



Katowice, dnia 2 czerwca 2024 r.

dr hab. prof. UŚ Jarosław Zagrodnik  
radca prawny

## Opinia

### Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji

### Krajowej Rady Radców Prawnych

**do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, przedstawionego w dniu 24 kwietnia 2024 r. Marszałkowi Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przez Klub Parlamentarny – Trzecia droga (druk nr 410)**

1. Przedmiotem niniejszej opinii są propozycje legislacyjne dotyczące trzech przepisów ustawy karnoprosesowej, mianowicie art. 168a, 168b i art. 237a KPK, w których zawarte są wysoce kontrowersyjne rozwiązania prawne, przewidujące dopuszczalność procesowego (dowodowego) wykorzystania dowodów skażonych (nielegalnych) wskutek ich uzyskania z naruszeniem przepisów postępowania lub w wyniku czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 k.k. (art. 168a KPK), dowodów pozyskanych poza podmiotowym lub przedmiotowym zakresem kontroli operacyjnej (art. 168b KPK) oraz dowodów uzyskanych poza podmiotowymi i przedmiotowymi granicami kontroli i utrwalania rozmów (art. 237a KPK).

2. Wymienione powyżej przepisy zawdzięczają swój obecny kształt zmianom wprowadzonym nowelizacją Kodeksu postępowania karnego z 11 marca 2016 r., przeforsowanym pod sztandarem odejścia od kontrydiktoryjności procesu sądowego i dążenia do zagwarantowania prawdy w procesie karnym. Na gruncie omawianych rozwiązań urzeczywistnienie tego dążenia, za cenę praworządności oraz konstytucyjnych praw i wolności jednostki, m.in. prawa do rzetelnego procesu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) czy prawa do wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się (art. 47 Konstytucji RP), polegało, najogólniej rzecz ujmując, na dopuszczeniu dowodowego wykorzystania w procesie karnym dowodów nielegalnych, w tym, *in genere*, uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 KK. W przypadku przepisu art. 168a KPK oznaczało to fundamentalną, pod względem kierunkowym, zmianę w porównaniu z pierwotnym uregulowaniem zawartym w tym przepisie, statuującym



zakaz przeprowadzenia i wykorzystania dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 KK. Tak pomyślany zakaz stanowił *sui generis* wentyl bezpieczeństwa w związku z rozszerzeniem możliwości wprowadzenia do procesu karnego dowodów prywatnych i zagwarantowaniem zwiększonej kontradiktoryjności procesu sądowego w ramach nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. (A.Lach, Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym, PiP 2014, nr 10, s. 43; *nota bene* odmienny zamysł legislacyjny wskazuje projektodawca w uzasadnieniu opiniowanego projektu). Miał służyć zabezpieczeniu procesu dowodowego przed napływaniem do niego dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa wyczerpującym znamiona czynu zabronionego. Obowiązujące rozwiązanie prawne zasadza się na diametralnie odmiennym założeniu, przewiduje bowiem co do zasady dopuszczalność wykorzystania w toku postępowania dowodowego w procesie karnym dowodów skażonych w wyniku ich uzyskania z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego określonego w art. 1 § 1 KK. Przyzwolenie to jest opatrzone zastrzeżeniem limitującym jego zakres, polegającym na wyłączeniu możliwości dowodowego wykorzystania dowodów skażonych w sposób określony w art. 168a KPK, jeżeli zostały pozyskane przez funkcjonariusza publicznego w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych lub gdy zostały przez kogokolwiek pozyskane w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. Abstrahując w niniejszej opinii od wątpliwości interpretacyjnych, jakie nasuwają się na tle przepisu art. 168 a KPK, wymagających sięgania do prokonwencyjnej i prokonstytucyjnej wykładni, można ograniczyć się do stwierdzenia, że nie do zaakceptowania jest otwarcie na gruncie zawartego w nim uregulowania furtki dla dowodowego wykorzystania dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego określonego art. 1 § 1 KK (innego niż zabójstwo, umyślne spowodowanie uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienie wolności), nawet gdyby furtkę tę – zgodnie z najliczniej reprezentowanym poglądem - uznać za otwartą wyłącznie dla podmiotów prywatnych (niebędących funkcjonariuszami publicznymi; projektodawca zdaje się nie dostrzegać tego zawężenia zakresu zastosowania art. 168a KPK, uznając, że pozwala on obecnie również tym ostatnim podmiotom gromadzić materiał dowodowy wbrew obowiązującemu prawu, co nie znajduje oparcia w prokonwencyjnej i prokonstytucyjnej wykładni powołanego przepisu). Drugi z wymienionych na początku przepisów, mianowicie art. 168b KPK, został wprowadzony w drodze powołanej już



nowelizacji ustawy karnoprocesowej z 1 marca 2016 r. Przewiduje on *sui generis* legalizację dowodów uzyskanych poza podmiotowymi i przedmiotowymi granicami kontroli operacyjnej. Opiera się ona na decyzji prokuratora o wykorzystaniu w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w wyniku takiej kontroli, zarządzanej na wniosek uprawnionego organu, dotyczącego popełnienia przez osobę, wobec której kontrola ta była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, a także dotyczącego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej. Z przedstawionym rozwiązaniem łączy się wyraźny regres ochrony prawnej przed ingerencją w sferę praw i wolności jednostki w drodze kontroli operacyjnej. Przed jego wprowadzeniem zgoda następcza, obejmująca wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego poza granicami kontroli operacyjnej, była – w oparciu o przepisy ustawy o Policji - obwarowana zastrzeżeniem, że dowód dotyczy popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, co do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była ona stosowana. Ponadto legitymowany do jej udzielenia, na wniosek prokuratora, był wyłącznie sąd. Zniesienie wyeksponowanych warunków zgody następczej spowodowało eliminację istotnych przeszkód w szerokim uznawaniu materiałów uzyskanych w drodze kontroli operacyjnej za dowody w postępowaniu karnym. W związku z przyznaniem w art. 168 b KPK prokuratorowi legitymacji do wydania decyzji zezwalającej na wykorzystanie w procesie karnym dowodów odnoszących się do innych przestępstw lub przestępstw skarbowych niż objęte pierwotną zgodą na zarządzenie kontroli operacyjnej ujawnia się w sposób jaskrawy dysonans między wskazanym rozwiązaniem i uregulowaniem kompetencji do zarządzenia kontroli operacyjnej, która jest zastrzeżona wyłącznie dla sądu (w tym duchu K.Sychta, Komentarz do art. 168b KPK (w) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2023, Lex). Podniesione wyżej zastrzeżenia natury gwarancyjnej dotyczące regulacji prawnej zawartej w art. 168b KPK pozostają aktualne również w przypadku uregulowania przewidzianego w art. 237a KPK, którego zmiana w drodze nowelizacji ustawy karnoprocesowej z 11 marca 2016 r. przyniosła oddanie prokuratorowi decyzji o wykorzystaniu w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego poza granicami zarządzonej przez sąd kontroli i utrwalania rozmów (procesowego podsłuchu telekomunikacyjnego) oraz stworzyła możliwość wykorzystania takiego dowodu także wówczas, gdy dotyczy on przestępstwa (ściganego z

urzędu) lub przestępstwa skarbowego, co do którego zarządzenie wskazanej kontroli nie jest możliwe lub przestępstwa (ściganego z urzędu) bądź przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż ta, która była objęta zarządzeniem kontroli i utrwalania rozmów.

3. Zarysowana powyżej diagnoza uregulowań prawnych zawartych w art. 168a, art. 168b i art. 237a KPK, uwidaczniająca ich słabości z gwarancyjnego punktu widzenia, pozwala na wyrażenie aprobaty dla propozycji legislacyjnych przewidujących w zasadniczej mierze ich usunięcie. Nie podważając tej oceny wypada zauważyć, że w uzasadnienie tych propozycji legislacyjnych wkładły się pewne niejasności i nieporozumienia, bo jest ono skoncentrowane na zaakcentowaniu w odniesieniu do regulacji prawnej zawartej w art. 168a KPK, że w warunkach demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji RP), działającego w oparciu o zasadę legalności (art. 7 Konstytucji RP), nie mają racji bytu rozwiązania, które pozwalałyby organom państwa na podejmowanie czynności dowodowych z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa i wykorzystanie zgromadzonych w ten sposób dowodów w procesie karnym. O ile stwierdzenie to nie powinno nasuwać wątpliwości ze strony nikogo, kto respektuje przywołane wartości konstytucyjne oraz zakotwiczone w płaszczyźnie konstytucyjnej prawa i wolności jednostki, podlegające ograniczeniu wyłączenie w zakresie wynikającym z zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), o tyle wywołuje zastrzeżenia oparcie na nim krytyki obecnej regulacji art. 168a KPK, zważywszy na to, że znajduje ono w tym przepisie swoje normatywne odzwierciedlenie w postaci zakazu dowodowego wykorzystania dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania przez funkcjonariuszy publicznych. Paradoksalnie więc uzasadnienie analizowanego projektu, w zakresie odnoszącym się do przytoczonego stwierdzenia, przemawiałoby na rzecz pozostawienia bez zmian przepisu art. 168a KPK. Z tym wnioskiem, który może nasuwać się na kanwie lektury opiniowanego projektu, zgodzić się nie można, gdyż oznaczałoby to utrzymanie istniejącej obecnie możliwości dowodowego wykorzystania w procesie karnym dowodów uzyskanych przez podmioty prywatne w drodze przestępstwa innego niż zabójstwo, umyślne spowodowanie uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienie wolności. To, że w demokratycznym państwie prawa nie ma najmniejszej choćby enklawy, gdzie miejsce uprawnione mogłoby mieć wykorzystanie w procesie karnym dowodów uzyskanych za pomocą jakiegokolwiek przestępstwa, wydaje się oczywiste i nie podlega w istocie dyskusji. W konsekwencji, w niewątpliwie koniecznym, całkowitym wyeliminowaniu omawianej możliwości, tak gdy chodzi o podmioty prywatne, jak



i organy państwa (funkcjonariuszy publicznych), należy upatrywać zasadniczego sensu opiniowanej propozycji zmiany art. 168 a KPK. Przy takim założeniu zasługuje ona w pełni na akceptację. Opowiadając się za jej przyjęciem i tym samym przywróceniem pierwotnego kształtu powołanego przepisu, należy jednocześnie zaznaczyć, że rozwiązanie takie ma charakter połowiczny w zakresie, w jakim prowadzi do wyeliminowania z ustawy karnoprosesowej zakazu wykorzystania dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem obowiązków służbowych. przez funkcjonariuszy publicznych w związku z ponieważ zauważyć, że analizowana propozycja ma charakter połowiczny. Odwołując się do wskazanych wyżej standardów konstytucyjnych, mianowicie demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji RP) oraz zasady legalności (art. 2 Konstytucji RP) stanowczo należy optować za odrębnym uregulowaniem tego zakazu, np. w jednostce redakcyjnej oznaczonej 168c, jednocześnie ze zmianą normatywną dotyczącą przepisu art. 168a KPK.

4. Na oddzielne ustosunkowanie się zasługują propozycje zmian legislacyjnych dotyczące przepisów art. 168b i art. 237a KPK, do których pełne odniesienie znajduje przedstawiona w uzasadnieniu opiniowanego projektu argumentacja odwołująca się do ochrony takich wartości konstytucyjnych, jak prawo do prywatności (art. 47 Konstytucji RP), prawo do wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP) oraz prawo do rzetelnego procesu karnego (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Mając na względzie to, że ograniczenie tych praw i wolności może mieć miejsce, zgodnie z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, gdy to jest konieczne dla bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo praw i wolności innych osób, należy stwierdzić, że uchybiają tej zasadzie, w aspekcie dotyczącym wymienionych wcześniej wartości konstytucyjnych, rozwiązania prawne przewidziane w art. 168b i art. 237a KPK w zakresie, w jakim przewidują możliwość wyrażenia zgody następczej, legalizującej w istocie dowody uzyskane w wyniku prawidłowo wprowadzonej zarządzonej kontroli operacyjnej lub kontroli i utrwalania rozmów (podśluchu procesowego), ale poza jej granicami (przedmiotowymi i podmiotowymi), a dotyczące przestępstw lub przestępstw skarbowych, co do których taka kontrola nie może być zarządzona albo przestępstw lub przestępstw skarbowych popełnionych przez osobę inną niż ta, wobec której określona kontrola była zarządzona. Opierając się na sformułowanej ocenie zdecydowanie należy przychylić się do



propozycji zmiany art. 237a KPK, przewidującej powrót do pierwotnego unormowania w tym przepisie zamieszczonego, zgodnie z którym udzielenie następczej zgody na wykorzystanie dowodu popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, uzyskanego poza granicami zarządzonego podsłuchu procesowego, może dotyczyć wyłącznie dowodów popełnienia przestępstw lub przestępstw skarbowych, co do których taki podsłuch może być zastosowany oraz osoby, wobec której był stosowany. W taki sam sposób należy odnieść się do przywrócenia wyłącznej kompetencji sądu do wyrażenia wskazanej zgody oraz ograniczenia temporalnego do wystąpienia o nią przez organ prokuratorski do jednego miesiąca od zakończenia stosowania podsłuchu procesowego.

Równie jednoznacznej aprobacie wymyka się propozycja legislacyjna dotycząca art. 168b KPK, przewidująca skreślenie tego przepisu. Projektodawca w ten sposób eliminuje w sposób zupełny wykorzystanie w procesie karnym dowodów uzyskanych poza podmiotowymi i przedmiotowymi granicami kontroli operacyjnej. Można się zastanawiać, czy nie jest to posunięcie zbyt radykalne z punktu widzenia interesów ścigania karnego i wymiaru sprawiedliwości. Wydaje się, że w zgodzie z zasadą proporcjonalności pozostawałoby ograniczenie prawa do prywatności czy prawa do wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się, przewidujące, w nawiązaniu do rozwiązania istniejącego przed wprowadzeniem art. 168b do Kodeksu postępowania karnego oraz opisanej propozycji zmiany art. 237a KPK, możliwość udzielenia przez sąd, na wniosek prokuratora, następczej zgody na wykorzystanie w procesie dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej, tyle że poza jej granicami, jeżeli byłby to dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego przez osobę, wobec której kontrola ta została zarządzona, a przestępstwo lub przestępstwo skarbowe należałoby do kategorii przestępstw, co do których kontrola operacyjna może znaleźć zastosowanie. W konsekwencji wyrażonego zapatrywania należy opowiedzieć się przeciwko proponowanemu skreśleniu art. 168b KPK, zgłaszając zarazem postulat zmiany powołanego przepisu w przedstawiony sposób, który należałoby postrzegać jako wyraz pozostającego pod ochroną zasady proporcjonalności kompromisu między interesami ścigania karnego i wymiaru sprawiedliwości z jednej strony oraz prawami i wolnościami dotyczącymi sfery prywatności i wolności komunikowania się z drugiej strony.

5. Opiniowany projekt zawiera w art. 2 propozycję unormowania kwestii intertemporalnych.



Stojąc na stanowisku, że przepisy ustawy karnoprosesowej nie dające się pogodzić z konstytucyjnymi standardami państwa prawa oraz ochrony praw i wolności jednostki powinny być eliminowane ze sfery stosowania prawa tak szybko, jak to jest możliwe, należy przychylić się do propozycji zawartej w ust. 1 powołanego przepisu, przewidującej regułę intertemporalną oznaczającą „chwytanie w locie” toczących się postępowań przez nowe przepisy, a więc ich zastosowanie w proponowanym brzmieniu do toczących się postępowań karnych, a także rozpoczętych, ale niezakończonych czynności. Wyjątek od tej reguły dotyczy propozycji zmiany art. 237a KPK, a zakres jego zastosowania objąłby przypadki, w których przed wejściem w życie proponowanych zmian prokurator wydał na podstawie art. 237a KPK, w jego obowiązującym kształcie, postanowienie o wykorzystaniu w procesie karym dowodu uzyskanego w wyniku podsłuchu procesowego, tyle że poza jego granicami podmiotowymi i przedmiotowymi. W tych przypadkach prokurator byłby zobowiązany do wystąpienia do sądu o wyrażenie zgody na wykorzystanie wskazanego dowodu w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie projektowanej ustawy. Przedstawione rozwiązanie przewiduje w pewnym sensie powtórny „legalizację” dowodu uzyskanego poza granicami zarządzonej przez sąd kontroli i utrwalania rozmów i tym samym reasumpcję postanowienia wydanego w tym przedmiocie, przy zastosowaniu kryterium przynależności przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, którego taki „legalizowany” dowód dotyczy, do katalogu przestępstw i przestępstw skarbowych, względem których taka kontrola może mieć zastosowanie. Należy je zaaprobować, widząc w nim możliwość wyeliminowania z toczących się postępowań karnych dowodów z podsłuchu procesowego, które zostały zalegalizowane na podstawie przepisu uchybiającego konstytucyjnym standardom gwarancyjnym. Godzi się zauważyć, że gdyby z uznaniem ustawodawcy spotkała się przedstawiona w poprzednim punkcie niniejszej opinii propozycja zmiany art. 168b KPK, zgłoszona w miejsce jego projektowanego uchylecia, to zakres zastosowania poddanego ocenie wyjątku od reguły intertemporalnej zawartej w art. 2 ust. 1 opiniowanego projektu ustawy, należałoby rozszerzyć na przypadki, w których prokurator, na podstawie art. 168b KPK w jego obowiązującym brzmieniu, wydał w toczącym się postępowaniu postanowienie „legalizujące” dowód uzyskany w wyniku kontroli operacyjnej, tyle że poza jej granicami podmiotowymi lub przedmiotowymi.



### **Wnioski opinii**

Zdecydowanie pozytywnie należy ocenić opiniowaną propozycję legislacyjną, dotyczącą kilku rozwiązań prawnych z obszaru prawa dowodowego w procesie karnym, które pozostają w kolizji z konstytucyjnymi standardami demokratycznego państwa prawa i legalizmu działania jego organów oraz godzą w prawo do prywatności i prawo do wolności oraz ochrony tajemnicy komunikowania się w stopniu nieakceptowalnym z perspektywy zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Co do szczegółowych rozwiązań proponowanych w opiniowanym projekcie, to w konkluzji można stwierdzić, że:

1. zasługująca na afirmację propozycja zmiany art. 168a KPK powinna, niejako automatycznie, pociągać za sobą odrębne uregulowanie zakazu dowodowego, wykluczającego dowodowe wykorzystanie w procesie karnym dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
2. w miejsce proponowanego skreślenia art. 168b KPK należałoby dokonać jego zmiany, przyjmując, że dowód uzyskany w wyniku kontroli operacyjnej, ale poza jej granicami przedmiotowymi, może być wykorzystany w procesie karnym za zgodą sądu, o której wyjednanie występowałby prokurator, pod warunkiem, że dotyczyłby przestępstwa lub przestępstwa skarbowego należącego do katalogu przestępstw i przestępstw skarbowych, co do których kontrola operacyjna może w ogóle być zarządzona;
3. w pełni zasługuje na akceptację przedstawiona w projekcie propozycja zmiany uregulowania zawartego w art. 237a KPK.

**Opracował: r. pr. dr hab. prof. UŚ Jarosław Zagrodnik**