
ANNALIS
UNIVERSITATIS MARIAE CURIE-SKŁODOWSKA
LUBLIN – POLONIA

VOL. LVI/LVII

SECTIO G

2009/2010

Wydział Prawa i Administracji UMCS
Katedra Kryminalistyki i Prawa Dowodowego

ADAM TARACHA

O „Projekcie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych”¹

On the “Draft Bill on Operational Intelligence Activities”

I. UWAGI OGÓLNE

Poselski projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (druk nr 353) złożony do Sejmu VI kadencji w dniu 7 lutego 2008 r. jest próbą kompleksowego uregulowania w jednej ustawie wszystkich zagadnień związanych z działaniami operacyjno-rozpoznawczymi.² Nie jest to pierwsza próba uregulowania działalności operacyjno-rozpoznawczej wszystkich służb policyjnych i specjalnych jedną ustawą. W czasie dyskusji nad modelem kontroli, w tym także parlamentarnej, nad służbami specjalnymi posłowie Unii Pracy złożyli w 1997 r. (w Sejmie II kadencji) projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych.³ Projekt ten kompleksowo regulował problematykę m.in. stosowania techniki operacyjnej i innych czynności operacyjno-rozpoznawczych we wszystkich służbach prowadzących wówczas działania operacyjne, tj. UOP, Policji, WSI i Straży Granicznej.

¹ Druk nr 353, Sejm VI Kadencji.

² Projekt ten jest w istocie poselskim projektem ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (Druk nr 1570) złożonym do Sejmu V kadencji w dniu 26 stycznia 2007 r. przez grupę posłów, którzy upoważnili posła M. Biernackiego do reprezentowania wnioskodawców w pracach nad projektem ustawy. Projekt ten ponownie został złożony w Sejmie VI kadencji (jako Druk 353), a posłem upoważnionym do reprezentowania wnioskodawców w pracach nad projektem ustawy jest także M. Biernacki. Zob. także wypowiedź M. Biernackiego o tożsamości obu projektów: Kancelaria Sejmu, Biuro Komisji Sejmowych, Biuletyn z posiedzenia Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych (nr 37) z dn. 27.05.2008 r., nr 679/VI kad., s. 3.

³ *Co wolno służbom specjalnym*, „Życie” nr 78 z 2.01.1997, s. 3.

Niezależnie od prac poselskich prowadzone są prace nad projektem ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych przez zespół powołany przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji (po zmianie przewodniczącego, obecnie pod kierunkiem A. Rapackiego).⁴

Projekt dzieli się na trzy rozdziały merytoryczne (przepisy ogólne, prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych, dokumentowanie i kontrola czynności operacyjno-rozpoznawczych) oraz dwa porządkujące (zmiany w przepisach obowiązujących, przepisy końcowe).⁵ Wydaje się, że twórcy projektu nie uniknęli kilku poważnych błędów. Trudno oprzeć się wrażeniu, że ustawa jest wewnętrznie niespójną kompilacją przepisów z ustaw policyjnych i aktów wykonawczych (instrukcji operacyjnych). Dotyczy to głównie dwóch pierwszych, podstawowych dla całej ustawy, rozdziałów. Przepisy art. 2 ust. 3 projektu (metody prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych), art. 2 ust. 4 (formy czynności operacyjno-rozpoznawczych), art. 10 (prowadzenie i zakończenie czynności operacyjno-rozpoznawczych), art. 11 (plan czynności operacyjno-rozpoznawczych) i art. 12 (sprawozdanie po zakończeniu prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych) zostały przeniesione wprost z instrukcji operacyjnych.⁶ Natomiast art. 5 (ochrona środków, form i metod pracy operacyjnej, sporządzanie i posługiwanie się tzw. operacyjnymi dokumentami legalizacyjnymi), art. 6 (tajni współpracownicy), art. 7 (fundusz operacyjny), art. 8 (określanie przez szefów służb w drodze zarządzeń obiegu informacji), art. 9 (zezwolenie na udzielanie informacji), art. 14 (kontrola operacyjna), art. 15 (zakup kontrolowany), art. 16 (przesyłka niejawnie nadzorowana) z tzw. ustaw policyjnych.⁷ Wprowadzenie do projektu ustawy oprócz

⁴ Zob. Zarządzenie nr 15 Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 stycznia 2008 r. zmieniające zarządzenie w sprawie powołania Zespołu do opracowania projektu ustawy o pracy operacyjnej.

⁵ Jedyną różnicą w porównaniu z projektem z 2007 r. jest wyodrębnienie art. 28 i 29 jako rozdziału V – przepisy karne.

⁶ Zob. Zarządzenie nr 0121/60 Ministra Spraw Wewnętrznych z dn. 2 lipca 1960 r. podstawowych środków i formach pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa; Zarządzenia nr 006/70 Ministra Spraw Wewnętrznych z dn. 1 lutego 1970 r. w sprawie pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa oraz Zarządzenia nr 00102/89 Ministra Spraw Wewnętrznych z dn. 9 grudnia 1989 r. w sprawie szczegółowych zasad działalności operacyjnej Służby Bezpieczeństwa. Podobieństwo tych regulacji (z 1960, 1970 i 1989 r.) oraz projektu ustawy, pozwala wysnuć przypuszczenie, że zbieżność między propozycjami projektu i aktualnie obowiązującymi instrukcjami operacyjnymi (ściśle tajnymi) może być jeszcze większa.

⁷ Zob. Ustawa z dn. 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2007 r., nr 43, poz. 277 – tekst jednolity); Ustawa z dn. 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. nr 74, poz. 676 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą o ABW i AW; Ustawa z dn. 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. z 2005 r., nr 234, poz. 1997 – tekst jednolity); Ustawa z dn. 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. nr 123, poz. 1353); Ustawa z dn. 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz.U. nr 100, poz. 442 z późn. zm.); Ustawa z dn. 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. nr 104, poz. 708); Ustawa z dn. 23 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. nr 104, poz. 709 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą o SKW i SWW; Ustawa z dn. 24 lipca 1999 r. o Służbie Celnej (Dz.U. nr 72, poz. 802 z późn. zm.).

pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych także takich niezdefiniowanych pojęć, jak metody, formy i środki, których zakres znaczeniowy w znacznej części pokrywa się z pojęciem czynności operacyjno-rozpoznawczych, wprowadza raczej chaos pojęciowy, niż porządkuje terminologię z zakresu działań operacyjno-rozpoznawczych. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że wbrew nazwie ustawa określa raczej metody i formy pracy operacyjnej (co prawda w sposób mało precyzyjny, bo poprzez ich wyliczenie) niż czynności operacyjno-rozpoznawcze.

Projekt zupełnie pomija funkcję informacyjną czynności operacyjno-rozpoznawczych. Na gruncie obecnie obowiązującego ustawodawstwa funkcję informacyjną czynności operacyjno-rozpoznawczych realizują głównie służby specjalne. Funkcja ta wprost wymieniana jest w ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu⁸ oraz ustawie o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego⁹. Jednym z zadań ABW i AW jest uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa państwa i jego porządku konstytucyjnego (ABW) oraz bezpieczeństwa i międzynarodowej pozycji Rzeczypospolitej Polskiej oraz jej potencjału ekonomicznego i obronnego (AW). Funkcja ta realizowana jest poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze i analityczno-informacyjne (art. 21 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ustawy o ABW i AW). Podobnie do zadań SKW i SWW należy uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla obronności państwa oraz zdolności bojowej i bezpieczeństwa Sił Zbrojnych RP (art. 5 ust. 1. pkt 4 ustawy o SKW i SWW). Zadanie to zgodnie z art. 25 ustawy o SKW i SWW funkcjonariusze SKW i SWW realizują poprzez czynności analityczno-informacyjne i czynności operacyjno-rozpoznawcze.¹⁰

Pominięcie funkcji informacyjnej, realizowanej głównie przez służby specjalne, daje podstawę do stwierdzenia, że projektodawca wyraźnie preferuje „policyjne” spojrzenie na czynności operacyjno-rozpoznawcze, w którym dominuje funkcja rozpoznawcza, wykrywcza i dowodowa. Trudno więc uznać projekt za kompleksowe uregulowanie w jednej ustawie wszystkich zagadnień związanych z działaniami operacyjno-rozpoznawczymi, co przecież było głównym celem podjęcia prac nad ustawą o czynności operacyjno-rozpoznawczych.¹¹ Pewne wytłumaczenie tego błędu daje treść uzasadnienia projektu. Twórcy projektu mylą się, twierdząc, że „aktualnie do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych uprawnione są: Centralne Biuro Antykorupcyjne, Policja, Straż Graniczna, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służba Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmeria Wojskowa i wywiad skarbowy”. Uzasadnienie Projektu pomija Agencję Wywiadu i Służbę Wywiadu

⁸ Zob. art. 5, ust. 1, pkt 4 ustawy o ABW i AW.

⁹ Zob. art. 5, ust. 1, pkt 4 ustawy o SKW i SWW.

¹⁰ Funkcjonariusze SWW prowadzą wyłącznie czynności analityczno-informacyjne i czynności operacyjno-rozpoznawcze.

¹¹ Zob. uzasadnienie projektu, druk 353, s. 20.

Wojskowego, które także prowadzą czynności operacyjno-rozpoznawcze, głównie w ramach funkcji informacyjnej. W uzasadnieniu pominięto także Biuro Ochrony Rządu, które także, choć w ograniczonym zakresie, prowadzi czynności operacyjno-rozpoznawcze. Wymienić tu należy także organy celne prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawcze w oparciu o przepisy ustawy – Kodeks Celny.

Natomiast rozwiązaniem, które należy ocenić pozytywnie (choć nie jest pewne, czy taki był zamiar projektodawców) jest ujawnienie aktów wykonawczych do ustawy (instrukcji operacyjnych). Projekt ustawy zawiera delegację ustawową upoważniającą Radę Ministrów do określenia w drodze rozporządzenia:

1) sposobu dokumentowania kontroli operacyjnej oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, a także przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas tej czynności (art. 14 ust. 21);

2) sposobu przeprowadzania i dokumentowania zakupu kontrolowanego (art. 15 ust. 9).

Natomiast Prezesa Rady Ministrów przepisy Projektu upoważniają do wydania rozporządzeń określających:

1) sposób i tryb wykonywania oraz dokumentowania czynności operacyjno-rozpoznawczych (art. 2 ust. 5 projektu);

2) szczegółowe zasady i tryb wydawania, posługiwania się, a także przechowywania operacyjnych dokumentów legalizacyjnych (art. 5 ust. 5);

3) sposób przeprowadzania i dokumentowania przesyłki niejawnie nadzorowanej (art. 16 ust. 6);

4) tryb i formy rejestrowania czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz osób, wobec których prowadzi się te czynności i osób współpracujących oraz tryb współdziałania uprawnionych do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych (art. 19 ust. 2).

W ten sposób spełniony zostałby postulat wydawania jawnych aktów wykonawczych normujących działalność operacyjno-rozpoznawczą.¹² Polski system prawny oparty jest na zasadzie jawności aktów prawnych. Dotychczas, gdy chodzi o akty wykonawcze regulujące problematykę czynności operacyjno-rozpoznawczych, to te, które były w randze rozporządzenia, były jawne. Natomiast zarządzenia, które miały uszczegółwić kwestie związane z czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi,

¹² Postulaty „odtajnienia” aktów wykonawczych regulujących problematykę czynności operacyjno-rozpoznawczych pojawiły się już przed wielu laty, jednak dotychczas nie zostały zrealizowane. Zob. T. Hanausek, *Wybrane zagadnienia prawa policyjnego*, [w:] *Prawo policyjne, komentarz*, pod red. S. Sagana, Katowice 1992, s. 7; W. Osiatyński: „Gazeta Wyborcza” z 15. 03. 1993 r.; A. Taracha, *Zakres czynności operacyjno-rozpoznawczych w świetle ustawodawstwa „policyjnego”*, [w:] *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, red. T. Bojarski i E. Skrętowicz, Lublin 1995, s. 108.

w znacznej części nadal są utajnione.¹³ Można mieć poważne wątpliwości, czy jest to praktyka zgodna z regułami tworzenia prawa.

Projekt wprowadza także przepisy zwiększające kontrolę nad działalnością operacyjno-rozpoznawczą służb policyjnych i specjalnych. Prokurator Generalny ma obowiązek przedstawiania corocznie Sejmowi i Senatowi informacji o zastosowanej kontroli operacyjnej (art. 14 ust. 22). Natomiast Minister Sprawiedliwości raz do roku przedstawia Radzie Ministrów informację o ilości oraz ocenę zasadności przeprowadzenia najważniejszych czynności operacyjno-rozpoznawczych (projekt zalicza do nich kontrolę korespondencji, środki techniczne, zakup kontrolowany, przesyłkę niejawnie nadzorowaną, obiekty specjalne, kombinację operacyjną, grę operacyjną i operacje specjalne). Jest to niewątpliwie krok w dobrą stronę, ale wydaje się, że można by zwiększyć zakres kontroli, np. poprzez powołanie, wzorem innych państw (głównie anglosaskich), odpowiedniego organu (rzecznika), kontrolującego te służby, do którego obywatele zgłaszałiby swoje zastrzeżenia dotyczące wszystkich przejawów tajnej działalności policji i służb specjalnych.¹⁴ Należałoby też rozważyć możliwość nadania uprawnień śledczych Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych. Uprawnienie takie (chodzi głównie o możliwość przesłuchiwanie świadków, którzy zostają uprzedzeni o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań) z pewnością wpłynie na efektywność parlamentarnej kontroli nad działalnością służb specjalnych, których aktywność przejawia się głównie poprzez działania operacyjno-rozpoznawcze.

¹³ Na przykład ustawy policyjne zobowiązują Prezesa RM, Ministra Spraw Wewnętrznych, Ministra Obrony Narodowej, Szefa ABW i Szefa AW oraz Szefów SKW i SWW do szczegółowego określenia zasad oraz trybu wydawania, posługiwania się, a także przechowywania operacyjnych dokumentów legalizacyjnych. Ustawa o Policji (art. 20a ust. 4) zawiera delegację do wydania rozporządzenia przez Ministra Spraw Wewnętrznych. Natomiast ustawa o ŻW (art. 40 ust. 3), ustawa o ABW i AW (art.), ustawa o SKW i SWW (art. 39 ust. 7) i ustawa o CBA (art. 24 ust. 5) do wydania zarządzeń (odpowiednio Ministra Obrony Narodowej, Szefów ABW i AW, Szefów SKW i SW oraz Prezesa RM) wskazując jednocześnie, że powinny być zgodne z wymogami dotyczącymi ochrony informacji niejawnymi stanowiącymi tajemnicę państwową. Wydane w wyniku tego upoważnienia rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych jest jednak dość lakoniczne i reguluje głównie kwestie techniczne związane z wydawaniem, przechowywaniem i niszczeniem tych dokumentów, natomiast zarządzenia Szefów ABW i AW, Szefów SKW i SWW oraz zarządzenie Premiera dotyczące CBA są niejawne. Także niejawne jest zarządzenie nr pf-634 komendanta głównego Policji z 30 czerwca 2006 r. w sprawie metod i form wykonywania przez Policję czynności operacyjno-rozpoznawczych.

¹⁴ Służby prowadzące działania operacyjne miałyby obowiązek udzielania wyczerpujących informacji w interesujących rzecznika sprawach. Powoływany przez Sejm (np. na 5-letnią kadencję) składałby coroczne sprawozdanie ze swej działalności. W sprawozdaniach tych przedstawiałby skalę prowadzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych przez poszczególne służby oraz wszelkie dostrzeżone niezgodności tej działalności z prawem. Raport ten mógłby być jedynie w pewnej części utajniony.

II. UWAGI SZCZEGÓŁOWE

Należałoby zacząć od rozważań o tytule ustawy. Pojęcie „czynności operacyjno-rozpoznawcze” jako określenie ustawowe działalności operacyjnej pojawia się po raz pierwszy w ustawie o Ministrze Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów z 19 lipca 1983 r.¹⁵ Wcześniej jako podstawę do prowadzenia tajnej działalności organów ścigania przyjmowano przepisy dekretu z dn. 21 grudnia 1955 r. o organizacji i zakresie działania MO.¹⁶ W dekreście nie występowało jednak określenia „czynności operacyjne”, a podstawę do tych działań wywodzono z ogólnej normy określającej zakres kompetencyjny MO (zapobieganie, przeciwdziałanie przestępczości i organizowanie walki z przestępczością – art. 6 pkt 5). Nie są znane przyczyny zastąpienia wcześniej używanego w literaturze przedmiotu i w aktach niższego rzędu (np. Instrukcjach operacyjnych z 1960 i 1970 r.) określenia „czynności operacyjne” wrażeniem „czynności operacyjno-rozpoznawcze”. Pojęcie to powszechnie stosowane było (i jest nadal) w literaturze radzieckiej i rosyjskiej (*opieratiwno-rozysknaja diejatielnost, opieratiwno-rozysknyje sriedstwa, mieroprijatia*).¹⁷ Być może przyczyny zmiany określenia tego pojęcia przez ustawodawcę, w tym właśnie czasie, miały różne podłoże. Z jednej strony mogło chodzić o stworzenia wrażenia, że mamy do czynienia z zupełnie inną kategorią czynności niż te, które powszechnie kojarzyły się z działalnością skierowaną na zwalczanie opozycji politycznej (czynności operacyjne), z drugiej zaś mogła być próba „ujednociania prawa” zgodnie z wzorcami radzieckimi, także w zakresie terminologii. Trzeba jednak zauważyć, że pojęcia czynności operacyjne czy praca operacyjna są nadal powszechnie stosowane¹⁸ i być może należałoby do tych pojęć powrócić, a nie powielać przyjęte w terminologii rosyjskiej (radzieckiej).

Projekt trafnie określa możliwość prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych jedynie przez służby państwowe na podstawie upoważnień zawartych w ustawach. Jest to dotychczas bezsporne w literaturze przedmiotu.¹⁹ Natomiast

¹⁵ Dz.U. nr 38, poz. 173.

¹⁶ Dz.U. nr 46, poz. 311.

¹⁷ W. Zażycki, *Opieratiwno-rozysknaja diejatielnost i ugotownoje sudoproizwodstwo*, „Rossijskaja Justicija” 2001, nr 3, s. 45–47; W. A. Azarow, *Ugotowno-procesualnyje i opieratiwno-rozyskanyje sriedstwa dostizeni celi raskrytia prestuplenij*, „Gosudarstwo i Prawo” 1997, nr 10, s. 49–54; A. Czurkin, *Opieratiwno-rozyskana diejatielnost i ugotownoje sudoproizwodstwo*, „Rossijskaja Justicija” 1999, nr 4, s. 21.

¹⁸ Najlepszym tego przykładem mogą być cyt. wyżej zarządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie powołania Zespołu do opracowania projektu **ustawy o pracy operacyjnej** (podkreślenie A. T.).

¹⁹ Zob. m.in. T. Hanausek, *Kryminalistyka. Poradnik detektywa*, Katowice 1993, s. 93; S. Pikulski, *Podstawowe zagadnienia taktyki kryminalistycznej*, Białystok 1997, s. 39; M. Kulicki, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 1994, s. 68–69; A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze (aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe)*, Lublin 2006, s. 25.

sporne może okazać się rozszerzenie zakresu pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych na działania jawne (art. 2 ust. 1). Tajny (poufny) charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych wyraźnie podkreślano w literaturze przedmiotu.²⁰ Nie jest to jednak pierwsze w ustawodawstwie przełamanie ugruntowanego w literaturze poglądu o tajnym charakterze tych czynności. Na przykład ustawa o Inspekcji Celnej, nadając funkcjonariuszom tej służby uprawnienia do przeprowadzania czynności operacyjno-rozpoznawczych, określiła, że czynności te mogą być jawne.²¹ Zastosowanie kryterium tajności jest jednym z najprostszych sposobów odróżnienia czynności operacyjno-rozpoznawczych od czynności dochodzeniowo-śledczych i administracyjno-porządkowych. Tajność czynności operacyjno-rozpoznawczych wynika nie tylko z założeń taktycznych, lecz wprost z ustaw policyjnych, co rzutuje na utrudnioną możliwość ujawnienia ich w procesie karnym (niezależnie od stadium postępowania). Działania operacyjne objęte są większym stopniem utajnienia (oznaczone są gryfem „ściśle tajne”) niż czynności procesowe. Czynności dochodzeniowo-śledcze objęte są jedynie tajemnicą służbową (tajemnica śledztwa).²² Gdy zaś chodzi o czynności operacyjno-rozpoznawcze, to utajnieniu podlegają nie tylko działania podejmowane w konkretnych sprawach oraz dane osobowe tajnych współpracowników i funkcjonariuszy działających pod tzw. przykryciem, ale także formy i metody pracy operacyjnej. W odróżnieniu od czynności procesowych samo zaawansowanie procesu (przejście do następnej fazy) nie powoduje automatycznej zmiany w zakresie utajnienia informacji uzyskanych w drodze operacyjnej.²³

Należy jednak pamiętać, że na etapie wydawania decyzji o zastosowaniu kontroli operacyjnej (np. podsłuchu telefonicznego) na podstawie ustaw policyjnych (jako czynności operacyjno-rozpoznawczej) całe postępowanie, czyli także wydawanie postanowienia przez sąd okręgowy (np. zezwalającego na zastosowanie podsłuchu), powinno być tajne (z klauzulą „ściśle tajne”). Ta, wydawałoby się oczywista,

²⁰ Zasadę zachowania w tajemnicy zainteresowań i czynności operacyjnych przed nieuprawnionymi osobami w pracy operacyjnej wyraźnie sformułowano już w okresie działalności Służby Bezpieczeństwa. Zob. szerzej F. Musiał, *Podręcznik bezpieki. Teoria pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa w świetle wydawnictw resortowych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych PRL (1970–1989)*, Kraków 2007, s. 81–86.

²¹ Określanie czynności operacyjno-rozpoznawczych jako jawnych utrzymano także w późniejszych (po uchyleniu ustawy o Inspekcji Celnej) regulacjach prawnych dotyczących działań operacyjnych organów celnych. Zob. ustawa z dn. 9 stycznia 1997 r. – Kodeks Celny (Dz.U. z 2001 r., nr 75, poz. 802, z późn. zm.) i ustawa z dn. 24 lipca 1999 r. o Służbie Celnej (Dz.U. nr 72, poz. 802 z późn. zm.).

²² Oczywiście czynności procesowe są też w różnym stopniu jawne. W postępowaniu przygotowawczym występują ograniczenia zarówno jawności zewnętrznej, jak i wewnętrznej postępowania. Jednak wraz z upływem czasu i przechodzeniem procesu do dalszego stadium jawność ta ulega istotnemu rozszerzeniu. Jeżeli chodzi o jawność wewnętrzną w postępowaniu przygotowawczym, to momentem przełomowym jest instytucja zaznajomienia podejrzanego z materiałami śledztwa lub dochodzenia, zaś jawność zewnętrzna osiąga swą pełnię w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji.

²³ Informacje uzyskane w wyniku działań operacyjnych np. kontroli operacyjnej (kontrola korespondencji, podsłuch i podgląd operacyjny), które wprost mogą zostać wykorzystane w procesie, muszą zostać najpierw odtajnione, a następnie zaprezentowane jawnie podczas rozprawy tak jak inne dowody (o ile nie zachodzą podstawy do utajnienia przebiegu rozprawy przewidziane w k.p.k.).

interpretacja przepisów ustaw policyjnych i ustawy o ochronie informacji niejawnych nie zawsze jest stosowana w praktyce.²⁴ Kryterium tajności może być też użyteczne przy odróżnianiu czynności operacyjno-rozpoznawczych od czynności administracyjno-porządkowych. Na przykład art. 15 ust. 1 pkt 5a ustawy o Policji pozwala funkcjonariuszom policji na obserwowanie i rejestrowanie przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych, a w przypadku czynności operacyjno-rozpoznawczych i administracyjno-porządkowych podejmowanych na podstawie ustawy – także i dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom. Jest to niezwykle lakoniczne unormowanie. Ustawa nie definiuje, na czym operacyjno-rozpoznawcza czynność obserwacji ma polegać ani czym ma się różnić od takiej samej czynności wykonywanej w ramach czynności administracyjno-porządkowych.²⁵ Jedynym kryterium, jak się wydaje, pozwalającym na odróżnienie tych czynności jest właśnie stopień ich utajnienia.

Rozszerzenie zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych także na działania jawne powoduje, że właściwie niemożliwe staje się rozgraniczenie czynności operacyjno-rozpoznawczych i dochodzeniowo-śledczych w oparciu o treść przepisu art. 2 ust. 1 projektu. W przepisie tym projektodawca stanowi, że „czynności operacyjno-rozpoznawcze są zespołem przedsięwzięć, jawnych i niejawnych prowadzonych wyłącznie w celu: rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw; odnajdywania osób ukrywających się przed organami ścigania lub wymiarem sprawiedliwości oraz osób zaginionych, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ich zaginięcie jest wynikiem przestępstwa, a także odnajdywanie rzeczy utraconych w wyniku przestępstwa lub mających związek z przestępstwem; ustalenia tożsamości osób i zwłok, w przypadku uzasadnionego podejrzenia przestępczego działania”.

Poszukiwanie osób ukrywających się przed wymiarem sprawiedliwości oraz poszukiwanie „rzeczy utraconych w wyniku przestępstwa lub mających związek z przestępstwem” to przecież cel procesowej czynności przeszukania (art. 219

²⁴ Na przykład Sąd Okręgowy w Sz., traktował jako jawne wszystkie dokumenty dotyczące stosowania podsłuchu operacyjnego. Doprowadził w ten sposób do przedostania się w jednej ze spraw informacji o zastosowanym podsłuchu do osób, wobec których ten środek techniki operacyjnej miał być zastosowany. Dowodzi to nie tylko kłopotów kierownictwa sądu okręgowego ze stosowaniem dość jasno sformułowanych przepisów ustaw policyjnych i ustawy o ochronie informacji niejawnych, ale także zupełnego niezrozumienia istoty czynności operacyjno-rozpoznawczych. Sprawa została szczegółowo opisana przez „Gazetę Wyborczą” z 10 X 2003 r., s. 6.

²⁵ Także lakoniczne są przepisy wykonawcze. W rozporządzeniu Rady Ministrów z dn. 26 lipca 2005 r. w sprawie sposobu postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów (Dz.U. nr 141, poz. 1186) przepisy regulujące sposób przeprowadzania obserwacji i utrwalania obrazu i dźwięku w miejscach publicznych zawarte są w rozdziale 6. Policjant wykonuje uprawnienie do obserwowania i utrwalania obrazu i dźwięku w miejscach publicznych w sposób bezpośredni (w przypadku obecności w miejscu prowadzenia obserwacji) lub zdalny (przy użyciu urządzeń teleinformatycznych przekazujących obraz i dźwięk zdarzeń na odległość). Może tę czynność wykonywać jawnie lub przy użyciu metod uniemożliwiających osobom nieupoważnionym ustalenie faktu prowadzenia obserwacji i rejestracji (§ 119).

§ 1 k.p.k.). Podobnie sytuacja przedstawia się z „eksperymentem” jako metodą prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych (art. 2 ust. 1 pkt 4). Projekt definiuje eksperyment jako „przeprowadzenie w ściśle określonych warunkach doświadczeń lub odtworzenie zdarzeń lub ich fragmentów w celu sprawdzenia, weryfikacji lub uzupełnienia posiadanej wiedzy”. Zbieżność tej regulacji z treścią przepisu art. 211 k.p.k. normującego czynność dowodową określaną jako „eksperyment procesowy” jest oczywista. W ten sposób projekt powoduje zatarcie różnic między czynnościami procesowymi a czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi (szczególnie gdy pamiętamy, że dopuszcza prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych w sposób jawny).

Krytycznie należy ocenić także przepis art. 2 ust. 1 pkt 3. Ustalenie tożsamości osób i zwłok, w przypadku uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa, odbywać się powinno w trybie procesowym. Uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa stanowi przecież faktyczną podstawę wszczęcia postępowania karnego. Organy procesowe zgodnie z zasadą legalizmu są w takiej sytuacji zobowiązane do jego wszczęcia. Wprowadzanie wymogu „uzasadnionego podejrzenia przestępczego działania” jako podstawy inicjowania czynności operacyjno-rozpoznawczych nie tylko zaciera różnice między działaniami operacyjnymi a czynnościami procesowymi, ale także niepotrzebnie zawęża zakres pracy operacyjnej. Czynności operacyjne mogą być prowadzone przed wszczęciem postępowania karnego, w jego trakcie, a także po jego umorzeniu (np. w wyniku niewykrycia sprawcy). Czynności te podejmowane są m.in. także wtedy, gdy brak jest jeszcze uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa, ale pewne okoliczności wskazują, że czyn przestępny mógł mieć miejsce (podejrzenie popełnienia przestępstwa) lub jest dopiero planowany, właśnie po to aby uzyskać „uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa” lub uznać, że nie ma ono w konkretnej sprawie miejsca. Takie usytuowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych trafnie oddaje treść przepisu art. 1 ust. 3 projektu, który stanowi, że czynności operacyjno-rozpoznawcze można prowadzić przed wszczęciem postępowania karnego, a więc także wtedy, gdy nie zachodzi jeszcze uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. Także art. 10 ust. 1, w którym projektodawca, wymieniając sytuacje, w których prowadzi się czynności operacyjno-rozpoznawcze, posługuje się takimi określeniami, jak „informacje”, „wiarygodne informacje”, „sprawdzone informacje”, słusznie unikając używania określenia „uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa”, które jednoznacznie utożsamiane jest z faktyczną podstawą wszczęcia postępowania karnego.

Przyjęcie przepisu art. 2 ust. 4 pkt 4, który definiuje formy czynności operacyjno-rozpoznawczych spowoduje całkowite zatarcie różnic między czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi a czynnościami dochodzeniowo-śledczymi i administracyjno-porządkowymi. Jedną z tych form jest „poszukiwanie”, które określone jest jako „zespół czynności operacyjno-rozpoznawczych, dochodzeniowo-śledczych lub administracyjno-porządkowych, których celem jest zatrzymanie lub ustalenie miejsca pobytu osoby objętej zainteresowaniem procesowym lub operacyj-

nym uprawnionych organów względnie odnalezienie rzeczy utraconej w wyniku przestępstwa lub mającej z nim związek”. Z przepisu tego wynika, że jedną z form czynności operacyjno-rozpoznawczych można realizować także poprzez czynności dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-porządkowe. Wbrew pozorom rozróżnienie, czy określona czynność przeprowadzana przez służby policyjne i specjalne jest czynnością operacyjno-rozpoznawczą, czy dochodzeniowo-śledczą, czy też administracyjno-porządkową jest zagadnieniem o podstawowym znaczeniu. Każda z nich odbywa się w zupełnie innym trybie postępowania rodzącym różne skutki (często daleko idące). Funkcjonariusz przeprowadzający konkretną czynność nie może mieć wątpliwości, czy przeprowadza czynność operacyjno-rozpoznawczą, dochodzeniowo-śledczą czy administracyjno-porządkową.

Projekt zawiera regulacje wewnętrznie sprzeczne. Na przykład w art. 1 ust. 2 stwierdza, że „czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą prowadzić służby państwowe na podstawie upoważnień zawartych w ustawach”. Przepis ten, jak się wydaje, należałoby interpretować w ten sposób, że jedynie służby państwowe i wyłącznie w oparciu o podstawę ustawową mogą prowadzić czynności operacyjno-rozpoznawcze. Natomiast przepis art. 3 ust. 1 stwierdza, że metody określone w art. 2 ust. 3 pkt 7–16 mogą stosować wyłącznie ustawowo upoważnione służby państwowe. Oznacza to, że metody wymienione w art. 2 ust. 3 pkt 1–6 mogą stosować inne niż państwowe służby i w oparciu o upoważnienie inne niż ustawowe (także służby państwowe, ale bez upoważnienia ustawowego).

Wbrew pozorom projekt nie wprowadza uporządkowanej struktury czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wzoruując się na instrukcjach operacyjnych, twórcy projektu zamiast określania zakresu poszczególnych czynności operacyjno-rozpoznawczych wprowadzają pojęcia „metod prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych” i „form czynności operacyjno-rozpoznawczych” (art. 2 ust. 3 i 4). Projekt wśród metod wymienia niektóre z czynności operacyjno-rozpoznawczych, a właściwie ich nazwy, odsyłając do odpowiednich przepisów projektu. W ten sposób pojawia się ustawowe określenie takich czynności operacyjno-rozpoznawczych, jak zakup kontrolowany (art. 2 ust. 3 pkt 11 odesłanie do art. 15), przesyłka niejawnie nadzorowana (art. 2 ust. 3 pkt 12 odesłanie do art. 16). W przepisie tym wymienione są także niektóre z metod (np. analiza operacyjna – art. 2 ust. 3 pkt 5) oraz środki pracy operacyjnej (środki techniczne – art. 2 ust. 3 pkt 10, obiekty specjalne – art. 2 ust. 3 pkt 13).²⁶ Nie jest jasny na gruncie projektu ustosunek pojęcia „metody prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych” do pojęcia „czynność operacyjna” oraz do pojęcia „środki”. Niektóre z metod projekt utożsamia z czynnościami (np. zakup kontrolowany i przesyłka niejawnie nadzorowana). Przepis art. 2 ust. 3

²⁶ Projekt nie posługuje się w art. 2 pojęciem środków, ograniczając zakres regulacji jedynie do metod i form. Jednak w art. 6 ust. 2 posługuje się tym pojęciem, stanowiąc, że przy przeprowadzaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych funkcjonariusze mogą posługiwać się dokumentami, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikujących funkcjonariusza oraz środków [podkreślenie – A. T.], którymi posługuje się w trakcie ich wykonywania.

pkt 11 i 12 poza podaniem nazwy tych czynności jedynie stanowi, że przeprowadza się je na zasadach określonych w art. 15 (zakup kontrolowany) i art. 16 (przesyłka niejawnie nadzorowana). Ten sposób konstrukcji ustawy powoduje, że jedna z najważniejszych i budzących najwięcej kontrowersji – czynność operacyjno-rozpoznawcza, jaką jest kontrola operacyjna, nie została wymieniona w art. 2 projektu, natomiast została szczegółowo omówiona w art. 14. Z przepisu art. 14 ust. 6 wynika, że kontrola operacyjna 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 telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych, 4) tajnej lustracji pomieszczeń i środków transportu.

Łatwo zauważyć, że działania ujęte w pkt 1 i 3 wymienione są jako metody prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych w art. 2 ust. 3 pkt 9 i 10 projektu, natomiast kontrola przesyłek oraz tajna lustracja pomieszczeń i środków transportu nie została umieszczona w katalogu metod. Czym tak zasadniczym różni się kontrola korespondencji od kontroli przesyłek, że jedną z nich zaliczono do metod prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, a drugą nie, trudno pojąć. Także trudno zrozumieć, dlaczego tajna lustracja pomieszczeń i środków transportu wchodzi w zakres kontroli operacyjnej (jako czynności), ale nie stanowi metody prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wydaje się, że jedynym wytłumaczeniem tego przeoczenia może być sposób tworzenia projektu ustawy polegający na kompilacji poszczególnych przepisów z różnych aktów prawnych (powstających w różnych okresach).²⁷

Projektodawca, jak się wydaje, stosuje zamiennie pojęcie „metoda” i „czynność”. Na przykład w art. 2 ust. 3 pkt 16 używa wyrażenia „zespół czynności” dla określenia metod, które zostały wymienione we wcześniejszych punktach tego przepisu. Także w art. 20 ust. 3 zobowiązuje Ministra Sprawiedliwości do składania informacji Radzie Ministrów co do ilości oraz zasadności zastosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych wymienionych w art. 2 ust. 3, który to przepis normuje przecież metody prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, a nie same czynności operacyjno-rozpoznawcze.

Dodatkowe zamieszanie pojęciowe wprowadza użycie w art. 2 ust. 3 (wyliczającym metody prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych) w pkt 10 pojęcia „środki techniczne”. W ten sposób zakresem pojęcia „metody” objęto także pojęcie „środki”. Projekt w innych przepisach używa jednak określenia „środki” w sposób

²⁷ Pojęcie „kontrola operacyjna” pojawiło się dopiero po nowelizacji ustawodawstwa policyjnego w 1995 r. Wtedy po raz pierwszy w ustawodawstwie policyjnym objęto tą czynnością (*expressis verbis*) także kontrolę przesyłek. We wcześniejszych jawnych aktach prawnych tej kategorii działań nie wyodrębniano. Nie wymieniano także tego sposobu działania w tajnych instrukcjach operacyjnych, na których wyraźnie wzoruje się projektodawca. Ten błąd potwierdza tezę o kompilacyjnym charakterze projektu.

jednoznacznie wskazujący, że są to pojęcia rozłączne. Na przykład w art. 5 ust. 1 stanowi, że w związku z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych służby państwowe uprawnione do ich prowadzenia zobowiązane są do ochrony środków, form i metod realizacji zadań, zgromadzonych informacji oraz własnych obiektów i danych identyfikujących funkcjonariuszy realizujących te czynności. Nie ulega wątpliwości, że w zakres pojęcia „metody” (w ujęciu art. 5 ust. 1) nie wchodzi ani „formy” ani „środki”. W literaturze kryminalistycznej, a częściowo także karnoprocesowej, relacja między pojęciem „czynność” (np. czynność dowodowa), a „metoda” czy „środek” jest dość jasna. Realizując określoną czynność możemy zastosować określone metody rozumiane jako sposoby przeprowadzania tej czynności. Na przykład przesłuchując podejrzanego, można zastosować metodę kumulatywnego ujawniania dowodów, selektywnego ujawniania dowodów, informacji o podejrzanym itd.²⁸ Wymieniane są także niedozwolone metody przesłuchania, np. narkoanaliza czy hipnoza.²⁹ Niedozwoloną metodą jest także stosowanie przymusu fizycznego lub psychicznego czy też stosowanie groźby w czasie czynności przesłuchania.³⁰ Z kolei pojęciem „forma” w odniesieniu do czynności przesłuchania w literaturze kryminalistycznej posługujemy się w celu zaznaczenia różnic między standardową czynnością a jej odmianami. Okazanie w celu rozpoznania i konfrontacja określane są jako szczególne formy przesłuchania. Natomiast pojęciem „środki” w kryminalistyce najczęściej określa się wykorzystywane w tzw. „technice kryminalistycznej” środki techniczne służące celom wykryczym i dowodowym.³¹

Treść cyt. wyżej przepisu art. 5 ust. 1 projektu wskazywałaby na podobną relację między pojęciem czynności „operacyjno-rozpoznawcze” a pojęciami „metody”, „formy” i „środki”. Z przepisu tego wynika, że wykonując czynności operacyjno-rozpoznawcze uprawnione organy posługują się określonymi metodami, formami i środkami w celu realizacji swoich ustawowych zadań. Dotychczasowe ustawodawstwo policyjne posługiwało się jako podstawową kategorią pojęciem „czynności operacyjno-rozpoznawczej”. O metodach, formach i środkach mówiło jedynie w kontekście ich ochrony, nie definiując ani nie określając zakresu tych pojęć.³² Pojęciami tymi posługiwały się natomiast niejawne akty wykonawcze (instrukcje operacyjne).

²⁸ Zob. m.in. Z. Czeczot, T. Tomaszewski, *Podstawy kryminalistyki ogólnej*, Warszawa 1989, s. 50–79 (autorzy używają także określenia „zasady przesłuchania”).

²⁹ T. Taras, *Niedozwolone metody śledcze (narkoanaliza w procesie karnym)*, „Problemy Kryminalistyki” 1966, nr 59; A. Bulsiewicz, *Narkoanaliza i hipnoza w procesie karnym*, „Problemy Praworządności” 1986, nr 3–4.

³⁰ Z. Czeczot, T. Tomaszewski, *op. cit.*, s. 61; T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1996, s. 176–178.

³¹ Na gruncie procesu karnego pojęcie środki występuje w kilku znaczeniach. W obszarze omawianej problematyki z pewnością pojawi się pojęcie „środki przymusu” jako sposoby wymuszenia określonego, przewidzianego przez prawo zachowania się uczestnika procesu, w tym także w celu przeprowadzenia czynności dowodowej, oraz „środki dowodowe” jako wynik czynności dowodowych (np. zeznania świadków, wyjaśnienia oskarżonych itd.).

³² Zob. m.in. art. 20a ustawy o Policji, art. 35 ustawy o ABW i AW, art. 39 ustawy o SKW i SWW.

W przepisach tych pojęcie metody w pewnym zakresie zastępowało pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych, które pojawiło się w akcie rangi ustawy dopiero w 1983 r.³³, natomiast poprzez formy pracy operacyjnej określano kategorie spraw operacyjnych³⁴. Mechaniczne wprowadzenie tych kategorii pojęć do projektu, bez określenia ich wzajemnych relacji musiało spowodować zamęt pojęciowy.

Metody określane jako kombinacja operacyjna, gra operacyjna i operacje specjalne są zdefiniowane w mało precyzyjny sposób. Poważne kłopoty sprawi niewątpliwie określenie charakteru i zakresu operacji specjalnych (czy są to czynności? czy metody?). Projekt definiuje je jako „szczególny rodzaj kombinacji operacyjnej charakteryzujący się stosowaniem działań maskujących w szczególności w postaci zespołu czynności określonych w pkt 13, 14 i 15” (w punktach tych wymienione są obiekty specjalne, kombinacja operacyjna oraz gra operacyjna – przyp. A. T.).

Wspomniana technika legislacyjna polegająca na dosłownym „przenoszeniu” przepisów ustaw policyjnych spowodowała, że projekt powieliła błędy dotychczasowego ustawodawstwa, na które zwracano uwagę w literaturze przedmiotu. Na przykład określając zakres stosowania tzw. operacyjnych dokumentów legalizacyjnych, projektodawca użył (powielając istniejące przepisy) mało precyzyjnego określenia „środki”. Zdaniem T. Widły wyrażenie „środki” – jak się zdaje przynajmniej w znaczeniu prawniczym (uwaga A.T.) – jest wyrażeniem elementarnym i jako takie jest niedefiniowalne (*indefinibilium*). Autor zwraca uwagę, że pojęcie to „samodzielnie nie może posłużyć nawet za nazwę, a jedynie może być argumentem nazwy złożonej, powstałej przez uzupełnienie o funktor nazwotwórczy opisujący cechy determinujące” (np. środki techniczne, przymusu, dowodowe itp.).³⁵

Podobnie jak w dotychczasowym ustawodawstwie policyjnym, także w Projekcie ustawy możliwość korzystania w pracy operacyjnej z pomocy tajnych współpracowników nie jest wyrażona wprost. Korzystanie przez funkcjonariuszy służb policyjnych z osobowych źródeł informacji stanowi jedną z podstawowych form pracy operacyjnej. Projekt powieliła przyjętą w ustawodawstwie policyjnym normatywną regulację dotyczącą osobowych źródeł informacji (tajnych współpracowników), która rodzi szereg problemów. W piśmiennictwie przyjmuje się, że podstawą do takiej działalności są przepisy pozwalające służbom policyjnym i specjalnym przy wykonywaniu swych zadań na „korzystanie z pomocy obywateli niebędących ich funkcjonariuszami.”(m.in. art. 22 ust. 1 ustawy o Policji, art. 36 ust. 1 ustawy o ABW

³³ Ustawa o Ministrze Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów z 19 lipca 1983 r. (Dz.U. nr 38, poz. 173).

³⁴ Zob. Instrukcja (tymczasowa) o pozyskiwaniu, pracy i ewidencji agenturalno-informacyjnej sieci z 1945 r.; Zarządzenie nr 006/70 Ministra Spraw Wewnętrznych z dn. 1 lutego 1970 r. w sprawie pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa resortu spraw wewnętrznych w pracy operacyjnej; Zarządzenie nr 02/78 Ministra Spraw Wewnętrznych z dn. 23 stycznia 1978 r. zmieniające zarządzenie w sprawie pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa resortu spraw wewnętrznych.

³⁵ T. Widła, *O tak zwanych dokumentach legendujących*, „Palestra”2007, nr 9–10, s. 54.

i AW).³⁶ Przepis ten budzi wątpliwości, głównie z tego powodu, że w innym miejscu ustawodawstwa policyjnego przewidziana jest możliwość korzystania przez funkcjonariuszy z pomocy obywateli w nagłych wypadkach określanych jako „doraźna pomoc” (m.in. art. 15 ust. 1 pkt. 7 ustawy o Policji). Nie ulega wątpliwości, że „doraźna pomoc obywatela” i „pomoc obywatela niebędącego funkcjonariuszem (policjantem, żołnierzem)” to dwie zupełnie różne instytucje.³⁷

Projekt w kilku miejscach wkracza w obszar prawa karnego materialnego w sposób mało precyzyjny. Art. 4 ust. 3 stanowi, że „zabronione jest prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych, których skutkiem może być popełnienie przestępstwa przez funkcjonariusza lub współpracującą z nim osobę”, a w art. 4 ust. 4, że „nie popełnia przestępstwa funkcjonariusz prowadzący lub uczestniczący w planowanych i zatwierdzonych przez przełożonego czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, który działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć konsekwencji prowadzonych działań, dopuszczając do popełnienia czynu zabronionego”. Tak skonstruowany przepis wydaje się zbędny, gdyż nie można przypisać odpowiedzialności karnej osobie, która „działając z należytą starannością, nie mogła przewidzieć konsekwencji prowadzonych działań, dopuszczając do popełnienia czynu zabronionego”. Z kolei oczywiste jest, że „zabronione jest prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych, których skutkiem może być popełnienie przestępstwa przez funkcjonariusza lub współpracującą z nim osobę”, właśnie dlatego, że jest zabronione przez ustawę karną.

W art. 13 ust. 1 projekt wprowadza kategorię czynności operacyjno-rozpoznawczych, które przeprowadzone są „w postaci pozorowanej działalności przestępczej”. Tak skonstruowany przepis nie jest jasny. Nie wiadomo, czy projektodawcom chodziło o kontratyp działania przez funkcjonariusza w ramach uprawnień³⁸, czy o działanie, które nie nosi cech działania przestępczego, gdyż jedynie „pozoruje” taką działalność. W pozostałej części art. 13 nie daje żadnych wskazówek, jak należy pojęcie „pozorowanej działalności przestępczej” interpretować, milczy w tej kwestii także załączone do projektu uzasadnienie. Jedynie, w miarę precyzyjnie, uregulowany jest tryb podejmowania tej czynności. Zgodnie z art. 13 ust. 1 Projektu „podjęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych w postaci pozorowanej działalności prze-

³⁶ T. Hanausek, *Wybrane zagadnienia prawa policyjnego*, [w:] *Prawo policyjne, komentarz*, pod red. S. Sagana, Katowice 1992, s. 12; A. Bulsiewicz, *Rola osoby zaufanej w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych i procesie karnym*, „Przegląd Policyjny” 1992, nr 2–3 (26–27), s. 26 i n.; S. Stachowiak, *Przepisy k.p.k. a rozwiązania zawarte w ustawach o Policji oraz o Urzędzie Ochrony Państwa*, „Przegląd Policyjny” 1991, nr 2 (24), s. 12; T. Widła, *Prawo do prywatności a prowadzenie działalności operacyjno-wykrywczej*, „Humanistyczne Zeszyty Naukowe, Prawa Człowieka”, Katowice 1997, nr 4, s. 89 i n.

³⁷ Zob. szerzej A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 60–64.

³⁸ Zob. szerzej A. Gubiński, *Wylączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 58–61; A. Zołł, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 78–85; Z. Wiernikowski, *Działanie w granicach uprawnienia lub obowiązku jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 3, s. 80–88.

stępczej dokonuje się na podstawie postanowienia sądu okręgowego wydanego na piśmie wniosek organu odpowiedniej służby państwowej po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego”.³⁹

Natomiast ustawowy kontratyp pozakodeksowy odnośnie zakupu kontrolowanego i przesyłki niejawnie nadzorowanej (art. 144a ustawy o Policji, art. 127a ustawy o UOP, art. 21 ustawy o CBA, art. 35 o SKW i SWW, art. 32 ustawy o ABW i AW)⁴⁰, funkcjonujący w ustawodawstwie policyjnym od 1995 r., nie został ujęty w poselskim Projekcie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, mimo że w pozostałej części przepisy dotyczące prowokacji policyjnej i przesyłki niejawnie nadzorowanej są wiernym powtórzeniem dotychczasowych regulacji (art. 15 i art. 16 projektu).⁴¹ Trudno, wobec braku jakiegokolwiek odniesienia do tej kwestii w uzasadnieniu projektu, rozstrzygnąć, czy była to celowa zmiana dotychczasowego ustawodawstwa policyjnego, czy też „przeoczenie projektodawcy”.

III. UWAGI KOŃCOWE

Obecnie potrzeba uchwalenia odrębnej ustawy regulującej problematykę czynności operacyjno-rozpoznawczych nie wzbudza wątpliwości zarówno w kręgach politycznych, jak i fachowych. Czy jednak najlepszym rozwiązaniem jest uchwalanie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, dotyczącej wszystkich służb, których cele i zadania tak bardzo się różnią? Wydaje się, że przepisy regulujące te czynności powinny się znaleźć w poszczególnych ustawach, gdyż zakres stosowania środków operacyjnych musi być różny, tak jak różnią się zakresy kompetencji poszczególnych służb policyjnych.⁴² Oczywiście kompetencje te i zakres stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych powinny być precyzyjnie w ustawach określone, a akty wykonawcze powinny być jawne. Powstaje więc pytanie o zasadniczym znaczeniu: czy trafnym rozwiązaniem jest tworzenie nowej ustawy? Czy raczej bardziej wskazane byłoby prace nad nowelizacją ustaw regulujących

³⁹ Postanowienie, o którym mowa w ust. 1 wydaje sąd okręgowy właściwy miejscowo, ze względu na siedzibę organu odpowiedniej służby państwowej składającej wniosek, a na wniosek złożony przez Szefa Kontrwywiadu Wojskowego i Żandarmerii Wojskowej – Wojskowy Sąd Okręgowy w Warszawie (art. 13 ust. 2).

⁴⁰ Przepisy te stanowią, że nie popełnia przestępstwa, kto będąc do tego upoważniony, wykonuje takie czynności operacyjno-rozpoznawcze, jak prowokacja policyjna i przesyłka niejawnie nadzorowana, jeżeli zostały zachowane warunki określające dopuszczalność tych czynności.

⁴¹ O kontratybie w zakresie działań operacyjno-rozpoznawczych zob. m.in. A. Taracha, *Działania operacyjno-rozpoznawcze prowadzone w ramach uprawnień jako kontratyp – wybrane zagadnienia*, [w:] *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji zmian*, red. Z. Cwiakalski, G. Artymiak, Warszawa 2009, s. 459–473.

⁴² Krytyczny stosunek do regulacji problematyki czynności operacyjno-rozpoznawczych jedną ustawą wspólną dla wszystkich służb wyraził także M. Chrapkowski, *Wykorzystanie materiałów kontroli operacyjnej w postępowaniu przygotowawczym*, Szczytno 2009, s. 15.

czynności operacyjno-rozpoznawcze? Za tym drugim rozwiązaniem przemawia, jak się wydaje, fakt, że propozycje najistotniejszych zmian istniejącego ustawodawstwa zostały już wskazane w literaturze. Należy podkreślić, że tworzenie odrębnych ustaw regulujących całość zagadnień związanych z czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi (operacyjno-dochodzeniowymi) jest specyfiką państw z dawnej strefy wpływów ZSRR i państw powstałych z jego rozpadu. Natomiast w państwach o ugruntowanej demokracji regulacje takie należą do wyjątków (najczęściej są to akty prawne odnoszące się do konkretnych służb i określonego rodzaju działalności, np. *Patriot Act 2001, F.B.I. Foreign Intelligence Collection and Foreign Counterintelligence Investigations, May, 25, 1995, Undercover and Sensitive Operations Unit. Attorney General's Guidelines on F.B.I. Undercover Operations, November, 13, 1992*).

Wydaje się jednak, że wobec powszechnej zgody wszystkich sił politycznych na uchwalenie jednej ustawy obejmującej całość problematyki czynności operacyjno-rozpoznawczych nadzieje na rezygnację z tworzenia tej ustawy są znikome.⁴³ W takiej sytuacji należałoby rozważyć, czy nowa ustawa nie powinna ograniczyć się do uregulowania podstawowych zagadnień związanych z czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi wspólnymi dla wszystkich organów ścigania uprawnionych do wykonywania tych czynności, pozostawiając uregulowanie kwestii szczegółowych ustawom dotyczącym poszczególnych służb. Ustawa taka stałaby się więc ustawą „ramową” regulującą tak zasadnicze kwestie, jak zakres i sposób przeprowadzania poszczególnych rodzajów czynności operacyjno-rozpoznawczych, służb uprawnionych do ich prowadzenia, mechanizmów kontroli ich legalności (zarówno wewnętrznych, jak i zewnętrznych) oraz zapewnienia respektowania praw człowieka w czasie działań operacyjnych (zob. *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*). Natomiast najpilniejszą sprawą w pracach nad obecnym projektem (przy założeniu, że projektodawcy pozostaną nadal przy pierwotnych koncepcjach tworzenia ustawy regulującej szczegółowo całość problematyki czynności operacyjno-rozpoznawczych dla wszystkich służb) są zmiany w jego konstrukcji – poczynając od zdefiniowania podstawowych pojęć (m.in. „czynność operacyjno-rozpoznawcza”, „metody” i „środki” przeprowadzania tych czynności), wyznaczenie zakresu poszczególnych czynności, określenie procedury przeprowadzania czynności operacyjnych, która zapewni dostateczną kontrolę ich legalności.⁴⁴

⁴³ Wskazać jednak należy na bardzo wolne tempo prac nad projektem. W okresie 2 lat prac podkomisji (maj 2008 r. – maj 2010 r.) rozpatrzono 2 pierwsze artykuły projektu. Zob. *Prace Sejmu VI Kadencji. Prace w komisjach*, www.sejm.gov.pl./prace/prace.html.

⁴⁴ W sytuacji gdyby projektodawcy nie zdecydowali się na tak daleko idące zmiany, programem minimum powinno być określenie wzajemnych relacji takich podstawowych pojęć, jak „czynności operacyjno-rozpoznawcze” oraz „metody” i „środki” służące do ich przeprowadzenia. Brak należytego rozwiązania tej kwestii spowoduje bardzo poważne trudności interpretacyjne w stosowaniu projektowanej ustawy.

SUMMARY

The paper discusses the parliamentary draft bill on operational intelligence activities (printed matter no. 353), which was submitted to the Republic of Poland's Sejm of the 6th term on 7 February 2008. This bill is an attempt to comprehensively regulate in one statute all issues connected with operational intelligence actions previously regulated by statutes concerning individual special and police services. The paper presents a critical assessment of this legislative solution. It points out that provisions that regulate these activities should be included in individual statutes because the scope of the use of operational measures has to be different just as the scopes of competence of individual police services differ. It appears that it would be more advisable to amend the laws regulating operational intelligence activities, the more so that the proposals for most essential changes have already been put forward in literature. If, however, work on the draft bill were continued, the new statute should be confined to regulating the basic problems pertaining to operational-intelligence activities that are common to all penal prosecution agencies empowered to perform these activities while the regulation of specific questions should be left with the statutes pertaining to individual services (the so-called framework statute).