

MONIKA KLEJNOWSKA

*Prawnodowodowe skutki przekroczenia ram kontroli operacyjnej*

Evidence Law Effects of Transgressing the Scope of Operational Control

I. Źródłem licznych kontrowersji jest zagadnienie dopuszczalności dowodowego wykorzystania informacji uzyskanych w trakcie kontroli operacyjnej poza zakresem podmiotowym i przedmiotowym zarządzanej kontroli. Przyznanie rangi dowodowej materiałom uzyskanym w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych wiąże się z dopuszczalnością dowodów w ogóle w procesie karnym.<sup>1</sup> Czynności operacyjno-rozpoznawcze nie są czynnościami procesowymi, a informacje uzyskiwane w ramach tych czynności nie stanowią – co do zasady – procesowej podstawy dowodowej. Tylko wyjątkowo ustawa może nadawać informacjom uzyskiwanym operacyjnie walor środków dowodowych. Dopuszczalność dowodowego wykorzystania wyników czynności operacyjno-rozpoznawczych nasuwa zastrzeżenia nie tylko dlatego, że ich podejmowanie następuje poza systemem gwarancji procesowych, ale również z tego względu, że niektóre z tych czynności, określane mianem kontroli operacyjnej, w dużym stopniu naruszają tajemnicę komunikowania się gwarantowaną przez art. 49 Konstytucji RP<sup>2</sup>, art. 8 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>3</sup> i art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw

---

<sup>1</sup> K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2003, s. 220. Por. P. Wierchołowski, *Utrwalanie rozmów w ramach podsłuchu w postępowaniu operacyjnym i wykorzystywanie ich w procesie karnym*, [w:] *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. 4, E. Gruza, T. Tomaszewski (red.), Warszawa 2001, s. 303–320. W praktyce karno-procesowej przez wiele lat przyjmowano, że wykorzystywanie wiedzy operacyjnej w postępowaniu karnym możliwe jest jedynie w drodze przeprowadzenia odpowiednich czynności procesowych (np. przesłuchania, przeszukania itp.). T. Hanausek, *Wybrane zagadnienia prawa policyjnego*, [w:] *Prawo policyjne. Komentarz*, S. Smuga (red.), Katowice 1992, s. 11.

<sup>2</sup> Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

<sup>3</sup> Tekst opublikowany: Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284.

Obywatelskich i Politycznych.<sup>4</sup> ETPC wskazuje na konieczność rygorystyki i precyzyjnego zakreszenia podstaw ustawowych dla podsłuchu, gdyż ograniczenia praw Konwencji dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy służy to ochronie instytucji demokratycznych. Trybunał sprzeciwia się nadużyciom i dowolności w tym zakresie.<sup>5</sup> Warunkiem spożytkowania wyników czynności operacyjnych jest ściśle przestrzeganie reguł zarówno zawartych w tzw. ustawach policyjnych (niedopuszczalne wyjście poza tzw. przestępstwa katalogowe), jak i w rozporządzeniach wydanych na ich podstawie. Co prawda nie każda wadliwość czynności procesowej dyskwalifikuje dowód uzyskany w wyniku tej czynności w procesie karnym<sup>6</sup>, jednakże czynności operacyjne nie są czynnościami procesowymi i jeśli nawet wyjątkowo ustawa traktuje informacje uzyskane operacyjnie jako dopuszczalne dowody procesowe, to – jak się wydaje – wymagania wobec czynności operacyjnych pod względem ich zgodności z prawem powinny być bezwzględnie przestrzegane pod rygorem ich dyskwalifikacji dowodowej. Mimo walorów praktycznych informacji operacyjnych<sup>7</sup> należy mieć na uwadze koncepcję „wydłużonego działania” prawa procesowego na sferę przedprocesową, zwłaszcza operacyjną, która polega na tym, że ustanowienie proceduralnych gwarancji ograniczających obowiązek dostarczania organom procesowym informacji powoduje, że również w ramach czynności operacyjnych w szczególności tych, którym następnie przypisuje się walory dowodowe, nie można czynić tego, na co te gwarancje nie pozwalają. Ten

<sup>4</sup> Tekst opublikowany: Dz.U. z 1994 r., nr 23, poz. 80.

<sup>5</sup> I. Kornak, *Dopuszczalność stosowania podsłuchu telefonicznego i innych form kontroli środków komunikowania w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, [w:] H. Machińska (red.), *60 lat Rady Europy. Tworzenie i stosowanie standardów prawnych*, Warszawa 2009, s. 375–387; por. R. Zakrzewski, W. Jarocho, *Dopuszczalność stosowania kontroli korespondencji i podsłuchu*, „Kontrola Państwowa” 1997, nr 1, s. 115.

<sup>6</sup> B. Kurzępa, *Glosa do postanowienia SA w Warszawie z 18.05. II AKz 288/07*, OSP 2009, z. 2, s. 161–162. Ocena dopuszczalności dowodu uzyskanego w ramach działań operacyjnych może być trudna, bo chodzi o zweryfikowanie nie tylko z ustawą, ale z aktami wykonawczym regulującymi przeprowadzenie czynności. Często prokurator lub sąd może nie mieć dostępu do instrukcji operacyjnych ściśle tajnych, co czyni kontrolę iluzoryczną (A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 280–282, 286). Por. też A. Taracha, *Działania operacyjno-rozpoznawcze prowadzone w ramach uprawnień jako kontratyp – wybrane zagadnienia*, [w:] Z. Cwiakalski, G. Artymiak (red.), *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, Warszawa 2009, s. 459–473.

<sup>7</sup> Wskazuje się na to, że często dostarczają one organom ścigania informacji na temat czynu zabronionego, pochodzących od samego sprawcy, których uzyskanie w inny sposób byłoby niemożliwe, zwłaszcza że sprawca nie zdaje sobie jeszcze sprawy, że jest obiektem zainteresowań organów ścigania. Pozostawienie organom ścigania tylko i wyłącznie możliwości poszukiwania dowodów na podstawie informacji utwalonych na taśmie wydłużałoby działania operacyjne, pochłaniając cenny czas i narażając na dekonspirację funkcjonariuszy operacyjnych i ich tajnych współpracowników. Patrz: A. Taracha, *Wykorzystywanie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1997, s. 139–140; id.: *Glosa do wyroku TK z 20.04.2004 r., K 45/02*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 6, s. 200.

kategoryczny zakaz dotyczy zwłaszcza takich zakresów informacji, które w prawie karnym procesowym są objęte bezwzględnymi zakazami dowodowymi.<sup>8</sup>

W piśmiennictwie zwraca się uwagę na to, że ustawy policyjne nadają walor dowodowy tylko niektórym, taksatywnie wymienionym, czynnościom operacyjnym. Nie oznacza to jednak, że czynności te stają się czynnościami procesowymi. Wprowadzenie do procesu w charakterze dowodów informacji utrwalonych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, nie tylko zresztą czynności stanowiących kontrolę operacyjną, powinno nastąpić na podstawie prokuratorskiej decyzji o „zaliczeniu w poczet dowodów”.<sup>9</sup> Materiałem uzyskanym w wyniku kontroli operacyjnej, zakupu kontrolowanego i przesyłki niejawnie nadzorowanej będą utrwalone (udokumentowane) działania przestępne (np. wręczenia łapówki, polecenia popełnienia przestępstwa lub przekazanie informacji mających na celu utrudnianie postępowania). Materiały te stanowią będą dowody rzeczowe poddawane oględzinom (art. 395 k.p.k.), nawet wtedy gdy zawierają treść pojęciową, o ile nie mają cech depozycji i nie stanowią dokumentu w rozumieniu art. 393 k.p.k. Natomiast dokumenty zgromadzone podczas działań operacyjnych powinny być wprowadzone do procesu tak, jak dokumenty urzędowe, poprzez zastosowanie art. 393 § 1 k.p.k. (o ile w grę nie wchodzi zakaz z art. 174 k.p.k.).<sup>10</sup>

Kodeks postępowania karnego nie reguluje w sposób wyraźny dopuszczalności dowodów, zwłaszcza wadliwych. Poglądy doktryny w tym zakresie są zróżnicowane. K. Marszał, S. Stachowiak i K. Zgryzek twierdzą, że gdy pytamy, czy dany dowód jest dopuszczalny, to chcemy ustalić, czy to, co proponuje się we wniosku dowodowym lub co zamierza organ procesowy wprowadzić do procesu z urzędu, w celu uzyskania informacji, może być w ogóle dowodem.<sup>11</sup> Według R. Kmiecika dopuszczalność dowodu jest „kwestią prawną” i jest to problem wstępnej apriorycznej oceny dowodu.<sup>12</sup> W podobnym duchu wypowiadają się

<sup>8</sup> W. Daszkiewicz, *Taktyka kryminalistyczna a procesowe gwarancje praw jednostki i prawa obywatelskie*, [w:] J. Widacki (red.), *Problematyka etyczna w kryminalistyce. Materiały V Sympozjum Metodologii Kryminalistyki i Nauk Pokrewnych*, Katowice 1984, s. 53 i n.

<sup>9</sup> Zob. R. Kmiecik, *Prawnodowodowe aspekty ochrony programów komputerowych w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1997 nr 6, s. 16; A. Taracha, *Wykorzystywanie informacji...*, s. 133–135. Por. też: R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 2002, s. 37; S. Pikulski, *Podstawowe zagadnienia taktyki kryminalistycznej*, Białystok 1997, s. 50–51; P. Wierchołowski, *Utrwalanie rozmów...*, s. 303–320 oraz J. Gołębiowski, *Praca operacyjna w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej*, Warszawa 2009, s. 18 i 21.

<sup>10</sup> Zob. R. Kmiecik, *Dokumenty prywatne i ich „prywatne gromadzenie” w sprawach karnych*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 14 (przypis 17); A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 275–277. Podobnie: T. Grzegorzczak, *Wykorzystywanie i przekształcanie materiałów operacyjnych w materiał dowodowy w postępowaniu karnym*, [w:] E. W. Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny. Terroryzm. W ujęciu praktycznym*, Kraków 2005, s. 231; A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 2, s. 91–92.

<sup>11</sup> K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces...*, s. 219.

<sup>12</sup> R. Kmiecik (red.), *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 218.

T. Tomaszewski<sup>13</sup> i E. Gruza<sup>14</sup>, którzy dopuszczalność dowodu łączą z jego wprowadzeniem do procesu. K. Dudka wyraźnie podkreśla, że prawo karne procesowe przewiduje reguły gromadzenia i przeprowadzania dowodów. Niedopuszczalne są więc dowody sprzeczne z prawem.<sup>15</sup> A. Bojańczyk twierdzi, że w postępowaniu karnym dowodem nie może być nie to, co jest „sprzeczne z prawem”, lecz to, co jest wyraźnie „niedopuszczalne” w kodeksie postępowania karnego (por. art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k.). Żaden przepis ustawy karnej procesowej nie daje podstaw do twierdzenia, iż nie mogłoby być dowodem to, co zostało uzyskane w ogóle „sprzecznie z prawem” (np. karnym, konstytucyjnym, cywilnym, administracyjnym itd.).<sup>16</sup> P. Hofmański i S. Zabłocki stoją na stanowisku, że w procesie karnym dowodem może być wszystko, co przyczynia się do wyjaśnienia prawdy. Zagadnienie dopuszczalności dowodów w procesie karnym powinno być postrzegane nie przez pryzmat tego, co ustawodawca *expressis verbis* dopuścił, lecz tego, czego zakazał.<sup>17</sup> Zdaniem A. Gaberle jako dowód może być dopuszczone wszystko, co nie zostało przez ustawę wyłączone z kręgu tego pojęcia<sup>18</sup>; trafnie zauważa, że (poza generalnym zezwoleniem na uzyskiwanie środków dowodowych) zakazy dowodowe dotyczące osobowych źródeł dowodowych wyrażono wprost w k.p.k. W odniesieniu do dowodów rzeczowych i dokumentów określono warunki legalności tych czynności, a nie wprost podstawy ich dyskwalifikacji. W tej sytuacji każdy dowód uzyskany niezgodnie z warunkami jego uzyskiwania jest nielegalny, a zatem niedopuszczalny (nie nadaje się do wykorzystania w procesie karnym). Czynność niemieszcząca się w pojęciu np. podsłuchu lub kontroli korespondencji w rozumieniu nadanym tym pojęciom przez ustawę nie powinna prowadzić do uzyskania legalnego dowodu (zakazy wykorzystywania dowodów w drodze nielegalnego podsłuchu lub przeszukania wynikają dodatkowo z art. 41 ust. 1, 49 i 50 Konstytucji RP). A. Gaberle opowiada się za wyjątkowym odstępstwem od ochrony komunikowania się w przypadku nielegalnego podsłuchu dostarczającego dowodu w sprawie karnej, gdy w grę wchodzi stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność (art. 26 k.k. i art. 424 k.c.). Warunki legalności czynności, np. podsłuchu, określają uprawniony z mocy ustawy podmiot podejmujący czynność, przedmiotowy zakres czynności oraz sposób wykonania czynności w zakresie określonym w przepisie, np. w stosunku do

<sup>13</sup> T. Tomaszewski, *Problemy dopuszczalności dowodów naukowych w procesie amerykańskim – ciąg dalszy*, „Przeгляд Sądowy” 1995, nr 6, s. 92.

<sup>14</sup> E. Gruza, *Przyczynek do zagadnienia dopuszczalności i wykorzystywania „dowodów naukowych” w procesie karnym*, „Przeгляд Sądowy” 1995, nr 7–8, s. 86.

<sup>15</sup> K. Dudka, *Dopuszczalność tak zwanych dowodów prywatnych a realizacja zasady prawdy*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artymiak (red.), *Zasada prawdy materialnej. Materiały z konferencji Kraszycyn 15–16 października 2005 r.*, Kraków 2006, s. 350.

<sup>16</sup> A. Bojańczyk, *Jeszcze w sprawie konstytucyjnej dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2005, nr 3–4, s. 128.

<sup>17</sup> P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006, s. 139.

<sup>18</sup> A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków 2007, s. 38–39.

uprawnionej osoby, w określonym miejscu i czasie, aktualność decyzji – przykładowo konieczność zatwierdzenia. Czym innym zaś są przepisy regulujące tryb wykonywania tych czynności. Takie uchybienia mogą być oceniane tylko przez pryzmat art. 438 pkt 2 k.p.k.<sup>19</sup>

R. Kmiecik trafnie odróżnia niedopuszczalność i nieważność czynności procesowej od innego rodzaju wadliwości. Skuteczność dowodu i dopuszczalność nie zależą od tego, czy źródło dowodu znalazło się w sferze oddziaływania przestępnego lub nielegalnego z punktu widzenia innych gałęzi prawa. Inaczej należałoby traktować bezprawne (przestępne) działania skierowane przeciwko oskarżonemu, które naruszają normy gwarancyjne (*nemo se ipsum accusare tenetur*), a inaczej działania przeciwko osobom postronnym w celu uzyskania np. dowodu rzeczowego w czasie przeszukania. W tym ostatnim przypadku zachowanie takie powinno spotkać się z odpowiednią sankcją karną, cywilnoprawną lub dyscyplinarną, ale nie musi pociągać za sobą sankcji prawnoprocesowej w postaci nieważności, niedopuszczalności czy bezskuteczności dowodu. Dowody niedopuszczalne i nieważne nie podlegają konwalidacji. Dowody uzyskane w wyniku przestępstwa zachowują skuteczność dowodową, chyba że są niedopuszczalne lub nieważne w rozumieniu k.p.k. Niewykluczone, że nieważna czynność dowodowa będzie podlegała konwersji (należy ona w ogóle do kategorii czynności procesowych), np. nieważne zeznania w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi mogą mieć znaczenie informacyjne na gruncie działalności operacyjnej. Słusznie też R. Kmiecik opowiada się *de lege ferenda* za wyraźnym określeniem dowodów zabronionych i nieważnych.<sup>20</sup>

Mówiąc o „dopuszczalności dowodu” w procesie karnym należy mieć na względzie nie tylko zakazy dowodowe, ale również obowiązujące formy postępowania. Ocena aprioryczna dowodu dokonywana jest pod względem prawnym, a więc w świetle zakazów i reguł dowodowych decydujących o dopuszczalności dowodu. K.p.k. normuje w zakresie procesu karnego jako działalności publicznej

<sup>19</sup> *Ibid.*, s. 327–330, 332.

<sup>20</sup> R. Kmiecik, *Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 1989, z. 5, s. 93–99. A. Taracha twierdzi, że dyskwalifikacji powinny podlegać dowody uzyskane w wyniku przestępstwa także przez osoby prywatne (A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 280). R. Kmiecik proponuje *de lege ferenda*, aby dopuszczalność takiego dowodu uzależnić od pociągnięcia funkcjonariusza do odpowiedzialności karnej (R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 96). Z kolei B. Kurzępa uważa, że to wydłużałoby postępowanie i zagrażało poczuciu sprawiedliwości, gdyby wydano wyrok uniewinniający (B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i operacyjnych*, Toruń 2003, s. 90). A. Taracha podkreśla, że nie chodzi o skazanie funkcjonariusza, ale wystarczające byłoby przedstawienie zarzutów, gdyż tak należy rozumieć pociągnięcie do odpowiedzialności (A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 279–280, 282).

określone formy aktywności organów ścigania i sądów.<sup>21</sup> Postępowanie dowodowe nie toczy się na zasadzie „swobodnego uznania” organów procesowych, a tym bardziej osób prywatnych. Przepis art. 1 k.p.k. stanowi, że postępowanie karne toczy się według przepisów kodeksu, przy czym są to przepisy zakazujące lub zwalniające ale również uprawniające (zezwalające i zwalniające z obowiązku).<sup>22</sup> Poszukiwanie, zbieranie, utrwalanie i przeprowadzanie dowodów w procesie karnym odbywa się w ramach kompetencji organów i uczestników postępowania do tego uprawnionych w trybie przewidzianym przez k.p.k. – nie można więc przyjąć reguły „co nie jest zakazane, jest dozwolone”.<sup>23</sup>

Dopuszczalność dowodu w procesie karnym można określić jako weryfikację w świetle prawa karnego procesowego, czy dana osoba, rzecz, informacja, dokument (w szerokim rozumieniu obejmujący też audiowizualne bądź elektroniczne nośniki zawierające treści intelektualne) może uzyskać rangę dowodową dokonywaną w pierwszym rzędzie (pierwotnie) na etapie wprowadzania dowodu do procesu karnego, a wtórnie podejmowaną także w dalszych etapach dowodzenia<sup>24</sup>, gdzie może dojść do eliminacji dowodu niedopuszczalnego. Pytanie o dopuszczalność dowodu aktualizuje się we wszystkich etapach dowodzenia (poszukiwania, ujawniania i zabezpieczania, wprowadzania, przeprowadzania i oceny dowodów). W przyjmowanym w doktrynie szerokim znaczeniu dopuszczalność dowodu może być zatem weryfikowana przez pryzmat zakazów dowodowych ustanowionych w prawie karnym procesowym (nie tylko w k.p.k., ale także w ustawach pozakodeksowych – np. art. 6 ustawy o świadku koronnym<sup>25</sup>), a także wypełnienia wszelkich reguł prawa dowodowego<sup>26</sup> i zgodności z unormowaniami całego polskiego systemu prawnego (w tym Konstytucji RP), a nawet normami prawa obcego lub umów

---

<sup>21</sup> A. Taracha, *Jeszcze raz w sprawie tzw. „prywatnego gromadzenia” dowodów*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 1, s. 90–92. Reguły dowodowe ustanowione są przez prawo w celu usunięcia z podstawy dowodowej informacji, które nie stwarzają wystarczających podstaw wiarygodności, np. art. 393 § 3 k.p.k. Z kolei wyłączenia dowodowe traktować należy jako rezultat uchybień proceduralnych, nienależące ani do zakazów dowodowych, ani do reguł dowodowych; są one następstwem niezachowania trybu i formy przewidzianej w ustawie także w stosunku do dowodów dopuszczalnych. Podstawy tych wyłączeń mogą być podnoszone przez strony przy ocenie dopuszczalności dowodu, jednak nie każde uchybienie wyklucza dowód (R. Kmiecik (red.), *Prawo dowodowe...*, s. 209–210).

<sup>22</sup> A. Taracha, *O dowodach prywatnych w świetle Konstytucji – uwagi polemiczne*, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 96.

<sup>23</sup> A. Taracha, *O tzw. „dowodach prywatnych” w procesie karnym*, „Annales UMCS” 2007/2008, nr 54/55, s. 159–160.

<sup>24</sup> Por. wyrok SA w Krakowie z 20 października 20006 r., II AKa, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, z. 12, poz. 25). A. Kaftal mówi o dopuszczalności dowodów, odnosząc się do zakresu postępowania dowodowego i jego ograniczeń (A. Kaftal, *System środków odwoławczych w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972, s. 168 i n.).

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 o świadku koronnym (tekst jednolity: Dz.U. z 2007 r., nr 36, poz. 232).

<sup>26</sup> Por. K. Dudka, *Dopuszczalność...*, s. 350.

międzynarodowych<sup>27</sup>, gdy w rachubę wchodzi ich zastosowanie w postępowaniu dowodowym przeprowadzanym w polskim procesie karnym. Kontrowersyjne może wydać się to, by wolno było wykorzystać w procesie karnym dowód, który jest niedopuszczalny w postępowaniu cywilnym, administracyjnym, podatkowym. Przecież w tych postępowaniach nie korzysta się z dowodów niedopuszczalnych w procesie karnym, gdyż są sprzeczne z prawem.<sup>28</sup>

Rygoryzm dowodowy w różnych systemach prawnych jest różny. Bardzo rygorystyczne jest prawo amerykańskie, na tle którego dowody prawidłowo przeprowadzone, gdy pochodzą ze skażonego źródła, są dyskwalifikowane.<sup>29</sup> W ustawodawstwie Federacji Rosyjskiej istnieje z kolei norma prawna o charakterze ogólnym zakazująca wykorzystywania dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa. Norma ta ma charakter nie tylko kodeksowy<sup>30</sup>, ale także konstytucyjny.<sup>31</sup> Zgodnie z art. 89 k.p.k. Federacji Rosyjskiej w procesie dowodzenia zakazane jest korzystanie z wyników czynności operacyjno-rozpoznawczych, jeśli nie odpowiadają one wymogom odnoszącym się do dowodów w kodeksie postępowania karnego.

II. Do kategorii czynności operacyjno-rozpoznawczych dostarczających informacji o cechach środków dowodowych należy kontrola operacyjna. Kontrola taka prowadzona jest niejawnie i polega na:

- 1) kontrolowaniu treści korespondencji,
- 2) kontrolowaniu zawartości przesyłek,
- 3) stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów

<sup>27</sup> Por. art. 587 i art. 5884 k.p.k.

<sup>28</sup> Na gruncie innych dziedzin prawa przy ocenie dopuszczalności dowodu bierze się pod uwagę zarówno warunki ustawowe, jak i zakazy dowodowe, a także wychodzi się poza obszar procedury i sięga do prawa materialnego. A. Laško wska, *Dowody w postępowaniu cywilnym uzyskane w sposób sprzeczny z prawem*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 12, s. 89, 93–101; D. Strzelec, *Dowody sprzeczne z prawem w postępowaniu podatkowym*, „Przegląd Podatkowy” 2009, nr 1, s. 42–44. Por. art. 309 k.p.c. (ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego – Dz.U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.); art. 75 § 1 k.p.a. (ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego – tj. Dz.U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), art. 180 § 1 (ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa – tj. Dz.U. z 2005 r., nr 8, poz. 60 z późn. zm.).

<sup>29</sup> Por. A. M. Ludwikowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych*, Toruń 1998, s. 268 i 284. T. Tomaszewski, *Problemy dopuszczalności dowodów naukowych w procesie amerykańskim – ciąg dalszy*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 6, s. 80.

<sup>30</sup> W myśl art. 75 Kodeks postępowania karnego Federacji Rosyjskiej (18 grudnia 2001 r., nr 174-FZ z późn. zm.) niedopuszczalne są dowody uzyskane z naruszeniem k.p.k. Patrz: W. A. Azarow, *Ugolowno-procesualnyje i operatiwno-rozysknyje sriedstwa dostiżenia celi raskrytia prestupлений*, „Gosudarstwo i Prawo” 1997, nr 10, s. 49–45; A. Czurkin, *Operatiwno-rozysknyje mieroprijatija w sudiebnom sliedstwii*, „Rossijskaja Justicija” 1999, nr 4, s. 21; W. Zażycki, *Operatiwno-rozysknaia diejstielnost i ugołownoje sudoproizwodstwo*, „Rossijskaja Justicija” 2001, nr 3, s. 45–47.

<sup>31</sup> W. Popow, *Tipicznyje oszbyki pri opriedielenii sudom dopustimosti dokazatielstw*, „Rossijskaja Justicija” 2001, nr 1, s. 52–53.

telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych.

W tzw. ustawach policyjnych<sup>32</sup> unormowano zakres przedmiotowy i podmiotowy kontroli operacyjnej. Podejmowana jest ona w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw umyślnych ściganych z oskarżenia publicznego, wyczerpująco wymienionych w ustawie. Kwestie związane z zakresem podmiotowym i przedmiotowym kontroli operacyjnej oraz prawno-dowodowymi skutkami przekroczenia owego zakresu zostaną ukazane na podstawie ustawy o Policji po to, aby nie powtarzać podobnie unormowanych kwestii w innych tzw. ustawach policyjnych. Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji kontrola jest zarządzana, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne; sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną. W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, o którym mowa w ust. 1, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania. Wniosek organu ścigania o zarządzenie przez sąd okręgowy kontroli operacyjnej powinien zawierać w szczególności:

- 1) numer sprawy i jej kryptonim, jeżeli został jej nadany,
- 2) opis przestępstwa z podaniem, w miarę możliwości, jego kwalifikacji prawnej,
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej albo prawdopodobnej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków,
- 4) dane osoby lub inne dane, pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania,
- 5) cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej, o której mowa w ust. 6.

<sup>32</sup> Ustawa z 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tj. Dz.U. z 2007, nr 43, poz.277 z późn. zm.); ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2010, nr 29, poz. 154); ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tj. Dz.U. z 2005 r., nr 234, poz. 1997, z późn. zm.); ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tj. Dz.U. z 2004 r., nr 8, poz.65 z późn. zm.); ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. nr 123, poz. 1353, z późn. zm.); ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. nr 104, poz. 708, z późn. zm.); ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. nr 104, poz. 709, z późn. zm.).



Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd okręgowy może, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, jeżeli nie ustały przyczyny zarządzenia tej kontroli. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie wspomnianych okresów. Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego przechowywane są po zakończeniu kontroli przez okres 2 miesięcy, a następnie dokonuje się ich protokołarnego, komisyjnego zniszczenia.

W ustawach policyjnych wyraźnie zaznaczono, iż w postępowaniu przed sądem w odniesieniu do materiałów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k.<sup>33</sup> Utrwalenia rozmów zarejestrowane podczas wspomnianych czynności operacyjnych podlegają odtworzeniu (odsluchaniu) na rozprawie poprzez zastosowanie art. 393 § 1 k.p.k. albo wobec braku sprzeciwu obecnych stron, ujawnieniu bez odtwarzania (art. 394 § 2 k.p.k.). Przekłady zapisów rozmów są załącznikami do protokołu (analogia do art. 147 § 3 k.p.k.).<sup>34</sup> Dowodowo można wykorzystać wyniki tych czynności już w postępowaniu przygotowawczym. Sąd Apelacyjny w Lublinie podkreślił jednak, że odpowiednie stosowanie do materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej, zakupu kontrolowanego czy przesyłki niejawnie nadzorowanej art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k. nie oznacza możliwości odczytania takich dokumentów, których forma sporządzenia byłaby sprzeczna z przepisami k.p.k. W przypadku takich form dokumentowania czynności operacyjnych jak szyfrogramy, komunikaty z obserwacji lub stenogramy z podsłuchu, ich bezpośrednie odczytanie stanowiłoby obejście zakazów dowodowych i przepisów regulujących formę czynności procesowych. Np. w razie uzyskania materiału z kontroli operacyjnej należy przede wszystkim odtworzyć nagrania zarejestrowane na danym nośniku, a nie poprzestać tylko na odczytaniu stenogramów

<sup>33</sup> Por. K. T. Boratyńska, *Uwagi dotyczące kontroli operacyjnej w świetle nowelizacji art. 19 ustawy o Policji*, „Prokurator” 2001, nr 4, s. 44–53.

<sup>34</sup> Patrz: wyrok SN z 10 czerwca 2008 r., III KK 30/08, OSP 2009, z. 4, poz. 42; R. Połeć, *Uprawnienia Żandarmerii Wojskowej w zakresie kontroli operacyjnej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 4, s. 74–75, 77. D. Wysocki jest jednak zdania, że materiały w postaci utrważeń rozmów w ramach podsłuchu operacyjnego podlegają odtworzeniu, ale na zasadzie art. 207, 3862, zd. 2, 390 i 396 k.p.k. w zależności od istnienia potrzeby procesowej. D. Wysocki, *Glosa do wyroku SN z 10.06.2008 r., III KK 30/08*, OSP 2009, z. 4, s. 273–276.

z podsłuchu, bo to nie byłoby właściwą formą ujawnienia dowodu.<sup>35</sup> Przekazane prokuratorowi materiały powinny być oryginalne. Materiały te włączane są do procesu bezpośrednio i mają rangę dowodową.<sup>36</sup>

III. Przedmiotem kontrowersji w doktrynie i w orzecznictwie jest kwestia dowodowego wykorzystania informacji uzyskanych w toku kontroli operacyjnej poza zakresem podmiotowym i przedmiotowym zarządzanej kontroli.

W świetle przepisu art. 19 ustawy o Policji w postanowieniu o zarządzaniu kontroli operacyjnej konieczne jest, podobnie jak w postanowieniu o zarządzaniu kontroli i utrwalaniu rozmów w procesie karnym, wskazanie osoby i przestępstwa, co do których zarządza się kontrolę operacyjną. Warto zwrócić uwagę, że do nowelizacji, która weszła w życie 20 września 2006 r.<sup>37</sup> art. 19 ust. 4 ustawy o Policji (i art. 27 ust. 4 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu) stanowił, że właściwy sąd może zezwolić, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji albo Szefa ABW,

<sup>35</sup> Wyroki SA w Lublinie: z 3 stycznia 2005 r., II AKa 218/05, LEX nr 166006; z 3 października 2006 r., II AKa 273/06, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, z. 2, poz. 83. W literaturze wyrażono pogląd, że z treści art. 2 pkt 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych wynika, iż w postępowaniu jurysdykcyjnym sąd może odczytać dokumenty sporządzone na podstawie informacji utraconych na nośnikach (taśmach magnetofonowych, magnetowidowych, dyskach twardej, dyskietkach komputerowych, płytach kompaktowych itp.) czy też opisujące zawartość kontrolowanych przesyłek (zasadniczo będą to protokoły oględzin). Nie wolno natomiast sądowi odtwarzać np. za pomocą magnetofonu, magnetowidu, komputera czy innych środków technicznych materiałów uzyskanych w toku prowadzonej kontroli operacyjnej, gdyż takie odtworzenie byłoby ujawnieniem jednej z metod, jakimi posługują się organy ścigania w toku wykonywania czynności pozaprocesowych (J. Korycki, *Kontrola operacyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7–8, s. 156). Warto zwrócić uwagę, że art. 19a ust. 7 ustawy o Policji także wspomina o wszystkich materiałach zgromadzonych podczas stosowania czynności, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, które mogą być podstawą wszczęcia postępowania karnego. Nie można pominąć treści 5 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 marca 2002 r. (Dz.U. nr 24, poz. 252) w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Policję kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, zarządzeń i materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, a także przetwarzania i niszczenia tych materiałów, który mówi wyraźnie o uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej materiałach pozwalających nie tylko wszcząć postępowanie karne, ale o materiałach mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego.

<sup>36</sup> R. Poleć, *Uprawnienia Żandarmerii...*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 4, s. 74–75, 77. J. Kudła zaznacza, że zakres wykorzystania materiałów operacyjnych w procesie karnym w dużej mierze zależy od procedur zezwalających na dostęp do informacji zawierających tajemnicę chronioną prawem oraz innych zakazów dowodowych. J. Kudła, *Wykorzystanie wyników czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym – problematyka wybrana*, [w:] J. Kasprzak, B. Młodziejowski (red.), *Kryminalistyka i inne nauki pomocowe w postępowaniu karnym*, Olsztyn 2009, s. 330, 338 i 344. W demokratycznym państwie prawa nie jest poza tym w żadnym wypadku możliwe przechowywanie informacji na temat obywateli uzyskanych w toku czynności operacyjnych z uwagi na potencjalną przydatność tych informacji, bez związku z toczącym się już postępowaniem (A. Kiedrowicz, *Zagadnienie kontroli przekazów informacji w ramach telefonii internetowej*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 133).

<sup>37</sup> Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 158, poz. 1122).

złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, na odstąpienie od zniszczenia materiałów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej w wypadkach niecierpiących zwłoki (w sytuacji gdy sąd nie udzielił zgody na prowadzenie tej kontroli), jeżeli stanowiły one dowód lub wskazywały na zamiar popełnienia przestępstwa, dla wykrycia którego na podstawie przepisów ustawowych może być prowadzona kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze. Przepis ten stwarzał możliwość wykorzystania bezpośrednio w procesie karnym uzyskanego w ramach podsłuchu operacyjnego dowodu, który świadczy o popełnieniu innego przestępstwa niż to, odnośnie do wykrycia którego pierwotnie podsłuch był zarządzony. Chodziło tu o dowód uzyskany przy okazji podsłuchu operacyjnego prowadzonego w innej sprawie. Należy zauważyć, że jeśli sąd zezwolił na odstąpienie od zniszczenia materiałów, do rąk organów ścigania mógł trafić dowód wskazujący na popełnienie właściwie każdego przestępstwa (ponieważ praktycznie prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych nie jest w tym zakresie ograniczone), a nie tylko dotyczącego najcięższych czynów zabronionych, co do których może być prowadzona kontrola operacyjna.<sup>38</sup> W ten sposób ustawodawca ingerował w sferę prywatności i tajemnicę komunikowania się. Poszerzono bowiem zakres informacji nadających się do wykorzystania w procesie dowodzenia i tym samym poszerzono krąg osób podsłuchiowanych. Łatwo wyobrazić sobie, że w przypadku niecierpiącym zwłoki zarządzono podsłuch np. w celu wykrycia zabójstwa lub szpiegostwa, a utrwalono informacje odnoszące się do dokonania serii włamań, czyli przestępstwa o mniejszym ciężarze gatunkowym (co do którego jednak mogą być prowadzone czynności operacyjno-rozpoznawcze, np. wywiad lub obserwacja). Jeżeli zachodziła sytuacja określona w art. 19 ust. 4 ustawy o Policji, podsłuchane informacje na temat włamań utrwalone na taśmie mogły być dowodem ścisłym w procesie karnym. Faktem jest, że niekiedy w inny sposób nie udałoby się wykryć okoliczności popełnienia tego przestępstwa. Może jednak być tak, że nie stanowi żadnego problemu zdobycie dowodów i ustalenie sprawców czynu w inny sposób, bez uciekania się do podsłuchu operacyjnego (drastycznie naruszającego prywatność i tajemnicę komunikowania się) i w związku z tym wykorzystanie podsłuchu w działalności operacyjnej w ogóle nie przysłoby do głowy funkcjonariuszom organów ścigania prowadzącym tę działalność. Ustawodawca nie określał w uchylnym art. 19 ust. 4 ustawy o Policji choćby ogólnych kryteriów, jakie powinien wziąć pod uwagę sąd udzielający takiego zezwolenia. Trybunał Konstytucyjny wskazywał, że legalizacja kontroli operacyjnej poprzez sądy prowadzi do stosunkowo łatwo sprawdzalnej skali prowadzonych działań operacyjnych. W sytuacji polegającej na utrwaleniu dowodu np. popełnienia innego czynu „katalogowego” nie chodzi jednak o „rozmnożenie” kontroli, ale jedynie o wykorzystanie materiałów uzyskanych w toku jednostkowej, legalnej kontroli operacyjnej.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Por. M. Bogalecka, *Wybrane zagadnienia problematyki stosowania podsłuchu operacyjnego na tle ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji. Ujęcie procesowe*, [w:] K. Lankosz, M. Chorośnicki, P. Czubik, *Walka z terroryzmem w świetle prawa międzynarodowego*, Bielsko-Biała 2005, s. 226.

<sup>39</sup> Wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K32/04, Dz.U. nr 250, poz. 2116.

W praktyce dylemat, czy można zrobić konkretny użytek z informacji uzyskanych poza podmiotowym i przedmiotowym zakresem zarządzanej kontroli, ciągle jednak powracał i powraca. Warto dokonać przeglądu też doktryny i orzecznictwa w zakresie oceny dopuszczalności dowodowego wykorzystania wyników wspomnianej kontroli poza podmiotowym i przedmiotowym zakresem jej stosowania, mając jednocześnie cały czas na względzie przytoczone wcześniej poglądy co do dopuszczalności dowodów w procesie karnym.

W orzecznictwie zaznaczono, iż ustawa o CBA wprowadza prawo korzystania w procesie karnym z dowodów uzyskanych przez Centralne Biuro Antykorupcyjne w trybie art. 17 ust. 1 pkt. 1 i 2 tej ustawy. Przepisy te nie wymieniają zbrodni zabójstwa ani nieumyślnego spowodowania śmierci. Sprawia to, że uzyskane w tym trybie dowody wskazujące na popełnienie wspomnianych przestępstw nie mogą być podstawą ustaleń, jako zgromadzone w sposób sprzeczny z prawem, a tym samym nielegalnie.<sup>40</sup>

Na tle aktualnego stanu prawnego w orzecznictwie wyrażono również kontrowersyjny pogląd, że uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, ale przez inną osobę niż objęta postanowieniem wydanym na mocy art. 19 ust. 2 ustawy albo popełnionych wprawdzie przez osobę objętą postanowieniem, ale dotyczące innych przestępstw niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane przed sądem (art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k.), pod warunkiem że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, stosowany odpowiednio).<sup>41</sup> Sąd Najwyższy uznał, że dowody pozwalające na wszczęcie postępowania lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania zgromadzone w trakcie kontroli operacyjnej mogą dotyczyć wyłącznie przestępstw, które ustawodawca przewidział w ramach przedmiotowego zakresu kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 1 ustawy o Policji). Natomiast uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, ale przez inną osobę niż objęta postanowieniem wydanym na mocy art. 19 ust. 2 ustawy albo popełnionych wprawdzie przez osobę objętą postanowieniem, ale dotyczące innych przestępstw niż wskazane w tym postanowieniu mogą być wykorzystane przed sądem (art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k.), pod warunkiem że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, stosowany odpowiednio). Sąd Najwyższy, opowiadając się za dopuszczalnością tego typu dowodów, powołał się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nakazujące restryk-

<sup>40</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 maja 2007 r., II AKz 288/07, „Prokuratura i Prawo” 2008, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 15, LEX nr 282389 z aprobującą glosą S. Hoca, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 4, s. 170–175.

<sup>41</sup> Postanowienie SN z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37. Podobnie postanowienie SA we Wrocławiu z 12 maja 2008 r., II APKzPF-19/08, OSA 2009, nr 2, poz. 30. Patrz też: wyrok SA w Lublinie z 18 maja 2009 r., II AKa 122/08, LEX nr 513128.

cyjnie traktować wszelką ingerencję w prawa i wolności obywatelskie (stąd niedopuszczalność wykorzystania zapisów zawierających informacje o popełnieniu przestępstwa niewskazanego w katalogu w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji), a także nawiązał do prymatu prawa unijnego nad prawem wewnętrznym w kontekście Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, zajmującej w prawie wspólnotowym miejsce ważne i szczególne. SN powołał się też na Konstytucyjną zasadę proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w sferę praw i wolności obywatelskich w imię bezpieczeństwa i porządku publicznego (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Zdaniem SN za dopuszczalnością wykorzystania dowodowego informacji o innych przestępstwach tzw. katalogowych, ale niewskazanych w pierwotnym postanowieniu o zarządzeniu kontroli operacyjnej, przemawia to, że art. 19 ust. 7 ustawy o Policji oznacza tylko, że należy jak najprecyzyzniej, w celu wyeliminowania nadużyć w kontroli, określić jej przedmiot i podmiot. Skoro zaś ustawodawca przewidział szczególną procedurę uzyskiwania następczej zgody sądu, to można ją stosować do innych przestępstw i osób nieobjętych pierwotną zgodą sądu. Natomiast w sytuacji, w której usunięcie zgromadzonej informacji dotyczących tzw. przestępstw „niekatalogowych” ze względów technicznych nie jest możliwe, gdyż nośnik, na którym są zapisane zawiera także inne dane, których gromadzenie jest dopuszczalne i służy ochronie bezpieczeństwa publicznego, gwarancją realizacji konstytucyjnej autonomii informacyjnej jednostki jest zakaz wykorzystywania jako dowodów tych informacji, które wykraczają poza cele kontroli operacyjnej określonej w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. W tym wypadku ustawa nie przewiduje nawet choćby zgody następczej. Legalność wcześniej zarządzanej kontroli operacyjnej nie jest bowiem wystarczającym warunkiem do późniejszego uznania materiałów uzyskanych w czasie kontroli za dowód w sprawie.

A. Lach i B. Sitkiewicz, odnosząc się do dopuszczalności dowodowego wykorzystania wyników kontroli operacyjnej poza podmiotowym i przedmiotowym zakresem, wskazują, że:

– korzyści praktyczne nie przeważają nad względami gwarancyjnymi i koniecznością zapewnienia realizacji konstytucyjnej zasady proporcjonalności w przypadku podsłuchu operacyjnego, dlatego nie można zgodzić się z korzystaniem z informacji dotyczącej przestępstw „niekatalogowych”; odwołać się należy do Konwencji o ochronie praw człowieka i do zasady *exceptiones non sunt extendae*, która zakazuje rozszerzania zawartych w katalogu wyjątków, w szczególności jeśli chodzi o ograniczenie praw i wolności obywatelskich. Wykładnia rozszerzająca przepisów o charakterze nadzwyczajnym jest niedopuszczalna;

– nie da się z treści art. 19 ust. 1 wywieść procedury następczej zgody. Posługując się wykładnią literalną i systemową, należałoby więc uznać, że wykorzystanie materiałów, które dotyczą innych osób niż wskazane w postanowieniu oraz innych czynów katalogowych, w ogóle jest możliwe i nie wymaga żadnej następczej zgody jakiegokolwiek organu. Przemawiają za tym przede wszystkim względy celowościowe, które są tu decydujące;

– mimo że czynność kontroli operacyjnej podejmowana jest w celu odnoszącym się do konkretnego czynu, to jednak utrwalenie treści rozmowy osoby, co do której wydano postanowienie o stosowaniu kontroli operacyjnej z inną osobą współdziałającą w czynie tego pierwszego – niezależnie od tego, czy uznać je za dokument, czy dowód rzeczowy – zostało dokonane legalnie (o istnieniu warunków do zarządzenia kontroli przesądził już bowiem sąd okręgowy), a nowa informacja zawarta w tym środku dowodowym, a dotycząca owego współdziałającego jest, jak trafnie określa się w doktrynie austriackiej, jedynie „przypadkowym ujawnieniem”.<sup>42</sup>

M. G. Węglowski uważa, że dopuszczalność wykorzystania dowodów zaistnienia innego przestępstwa niż „katalogowe” wynika z art. 10 § 1 k.p.k., formułującego w sposób jednoznaczny zasadę legalizmu, jak i z art. 2 ustawy o prokuraturze. Pozostawienie bez procesowej reakcji udokumentowanej poprzez kontrolę informacji o przestępstwie, stanowić może podstawę od rozważenia odpowiedzialności prokuratora za przestępstwo niedopełnienia obowiązku służbowego z art. 231 § 1 k.k. Ściganie czynów mających charakter „pozakatalogowy” i tak leży w sferze kompetencji Policji. Informacje z kontroli, wykraczające poza granice dopuszczalności określone w art. 19 ust. 1, są objęte zgodą sądu. Wykorzystanie w sposób procesowy informacji o przestępstwie „pozakatalogowym”, płynącej z kontroli operacyjnej, nie stanowi jakiegokolwiek pogwałcenia Konstytucji RP. W tym celu, by ingerencja ta była jak najmniej dolegliwa dla obywateli, ukształtowana została w art. 19 ustawy o Policji odpowiednia procedura zastosowania kontroli, której kluczowymi elementami jest z jednej strony podwójna akceptacja, a z drugiej – zasada subsydiarności. Odrzucenie takiego poglądu świadczy o skrajnym braku zaufania, zwłaszcza do sądów podejmujących decyzję o zgodzie na kontrolę operacyjną. Nie może natomiast być mowy, by procedura taka miała chronić jakieś wyimaginowane „prawo do przestępstwa”. Warto też zauważyć zdaniem M.G. Węglowskiego, że art. 19 ust. 17 nakazuje protokolarnie, komisyjne zniszczenie materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego, w ciągu 2 miesięcy od zakończenia kontroli operacyjnej. Ustawodawca nie posłużył się pojęciem „przestępstwa” lub wręcz „przestępstwa, o którym mowa w ust. 1”, co ewentualnie mogłoby skłaniać do rozważenia, czy nie chodzi o przestępstwa „katalogowe”, albo przesądzić o tym, lecz zastosował zwrot: „dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego”, a zatem – jakiegokolwiek postępowania.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> A. Lach, B. Sitkiewicz, *Glosa do postanowienia SN z 26.04. 2007 r., I KZP 6/07*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 10, s. 146–152.

<sup>43</sup> Por. ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (tj. Dz.U. z 2008 r., nr 7, poz. 39 z późn. zm.). Gdyby SN mógł wykorzystać dowód z kontroli przeciwko obywatelowi, który dopuścił się np. obrotu narkotykami, nie wolno zaś, jeżeli ten sam obywatel dopuścił się zgwałcenia (mimo że ani w jednym, ani w drugim wypadku nie był on podmiotem wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej), to prowadziłoby to wprost nie do ochrony prawa do prywatności i tajemnicy korespondencji, lecz do ochrony sprawców

Trudno zaakceptować zaprezentowaną interpretację, w świetle której traci na znaczeniu wyodrębnienie katalogu przestępstw, co do których może być zarządzana kontrola operacyjna.

Jak trafnie zauważa A. Herzog, czym innym jest zarządzanie (zalegalizowanie) kontroli operacyjnej, a czym innym wykorzystanie materiałów zebranych podczas tej kontroli. Wykładnia językowa art. 19 ust. 15 nie wystarczy. Potrzebna jest wykładnia systemowa i funkcjonalna. Treści innych ustępów art. 19 nie można interpretować w oderwaniu od ust. 1 określającego katalog przestępstw. Inaczej ujawniłaby się sprzeczność wewnętrzna i nieracjonalność ustawodawcy. Zgoda następcza jest precyzyjnie unormowana i nie można dowodowo wykorzystać informacji uzyskanych w ramach kontroli zarządzanej w wypadkach niecierpiących zwłoki ani w sprawie o inne przestępstwo, ani przeciw innej osobie niż ta objęta zarządzoną kontrolą zatwierdzoną następnie przez sąd.<sup>44</sup> Poza tym nasuwa się istotne pytanie, w jakich sytuacjach sąd okręgowy miałby odmówić następczej zgody. Z kolei inny problem dotyczy sytuacji, gdy np. Straż Graniczna uzyska materiały dotyczące przestępstwa znajdującego się poza katalogiem z art. 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej, a przynależnym do katalogu art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. *De lege lata* wydaje się, że przekazanie owych materiałów na podstawie art. 9e ust. 16 ustawy o Straży Granicznej prokuratorowi, czy też „ciche” przesłanie ich Policji należy uznać za niedopuszczalne.<sup>45</sup>

Krytycznie do poglądów wyrażanych w orzecznictwie odnosi się D. Szumiło-Kulczycka, która z obawą podchodzi do odpowiedniego stosowania art. 19 ust. 3, jeśli chodzi o zalegalizowanie uzyskanych w trakcie kontroli operacyjnej innej osoby lub informacji dotyczących innego przestępstwa niż te objęte wcześniejszym postanowieniem sądu zarządzającego ową kontrolę przede wszystkim z uwagi na zbyt szerokie możliwości pozyskiwania w ten sposób materiału dowodowego, jak i z uwagi na objęcie zgodą następczą sądu tylko nagrań uzyskanych do 5 dni przed wydaniem takiej zgody (co może prowadzić do nieuwzględnienia o wiele istotniejszych zapisów zarejestrowanych wcześniej).<sup>46</sup> J. Kudła i D. Kaszubowski proponują, aby ustawodawca wyraźnie w przepisie nakazał zniszczenie materiałów niemających

---

szerszej grupy przestępstw, pozostającej poza katalogiem sformułowanym w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. M. G. Węglowski, *Glosa do postanowienia SN z 26.04.2007 r., I KZP 6/07*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 2, s. 156–164.

<sup>44</sup> A. Herzog, *Glosa do postanowienia SN z 26.04.2007 r., I KZP 6/07*, „Diariusz Prawniczy” 2007, nr 3, s. 106–118. Podobnie też: D. Drajewicz, *Zgoda następcza sądu na stosowanie kontroli operacyjnej*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 1, s. 94–95.

<sup>45</sup> Por. A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, s. 90–93.

<sup>46</sup> D. Szumiło-Kulczycka, *Glosa do postanowienia SN z 26.04.2007 r., I KZP 6/07*, „Palestra” 2008, nr 9–10, s. 304–307.

znaczenia nie tylko dla postępowania, ale też dla czynności operacyjno-rozpoznawczych podjętych w celu zapobieżenia przestępstwu.<sup>47</sup>

W orzecznictwie i doktrynie słusznie podkreślono także, że materiały uzyskane w toku kontroli operacyjnej nie mogą być wykorzystane jako dowody dla celów postępowań innych niż karne. Wykraczałoby to w sposób jaskrawy poza zakres art. 19 ust. 15 ustawy o Policji. Dotyczy to zatem również niemożności wykorzystywania takich materiałów w postępowaniu dyscyplinarnym. Jedynym wyjątkiem może być wykorzystanie ich w sytuacji, gdy zarzucany delikt dyscyplinarny wyczerpuje równocześnie znamiona przestępstwa. Wówczas materiały takie mogą być wykorzystane w sposób niejako pośredni. Może się bowiem zdarzyć, że taki prawomocny wyrok skazujący zostanie oparty m.in. na dowodach zebranych w toku kontroli operacyjnej, a to z kolei zostanie wykorzystane w postępowaniu dyscyplinarnym dotyczącym tego samego czynu.<sup>48</sup>

Z dezaprobatą należy się jednak odnieść do ewentualnych prób instrumentalnego kwalifikowania przestępstw w taki sposób, aby wykorzystać w celu wykrycia przestępstwa możliwości, jakie stwarza procesowa kontrola i utrwalane rozmów<sup>49</sup>, a także kontrola operacyjna. Jeśli do zmiany kwalifikacji dojdzie po zakończeniu podsłuchu, to nie ma to znaczenia dla dopuszczalności dowodu, miarodajna jest bowiem kwalifikacja prawna przyjęta w chwili uruchomienia i realizacji podsłuchu.<sup>50</sup> W orzecznictwie podniesiono też problem dopuszczalności podsłuchu zarządzanego w sprawie o przestępstwo niekatalogowe, lecz w intencji zapobieżenia popełnieniu przestępstwa należącego do katalogu czynów umożliwiających stosowanie podsłuchu lub podsłuchu prowadzonego o przestępstwo niekatalogowe w razie zmiany kwalifikacji prawnej.<sup>51</sup>

Ponadto w orzecznictwie podkreślono, że dowód w postaci informacji uzyskanych z podsłuchu telefonicznego w trakcie rozmowy prowadzonej przez osobę, co do której właściwy sąd wydał zezwolenie na stosowanie podsłuchu, z oskarżonym, co do którego takiego zezwolenia nie uzyskano, nie może być procesowo wykorzystany, zarówno w postępowaniu przeciwko temu oskarżonemu, jak i przeciwko innemu oskarżonemu, którego podsłuchiwana rozmowa miała dotyczyć. Zgoda sądu na podsłuch jednej osoby dawałaby praktycznie możliwość wykorzystania kontroli operacyjnej przeciwko każdemu, z kim ta osoba prowadziła rozmowę już bez uzyskania zgody sądu. Brak procesowego wykorzystania wspomnianych informacji nie stoi w sprzeczności z zasadą legalizmu, gdyż obliuguje ona organ do wszczęcia procesu karnego, ale w warunkach ustanowionych w kodeksie postępowania

<sup>47</sup> J. Kudła, D. Kaszubowski, *Wykorzystanie dowodu uzyskanego z podsłuchu operacyjnego w świetle najnowszego orzecznictwa*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 1, s. 108.

<sup>48</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 28 września 2006 r., sygn. I KZP 8/0634. OSNKW 2006, nr 10, poz. 87; A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów...*, s. 99.

<sup>49</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks...*, t. I, s. 1064.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Uchwała SN z 27 lipca 2006 r., SNO 35/06, LEX nr 471767.



karnego. Na dowodowe wykorzystanie takich materiałów w procesie potrzebna jest zatem następcza zgoda sądu. Przy czym termin 5-dniowy musi być liczony od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej w trybie niecierpiącym zwłoki, a nie od daty przeprowadzenia tej rozmowy.<sup>52</sup> Zasada legalizmu nie może uprawniać do gromadzenia materiału dowodowego z pominięciem zakazów dowodowych i wbrew regułom gromadzenia dowodów. Brak „obudowania” art. 19 ust. 15 ustawy o Policji wymaganiem respektowania zakazów dowodowych mógłby prowadzić poprzez posłużenie się podsłuchem pozaprocesowym do pozyskiwania pełnowartościowych dowodów z obejściem przepisów k.p.k. mających gwarancyjny charakter.<sup>53</sup>

Za legalne należałoby uznać informacje uzyskane dzięki zastosowaniu urządzenia podsłuchowego w aparacie telefonicznym, ale zarejestrowane przypadkowo po zakończeniu telefonicznej konwersacji (np. na skutek nieprawidłowego odłożenia słuchawki), a więc przekazane w trakcie rozmowy prowadzonej w pomieszczeniu nie przez telefon.<sup>54</sup> Dyskusyjne jest to, czy dla legalności podsłuchu nie powinien mieć znaczenia fakt, że dokonane zostało nieoczekiwanie na skutek awarii inna, ale dozwoloną techniką, niż pierwotnie zakładano. Technika powinna „zapobiegać” takim sytuacjom, ale w świetle prezentowanego już poglądu o zawężającej interpretacji przepisów ustanawiających wyjątki od przyznaných praw i wolności obywatelskich (takich jak prawo do prywatności i tajemnicy komunikowania się) trudno bez wątplenia twierdzić, że jeśli już dojdzie do wspomnianých sytuacji, to zapisy z nagraniami nie powinny zostać zniszczone.<sup>55</sup> Warunki techniczne dają okazję do podsłuchiwania i sporządzania zapisów rozmów szeregu osób postronnych. Trudno ze względów technicznych stworzyć warunki, które pozwolą na podsłuchiwanie wybiórczo osób podejrzanych czy oskarżonych. Poza tym wstępna selekcja informacji zgromadzonych w toku podsłuchu procesowego oznaczałaby wkroczenie w kompetencje sądu, który, zgodnie z art. 19 ust. 7 ustawy o Policji, ma wyłączność na zarządzenie zniszczenia określonych zapisów.<sup>56</sup> Jednak gdy utrwali się wypowiedź osoby, nieobjętej zarządzoną kontrolą operacyjną, wówczas powstaje wątpliwość, czy można wykorzystywać dla celów dowodowych utrwalone wypowiedzi takiej osoby, o ile nie uzyska się następczej zgody sądu.

W Niemczech zakaz wykorzystywania informacji uzyskanych w wyniku stosowania środków technicznych jest konsekwencją ich zastosowania z naruszeniem

---

<sup>52</sup> Wyrok SA w Warszawie z 24 stycznia 2008 r., II AKa 405/07, OSA 2009, nr 8, poz. 29 wraz z uzasadnieniem. Patrz też: J. Kudła, D. Kaszubowski, *Wykorzystanie dowodu uzyskanego z podsłuchu operacyjnego w świetle najnowszego orzecznictwa*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 1, s. 108.

<sup>53</sup> G. Musialik-Dudzińska, *Podsłuch pozaprocesowy (operacyjny) na gruncie znowelizowanej ustawy dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 4, s. 62.

<sup>54</sup> K. Dudka, *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998, s. 113–114.

<sup>55</sup> Por. M. Klejnowska, *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004, s. 161.

<sup>56</sup> *Ibid.*, s. 165.

prawa i metody ich pozyskania. Ma to miejsce wtedy, gdy brak było przesłanek ustawowych podsłuchu, podsłuch stosowano przeciw osobie, co do której jest zakaz, nie zostało wydane postanowienie sądu, przekroczono termin, do którego podsłuch miał trwać. Gdy podsłuchuje się kilku współoskarżonych, a zakaz podsłuchu dotyczy jednego nich, to gdy da się „wyzolować” ten podmiot i jego sytuację prawną, zakaz będzie go chronił. W doktrynie niemieckiej też spierano się, czy można wykorzystać dowody, o których dowiedziano się w trakcie nielegalnego podsłuchu. Gdy nie przyjmiemy doktryny owoców zatrutego drzewa, to jest to dopuszczalne. Proponuje się jednak mimo obowiązywania tej doktryny, aby z uzyskanych nielegalnie informacji korzystać, gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że dalsze czynności wykrywacze niezwiązane z nielegalnym podsłuchem i tak doprowadziłyby do wykrycia tego typu dowodów. Inna koncepcja przyjmuje, że nie można wprost, a tylko pośrednio wykorzystać te dowody, np. gdy informacja z nielegalnego podsłuchu dotyczy miejsca, co do którego zarządzono przeszukanie, to można dowodowo wykorzystać zebrane podczas tego przeszukania dowody rzeczowe.<sup>57</sup>

IV. W doktrynie nie jest nowością pogląd traktujący czynności operacyjne jako uzupełniające lub wykonawcze w stosunku do czynności procesowych i zadań postępowania karnego, które mogą nie tylko wyprzedzać wszczęcie procesu, ale mogą być prowadzone równoległe z toczącym się postępowaniem.<sup>58</sup> Nie mogą jednak zupełnie zastępować czynności procesowych. T. Tomaszewski zakwestionował stosowanie podsłuchu operacyjnego w toku postępowania karnego.<sup>59</sup> R. Zakrzewski i W. Jarochoa są zdania, że brak sformułowania, iż podjęcie czynności procesowych wyklucza podejmowanie czynności określonych w art. 19 ustawy o Policji, daje podstawę do jednoczesnego ich stosowania.<sup>60</sup> W wytycznych

<sup>57</sup> G. Musialik-Dudzińska, *Ograniczenia możliwości dowodowego wykorzystania informacji uzyskanych w wyniku zastosowania podsłuchu elektronicznego na gruncie prawa niemieckiego*, „Problemy Prawa Karnego” 2004, nr 25, s. 126–127, 129–130.

<sup>58</sup> B. Holyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 1996, s. 29; K. Dudka, *Kontrola korespondencji i podsłuch...*, s. 95; R. Kmiecik, *Kontrola rozmów telefonicznych jako czynność procesowa i operacyjno-rozpoznawcza*, [w:] *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*, Lublin 1986, s. 224–225; S. Hoc, *Refleksje na marginesie art. 10 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, nr 3–4, s. 32. Tajność działań operacyjnych podkreśla m.in. K. Skowroński, *Operacyjna kontrola rozmów telefonicznych. Ustawowa treść a praktyczne oblicze „legalnej inwigilacji”*, [w:] P. Chrzczonowicz, V. Kwiatkowska-Darul, K. Skowroński (red.), *Spółeczeństwo inwigilowane w państwie prawa*, Toruń 2003, s. 162.

<sup>59</sup> T. Tomaszewski, *Uwagi do artykułu na temat Refleksje na marginesie art. 10 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, nr 3–4, s. 39. K. Eichstaedt dopuszcza stosowanie kontroli operacyjnej w postępowaniu przygotowawczym, ale sprzeciwia się jej dopuszczeniu w fazie jurysdykcyjnej, gdzie gospodarzem procesu jest sąd (K. Eichstaedt, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9, 45).

<sup>60</sup> R. Zakrzewski, W. Jarochoa, *Rozszerzenie czy ograniczenie operacyjnych możliwości policji*, „Rzeczpospolita” 1995, nr 146, s. 16; H. Pracki, *Nowe instytucje w ustawach policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2–3, s. 40–42.

Komendy Głównej Policji dopuszczono prowadzenie podsłuchu operacyjnego w procesie z uwagi na możliwość zapoznawania się policjanta z treścią takich rozmów.<sup>61</sup> Natomiast według pisma zastępcy prokuratora generalnego z 27 grudnia 2004 r. uruchomienie podsłuchu operacyjnego w stosunku do osoby posiadającej status podejrzanego lub oskarżonego nie jest możliwe w sprawach operacyjnych dotyczących czynów wchodzących w zakres tych właśnie postępowań karnych, chyba że nie wiadano o sprawie karnej albo uzyskano materiały w sprawie operacyjnej dotyczącej innego przestępstwa. M. Chrabkowski nie wyklucza stosowania kontroli operacyjnej w procesie, zwłaszcza gdy sprawa operacyjna dotyczy przestępstwa nieobjętego katalogiem w art. 237 § 3 k.p.k.<sup>62</sup> Gdy prowadzi się kilka spraw operacyjnych względem tej samej osoby (czasem nawet o to samo przestępstwo) przez różne jednostki Policji i one występują o zarządzenie kontroli, to wszystko zależne jest od właściwej koordynacji przepływu informacji pomiędzy prowadzącymi sprawy operacyjne oraz dysponowania przez sądy lub prokuratury odpowiednimi urządzeniami ewidencyjnymi pozwalającymi na monitorowanie nazwisk osób poddawanych kontroli operacyjnej.<sup>63</sup> Warto też podkreślić, że cele czynności operacyjnych są w niektórych punktach zbieżne z celami postępowania przygotowawczego.<sup>64</sup> Poza tym art. 19 ust. 5 ustawy o Policji oraz art. 27 ust. 5 ustawy o ABW i AW mówią wprost o zarządzeniu kontroli operacyjnej nie tylko wobec osoby podejrzanej, ale także wobec oskarżonego.<sup>65</sup> Zauważyć należy, że decyzja o rozpoczęciu prowadzenia podsłuchu w postępowaniu operacyjnym i w procesie podej-

<sup>61</sup> Pismo naczelnika Wydziału Standaryzacji Biura Taktyki Zwalczenia Przestępczości Komendy Głównej Policji z 4 lutego 2005 r., II-406/8/05. Prokurator, gdy otrzyma przytłaczającą ilość materiałów w formie transkryptów, analiz i elektronicznych nośników informacji, np. z 6 miesięcy, zanim przebrnie przez lekturę zmuszony będzie odsunąć w czasie decyzję o wszczęciu postępowania przygotowawczego. Policjant, który na bieżąco zapoznaje się z tymi materiałami, jest lepiej zorientowany w ich treści. M. Chrabkowski, *Kontrola operacyjna w projekcie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych*, „Przegląd Policyjny” 2008, nr 3, s. 99 i 103.

<sup>62</sup> M. Chrabkowski, *Kontrola operacyjna w projekcie ustawy...*, s. 97–98, 103. Podobnie E. Gruza, A. Rasz, *Procesowo-kryminalistyczne aspekty podsłuchu*, „Studia Iuridica” 2006, nr 46, s. 117.

<sup>63</sup> M. Chrabkowski, *Kontrola operacyjna*, „Przegląd Policyjny” 2005, nr 1, s. 71, 83.

<sup>64</sup> Zarówno art. 297 k.p.k., jak i art. 19 ust. 1 ustawy o Policji i art. 27 ust. 6 pkt 3 i ust. 9 ustawy o ABW oraz AW mówią o utrwaleniu dowodów, a także o ujawnieniu (wykryciu) sprawcy. A. Taracha słusznie zaznacza, że funkcja dowodowa i wykrywacza w procesie karnym nawzajem się przenikają (A. Taracha, *Funkcja dowodowa a funkcja wykrywacza czynności procesowych i operacyjno-rozpoznawczych*, „Przegląd Policyjny” 2004, nr 1–2, s. 5–18).

<sup>65</sup> Należałoby także rozważyć, czy art. 19 ust. 5 ustawy o Policji i art. 27 ust. 5 ustawy o ABW oraz AW nie zinterpretować w ten sposób, że podsłuch w ramach kontroli operacyjnej można stosować wobec oskarżonego, ale gdy jest on jednocześnie osobą podejrzaną o popełnienie innego przestępstwa, w sprawie którego jeszcze nie wszczęto postępowania karnego, a podsłuch operacyjny ma doprowadzić do uzyskania dowodów świadczących o popełnieniu tego właśnie przestępstwa.

mowana jest przez różne organy.<sup>66</sup> Przeszkodą dla stosowania podsłuchu operacyjnego w procesie może okazać się nieprzekonujące uzasadnienie, że inne środki (czynności procesowe) okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne do wykrycia przestępstwa oraz ujawnienia sprawcy i zabezpieczenia dowodów. Z pewnością nie można zarządzić podsłuchu operacyjnego po wszczęciu procesu z powodu podejrzenia popełnienia przestępstwa niewymienionego w „katalogu operacyjnym”, a wymienionego w katalogu przestępstw w art. 237 § 3 k.p.k. (np. na podstawie ustawy o Policji nie można byłoby po wszczęciu procesu zarządzić podsłuchu operacyjnego w sprawach o szpiegostwo – art. 130 k.k. czy z art. 204 § 1 i 2 k.k.).

W Ministerstwie Sprawiedliwości pod koniec 2009 r. pojawiła się propozycja nowelizacji kodeksu postępowania karnego<sup>67</sup> oraz tzw. ustaw policyjnych wprost normująca kwestię dowodowej dopuszczalności informacji uzyskanych poza przedmiotowym i podmiotowym zakresem zarządzanej kontroli operacyjnej. Na wstępie należy zaznaczyć, że zaproponowano wyraźny zakaz dowodowy w art. 174a k.p.k., który brzmi: „Dowody uzyskane podczas kontroli i utrwalania rozmów lub kontroli

---

<sup>66</sup> Na przykład decyzję o zarządzeniu podsłuchu w ramach kontroli operacyjnej może podjąć sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę składającego wniosek (po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora) organu Policji (art. 19 ust. 1 i 2 ustawy o Policji), Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji w przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji). J. Korycki twierdzi, że w przypadku toczącego się już postępowania karnego, kontrole operacyjną w przypadkach niecierpiących zwłoki mogą zarządzić również Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki policji. Jednak o wydanie pisemnej zgody w tym przypadku zwracają się do prokuratora właściwego miejscowo i rzeczowo według zasad ogólnych. Tak samo uregulowane zostało działanie innych stosujących kontrolę operacyjną organów (J. Korycki, *Kontrola operacyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2006, 7–8, s. 159).

<sup>67</sup> Proponowane zmiany w przepisach k.p.k. są następujące:

1) „Art. 237a. Jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowody popełnienia przestępstwa wymienionego w art. 237 § 3, popełnionego przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego niż objęte zarządzeniem kontroli, albo popełnionego przez inną osobę, prokurator w czasie trwania kontroli albo nie później niż miesiąc od jej zakończenia, może wystąpić do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na ich wykorzystanie w postępowaniu karnym. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 14 dni na posiedzeniu bez udziału stron.”

2) art. 238 § 3 otrzymuje brzmienie: „Prokurator po zakończeniu kontroli wnosi o zniszczenie utrwalonych zapisów, jeżeli nie mają znaczenia dla postępowania karnego. Sąd zarządza zniszczenie utrwalonych zapisów na posiedzeniu bez udziału stron.”

3) w art. 238 po § 3 dodaje się § 4 i § 5 w brzmieniu:

§ 4. Po zakończeniu postępowania przygotowawczego Prokurator wnosi o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów w części, w jakiej nie mają znaczenia dla postępowania karnego, z zastrzeżeniem treści art. 237a. Sąd orzeka w przedmiocie zniszczenia utrwalonych zapisów na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony.

§ 5. Z wnioskiem o zniszczenie utrwalonych zapisów może wystąpić także osoba wymieniona w art. 237 § 4 oraz wnioskodawca. Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony”.

operacyjnej nie mogą być wykorzystane w innych postępowaniach niż postępowania karne w sprawach o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego możliwe jest zarządzanie takiej kontroli”.

W tzw. ustawach policyjnych zawężono możliwość wykorzystania jako dowodów informacji uzyskanych poza zakresem przedmiotowym kontroli operacyjnej tylko do tych najcięższych przestępstw, co do których może być prowadzona kontrola operacyjna, natomiast można będzie również bez przeszkód korzystać z takich materiałów, które uzyska się także poza zakresem podmiotowym kontroli operacyjnej. Podobną treść nadano także przepisom k.p.k. dotyczącym kontroli i utrwalania rozmów w procesie.<sup>68</sup> W art. 19 ustawy o Policji zaproponowano nowe art. 15a–15d (nie rezygnując z wątpliwego legislacyjnie odwoływania się do przepisów k.p.k., które normują karnoprocesową, a nie operacyjno-rozpoznawczą działalność Policji):

„15a. Prokurator podejmuje decyzje o zakresie i sposobie wykorzystania przekazanych materiałów. Artykuł 238 § 3–5 kodeksu postępowania karnego stosuje się odpowiednio. Prokurator wniosek o zniszczenie przekazanych materiałów kontroli operacyjnej kieruje do sądu okręgowego niezwłocznie po uprawomocnieniu się postanowienia o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania.

15b. Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej uzyskano dowody popełnienia przestępstwa, co do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej albo przez inną osobę, na wniosek prokuratora, o którym mowa w ust. 1, o zgodzie na ich wykorzystanie w postępowaniu karnym, orzeka postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w ust. 3.

15c. Wniosek, o którym mowa w ust. 15b, prokurator kieruje do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od zakończenia kontroli operacyjnej.

15d. Sąd wydaje postanowienie, o którym mowa w ust. 15b, w terminie 14 dni od złożenia wniosku przez prokuratora”.

---

<sup>68</sup> Warto w tym miejscu wskazać na stanowisko Sądu Najwyższego, który uznał, że w sytuacji gdy zastosowanie podsłuchu procesowego spełnia wymagania formalne, tzn. postanowienie o zarządzeniu kontroli i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych, wydaje – po wszczęciu postępowania przygotowawczego – sąd, a toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa dotyczą przestępstwa wymienionego w zamkniętym katalogu, zamieszczonym w art. 237 § 3 k.p.k., to kwestia wykorzystania, w toczącym się postępowaniu karnym, treści utrwalonych w trakcie podsłuchu zapisów z przekroczeniem ram przedmiotowych lub podmiotowych tej kontroli, zależy wyłącznie od oceny sądu, czy mają one dla tego postępowania znaczenie. Z uzasadnienia postanowienia wynika, że jeśli kontrola i utrwalenie rozmów zostały zarządzone w procesie karnym przez sąd zgodnie z art. 237 § 1 k.p.k., to w celu dowodowego wykorzystania utrwalonych w ramach tej kontroli informacji, nieuprawnione jest sięganie po tryb unormowany w art. 237 § 2 k.p.k. dotyczący uzyskania tzw. zgody następczej, która odnosi się tylko do kontroli i utrwalania rozmów zarządzonych przez prokuratora w wypadkach niecierpiących zwłoki (postanowienie SN z 25 marca 2010 r., I KZP 2/10, OSNKW 2010, z. 5, poz. 42).

Zakres podmiotowy i przedmiotowy postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej może zostać przekroczony w następujących sytuacjach:

- kontrola dotyczy osoby objętej postanowieniem, ale przestępstwo, co do którego uzyskano informacje nie było objęte postanowieniem;
- kontrola dotyczy osoby nieobjętej postanowieniem, ale informacje dotyczą przestępstwa objętego postanowieniem;
- kontrola dotyczy osoby nieobjętej postanowieniem oraz przestępstwo, co do którego uzyskano informacje nie było objęte postanowieniem.

W uzasadnieniu przedstawionego projektu z dnia 22 stycznia 2010 r. podkreślono, że w sposób kompleksowy reguluje się procedurę uzyskiwania zgody następczej, przycinając tym samym dotychczasowe wątpliwości interpretacyjne. Z kolei w Opinii o projekcie ustawy o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – z dnia 25 listopada 2009 r. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego podkreśliła, że Projekt reguluje kwestię tzw. zgody następczej, w kierunku wskazanym przez znane postanowienie Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/97. Propozycja zasługuje na aprobatę, gdyż niezbędne było legislacyjne doprecyzowanie tej kwestii. Szeroka akceptacja *ex post facto* podsłuchów przekraczających granice kontroli ustalone w zezwoleniach wydawanych przez sądy może jednak doprowadzić do faktycznego osłabienia funkcji gwarancyjnej wydawanych zezwoleń *ante facto*. Interes ścigania brałby wówczas zdecydowanie górę nad ochroną prywatności. W takich bowiem przypadkach niestaranne przygotowanie i brak wnikliwego przemyślenia przedmiotu oraz kręgu podmiotów można łatwo naprawiać korzystając ze zgody następczej.

Wprowadzono więc wyraźną zgodę następczą na wykorzystanie informacji uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej poza zakresem podmiotowym i przedmiotowym zarządzanej kontroli. Rozstrzygnięto tym samym między innymi wątpliwość, że np. rozmówca osoby, co do której zarządzono podsłuch, nie staje się automatycznie również objęty podmiotowym zakresem decyzji o zarządzeniu posłuchu, za czym zresztą opowiedział się jeszcze przed proponowaną nowelizacją SA w Warszawie w orzeczeniu wcześniej przytoczonym. Chociaż gdyby nie nawiązanie rozmowy z drugą osobą, to przy pewnych formach kontroli operacyjnej (tak jak np. w przypadku podsłuchu) osoba objęta kontrolą w ogóle nie przekazałaby interesujących organy ścigania informacji. Natomiast nie wprowadzono kryteriów podejmowania decyzji czy odmowy zgody na wykorzystanie informacji, które uzyskano poza podmiotowym i przedmiotowym zakresem kontroli operacyjnej. Wydaje się, że zgoda następcza powinna być udzielana przez przyzmat ustawowych przesłanek kontroli operacyjnej, a odmowa zgody następczej powinna zachodzić, gdy sąd nie stwierdzi zaistnienia tych przesłanek. Między innymi należy stwierdzić, że w grę wchodzi zasada subsydiarności kontroli, tzn. że inne środki okazały się nieskuteczne lub nieprzydatne lub zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne dla uzyskania informacji o przestępstwie. Należy jeszcze rozważyć, czy zaistnienie owych przesłanek powinno zostać stwierdzone

w chwili podejmowania decyzji o zarządzeniu kontroli, czy w chwili podejmowania decyzji o wyrażeniu zgody następczej. Wydaje się, że nawet jeśli przyjmiemy iż decydować powinien moment podejmowania decyzji o zarządzeniu kontroli<sup>69</sup>, to przecież ocena dokonywana będzie z perspektywy czasu, jaki upłynął do chwili decydowania o zgodzie następczej, co może prowadzić do wniosku, że w chwili zarządzania kontroli np. były szanse na uzyskanie informacji o przestępstwie w inny sposób, ale te inne sposoby okazały się nieprzydatne lub bezskuteczne i obecnie są podstawy, aby rozszerzyć podmiotowy lub przedmiotowy zakres kontroli operacyjnej.<sup>70</sup> Nawet gdyby w tej sytuacji w przypadku odmowy zgody następczej, organ ścigania za chwilę uruchomił procedurę zarządzenia kontroli już w zwyczajnym trybie, to mógłby wówczas nie uzyskać informacji, które udało się utrwalić w ramach tej kontroli operacyjnej prowadzonej wcześniej. Gdyby natomiast decydujący dla oceny przesłanek dla wyrażenia zgody następczej był moment podejmowania decyzji w tej kwestii, to mogłoby się zdarzyć, że owszem, w chwili zarządzania kontroli przesłanki do kontroli w szerszym niż zarządzono zakresie istniały, ale obecnie już ich nie ma. Możliwa będzie zgoda następcza na rozszerzenie zakresu podmiotowego i przedmiotowego kontroli operacyjnej wydawana, po uprzednim wydaniu zgody następczej na kontrolę operacyjną zarządzoną w wypadkach niecierpiących zwłoki.

Materiały kontroli operacyjnej zawierające dowody mające znaczenie dla toczącego się postępowania przekazuje się właściwemu prokuratorowi, a nie organowi prowadzącemu postępowanie. Jeśli więc postępowanie toczy się już przed sądem, to prokurator będzie pośredniczyć w przekazaniu tych materiałów sądowi. W praktyce mogą pojawiać się różne komplikacje, gdy prokurator błędnie przyjmie, że materiały takie nie mają wartości dowodowej. Obecne przepisy omawianych ustaw nie nakazują przekazywania tych materiałów sądowi, który powinien dokonywać ostatecznej oceny dowodów.

W projekcie nowelizującej tzw. ustawy policyjne mówi się o wyrażaniu zgody na dowodowe wykorzystanie „uzyskanych dowodów” poza podmiotowym i przedmiotowym zakresem kontroli operacyjnej. Wydaje się, że nie należy przed wydaniem zgody nadawać rangi dowodu tak uzyskanej informacji, bo to ostatecznie uczyni sąd – inaczej rola sądu w tym zakresie traciłaby na znaczeniu. Tymczasem sąd ma dopiero weryfikować, czy zachodzą warunki wyrażenia zgody następczej, tzn. gdyby w momencie zarządzania znane były informacje, które znalazły się poza zakresem kontroli, to trzeba byłoby ją zarządzić. Powinno się więc mówić o wyrażaniu zgody następczej na wykorzystanie „uzyskanych informacji mogących stanowić dowód”.

Warto też spojrzeć na nowe propozycje legislacyjne dotyczące dowodowego wykorzystania materiałów uzyskanych poza podmiotowym i przedmiotowym zakresem kontroli operacyjnej przez pryzmat zgodności z konstytucją. Pamiętać trzeba,

<sup>69</sup> Na gruncie procesu karnego też przyjmuje się za miarodajny dla wyrażenia zgody następczej moment podejmowania przez prokuratora decyzji o zarządzeniu kontroli w wypadkach niecierpiących zwłoki (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, t. I, s. 1063).

<sup>70</sup> Por. M. Klejnowska, *Oskarżony...*, s. 231.

że we wspomnianym wcześniej wyroku z 12 maja 2005 r. TK orzekł o niezgodności z konstytucją uchylonego obecnie wspomnianego już art. 19 ust. 4 ustawy o Policji. Trybunał wskazał, że problem konstytucyjności tkwi tak naprawdę w niezgodności z art. 51 ust. 4 Konstytucji, który stanowi prawo do żądania sprostowania i usunięcia danych zgromadzonych przez organ w sposób „sprzeczny z ustawą”. W sytuacji zgody następczej nie można uznać, że materiały operacyjne zostały zebrane w sposób sprzeczny z ustawą. Art. 19 ust. 4 ustawy o Policji dotyczył zachowania nielegalnie zebranych materiałów, a art. 51 ust. 4 Konstytucji legalności samego pozyskiwania materiałów jako hipotezy uzasadniającej sprostowania i usunięcie zebranych materiałów. Skutkiem tej interpretacji byłoby ograniczenie zakresu konstytucyjnego prawa podmiotowego do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji. Nie jest więc zdaniem TK możliwy zabieg interpretacyjny polegający na tym, że następczą zgodę sądu na „zachowanie nielegalnie zebranych materiałów operacyjnych” uzna się za wystarczającą do uznania, że zarazem zostały one zebrane w sposób legalny – czego wymaga art. 51 ust. 4 Konstytucji. Zabieg ten oznaczałby rozszerzającą interpretację art. 19 ust. 4 i wykładnię ścieśniającą art. 51 ust. 4 Konstytucji. Wykładnia normy konstytucyjnej poprzez ustawową jest wykluczona z uwagi na hierarchię obu aktów normatywnych. Uchylony art. 19 ust. 4 ustawy o Policji obejmował szeroko wszelkie przestępstwa, co do których mogą być prowadzone czynności operacyjne, a więc i przestępstwa katalogowe. Można więc mieć wątpliwości czy w takim wypadku proponowana nowelizacja nie narusza jednak stanowiska TK. Dodać trzeba, że inna jest sytuacja w wypadku zgody następczej w razie zarządzenia kontroli w wypadku niecierpiącym zwłoki – tu ustawa upoważniła do takiego zarządzenia organ, który określa wyraźnie podmiotowy i przedmiotowy zakres kontroli. W wypadku zgody następczej proponowanej w projekcie w momencie zarządzenia kontroli poza jej zakresem podmiotowym i przedmiotowym znajdowały się informacje, które dopiero potem pozwoli się wykorzystać jako dowody w procesie karnym.

Jeśli uzyska się w wyniku kontroli operacyjnej informacje poza podmiotowym i przedmiotowym zakresem jej zarządzenia, a nie będzie podstaw do uzyskania zgody następczej, to niedopuszczalne jest dowodowe wykorzystanie tych informacji. Nie znaczy to, że nie można zrobić z takich informacji użytku operacyjnego i albo poszukać już legalnie dowodów, albo podjąć inne czynności operacyjne, np. rozpocząć na zwykłych zasadach procedurę zarządzenia kontroli operacyjnej w odniesieniu do danej osoby i przestępstwa katalogowego.

Może zdarzyć się, że kontrola operacyjna będzie zarządzona wobec osoby N.N. posługującej się danym telefonem, przy czym osoba będzie np. znana tylko z imienia albo pseudonimu. SA w Warszawie<sup>71</sup> stwierdził, że gdy dokona się później

---

<sup>71</sup> Uzasadnienie postanowienia z 12 maja 2008 r. II APKzPF-19/08, [w:] J. Kudła, D. Kaszubowski, *Wykorzystanie dowodu uzyskanego z podsłuchu operacyjnego w świetle najnowszej orzecznictwa*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 1, s. 96.



identyfikacji takiej osoby, to nie jest potrzebna zgoda następcza sądu na stosowanie wobec niej kontroli operacyjnej, gdyż pierwotna decyzja o zarządzeniu kontroli ją przecież obejmowała. Można więc w decyzji o zarządzeniu kontroli operacyjnej oznaczyć zamiast danych osobowych rysopis, pseudonim, inne dane identyfikujące na razie, ale nie wystarczy wskazać tylko telefonu; nie wystarczy wskazanie samego zakresu przedmiotowego. Osoba może być oznaczona N.N., ale musi być to jakaś konkretna osoba będąca już w zainteresowaniu organów ścigania, gdy są tylko kłopoty z ustaleniem jej tożsamości, a nie osoba, która dopiero może pojawić się w trakcie kontroli operacyjnej, w momencie jej zarządzania jest natomiast organom ścigania nieznana. Art. 19 ust. 7 pkt 4 ustawy o Policji przewiduje wskazanie w postanowieniu o zarządzeniu kontroli operacyjnej danych osoby lub innych danych, pozwalających na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania. Użyto więc określenia „danych osoby lub innych danych”, a nie określenia „danych osobowych”, aby nie dochodziło do zawężenia pojęcia tych danych (tak jak to czyniono np. w orzecznictwie) wyłącznie do tych obejmujących imię, nazwisko, płeć, miejsca zamieszkania imiona rodziców, stan cywilny, miejsce zatrudnienia itp., chociaż już art. 6 ustawy o ochronie danych osobowych przyjmuje szeroką definicję i określa, że dane osobowe to wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej.<sup>72</sup> „Dane osoby lub inne dane” muszą wskazywać tę osobę jednoznacznie, czyli konkretnie. Przy czym pojęcie „inne dane” odnosić można nie tylko do oznaczenia zakresu przedmiotowego, ale także podmiotowego i z tego względu nie jest konieczne zawsze wskazywanie imienia i nazwiska osoby. Ponadto trudności z ustaleniem danych osobowych sprawców mogą wystąpić nawet w procesie karnym, a więc jest to możliwe tym bardziej na etapie działań operacyjnych, kiedy niejednokrotnie dopiero organy ścigania zaczynają interesować się zachowaniem mogącym stanowić przestępstwo i trudno ustalić tożsamość osób będących w kręgu ich zainteresowania.

W projekcie nowelizującym tzw. ustawy policyjne wskazuje się, że zgoda następcza dotyczyć będzie „innej osoby”. Chociaż w przepisie wyraźnie już tego nie wyartykułowano, to wydaje się, że należy przyjąć, iż w grę wchodzi osoba nieobjęta postanowieniem o zarządzeniu kontroli operacyjnej. Należy rozumieć, że chodzi tu o osobę, której wypowiedź czy zachowanie zostało utrwalone przy okazji zarządzanej kontroli wobec innej osoby. Można jednak także uzyskać zgodę następczą na wykorzystanie informacji uzyskanych poza przedmiotowym zakresem kontroli operacyjnej o osobie, o której tylko na przykład podsłuchiwany i jego rozmówca

<sup>72</sup> Por. wyrok SA w Warszawie z 13 kwietnia 1999 r., II AKa 62/99, „Biuletyn SA w Warszawie” 1999, nr 4, poz. 20. Art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tj. Dz.U. z 2002, nr 101, poz. 926 z późn. zm.) stanowi, że osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych szczegółów określającej jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne.

mówili. Z tym, że należałoby zaproponować, aby zgoda następcza na „poszerzenie” zakresu podmiotowego kontroli dotyczyła osoby, która przy okazji także była kontrolowana, a zgoda następcza na „poszerzenie” zakresu przedmiotowego kontroli dotyczyła wykorzystania informacji o przedmiotach, zdarzeniach czy osobach, które bezpośrednio kontrolowane nie były, o ile z utrwalonych podczas kontroli informacji wynika, że osoby te miały związek z przestępstwem katalogowym tym nieobjętym postanowieniem o zarządzeniu kontroli.<sup>73</sup> Natomiast możliwe będzie również na podstawie tak uzyskanych informacji o osobie rozpoczęcie procedury uruchomienia wobec niej kontroli operacyjnej, o ile będą spełnione ustawowe przesłanki jej zarządzenia. Nie ma naturalnie powodów do uzyskiwania zgody następczej potrzebnej do „poszerzenia” podmiotowego zakresu kontroli, gdy zdarzy się tak, że wszystkie kontrolowane osoby są objęte decyzją o zarządzeniu kontroli operacyjnej.

W uzasadnieniu projektu omawianej noweli czytamy: „Koniecznym jest zauważyć, że do podstawowych zadań państwa należy egzekwowanie prawa, w tym zapewnienie nieuchronności kary dla osób prawo to naruszających. Dlatego też ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności w odniesieniu do tej kategorii osób są dopuszczalne w szerszym zakresie. Skuteczność ścigania najpoważniejszych przestępstw wymaga stworzenia prawnych możliwości ubiegania się o zgodę na wykorzystanie utrwalonych w trakcie kontroli dowodów, nie tylko w czasie jej trwania, ale także po jej zakończeniu.” Kontrola operacyjna stanowi wyjątek od gwarantowanych praw konstytucyjnych, a zgoda następcza to z kolei wyjątek od sytuacji, w której nie wolno stosować kontroli bez przewidzianych warunków i zarządzenia jej przez kompetentne organy. Wykładnia owych wyjątków powinna być restrykcyjna i zawężająca.

Jeśli nie zachodzą warunki do wydania zgody następczej, to pojawia się jeszcze pytanie, czy są przeszkody, aby realizowano inne cele kontroli operacyjnej przy pomocy informacji uzyskanych poza podmiotowym lub przedmiotowym zakresem tej kontroli. Zgodnie bowiem z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji wskazane w tym przepisie czynności operacyjno-rozpoznawcze podejmowane są przez Policję nie tylko w celu uzyskania i utrwalenia dowodów wymienionych w ustawie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych, ale także w celu zapobieżenia, wykrycia i ustalenia sprawców takich przestępstw. Prezentowana wcześniej nowelizacja tzw. ustaw policyjnych mówi tylko o zgodzie następczej na wykorzystanie w procesie karnym uzyskanych dowodów w ramach kontroli operacyjnej poza

---

<sup>73</sup> Podmiot przestępstwa, co do którego prowadzona jest kontrola operacyjna, należy odróżniać od zakresu podmiotowego tej kontroli. Informacje o wszystkich elementach struktury przestępstwa podlegającego kontroli operacyjnej, w tym te obejmujące podmiot przestępstwa, zaliczać należy do zakresu przedmiotowego kontroli. Z tego względu można zaproponować rozwiązanie, zgodnie z którym do przedmiotowego (a nie do podmiotowego) zakresu kontroli operacyjnej należeć będą informacje o osobie, która mogła mieć swój udział w przestępstwie objętym kontrolą, ale której zachowania bezpośrednio nie utrwalono w ramach kontroli, a utrwalono tylko informację o niej, która pojawiła się np. w trakcie podsłuchiwanej rozmowy innej osoby kontrolowanej (czy innych osób kontrolowanych).

zakresem przedmiotowym lub podmiotowym zarządzanej kontroli. Literalne brzmienie proponowanego przepisu sugeruje, że zgoda następcza nie mogłaby dotyczyć skorzystania z informacji niestanowiących dowodu w celu zapobieżenia, wykrycia i ustalenia sprawców danych przestępstw. Te inne cele wymienione w art. 19 też mają być realizowane tylko wówczas, gdy zachodzą ustawowe przesłanki kontroli operacyjnej. W polskim procesie karnym nie przyjęto doktryny „owoców zatrutego drzewa” w dowodzeniu. Wydaje się więc, że tym bardziej nie można zakazywać wykorzystania dla celów operacyjnych nielegalnie uzyskanych informacji operacyjnych. Materiał dotyczący tzw. przestępstw pozakatalogowych powinien stanowić materiał operacyjny pomocny przy osiągnięciu innych celów.<sup>74</sup> Natomiast odrębną kwestią będzie ewentualna odpowiedzialność służbowa, dyscyplinarna lub karna funkcjonariusza pozyskującego w sposób nielegalny informacje podczas działań operacyjnych.

V. Kontrowersje wzbudza stosowanie podsłuchu wobec powierników tajemnicy chronionej prawem bądź tylko wykorzystywanie uzyskanych w trakcie podsłuchu informacji objętych tajemnicą podlegającą prawnej ochronie. W literaturze przy ocenie dopuszczalności także bierze się pod uwagę m.in. Konstytucję RP, która w art. 49 zapewnia tajemnicę komunikowania się oraz Konwencję.<sup>75</sup> W opinii Komisji Kodyfikacyjnej słusznie zwrócono uwagę, że przy okazji kolejnej próby nowelizacji nie ma słowa o kwestii podsłuchiwanie powierników tajemnicy chronionej prawem, zwłaszcza adwokatów będących obrońcami. Nie jest pewne, czy jest to celowe zaniechanie ze strony autorów projektu, czy tylko zapomnienie. Przemilczenie tej kwestii w projekcie nie jest najlepszym jej załatwieniem. Należałoby rozważyć, czy nie wprowadzić nakazu niszczenia materiałów z podsłuchu, jeżeli wyjdzie na jaw, że znajdują się wśród nich utrwalenia rozmowy obrońcy z oskarżonym (w znaczeniu szerokim). Jak wiadomo, teoria tzw. przedłużonego działania zakazów dowodowych nie została powszechnie przyjęta w praktyce. Ostatnie przypadki zaś obejmowania kontrolą operacyjną rozmów adwokatów, jak wiadomo, wywołały duże zainteresowanie w środkach masowego przekazu.<sup>76</sup> Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie żadnej szczególnej

<sup>74</sup> R. Kmiecik, *Prawo dowodowe...*, s. 210, 214; M. Chrabkowski, *Kontrola operacyjna*, „Przegląd Policyjny” 2005, nr 1, s. 83.

<sup>75</sup> Por. A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 25.08.1997 r. sprawa Helfford p-ko Zjednoczonemu Królestwu* (cz. 1), „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 11–12, s. 140–141; K. Dudka, *Kontrola korespondencji...*, s. 113–114; G. Musialik, *Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1997 r.*, „Palestra” 1998, nr 11, s. 89.

<sup>76</sup> Naczelna Rada Adwokacka skrytykowała podsłuchiwanie w drodze metod operacyjnych R. Giertycha i S. Rymara, obrońców dziennikarza oskarżonego o płatną protekcję, mówiąc o nadużyciu i łamaniu prawa i zaznaczając, że czynności operacyjne powinny być podejmowane przy zachowaniu najwyższej staranności proceduralnej i drobiazgowym przestrzeganiu regulacji prawnych, „Rzeczpospolita” 18.11.2009 r. [www.lex.univ.rzeszow.pl/?lex/hiperlinkText.rpc?hiperlink=type%3Dtresc%3Anro%3...](http://www.lex.univ.rzeszow.pl/?lex/hiperlinkText.rpc?hiperlink=type%3Dtresc%3Anro%3...)

ochrony osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy chronionej prawem. Wszelkie istniejące na gruncie obecnych przepisów ograniczenia w stosowaniu podsłuchu są określone wyczerpująco (nie można do podsłuchu stosować art. 226 k.p.k., gdyż odnosi się on do dokumentów znalezionych w trakcie przeszukania). Brak wyraźnej regulacji wskazującej na możliwość odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego do działań operacyjnych nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że przepisy art. 178–180 k.p.k. znajdą zastosowanie odnośnie do podsłuchu operacyjnego. Podejmując decyzję o rozpoczęciu kontroli i utrwalaniu rozmów, nie da się z góry przewidzieć, jakie informacje uzyska się w wyniku podsłuchu.

K. Dudka proponuje, aby niedopuszczalne było stosowanie podsłuchu wobec obrońcy, a kontrola i utrwalanie rozmów adwokata byłyby możliwe jedynie wtedy, gdy nie występuje on w roli obrońcy. Gdyby np. oskarżony, którego rozmowy podlegają kontroli, zatelefonował do obrońcy z prośbą o wyjaśnienie jakiejś kwestii, należałoby zarządzić niezwłoczne zniszczenie zarejestrowanego zapisu.<sup>77</sup> G. Musialik dopuszcza stosowanie podsłuchu operacyjnego rozmów osoby zatrzymanej z adwokatem do czasu formalnego ustanowienia go obrońcą zgodnie z art. 83 § 2 k.p.k., przyjmując, że do tej chwili kodeks nie nadaje mu statusu obrońcy, a jego pozycja zbliżona jest raczej do pełnomocnika.<sup>78</sup> Jednakże od 1 lipca 2003 r. przesłuchanie adwokata kontaktującego się z zatrzymanym objęte jest bezwzględny zakazem dowodowym.

Trybunał Europejski krytycznie ocenia podsłuch rozmów oskarżonego z obrońcą, dając pierwszeństwo prawu do obrony. Jednocześnie stanowisko Komisji Europejskiej i Trybunału Praw Człowieka dotyczące korzystania ze środków technicznych służących do kontroli rozmów jest mniej zdecydowane. O ile bowiem w sprawach o popełnienie pospolitych przestępstw kryminalnych organy strasburskie przyznają państwom–stronom konwencji stosunkowo niewielki zakres swobody dokonywania ingerencji, to już w sprawach dotyczących kategorii interesów bezpieczeństwa narodowego ich krytyczne stanowisko jest powściągliwe i pozwala na przyjęcie większego marginesu swobody.<sup>79</sup>

Całkowity zakaz podsłuchiwanie powierników tajemnicy jest niewskazany, bo mogą oni w ramach podsłuchu przekazać inne, istotne dla meritum sprawy informacje, które nie podlegają ochronie. *De lege lata* można zaproponować, aby stosowanie podsłuchu wobec powierników tajemnicy chronionej prawem nie prowadziło do obejścia zakazów dowodowych i uzyskiwania informacji od tych samych osób, których zgodnie z art. 178–180 k.p.k. nie można przesłuchać

<sup>77</sup> K. Dudka, *Kontrola korespondencji...*, s. 79.

<sup>78</sup> G. Musialik, *Problem kontroli i utrwalania rozmów zatrzymanego z adwokatem*, „Przegląd Prawa Karnego”, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Śląskiego 1994, nr 20, s. 57–63.

<sup>79</sup> D. Gajdus, B. Gronowska, *Stosowanie podsłuchu telefonicznego w ocenie Europejskiej Komisji i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. (Refleksje na tle rozwiązań polskich)*, „Palestra” 1994, nr 11, s. 115; A. Gaberle, *RP – Rzeczpospolita Policyną?*, „Gazeta Wyborcza” 1993, nr 63, s. 14–15.

w charakterze świadków. Wykorzystanie w charakterze dowodu informacji chronionych prawem uzyskanych w trakcie podsłuchu można by na przykład uzależnić od tego, czy podsłuchiwana osoba w ogóle wystąpiła w charakterze świadka w procesie karnym, a jeśli tak, to czy w trakcie składania zeznań została zwolniona od zachowania tajemnicy lub czy zrezygnowała z prawa do odmowy zeznań, a także od tego, czy zakaz zeznawania na dane okoliczności ma charakter bezwzględny. Zakazy dowodowe ustanowione w tych przepisach nie odnoszą się do oskarżonego w trakcie składania wyjaśnień. Trudno więc odnosić je do podsłuchu tej osoby. Podstawą zakazu dowodowego może być wyraźny przepis ustawy. Jeżeli taśma z zapisem poufnych informacji uzyskanych w wyniku podsłuchu pojawi się obok zeznań lub wyjaśnień, stosowanie podsłuchu nie traci sensu. Ma on przecież zastosowanie w sprawach o najpoważniejsze przestępstwa. Wówczas im więcej dowodów potwierdza dane okoliczności, tym łatwiej organowi procesowemu sprawiedliwie rozstrzygnąć sprawę.<sup>80</sup>

Dopuszczalność, zgodnie z przytoczoną na początku definicją, bezpośredniego dowodowego wykorzystania w procesie karnym informacji uzyskanych poza zakresem podmiotowym i przedmiotowym powinna być wyjątkowa i możliwa tylko po skrupulatnym spełnieniu wszystkich wymogów normatywnych i wówczas, gdy ustawa nie przewiduje zakazów dowodowych w tym zakresie. Pod tym względem pozytywnie należy ocenić propozycje nowelizacji przepisów policyjnych, choć sama zgoda następcza, jak zaznaczono, budzi wątpliwości co do zgodności z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Równie niedobra jest jednak także sytuacja, gdy lukę w prawie zastępują liczne, często sprzeczne ze sobą i niejednoznaczne interpretacje.

#### SUMMARY

The issue of the effects of the subjective and objective scope of 'operational control' was presented in the context of a more general problem, which is the admissibility of evidence in criminal proceedings. As part of operational control, actions are taken that seriously interfere in citizens' privacy (especially eavesdropping of conversations, visual monitoring, and interception of correspondence). When resolving the question of admissibility of operational information obtained with the infringement of the law one should have in mind legal guarantees of the persons under surveillance in light of constitutional standards and international, including European, law. The paper takes into consideration the draft amendment of the Code of Criminal Procedure and provisions regulating operational activities. The draft explicitly admits, after obtaining the so-called posterior approval by the court, the use for evidential purposes in criminal proceedings of information recorded during administered operational control, pertaining to offences not covered by operational control and obtained from persons not covered by this control. However, this amendment raises doubts in light of the earlier decision of the Constitutional Tribunal on the unconstitutionality of the previously binding provisions regulating operational control. Nor did the legislator decide to resolve the controversial problem of the admissibility of surveillance of conversations of persons obligated to maintain secrecy protected by law (in particular by lawyers, journalist, and doctors).

<sup>80</sup> M. Klejnowska, *Oskarżony...*, s. 173–174.