

BIURO BEZPIECZEŃSTWA NARODOWEGO

ANALIZA

**w sprawie propozycji zmian przepisów prawnych dotyczących
kontroli operacyjnej i procesowej pod względem konieczności
zapewnienia konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych**

Warszawa, styczeń 2010

WPROWADZENIE

Biuro Bezpieczeństwa Narodowego z niepokojem odnotowało doniesienia dotyczące kolejnych przypadków podsłuchiwania m.in. przedstawicieli mediów oraz przypadku wykorzystania informacji zgromadzonych w toku niejawnych czynności procesowych do celów prywatnych.

Obowiązujące przepisy prawne dają służbom specjalnym możliwość stosowania różnych form i metod pracy operacyjnej, w tym kontroli operacyjnej, ale w odniesieniu do osób podejrzewanych (*etap czynności operacyjnych*) lub podejrzanych, oskarżonych (*etap czynności procesowych*) o naruszenie prawa. Okazuje się, że służby specjalne wykorzystują przekazane im uprawnienia nie tylko do walki z przestępczością, ale i do rozgrywania innych celów aniżeli wskazane we wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej lub procesowej.

Należy podkreślić, że tak naprawdę nie jest znany rzeczywisty zakres wykorzystywania działań służb specjalnych do innych celów aniżeli wskazane we wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej.

Tego typu praktyki, w ocenie BBN, naruszają jedną z zasad państwa demokratycznego, jaką jest zasada zaufania obywatela w stosunku do instytucji państwowych, w tym służebnej roli służb specjalnych wobec państwa i jego obywateli.

W celu ograniczenia tego typu przypadków Biuro Bezpieczeństwa Narodowego opracowało propozycje zmian przepisów prawnych, mających na celu ukrócenie samowoli służb specjalnych w związku ze stosowaniem kontroli operacyjnej lub wykorzystania informacji z kontroli procesowej. Propozycje dążą do wyeliminowania luk prawnych lub niejasności pozwalających na różną interpretację przepisów. Tym samym nie mają na celu ograniczenia kompetencji służb specjalnych, ale wprowadzenie mechanizmów gwarantujących rzeczywistą kontrolę na tych służbami w procesie stosowania kontroli operacyjnej lub procesowej.

Rozdział I Konstytucyjna ochrona praw podmiotowych przed nieuprawnioną ingerencją służb wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze

1.1. W wydaniu "Rzeczpospolitej" z 17 października 2009 r. ukazała się publikacja, że ABW, badając sprawę domniemanego handlu aneksem do raportu o WSI,¹ nagrała rozmowę dziennikarza tej gazety Cezarego Gmyza oraz Bogdana Rymanowskiego z TVN, prowadzoną z telefonu Wojciecha Sumlińskiego, któremu założono podsłuch.² Według gazety, prokuratura bezprawnie udostępniła materiały ze śledztwa pełnomocnikowi zastępcy szefa ABW w związku z jego procesem cywilnym przeciw "Rzeczpospolitej". W publikacji prasowej zarzucono także, że nie zniszczono zapisów z podsłuchów rozmów, które nie miały związku ze sprawą.

Powyższy artykuł wywołał falę następnych publikacji oraz negatywnych komentarzy m.in. ze strony prawników. Przykładowo, prof. P.Kruszyński³ odnosząc się do działań prokuratury stwierdził, że *"jest to jakiś układ wręcz patologiczny"* oraz, że *"materiały, o których piszą gazety, w ogóle nie powinny istnieć"*. Zaznaczył przy tym, że skoro nie miały one znaczenia dla toczącego się postępowania, to powinny zostać zniszczone.⁴

¹ Handel aneksem do Raportu z Weryfikacji WSI (zwany również aferą anekсовą czy jako korupcja w Komisji Weryfikacyjnej WSI) to prowadzone działania, mające na celu skompromitowanie komisji weryfikacyjnej WSI. Aleksander Lichocki był szef Wojskowej Służby Wewnętrznej, na przełomie 2007 i 2008 r. miał proponować różnym osobom, w tym dziennikarzom „Dziennika” nabycie za kwotę 250 tys. zł aneksu. Twierdził, że ma „dojście” do Komisji Weryfikacyjnej. W wyniku działań ABW aresztowani zostali: Aleksander Lichocki, dziennikarz Wojciech Sumliński oraz przeszukano mieszkania dwóch członków Komisji Weryfikacyjnej. W sprawie przesłuchiwany był w charakterze świadka m.in. marszałek Sejmu RP Bronisław Komorowski. Zob.: http://www.dziennik.pl/polityka/article163434/Tak_handlowano_aneksem_Macierewicza.html

² Dziennikarz Wojciech Sumliński jest oskarżony o powoływanie się na wpływy w komisji weryfikacyjnej ds. Wojskowych Służb Informacyjnych i podjęcie się pośrednictwa w załatwieniu pozytywnej weryfikacji oficera WSI płk. Leszka Tobiasza, w zamian za korzyść majątkową w kwocie 200 tys. zł. W.Sumliński twierdzi, że padł ofiarą bardzo zręcznej prowokacji. Niewykluczone, że płk A.Lichocki i jego decyzja o poddaniu się karze była jednym z elementów tej mistyfikacji. –*Chodziło o to, aby znaleźć dziennikarza, który będzie miał kontakt z ludźmi dawnych służb wojskowych i członkami komisji weryfikacyjnej. Intryga miała skompromitować tych ostatnich, robiąc z dziennikarza łącznika między komisją a funkcjonariuszami. Z tego, co wiem, miałem być jednym z kilku dziennikarzy, którzy mieli się znaleźć w roli tego pocisku. Znam, co najmniej jednego kolegę po fachu, który uniknął tej prowokacji, dosłownie uciekając katu spod gilotyny – mówi serwisowi tvp.info W.Sumliński.* Dziennikarz sugeruje, że prokuratura, chcąc uniknąć problemów, zdecydowała o włączeniu części stenogramów do wątku sprawy dotyczącej sprzedaży aneksu do raportu o likwidacji WSI (śledztwo w tej sprawie wciąż trwa) a pozostałą część zniszczono. –*Decyzję o zniszczeniu materiałów operacyjnych podejmuje Sąd, a w tym przypadku żadne materiały nie zostały zniszczone – zapewnia prokurator Robert Majewski, wiceszef warszawskiej prokuratury apelacyjnej.* Według Majewskiego, wniosek o wyłączenie prokuratorów został odrzucony, ponieważ nie stwierdzono, aby śledczy złamali prawo. Zob.: <http://www.tvp.info/informacje/polska/sumlinski-oskarzony-o-platna-protekcje>

³ Piotr Kruszyński – doktor habilitowany, profesor zwyczajny nauk prawnych, specjalista z zakresu prawa karnego materialnego i procesowego. Jest kierownikiem Katedry Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Adwokat, członek Naczelnej Rady Adwokackiej.

⁴ Zob.: <http://www.tvn24.pl/1,1624444,druk.html>

W związku z doniesieniami mediów w sprawie podsłuchów dziennikarzy i adwokatów, do prokuratury wpłynęły dwa zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa.⁵ Do rozpoznania całej sprawy wyznaczona została poznańska prokuratura. Ustosunkowując się do zarzutów adwokatów, rzeczniczka prokuratury stwierdziła, iż *"przeprowadzenie kontroli i utrwalenie treści rozmów telefonicznych (...) nie realizuje znamion przestępstwa, które miałyby polegać na niedopełnieniu obowiązków lub przekroczeniu uprawnień przez funkcjonariuszy publicznych. Zastosowanie podsłuchu procesowego możliwe jest na podstawie decyzji sądu, w wyjątkowej sytuacji na podstawie decyzji prokuratora i ten podstawowy warunek został spełniony. Kontrola i utrwalenie treści rozmów telefonicznych Wojciecha S. została zarządzona postanowieniem sądu, co czyni ją kontrolą legalną"*. **Prokuratura nie stwierdziła, aby utrwalanie rozmów naruszało tajemnicę dziennikarską.** Według prawa prasowego tajemnica dziennikarska dotyczy zachowania w tajemnicy przez dziennikarza m.in. danych osób udzielających informacji, jeśli osoby te zastrzegły podawanie tych danych. Według prokuratury, zarejestrowane rozmowy, w których rozmówcami byli Rymanowski i Gmyz nie wiązały się z ujawnieniem informatorów dziennikarzy. Zdaniem prokuratury, zebrane materiały nie zawierały też tzw. tajemnicy obrończej, czyli tajemnicy związanej z udzielaniem pomocy prawnej dotyczącej obrony w sprawie odpowiedzialności karnej. Nie było więc przeszkody do ich procesowego wykorzystania. **Prokuratura nie stwierdziła też, aby doszło do popełnienia przestępstwa w związku z niezniszczeniem materiałów pochodzących z prowadzonej kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych.** Podkreśliła też, że to sąd, a nie prokurator zarządza zniszczenie utrwalonych zapisów, jeżeli nie mają one znaczenia dla prowadzonego postępowania karnego. **W sprawie udostępnienia stenogramów z podsłuchów innym osobom prokuratura stwierdziła, że zgodnie z prawem prokurator może udostępnić akta postępowania osobom z nim niezwiązanym.**

⁵ 13.11.2009 r. dziennik „Rzeczpospolita” ujawnił, że w aktach śledztwa warszawskiej Prokuratury Apelacyjnej, badającej sprawę W.Sumlińskiego znajdują się stenogramy jego rozmów z adwokatami: Stanisławem Rymarem i Romanem Giertychem. Stenogramy z tych rozmów sporządziła ABW i przekazała je prokuraturze, która ich nie zniszczyła. Mecenas R.Giertych oświadczył, że „nagrywanie rozmów adwokatów z ich klientami jest przestępstwem” oraz, że zamierza skierować skargę do Ministra Sprawiedliwości. „Postawię pytanie, czy przypadkiem nie zakładano pięciodniowych podsłuchów każdej osobie dzwoniącej na numer podejrzanego” – powiedział obrońca W.Sumlińskiego. Ponadto R.Giertych poinformował o tym fakcie Naczelną Radę Adwokacką. Zob.: <http://www.rp.pl/artykul/391351.html>

Od decyzji prokuratury o odmowie wszczęcia śledztwa wniesione zostało do sądu zażalenie. Z uwagi na brak rozstrzygnięcia przez sąd przedmiotowej sprawy, BBN nie wypowiada się w sprawie decyzji prokuratury oraz prawnych możliwości wykorzystania przez zastępcę szefa ABW materiałów z kontroli procesowej do celów prywatnych. **W ocenie BBN, powyższe stanowisko rzeczniczkę prokuratury wskazuje natomiast na dwie rzeczy: interpretację prawa w interesie służb specjalnych,⁶ a nie w celu ochrony praw podmiotowych obywateli oraz na słabość kontroli nad działaniami służb specjalnych.**

Problematyka wykorzystywania podsłuchów w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych oraz procesach karnych zawsze budziła poważne wątpliwości, jeżeli chodzi o standardy ochrony osób, w tym w szczególności niebędących podejrzanymi lub oskarżonymi, przed arbitralnością władzy. Pomimo wprowadzenia, jak się wydawało, w miarę konkretnych zapisów o podstawach i zakresie stosowania kontroli operacyjnej i procesowej, co pewien czas pojawiają się medialne doniesienia o nadużyciach w stosowaniu tego typu uprawnień.⁷ Nieprawidłowości dotyczą zarówno etapu czynności operacyjno-rozpoznawczych,⁸ jak i procesowych.⁹

⁶ Jak stwierdził prof. P.Kruszyński w wywiadzie dla TVN: „Nie raz występowałem w procesie cywilnym jako pełnomocnik stron i chcąc uzyskać materiały procesowe z prokuratury zwracałem się do Sądu (...). Wówczas prokuratura udostępniała, ale tylko część akt, a nie całe. Natomiast o materiałach operacyjnych nawet zamaryć nie można było”. Zob.: <http://www.tvn24.pl/1,1624444,druk.html>

⁷ Przykładowo, w 2007 r. ukazały się artykuły: W.Czuchnowskiego „Dziennikarze na podsłuchu”, Gazeta Wyborcza z 25-26.08.2007 r.; A.Stankiewicza i P.Śmiłowicza „Łowcy haków”, Newsweek z 27.08.2007 r.

⁸ Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na: kontrolowaniu treści korespondencji, kontrolowaniu zawartości przesyłek, 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 (Zob.: np. art. 27 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu).

⁹ Zgodnie z art. 237 k.p.k. po wszczęciu postępowania Sąd na wniosek prokuratora może zarządzić kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa (§ 1). W wypadkach niecierpiących zwłoki kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych może zarządzić prokurator, który obowiązany jest zwrócić się w terminie 3 dni do Sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 5 dni na posiedzeniu bez udziału stron (§ 2). Zauważyć należy, że część czynności polegających np. na tzw. odsłuchu i sporządzaniu stenogramów mogą wykonywać funkcjonariusze służb specjalnych i porządku publicznego, uzyskując w ten sposób dodatkowe informacje.

Aktualnie prawo zezwala na prowadzenie kontroli operacyjnej następującym służbom:

- Policji – na podstawie art. 19 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji,¹⁰
- Straży Granicznej – na podstawie art. 9e ustawy z 12 października 1990 r. o Straży Granicznej¹¹,
- Wywiadowi Skarbowemu – na podstawie art. 36c ustawy z 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej,¹²
- Żandarmerii Wojskowej – na podstawie art. 31 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych,¹³
- Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego – na podstawie art. 27 ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu,¹⁴
- Służbie Kontrwywiadu Wojskowego – na podstawie art. 31 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego,¹⁵
- Centralnemu Biuru Antykorupcyjnemu - na podstawie art. 17 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.¹⁶

Różna jest ocena nadania tak wielu instytucjom uprawnień do stosowania kontroli operacyjnej. Według Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej J. Agackiej-Indeckiej *„Im więcej organów ścigania może podsłuchiwać obywateli, tym większe pole do nadużyć. Państwo może mieć problem z prawidłowym kontrolowaniem tak dużej ilości służb”*.¹⁷ **W ocenie BBN, problem właściwego zabezpieczenia praw podmiotowych obywateli dotyczy przede wszystkim realności i skuteczności nadzoru i kontroli nad tymi służbami.**

W literaturze zauważa się, że służby operacyjne powinny mieć szerokie uprawnienia, osoba zaś, która została dotknięta ingerencją w sferę poszanowania jej praw, powinna z kolei mieć możliwość poszukiwania skutecznej ochrony prawnej. Niewątpliwie rozwiązania normatywne regulujące instytucję kontroli operacyjnej stwarzają organom ścigania znacznie większe możliwości zbierania

¹⁰ Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277, z późn. zm.

¹¹ Dz. U. z 2005 r. Nr 234, poz. 1997, z późn. zm.

¹² Dz. U. z 2004 r. Nr 8, poz. 65, z późn. zm.

¹³ Dz. U. Nr 123, poz. 1353, z późn. zm.

¹⁴ Dz. U. Nr 74, poz. 676, z późn. zm.

¹⁵ Dz. U. Nr 104, poz. 709, z późn. zm.

¹⁶ Dz. U. Nr 104, poz. 708, z późn. zm.

¹⁷ Zob.: <http://www.gazetaprawna.pl/drukowanie/370737> Artykuł z 16.11.2009 r.

dowodów przestępczej działalności niż unormowania w k.p.k. Z drugiej strony, zrozumiałe opory w społeczeństwie musi budzić stosowanie, w coraz szerszej skali, tajnych metod w pracy organów państwowych w systemach demokratycznych, w których jawność w działalności publicznej jest zasadą podstawową.¹⁸

1.2. Zgodnie z zapisami Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.¹⁹ organy władzy publicznej muszą działać na podstawie i w granicach prawa (art. 7). Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Podkreślić jednak należy, że ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw (art. 31 ust. 3). W szczególności, każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia (art. 47). W tym m.in. celu konstytucja gwarantuje wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Jej ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony (art. 49). Konstytucja zapewnia nienaruszalność mieszkania. Przeszukanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony (art. 50). Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Każdy ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Ograniczenie tego prawa może określić ustawa. Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa jedynie ustawa. (art. 51 ust. 2-5). Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54).

Czynności operacyjno-rozpoznawcze nie są w konstytucji wyrażnie wymieniane jako dozwolone ograniczenie praw jednostki. Mimo to,

¹⁸ W.Kozielewicz, *Postępowanie w przedmiocie zarządzania kontroli operacyjnej*, w: Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Pod red. L.Paprzycki, Zb.Rau, Warszawa 2009.

¹⁹ Dz.U.97.78.483.

w ocenie Trybunału Konstytucyjnego²⁰, znajdują one umocowanie w ramach uniwersalnie sformułowanych w konstytucji ograniczeń. Niektóre bowiem zapisy konstytucji przewidują, że ustawa zwykła będzie określała "przypadki i sposób" ograniczenia wolności lub prawa konstytucyjnego (art. 49 i art. 50), albo dają możliwość wprowadzenia takich ograniczeń (art. 51 ust. 3)²¹. Nadto art. 31 ust. 3 konstytucji formułuje ogólną zasadę zachowania proporcjonalności ewentualnego ograniczenia wolności i praw konstytucyjnych na wypadek, gdyby doznawać one miały (niezależnie od swego przedmiotu) ograniczenia w ustawodawstwie zwykłym. Wyjście poza proporcjonalność ograniczenia będzie decydujące dla wniosku, że wkroczenie przez ustawodawcę zwykłego nastąpiło w sposób ekscesywny, a zatem niekonstytucyjny.

Cecha niejawności kontroli operacyjnej czyni ją podatną na nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie korzystania z wolności obywatelskich, wymaga więc zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności. Będzie tak wtedy, gdy wprowadzane ograniczenia będą arbitralne, nieproporcjonalne do ewentualnych zagrożeń oraz, gdy będą one wyłączone (czy to prawnie czy faktycznie) spod kontroli sprawowanej przez instytucje demokratyczne.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że ustawodawca, konstruując przepis, który ingeruje głęboko w sferę prywatności jednostki, musi uwzględnić nie tylko zasadę dookreśloności i konkretności, ale także rozważyć proporcjonalność zastosowanego środka. **Nie wystarczy, aby stosowane środki sprzyjały zamierzonym celom, ułatwiały ich osiągnięcie albo były wygodne dla władzy, która ma je wykorzystać do osiągnięcia tych celów. Czynności operacyjne o tyle tylko mogą być uznane za usprawiedliwione, o ile ich własnym celem jest obrona wartości demokratycznego państwa prawnego. Nie wystarczy zatem sama celowość, pożyteczność, taniość**

²⁰ Zob. wyrok z 12.12.2005 r., sprawa nr K 32/04.

²¹ Z kolei np. art. 47 czy art. 51 ust. 4 konstytucji w ogóle nie przewidują wprowadzania ograniczeń w zakresie własnej regulacji na poziomie konstytucyjnym. Wolności i praw w nich uregulowanych nie może zatem bezpośrednio ograniczać ustawa.

czy łatwość posługiwania się nimi przez władzę – w odniesieniu do użytego środka.²²

Zasadnicze znaczenie dla określenia statusu czynności operacyjno-rozpoznawczych w demokratycznym państwie prawnym ma ustalenie, że nie mogą one prowadzić do erozji fundamentów tego państwa, do których należy zaliczyć godność ludzką z jednej strony i unikanie arbitralności w działaniu władz - z drugiej. Zauważyć jednak należy, że realizacja tej zasady wymaga efektywnej kontroli zapobiegającej ekscesowi. **Wedle standardów demokratycznego państwa prawa dopuszczalne jest bowiem nawet głębokie wkroczenie w sferę prywatności, jeśli jednak jednocześnie wkroczenie to, opatrzone należytymi gwarancjami proceduralnymi, nie doprowadzi do naruszenia godności osoby poddanej kontroli.²³**

1.3. Dla wypracowania wniosków odnośnie potrzeby i zakresu nowelizacji przepisów regulujących stosowanie kontroli operacyjnej konieczne jest przytoczenie sentencji wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2005 r.²⁴ W wyroku tym, o zbadanie zgodności z konstytucją: art. 19 ust. 4²⁵, art. 19 ust. 16²⁶, art. 19 ust. 18²⁷, art. 20 ust. 2²⁸, art. 20 ust. 17²⁹ ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji, zarządzenia nr 6 Komendanta Głównego Policji z 16 maja 2002 r. w sprawie uzyskiwania, przetwarzania i wykorzystywania przez Policję informacji

²² Zob.: uzasadnienie wyroku z 3.10.2000 r. w sprawie sygn. K. 33/99.

²³ Zob.: wyrok w sprawie K32/04. [Pogrubienia: BBN].

²⁴ Wyrok w sprawie K 32/04.

²⁵ W zakresie, w jakim materiały uzyskane w wyniku niezalegalizowanej przez Sąd kontroli operacyjnej mogą stanowić dowód w postępowaniu karnym.

²⁶ W zakresie, w jakim regulując dostęp do materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, nie przewiduje, po zakończeniu kontroli operacyjnej oraz ustaniu zagrożeń dla realizacji celów postępowania, powiadomienia innej osoby niż podejrzany oraz jego obrońca o tej kontroli.

²⁷ W zakresie w jakim przepis ten zezwala na prowadzenie kontroli operacyjnej za wyrażoną na piśmie zgodą nadawcy lub odbiorcy przekazu informacji, lecz bez zgody Sądu.

²⁸ W zakresie, w jakim nie precyzuje, w jakich sytuacjach można gromadzić informacje o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, niezależnie od faktycznej potrzeby zebrania tych informacji w danym postępowaniu karnym oraz w zakresie, w jakim przewidując możliwość pobierania, przetwarzania i wykorzystywania w celach wykrywczych i identyfikacyjnych danych osobowych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez ustawę jako przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego, osobach o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swą tożsamość oraz o osobach poszukiwanych, nie określa materialnoprawnych kryteriów odstąpienia od pobierania informacji o osobach.

²⁹ W zakresie, w jakim nie przewiduje usuwania ze zbiorów policyjnych danych zebranych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, które zostały prawomocnie uniewinnione względnie wobec których postępowanie karne zostało prawomocnie bezwarunkowo umorzone, niezwłocznie po uprawomocnieniu się stosownego orzeczenia.

oraz sposobów zakładania i prowadzenia zbiorów tych informacji³⁰, stwierdzono m.in., iż:

1. *Art. 19 ust. 4 o Policji **jest niezgodny** z art. 51 ust. 4 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.* W uzasadnieniu wskazano m.in., iż nie jest możliwy zabieg interpretacyjny polegający na tym, że następczą zgodę sądu na zachowanie nielegalnie zebranych materiałów operacyjnych uzna się za wystarczającą do uznania, że zostały one zebrane w sposób legalny. Jeżeli zaś takie właśnie odczytanie w praktyce zaskarżonego przepisu miałoby służyć jako uzasadnienie odmowy realizacji prawa z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, to zaskarżony przepis należy uznać za sprzeczny ze wskazanym wzorcem.
2. *Art. 19 ust. 16 powołanej ustawy **jest zgodny** z art. 45 ust. 1, art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP.* W uzasadnieniu Trybunału Konstytucyjnego wskazano m.in., że zaskarżony przepis rzeczywiście wyklucza możliwość informowania zainteresowanego o kontroli operacyjnej, ale tylko "w czasie jej trwania". Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie jest to jednak tożsame z zakazem udzielania takiej informacji w sytuacji, gdy czynności operacyjne nie są już prowadzone, a aktu oskarżenia nie wniesiono.³¹
3. *Art. 19 ust. 18 ustawy **jest niezgodny** z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.* W uzasadnianiu Trybunału Konstytucyjnego stwierdzono m.in. że w demokratycznym państwie prawnym ograniczenia w zakresie wolności i praw – znajdujące uzasadnienie w takich wartościach konstytucyjnych, jak bezpieczeństwo i porządek publiczny – powinny być poddane kontroli sądu. Traktowanie niejako na jednej płaszczyźnie gwarancji płynącej z kontroli sądu nad wszczęciem czynności operacyjnych i uznanie za gwarancję równoważną zgody odbiorcy/nadawcy przekazu informacyjnego jest wadliwe. Gwarancyjny charakter kontroli zewnętrznej leży w niezależności i bezstronności organu sprawującego tę kontrolę. Tymczasem zgoda jednej ze stron przekazu pochodzi od osoby zainteresowanej przebiegiem i konkretnym ukierunkowaniem działań operacyjnych. Osoba ta jest osobiście zainteresowana przebiegiem kontroli. Może podlegać manipulacjom i naciskom.
4. *Art. 20 ust. 2 ustawy **jest niezgodny** z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.* W uzasadnianiu stwierdzono m.in., że zaskarżony przepis nie ma charakteru dostatecznie zamkniętego i brak mu cechy niezbędnej konkretności, wymaganej także przez standardy międzynarodowe.
5. *Art. 20 ust. 17 ustawy **jest zgodny** z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.* W uzasadnianiu stwierdzono m.in., że pomimo niebezpieczeństwa płynącego zarówno z samego faktu zachowania zbioru dla celów potencjalnych postępowań, trudności kontroli prawidłowego postępowania ze zbiorami, jak również możliwości ekscesywnego ich wykorzystania, należy uznać, że w demokratycznym państwie prawa, we

³⁰ Dz. Urz. KGP Nr 8, poz. 44 oraz z 2003 r. Nr 9, poz. 47.

³¹ 26.10.2009 r. Rzecznik Praw Obywatelskich, w związku z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 12.12.2005 r., zwrócił się do Prezesa Rady Ministrów o rozważenie możliwości wprowadzenia przepisów w sprawie informowania obywateli o zastosowanej kontroli operacyjnej (pismo nr RPO-631981-II-09/ST).

współczesnych warunkach (zagrożenie bezpieczeństwa przez przestępczość zorganizowaną i terroryzm) norma art. 20 ust. 17 mieści się w granicach swobody regulacyjnej określonej m.in. zasadą proporcjonalności. Należy przy tym zaznaczyć, że możliwość dalszego zachowania danych dotyczyć może tylko takich danych, które skądinąd są pozyskiwane w legalny sposób.

6. *Zarządzenie nr 6 Komendanta Głównego Policji z 16 maja 2002 r. w sprawie uzyskiwania, przetwarzania i wykorzystywania przez Policję informacji oraz sposobów zakładania i prowadzenia zbiorów tych informacji **jest niezgodne** z art. 51 ust. 5 oraz art. 93 ust. 2 Konstytucji RP.* W uzasadnieniu wyroku stwierdzono m.in., że nie budzi wątpliwości, iż regulacje zawarte w zakwestionowanym zarządzeniu mają cechy norm powszechnie obowiązujących, podczas gdy – w myśl art. 51 ust. 5 konstytucji – zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji o obywatelach może określać tylko ustawa. W myśl zaś art. 93 ust. 2 zd. 2 konstytucji zarządzenia nie mogą stanowić podstawy decyzji wobec obywateli.

Poza powyższym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego niezwykle istotną rolę w kształtowaniu wymiaru sprawiedliwości w zakresie stosowania kontroli operacyjnej odegrało postanowienie Sądu Najwyższego – Izby Karnej z 26 kwietnia 2007 r.³² Przedmiotem decyzji Sądu Najwyższego było pytanie Prokuratora Generalnego, czy przez uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego w rozumieniu art. 19 ust. 15 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji należy rozumieć tylko dowody popełnienia przestępstw wymienionych w katalogu z art. 19 ust. 1 tej ustawy i odnoszące się jedynie do osoby, wobec której zarządzono kontrolę operacyjną.³³ Rozpatrując pytanie **Sąd Najwyższy wskazał, że wykluczone jest wydanie przez sąd zgody (czy to uprzedniej czy to następczej) na przeprowadzenie kontroli operacyjnej dotyczącej innych przestępstw, niż wymienione bezpośrednio w ustawie³⁴** (tzw. „przestępstwa katalogowe”). **Nie można domniemywać, iż zgoda sądu**

³² Sygn. akt I KZP 6/07.

³³ Prokurator Generalny przyjął, że skoro określony materiał dowodowy dotyczący przestępstw innych niż wymienione w katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji został zebrany w toku (przy okazji) kontroli operacyjnej, legalnej, bo zarządzonej za zgodą (uprzednią lub następczą) Sądu okręgowego wydaną w trybie art. 19 ust. 1 i 3 tej ustawy, to tym samym nie został on zebrany w sposób sprzeczny z ustawą w rozumieniu art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Dlatego taka wykładnia przepisu art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, w myśl której przez „uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego” rozumie się wszelkie dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego, w tym także o przestępstwa niewymienione w katalogu z art. 19 ust. 1 tej ustawy, nie prowadzi do sprzeczności art. 19 ust. 15 tej ustawy z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Wykładnia ta nie pozostaje także w sprzeczności z art. 49 konstytucji, skoro zawarta w nim zasada wolności komunikowania się nie ma charakteru bezwzględnego i może być limitowana przez ustawodawstwo zwykłe.

³⁴ Np. w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

obejmuje także gromadzenie „przy okazji” materiałów, dotyczących innych przestępstw.

Gwarancją realizacji tego prawa, w przypadku Policji, jest art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, który przewiduje obowiązek zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej *„niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego”*. Obowiązek ten obejmuje więc zarówno materiały, które mieściły się w granicach kontroli operacyjnej wyznaczonych przez treść art. 19 ust. 1, ale niezawierających dowodów popełnienia przestępstwa „katalogowego”, jak również materiały zgromadzone „podczas” kontroli, które jednak wykraczały poza te granice. Rzecz jest prosta, gdy w toku kontroli operacyjnej nie zgromadzono materiałów świadczących o popełnieniu jakiegokolwiek przestępstwa przez osobę, wobec której tę kontrolę zastosowano. Jednak w związku z przeprowadzeniem kontroli operacyjnej możliwe jest uzyskanie materiału, który równocześnie (w tym sensie, że jest zawarty na jednym nośniku informacji) może stanowić dowód popełnienia przestępstwa wskazanego w art. 19 ust. 1 oraz dowód popełnienia innego przestępstwa. Z uwagi na wyraźne uregulowanie art. 19 ust. 15 nie ma w takim przypadku zastosowania art. 19 ust. 17 ustawy, a więc materiał taki nie podlega zniszczeniu. Nie zmienia to wszakże faktu, iż nie może być on wykorzystany jako dowód pozwalający na wszczęcie postępowania karnego dotyczącego innego przestępstwa niż wymienione w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

Powstaje jednak pytanie o zakres wykorzystania, jako dowodów w procesie karnym, materiałów dotyczących przestępstwa „katalogowego” wtedy, gdy odnoszą się one do osoby, której nie dotyczyło postanowienie sądu, choćby był to np. współsprawca przestępstwa nim objętego lub, gdy materiały te odnoszą się wprawdzie do osoby, której to postanowienie dotyczy, ale wskazują na popełnienie przez nią przestępstwa innego niż w nim wymienione.

Według Sądu Najwyższego uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw przez osobę inną, niż objętą postanowieniem o zastosowanie kontroli operacyjnej albo popełnionych wprawdzie przez osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem (art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k.,

stosowany odpowiednio³⁵), pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej.

Obowiązujące przepisy o kontroli operacyjnej wywołują nadal szereg wątpliwości i dyskusji. Przykładowo w piśmie z 27.08.2007 r.³⁶ Helsińska Fundacja Praw Człowieka zwróciła się do Rzecznika Praw Obywatelskich z prośbą o rozważenie zasadności skierowania wniosku do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie kontroli art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, art. 27 ust. 3 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu oraz art. 17 ust. 3 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z punktu widzenia zapisów art. 2, art. 47 i art. 45 Konstytucji RP. W ocenie Fundacji kwestionowane przepisy skutkować mogą prowadzeniem kontroli operacyjnej bez zgody sądu w stosunku do osób, wobec których nie zachodzi podejrzenie popełnienia przestępstwa, np. dziennikarzy kontaktujących się z osobami, wobec których zachodzi podejrzenie popełnienia przestępstwa.

W ocenie BBN, sugestie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka są zbyt daleko idące. W celu skutecznej realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych muszą istnieć mechanizmy prawne powalające na szybkie reagowanie na zjawiska przestępcze. W ocenie BBN, problemem jest brak efektywnego nadzoru nad służbami. Istnieje też konieczność doprecyzowania niektórych przepisów prawnych.

³⁵ Art. 393 § 1. Wolno odczytywać na rozprawie protokoły oględzin, przeszukania i zatrzymania rzeczy, opinie biegłych, instytutów, zakładów lub instytucji, dane o karalności, wyniki wywiadu środowiskowego oraz wszelkie dokumenty urzędowe złożone w postępowaniu przygotowawczym lub sądowym albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę. Nie wolno jednak odczytywać notatek dotyczących czynności, z których wymagane jest sporządzenie protokołu.

³⁶ Nr 26953/2007/KH.

Rozdział II Propozycje ujednolicenia rozwiązań prawnych w zakresie kontroli operacyjnej według poselskiego projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych

W celu ujednolicenia przepisów prawnych dotyczących stosowania m.in. kontroli operacyjnej, opracowano poselski projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych.³⁷ Projekt dotyczy zdefiniowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, form, w jakich są one realizowane oraz metod prowadzenia tych działań. W projekcie przewiduje się m.in. kompleksowe uregulowanie problemu kontroli operacyjnej. 22 kwietnia 2008 r. projekt skierowano do Sejmowej Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych.³⁸

Niezależnie od projektu poselskiego opracowywany był projekt rządowy. Stanowisko Rządu RP w sprawie projektu poselskiego, popierające proponowane kierunki rozwiązań, przekazane zostało Marszałkowi Sejmu 30 czerwca 2008 r.³⁹ Jednocześnie w piśmie wskazano, iż wobec przedstawienia już gotowego projektu poselskiego, co do idei zgodnego z tym, co przygotowywano w gronie ekspertów rządowych, najwłaściwsze wydaje się procedowanie nad projektem poselskim, uzupełniając go jednakże rozwiązaniami wypracowanymi w ramach pracy nad koncepcją rządową. W piśmie wskazano na obszary budzące wątpliwości oraz wymagające dookreślenia, w tym m.in. zakresu podmiotowego projektowanej ustawy.

Pomimo pozytywnej opinii Prezesa Rady Ministrów, szereg uwag do projektu poselskiego zgłoszonych zostało przez różne organy i instytucje, w tym Ministra Sprawiedliwości, Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Biuro Analiz Sejmowych, a także przedstawicieli nauki.

Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego w piśmie z 19 czerwca 2008 r.⁴⁰ stwierdził, iż zastrzeżenia budzi np. sposób ujęcia delegacji ustawowej uprawniającej Prezesa Rady Ministrów do określenia m.in. sposobu wykonania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Tymczasem to właśnie ów sposób wykonania ma najistotniejsze znaczenie w perspektywie ewentualnego ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności obywateli, bowiem same czynności

³⁷ Druk nr 353 wpłynął do Marszałka Sejmu 8.02.2008 r.

³⁸ Zob.: <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/353.htm>

³⁹ Pismo Prezesa Rady Ministrów nr DSPA-140-87(4)/08.

⁴⁰ Pismo nr BSA II-021-30/08.

operacyjne definiowane są poprzez pryzmat celu, jakiemu mają służyć określone działania. Sposób realizacji tych działań przez służby publiczne stanowi materię wyłączności ustawy w przypadku, gdyby działania te miały ingerować w sferę praw i wolności jednostek. Zasadnicze zastrzeżenia budzi sposób określenia katalogów przestępstw, w związku z którymi możliwe jest prowadzenie kontroli operacyjnej. Brak jest uzasadnienia merytorycznego co do zmian, jakie w tych katalogach wprowadzono w stosunku do obowiązującego stanu prawnego. Widoczny jest w tym zakresie prosty automatyzm, jaki autorzy projektu zastosowali kopiując dotychczasowe katalogi zawarte w ustawach obowiązujących (z tym, że nie uwzględniając zmian, jakie nastąpiły w związku z wejściem w życie ustawy o CBA). Rodzi to wrażenie braku koncepcji. Z katalogu dotyczącego Policji usunięto niektóre przestępstwa jak np. pedofilia czy płaćna protekcja, a za to pojawiły się nowe, które wcześniej słusznie zostały skreślone z obowiązującej ustawy. Stało się tak dlatego, że w katalogu powołano niektóre artykuły kodeksu karnego w całości bez wyłączenia paragrafów dotyczących np. przypadków mniejszej wagi. Katalog z ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu został skopiowany właściwie idealnie tyle, że w starym brzmieniu. Zawarto w nim też punkt, który został skreślony przez ustawę o CBA a dotyczący przestępstw korupcyjnych. Straż Graniczna w projektowanej ustawie również straciła niektóre uprawnienia, ale także zyskała te uprawnienia, które wcześniej straciła na rzecz CBA.

Odnosząc się do problemu kontroli operacyjnej, w ocenie BBN wątpliwości budzą zapisy art. 14 ust. 4 projektu, będące powtórzeniem dawnego art. 19 ust. 4 ustawy o Policji.⁴¹ Podobne wątpliwości budzi zapis art. 14 ust. 16⁴² m.in. z uwagi na odmienną wykładnię tego zagadnienia w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z grudnia 2005 r.⁴³ W związku z koniecznością zapewnienia obywatelom realizacji praw konstytucyjnie chronionych, wątpliwości BBN budzą zapisy powalające na niszczenie, zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie

⁴¹ Chodzi tu o dowód uzyskany przy okazji podsłuchu operacyjnego prowadzonego w innej sprawie. Jeśli Sąd zezwolił na odstąpienie od zniszczenia materiałów, do rąk organów ścigania mógł trafić dowód wskazujący na popełnienie w zasadzie każdego przestępstwa (ponieważ praktycznie prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych nie było w tym zakresie ograniczone), a nie tylko dotyczący najcięższych czynów zabronionych, co do których może być prowadzona kontrola operacyjna. Zob: M.Klejnowska, „Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna”, w: Prokuratura i Prawo Nr 3 z 2004 r.

⁴² Osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania tej kontroli.

⁴³ Dz. cyt.

postępowania karnego (ust. 17) bez możliwości zweryfikowania czy nie doszło do nadużycia prawa podczas stosowania kontroli operacyjnej. W świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z grudnia 2005 r. jako sprzeczne z Konstytucją RP należy uznać też zapisy art. 14 ust. 18 i 19.⁴⁴ Jak stwierdza A.Gaberle⁴⁵ sytuacja taka oznacza, że gdy wiadomość przekazuje prowokator (którego można nazwać „osobą współpracującą”), dopuszczalne jest prowadzenie kontroli operacyjnej bez jakiegokolwiek zgody zewnętrznego organu, przez czas nieograniczony itd. Zapytać więc należy, po co w ogóle wprowadza się jakiekolwiek warunki dopuszczalności kontroli operacyjnej, skoro obejście ich nie nastrocza najmniejszych trudności.⁴⁶

W ocenie BBN, niektóre zapisy projektu poselskiego są cofnięciem w rozwiązaniach prawnych chroniących prawa obywateli przed nadużyciem władzy.

Jak wskazuje S.Parkitny⁴⁷, z niewiadomych powodów wybierane są do projektu te rozwiązania, które gwarantują mniejsze poszanowanie praw jednostki. Dowodem na to jest proste zestawienie art. 14 ust. 9 i art. 14 ust. 10. W pierwszym, spośród dwóch rozwiązań wybrano mniej restrykcyjne. W drugim przypadku postąpiono dokładnie w ten sam sposób, pomimo istniejących już rozwiązań bardziej restrykcyjnych. Faktycznemu ujednoliceniu, czyli wiernemu przeniesieniu między ustawami a projektem, podlegały przepisy drugoplanowe. Natomiast te, które dotyczyły faktycznej kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi zostały w wielu miejscach wprowadzone w sposób, *de facto* sprzeczny z celem regulacji.

Z ekspertyzy Biura Analiz Sejmowych z 30 kwietnia 2008 r.⁴⁸ wynika m.in., że nie można – co do zasady – wiązać czynności operacyjno-rozpoznawczych z postępowaniem przygotowawczym i mówić o możliwości ich prowadzenia w trakcie postępowania przygotowawczego oraz po jego zakończeniu. Moment

⁴⁴ Trybu kontroli sądowej nie stosuje się, jeżeli kontrola operacyjna jest prowadzona za wyrażoną na piśmie zgodą osoby, będącej nadawcą lub odbiorcą przekazu informacji.

⁴⁵ Prof. dr hab. A.Gaberle, Krakowska Szkoła Wyższa im. A.Frycza-Modrzewskiego. Opinia do projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (druk 353).

⁴⁶ Uwagę na to zwrócił również Minister Sprawiedliwości w piśmie nr DL-PI 401-2/08 z 7.04.2008 r. stwierdzając, iż brzmienie tego przepisu jest identyczne z brzmieniem art. 19 ust. 18 ustawy z 6.04.1990 r. o Policji, który został uchylony w związku z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 12.12.2005 r.

⁴⁷ S.Parkitny, Katedra Kryminologii i Prawa Karnego Gospodarczego Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytet Wrocławski. Opinia do projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (druk 353).

⁴⁸ Zob.: <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/353.htm>

wszczęcia postępowania karnego powoduje, że czynności powinny być dokonywane w oparciu o przepisy k.p.k. Ewentualne odejście od tej praktyki powodowałoby nie tylko zacieranie różnicy między instytucjami procesowymi i pozaprocesowymi, ale również odejście od rygorów procesowych określonych w k.p.k., a tym samym obniżeniem gwarancji dla jednostki. Trzeba dodać, że choć brak jest zgodności, co do całkowitego zakazu prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych równoległe do czynności procesowych, to ewentualna możliwość prowadzenia takich czynności jest bardzo ograniczona. Nawet zwolennicy równoległego prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych w fazie *in rem* postępowania przygotowawczego, wykluczają taką możliwość w fazie *in personam*, w której zbieranie dowodów powinno następować tylko w trybie procesowym.⁴⁹ Z drugiej zaś strony art. 14 ust. 1 pkt. 1 lit. b i c projektu ustawy znacznie, wbrew zasadzie proporcjonalności, rozszerzają prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych m.in. na tzw. *wypadki mniejszej wagi* - art. 228 § 2, art. 229 § 2, art. 286 § 3 k.k.⁵⁰

BBN podziela opinię Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, który w podsumowaniu pisma z 19 czerwca 2008 r. stwierdził, iż projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych obarczony jest tak licznymi wadami legislacyjnymi, że wymaga bardzo znaczącej modyfikacji. Ponadto poprzez automatyczne przeniesienie dotychczasowych uregulowań dotyczących niektórych czynności operacyjnych zawartych w ustawach w kompetencjach poszczególnych służb, powtórzono nieścisłości i błędy tych uregulowań.

Według A.Gaberle⁵¹, poprawienie wszystkich błędów obciążających projekt wymaga napisania nowej ustawy. W tej sytuacji należy zażądać przedstawienia nowego projektu ustawy o czynnościach rozpoznawczo-operacyjnych, a ten projekt odrzucić.

⁴⁹ Por.: A. Taracha: Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe, Lublin 2006, ss. 211-216 oraz podana tam literatura. [Za: Opinia o projekcie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych Biura Analiz Sejmowych z 30.04.2008 r.]

⁵⁰ Projekt pominął również m.in. wprowadzenie przepisu, na wzór art. 21 ust. 3 ustawy o Policji, który stwierdza, że ograniczenia w przekazywaniu informacji z czynności operacyjno-rozpoznawczych nie mają zastosowania, jeżeli właściwy organ państwa członkowskiego Unii Europejskiej wystąpi do Komendanta Głównego Policji z wnioskiem o udzielenie informacji o osobie ubiegającej się w tym państwie o zarejestrowanie pobytu lub wydanie karty pobytu członka rodziny obywatela Unii Europejskiej, znajdujących się w policyjnych bazach danych. Jeżeli zamiarem projektodawcy było świadome pominięcie tej kwestii, powinien on określić wzajemną relację między art. 9 projektowanej ustawy a przepisem art. 21 ust. 2 i 3 ustawy o Policji.

⁵¹ Dz. cyt.

Rozdział III Propozycje zmian przepisów prawa w zakresie stosowania kontroli operacyjnej

3.1 17 grudnia 2009 r. podczas posiedzenia Kolegium ds. Służb Specjalnych oraz posiedzenia Sejmowej Podkomisji Spraw Wewnętrznych i Administracji prezentowane były przez przedstawicieli Ministerstwa Sprawiedliwości założenia do rządowego projektu zmiany przepisów prawnych w zakresie stosowania kontroli operacyjnej oraz procesowej, polegające m.in. na wprowadzeniu bezwzględnego zakazu dowodowego wykorzystywania materiałów z kontroli operacyjnej do postępowań cywilnych i administracyjnych.⁵²

Niektóre z propozycji przedstawionych przez Ministerstwo Sprawiedliwości⁵³ są zgodne z rozwiązaniami opracowanymi przez BBN. Dotyczy to przykładowo art. 27 ust. 1a projektu zgodnie, z którym wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi zastosowanie tej kontroli.

Zasługują na poparcie niektóre rozwiązania, których nie analizowano w projekcie BBN. W projekcie Ministerstwa Sprawiedliwości zdecydowano o uchyleniu przepisów ustaw kompetencyjnych, które przewidywały możliwość złożenia przez organ wnioskujący zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej (uchylono art. 27 ust. 11a). Uznano, że wprowadzenie jakościowo odmiennych reguł badania zasadności i legalności wniosków o zarządzanie kontroli operacyjnej pozwala na ograniczenie postępowania sądowego do jednej instancji zwłaszcza, że postanowienie o odmowie zarządzania kontroli operacyjnej nie zamyka drogi do ponowienia wniosku, w oparciu o nowe, istotne okoliczności. Wprowadzono zasadę, że o zgodę następczą sądu będzie można wystąpić po zakończeniu kontroli operacyjnej. Uznano, że w trakcie kontroli operacyjnej uprawniony organ będzie mógł się ubiegać o poszerzenie jej zakresu (zarządzanie uzupełniające) w oparciu

⁵² 8.12.2009 r. podczas konferencji w Bendlewie założenia te prezentował podsekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości p. Z.Wrona. W dniach 7-8.12.2009 r. z inicjatywy prof. E.W.Pływaczewskiego, prof. L.Paprzyckiego oraz dr. Zb.Rau odbyła się w Bendlewie konferencja „Bezpieczeństwo i wyrównywanie szans kierunkiem działań Unii Europejskiej”. W panelu dyskusyjnym dotyczącym prac nad ustawą o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych oraz gwarancji prawa do prywatności wzięli udział m.in. przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości, Sądu Najwyższego, Prokuratury Krajowej, sądów apelacyjnych, Policji, ABW, Kolegium ds. Służb Specjalnych, MSWiA, BBN oraz przedstawiciele nauki.

⁵³ Propozycje przesłane do BBN za pismem Kolegium ds. Służb Specjalnych nr KSS-1110-27(5)/09 z 23.12.2009 r.

o dotychczasowe przepisy, które określają przesłanki i tryb zarządzania tej kontroli. Projekt wskazuje, że do sądu o zgodę następczą występuje prokurator. Prokurator będzie zatem inicjował postępowanie przed sądem, który zarządził kontrolę operacyjną, po dokonaniu oceny przekazanych przez uprawniony organ dowodów z zakończonej kontroli (art. 27 ust. 16f-16g projektu). Pozytywnie należy ocenić inicjatywę wskazaną w art. 27 ust. 16c projektu, zgodnie z którym o zachowaniu materiałów z kontroli operacyjnej, które są istotne dla bezpieczeństwa państwa orzeka Sąd Okręgowy w Warszawie na wniosek szefa ABW złożony po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego. Propozycja BBN wprowadza w tym przypadku obowiązek zaopiniowania takich materiałów przez Kolegium ds. Służb Specjalnych.

Jako niepełne rozwiązanie w zakresie wzmocnienia nadzoru nad niszczeniem materiałów z kontroli operacyjnej należy ocenić propozycję wskazaną w art. 27 ust. 16c projektu, polegającą na obowiązku informowania prokuratora o wydaniu i wykonaniu zarządzenia dotyczącego niszczenia materiałów, które nie potwierdziły wcześniejszych informacji o popełnieniu przestępstwa. W praktyce „informacja o zniszczeniu” niczego nie zmienia w zakresie faktycznego nadzoru, bowiem obowiązek niszczenia materiałów wynika z ustawy i tym samym przekazanie prokuratorowi samej informacji o zniszczeniu materiałów ma charakter wyłącznie statystyczny. W ocenie BBN prokurator powinien być obecny podczas niszczenia materiałów.

Niektóre propozycje Ministerstwa Sprawiedliwości w ocenie BBN budzą wątpliwości z uwagi na ograniczenie kompetencji służb. W założeniach projektu, wyeliminowano prawdopodobieństwo zawodności innych środków, jako podstawę stosowania kontroli operacyjnej. Wnioskodawca ubiegając się o wyrażenie zgody przez prokuratora, a następnie o zarządzenie kontroli przez sąd będzie zobowiązany wykazać, że podjęte dotychczas działania wykrywcze były bezskuteczne albo inne metody w realizacji założonego celu będą nieprzydatne (art. 27 ust. 1 i ust. 7 pkt 3). Stosując literalne brzmienie tych przepisów, w celu zastosowania kontroli operacyjnej jako środka subsydiarnego, ABW powinna wykazać, iż wszystkie formy i metody pracy operacyjnej nie doprowadzą do realizacji założonego celu. Tymczasem realia pracy operacyjnej wskazują, iż możemy mówić jedynie o prawdopodobieństwie zastosowania danego środka. W praktyce więc w wielu przypadkach normy zawarte w projekcie art. 27 ust. 1

oraz ust. 7 pkt 3 będą łamane albo też ograniczona zostanie poważnie ilość składanych wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej.

W ocenie BBN, jako sprzeczne z Konstytucją RP należy uznać rozwiązanie wskazane w art. 27 ust. 16a projektu Ministerstwa Sprawiedliwości, zgodnie z którym niedopuszczalne jest wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli operacyjnej w innych postępowaniach niż postępowanie karne w sprawach o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego możliwe jest zarządzenie takiej kontroli. **W ocenie BBN, wprowadzenie zakazu dowodowego w proponowanej przez rząd formie, pod pretekstem dążenia do formalnego wyeliminowania ewentualnych nadużyć w wykorzystywaniu wiedzy służbowej do celów prywatnych (innych postępowań), tak naprawdę ograniczy konstytucyjne prawa podmiotowe, bowiem zakaz dowodowy będzie skutkował ograniczeniami dowodowymi w dochodzeniu praw np. w postępowaniach cywilnych i administracyjnych.** W ocenie BBN, w sytuacji nadużycia uprawnień przez służby operacyjne w toku stosowania kontroli operacyjnej, wprowadzenie powyżej wskazanego zakazu dowodowego, ograniczy w szczególności możliwość dochodzenia przez osobę poszkodowaną konstytucyjnie gwarantowanych praw o odszkodowanie np. z tytułu publicznego ujawnienia informacji o charakterze osobistym.

3.2 Na podstawie regulacji prawnych przedstawionych w ustawie z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, na początku grudnia 2009 r. BBN opracowało propozycje zmian legislacyjnych mających na celu ukrócenie samowoli służb specjalnych w związku ze stosowaniem kontroli operacyjnej lub procesowej.⁵⁴ Propozycje dążą do wyeliminowania luk prawnych lub niejasności pozwalających na różną interpretację przepisów. Tym samym nie mają na celu ograniczenia kompetencji służb specjalnych, ale wprowadzenie mechanizmów gwarantujących rzeczywistą kontrolę na tych służbami w procesie stosowania kontroli operacyjnej lub procesowej.

⁵⁴ Propozycje zmian konsultowane były m.in. podczas roboczych spotkań z Rzecznikiem Praw Obywatelskich J.Kochanowskim (30.11.2009 r.), sędzią Sądu Najwyższego W.Kozielewiczem (2.12.2009 r.), Prezesem Naczelnej Rady Adwokackiej J.Agacką-Indecką (9.12.2009 r.), Prezesem Sądu Najwyższego prof. L.Paprzyckim (14.12.2009 r.) oraz zastępcą Prokuratora Generalnego J.Szymańskim (14.12.2009 r.).

Proponowane przez BBN zmiany:⁵⁵

▪ ***W zakresie dotyczącym uprawnień Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych***

Jak wykazał Trybunał Konstytucyjny,⁵⁶ doświadczenia współczesnych państw demokratycznych wskazują, że władza wykonawcza odpowiedzialna za bezpieczeństwo i porządek publiczny, w tym podległe jej podmioty prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawcze, dysponują środkami, których zastosowanie – w imię obrony porządku publicznego – może doprowadzić do zniszczenia instytucji demokratycznych i redukcji praw obywatelskich. Dzieje się tak zarówno dlatego, że poufność i brak zewnętrznej kontroli może prowadzić do nadmiernej autonomizacji czy subiektywizacji samego celu działalności operacyjnej oraz niezachowania w niej należytej wstrzemięźliwości przy wkraczaniu w prawa i wolności obywatelskie. Niekiedy zaś sytuacja taka może wynikać ze względów ideologicznych czy politycznych.

W celu ograniczenia możliwości politycznego wpływania na działalność służb specjalnych lub też tuszowania nieprawidłowości i błędów w ich działaniu, w ocenie BBN, należy rozważyć możliwość wprowadzenia jako zasady powoływania posła opozycji na przewodniczącego Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych.

- Tym samym w uchwale Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 30 lipca 1992 r., w Regulaminie Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej⁵⁷ proponuje się dodanie ust. 3a do art. 18 Regulaminu: „3a. Przewodniczącym komisji, o której mowa w ust. 1 pkt 2 jest poseł opozycji”.

Podobne rozwiązanie jest zagwarantowane w systemie prawnym Republiki Węgierskiej.⁵⁸ W 1995 r. Zgromadzenie Narodowe Republiki Węgierskiej przyjęło

⁵⁵ Zaznaczyć należy, że przedstawione rozwiązania prawne nie mają charakteru projektu ustawy. Tym samym w niniejszym opracowaniu, przy konstruowaniu przepisów prawnych, nie stosowano wszystkich zasad techniki legislacyjnej wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie "Zasad techniki prawodawczej" (Dz.U. Nr 100, poz. 908). Celem niniejszego opracowania jest bowiem jedynie merytoryczne zwrócenie uwagi na określone problemy, bez formalnego odnoszenia się do zasad techniki legislacyjnej.

⁵⁶ Sprawa nr K32/04.

⁵⁷ M.P.09.5.47.

⁵⁸ 18.06.2009 r. przebywała w BBN delegacja parlamentarnej Komisji Bezpieczeństwa Narodowego Republiki Węgierskiej, której zadaniem jest monitorowanie i kontrola funkcjonowania węgierskich służb specjalnych. Podczas spotkania omawiano m.in. problematykę skutecznego nadzoru nad służbami specjalnymi.

ustawę, która wprowadziła zasadę, że przewodniczącym Komisji Bezpieczeństwa Narodowego (komisji ds. służb specjalnych) zostaje poseł opozycji. Zasada ta jest jedną z form ograniczenia politycznego wpływania na działalność służb specjalnych.

Należy zwrócić również uwagę, że członkowie Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych powinni mieć możliwość bieżącego weryfikowania ustnych wyjaśnień składanych podczas posiedzeń Komisji ds. Służb Specjalnych, w oparciu o dokumenty źródłowe, na które powołują się szefowie tych służb. Można bowiem nieraz odnieść wrażenie, że wyjaśnienia składane przez szefów służb specjalnych mają charakter luźnych opowieści, a nie rzetelnej informacji. Tym samym powinno przyjąć się jako zasadę, iż na żądanie posłów szefowie służb specjalnych powinni udostępniać do wglądu stosowne dowody.⁵⁹

▪ ***W zakresie dotyczącym uprawnień Kolegium ds. Służb Specjalnych***

- W art. 12 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, wskazującym, iż do zadań Kolegium należy formułowanie ocen lub wyrażanie opinii, proponuje się dodanie pkt 5a-5c w brzmieniu:

„5a) przyczyn zastosowania przez ABW kontroli operacyjnej, na którą w sytuacji o której mowa w art. 27 ust. 3a ustawy, sąd nie wyraził zgody,

5b) wniosków funkcjonariuszy i pracowników służb specjalnych o wykorzystanie materiałów lub informacji uzyskanych z kontroli operacyjnej lub procesowej do celów prywatnych,

5c) materiałów, o których mowa w art. 27 ust. 15a ustawy.”

Dotychczasowa praktyka wskazuje, że uprawnienia Kolegium w zakresie bieżącego i skutecznego weryfikowania działań służb specjalnych, m.in. z powodu prawnego ograniczenia, są nikłe i mało skuteczne. Tymczasem jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z grudnia 2005 r.,⁶⁰ służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo i porządek publiczny nie mogą być uznane za dysponujące autonomią w zakresie czynności operacyjnych.

⁵⁹ Z wyłączeniem danych mogących identyfikować figurantów, osoby udzielające Agencji pomocy (osoby niebędące funkcjonariuszami i udzielające pomocy przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych), z wyłączeniem dokumentów identyfikujących szczegółowe formy i metody pracy operacyjnej, prowadzone sprawy operacyjne oraz z wyłączeniem dokumentów procesowych.

⁶⁰ K 32/04.

Nie można więc, powołując się na wymóg skuteczności działalności operacyjnej, wyłączać jej spod kontroli.

Działalność służb specjalnych nie jest wolna od ograniczeń, jakie Konstytucja RP nakłada na wszystkie władze, wkraczające w dziedzinę podstawowych praw i wolności jednostki, zwłaszcza, że podejmując czynności operacyjno-rozpoznawcze, służby operacyjne wkraczają w sposób tajny w sferę praw i wolności obywatelskich. Tego rodzaju specyfika wspomnianych czynności wymaga poddania ich przemyślanemu systemowi kontroli: efektywnej i niefasadowej.

Jedyną instytucją niezależną, uprawnioną do systemowej kontroli służb operacyjnych, jest Najwyższa Izba Kontroli. W praktyce nie można jednak oczekiwać, aby NIK podjęła się systematycznego badania zagadnień kontroli operacyjnej. Tym samym należałoby wzmocnić uprawnienia Kolegium ds. Służb Specjalnych i zobowiązać do działań, o których mowa w wyroku Trybunału Konstytucyjnego.

Jak wskazuje A.Gaberle,⁶¹ regulacja, zgodnie z którą zezwolenie na podjęcie tzw. kontroli operacyjnej wydaje sąd, uznawana jest za zbyt słabe zabezpieczenie prawidłowości dokonywania takich czynności operacyjno-rozpoznawczych, ponieważ **sąd po udzieleniu zgody nie ma praktycznie żadnych uprawnień kontrolnych, co powoduje, że to co nazywa się „kontrolą sądową” jest w istocie parawanem dla braku wszelkiej zewnętrznej kontroli („kontrolą pozorną”).** Natomiast kontrola wewnętrzna, prowadzona przez zwierzchników funkcjonariuszy wykonujących czynności w ramach tzw. kontroli operacyjnej, nie może być uznana za kontrolę wystarczającą.

Tezę o konieczności zwiększenia nadzoru nad działaniami służb specjalnych potwierdza wypowiedź byłego zastępcy Prokuratora Generalnego K.Olejnika, który podczas konferencji naukowej w Bendlewie⁶² stwierdził m.in., że ponad 50 proc. wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej jest nietrafionych.

⁶¹ Dz. cyt.

⁶² Dz. cyt.

Według prokuratora Olejnika, zdarzały się przypadki, że wnioski o kontrolę operacyjną składano na tzw. „osobę nieznana”, a faktycznie chodziło o osoby z życia publicznego.

W celu urealnienia nadzoru Kolegium nad działalnością służb specjalnych, według BBN, należałoby ponadto wprowadzić obowiązek powoływania Koordynatora ds. Służb Specjalnych, bowiem praktyka bezpośredniego nadzorowania służb specjalnych przez Prezesa Rady Ministrów nie dała żadnych pozytywnych rezultatów.⁶³ Ze względu na dużą ilość zadań, Premier nie ma praktycznej możliwości koordynowania (nadzorowania) służb specjalnych, o czym świadczą stosunkowo rzadko zwoływane posiedzenia Kolegium ds. Służb Specjalnych, mała ilość spraw poddawanych obradom Kolegium oraz ograniczony czas ich rozpatrywania.⁶⁴ Tym samym, w ocenie BBN, obecnie w służbach specjalnych nastąpiło rozluźnienie dyscypliny i poczucie bezkarności.⁶⁵ W celu ograniczenia tego stanu rzeczy, poza zwiększeniem uprawnień, należałoby wprowadzić obowiązek zwoływania posiedzenia Kolegium przynajmniej raz w miesiącu przewidując jednocześnie realną ilość czasu na omówienie planowanych spraw.

Uwzględniając powyższe proponuje się:

- wykreślenie w art. 12 ust 2 pkt 4) zdania *„jeżeli został wyznaczony przez Prezesa Rady Ministrów”* oraz na początku art. 13 ust 2 zadania: *„W przypadku powołania ministra w celu koordynowania działalności służb specjalnych”*, a także słów: *„Prezes Rady Ministrów”* oraz *„na wniosek tego ministra”*. Na końcu art. 13 ust 2 proponuje się dopisanie: *„minister-członek Rady Ministrów właściwy do spraw koordynowania działalności służb specjalnych”*.⁶⁶

⁶³ Komentując sprawę podsłuchiwanie dziennikarzy, Premier D.Tusk w wypowiedzi dla mediów 19.10.2009 r. stwierdził: *„Nawet powiem szczerze – mam wrażenie, że są instytucje, albo osoby w Polsce, które zajmują się zakładaniem podsłuchów, zupełnie nie tam, gdzie trzeba i nie temu, komu trzeba. Sam tym się też nie interesowałem, ponieważ to jest przestrzeń, która powinna być otoczona jednak daleko idącą dyskrecją. To, co się dzieje dzisiaj, sprawia na wszystkich wrażenie zbyt dużej dowolności, jeśli chodzi o zakładanie podsłuchów i publikowania tego, co wynika z podsłuchów”* Za: PAP z 19.10.2009 r. (<http://serwis.pap.pl>)

⁶⁴ Przykładowo Kolegium ds. Służb Specjalnych nr 5/2009 17.12.2009 r. trwało około godziny, a w planie posiedzenia przewidziano m.in. wyrażenie opinii na temat pracy służb specjalnych w 2010 r.; wyrażenie opinii w sprawie powołania P.Wojtunika na szefa CBA; wyrażenie opinii na temat projektu ustawy o ochronie informacji niejawnych; omówienie projektu zmiany przepisów dotyczących stosowania kontroli operacyjnej; wyrażenie opinii na temat projektu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Raportu o zagrożeniach bezpieczeństwa narodowego.

⁶⁵ Świadczy o tym bp. brak publicznego wyjaśnienia przez Prezesa Rady Ministrów sprawy podejrzenia wykorzystania wiedzy służbowej (dotyczącej wyników kontroli procesowej) w sprawie W.Sumlińskiego do prywatnego procesu sądowego zastępcy szefa ABW.

⁶⁶ Proponowane brzmienie art. 13 ust. 2: *„Wytyczne, o których mowa w ust. 1, w odniesieniu do działalności Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego i Służby Wywiadu Wojskowego wydaje minister-członek Rady Ministrów właściwy do spraw koordynowania działalności służb*

- dopisanie ustępu 8a: „*Posiedzenia Kolegium odbywają się nie rzadziej niż raz w miesiącu*”.

W celu wzmocnienia dyscypliny przy wykonywaniu kontroli operacyjnej, w ocenie BBN, należałoby rozważyć wprowadzenie jednoznacznego przepisu, iż brak właściwego nadzoru nad realizacją czynności, o których mowa w art. 27, 33, 34 oraz 37 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu stanowi niedopełnienie obowiązków lub nadużycie uprawnień w rozumieniu kodeksu karnego.

▪ ***W zakresie dotyczącym urealnienia uprawnień sądu do zapoznania się z materiałami źródłowymi, będącymi podstawą do opracowania wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej oraz zwiększenia nadzoru sądu***

- W art. 27 ust. 3 proponuje się wykreślenie zdania: „*W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej szef ABW wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz poleca protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania*” oraz dopisanie na końcu ust. 3 zdania: „*Przed wydaniem postanowienia przez sąd, do wniosku dołącza się całość materiałów zgromadzonych dotychczas w ramach kontroli operacyjnej*”.⁶⁷
- W art. 27 ust. 7 proponuje się wykreślenie słowa: „*powinien*” oraz dopisanie słowa: „*musi*”.⁶⁸
- W art. 27 dopisuje się ust. 7a: „*Do wniosku dołącza się dowody źródłowe będące podstawą uzasadnienia okoliczności, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4*”.
- W art. 27 ust. 11 proponuje się wykreślenie słowa: „*jednoosobowo*” i dopisanie zwrotu: „*w składzie trzech sędziów*”.⁶⁹

specjalnych”.

⁶⁷ Proponowane brzmienie art. 27 ust. 3: „W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, szef ABW może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do Sądu, o którym mowa w ust. 2, z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. Przed wydaniem postanowienia przez Sąd, do wniosku dołącza się całość materiałów zgromadzonych dotychczas w ramach kontroli operacyjnej”.

⁶⁸ Proponowane brzmienie art. 27 ust. 3: „Wniosek szefa ABW, o którym mowa w ust. 1, musi zawierać w szczególności:”

⁶⁹ Proponowane brzmienie art. 27 ust. 11: „Wnioski, o których mowa w ust. 1, 3-5, 8 i 9, Sąd rozpoznaje w składzie trzech sędziów, przy czym czynności Sądu związane z rozpoznawaniem tych wniosków powinny być realizowane w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz z odpowiednim zastosowaniem przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 Kodeksu postępowania karnego. W posiedzeniu Sądu może wziąć udział wyłącznie prokurator i przedstawiciel szefa ABW.

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny,⁷⁰ w ustroju demokratycznym przywiązuje się wagę do sądowej kontroli zasadności podejmowania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Mimo pozornej doskonałości tej postaci kontroli, w praktyce rola sądu podlega tu zasadniczym ograniczeniom ze względu na informacyjną przewagę podmiotu podejmującego czynności operacyjno-rozpoznawcze. Prowadzone czynności operacyjne mają však charakter tajny, co oznacza ochronę tożsamości informatorów⁷¹ i zakaz ujawniania materiałów operacyjnych (chyba że zostaną ujawnione w trakcie procesu i stosownie do jego reguł; wtedy jednak stają się one materiałem dowodowym, którym nie są jako materiały operacyjne). Sąd wyrażający zgodę na podjęcie kontroli operacyjnej sam nie ma pełnej wiedzy o rzetelności spełnienia wszelkich przesłanek zastosowania tej kontroli.

Jak wskazano w ekspertyzie Biura Analiz Sejmowych z 30 kwietnia 2008 r.,⁷² wniosek o kontrolę operacyjną powinien zawierać informacje wskazujące, że stosowane dotychczas środki okazały się bezskuteczne, albo informacje pozwalające zakładać, iż zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że inne środki będą bezskuteczne lub nieprzydatne. Chodzi tu zatem o to, by kontrola operacyjna nie miała charakteru abstrakcyjnego lecz, w miarę możliwości, jak najściślej skonkretyzowany i ograniczający prawdopodobieństwo nadużyć w jej stosowaniu.

W ocenie BBN, praktyka jest inna. Kontrola operacyjna nie ma charakteru subsydiarnego, ale staje się zasadniczą formą zdobywania dowodów.

W literaturze zwraca się uwagę, że w każdym przypadku stosowania środków techniki operacyjnej, sędziemu i prokuratorowi oprócz stosownego wniosku winna być przedkładana pełna dokumentacja na podstawie, której wniosek został opracowany. Daje to *„gwarancję stosowania tych szczególnych środków w niezbędnym zakresie i na potrzeby konkretnie określonego postępowania”*.⁷³

⁷⁰ Sprawa K 32/04.

⁷¹ Tj. osób niebędących funkcjonariuszami i udzielających pomocy przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych. [Wyjaśnienie: BBN].

⁷² <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/353.htm>

⁷³ Zob.: K.Olejniki, *Zakres stosowania czynności operacyjnych, możliwości procesowego wykorzystania ustaleń operacyjnych w procesie karnym oraz dopuszczalny udział sędziego i prokuratora w działaniach operacyjnych*, Prokurator 2007, Nr 1, s. 14. [Za: Opinia o projekcie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych Biura Analiz Sejmowych z 30.04.2008 r.].

Również w ocenie BBN, sąd rozpatrując wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej musi mieć dostęp do dokumentów źródłowych będących podstawą jego opracowania (z wyłączeniem danych identyfikujących osoby niebędące funkcjonariuszami i udzielających pomocy przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych) oraz mieć realny czas na analizę spraw niedookreślonych, jakimi są czynności operacyjne.

Należy zwrócić uwagę, że wprowadzenie obowiązku orzekania nie na podstawie wniosku, ale materiału dowodowego, będącego podstawą do opracowania wniosku, zmieni w sposób zasadniczy czas i charakter rozpatrywania wniosku. W ocenie BBN, niedopuszczalna jest sytuacja, gdy sąd w składzie jednoosobowym ma rozstrzygnąć np. w ciągu godziny zasadność kilku wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej. Sprawy, rozpatrywane na posiedzeniach niejawnych i wkraczające w konstytucyjnie chronione prawa podmiotowe, powinny być poddane jeszcze wnikliwszej kontroli sądu, aniżeli inne prywatne lub publiczne, na które sąd w praktyce przeznaczają o wiele większą ilość czasu.

Uwzględniając powyższe, istnieje konieczność wzmocnienia składu orzekającego Sądu Okręgowego, jak i Sądu Apelacyjnego. Skoro orzeczenia sądów są wydawane pod presją czasu, to musi istnieć mechanizm gwarantujący, iż orzeczenia dotyczące konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych będą wydawane po szczególnie wnikliwej analizie materiału dowodowego stanowiącego uzasadnienie dla wniosku.⁷⁴

Jednocześnie w celu odciążenia Sądu Okręgowego w Warszawie, w ocenie BBN, jako słuszny należy wskazać kierunek rozwiązań przyjęty w ustawie o Policji oraz Straży Granicznej, pozwalający na rozpatrywanie wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej na poziomie Sądu Okręgowego, miejscowo właściwego ze względu na siedzibę organu (uprawnionego podmiotu) składającego wniosek. W związku z powyższym, przynajmniej część spraw ABW, CBA, CBŚ oraz komórek spraw wewnętrznych Policji i Straży Granicznej, powinna trafiać do właściwego miejscowego Sądu Okręgowego. Realizacja tego postulatu wymaga oczywiście nowelizacji poszczególnych ustaw kompetencyjnych.

⁷⁴ Dodatkowe koszty finansowe z tego tytułu w skali kraju należy ocenić jako minimalne, a argument podnoszony przez służby specjalne, iż zwiększy się ilość sędziów uprawnionych do dostępu do informacji niejawnych nie może być – z powodów konstytucyjnych – w ogóle poważnie rozpatrywany.

▪ **W zakresie dotyczącym zapewnienia realizacji konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych w związku ze stosowaniem tzw. kontroli pięciodniowych**

➤ W art. 27 proponuje się dopisanie ust. 3a-3c:

„3a. W razie nieudzielenia przez Sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, o której mowa w ust. 3, szef ABW wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz przekazuje całość zgromadzonych w ramach tej kontroli materiałów do sądu, w tym kopii dowodów, na podstawie których zarządzono kontrolę operacyjną. Przekazane do sądu dowody pozbawiane są danych mogących ujawnić osoby niebędące funkcjonariuszami i udzielających pomocy przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych.

3b. Materiały, o których mowa w ust. 3a, przechowuje się w sądzie przez okres 12 miesięcy. W okresie tym sąd bada, na pisemny i uzasadniony wniosek osób fizycznych lub prawnych, które uprawdopodobnią fakt naruszenia swoich praw podmiotowych w związku z realizacją zadań przez ABW, na wniosek członków Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych, Prokuratora Generalnego lub szefa BBN, czy podczas stosowania kontroli operacyjnej nie doszło do naruszenia konstytucyjnie gwarantowanych praw podmiotowych jednostki.

3c. W przypadku braku dowodów naruszenia prawa podczas stosowania kontroli operacyjnej, po upływie okresu, o którym mowa w ust. 3b, sąd zwraca szefowi ABW całość materiałów z kontroli operacyjnej. Szef ABW poleca niezwłoczne protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej. W komisyjnym niszczeniu materiałów uczestniczy prokurator”.

Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 26 kwietnia 2007 r.,⁷⁵ konstytucyjne prawo żądania usunięcia informacji uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą ma na celu zapobieżenie wykorzystania tych informacji w jakiegokolwiek formie przez władze publiczne.

Prawo żądania usunięcia informacji nieprawdziwych lub uzyskanych w sposób sprzeczny z ustawą koresponduje z prawem wcześniejszego żądania wyjaśnienia przez uprawniony organ, czy nie doszło do naruszenia konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych. Z tego też powodu materiały z kontroli operacyjnej nie mogą być natychmiast niszczone, ale dopiero po czasie, w którym może dojść do rozpatrzenia zażalenia na ewentualne nadużycia służb prowadzących działalność operacyjną.

⁷⁵ Sygn. akt I KZP 6/07

▪ **W zakresie dotyczącym zapewnienia praw podmiotowych po zakończeniu kontroli operacyjnej**

- Proponuje się dodanie ust. 15a: „W przypadku uzyskania materiałów, które nie stanowią dowodów, o których mowa w ust. 15, ale są istotne dla bezpieczeństwa państwa, szef ABW przekazuje przedmiotowe materiały do Kolegium ds. Służb Specjalnych, celem dokonania oceny ich istotności dla bezpieczeństwa państwa”.
- W art. 27 ust. 16 proponuje się wykreślenie zdania: „są istotne dla bezpieczeństwa państwa lub nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisyjnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza szef ABW.” oraz dopisanie po zwrocie: „Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie” zdania: „stanowią dowodów, o których mowa w ust. 15 oraz materiały, o których mowa w ust. 15a, są przekazywane do sądu, o którym mowa w ust. 2, celem dokonania oceny prawidłowości stosowania kontroli operacyjnej. Ustępy 3a-3c stosuje się odpowiednio”.⁷⁶
- Proponuje się dodanie ust. 16 a pkt 1 i 2:
 - „1) Po zakończeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, w sytuacjach o których mowa w ust. 3a oraz ust. 16, zawiadamia się osobę o stosowaniu wobec niej kontroli operacyjnej z wyjątkiem osób, o których mowa w pkt 2. Osoba ta może zwrócić się do sądu o zapoznanie się z materiałami z kontroli zgromadzonymi podczas jej trwania w zakresie jej dotyczącym, w trybie określonym w ust. 3b. Przepis nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego.
 - 2) Nie zawiadamia się osób podejrzewanych o popełnienie czynów noszących znamiona szpiegostwa lub terroryzmu.”
- Proponuje się dodanie art. 43 b. w brzmieniu:
 - „1) Prokurator Generalny przedstawia corocznie Sejmowi i Senatowi informację o działalności określonej w art. 27 ust. 3a, 3c, ilości spraw, o których mowa w ust. 11, 16, 16a oraz wynikach rozpatrywania wniosków, o których mowa w ust. 3b.”
 - 2) Prokurator Generalny może żądać od szefów i kierowników organów państwowych stosujących kontrolę operacyjną lub procesową, lub wyrażających zgodę na stosowanie tych kontroli, udostępnienia danych celem opracowania i przedstawienia informacji, o której mowa w pkt 1.

Kwestia powiadamiania podmiotów poddanych kontroli operacyjnej o zastosowaniu kontroli (po jej zakończeniu) jest jednym z najważniejszych

⁷⁶ Proponowane brzmienie art. 27 ust. 16: „Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie stanowią dowodów, o których mowa w ust. 15 oraz materiały, o których mowa w ust. 15a, są przekazywane do Sądu, o którym mowa w ust. 2 celem dokonania oceny prawidłowości stosowania kontroli operacyjnej. Ustępy 3a-3c stosuje się odpowiednio”.

i zarazem najbardziej delikatnych problemów w wypracowaniu nowych rozwiązań prawnych w zakresie stosowania kontroli operacyjnej. Jak wskazuje A.Gaberle,⁷⁷ przechowywanie materiałów mogłoby być uzasadnione wówczas, gdyby przepis przewidywał dla osoby, wobec której zarządzono kontrolę operacyjną, termin do zapoznania się ze zgromadzonymi materiałami, ale projekt poselski⁷⁸ wręcz wyklucza dopuszczalność udostępnienia tej osobie materiałów zgromadzonych podczas takiej kontroli (art. 14 ust. 16 projektu). **W tym kontekście trzeba zauważyć, że obywatel powinien mieć prawo do informacji, że: po pierwsze, zbierano o nim materiały w sposób tajny, po drugie, zgromadzono w związku z tym określone materiały. Brak takich uprawnień nie tylko narusza prawa obywatelskie, ale też jest impulsem do zbędnego prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, których częstotliwość w państwie demokratycznym powinna być utrzymana w granicach niezbędności.**

W celu właściwego zrozumienia wagi problemu należy przytoczyć fragment wyroku Trybunału Konstytucyjnego z grudnia 2005 r.⁷⁹ Do chwili wydania wyroku mogło się wydawać, że zakwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis⁸⁰ nie uprawnia osoby poddanej kontroli operacyjnej do dostępu do materiałów z kontroli, z wyjątkiem wypadku przekształcenia materiałów operacyjnych w materiały procesowe. Takie założenie interpretacyjne, nie jest jednak zasadne. Zaskarżony przepis rzeczywiście wyklucza możliwość informowania zainteresowanego o kontroli operacyjnej ale "w czasie jej trwania". **Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego** nie jest to jednak tożsame z zakazem udzielania takiej informacji w sytuacji, gdy czynności operacyjne nie są już prowadzone, a aktu oskarżenia nie wniesiono. Tym samym **po odpadnięciu celu kontroli operacyjnej otwiera się dla inwigilowanego, zgodnie z art. 51 ust. 3 Konstytucji RP, możliwość wglądu w zebrane o nim materiały.**⁸¹ Taka właśnie możliwość stanowi logiczną operacjonalizację art. 51 ust. 4 konstytucji. **Czym innym jest brak przeszkody do udostępnienia**

⁷⁷ Dz. cyt.

⁷⁸ Projekt omówiono w Rozdziale II niniejszej analizy.

⁷⁹ K 32/04.

⁸⁰ Art. 19 ust. 16 ustawy o Policji: "Osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania tej kontroli. Przepis ten nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego".

⁸¹ Uprawnienie dotyczy oczywiście jedynie materiałów z kontroli operacyjnej, a nie całości materiałów operacyjnych. [Uwaga: BBN].

materiałów, na żądanie zainteresowanego co – w ocenie Trybunału Konstytucyjnego zapewnia już obecny stan prawny, a czym innym pozytywny obowiązek informowania osoby o prowadzeniu kontroli operacyjnej. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, istnienie takiego obowiązku byłoby wskazane i odpowiadałoby potrzebie efektywnej instrumentalizacji proceduralnej konstytucyjnego prawa określonego w art. 51 ust. 4. Podobny problem w innych państwach europejskich doprowadził do podwyższenia standardu gwarancji proceduralnych (na tle sprawy Klass i innych wprowadzono w niemieckim ustawodawstwie, pozytywny obowiązek informacji o prowadzonej, zakończonej kontroli operacyjnej). Dlatego zasługuje na rozważenie zasygnalizowanie ustawodawcy – w sformalizowanej postaci – potrzeby zagwarantowania praw obywatelskich osób poddanych kontroli operacyjnej, którym po zakończeniu tej kontroli nie przedstawiono zarzutów, i które z faktycznych przyczyn nie mają dostępu do zgromadzonych materiałów. Takie rozwiązanie korespondowałoby z istnieniem w polskiej konstytucji prawa podmiotowego z art. 51 ust. 4.⁸²

Istnieją różne możliwości wypełnienia wskazanej przez Trybunał Konstytucyjny luki legislacyjnej. Przykładowo, według W.Kozielewicz,⁸³ należałoby rozważyć wprowadzenie do ustaw przepisu zobowiązującego organ wnioskujący o zarządzenie kontroli operacyjnej do poinformowania osoby, wobec której stosowano tę kontrolę o zniszczeniu materiałów uzyskanych w jej trakcie. Od tej zasady można byłoby uczynić wyjątek, np. gdyby takie zawiadomienie skutkowało powstaniem realnego niebezpieczeństwa dla realizacji ustawowych zadań tego organu. Wówczas należałoby odstąpić od zawiadomienia.

Podczas konferencji w Bendlewie⁸⁴ dyskutowano m.in. nad potrzebą dostosowania przepisów krajowych do kierunku rozwoju orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, w tym w szczególności stosowania art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych

⁸² Potrzeba wprowadzenia takiego rozwiązania, funkcjonującego w innych krajach, które harmonizowałoby z chronionym Konstytucją RP prawem podmiotowym z art. 51 ust. 4, została powtórzona przez Trybunał w postanowieniu z 25.01.2006 r. sygn. akt. S 2/06 (OTK ZU Nr 1/A/2006, poz. 13), w którym zasygnalizował on Sejmowi Rzeczypospolitej Polskiej celowość podjęcia inicjatywy ustawodawczej mającej na celu zagwarantowanie w przepisach ustawy o Policji ochrony konstytucyjnych praw osób poddanych kontroli operacyjnej. [Za: pismo Ministra Sprawiedliwości nr DL-PI 401-2/08 z dnia 7.04.2008r.].

⁸³ W.Kozielewicz, *Postępowanie w przedmiocie zarządzania kontroli operacyjnej*, w: Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Pod red. L.Paprzycki, Zb.Rau, Warszawa 2009.

⁸⁴ Dz. cyt.

Wolności.⁸⁵ Wskazano m.in. na potrzebę wypełnienia sugestii Trybunału Konstytucyjnego z grudnia 2005 r. o potrzebie wprowadzenia przepisów gwarantujących informowanie obywatela o zastosowaniu wobec niego kontroli operacyjnej.⁸⁶ Zwrócono jednocześnie uwagę, że nie można traktować podobnie spraw realizowanych przez służby policyjne i służby specjalne i tym samym zakres ujawnianych informacji przez te służby musi być inny.⁸⁷

W ocenie BBN, jedynie zagadnienia dotyczące przestępstw szpiegostwa i terroryzmu, uzasadniają ograniczenie prawa podmiotowego do otrzymania informacji, a następnie do dostępu do materiałów (jakiejś ich części) z kontroli operacyjnej. Wszystkie inne zadania ABW, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy⁸⁸ nie uzasadniają takiego ograniczenia m.in. z powodu, iż podobne działania w zakresie zapobiegania tego typu przestępczości wykonują inne służby (np. Policja, CBA, Straż Graniczna), a w przypadku spraw związanych z ochroną informacji niejawnych, służby ochrony państwa same nie przestrzegają ustawowych terminów prowadzenia czynności w zakresie postępowań sprawdzających (przez co naruszają prawa podmiotowe obywateli) i w niektórych przypadkach wykorzystują swoje uprawnienia do gry politycznej (poprzez bezzasadne wstrzymywanie dostępu do informacji niejawnych).⁸⁹ Kolejnym powodem ograniczenia obowiązku braku przekazywania informacji do przestępstw

⁸⁵ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm.) Zgodnie z art. 8 Konwencji, każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

⁸⁶ Dyskusję w tym zakresie prowadził sędzia Sądu Najwyższego W.Kozielewicz, były Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji J.Kaczmarek, były zastępca Prokuratora Generalnego K.Olejnik oraz dyrektor Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego BBN Lucjan Bełza. Zdanie odmienne zgłosiła sędzia A.Wesołowska argumentując, iż w jej przekonaniu orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu ulegnie zmianie w kierunku ograniczania praw podmiotowych na rzecz aspektów bezpieczeństwa powszechnego.

⁸⁷ W przedmiotowej sprawie wypowiedzieli się były szef ABW B.Świączkowski, sędzia Sądu Najwyższego W.Kozielewicz, dyrektor Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego BBN Lucjan Bełza oraz dr Zb.Rau.

⁸⁸ Art. 5 ust. 1. pkt 2. Do zadań ABW należy: rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw: a) szpiegostwa, terroryzmu, naruszenia tajemnicy państwowej i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa; b) godzących w podstawy ekonomiczne państwa; korupcji osób pełniących funkcje publiczne, jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa; d) w zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa; e) nielegalnego wytwarzania, posiadania i obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, bronią masowej zagłady oraz środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, w obrocie międzynarodowym.

⁸⁹ Zob. opracowaną przez BBN w lipcu 2009 r. „Analizę w zakresie oceny legalności działań służb ochrony państwa związanych z prowadzeniem kontrolnego postępowania sprawdzającego w trybie ustawy z 22.01.1999 r. o ochronie informacji niejawnych.” (Źródło: <http://bbn.gov.pl>).

szpiegostwa i terroryzmu, jest brak właściwego dookreślenia katalogu przestępstw wskazanych w art. 5 ust. 1. pkt 2 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (m.in. poprzez sformułowanie: „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa”), co stwarza szerokie możliwości interpretacyjne w zakresie stosowania kontroli operacyjnej.⁹⁰

▪ ***W zakresie dotyczącym zapobiegania nielegalnemu wykorzystaniu zebranych informacji do „gry operacyjnej”***

- W art. 33 proponuje się dopisanie zdania: „*Informacje, o których mowa w art. 27 ust. 3a oraz ust. 16 nie mogą być gromadzone i przetwarzane*”.⁹¹
- W art. 34. ust. 1 proponuje się dopisanie na końcu zdania: „*z wyłączeniem informacji, o których mowa w art. 27 ust. 3a oraz ust. 16*”.⁹²
- Proponuje się dodanie pkt 11 do art. 37 ust. 1 w brzmieniu: „*osób, co do których, w związku z czynnościami, o których mowa w art. 27 ust. 3a oraz ust. 16, powzięto obciążające je informacje w rozumieniu art. 35 ust. 2 pkt 2 in fine ustawy o ochronie informacji niejawnych*”.

Proponowane przez BBN zmiany przepisów w żaden sposób nie ograniczają dotychczasowych uprawnień ABW, lecz jedynie precyzują, iż nie można gromadzić i wykorzystywać informacji, które zgodnie z wyraźną dyspozycją przepisów powinny być usunięte (zniszczone).

W celu uzasadnienia konieczności wprowadzenia zastrzeżeń do art. 33, 34 oraz 37 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, po raz kolejny należy przytoczyć wyrok Trybunału Konstytucyjnego z grudnia 2005 r.⁹³ Jako zasadę przyjąć należy, że przepisy ograniczające prawa

⁹⁰ Kwestionowany przed Trybunałem Konstytucyjnym (sprawa K32/04) przez Rzecznika Praw Obywatelskich art. 20 ust. 2 ustawy o Policji określał, jakich osób mogą dotyczyć informacje pobierane, przetwarzane i wykorzystywane przez Policję, w jakim celu można te informacje gromadzić i jakie mają to być informacje „w szczególności”. Oznaczało to, że Policja mogła gromadzić także inne informacje niż wymienione w ustawie, gdyż wyliczenie ustawowe ma charakter przykładowy. Tak więc zaskarżony przepis nie miał charakteru dostatecznie zamkniętego i nie miał cechy niezbędnej konkretności, wymaganej także przez standardy międzynarodowe.

⁹¹ Proponowane brzmienie art. 33: „*W zakresie swojej właściwości Agencje mogą uzyskiwać informacje, w tym także niejawnie, gromadzić je, sprawdzać i przetwarzać. Informacje, o których mowa w art. 27 ust. 3a oraz ust. 16 nie mogą być gromadzone i przetwarzane*”.

⁹² Proponowane brzmienie art. 34 ust. 1: „*W zakresie swojej właściwości Agencje mogą zbierać, także niejawnie, wszelkie dane osobowe, w tym również, jeżeli jest to uzasadnione charakterem realizowanych zadań, dane wskazane w art. 27 i 28 ustawy z 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. Nr 133, poz. 883, z 2000 r. Nr 12, poz. 136, Nr 50, poz. 580 i Nr 116, poz. 1216 oraz z 2001 r. Nr 42, poz. 474, Nr 49, poz. 509 i Nr 100, poz. 1087), a także korzystać z danych osobowych i innych informacji uzyskanych w wyniku wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych przez uprawnione do tego organy, służby i instytucje państwowe oraz przetwarzać je, w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych, bez wiedzy i zgody osoby, której te dane dotyczą, z wyłączeniem informacji, o których mowa w art. 27 ust. 3a oraz ust. 16*”.

⁹³ K 32/04.

i wolności jednostki powinny być formułowane jasno i precyzyjnie, co pozwoli uniknąć pozostawiania organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego wspomnianych ograniczeń.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie ma podstaw, aby służba operacyjna sama decydowała o tym, jakie informacje o przestępcach będzie gromadzić. Art. 20 ust. 2 ustawy o Policji stanowił, że "Policja może" gromadzić wskazane w ustawie informacje. Nie sprecyzowano jednak przesłanek ewentualnego zaniechania gromadzenia informacji. Ta kwestia także pozostaje w sprzeczności z konstytucyjnym wymogiem ustawowego określenia zasad gromadzenia informacji. Taki także wniosek płynie z orzecznictwa na tle europejskiej Konwencji, gdzie krytycznie oceniono brak precyzji ustawodawstwa francuskiego i brytyjskiego, zezwalających na prowadzenie czynności operacyjnych w zakresie zbierania informacji. Wadą kontrolowanej normy jest otwarty sposób określania przesłanek w niej sformułowanych.

W demokratycznym państwie prawnym nie jest konieczne przechowywanie informacji na temat obywateli uzyskanych w toku czynności operacyjnych ze względu na potencjalną przydatność tych informacji.⁹⁴ Może to być stosowane tylko w związku z konkretnym postępowaniem, prowadzonym na podstawie ustawy dopuszczającej ograniczenie wolności ze względu na bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny. Ingerencja policji w sferę praw i wolności obywatelskich, związana z czynnościami operacyjnymi podejmowanymi w interesie publicznym, nie może być nieograniczona.

W trakcie rozprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym, Rzecznik Praw Obywatelskich powoływał się na znane mu przykłady zaczerpnięte z praktyki, gdzie gromadzono odciski palców osoby, która zarzucane przestępstwo popełniła drukiem. Rzecznik powołując się na te przykłady trafnie podkreślał, że brak precyzji przepisu ułatwia umieszczenie przez praktykę, w jego literalnej hipotezie działań operacyjnych niekoniecznych, ekscesywnych, a nawet szykan.

Zebrane (a zachowane dane) nie mogą więc: po pierwsze, szkodzić osobie prawomocnie uniewinnionej; po drugie zaś, dane wrażliwe –

⁹⁴ Nie dotyczy etapu prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych. [Przypis: BBN].

zebrane bez podstawy prawnej (niezależnie od tego, kogo dotyczą) – i tak nie mogą być zachowywane.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r.,⁹⁵ w sytuacji, w której usunięcie zgromadzonych informacji nie jest możliwe z uwagi na to, że ich nośnik, na którym są zapisane, zawiera także inne dane, których gromadzenie jest dopuszczalne i służy konstytucyjnie usprawiedliwionej ochronie bezpieczeństwa publicznego, gwarancją realizacji konstytucyjnej ochrony autonomii informacyjnej jednostki, jest zakaz wykorzystywania informacji, których treść wykracza poza cele kontroli operacyjnej określonej w granicach wskazanego dla danej służby operacyjnej katalogu przestępstw.⁹⁶

▪ ***W związku z koniecznością usunięcia wątpliwości interpretacyjnych***

➤ Proponuje się dopisanie art. 43a:

- „1. Materiałem w rozumieniu przepisów dotyczących kontroli operacyjnej jest dokument, o którym mowa w art. 2 pkt 5 ustawy z 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych.*
- 2. Materiały z kontroli operacyjnej dodatkowo oznacza się klauzulą „Udzielanie informacji, kopiowanie lub sporządzanie odpisów i wypisów tylko za pisemną zgodą szefa ABW.”*

Celem powyższego doprecyzowania jest uniknięcie wątpliwości, iż ograniczenia w zakresie wykorzystywania informacji (np. z art. 33, 34 i 37), obowiązku niszczenia wszelkich materiałów (np. art. 27 ust. 3c) dotyczącą również nośników elektronicznych oraz danych zawartych w bazach elektronicznych jeżeli sąd nie uznał celowości kontroli operacyjnej lub uzyskane z legalnej kontroli informacje poza podstawy wskazane w art. 27 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w wyroku z grudnia 2005 r.,⁹⁷ materiały operacyjne *sensu stricto*, mimo ich utrwalenia na piśmie nie mają waloru dokumentów urzędowych i nie korzystają ze szczególnej mocy dowodowej. Nie stanowią dowodu tego, co jest w nich stwierdzone, nie służy im

⁹⁵ Dz. cyt.

⁹⁶ Np. w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

⁹⁷ K 32/04.

bowiem domniemanie prawdziwości właściwe jedynie dla dokumentu urzędowego. Ujawnianie materiałów operacyjnych powinno być zakazane, a w szczególności nie mogą być przedmiotem "przecieków", służących celom lub metodom wykraczającym poza ochronę demokratycznego ładu, co jest celem i granicą legalności czynności operacyjnych. Uznanie, że władze publiczne mogą gromadzić w sposób tajny informacje na temat obywatela w ramach czynności operacyjnych, a następnie udostępniać je, kierując się interesami politycznymi, pozostaje w sprzeczności z zasadą zaufania obywatela do państwa, mającą podstawowe znaczenie w demokratycznym państwie prawnym. Dlatego procedury kontrolne (co do celu i zakresu kontroli operacyjnej) muszą być rygorystyczne i efektywne. Należy także zaznaczyć, że ograniczenie, czy nawet wyłączenie sądowej kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych nie musi samo przez się świadczyć o naruszeniu standardu demokratycznego państwa prawa.

Rozdział IV Stosowanie prawa przez organy wymiaru sprawiedliwości

4.1. Obecnie obowiązujące przepisy określone w Rozdziale 26 Kodeksu postępowania karnego (art. 237-242) określają możliwość zarządzenia kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. W szczególności przepisy k.p.k. nakładają obowiązek ogłoszenia postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy, przy czym ogłoszenie może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy, lecz nie później niż do czasu prawomocnego zakończenia postępowania (art. 239). Na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych przysługuje zażalenie. Osoba, której dotyczy postanowienie, może w zażaleniu domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Zażalenie na postanowienie prokuratora rozpoznaje sąd (art. 240).

Przykłady orzeczeń sądowych dotyczących kontroli operacyjnej i procesowej:

- ***W zakresie zgody następczej na wykorzystanie procesowe rozmów telefonicznych.*** Nieprawidłowości dotyczące wykładni prawa w związku ze stosowaniem kontroli procesowej można prześledzić na podstawie orzeczenia wydanego przez Sąd Rejonowy w Toruniu, w kwietniu 2009 r. w sprawie zgody następczej na wykorzystanie procesowe rozmów telefonicznych grupy oskarżonych. Sąd ten 5 lat wcześniej wydał zgodę na stosowanie podsłuchów. Powstała wątpliwość, czy możliwym było wydanie zgody następczej umożliwiającej procesowe wykorzystanie dowodów z kontroli rozmów w stosunku do oskarżonych, których te kontrole prawnie nie obejmowały, pomimo tego, że postępowanie przygotowawcze zostało już zakończone. Sąd Rejonowy w Toruniu dla uzasadnienia swojej decyzji, co do wydania zgody następczej wskazał, iż podsłuchy były stosowane na etapie postępowania przygotowawczego na podstawie postanowień Sądu Rejonowego w Toruniu, w oparciu o art. 237 § 1 i 3 pkt 13 i 14 k.p.k. oraz art. 239 k.p.k. Sąd Rejonowy w Toruniu doszedł też do wniosku, iż nie jest warunkiem koniecznym do wydania następczej zgody zachowanie terminów wskazanych w art. 237 § 2. Sąd Okręgowy w Toruniu uchylił zaskarżone postanowienie wydane przez Sąd Rejonowy. Sąd II instancji wskazał, iż art. 237 § 2 k.p.k. jasno określa tryb oraz terminy orzeczenia o następczej zgodzie. Sąd Okręgowy podkreślił, iż o ile przekroczenie 5-dniowego terminu na wydanie takiego postanowienia samo w sobie nie niweczy możliwości zalegalizowania przeprowadzonych kontroli (termin ma charakter instrukcyjny i jego przekroczenie pozostaje naruszeniem prawa procesowego), o tyle wydanie

tegoż postanowienia z urzędu – czyli bez stosownego wniosku prokuratora – nie mogło być zaaprobowane. Sąd II instancji zaznaczył, iż skoro Sąd Rejonowy dostrzegł potrzebę wydania następcej zgody legalizującej uzyskane nagrania, to tym samym optymalnym działaniem byłoby zobowiązanie prokuratora w trybie art. 397 § 1 k.p.k. do wystąpienia z wnioskiem przewidzianym w art. 237 § 2 k.p.k. Takie rozwiązanie pozwoliłoby „cofnąć” chwilowo sprawę do etapu postępowania przygotowawczego i sanować ewentualne braki dowodowe w tym zakresie.⁹⁸

- **W zakresie zarządzenia kontroli operacyjnej na osobę imiennie niezidentyfikowaną.** W wyroku z 3 grudnia 2008 r. Sąd Najwyższy orzekł,⁹⁹ iż postanowienie o zarządzaniu kontroli rozmów telefonicznych powinno określać, w jakim postępowaniu jest ona zarządzana, a więc co do podejrzenia jakiego przestępstwa lub jakich przestępstw z art. 237 § 3 k.p.k., a także osobę, której kontrola ta dotyczy oraz nośnik informacji, który obejmuje. Sąd Najwyższy stwierdził, iż jeżeli na danym etapie postępowania nie można, w tym i ze względów technicznych, określić tej osoby imiennie, to należy wskazać ją jako dysponenta określonego urządzenia służącego do komunikacji osobistej. Gdy następnie w toku postępowania pojawi się potrzeba objęcia kontrolą rozmów także innych osób niż *ab initio* wskazane w postanowieniu albo innych nośników informacji, którymi dysponują osoby objęte uprzednim postanowieniem, należy, zdaniem Sądu Najwyższego, wystąpić do sądu o poszerzenie zakresu kontroli. Jeżeli konieczność taka pojawi się w toku prowadzonej już kontroli, a zachodzi wypadek niecierpiący zwłoki, postanowienie o kontroli rozmów może wydać prokurator, występując w terminie 3 dni do sądu o jego zatwierdzenie. Jest to wówczas kontrola legalna, tyle że warunkowo, a więc tylko wtedy, jeżeli będzie następnie zatwierdzona przez sąd.¹⁰⁰
- **W zakresie wykładni pojęcia dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego.** W orzecznictwie sądów dyscyplinarnych pojawiła się rozbieżność w wykładni sformułowania z art. 19 ust. 15 ustawy o Policji *„uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego”*. Jeden nurt to orzeczenia, w których pod tym pojęciem rozumiano wszelkie dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego, w tym również o przestępstwa, co do których nie można było zarządzić kontroli operacyjnej (tzw. przestępstwa „pozakatalogowego”), jak i przestępstwa innych osób niż te, wobec których zarządzono kontrolę operacyjną. Drugi nurt wykładni tego przepisu sprowadzał się do tego, że przez *„uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego”* rozumiano wyłącznie dowody popełnienia przestępstw wymienionych w katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r.¹⁰¹ opowiedział się za tym drugim stanowiskiem.

⁹⁸ Zob.: <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?doc>

⁹⁹ Sygn. akt 195/08.

¹⁰⁰ Zob.: <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?doc>

¹⁰¹ Dz. cyt.

- ***W zakresie możliwości stosowania wyników kontroli operacyjnej w odniesieniu do oskarżonego nieobjętego wnioskiem o zastosowanie tej kontroli.*** W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2008 r.¹⁰² wskazano, iż 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 oskarżoną, co do której takiego zezwolenia nie uzyskano, nie może być procesowo wykorzystany, zarówno w postępowaniu przeciwko tej oskarżonej, jak i przeciwko oskarżonemu, którego m.in. ta rozmowa miała dotyczyć. W uzasadnieniu sąd wskazał, iż art. 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu wyraźnie wskazuje nie tylko na konieczność uzyskania przez ABW zezwolenia sądu na kontrolę operacyjną (co dotyczy też podsłuchu rozmów telefonicznych), ale również wykazania dla uzyskania takiej zgody – że „*inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne*”. Sąd, do którego szef ABW zwraca się z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej, nie wydaje takiego zezwolenia automatycznie, a jedynie po zbadaniu jego zasadności, tak merytorycznej, jak i formalnej. Takiej możliwości kontrolnej byłby sąd pozbawiony – a jest to niezgodne z treścią ustawy – gdyby przyjąć za zasadny pogląd prokuratora, że procesowo mogą być wykorzystane informacje o dokonaniu przestępstwa uzyskane w trakcie legalnie przeprowadzonej kontroli rozmowy telefonicznej, zarówno wobec osoby, co do której właściwy sąd wydał takie zezwolenie, jak i osoby trzeciej, wobec której takiego zezwolenia nie uzyskano. Stanowiłoby to jednocześnie obejście art. 27 ust. 1 ww. ustawy, bowiem zgoda sądu na podsłuch rozmów jednej osoby dawałaby praktycznie możliwość wykorzystania tej kontroli przeciwko każdemu, z którą ta osoba prowadziła rozmowy, już bez uzyskania zgody sądu. Nie można przy tym zgodzić się, że brak zgody sądu na wykorzystanie takiej informacji o popełnionym przestępstwie prowadziłby do naruszenia zasady legalizmu wyrażonej w art. 10 § 1 k.p.k. Zasada ta obliuguje wprowadzić uprawniony organ do wszczęcia śledztwa lub dochodzenia (art. 303 k.p.k.), ale wówczas gdy spełnione są określone przesłanki. Postanowienie o wszczęciu postępowania przygotowawczego rozgranicza czynności procesowe od pozaprocesowych (czynności operacyjno-rozpoznawczych), wskazuje moment, od którego mogą być podejmowane czynności procesowe, np. procesowa kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych. Stanowisko prokuratora, co do legalności procesowego wykorzystania informacji uzyskanej w wyniku podsłuchu rozmowy telefonicznej prowadzonej między oskarżoną a osobą trzecią, pozostaje zatem w sprzeczności z art. 303 k.p.k., bowiem uzyskana informacja wyprzedza formalne wszczęcie postępowania dające dopiero, zgodnie z tym przepisem, możliwość podejmowania takich czynności procesowych, jak procesowa kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych prowadzonych przez osobę, co do której wszczęte zostało postępowanie przygotowawcze. Wracając do unormowań ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu podnieść należy, że daje ona w art. 27 ust. 3 możliwość wykorzystania w postępowaniu przed sądem uzyskanego w czasie kontroli operacyjnej dowodu popełnienia przestępstwa (z katalogu przestępstw wskazanych w art.

¹⁰² II AKa 405/07.

5 ust. 2 ww. ustawy) przez inną osobę, aniżeli przez osobę objętą postanowieniem sądu wydanym na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy, jednakże pod warunkiem uzyskania w tym zakresie następczej zgody sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej. Bezsporne jest, że w niniejszej sprawie właściwy organ nie zwracał się w trybie art. 27 ust. 3 cyt. wyżej ustawy do Sądu Okręgowego z wnioskiem o wydanie następczej zgody na stosowanie podsłuchu rozmów telefonicznych oskarżonych. W takiej sytuacji – zdaniem Sądu Apelacyjnego – możliwe byłoby sformułowanie przeciwko nim zarzutów jedynie wówczas, gdyby inne dowody zebrane w toku postępowania (z pominięciem informacji uzyskanej w toku rozmowy telefonicznej), dawały ku temu podstawę.

4.2. Niektóre propozycje zmian k.p.k. przedstawione w grudniu 2009 r. przez Ministerstwo Sprawiedliwości zasługują na poparcie. Projekt ustawy wprowadza w Kodeksie postępowania karnego instytucję tzw. „zgody następczej” na wykorzystywanie dowodów pochodzących z kontroli procesowej lub operacyjnej, które wykraczały poza zakres postanowienia sądu zarządzającego tego rodzaju czynności i określa jednocześnie tryb jej uzyskiwania. Dotychczas bowiem sposób uzyskiwania zgody sądu na poszerzenie zakresu przedmiotowego lub podmiotowego kontroli oparty był na wskazaniach zawartych w orzecznictwie Sądu Najwyższego.¹⁰³

Ministerstwo Sprawiedliwości zaproponowało również zmiany w art. 238 k.p.k. Projektowany art. 238 § 3 k.p.k. znajdzie zastosowanie w przypadku, gdy kontrola rozmów nie dostarczyła jakichkolwiek dowodów związanych z prowadzonym postępowaniem lub przestępstwem uzasadniającym wystąpienie o zgodę następczą. W tej sytuacji o zniszczeniu zapisów będzie decydował sąd na wniosek prokuratora. W tym zakresie nie przewiduje się udziału stron w posiedzeniu sądu, albowiem kontrola oceny dowodów dokonana przez prokuratora i przez sąd stanowi dostateczną gwarancję respektowania interesów stron postępowania przygotowawczego. W przypadku, gdy w efekcie kontroli utrwalono rozmowy, których znaczenie wyjaśniono w toku dalszych czynności dowodowych, (projektowany art. 238 § 4 i 5 k.p.k.) postanowienie o zniszczeniu zbędnych – w podejmowaniu końcowej, merytorycznej decyzji – zapisów będzie podejmował sąd, po zakończeniu postępowania przygotowawczego. Ponieważ decyzja o zniszczeniu części lub całości zapisów rozmów będzie miała doniosłe znaczenie w sądowym postępowaniu dowodowym lub odwoławczym, jak również dla zagwarantowania realizacji prawa do obrony uzasadnionych interesów,

¹⁰³ Zagadnienie omówiono we wcześniejszej części analizy BBN (postanowienie SN z dnia 27.04.2007 r.).

przewidziano udział stron w posiedzeniu. Uprawnionymi podmiotami do wystąpienia z wnioskiem o zniszczenie zapisów będą, poza prokuratorem, również strony postępowania przygotowawczego oraz inna osoba, w stosunku do której stosowano kontrolę. Uznano bowiem, że prawo do prywatności uzasadnia stworzenie instrumentu ochrony tego prawa również osobom podsłuchiwanym, które nie kwestionują zasadności oraz legalności postanowienia o zarządzeniu kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych.

Projekt ustawy przewiduje równocześnie nowelizację art. 239 k.p.k. poprzez wskazanie okresu, na jaki może być odroczone ogłoszenie postanowienie o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych. Obowiązujący przepis przewiduje, że odroczenie ogłoszenia postanowienia osobie podsłuchiwanej mogło nastąpić do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Brak niezbędnej precyzji stwarzał możliwość interpretacji przepisu, która pozwala na odroczenie ogłoszenia postanowienia, aż do uprawomocnienia się wyroku sądu. W konsekwencji osoba podsłuchiwana mogła wnieść zażalenie, na podstawie art. 240 k.p.k., dopiero w sytuacji, gdy zapisy utrwalonych podczas kontroli rozmów stanowiły podstawę faktyczną prawomocnego postanowienia prokuratora o umorzeniu postępowania przygotowawczego bądź prawomocnego (w przypadku skierowania aktu oskarżenia) orzeczenia sądu. Projektowane rozwiązanie wydaje się eliminować wątpliwości. Odpowiednią zmianę wprowadzono również w projektowanym art. 237b k.p.k.

Negatywnie natomiast należy ocenić, z powodów wcześniej wskazanych, proponowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości zmiany dotyczące kontrowersji związanych z zakresem wykorzystania materiału dowodowego uzyskanego w toku niejawnej kontroli rozmów. Uznano, że dowody uzyskane za pomocą tych metod powinny podlegać ścisłej reglamentacji. W konsekwencji wprowadzono do Kodeksu postępowania karnego, w projektowanym art. 237 § 8, przepis o niedopuszczalności wykorzystywania tego rodzaju dowodów w innego rodzaju postępowaniu niż postępowanie karne, a także w postępowaniu karnym, jeżeli nie jest prowadzone o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, które zostało wymienione w ustawowo określonym katalogu tych przestępstw. Podobne zapisy dotyczące tak ujętego zakazu dowodowego zawarto w innych ustawach kompetencyjnych. Według Ministerstwa Sprawiedliwości treść przepisu nawiązuje do klauzuli proporcjonalności, wskazanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

W ocenie BBN interpretacja Ministerstwa Sprawiedliwości jest niewłaściwa i prowadzi nie tylko do naruszenia klauzuli proporcjonalności, ale również do naruszenia np. art. 51 Konstytucji RP.

4.3. W ocenie BBN, istnieje potrzeba znowelizowania k.p.k. poprzez dodanie przepisu, który ma na celu organicznie dostępu do akt sądowych i prokuratorskich, w związku z wykorzystaniem informacji służbowych uzyskanych w trakcie stosowania kontroli operacyjnej dla realizacji celów prywatnych.

Proponowana zmiana obejmowałaby sytuacje, gdy z wnioskiem o udostępnienie akt zawierających dane z kontroli operacyjnej występuje pracownik lub funkcjonariusz instytucji lub służby prowadzącej czynności operacyjno-rozpoznawcze lub dochodzeniowo-śledcze. Wówczas zgoda, o której mowa w art. 156 § 1 i 5 k.p.k. następowalaby po przeprowadzeniu dowodu, że nie doszło do nadużycia stanowiska służbowego dla realizacji celów prywatnych. Do wniosku o udostępnienie dowodów, pracownik lub funkcjonariusz winien dołączyć opinię bezpośredniego przełożonego, a w przypadku służb specjalnych, dodatkowo opinię Kolegium ds. Służb Specjalnych.

Zauważyć należy, że **alternatywne rozwiązanie polegające na wprowadzeniu tzw. zakazu dowodowego, pomimo jego waloru medialnego w zakresie formalnego wyeliminowania ewentualnych nadużyć w wykorzystywaniu wiedzy służbowej do celów prywatnych (innych postępowań), tak naprawdę ograniczy konstytucyjne prawa podmiotowe, bowiem zakaz dowodowy będzie skutkował ograniczeniami dowodowymi w dochodzeniu praw np. w postępowaniach cywilnych i administracyjnych.** W ocenie BBN, w sytuacji nadużycia uprawnień przez służby operacyjne w toku stosowania kontroli operacyjnej, wprowadzenie powyżej wskazanego zakazu dowodowego, wyeliminuje w szczególności możliwość dochodzenia przez osobę poszkodowaną konstytucyjnie gwarantowanych praw o odszkodowanie np. z tytułu publicznego ujawnienia informacji o charakterze osobistym. Również realizacja konstytucyjnych uprawnień, o których wypowiadał się Trybunał Konstytucyjny w wyroku K32/04 z 12 grudnia 2005 r. będzie fikcją prawną.

W ocenie BBN, incydent polegający na oficjalnym wykorzystaniu przez zastępcę szefa ABW informacji zgromadzonych w toku niejawnych czynności procesowych do celów prywatnych, nie powinien przesądzać o zmianie prawa pod kątem ograniczenia praw zwykłych osób w zakresie możliwości wykorzystania materiału dowodowego. W ocenie BBN, problem nie leży w restrykcyjności przepisów skutkujących ograniczeniami dla zwykłych obywateli, ale w potrzebie wyeliminowania luk prawnych (niejasności przepisów), prawie równego dostępu do materiałów z kontroli operacyjnej dla wszystkich pełnomocników procesowych (a nie tylko „dobrze poinformowanych” ze służb specjalnych), oraz we wprowadzeniu mechanizmów gwarantujących rzeczywistą kontrolę nad służbami specjalnymi w procesie stosowania kontroli operacyjnej lub procesowej.

Nieprawidłowości dotyczące etapu czynności procesowych, w ocenie BBN, wymagają wzmocnienia kontroli w zakresie właściwego stosowania prawa przez sąd i prokuraturę. W ocenie BBN, zwrócić należy natomiast uwagę, że 5-dniowy termin, o którym mowa w art. 237 § 2 k.p.k.¹⁰⁴ nie jest terminem zawitym, co wiąże się z ryzykiem, iż podsłuch telefoniczny może być prowadzony (i jak praktyka wskazuje był i jest prowadzony) z przekroczeniem tego terminu.

PODSUMOWANIE

Zrozumiały niepokój obywateli oraz mediów może budzić brak czytelnych zasad ingerowania w prawa podmiotowe (poprzez stosowanie tajnych metod w pracy organów państwowych), oraz brak skutecznej kontroli nad służbami realizującymi czynności operacyjno-rozpoznawcze.

Działalność służb specjalnych nie jest bowiem celem samym w sobie i tym samym nie jest wyłączona spod ograniczeń, jakie Konstytucja RP nakłada na wszystkie władze, wkraczające w dziedzinę podstawowych praw i wolności jednostki.

Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie korzystania z wolności obywatelskich, wymaga zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa

¹⁰⁴ W wypadkach niecierpiących zwłoki, kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych może zarządzić prokurator, który obowiązany jest zwrócić się w terminie 3 dni do Sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 5 dni na posiedzeniu bez udziału stron.

oraz sprawnego systemu kontroli nad służbami wykonującymi czynności operacyjno-rozpoznawcze.

Obecne rozwiązania prawne przewidują dla sądu szereg uprawnień w zakresie kontroli operacyjnej. Mimo pozornej doskonałości tej postaci kontroli, w praktyce, rola sądu podlega zasadniczym ograniczeniom ze względów formalnych oraz z uwagi na informacyjną przewagę podmiotu podejmującego czynności operacyjno-rozpoznawcze. Sąd wyrażający zgodę na podjęcie kontroli operacyjnej sam nie ma pełnej wiedzy o rzeczywistym celu kontroli i możliwości sprawdzenia wszelkich przesłanek niezbędności do jej zastosowania.

Podkreślić należy, iż nie wystarczy, aby stosowane środki sprzyjały zamierzonym celom, ułatwiały ich osiągnięcie albo były wygodne dla władzy, która ma je wykorzystać do osiągnięcia tych celów. Środki te powinny być godne państwa określanego jako demokratyczne i prawne.

17 grudnia 2009 r. podczas posiedzenia Kolegium ds. Służb Specjalnych oraz posiedzenia Sejmowej Podkomisji Spraw Wewnętrznych i Administracji prezentowane były przez przedstawicieli Ministerstwa Sprawiedliwości założenia do rządowego projektu zmiany przepisów prawnych w zakresie stosowania kontroli operacyjnej oraz procesowej, polegające m.in. na wprowadzeniu bezwzględnego zakazu dowodowego wykorzystywania materiałów z kontroli operacyjnej do postępowań cywilnych i administracyjnych.

Powtórzyć należy, iż prowadzenie zakazu dowodowego w proponowanej przez rząd formie, pod pretekstem dążenia do formalnego wyeliminowania ewentualnych nadużyć w wykorzystywaniu wiedzy służbowej do celów prywatnych (innych postępowań), tak naprawdę ograniczy konstytucyjne prawa podmiotowe, bowiem zakaz dowodowy będzie skutkował ograniczeniami dowodowymi w dochodzeniu praw np. w postępowaniach cywilnych i administracyjnych. W ocenie BBN, w sytuacji nadużycia uprawnień przez służby operacyjne w toku stosowania kontroli operacyjnej, wprowadzenie powyżej wskazanego zakazu dowodowego, ograniczy w szczególności możliwość dochodzenia przez osobę poszkodowaną konstytucyjnie gwarantowanych praw o odszkodowanie np. z tytułu publicznego ujawnienia informacji o charakterze osobistym.

Zakaz dowodowy spowoduje tym samym brak możliwości wykonania konstytucyjnych uprawnień, o których wypowiadał się Trybunał Konstytucyjny w wyroku K32/04 z 12 grudnia 2005 r. (prawo dostępu do materiałów z kontroli operacyjnej w przypadku gdy czynności operacyjne nie są już prowadzone, a aktu oskarżenia nie wniesiono), skoro nie będzie możliwości wykorzystania otrzymanych materiałów (dowodów) do ewentualnych roszczeń procesowych.

Proponowane przez rząd rozwiązania prawne są więc cofnięciem w zakresie ochrony praw podmiotowych w stosunku do obowiązującego ustawodawstwa.

Uwzględniając powyższe, w ocenie BBN, istnieje konieczność zmiany przepisów prawnych dotyczących kontroli operacyjnej i procesowej, ale pod względem potrzeby zapewnienia konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych.

Opracował: Lucjan Belza

**Szef
Biura Bezpieczeństwa Narodowego**

Aleksander SZCZYGŁO