

# Udostępnienie i odtajnienie materiałów niejawnych uzyskanych w wyniku stosowania kontroli operacyjnej przez służby policyjne



Paweł Łabuz

*Doktor nauk prawnych. Wykładowca w Wyższej Szkole Prawa i Administracji Rzeszów–Przemysł. Autor publikacji z zakresu zwalczania przestępczości, handlu ludźmi, czynności operacyjno-rozpoznawczych, taktyki śledczej, bezpieczeństwa wewnętrznego, procedury karnej i prawa policyjnego.*

## ***Sharing and Declassification of Classified Materials Extracted by the Police Forces in the Course of Operational Controls***

*The following publication depicts a very controversial issue of sharing and declassification of classified materials, a question which is still in the centre of a debate between law practitioners and scientists. The lack of detailed statutory regulation, aimed at particularizing the conditions for the conduction of reconnaissance activities, could be remedied by one of the postulated legislation changes presented in this article. It is maintained that a precise and logical adherence to the rule of law, coupled with purposive interpretation of the existing legislation norms duly spells out the way in which classified materials obtained as the result of operational control should undergo the process of sharing and declassification.*

### ***1. Wprowadzenie***

Coraz częściej w postępowaniach karnym, a także w innych postępowaniach przewidzianych przez ustawę, pojawia się problem wykorzystania materiałów uzyskanych w sposób niejawny, w wyniku rozmaitych czynności o charakterze operacyjnym prowadzonych przez policję i inne organy upoważnione ustawowo do prowadzenia podobnych działań. Najczęściej są to materiały pochodzące z podsłuchu telefo-

nicznego wchodzącego w skład „kontroli operacyjnej”<sup>1</sup>.

Ochrona materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej na poziomie tajemnicy służbowej jest jak najbardziej właściwa. Ze sferą tajności wiąże się też ważny aspekt dotyczący kompetencji do uży-

<sup>1</sup> A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, s. 87.

skiwania informacji stanowiących tajemnice prawnie chronione. Policja oraz inne nieprokuratorskie organy uprawnione do prowadzenia postępowania przygotowawczego nie posiadają prawa do uzyskania informacji prawnie chronionych jakkolwiek tajemnicą. W toku postępowania przygotowawczego tajemnice te, zgodnie z kodeksem postępowania karnego<sup>2</sup>

W sytuacji uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji przekazuje właściwemu prokuratorowi<sup>5</sup> wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej, w razie potrzeby z wnios-



## Ochrona materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej na poziomie tajemnicy służbowej jest jak najbardziej właściwa.

(dalej: k.p.k.), mogą być udostępnione jedynie na żądanie sądu lub prokuratora (art. 179 i 180 k.p.k.). Służby uprawnione do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych<sup>3</sup> posiadają kompetencje do uzyskiwania informacji stanowiących tajemnice prawnie chronione w zakresie, w jakim ustawa regulująca działalność tej formacji na to pozwala<sup>4</sup>.

skiem o wszczęcie postępowania karnego (art. 19 ust. 15 zd. 1 ustawy o Policji). Z sytuacją pozwalającą na wszczęcie postępowania karnego mamy do czynienia w przypadku istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa (art. 303 k.p.k.). Przekazanie prokuratorowi zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej materiałów nie wymaga wydania w tym względzie żadnego dodatkowego postanowienia czy też decyzji administracyjnej. Nie ma też potrzeby czynienia jakichkolwiek zabiegów zmierzających do ich przetworzenia. Ustawodawca, nadając rangę dowodu materiałom zgromadzonym w trakcie kontroli operacyjnej, nie nakazał przeprowadzania i dokumentowania materiału operacyjnego w sposób tożsamy z czynnościami dowodowymi, o których mowa w kodeksie postępowania karnego.

2 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks postępowania karnego* (Dz.U. nr 89, poz. 555 z późn. zm.).

3 Zob. ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., nr 43, poz. 277 z późn. zm.) – dalej: ustawa o Policji; ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (tekst. jedn. Dz.U. z 2010 r. nr 29, poz. 154 z późn. zm.) – dalej: ustawa o ABW; ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. nr 104, poz. 708 z późn. zm.) – dalej: ustawa o CBA; ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., nr 234, poz. 1997 z późn. zm.) – dalej: ustawa o Straży Granicznej; ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. nr 104, poz. 709 z późn. zm.) – dalej: ustawa o SKW i SWW; ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej (Dz.U. nr 123, poz. 1353 z późn. zm.) – dalej: ustawa o ŻW; ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 41, poz. 214) – dalej: u.k.s.

4 M. Chrabkowski, *Wykorzystanie materiałów kontroli operacyjnej w postępowaniu przygotowawczym*, Szczytno 2008, s. 56.

5 Pod pojęciem „właściwy prokurator” należy rozumieć właściwego miejscowo prokuratora okręgowego – prokurator okręgowy jest wskazany *expressis verbis* w § 5 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 marca 2002 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Policję kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, zarządzeń i materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, a także przetwarzania i niszczenia tych materiałów (Dz.U. z 2002 r., nr 24, poz. 252). Na temat właściwości miejscowej szerzej M. Chrabkowski, *Właściwość miejscowa organów prowadzących i nadzorujących postępowanie przygotowawcze*, „Przegląd Policyjny” 2004, nr 1–2, s. 19 i n.

Wydaje się, że przyczyną coraz bardziej płynnych granic między czynnościami procesowymi i przedprocesowymi jest wymóg dostosowywania przepisów do norm przewidzianych w Konwencji Europejskiej oraz permanentne postulaty o wprowadzenie do działań operacyjnych zasad postępowania mających na celu stworzenie odpowiednich gwarancji prawnych dla kręgu osób, których rozmowy lub przekazywane w inny sposób informacje mogą zostać poddane kontroli<sup>6</sup>.

## 2. Istota problematyki proceduralno-prawnej

Częstą praktyką organów prokuratury lub sądu prowadzących określone postępowanie przygotowawcze jest, że prokurator w fazie postępowania karnego lub sąd w fazie postępowania jurysdykcyjnego zwracają się z pisemnym wnioskiem do właściwego kierownika organu<sup>7</sup> składającego pisemny wniosek o zarządzenie zniesienia klauzuli tajności z materiałów niejawnych uzyskanych w wyniku stosowania kontroli operacyjnej.

Przedstawiana procedura nakazuje bezwzględne przestrzeganie następującej zasady, o której pisze Jan Łyszczek<sup>8</sup>, że przed skierowaniem wniosku o odtajnienie materiałów prokurator musi szczegółowo zapoznać się z materiałami i ustalić, czy w ogóle istnieje możliwość ich odtajnienia, a jeżeli tak, to w jakim zakresie. Zaznaczyć należy, że problem ten został zauważony przez Prokuraturę Generalną, która w piśmie z dnia 10 maja 2010 r. nakreśliła w tym zakresie szereg zasad<sup>9</sup>. W szczególności stwierdzono, że: „regułą powinno być, iż nadana przez uprawnioną do

tego osobę klauzula niejawności nie powinna ulegać zmianie, zwłaszcza na etapie postępowania przygotowawczego”.

Ponadto bardzo trafnie podkreśla, że obowiązki każdorazowego badania, czy istnieją warunki do wystąpienia z wnioskiem o odtajnienie materiałów, nałożono tak na prokuratora prowadzącego sprawę, jak i na jego przełożonego i dotyczy to tak materiałów wytworzonych w trakcie kontroli operacyjnej, jak podczas zastosowanego podsłuchu procesowego. Prokurator nie może przerzucić tego obowiązku na inne organy, w tym na Policję. Badanie powinno ustalić, czy zdjęcie klauzuli niejawności nie spowoduje negatywnych skutków nie tylko w zakresie procesowym, lecz również w sferze praw i wolności obywatelskich wszystkich uczestników postępowania, a także innych osób, których rozmowy zostały utrwalone<sup>10</sup>.

Należy w tym miejscu zauważyć, że prokurator jako organ procesowy jedynie ocenia materiały uzyskane w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych i to tylko te materiały, które uprawniony organ udostępnił prokuratorowi na potrzeby postępowania karnego na podstawie przepisów tzw. ustaw policyjnych.

Do postępowania z materiałem uzyskanym w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych, które zostały przekazane na potrzeby postępowania karnego, stosuje się zasady określone w przepisach kodeksu postępowania karnego, z uwzględnieniem rygorów wynikających z uchylonej ustawy o ochronie informacji niejawnych<sup>11</sup> (dalej: u.o.i.n.), co powoduje, że zmiany klauzuli niejawności może dokonać tylko „wytwórca” dokumentu zawierającego informacje niejawne, a więc Szef CBA, Szef ABW lub właściwy komendant Policji, na wniosek prokuratora prowadzącego postępowanie, nie zaś sąd orzekający lub prokurator prowadzący lub nadzorujący postępowanie<sup>12</sup>.

Zgodnie z uzasadnioną praktyką, jak i stanowiskiem wymienionych „wytwórców” dokumentów

6 K.T. Boratyńska, *Uwagi dotyczące kontroli operacyjnej w świetle nowelizacji art. 19 ustawy o Policji*, „Prokurator” 2001, nr 4, s. 53.

7 Obecnie przeprowadzenie kontroli operacyjnej dopuszczają art. 19 ustawy o Policji, art. 27 ustawy o ABW, art. 17 ustawy o CBA, art. 9e ustawy o Straży Granicznej, art. 36c u.k.s., art. 31 o SKW i SWW, art. 31 ustawy o ŻW.

8 J. Łyszczek, *Granice legalnej prowokacji w polskim prawie karnym – materiały opublikowane na stronie Prokuratury Generalnej*, <http://www.parz.pl/index.php/publikacje> (dostęp 27 marca 2015).

9 Pismo Prokuratora Generalnego z dnia 10 maja 2010 r., PG VII G 502/5/10.

10 J. Łyszczek, *Granice legalnej prowokacji...*, dz. cyt., s. 172.

11 Ustawa z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. nr 196, poz. 1631 z późn. zm.), akt uchylony.

12 Pismo Zastępcy Prokuratora Generalnego, PR IV 801/10/09 z dnia 3 lipca 2009 r., niepubl.

zawierających informacje niejawne, klauzula niejawnosci z materiałów uzyskanych w trakcie stosowania kontroli operacyjnej powinna być znoszona tylko wtedy, gdy materiał z kontroli operacyjnej nie

europeskiej konwencji praw człowieka<sup>14</sup>. Prawo do prywatności jest jedną z najważniejszych wolności człowieka, chronioną wieloma przepisami, w tym przepisami międzynarodowymi. Jeśli „inna osoba”<sup>15</sup>



## Badanie warunków do wystąpienia z wnioskiem o odtajnianie materiałów powinno ustalić, czy zdjęcie klauzuli niejawnosci nie spowoduje negatywnych skutków nie tylko w zakresie procesowym, lecz również w sferze praw i wolności obywatelskich wszystkich uczestników postępowania, a także innych osób, których rozmowy zostały utrwalone.

zawierają treści mających znaczenie dla toczącego się postępowania lub nie mogą stanowić podstawy do wszczęcia postępowania, a także nie odnoszą się w jakikolwiek sposób do sfery życia prywatnego lub zawodowego uczestników postępowania oraz innych osób, których w szczególności<sup>13</sup> dotyczy te materiały, np. rozmowy telefoniczne. Kolejną przesłanką utrzymania klauzuli niejawnosci jest możliwość utrudniania czynności w prowadzonej sprawie (czy innej związanej z przedmiotową) poprzez ujawnienie informacji zgromadzonych w sprawie, np. na etapie postępowania przygotowawczego. Interpretację sfery „życia prywatnego lub zawodowego” daje art. 8

zadzwoń pod numer objęty monitorowaniem lub skorzysta z takiego numeru, staje się sama obiektem monitorowania<sup>16</sup>. Mimo legalnego i praworządnie<sup>17</sup>

13 Określenie „w szczególności” oznacza tu, że w toku kontroli „można uzyskiwać nie tylko informacje dotyczące treści rozmów telefonicznych, w tym przekazywanych przez sieci telefonii komórkowych, ale również informacje w postaci tekstów, SMS-ów, faksów czy obrazów telewizyjnych, a nawet przesyłane pocztą elektroniczną czy uzyskiwane z bezpośredniego podsłuchu”, tak J. Korycki, *Kontrola operacyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7–8, s. 150.

14 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284), art. 8:

„1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.

2. 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 praw i wolności innych osób”.

15 Nieobjęta kontrolą operacyjną.

16 E. Gruza, A. Rasz, *Procesowo-kryminalistyczne aspekty podsłuchu*, „Studia Iuridica” 2006, t. XLVI, s. 120.

17 Zasada praworządności polega na stosowaniu kontroli operacyjnej w ściśle określonych sytuacjach i wobec konkretnych podmiotów. Katalog tych przypadków jest określony

zebranego materiału dowodowego w wyniku stosowania kontroli operacyjnej prawie zawsze będą zarejestrowane treści związane z życiem prywatnym osoby objętej kontrolą operacyjną, które mogą dotyczyć nie jej przestępczej działalności, lecz negatywnych zachowań natury etycznej, np. o charakterze intymnym.

Należy pamiętać, że kontrola operacyjna jest instytucją policyjną, wkraczającą w podstawowe wolności i prawa człowieka chronione przez konstytucję

czegością lepiej jest, gdy osoby, które się podsłuchuje czy obserwuje, o tym nie wiedzą<sup>19</sup>, co jest jednak sprzeczne z postulatem Rzecznika Praw Obywatelskich<sup>20</sup>, który zauważa, że w stosunku do osób, które zostały poddane podsłuchowi pozaprosesowemu, na organach władzy publicznej nie spoczywa żaden obowiązek informacyjny. W rezultacie z reguły osoby te nawet nie wiedzą, że nastąpiła ingerencja władzy w ich podstawowe i gwarantowane konstytucyjnie prawa.



## Mimo legalnego i praworządnie zebranego materiału dowodowego – w wyniku stosowania kontroli operacyjnej prawie zawsze będą zarejestrowane treści związane z życiem prywatnym osoby objętej kontrolą operacyjną, które mogą dotyczyć nie jej przestępczej działalności, lecz negatywnych zachowań natury etycznej, np. o charakterze intymnym.

i europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Wobec tego zakres kontroli operacyjnej oraz sposób postępowania z uzyskanymi materiałami powinny być w sposób wyczerpujący uregulowane w ustawie, a wykładnia rozszerzająca tych przepisów jest niedopuszczalna<sup>18</sup>. Za niezanoszeniem klauzuli niejawności przemawia gwarancja ochrony jednostki przed nadmierną inwigilacją. Z pewnością dla skutecznej walki z przestęp-

stwa nie zawiera unormowania, które zobowiązywałoby organa Policji do poinformowania osoby podsłuchiwanej o fakcie stosowania wobec niej podsłuchu telefonicznego. Nadto stawia ona w sytuacji uprzywilejowanej sprawcę przestępstwa, który podobnie jak jego obrońca ma prawo zaznajomienia się końcowego z materiałami postępowania przygotowawczego, w tym także tymi z podsłuchu (por. art. 19 ust. 16 ustawy o Policji). Takiego prawa nie mają natomiast inne osoby, które choćby przypadkowo zostały objęte podsłuchem i które tym samym nie

w przepisach regulujących uprawnienia służb państwowych, jest on ograniczony i zamknięty. Ważne jest również to, że prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa nie może być hipotetyczne, musi zachodzić realność jego wystąpienia.

18 R. Signerski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r.*, I KZP 6/07, LEX/el 2007, nr 62319.

19 P. Kosmaty, *Podsłuch procesowy – zamierzająca instytucja walki z przestępczością*, „Prokurator” 2009, nr 2(38), s. 19.

20 Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich, RPO-631981-II-09/ST z dnia 16 października 2009 r., do Prezesa Rady Ministrów.

będą miały możliwości pozyskania wiadomości, że takowy środek był wobec nich stosowany<sup>21</sup>.

W toku rozważań Sąd Najwyższy powołuje się na treść orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego<sup>22</sup>, który uznaje za działania poza zakresem uprawnień gromadzenie w trakcie kontroli operacyjnej informacji o charakterze prywatnym, obyczajowym. Konstatację tę Sąd Najwyższy automatycznie przekłada na gromadzenie informacji o przestępstwach pozakatalogowych. Tymczasem lektura tegoż właśnie orzeczenia prowadzi do wniosku, iż TK zwraca uwagę na nadużycie uprawnień poprzez gromadzenie informacji obyczajowych, a nie informacji o przestępstwach<sup>23</sup>.

Podśluch, a właściwie kontrola i utrwalanie rozmów zawsze budziły w społeczeństwie wiele emocji i obaw. Podnosi się, że nawet mając na względzie ochronę dóbr wyższego rzędu, należy stwierdzić, że podśluch jest wyjątkowo drastycznym naruszeniem swobód obywatelskich, rodzajem podstępu budzącego opory. Mimo iż żaden z obowiązujących przepisów krajowego ustawodawstwa, w tym zwłaszcza żadna z obowiązujących procedur, nie zawiera normy wprost zakazującej stosowania podstępu na przykład w zwalczaniu przestępczości, ta metoda realizacji zadań państwa związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa i takiego kształtowania procesu karnego, by zadośćuczynić zasadzie prawdy wyrażonej w art. 2 k.p.k., nie znajduje powszechnej akceptacji<sup>24</sup>.

Jedyną regulacją, na którą powołują się organy prokuratury i sądu w zakresie zniesienia klauzuli niejawności materiałów z kontroli operacyjnej, jest wyrok II AKA 165/07 Sądu Apelacyjnego w Białymstoku<sup>25</sup> i stanowisko wyrażone w uzasadnieniu tego wyroku, że w sytuacji, gdy kontrola operacyjna speł-

niła swój cel i doprowadziła do uzyskania dowodów przestępstwa, a podejrzani o te przestępstwa zostali postawieni w stan oskarżenia, brak jest przesłanek do utrzymywania klauzuli tajności co do tych protokołów. Bezzasadne utrzymywanie tej klauzuli ogranicza bowiem w sposób zasadniczy zasadę jawności procesu i zasadę prawa do obrony<sup>26</sup>.

Wyrok II AKA 165/07 jest wyrokiem w konkretnej sprawie i nie może przesądzać o praktyce policyjnej w omawianej dziedzinie, zwłaszcza że nie wiadomo, jakie konkretnie informacje (będące przedmiotem rozważań sądu) zawarte były w przekazanych prokuratorowi, a potem sądowi materiałach z kontroli operacyjnej. Odnosząc się do tego wyroku, stwierdzić należy, że ze względów wskazanych wyżej nie do przyjęcia jest przedstawiona na wstępie i w reasumptacji uzasadnienia wyroku teza, że „w systemie obowiązującego prawa brak jest podstaw do przyznania organom Policji wyłącznego, sprzecznego z wolą prokuratora prawa do decydowania o zniesieniu lub utrzymywaniu klauzuli tajności w materiałach objętych klauzulą »poufne«, a dotyczących kontroli operacyjnej, przekazanych prokuratorowi na podstawie art. 19 ust. 15 ustawy o Policji”. Nietrafne jest również wzmocnienie tej tezy argumentem, że art. 4 ust. 1 u.o.i.n. w kwestii zasad zwalniania od obowiązku zachowania tajemnicy państwowej i służbowej odsyła do odrębnych przepisów, albowiem „zwalnianie od obowiązku zachowania tajemnicy” jest zupełnie inną instytucją prawną niż „nadawanie, zmiana lub znoszenie klauzuli tajności”<sup>27</sup>.

Nie można do końca się zgodzić z cytowanym wyrokiem i należy podkreślić, że przedmiotem decyzji w sprawie zniesienia klauzuli tajności nie może być materiał dowodowy zebrany w toku stosowanej kontroli operacyjnej, którego identyfikacja co do zawartych w nim informacji nie została w pełni dokonana. Nie mogą się w nim znajdować także informacje, których ujawnienie stanowiłoby zagrożenie dla interesu prawnego jednostki organizacyjnej Policji czy też

21 S. Pikulski, K. Szczechowicz, *Podśluch telefoniczny w ustawie o Policji a ochrona prawa człowieka do poszanowania tajemnicy komunikowania się i życia prywatnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2008, nr 8, s. 38.

22 Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., K32/04.

23 M.G. Węglowski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 2, s. 159.

24 E. Gruza, A. Rasz, *Procesowo-kryminalistyczne aspekty...*, dz. cyt., s. 109.

25 Por. wyrok SA w Białymstoku z dnia 4 października 2007 r., II AKA 165/07, OSA z 2007 r., LEX nr 339371.

26 K. Szczechowicz, *Podśluch telefoniczny w polskim procesie karnym*, Olsztyn 2009 s. 106.

27 M. Sławiński, *Klauzule tajności materiałów z kontroli operacyjnej przekazywanych prokuratorowi*, „Biuletyn Prawny KGP” 2009, nr 1(36), s. 54.

dla osób udzielających pomocy Policji w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych lub dla osób trzecich.

Należy jednak stwierdzić, że – niezależnie od formy wystąpienia prokuratora (wniosek czy polecenie) – to policjant, a nie prokurator, stosując przepisy art. 21 ust. 3 u.o.i.n. jako „osoba upoważniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału” i posługując się kryteriami, o których mowa w art. 23 ust. 1 tej ustawy, ocenia omawiane materiały i znosi klauzulę albo odmawia odtajnienia. Innymi słowami: nikt poza wytwórcą materiału lub przełożonym tego wytwórcy nie jest uprawniony do oceny stopnia niejawności i do zniesienia lub zmiany klauzuli tajności<sup>28</sup>.

Kolejnym spornym elementem z punktu doktrynalno-prawnego są przypadki żądania przez prokuratorów udostępnienie materiałów zgromadzonych w ramach formy pracy operacyjnej (przykładowo rozpracowania operacyjnego<sup>29</sup>) w trakcie rozpatrywania wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej, w trybie art. 19 ustawy o Policji.

Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem organu prokuratury, gdyż na etapie rozpatrywania wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej nie powinny być udostępniane materiały operacyjne, o czym świadczy regulacja wynikająca z art. 20b ustawy o Policji, iż udzielenie informacji o szczegółowych formach i metodach, zasadach i organizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych, a także o prowadzonych czynnościach oraz o stosowanych środkach i metodach ich realizacji może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego w związku z wykonywaniem tych czynności. W takim przypadku udzielenie informacji następuje wyłącznie w trybie określonym w art. 9 usta-

wy o niektórych uprawnieniach pracowników urzędu obsługującego Ministra Spraw Wewnętrznych<sup>30</sup>.

Wobec powyższej argumentacji uwzględnić również należy treść § 1 i 2 zarządzenia Prokuratora Generalnego z dnia 22 grudnia 2004 r.<sup>31</sup>, które nie wskazują na to, żeby Prokuratura miała takie uprawnienia.

W szczególności § 2 tego zarządzenia stanowi, że analiza i merytoryczna ocena wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej powinna uwzględniać:

1. formalną podstawę stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, w związku z którymi złożono wnioski, materiały lub inne pisma,
2. dopuszczalność stosowanych środków technicznych,
3. zakres i sposób przeprowadzenia czynności,
4. czas, przez jaki czynności operacyjno-rozpoznawcze mają być lub były stosowane,
5. niezbędność planowanych lub wykonywanych czynności,
6. sposób dokumentowania czynności pod względem przydatności wykorzystania dla potrzeb postępowania karnego, z uwzględnieniem stosowanych druków i ich zgodności z wzorami wynikającymi z przepisów wydanych na podstawie ustaw wymienionych w § 1 ust. 1.

Procedura wyrażania zgody na udostępnienie materiałów operacyjnych nie dotyczy natomiast materiałów stanowiących wynik zastosowania określonych metod pracy operacyjnej oraz danych uzyskanych w ramach sprawy operacyjnej, w których ustawodawca przewidział odrębny mechanizm udostępniania materiałów na potrzeby postępowania karnego. Dotyczy to w szczególności ofensywnych metod pracy operacyjnej w postaci kontroli operacyjnej, zakupu

<sup>28</sup> Tamże, s. 52.

<sup>29</sup> W myśl art. 2 pkt 4 poselskiego projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych „rozpracowanie to zespół zaplanowanych i systematycznie realizowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych wobec osoby fizycznej lub prawnej albo grupy osób w związku z przypuszczeniem lub stwierdzeniem przygotowywania, usiłowania lub dokonania określonego przestępstwa albo nieustalonego rodzaju działalności przestępczej”.

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 21 czerwca 1996 r. o niektórych uprawnieniach pracowników urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz funkcjonariuszy i pracowników urzędów nadzorowanych przez tego ministra (Dz.U. nr 106, poz. 491, z późn. zm.), tytuł ustawy został zmieniony.

<sup>31</sup> Zarządzenie Prokuratora Generalnego z dnia 22 grudnia 2004 r. w sprawie sposobu realizacji kompetencji Prokuratora Generalnego i prokuratorów okręgowych w zakresie kontroli operacyjnej i innych czynności operacyjno-rozpoznawczych dokonywanych przez uprawnione organy (Dz.Urz. MS nr 8 z 31 grudnia 2004 r., poz. 35 z późn. zm.).

kontrolowanego i przesyłki niejawnie nadzorowanej. W wypadku tych materiałów niewskazane jest odtajnienie części zawierającej wyniki zastosowania metod pracy operacyjnej – z uwagi na wysokie ryzyko, nawet nieumyślnego, naruszenia prawnie chronionych interesów obywateli albo jednostki organizacyjnej<sup>32</sup>.

zewnictwie, ale w zakresie rodzajów (metod) czynności operacyjno-rozpoznawczych. Postęp nauk technicznych i coraz to nowsze możliwości uzyskiwania materiału operacyjnego niewątpliwie nie pozwolą w aktach prawnych opisać wszystkich możliwych metod, form i środków prowadzenia czynności opera-



## Niewskazane jest odtajnienie części zawierającej wyniki zastosowania metod pracy operacyjnej – z uwagi na wysokie ryzyko, nawet nieumyślnego, naruszenia prawnie chronionych interesów obywateli albo jednostki organizacyjnej.

Mając na uwadze stosowane przez uprawnione do tego służby policyjne i specjalne metody pracy operacyjnej, poza „typowymi” często opisywanymi w literaturze, można wyróżnić także metody wyszczególnione w projekcie ustawy przygotowanym przez zespół powołany przez MSWiA<sup>33</sup>, gdzie zdefiniowano także takie metody pracy operacyjnej, jak: obserwacja operacyjna, środki techniczne, kontrwywiad elektroniczny i radiologiczny, wywiad elektroniczny. Natomiast co do uprawnień, jakie posiadać powinni funkcjonariusze prowadzący czynności operacyjno-rozpoznawcze, zaproponowano, aby mieli oni prawo do niejawnego dostępu do wszelkich pomieszczeń (tajne przeszukanie), niejawnego instalowania i demontażu środków technicznych (niejawny podsłuch), pobierania próbek materiałów i substancji, posługiwania się dokumentami legalizacyjnymi. Te różnice w definiowaniu metod, form i środków prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych wskazują na trudności nie tylko w na-

czynnych. Niemniej jednak część z nich jest już znana, stosowna i nazwana. Pozwala to na ich szczegółowe opisanie, a na tej podstawie opracowanie ogólnych zasad prowadzenia pracy operacyjnej. Dotyczyć to powinno w szczególności tych czynności operacyjno-rozpoznawczych, w trakcie których pozyskiwane będą dowody dla postępowania przygotowawczego<sup>34</sup>.

Należy zgodzić z argumentacją Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie<sup>35</sup> i przyjąć, że zasady postępowania z materiałami niejawnymi w całości uregulowane są w drodze ustaw i aktów wykonawczych. Na tej podstawie nie sposób uznać, aby prokurator w ramach sprawowanego nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym był uprawniony do decydowania sprzecznie ze znajdującymi się w przedmiotowych aktach prawnych uregulowaniami prawnymi. Zgodnie z treścią art. 6 ust. 3 u.o.i.n. z dnia 5 sierpnia 2010 r.<sup>36</sup> tylko osoba nadająca klauzulę tajności lub przełożony tej osoby mogą znieść tę klauzulę lub wyrazić na to zgodę. Wobec powyższego prokurator może jedynie wy-

32 M. Chrapkowski, *Wykorzystanie materiałów...*, dz. cyt., s. 57.

33 Projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, druk sejmowy nr 353, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/0EE2EFB34B2B8750C125741A003B1486/\\$file/353.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/0EE2EFB34B2B8750C125741A003B1486/$file/353.pdf) (dostęp 28 marca 2015).

34 J. Łyszczek, *Granice legalnej prowokacji...*, dz. cyt., s. 451–452.

35 Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 17 lutego 2009 r., II AKz 27/09.

36 Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. nr 182, poz. 1228 z późn. zm.).



stąpić z wnioskiem do wytwórcy klauzuli tajności o jej zniesienie. Nieodtajnienie materiałów z czynności operacyjno-rozpoznawczych w stadium postępowania przygotowawczego w żaden sposób nie pozbawia sądu orzekającego w sprawie możliwości zasygnalizowania wytwórcy potrzeby zniesienia klauzuli tajności. *De facto* odtajnienie materiałów niejawnych na etapie postępowania przygotowawczego w sposób oczywisty ułatwiłoby przebieg procesu sądowego<sup>37</sup>.

Dokonując ostatecznego podsumowania, należy podkreślić, że udzielenie informacji o efektach czynności operacyjno-rozpoznawczych sądowi lub prokuratorowi może spowodować wprowadzenie i przeprowadzenie innych dowodów w czasie wszczętego postępowania przygotowawczego lub czynności ujawniających dowody<sup>38</sup>.

Dotychczasowe rozważania dotyczą dostępu do materiałów zgromadzonych przez policję w wyniku stosowania metod szczególnych w pracy operacyjnej, takich jak: kontrola operacyjna, zakup kontrolowany, przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej czy przesyłka niejawnie nadzorowana i innych określanych jako „ofensywne”, nieograniczenie dostępu do tych materiałów poprzez ich klauzulowanie może prowadzić w późniejszym czasie do odpowiedzialności za ewentualne naruszenie praw uczestników postępowania lub osób trzecich. Zatem biorąc pod uwagę postępowanie z materiałami operacyjnymi uzyskanymi przez policję w czasie wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych (przed wszczęciem postępowania przygotowawczego, a następnie rozpoczęciem postępowania przed sądem), można postawić tezę, że materiały zgromadzone przez policję podczas prowadzenia pracy operacyjnej na tym etapie są generalnie niedostępne. Natomiast już w momencie końcowego zaznajomienia z materiałami postępowania dostęp do nich ma w trybie art. 321 § 1 k.p.k. podejrzany oraz jego obrońca; na etapie postępowania sądowego dostęp mają strony i uczestnicy postępowania (za wyjątkiem ograniczeń wynikających z regulacji zawartej

w art. 184 § 1 k.p.k. oraz 156 § 5a k.p.k.). Zakres wykorzystania części materiałów w dużej mierze zależy od procedur zezwalających na dostęp do określonych tajemnic (państwowej, służbowej, zawodowej, funkcyjnej) czy innych zakazów dowodowych. Zatem wyraźnie należy odróżnić nie tylko w orzecznictwie, ale także w praktyce poszczególnych służb wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze proces gromadzenia materiałów od ich wykorzystania (np. w trybie art. 19 ust. 15 ustawy o Policji w zw. z art. 393 § 1 zd. pierwsze k.p.k.). Od treści informacji – w procesie gromadzenia lub wykorzystania materiałów niejawnych – i spełnienia określonych procedur uzależniony będzie dostęp do nich osób i organów uprawnionych. Wydaje się, że ustawodawca *de lege ferenda* powinien uzależnić dostęp do takich materiałów, biorąc pod uwagę nie tylko interes procesowy, ale także operacyjny. Stanowi to wielkie wyzwanie i powinno zostać rozstrzygnięte nie tylko w orzecznictwie, a także w nowym projekcie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych<sup>39</sup>.

### 3. Konkluzja

Cecha niejawności kontroli operacyjnej czyni ją podatną na wszelkiego rodzaju nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie korzystania z wolności obywatelskich, wymaga więc zachowania proporcjonalności ograniczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony bezpieczeństwa publicznego, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności. Stanie się 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<sup>40</sup>.

37 R. Teluk, *Nieodtajnienie materiałów niejawnych jako przyczyna zwrotu sprawy do uzupełnienia*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10, s. 119.

38 Por. S. Waltoś, *Proces karny zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 351.

39 J. Kudła, *Wybrana problematyka czynności operacyjnych na tle uwag de lege ferenda projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych*, <http://www.zielona-gora.po.gov.pl/index.php?id=26> (dostęp 7 marca 2015).

40 Analiza [Biura Bezpieczeństwa Narodowego] w sprawie propozycji zmian przepisów prawnych dotyczących kontroli

W pełni należy zgodzić się z uwagami sygnalizującymi niewielką znajomość zasad pracy operacyjnej wśród sędziów i prokuratorów, a nawet „branżowej” terminologii, którą posługują się funkcjonariusze służb policyjnych. Wynika to zapewne z braku odpowiedniego szkolenia i faktu, iż podstawowe akty prawne dotyczące tych zagadnień mają charakter nie-

cesu (bezstronność sądu, domniemanie niewinności, zasady *in dubio pro reo* czy ciężaru dowodu itp.) utożsamiają błędnie z nadmierną łaskawością wobec przestępców i marnowaniem trudów ich pracy. W ramach prowadzonego szkolenia winni mieć możliwość uczestniczenia jako publiczność – w prowadzonej przez siebie sprawie, także w wybranym procesie.



## Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie korzystania z wolności obywatelskich, wymaga zachowania proporcjonalności ograniczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce.

jawny i wewnętrzny, skierowany wyłącznie na użytek policji i innych służb tego rodzaju. Niezbędne wydaje się więc wprowadzenie zagadnień pracy operacyjnej do szkoleń pracowników wymiaru sprawiedliwości. Pozwoli to sędziom i prokuratorom nie tylko na odpowiednią weryfikację wyników działań operacyjnych, ale także da im obraz możliwości techniki operacyjnej używanej przez jednostki policji i inne służby na potrzeby prowadzonych postępowań. Z drugiej strony należy mieć na uwadze, iż znajomość zasad rządzących postępowaniem karnym, a zwłaszcza jego fazą sądową jest wśród funkcjonariuszy pionu kryminalnego Policji niedostateczna. Często myślą oni wiedzę operacyjną z dowodami funkcjonującymi w trakcie procesu karnego. Stosowanie zasad rzetelnego pro-

Mając możliwość obserwacji procesowej „obróbki materiału dowodowego”, mogliby pozyskać wiedzę, która umożliwiłaby wyciągnięcie na przyszłość wniosków korzystnych dla ich pracy, a jednocześnie poznałoby specyfikę działalności niezawisłego organu, jakim jest sąd<sup>41</sup>.

Wydaje się, że celowe i dobrze służące procesowi byłoby takie usystematyzowanie przepisów, by normy dotyczące wprowadzenia do procesu karnego materiałów uzyskanych w ramach działań operacyjno-rozpoznawczych regulowały wyłącznie przepisy prawa procesowego zawarte w kodeksie postępowania karnego, natomiast unormowania dotyczące działania operacyjno-rozpoznawczego – ustawy policyjne<sup>42</sup>.

operacyjnej i procesowej pod względem konieczności zapewnienia konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych, Warszawa 2010, s. 8.

41 M. Świergosz, *Aspekty pracy operacyjnej Policji z punktu widzenia sędziego – wybrane zagadnienia*, „Prokurator” 2006, nr 4 (28), s. 36.

42 K. Szczechowicz, *Podstuch telefoniczny...*, dz. cyt., s. 107.