowych danych przez Policję i inne służby. Po drugie, zakres tych informacji będzie pozwalał sądowi na stwierdzenie nieprawidłowości polegających jedynie na żądaniu danych telekomunikacyjnych poza zakresem przyznanych danym służbom kompetencji (w sprawach o przestępstwa, w których służba nie miała uprawnienia do żądania danych). Co prawda w ust. 3 tego przepisu przewidziano możliwość zapoznania się przez sąd z materiałami uzasadniającymi i uzyskanymi, ale po pierwsze, nie ma ani obowiązku sądu przeprowadzenia takiego badania, ani wytycznych, kiedy sąd miałby to robić, a wobec liczby wniosków, tego typu kontrola była bardzo wybiórcza i przypadkowa. Czyni to cały mechanizm kontroli iluzorycznym. Tymczasem, jak wynika z pkt 10.4.4 uzasadnienia wyroku w sprawie K 23/11, Trybunałowi Konstytucyjnemu chodziło o całkowicie odmienny mechanizm kontroli. Wskazał on też wyraźnie, że kontrola ta nie musi być sprawowana przez sądy.

Wydaje się również, że treść art. 14 projektu ustawy została ujęta w sposób zbyt szeroki, gdyż wynika z niego nakaz zniszczenia wszystkich materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej przed dniem wejścia w życie ustaw, a więc również takich, które zostały uzyskane w wyniku kontroli operacyjnej przeprowadzonej w sposób zgodny z ustawą i których wykorzystanie ma oparcie w odpowiedniej decyzji sądu. Wydaje się, że nie o taką konsekwencję powinno tu chodzić, a zwłaszcza stwarza to istotne niebezpieczeństwo dla ciągłości prowadzonej przez poszczególne służby kontroli operacyjnej.

1. **Wnioski**

Propozycje zawarte w opiniowanym projekcie ustawy dotyczące wprowadzania do postępowania karnego materiałów stanowiących tajemnice związane z wykonywaniem zawodu i funkcji z art. 180 § 2 k.p.k., uzyskanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych w przeważającym zakresie realizują standard konstytucyjny nakreślony przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, jednak wymagają szeregu szczegółowych poprawek wskazanych w treści opinii, tak aby wskazany standard konstytucyjny zrealizowany był w sposób pełny. Dotyczy to zwłaszcza potrzeby wyraźnego uregulowania przesłanek wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających informacje stanowiące tajemnicę zawodową i funkcyjną uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej.

opracował:

Sławomir Steinborn