

Warszawa ... 2016 r.

Naczelna Rada Adwokacka
w Warszawie

do:

Trybunału Konstytucyjnego
w Warszawie

WNIOSEK

o zbadanie zgodności ustaw z Konstytucją

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wnosimy o uznanie, że:

1. Artykuł 19 ust. 15f pkt 1) ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2015 r. poz. 355, ze zm.) w brzmieniu nadanym art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 178 pkt 1) Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą obrończą.

2. Artykuł 19 ust. 15f pkt 2), ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2015 r. poz. 355, ze zm.) w brzmieniu nadanym art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 180§2 Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą adwokacką.

3. Artykuł 9e ust. 16f pkt 1) ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2014 r. poz. 1402 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 178 pkt 1) Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą obrończą.

4. Artykuł 9e ust. 16f pkt 2) ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2014 r. poz. 1402 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 180§2 Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą adwokacką.

5. Artykuł 36d ust. 1f pkt 1) ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2015 r. poz. 553 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 3 pkt 4 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 178 pkt 1) Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą obrończą.

6. Artykuł 36d ust. 1f pkt 2) ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2015 r. poz. 553 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 3 pkt 4 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 180§2 Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą adwokacką.

7. Artykuł 31 ust. 16f pkt 1) ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej (Dz. U. z 2016 r. poz. 96), w brzmieniu nadanym art. 6 pkt 3 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 178 pkt 1) Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą obrończą.

8. Artykuł 31 ust. 16f pkt 2) ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej (Dz. U. z 2016 r. poz. 96), w brzmieniu nadanym art. 6 pkt 3 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 180§2 Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą adwokacką.

9. Artykuł 27 ust. 15h pkt 1) ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2015 r. poz. 1929 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 7 pkt 2 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 178 pkt 1) Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą obrończą.

10. Artykuł 27 ust. 15h pkt 2) ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2015 r. poz. 1929 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 7 pkt 2 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 180§2 Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą adwokacką.

11. Artykuł 31 ust. 14f pkt 1) ustawy a dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2014 r. poz. 253 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 10 pkt 2 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o

Załącznik do Uchwały Nr 67/2016 NRA z dnia 25 czerwca 2016 r.

Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 178 pkt 1) Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą obrończą.

12. Artykuł 31 ust. 14f pkt 2) ustawy a dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2014 r. poz. 253 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 10 pkt 2 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 180§2 Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą adwokacką.

13. Artykuł 17 ust. 15f pkt 1) ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2014 r. poz. 1411 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 11 pkt 2 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 178 pkt 1) Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą obrończą.

14. Artykuł 17 ust. 15f pkt 2) ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2014 r. poz. 1411 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 11 pkt 2 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 147) jest niezgodny z art. 42 ust. 2 i 51 ust. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy zasad gromadzenia, rejestrowania, kwalifikowania i niszczenia informacji, o których mowa w art. 180§2 Kodeksu postępowania karnego objętych tajemnicą adwokacką.

Uzasadnienie legitymacji czynnej

1. Na mocy art. 188 pkt 1 w zw. z art. 191 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zbadania zgodności ustawy z Konstytucją może wystąpić ogólnokrajowa organizacja zawodowa, jeżeli akt normatywny dotyczy spraw objętych zakresem jej działania.

Konstytucyjny „zakres działania” Naczelnej Rady Adwokackiej wyznaczany jest w pierwszej kolejności przez przepisy samej Konstytucji (art. 17 ust. 1; ściślej rzecz ujmując, chodzi o tę część normy, która mówi o reprezentowaniu osób wykonujących zawód adwokata, tj. zawód zaufania publicznego). Po drugie, zakres ten doprecyzowany zostaje w ustawie Prawo o adwokaturze. Zgodnie z jej art. 58 pkt 1, do zakresu działania Naczelnej Rady Adwokackiej należy reprezentowanie adwokatury, a w myśl art. 59 ust. 3, Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej sprawuje czynności należące do zakresu działania Naczelnej Rady Adwokackiej.

Sformułowanie „reprezentowanie” powinno być rozumiane tak samo na gruncie ustawy zasadniczej i ustawy zwykłej i obejmować występowanie oraz działanie w imieniu pewnej zbiorowości, bycie reprezentantem interesów tej zbiorowości – w tym przypadku osób zrzeszonych w samorządzie zawodowym. Organ samorządu zawodu zaufania publicznego ma zatem konstytucyjne umocowanie do kwestionowania przede wszystkim regulacji dotyczących (na przykład) zasad funkcjonowania tego samorządu czy też granic kontroli i nadzoru władzy publicznej nad sposobem sprawowania konstytucyjnej pieczy. Takie samo umocowanie istnieje w stosunku do regulacji, które oddziałują na indywidualne interesy prawne osób zrzeszonych w samorządzie, czyli adwokatów. Mamy tu bowiem do czynienia z pewną sumą interesów indywidualnych, do obrony których Wnioskodawca jest powołany. Wynikająca z art. 191 ust. 1 pkt 4 i ust. 4 legitymacja Wnioskodawcy to nie tylko reprezentowanie samorządu jako takiego. To także „obrona” na poziomie konstytucyjnym zasad wykonywania zawodu adwokata przez członków samorządu zaufania publicznego, w szczególności w tych przypadkach, gdy przepisy przyznają adwokatom uprawnienia albo nakładają obowiązki.

Kwestie dotyczące ochrony tajemnicy obrończej oraz tajemnicy zawodowej adwokata bez wątpienia stanowią zagadnienie dotyczące praw i obowiązków adwokatów, przy czym podkreślić należy zasadnicze znaczenie tajemnicy obrończej i tajemnicy adwokackiej dla prawidłowego wykonywania zawodu adwokata. Wnioskodawca uznaje te wartości za najważniejsze z punktu widzenia interesów adwokatury i podziela stanowisko Trybunału Konstytucyjnego zawarte w uzasadnieniu wyroku z 30 lipca 2014 roku (K 23/11): *„kontakty między adwokatem a klientem, zwłaszcza związane z udzielaniem pomocy prawnej, opierają się na szczególnym zaufaniu klientów nie tylko do kwalifikacji zawodowych, ale też do zachowania w dyskrekcji przekazywanych treści nierzadko o charakterze ściśle osobistym czy intymnym. Ochrona poufności takich przekazów - a nie osób, którym te informacje powierzono - jest istotnym elementem budującym klimat wzajemnego zaufania i koniecznym warunkiem jego ochrony, w wymiarze indywidualnym i społecznym”* (pkt 11.4 uzasadnienia wyroku). Adwokaci stają się z racji wykonywanego zawodu powiernikami tego rodzaju informacji, a samorząd zawodowy powinien stać na straży właściwego wykonywania tego aspektu zawodu adwokata. Dotyczy to zarówno działania wobec samych adwokatów (np. w kontekście odpowiedzialności dyscyplinarnej za naruszenie tajemnicy zawodowej), jak i w aspekcie zewnętrznym, dotyczącym ochrony osób trzecich w przypadku ingerencji władz państwowych w treść tajemnicy powierzonej adwokatowi.

2. Ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw została przyjęta (przynajmniej zgodnie z deklaracją ustawodawcy) w wykonaniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 roku (sygn. akt K 23/11), w którym to wyroku Trybunał podważył konstytucyjność regulacji zawartych w siedmiu opisanych wyżej ustawach, także z punktu widzenia tajemnicy adwokackiej i tajemnicy obrończej.

Jeżeli chodzi o tajemnicę obrończą, Trybunał ocenił poprzednio obowiązujące regulacje w następujący sposób: *„wyjątkowo negatywnie należy ocenić brak stosownych rozwiązań w odniesieniu do tych tajemnic zawodowych, które z uwagi na ich znaczenie dla urzeczywistnienia takich wartości, jak prawo do obrony oraz wolność prasy - powinny podlegać szczególnej ochronie przed ujawnianiem ich treści służbom stosującym kontrolę operacyjną. Jakkolwiek możliwość niejawnego uzyskiwania informacji objętych tajemnicą obrończą, samo w sobie, nie narusza jeszcze istoty prawa do obrony (oskarżony może*

bowiem korzystać z pomocy prawnej obrońcy, komunikując się z nim osobiście bez wykorzystywania takich kanałów komunikacji, które mogą być objęte kontrolą operacyjną), to jednak, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca nie przeciwdziałał należycie głębokim naruszeniom tego prawa przez służby policyjne i ochrony państwa”.

W przypadku tajemnicy adwokackiej innej niż tajemnica obrończa, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, należało podzielić wątpliwości wnioskodawcy co do braku w zakwestionowanym przepisie (oraz w pozostałych przepisach powszechnie obowiązujących) dostatecznych gwarancji proceduralnych zapewniających ochronę poufności informacji przekazywanych podmiotom wykonującym zawody zaufania publicznego. Nie przewiduje on - w sposób niebudzący wątpliwości interpretacyjnych - ani obowiązku uprzedniej, sądowej kontroli zgromadzonych danych, ani ewentualnego zwolnienia (uchylenia) z tajemnicy zawodowej w konkretnej sprawie. Nie chodzi bynajmniej o wydanie postanowienia wyrażającego zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej (która i tak jest de lege lata wymagana). Mankamentem konstytucyjnym jest niezagwarantowanie w ustawie, że w sytuacji uzasadnionego podejrzenia, iż zgromadzone materiały zawierają informacje objęte tajemnicą zawodową i z tego powodu wymagają szczególnej ochrony, nastąpi dodatkowa weryfikacja tych materiałów przez sąd i ewentualne zwolnienie z tajemnicy zawodowej, zanim zostaną przekazane funkcjonariuszom służb bądź prokuratorowi. Do ustawodawcy należy wprowadzenie rozwiązań prawnych, które zapobiegą ryzyku wykorzystania informacji wymagających ochrony lub przynajmniej zminimalizują to ryzyko, zwłaszcza że zakwestionowane przepisy nie przewidują również procedury niszczenia zebranych w toku kontroli operacyjnej informacji, stanowiących tajemnicę zawodową.

3. Nowelizacja dokonana mocą ustawy z 16 stycznia 2016 roku wprowadziła szereg nowych uprawnień dla Policji i wielu innych służb, zwłaszcza w zakresie gromadzenia i wykorzystywania danych uzyskiwanych w drodze działalności operacyjnej. Naczelna Rada Adwokacka wypowiedziała się co do projektu tych zmian jeszcze na etapie prac legislacyjnych w Sejmie VII Kadencji. Ocena NRA była negatywna, głównie ze względu na naruszenie zasady proporcjonalności oraz brak właściwego nadzoru nad gromadzeniem i wykorzystywaniem danych pozyskiwanych w ramach działań operacyjnych. Niniejszy wniosek obejmuje jednakże jedynie wąski wycinek wprowadzonych, już przez Sejm VIII

Kadencji, rozwiązań a mianowicie te, które dotyczą pozyskiwania, gromadzenia i wykorzystywania informacji objętych tajemnicą obrończą oraz tajemnicą zawodową adwokata.

Nie ulega wątpliwości, że konstrukcja tajemnicy obrońcy i tajemnicy zawodowej adwokata nie została wprowadzona dla ochrony interesów samych adwokatów. Obie te postaci tajemnicy adwokackiej mają na celu ochronę interesów podmiotów korzystających z usług adwokackich. Niemniej, treść informacji objętych tą tajemnicą jest w dyspozycji adwokata: w jego aktach, plikach komputerowych, korespondencji z klientem, jest fragmentem jego rozmów telefonicznych, korespondencji elektronicznej. Wiarygodność wykonywania zawodu adwokata opiera się w znacznym stopniu na możliwości zachowania tajemnicy co do tych informacji. Z tego względu należy uznać, że tajemnica adwokacka jest jednym z fundamentów wykonywania zawodu, przez co wszelkie regulacje dotyczące ograniczenia zakresu tajemnicy zawodowej lub zasad gromadzenia informacji nią objętych należą do spraw wskazanych w art. 191 ust. 2 Konstytucji.

Uzasadnienie merytoryczne

1. Wspólność zaskarżonych rozwiązań w zaskarżonych ustawach

Ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw znowelizowała szereg ustaw, w tym ustawy regulujące działanie policji, straży granicznej, organów skarbowych, żandarmerii, wywiadu oraz kontrwywiadu cywilnego i wojskowego a także służb powołanych do walki z korupcją. Trzeba jednak wskazać na to, że w zakresie objętym niniejszym wnioskiem treść wprowadzonych zmian w poszczególnych ustawach ustrojowych jest identyczna. Zmianie w treści przepisów ulegają jedynie podmioty uprawnione do dokonywania wskazanych czynności operacyjnych lub procesowych. Zestawienie poszczególnych przepisów, umożliwiające dokonanie oceny identyczności ich treści będzie dokonane w końcowej części wniosku.

Wprowadzone zmiany sprowadzają się do wprowadzenia jednolitego, zdaniem wnioskodawcy niekonstytucyjnego, schematu postępowania z informacjami

pozyskanymi w toku czynności operacyjnych wykonywanych przez poszczególne służby. Przyjęty model w sposób jednolity przyjmuje dwie zasady postępowania. W przypadku gdy przedmiotem są informacje objęte tajemnicą obrończą, organ ma obowiązek niezwłocznego zniszczenia danych. W przypadku gdy informacje są objęte inną niż obrończa tajemnicą zawodową adwokacką, ustawodawca decyzję co do wykorzystania tych informacji pozostawia organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze, czyli prokuratorowi. Prokurator, jeśli dojdzie do wniosku, że istnieją przesłanki uzasadniające konieczność wykorzystania takich materiałów, zwraca się do sądu, który podejmuje w tej sprawie ostateczną decyzję.

Identyczność przyjętych rozwiązań skłania wnioskodawcę, ze względu na ekonomię postępowania, do zbudowania wniosku w ten sposób, że w pierwszej kolejności zostaną przedstawione zarzuty dotyczące niekonstytucyjności rozwiązań dotyczących tajemnicy adwokackiej, a następnie tajemnicy zawodowej. Na koniec, powyższe uogólnione wnioskowania zostaną powiązane z konkretnymi ustawami.

2. Niekonstytucyjność zaskarżonych rozwiązań w zakresie tajemnicy obrończej

Konstytucja nie przewiduje w sposób dosłowny ochrony tajemnicy obrończej. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego tajemnica obrończa jest jednak koniecznym komponentem prawa do obrony, gdyż skuteczna obrona w sprawie karnej jest niemożliwa bez zachowania tajemnicy komunikowania się pomiędzy obrońcą a oskarżonym. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku w sprawie K 23/11: *"Doniosłość tajemnicy obrończej jako gwarancji konstytucyjnego prawa do obrony, a zarazem konieczność jej intensywniejszej ochrony, wiąże się - na co trafnie zwróciła uwagę Naczelna Rada Adwokacka - ze szczególną specyfiką procesu karnego (...). Obawiając się niejawniej kontroli rozmów z obrońcą, oskarżony może wszakże zaniechać korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej lub nie przekazywać obrońcy istotnych okoliczności sprawy. Jak trafnie sygnalizuje NRA, w takiej sytuacji, obrońca - nie mogąc pozyskać pełni wiedzy o okolicznościach sprawy - nie jest w stanie udzielić pomocy prawnej w najkorzystniejszej dla klienta formie. W konsekwencji taki stan rzeczy może utrudnić skuteczne konstruowanie linii obrony, prowadząc nawet do niesłusznego skazania.*

Świadomość niejawnego monitorowania kontaktów oskarżonego z obrońcą osłabia również więź zaufania, która jest niezbędna dla prawidłowego wykonywania funkcji obrońcy oraz efektywnej realizacji prawa do obrony. Zapewnienie poufności rozmów oskarżonego z obrońcą jest konieczne nie tylko na etapie postępowania sądowego, lecz w każdej fazie postępowania, nawet prowadzonej przez organ pozasądowy (prokuratora, policję, służbę ochrony państwa). Naruszenie prawa do obrony w fazie przedsądowej może się bowiem przekładać na nierzetelność postępowania sądowego (zob. P. Hofmański, A. Wróbel [w:] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18, Tom 1, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 407 i przywołane tam orzecznictwo ETPC)."

Tajemnica obrońcy oraz związane z nią zakazy dowodowe są uregulowane szczegółowo w Kodeksie postępowania karnego. Rozwiązanie przyjęte w kpk przewidują w tym zakresie następujące rozwiązania. W zakresie tajemnicy obrończej, czyli w zakresie wiedzy co do faktów uzyskanej przez obrońcę w ramach udzielania porady prawnej lub prowadzenia sprawy, wprowadza się bezwzględny zakaz dowodowy. Art. 225 § 2 kpk wprowadza szczegółową regulację dotyczącą dokumentów: dokumenty zawierające tajemnicę obrończą muszą zostać w posiadaniu obrońcy, a organowi procesowemu nie wolno zapoznawać się z ich treścią. O charakterze dokumentu, jako podlegającego wskazanym tu zasadom, decyduje sam obrońca - a nie organ procesowy. Przepisy zaskarżonych ustaw dotyczące gromadzenia informacji objętych tajemnicą obrończą oraz zawodową odwołują się do konstrukcji kodeksowych, nie wprowadzając w tym zakresie własnych definicji. Należy także wskazać na to, że w ciągu wielu lat praktycznego stosowania wskazane wyżej przepisy kpk zostały uznane za wystarczającą gwarancję konstytucyjnego prawa do obrony w postępowaniu karnym.

Oceniana nowelizacja odchodzi od rygorystycznych zasad ochrony informacji uzyskanych podczas prowadzenia działań operacyjnych wobec obrońcy. Po pierwsze, to sam organ dokonujący czynności ocenia, czy informacje zebrane w toku czynności stanowią tajemnicę obrończą. Nie przewiduje się w tym zakresie żadnego udziału osoby zainteresowanej (na przykład na wzór konstrukcji z art. 225 § 2 kpk), czyli samego obrońcy. Należy na wstępie zaznaczyć, że wnioskodawca ma zasadniczą wątpliwość co do tego, czy poszczególni funkcjonariusze, aż dziewięciu różnych służb, posiadają odpowiednią wiedzę, konieczną dla oceny zakresu pojęcia tajemnicy obrończej. Dalej, trzeba podnieść, że ocena taka jest dokonywana bez możliwości ustalenia, w jakich

okolicznościach dane informacje zostały uzyskane. Funkcjonariusz wchodząc w posiadanie, chociażby, zapisu korespondencji elektronicznej prowadzonej pomiędzy adwokatem a klientem, nie ma możliwości ustalenia, czy korespondencja taka dotyczy prowadzonej obrony, porady prawnej w sprawie innej niż karna, czy też jest jedynie korespondencją prywatną, nie związaną z wykonywaniem zawodu adwokata. Rzeczywisty charakter korespondencji jest znany wyłącznie stronom, a zwłaszcza adwokatowi - obrońcy.

Ustawa nie zawiera także satysfakcjonujących rozwiązań dla sytuacji, w których organ dokonujący czynności operacyjnych dojdzie do prawidłowego wniosku, że pozyskane dane stanowią w rzeczywistości tajemnicą opisaną w art. 178 pkt 1 kpk. Przyjęte rozwiązanie nie zakazuje bowiem tego, aby organ się z tymi informacjami zapoznał; co więcej – nie przewiduje żadnego mechanizmu, który uniemożliwiłby organowi faktyczne wykorzystanie chronionych informacji. Daje to w praktyce możliwość wykorzystania (w wymiarze operacyjnym, chociaż nie procesowym) informacji, które z istoty prawa do obrony powinny być niedostępne dla organów ścigania. Poufność kontaktów z obrońcą jest konieczna dla zachowania realności prawa do obrony nie tylko w aspekcie czynności procesowych, lecz zwłaszcza w aspekcie zaufania do tego, że wiedza przekazywana adwokatowi nie będzie znana organom ścigania. Brak takiej pewności, jak trafnie wskazuje Trybunał Konstytucyjny, może prowadzić do zatajenia pewnych informacji przed własnym obrońcą, a w konsekwencji może doprowadzić do niemożliwości prowadzenia skutecznej, rzetelnej obrony oskarżonego.

O wadliwości przyjętego rozwiązania z punktu widzenia zachowania tajemnicy obrończej stanowi także to, że stanowisko samego obrońcy nie ma żadnego znaczenia dla dokonywanej oceny pozyskanego materiału. O ile w przypadku art. 225§3 k.p.k. samo oświadczenie adwokata przesądza o tym, że dokument obejmuje okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy, o tyle w przypadku zaskarżonego rozwiązania obrońca w ogóle nie zostaje powiadomiony o fakcie zgromadzenie tego rodzaju informacji. Siłą rzeczy nie może więc zareagować na uzyskanie dostępu do tajemnicy obrończej, nie mając możliwości wypowiedzenia się co do charakteru zgromadzonych informacji. Ustawa nie przewiduje także (co zresztą jest konsekwencją braku informacji o dokonywanych czynnościach operacyjnych) możliwości wniesienia zażalenia na decyzję dotyczącą charakteru pozyskanej wiedzy. Adwokat nie dowie się

więc o tym, że pozyskano w drodze czynności operacyjnych wiedzę o faktach objętych tajemnicą, a błędna decyzja co do charakteru pozyskanych informacji nie podlega jakiegokolwiek kontroli zewnętrznej. Oczywiście, w toku postępowania sądowego obrońca może żądać wyłączenia niedopuszczalnego materiału dowodowego, niemniej konsekwencje jego wykorzystania są już niemożliwe do odwrócenia. Trzeba jednak przede wszystkim zwrócić uwagę na ogólne konsekwencje takiego stanu prawnego. Podważa on jakąkolwiek pewność i zaufanie do ochrony informacji gromadzonych przez obrońcę w toku postępowania przygotowawczego. Stanowi to podważenie fundamentu prawa do skutecznej obrony.

Zakazy dowodowe zawarte w art. 178 pkt 1) oraz 225 § 3 k.p.k. nie mają bezpośredniego umocowania konstytucyjnego. Niemniej, są uważane za fundament prawa do obrony zagwarantowanego w art. 42 ust. 2 Konstytucji i element generalnej zasady demokratycznego państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 Konstytucji. Państwo nie gwarantujące ochrony poufności kontaktów między oskarżonym a obrońcą nie jest ani demokratycznym państwem prawnym, ani nie zapewnia prawa do obrony. Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny, dla efektywnego korzystania z pomocy obrońcy niezbędne jest zachowanie poufności komunikatów przekazywanych obrońcy przez oskarżonego. Należy w tym miejscu przytoczyć fragmenty uzasadnienia orzeczenia wydanego w sprawie K 37/11: *"Obecność zatrzymującego może spowodować nieprzekazywanie*

takich informacji, których posiadanie przez adwokata jest niezbędne dla zapewnieniu zatrzymanemu skutecznej obrony. Sytuacja taka nie spełnia kryterium proporcjonalności sensu stricto

nieproporcjonalnie w prawo do obro

nieproporcjonalnego ograniczenia prawa do obrony". Należy zwrócić uwagę także na to, że zdaniem TK: (...) *"adwokat jest zawodem zaufan*

wykorzystane w celu utrudniania postępowania karnego, jest niedopuszczalne."

Wszystkie wskazane wyżej uwagi należy odnieść także do sytuacji pozyskiwania informacji o komunikowaniu się pomiędzy oskarżonym a obrońcą. To, czy zakazana jest

bezpośrednia obecność osoby trzeciej przy rozmowie obrońcy z oskarżonym, czy też chodzi jedynie o zapoznawanie się z treścią rozmów, listów itp. - jest zagadnieniem czysto technicznym.

Mankamentem przyjętych rozwiązań, sygnalizowanym już w orzecznictwie TK, jest brak kontroli uprzedniej wobec czynności operacyjnych dokonywanych wobec obrońcy. Ustawa nie przewiduje zasady uzyskania wstępnej zgody na dokonywanie czynności operacyjnych. Wprawdzie nie jest to wymóg konstytucyjny, ale wskazuje się na to, że w wielu państwach zasadą jest jednak uzyskiwanie wstępnej zgody na dokonywanie wszelkich czynności operacyjnych naruszających prywatność. Jest to najskuteczniejsze narzędzie zapewniające zachowanie proporcjonalności naruszeń wolności obywatelskich chronionych konstytucyjnie. Nie wypowiadając się co do dopuszczalności stosowania działań operacyjnych wobec osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa, Naczelna Rada Adwokacka uznaje jednak, że całkowita swoboda prowadzenia takich działań wobec obrońców, bez jakiegokolwiek nadzoru wstępnego, narusza prawo do obrony wyrażone w art. 42 ust. 2 oraz zasadę proporcjonalności w zakresie, w jakim jest ona wyrażona w art. 51 ust. 2 Konstytucji. Trzeba w tym miejscu zauważyć, że o ile prawo do obrony i ochrona przed nieuzasadnioną inwigilacją mają swoje oparcie w Konstytucji, to pełna swoboda do działań operacyjnych przez Policję i inne służby takiej rangi nie posiada.

Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja prawna przewiduje pewną, mocno ograniczoną, kontrolę następczą nad uzyskiwaniem danych przez Policję. W ramach tej kontroli organ Policji przekazuje jedynie statystyczne dane dotyczące pozyskiwanych informacji sądowi okręgowemu. Sąd okręgowy może zapoznać się z materiałami uzasadniającymi wszczęcie czynności operacyjnych. Pozorność tego mechanizmu kontroli polega jednak na tym, że przecież sąd okręgowy nie ma, w ramach uzyskanych danych, żadnej możliwości uznania, że przy pozyskiwaniu danych dopuszczono się jakichś nieprawidłowości. Może jedynie wyrywkowo sprawdzać poprawność prowadzenia pewnej losowej próbki już dokonanych działań operacyjnych.

Przyjęte regulacje nie przewidują udziału zainteresowanego w postępowaniu dotyczącym gromadzenia i korzystania z danych. Nie przewiduje się żadnego udziału adwokata w postępowaniu dotyczącym wykorzystania informacji objętych tajemnicą obrończą albo zawodową. Decyzja o tym, czy uzyskane informacje są informacjami stanowiącymi tajemnicę obrończą jest podejmowana przez organy Policji, bez udziału

obrońcy. Co istotne, także po zakończeniu działań operacyjnych, a także w przypadku stwierdzenia, że uzyskane informacje były objęte tajemnicą obrońcą, adwokat nie uzyskuje na ten temat żadnej informacji. Nie ma w związku z tym, ani obrońca, ani jego mocodawca, możliwości skorzystania z konstytucyjnych uprawnień zawartych w art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji.

Nowa regulacja nie przewiduje żadnych narzędzi pozwalających na zapewnienie realizacji praw gwarantowanych w Art. 51 Konstytucji, a zwłaszcza prawa do dostępu do dotyczących zainteresowanego zbiorów danych oraz prawa do usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Wprawdzie Trybunał Konstytucyjny nie uważa za konieczne aby każdy był informowany o fakcie zbierania w ramach działalności operacyjnej danych, które go dotyczą, niemniej, uznaje że każdy ma prawo żądać informacji na ten temat oraz, w sytuacji gdy się o takim zdarzeniu dowie, ma prawo wykonywać swoje uprawnienia wynikające z Art. 51 Konstytucji. Problem nabiera szczególnej ostrości w przypadku, gdy organ zapozna się z treściami chronionymi art. 178 pkt 1 k.p.k.: w takiej sytuacji wydaje się oczywistym prawo adwokata do bycia poinformowanym o tym, że w trakcie kontroli operacyjnej organy państwa uzyskały informacje chronione tajemnicą obrońcą. Tymczasem ustawa nie przewiduje w tym zakresie żadnego narzędzia. Gromadzenie i faktyczne (choć nie procesowe) wykorzystywanie informacji objętych tajemnicą obrońcy pozostaje poza kontrolą a także i wiedzą kogokolwiek poza organami służb wskazanych we wniosku.

Brak obowiązku informowania o dokonanych, zakończonych czynnościach operacyjnych był przedmiotem krytyki dokonanej przez Trybunał w orzeczeniu K 32/04, jak zauważono: *"Należy na marginesie wskazać, że w niektórych systemach prawnych przewiduje się obowiązek pozytywnej informacji o fakcie prowadzenia działań operacyjnych - po ich zakończeniu. Tak np. w noweli z 1978 r. do niemieckiej ustawy G-10, gdzie - jak się wydaje - w udatny sposób rozwiązano problem proporcjonalności wyważenia kolidujących wartości konstytucyjnych. Dlatego zasługuje na rozważenie zasygnalizowania ustawodawcy - w sformalizowanej postaci - potrzeby zagwarantowania praw obywatelskich osób poddanych kontroli operacyjnej, którym po zakończeniu tej kontroli nie przedstawiono zarzutów i które z faktycznych przyczyn nie mają dostępu do zgromadzonych materiałów. Takie rozwiązanie harmonizowałoby z istnieniem w polskiej Konstytucji prawa podmiotowego z art. 51 ust. 4."*

3. Niekonstytucyjność zaskarżonych rozwiązań w zakresie tajemnicy adwokackiej - nie stanowiącej tajemnicy obrońcy

Przed przejściem do uzasadnienia zarzutów dotyczących regulacji objętych wnioskiem, należy wskazać na konstrukcję ustawowego standardu ochrony tajemnicy zawodowej. W zakresie tajemnicy zawodowej adwokata, innej niż obrończa, art. 180 § 2 kpk przewiduje możliwość zwolnienia z obowiązku jej zachowania przez sąd, na wniosek prokuratora. Konieczne jest jednak spełnienie w takiej sytuacji dwóch przesłanek: po pierwsze, zwolnienie z zachowania tajemnicy jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a po drugie, okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Na postanowienie sądu w tym zakresie obrońcy przysługuje zażalenie. Tajemnica zawodowa jest chroniona w k.p.k. znacznie słabiej niż tajemnica obrończa, co zresztą od dawna wywołuje sprzeciw adwokatury. Zwraca się także niekiedy uwagę na stosunkowo nieprecyzyjne przesłanki uchylenia tajemnicy przez sąd. Można jednak uznać, że praktyka wykorzystywania informacji objętych tajemnicą zawodową jest dość powściągliwa.

Zaskarżona regulacja powtarza takie same przesłanki materialne w przypadku możliwości wykorzystania informacji objętych tajemnicą zawodową adwokacką a uzyskanych w ramach działań operacyjnych jak Kodeks postępowania karnego. Wykorzystanie informacji musi być niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a także nie ma możliwości uzyskania informacji przy wykorzystaniu innego środka dowodowego. Niestety, podobnie jak w przypadku tajemnicy obrończej, dzierżyciel tajemnicy nie ma żadnego wpływu na ocenę charakteru informacji - nie wie nawet, że informacje zostały uzyskane i nie jest uczestnikiem postępowania co do dalszych losów informacji. O tym, czy informacje "są niezbędne dla wymiaru sprawiedliwości a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu" decyduje sąd, na wniosek prokuratora (art. 19 ust. 15h ustawy o Policji). W postępowaniu nie przewiduje się uczestnictwa adwokata ani też osoby, której informacje dotyczą. Decyzja sądu podlega zaskarżeniu wyłącznie wtedy, gdy jest negatywna (art. 19 ust. 15i ustawy o Policji). Oczywiście zaskarżenia może dokonać tylko organ procesowy, a nie obrońca lub oskarżony. Pozytywna decyzja sądu o wykorzystaniu informacji objętych tajemnicą zawodową nie może być zaskarżona przez adwokata - nawet gdy w końcu, na przykład

na etapie postępowania rozpoznawczego, dowie się on o wykorzystaniu informacji objętych tajemnicą zawodową.

Jednakże, jak się wydaje najistotniejszą sprawą jeśli chodzi o tajemnicę zawodową jest właściwe wskazanie tego, kto jest jej gospodarzem. Otóż, jak trafnie wskazuje TK w orzeczeniu K 23/11: *"Ochrona tajemnicy zawodowej powinna być (...) każdorazowo widziana jako przejaw ochrony wolności i praw jednostki, zwłaszcza jej prywatności (art. 47), autonomii informacyjnej (art. 51 ust. 1), prawa do obrony (art. 42 ust. 2), prawa do sądu (art. 45 ust. 1), wolności sumienia i wyznania (art. 53) czy wolności pozyskiwania informacji, w tym wolności prasy (art. 54 ust. 1 Konstytucji). Z tego powodu Trybunał podkreślał – odnosząc się do tajemnicy radcy prawnego – że prawo do prywatności i poufności informacji przysługuje nie radcom prawnym, ale ich klientom; natomiast na radcach prawnych spoczywa obowiązek respektowania tego prawa."* Z tego zdecydowanie trafnego poglądu wynika, że ocena zasadności naruszenia tajemnicy zawodowej winna być dokonywana nie z perspektywy osoby wykonującej zawód zaufania publicznego, lecz z perspektywy wolności obywatelskich tego, kogo tajemnica dotyczy. Konsekwencją wykorzystania materiałów operacyjnych, zawierających dane objęte tajemnicą zawodową adwokata, jest swoiste zwolnienie z obowiązku zachowania tej tajemnicy. Zwalniając adwokata z tajemnicy nie narusza się jednakże jego wolności obywatelskich - lecz ingeruje w wolności obywatelskie osoby, która adwokatowi tajemnicę powierzyła. W przypadku zwolnienia z tajemnicy zawodowej należy więc zawsze zweryfikować to, czy po stronie gospodarza tajemnicy powstały przesłanki, które odpowiadając zasadzie proporcjonalności, umożliwiają przełamanie fundamentalnej wolności obywatelskiej, jaką jest wolność komunikowania się. Przy tej ocenie musi być uwzględniony kontekst szczególnego zaufania, wynikający z powierzenia tajemnicy przy wykonywaniu czynności w ramach zawodu zaufania publicznego.

Podobnie jak w przypadku tajemnicy obrończej, tak i w przypadku tajemnicy zawodowej, adwokat nie jest uczestnikiem procesu decyzyjnego co do losu uzyskanych informacji. Zarówno kwestia zaliczenia informacji do kategorii tajemnicy zawodowej, jak i nie przyznanie jej takiego statusu jest w swobodnym uznaniu funkcjonariusza Policji (lub innej ze służb). Jeśli nawet uzyskane informacje zostaną uznane za element tajemnicy zawodowej, to adwokat nie uczestniczy w postępowaniu dotyczącym zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy. Jediną stroną prezentującą racje

pozwalające zweryfikować "niezbędność dla wymiaru sprawiedliwości" oraz "niemożliwość ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu" - jest organ Policji (lub innej służby) zainteresowany w określonym wyniku postępowania.

Umożliwienie pełnego dostępu do informacji objętych tajemnicą zawodową adwokata, przy jednoczesnym braku procedury realnej kontroli nad zakresem ingerencji i sposobem wykorzystania tak pozyskanych informacji stanowi wykraczającą poza zakres zasady proporcjonalności ingerencję w prawo do obrony oraz w prawo ochrony prywatności. Wprawdzie oba te uprawnienia przysługują nie adwokatowi lecz osobie, która adwokatowi informacje powierza, to jednak adwokat jest osobą sprawującą pieczę nad powierzonymi mu informacjami. Ich odpowiednia ochrona jest immanentną cechą wykonywania zawodu adwokata.

4. Niekonstytucyjność zaskarżonych rozwiązań w poszczególnych ustawach

Zaskarżone regulacje zostały umieszczone w przepisach siedmiu ustaw, przy czym porównanie treści tych regulacji prowadzi do wniosku, że jest ona w zasadzie tożsama.

1. W myśl art. 19 ust. 15f ustawy o policji, w przypadku, gdy materiały, o których mowa w ust. 15 (tj. materiały zgromadzone w podczas stosowania kontroli operacyjnej):

- 1) zawierają informacje, o których mowa w art. 178 Kodeksu postępowania karnego, Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP albo komendant wojewódzki Policji zarządza ich niezwłoczne, komisyjne i protokolarne zniszczenie;
- 2) mogą zawierać informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 Kodeksu postępowania karnego, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 Kodeksu karnego, albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP albo komendant wojewódzki Policji przekazuje prokuratorowi te materiały.

Mechanizm zawarty w ustawie o Policji jest typowy dla pozostałych rozwiązań. Jeśli chodzi o tajemnicę obrończą, ustawa przewiduje obowiązek zniszczenia nośników

informacji tego rodzaju na zarządzenie Komendanta Głównego Policji, Komendanta CBŚP albo komendanta wojewódzkiego Policji. Brak jest w tej regulacji jakichkolwiek ograniczeń dla praktycznego wykorzystania informacji uzyskanych przez organy Policji. Co gorsza, według wskazanego tu schematu postępowania, proces podejmowania decyzji co do losów informacji objętych tajemnicą zawodową jest taki, że osoby uprawnione do podjęcia decyzji o ich zniszczeniu mogą nigdy nie dowiedzieć się o pozyskaniu tego typu materiałów. Wystarczy bowiem, że funkcjonariusz, który wszedł w posiadanie tego typu informacji, uzna, że nie stanowią one tajemnicy obrończej. Decyzja taka nie podlega niczyjej kontroli. O wykorzystaniu tak pozyskanej informacji przeciwko podejrzanemu nie dowie się także ani obrońca, ani sam oskarżony. Nic nie stoi na przeszkodzie aby informacje te były przechowywane i wykorzystywane przez praktycznie dowolnie długi czas.

Podobne zarzuty dotyczą rozwiązania zawartego w punkcie drugim przepisu, dotyczącym tajemnicy zawodowej adwokata, nie będącej tajemnicą obrończą. O zakwalifikowaniu pozyskanych informacji do tej kategorii decyduje także samodzielnie funkcjonariusz prowadzący działania operacyjne. Jedynie jednak w przypadku gdy będzie on przekonany o tym, że informacje stanowią tajemnicę zawodową przekaże je osobom, które są władne wszcząć procedurę prokuratorsko - sądową, pozwalającą na procesowe wykorzystanie materiału operacyjnego. Także i w tym przypadku ani podejrzany, ani obrońca nie mają wiedzy dostępu ani wpływu wobec dokonywanych czynności.

2. Zgodnie z art. 9e ust. 16f ustawy o Straży Granicznej, w przypadku, gdy materiały, o których mowa w ust. 16 (tj. materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej):

1) zawierają informacje, o których mowa w art. 178 Kodeksu postępowania karnego, Komendant Główny Straży Granicznej albo komendant oddziału Straży Granicznej zarządza ich niezwłoczne, komisyjne i protokolarne zniszczenie;

2) mogą zawierać informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 Kodeksu postępowania karnego, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 Kodeksu karnego, albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu

postępowania karnego, Komendant Główny Straży Granicznej albo komendant oddziału Straży Granicznej przekazuje prokuratorowi te materiały.

W przypadku Straży Granicznej decyzję o zniszczeniu materiałów zawierających informacje objęte tajemnicą obrończą podejmuje Komendant Główny Straży Granicznej albo komendant Oddziału Straży Granicznej. Te same osoby są uprawnione do wszczęcia procedury prowadzącej do wykorzystania informacji jako materiału dowodowego w postępowaniu. Zarzuty braku kontroli nad wykorzystaniem informacji przed ich przekazaniem tym podmiotom oraz nieproporcjonalności rozwiązania są tożsame, jak wobec działań Policji.

3. Zgodnie z art. 36d ust. 1f ustawy o kontroli skarbowej, w przypadku, gdy materiały uzyskane w toku kontroli operacyjnej:

1) zawierają informacje, o których mowa w art. 178 Kodeksu postępowania karnego, Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej zarządza ich niezwłoczne, komisyjne i protokolarne zniszczenie;

2) mogą zawierać informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 Kodeksu postępowania karnego, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 Kodeksu karnego, albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej przekazuje Prokuratorowi Generalnemu te materiały.

W przypadku organów kontroli skarbowej na szczególną uwagę zasługuje to, że jedynym organem uprawnionym do podejmowania decyzji w sprawie zniszczenia lub dalszego wykorzystania materiałów jest Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej. Prowadzi to do sytuacji, w której, siłą rzeczy, informacje podlegające ścisłej ochronie będą odbywały długą drogę do organu decydującego o ich losach. Zwiększa to niebezpieczeństwo ujawnienia lub wykorzystania tych informacji w sposób naruszający prawo do obrony i zasadę proporcjonalności w zakresie gromadzenia i wykorzystywania informacji objętych tajemnicą zawodową adwokata.

4. Zgodnie z art. 31 ust. 16f ustawy o Żandarmerii Wojskowej, w przypadku, gdy materiały, o których mowa w ust. 16 (materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej):

- 1) zawierają informacje, o których mowa w art. 178 Kodeksu postępowania karnego, Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej albo komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej zarządza ich niezwłoczne, komisyjne i protokolarne zniszczenie;
- 2) mogą zawierać informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 Kodeksu postępowania karnego, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 Kodeksu karnego, albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej albo komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej przekazuje prokuratorowi wojskowemu te materiały.

5. Zgodnie z art. 27 ust. 15h ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, w przypadku, gdy materiały, o których mowa w ust. 15 (materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej):

- 1) zawierają informacje, o których mowa w art. 178 Kodeksu postępowania karnego, Szef ABW zarządza ich niezwłoczne, komisyjne i protokolarne zniszczenie;
- 2) mogą zawierać informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 Kodeksu postępowania karnego, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 Kodeksu karnego, albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, Szef ABW przekazuje Prokuratorowi Generalnemu te materiały.

6. Zgodnie z art. 31 ust. 14f ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, w przypadku, gdy materiały, o których mowa w ust. 14 (materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej):

- 1) zawierają informacje, o których mowa w art. 178 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Szef SKW zarządza ich niezwłoczne, komisyjne i protokolarne zniszczenie;
- 2) mogą zawierać informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. -

Kodeks karny, albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Szef SKW przekazuje Prokuratorowi Generalnemu te materiały.

7. Zgodnie z art. 17 ust. 15f ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, w przypadku, gdy materiały, o których mowa w ust. 15 (materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej):

1) zawierają informacje, o których mowa w art. 178 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Szef CBA zarządza ich niezwłoczne, komisyjne i protokolarne zniszczenie;

2) mogą zawierać informacje, o których mowa w art. 178a i art. 180 § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, albo informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego, Szef CBA przekazuje Prokuratorowi Generalnemu te materiały.

Jedynie różnice między treścią opisanych wyżej regulacji polegają na:

a) wskazaniu podmiotu odpowiedzialnego za dalsze postępowanie z informacjami pozyskanymi w trakcie kontroli operacyjnej (definicja kontroli operacyjnej jest także tożsama we wszystkich siedmiu ustawach) – jest nim szef stosownej służby lub funkcjonariusz niższego szczebla (w przypadku policji, Żandarmerii Wojskowej i Straży Granicznej);

b) wskazaniu prokuratora, któremu należy przekazać informacje chronione art. 178a i art. 180 § 3 k.p.k. – w czterech przypadkach jest to Prokurator Generalny, w dwóch – prokurator, a w jednym – prokurator wojskowy.

Różnice te mają charakter jedynie techniczny, wynikający z różnej struktury poszczególnych służb. Nie wpływają na merytoryczną tożsamość rozwiązania.

Wskazana wyżej jednolitość przyjętych rozwiązań uzasadnia postawienie wspólnych zarzutów sformułowanych według tego samego wzorca konstytucyjnego

wobec identycznych rozwiązań zamieszczonych w siedmiu ustawach. W wyroku w sprawie K 23/11 Trybunał Konstytucyjny, szczegółowo badając przepisy ustawy o Policji w zakresie dotyczącym kontroli operacyjnej i jej wpływu na przestrzeganie tajemnicy adwokackiej oraz tajemnicy dziennikarskiej, powielił ustalenia i argumentację w odniesieniu do pozostałych sześciu ustaw zaznaczając w kontekście każdej ze służb, że specyfika jej działania, ani ustawowy zakres kontroli operacyjnej, nie uzasadnia odmiennej oceny zgodności przepisów dotyczących danej służby ze wskazanymi wzorcami kontroli (pkt 11.9 – 11.14 uzasadnienia wyroku w sprawie K 23/11). Takie stanowisko Trybunału pozwala wnioskodawcy na zbliżone podejście do kwestii konstrukcji wniosku o zbadanie zgodności z Konstytucją rozwiązań dotyczących czynności operacyjnych szeregu służb, w sytuacji gdy działania te ingerują w zakres tajemnicy obrończej i zawodowej.