

Jacek Mąka

KONTROLA OPERACYJNA I PODSŁUCH – OCENA NA TLE PRAKTYCZNEGO STOSOWANIA

Stosowanie podsłuchu jako metody procesowego lub operacyjnego¹ pozyskiwania danych dotyczących przestępstw i ich sprawców jest wykorzystywane przez organy ścigania na całym świecie, w tym również w Polsce. W znaczeniu potocznym p o d s ł u c h kojarzy się z dokonywaną skrycie ingerencją w komunikację międzyludzką. Stąd też zapewne wywodzi się pejoratywna konotacja tej instytucji w powszechnym jej odbiorze, o czym warto wiedzieć, podejmując rozważania na ten temat.

Rozważania te, związane przede wszystkim z wpływem stosowania podsłuchu na nasz system prawny, skłaniają do podjęcia próby analizy określającej zakres wzajemnego oddziaływania i relacji historycznych tej instytucji z polskim ustawodawstwem. Dostępne dla autora materiały źródłowe pozwalają stwierdzić, iż pierwsze regulacje kodeksowe dotyczące podsłuchu zostały *per facta concludenda* ujęte w kodeksie postępowania karnego z dnia 19 marca 1928 r. (z mocą obowiązującą od 1 lipca 1929 r.; Dz.U. z 1929 r., Nr 33, poz. 313)². W rozdziale trzecim dotyczącym rewizji i zatrzymań rzeczy, w przepisie art. 158 § 1 kpk zawarto między innymi zapisy o obowiązku urzędów pocztowych i telekomunikacyjnych do wydawania na żądanie sądu lub prokuratora korespondencji i przesyłek otrzymywanych przez oskarżonego lub adresowanych do niego³.

Wzmiankę o funkcjonowaniu podsłuchu w systemie prawnym II Rzeczypospolitej odnaleźć można również w kodeksie karnym z 11 lipca 1932 r. (Dz.U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571)⁴. Przepis art. 253 tego kodeksu w rozdziale XXXVII dotyczącym naruszenia tajemnicy poddawał penalizacji czyny przestępne polegające między innymi na przyłączaniu się do przewodu służącego do przekazywania wiadomości oraz

¹ Głównym przedmiotem rozważań ujętych w niniejszej publikacji będzie stosowanie podsłuchu operacyjnego, realizowane w systemie prawnym naszego kraju (trybie ustaw policyjnych) w postaci kontroli operacyjnej. Formuła procesowa podsłuchu (kontrola i utrwalanie rozmów), realizowana w trybie rozdziału 26 kpk (art. 237 i nast.), będzie miała w ramach poniższych rozważań znaczenie subsydiujące.

² Przed uchwaleniem i wejściem w życie kodeksu postępowania karnego z 1929 r. postępowanie w sprawach karnych na terenie II Rzeczypospolitej normowały ustawy procesowe zaborców, tj. rosyjska ustawa postępowania karnego z 1864 r., austriacka ustawa o postępowaniu karnym z 1873 r. oraz niemiecki kodeks postępowania karnego z 1877 r. Na przepisy wyżej wymienionych ustaw (odpowiednio art. 358 ustawy rosyjskiej, § 141 ustawy austriackiej oraz § 103 ustawy niemieckiej) powoływał się Komendant Główny Policji Państwowej w *Instrukcji Nr 125 z 1922 r. w sprawie rewizji przesyłek pocztowych*.

³ Przepis art. 158 § 1 kpk zawierał następujące brzmienie: *Urzędy pocztowe, telegraficzne i kolejowe są obowiązane na żądanie sądu wydawać sądowi lub prokuratorowi korespondencję i przesyłki, wysyłane przez oskarżonego i do niego adresowane*.

⁴ Przed wejściem w życie kodeksu karnego z 1932 r. podstawowymi źródłami prawa karnego w II Rzeczypospolitej były: na obszarze byłego zaboru rosyjskiego – kodeks karny rosyjski z 1903 r, byłego zaboru austriackiego – ustawa karna austriacka z 1852 r, na ziemiach byłego zaboru pruskiego zaś – kodeks karny niemiecki z 1871 r.

na podstępny uzyskiwaniu wiadomości telefonicznej lub telegraficznej bez wymaganego uprawnienia⁵.

Instrukcja dla organów bezpieczeństwa z 1925 r., w części IV dotyczącej postępstw politycznych, przewidywała natomiast między innymi możliwość zastosowania w ramach tzw. przeciwdziałania przedśledczego, a więc operacyjnego, *kontroli korespondencji listowej i telegraficznej* wobec osób podejrzewanych o udział w postępstwach politycznych, do których zaliczano zdradę stanu, zdradę kraju, zdradę wojenną, przestępstwa zagrażające porządkowi wewnętrznemu kraju oraz przestępstwa związane ze służbą w wojsku⁶.

Okres wskazanych kilkunastu lat związanych z kreowaniem przez II Rzeczypolitą własnego, niezależnego od systemu państw zaborczych ustawodawstwa prawnego, w tym karnego i policyjnego, stanowił jednocześnie okres inicjowania podstaw i zasad funkcjonowania w polskim systemie prawnym instytucji podsłuchu jako czynności procesowej związanej z posługiwaniem się przede wszystkim telegrafem jako technicznym środkiem komunikacji.

Kolejna cezura historyczna związana była z okresem powojennym, zdominowanym przez jedną formację polityczną. Obowiązujące w systemie państwa totalitarnej regulacje prawne musiały uznawać prymat fasadowej zgodności z nadrzędnymi zasadami ustrojowymi dotyczącymi praw jednostki, praworządności postępowania organów władzy państwowej itp⁷. W rezultacie przez prawie 40 lat przepisy prawa, zarówno przed nowelizacją ustawy karnej materialnej i procesowej w 1969 r., jak i po jej uchwaleniu, regulowały kwestię podsłuchów w sposób lakoniczny, wzorowany na założeniach przedwojennych ustaw karnych z 1929 i 1932 r. Charakterystyczne dla tamtego okresu było również to, iż regulacje pozakodeksowe nie zawierały żadnych odniesień do prawnych możliwości stosowania podsłuchu przez ówczesne służby policyjne, w szczególności przez Służbę Bezpieczeństwa i ogólnie Milicję Obywatelską. W dalszym ciągu wszelkie przepisy określające zasady funkcjonowania tych służb były utajnione, w formalny sposób określone w postaci wewnętrznych instrukcji i zarządzeń⁸.

Następny etap istotny z historycznego punktu widzenia wiąże się z wprowadzeniem pod koniec 1982 r. zarówno do regulacji kodeksowych, jak i ustawodawstwa policyjnego, jakościowo nowych zmian dotyczących podsłuchu. Niewątpliwym wpływ na powyższą decyzję miały zapewne napięcia polityczne i społeczne związane z wprowadzeniem stanu wojennego w 1981 r. i drastyczny rygor prawny szeregu

⁵ Przepis art. 253 § 1 kk stanowił *expressis verbis*, że *kto bez wymaganego uprawnienia otwiera zamknięte pismo, dla niego nie przeznaczone, albo przywłaszcza sobie lub niszczy cudzą korespondencję, zanim adresat się z nią zapoznał, albo przyłącza się do przewodu, służącego do podawania wiadomości, albo podstępnie uzyskuje nieprzeznaczoną dla niego wiadomość telefoniczną lub telegraficzną, podlega karze aresztu do 2 lat lub grzywny*.

⁶ W. Stępek, Z. Hoffmann-Krystyańczyk, *Służba śledcza. Podręcznik dla organów bezpieczeństwa*, Poznań 1925, s. 176.

⁷ Szersze odniesienie do powyższego zagadnienia, obrazujące również zakres zainteresowania doktryny problematyką podsłuchu przedstawił w ówczesnej literaturze T. Taras w publikacji pt. *O dopuszczalności i legalności podsłuchu telefonicznego*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Lublin 196, vol. VII, Sectio G, s. 48 - 50.

⁸ J. Mąka, *Ustawa o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych. Czy jest potrzebna w obecnym stanie prawnym w Polsce?*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 4, s. 127.

ustaw i regulacji dotyczących ustawodawstwa tamtego okresu. Podjęte w latach 1982 - 1984 zmiany nowelizujące ustawę *Kodeks postępowania karnego*⁹ oraz uchwalenie *Ustawy z 1983 r. o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów*¹⁰, a także rozporządzenie wykonawcze ministra spraw wewnętrznych do wyżej wymienionej ustawy¹¹, posiadały czytelną konotację polityczną, obliczoną na złagodzenie wskazanego wyżej obrazu restrykcji ustawodawstwa stanu wojennego.

Jednocześnie po raz pierwszy został zarysowany na tle wymienionych regulacji prawnych system *ex ante* nadzoru prokuratorskiego nad stosowaniem podsłuchu w polskim systemie prawnym, zarówno w postaci procesowej, ujętej w przepisie ówczesnego art. 198 kpk, jak i operacyjnej, regulowanej przez przepis art. 14 wyżej wymienionej ustawy. Znaczenie tego okresu dla oceny historycznej ewolucji instytucji podsłuchu w polskim systemie prawnym jest istotne nie tylko z punktu widzenia jej jednoznacznego usankcjonowania w regulacjach tak kodeksowych, jak i policyjnych, lecz także określenia systemu nadzoru prokuratorskiego nad jej stosowaniem. Przyjęte rozwiązanie odgrywało istotną rolę i miało wpływ na kształt ustawodawstwa dotyczącego tego środka w okresie następnych kilkunastu lat oraz w trakcie zmian polityczno-transformacyjnych po upadku systemu komunistycznego.

Wraz z okresem zachodzących po 1990 r. przemian ustrojowych rozpoczął się kolejny rozdział funkcjonowania instytucji podsłuchu w polskim systemie prawnym. W uchwalonych w tym roku przepisach ustawowych regulujących funkcjonowanie nowo powoływanych służb policyjnych, tj. Policji¹² i Urzędu Ochrony Państwa¹³, przyjęto zapisy dopuszczające możliwość stosowania środka, o którym mowa, przez wyżej wymienione służby. Co istotne, generalne zasady dotyczące statusu prawnego, trybu i kontroli stosowania podsłuchu zostały w dużej mierze oparte na założeniach wyżej cytowanej ustawy z 1983 r. Podsłuch policyjny w dalszym ciągu pozostawał instytucją prawa operacyjnego, możliwą do zarządzenia jedynie przed wszczęciem postępowania karnego w ramach czynności prewencyjnych lub wykrywczych. W podobny sposób, dość nieprecyzyjnie, określono zakres przedmiotowy przestępstw uprawniający do ubiegania się o zastosowanie podsłuchu (bezpieczeństwo, obronność, porządek konstytucyjny). Analogicznie do założeń ustawy z 1983 r. określono również system nadzoru nad jego stosowaniem, przyjmując system kontroli prokuratorskiej, sprawowanej przez Prokuratora Generalnego.

⁹ Pewnego rodzaju przełomem w tym zakresie było ujęcie wprost w ustawie karnoprocesowej instytucji podsłuchu procesowego po nowelizacji ustalonej przez przepisy art. 13 ustawy z dnia 18 grudnia 1982 r. o szczególnej regulacji prawnej w okresie zawieszenia stanu wojennego (Dz.U. z 1982 r. Nr 41, poz. 273). Przepis art. 198 po raz pierwszy, nowatorski w ówczesnym systemie prawnym, regulował warunki zastosowania podsłuchu (po wszczęciu postępowania karnego), określił organy uprawnione do zarządzenia stosowania tego środka (sąd lub prokurator) oraz jego zakres rodzajowy (korespondencja, przesyłki, treści rozmów telefonicznych), sposób dokumentowania tych czynności (protokół), a także zasady postępowania z materiałami nie mającymi znaczenia dla toczącego się postępowania (obowiązek zniszczenia).

¹⁰ Dz.U. z 1983 r., Nr 38, poz. 172.

¹¹ Dz.U., Nr 6, poz. 28.

¹² Dz.U. z 1990 r., Nr. 30, poz 179.

¹³ Dz.U. z 1990 r., Nr. 30, poz. 180.

¹⁴ Dz.U. z 2001 r., Nr. 45, poz. 498.

Ostatni ważny etap cezuralny znajduje uzasadnienie w podjętej w 2001 r. przez ustawodawcę decyzji zmieniającej dotychczasowy system nadzoru nad stosowaniem podsłuchu, poddając go *ex ante* kontroli sądowej. W rezultacie wprowadzenia w życie przepisów nowelizujących ustawę o Straży Granicznej¹⁴, o Policji¹⁵ oraz o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych¹⁶ dotychczasowy nadzór prokuratorowski zastąpiono kontrolą sądową, co nie oznacza bynajmniej, iż rola prokuratury w zakresie nadzoru została zdeprecjonowana (zagadnienie to będzie przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszej publikacji). Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego została objęta wymienionymi regulacjami w 2002 r., w wyniku uchwalenia ustawy o ABW oraz AW regulującej sukcesję prawną po rozwiązaniu Urzędu Ochrony Państwa¹⁷.

Przez ponad 80 lat udokumentowanego źródła prawa funkcjonowania podsłuchu w polskim systemie prawnym instytucja ta przechodziła kolejne etapy oddziaływania na ustawodawstwo, co zostanie zaprezentowane poniżej. W ramach podsumowania tego wątku warto zwrócić uwagę na dwie szczególnie ważne kwestie. Pierwsza z nich dotyczy konieczności zahamowania gwałtownie wzrastającej po 1990 r. przestępczości, w tym związanej z powstawaniem struktur mafijnych w naszym kraju. Na przestrzeni lat 90. następował proces ustawowej ewolucji znaczenia pojęcia *podsłuch* z rozumianego jako czynność operacyjna w rozumiane jako czynność *de iure* procesowa (w rozumieniu zasad transformacji procesowej).

W rezultacie, na gruncie obecnych regulacji policyjnych ustawodawca zdecydował się nadać materiałom pozwalającym na wszczęcie postępowania karnego lub mającym znaczenie dla wszczętego już postępowania (zgrupowanym podczas stosowania podsłuchu) status czynności *stricte* dowodowej, co wynika m.in. z brzmienia chociażby przepisu art. 27 ust. 15 ustawy o ABW oraz AW. Stosowanie tego zapisu w praktyce opiera się na przekazywaniu do prokuratury zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa, a materiały z podsłuchu stanowią załącznik do wymienionej dokumentacji, który traktowany jest jako środek dowodowy w postępowaniu karnym. Przedstawiciele doktryny w przeważającej części z aprobatą odnieśli się do wymienionego kierunku postępowania ustawodawcy¹⁸.

¹⁵ Dz.U. z 2001 r., Nr. 100, poz. 1084.

¹⁶ Dz.U. z 2001 r., Nr. 123, poz. 1353.

¹⁷ Dz.U. z 2002 r., Nr. 74, poz. 676.

¹⁸ W literaturze przedmiotu poglądy dotyczące wskazanej filozofii postępowania ustawodawcy znalazły akceptację m.in. S. Hoca w jego publikacji pt. *Refleksje na marginesie art. 10 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, nr 3, s. 34; S. Pikulskiego w publikacji pt. *Działania operacyjne Policji*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1996, nr 2, s. 61; R. Kmiecika, w: *Prawnodowodowych aspektach ochrony programów komputerowych w postępowaniu karnym (problematyce wszczęcia postępowania)*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 6, s. 16; K. Marszał, w: *Procesie karnym*, Katowice 1998, s. 181; A. Tarachy, w: *Wykorzystaniu wyników czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym*, pozycji opublikowanej w: *Nowym kodeksie postępowania karnego. Zagadnieniach węzłowych*, Kraków 1998, Zakamycze, s. 184 - 188. Stanowisko sprzeciwiające się możliwości wykorzystania podsłuchu w toku postępowania karnego zostało wyrażone w literaturze m.in. przez P. Tomaszewskiego, w: *Uwagach do artykułu na temat „Refleksje na marginesie art. 10 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa”*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, nr 3, s. 40; S. Waltosia, w: *Procesie karnym. Zarysie systemu*, Warszawa 1998, Wydawnictwo Prawnicze PWN, s. 370; P. Hofmańskiego, E. Sadzika, K. Zgryzka, w: *Kodeksie postępowania karnego. Komentarzu* pod red. P. Hofmańskiego, t. I, Warszawa 1999, s. 863.

Druga z przywoływanych konstatacji dotyczy problemu skali używania przez państwo podsłuchu i obserwowanych w tym względzie tendencji. Na przestrzeni ostatnich 20 lat daje się zauważyć proces powoływania kolejnych służb policyjnych, które wypozażają się w szeroki wachlarz technik operacyjnych. Kilka lat temu prawo stosowania tego rodzaju uprawnień, w tym również podsłuchu, przyznano szeregowi nowo powołanych instytucji, takich jak Centralne Biuro Antykorupcyjne, Służba Wywiadu Wojskowego i Służba Kontrwywiadu Wojskowego.

Tak więc, ustawowe uprawnienia w zakresie stosowania podsłuchu w obecnie obowiązującym stanie prawnym przysługują dziewięciu służbom i instytucjom (Centralnemu Biuru Antykorupcyjnemu, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmerii Wojskowej, Policji, Straży Granicznej, organom kontroli skarbowej oraz Agencji Wywiadu i Służbie Wywiadu Wojskowego), na zasadach określonych odpowiednio w odnośnych przepisach ustaw o ABW oraz AW, a także o SKW i SWW¹⁹.

Jeśli uwzględnimy również okrojone w tym względzie, pozbawione możliwości stosowania kontroli operacyjnej, kompetencje Biura Ochrony Rządu sprowadzające się do prawa wykonywania czynności operacyjnych związanych z rozpoznawaniem zagrożeń dotyczących chronionych obiektów²⁰ oraz regulacje z 2010 r. przyznające uprawnienia w zakresie tzw. rejestracji obrazu i dźwięku w miejscach publicznych organom Służby Celnej²¹, to należy stwierdzić, że aktualnie prawo do realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych posiada jedenaście różnego rodzaju służb.

Nadmierne rozpraszenie ustawowych zadań, równoległość kompetencji operacyjnych wielu służb w obszarze tych samych często rodzajów zagrożeń, oprócz dysfunkcjonalności związanej z występowaniem tego rodzaju zjawiska niesie za sobą również problem skutecznej ich koordynacji. Odrębne znaczenie dla oceny przedmiotowego stanu rzeczy ma aspekt kosztów finansowych, jakie dla budżetu państwa generuje wykonywanie tego typu obowiązków przez kilka służb.

W wymiarze przedmiotowym podsłuch może być stosowany w szerokim zakresie spraw operacyjnych od strictly kryminalnych, pozostających w kompetencji Policji (obejmujących największą ilość realizowanych wniosków), poprzez przestępstwa graniczne, korupcyjne, skarbowe (właściwe dla Straży Granicznej, CBA i organów skarbowych), aż po przestępstwa związane z bezpieczeństwem państwa, szpiegostwem, terroryzmem, których zwalczanie leży w obszarze ustawowych zadań ABW i SKW. Punktem wyjścia do dyskusji podejmującej próbę uporządkowania obecnego stanu prawnego w dziedzinie podsłuchów winna być świadomość, że żadna z ustaw policyj-

¹⁹ W przepisach art. 6 ust. 3 ustawy o ABW oraz AW, a także ustawy o SKW i SWW (Dz.U. z 2006 r., Nr 104, poz. 709) zawarto analogicznie brzmiące zapisy dające uprawnienia do działania służbom wywiadowczym (AW oraz SWW) na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w związku z działalnością poza granicami kraju, a realizacja czynności, o których mowa w art. 27 ustawy o ABW oraz AW (dotyczącym kontroli operacyjnej) oraz w art. 31 ustawy o SKW i SWW (również dotyczącym kontroli operacyjnej) wyłącznie za pośrednictwem Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Służby Kontrwywiadu Wojskowego.

²⁰ Przepis art. 17 ust. 2 w zw. z art. 19 ustawy o Biurze Ochrony Rządu (Dz.U. z 2004 r., Nr 163, poz. 1712).

²¹ Przepis art. 75b ustawy o Służbie Celnej (Dz.U. z 2009 r., Nr 168, poz. 1323).

nych nie zawiera definicji tej instytucji²². We wszystkich ustawach funkcjonuje pojęcie tzw. kontroli operacyjnej, obejmującej:

- kontrolowanie treści korespondencji,
- kontrolowanie zawartości przesyłek,
- stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych²³.

Konfrontując obecne brzmienie tych przepisów z wykonywaniem podstawowych obowiązków służbowych, należy przede wszystkim stwierdzić daleko posunięty anachronizm ustawowego określenia pojęcia *p o d s ł u c h*. Dzisiejszy obraz komunikacji międzyludzkiej, obejmujący również relacje przestępne, odzwierciedla się w możliwości korzystania z nowoczesnych form przekazu technologicznego, z internetu, komunikacji drogą elektroniczną, za pomocą kodowanych połączeń głosowych itp²⁴.

Istotne znaczenie ma nieostrość aktualnych zapisów związanych z wykładnią ustawowego pojęcia: *środk i t e c h n i c z n e u m o ż l i w i a j ą c e u z y s k i w a n i e w s p o s ó b n i e j a w n y i n f o r m a c j i i d o w o d ó w o r a z i c h u t r w a l a n i e , a w s z c z e g ó l n o ś c i t r e ś c i r o z m ó w t e l e f o n i c z n y c h i i n n y c h i n f o r m a c j i p r z e k a z y w a n y c h z a p o m o c ą s i e c i t e l e k o m u n i k a c y j n y c h*.

W wymiarze praktycznym wymienione wątpliwości sprowadzają się często do formułowania trywialnych pytań. Czy można uznać, że intencje ustawodawcy wypełni sytuacja, w której służby policyjne będą chciały utrwalić przy pomocy środków technicznych przebieg rozmowy między przestępcami odbywającej się w pomieszczeniu? Czy będzie spełniać wymogi do zastosowania *ś r o d k a t e c h n i c z n e g o u t r w a l ą j ą c e g o w s p o s ó b n i e j a w n y i n f o r m a c j e i d o w o d y* sytuacja, w której organy uprawnione do wykorzystywania podsłuchów będą zamierzały skopiować w postaci binarnej zawartość dysku komputera czy innego nośnika, na którym w ich ocenie znajdują się istotne dowody popełnienia przestępstwa? Czy wreszcie służby policyjne mogą (na co

²² Odniesienie do tej problematyki zawierają również systemy prawne innych krajów, w tym m.in. Słowacji i Ukrainy. Obowiązująca na Słowacji ustawa Nr 166 z 2003 r. dotycząca stosowania podsłuchów podejmuje próbę zdefiniowania pojęcia *p o d s ł u c h* poprzez formę rodzajową, skoncentrowaną na środkach technicznych. Zgodnie z wyżej wymienioną ustawą pojęcie *p o d s ł u c h* zawiera w sobie m.in. pojęcie: *ś r o d k i e l e k t r o t e c h n i c z n e , r a d i o t e c h n i c z n e , f o t o t e c h n i c z n e , o p t y c z n e , m e c h a n i c z n e i i n n e u r z ą d z e n i a l u b i c h c z ę ś c i s k ł a d o w e*. Ukraińska ustawa o telekomunikacji z dnia 18.11.2003 r. zawiera natomiast ustawową definicję pojęcia *p o d s ł u c h*, rozumianego jako *p r z e j ę c i e i n f o r m a c j i z s y s t e m ó w ł ą c z n o ś c i p o l e g a j ą c e n a z a s t o s o w a n i u u r z ą d z e n t e c h n i c z n y c h d a j ą c y c h m o ż l i w o ś ć p o d s ł u c h i w a n i a , u t r w a l a n i a i o d t w a r z a n i a i n f o r m a c j i p r z e k a z y w a n y c h p r z e z s y s t e m y ł ą c z n o ś c i*. *I n f o r m a c j a t a m o ż e z a w i e r a ć z a r ó w n o d a n e o w z a j e m n y m p o ł ą c z e n i u s i e c i t e l e k o m u n i k a c y j n y c h , j a k i o t r e ś c i i n f o r m a c j i p r z e k a z a n e j p r z e z s y s t e m ł ą c z n o ś c i*.

²³ Analizując obecne brzmienie przepisów dotyczących kontroli operacyjnej, można, stosując pewne uproszczenie, przyjąć, iż instytucja ta posiada dwie postacie rodzajowe: kontrolę pocztową (korespondencji) oraz kontrolę techniczną (w potocznym rozumieniu tego słowa obejmującą podsłuch). Operacyjny, czyli realizowany w trybie ustaw policyjnych, a nie kodeksu postępowania karnego, charakter tych czynności stanowi dopełnienie brzmienia nazewnictwa tej instytucji, czyli kontroli operacyjnej.

²⁴ Swoistą egzemplifikacją nowoczesnych metod działań przestępnych z użyciem współczesnych narzędzi internetowych jest chociażby rozwijające się na szeroką skalę zjawisko bankowej przestępczości elektronicznej, czyli tzw. phishing, przynoszący olbrzymie straty w sektorze działalności finansowej w wielu państwach.

wprost wskazują regulacje wielu krajów, a nasz ustawodawca wydaje się unikać tego zagadnienia) w celu zainstalowania podsłuchu dostać się niejawnie do pomieszczeń czy środków transportu? Rozważania na ten temat zostaną przedstawione w dalszej części niniejszego artykułu.

Funkcjonowaniu jednolitej wykładni interpretacji obowiązujących przepisów nie sprzyja również fakt kompetencyjnego rozproszenia na poziomie organów kontrolnych w postaci prokuratury i sądu. Tylko stosunkowo niewielka liczba procedur związanych z wnioskiem o podsłuch pozostaje we właściwości Prokuratury Generalnej i Sądu Okręgowego w Warszawie. Zdecydowana większość z nich przeprowadzana jest (zwłaszcza w przypadku wniosków pochodzących od policji i straży granicznej) zgodnie z właściwością na poziomie prokuratur okręgowych i sądów okręgowych właściwych miejscowo. W przypadku procedur inicjowanych przez organy Żandarmerii Wojskowej i Służby Kontrwywiadu Wojskowego wnioski rozpatrywane są w ramach właściwości struktur wojskowego wymiaru sprawiedliwości.

Jednym z istotnych elementów, nie do końca precyzyjnie określonym w regulacjach dotyczących kontroli operacyjnej, jest kwestia zasad dostępu prokuratury i sądu do materiałów operacyjnych uzasadniających zastosowanie tego środka. Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż wszystkie ustawy policyjne zawierają zapisy dotyczące ostateczności posługiwania się podsłuchem w trakcie działań operacyjnych.

Przywołując wskazaną zasadę *in fine* z przepisów ustawy o ABW oraz AW (art. 27 ust. 1), jej ultymatywny charakter można wywnioskować ze wskazanej przez ustawodawcę reguły postępowania umożliwiającej Agencji ubieganie się o zastosowanie kontroli operacyjnej jedynie wtedy, *gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne*. Należy przy tym podkreślić, że w rezultacie nowelizacji przepisów kodeksu postępowania karnego i niektórych ustaw policyjnych z czerwca 2011 r. dyrektywa ostateczności stosowania podsłuchu zostanie doprecyzowana poprzez jednoznaczne stwierdzenie, iż kontrola operacyjna może być stosowana wtedy, gdy inne środki operacyjne *okazały się bezskuteczne lub będą nieprzydatne*²⁵. Zaostrzone zostaną więc, w porównaniu z obecnym stanem prawnym, kryteria oceny nieprzydatności stosowania innych metod operacyjnych. Uznając podsłuch za metodę aktywnie wkraczającą w sferę praw i wolności obywatelskich, ustawodawca zdecydował się limitować działalność służb policyjnych w tym zakresie. Sugeruje jednocześnie posługiwanie się w trakcie działań operacyjnych środkami uznanymi za mniej inwazyjne, niejako łagodniej ingerującymi w sferę prywatności.

Problem w tym, iż porównując poszczególne metody operacyjne pod kątem ich inwazyjności, trudno oprzeć się wrażeniu nie do końca przemyślanej filozofii rozumowania ustawodawcy. Obejmując jedynie stosowanie podsłuchu rygorystycznym systemem kon-

²⁵ W rezultacie wejścia w życie w dniu 10.06.2011 r. przepisów *Ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U. z 2011 r., Nr 53, poz. 273) zostaną doprecyzowane niektóre przepisy dotyczące między innymi ustaw policyjnych, odnoszące się do kontroli operacyjnej. Poza wskazaną zmianą w zakresie dyrektywy subsydiarności obejmą one również zasady szerszego niż dotychczas dostępu do materiałów operacyjnych dla prokuratury i sądu. Uściślone zostaną także reguły postępowania z materiałami uzyskanymi podczas stosowania podsłuchu oraz zasady stosowania tzw. zgody następczej.

troli sądowej i hierarchizując przez to swoją ocenę różnych środków pracy operacyjnej, ustawodawca wydaje się jednocześnie nie dostrzegać tego, że inne metody uznane przez niego za „mniej szkodliwe” w praktyce operacyjnej są zdecydowanie bardziej dolegliwe.

Bardziej niż podsłuch w chronioną zasadą ostateczności sferę praw człowieka ingerują na przykład działania z wykorzystaniem tajnego agenta, prowokacji, tzw. zakupu kontrolowanego i kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej²⁶. Zasadnicza różnica autopsyjna pomiędzy wymienionymi metodami polega na tym, iż w przypadku podsłuchu służby policyjne biernie rejestrują zachowanie osób, wobec których wymieniony środek jest stosowany. Przy wykorzystywaniu prowokacji i tajnego agenta mamy zaś do czynienia z możliwością bezpośredniego oddziaływania przez te środki na rozpracowywaną osobę. Poprzez zastosowanie różnego rodzaju aktywnych technik stymulacyjnych, oddziałujących na zachowanie i podejmowane decyzje, służby mogą w o wiele prostszy sposób ingerować w sferę oświadczeń woli czy innych zachowań. Techniki operacyjne oparte na prowokacji czy innych możliwościach interaktywnego oddziaływania nie są jednakże objęte kontrolą sądową, pozostając w gestii nadzoru prokuratorskiego.

Określenie zakresu dostępu do materiałów operacyjnych służb policyjnych przed wydaniem stosownej zgody prokuratury i postanowienia sądu dotyczącego możliwości zastosowania podsłuchu w zasadniczy sposób wpływa na efektywność mechanizmów kontrolnych chroniących przed ryzykiem potencjalnych nadużyć i nieprawidłowości. W obecnym stanie prawnym kwestia ta nie jest dostatecznie uregulowana, zwłaszcza w przypadku dostępu prokuratora do materiałów uzasadniających wypisanie wniosku o przeprowadzenie kontroli operacyjnej.

W świetle art. 27 ust. 10 ustawy o ABW oraz AW (pozostałe ustawy policyjne zawierają analogiczne zapisy) sąd przed wydaniem postanowienia o zastosowaniu kontroli operacyjnej w tzw. trybie niecierpiącym zwłoki oraz przy przedłużeniu wcześniej zarządzonego podsłuchu zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wniosek, które zostały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzonej w danej sprawie.

Na marginesie tak uregulowanej kwestii dostępu do akt operacyjnych należy podnieść jeden istotny problem. A mianowicie: z punktu widzenia praktyki, największy wpływ na skuteczność mechanizmów kontrolnych ma możliwość zapoznania się przez sąd z materiałami operacyjnymi uzasadniającymi wniosek na etapie zarządzenia podsłuchu, czyli zastosowania go po raz pierwszy, a nie na etapie przedłużającym stosowanie tego środka. Wtedy bowiem następuje miarodajna i realna konfrontacja wiarygodności informacji uzyskanych przez służby policyjne z kryteriami zarówno zasadności, jak i legalności zarządzenia podsłuchu. Ten etap jest najważniejszy, zwłaszcza dla oceny kryteriów zasadności wniosku, co ma również bezpośredni związek z omawianą wyżej regułą ostateczności stosowania tego środka. Pozwala też efektywnie ocenić, czy starania danej służby w sprawie zianstalowania podsłuchu są w pełni udokumentowane sprawdzonymi wcześniej wiarygodnymi informacjami o możliwości zaangażowania osoby, którą zamierza się podsłuchiwać, w działalność przestępną.

Podsumowując ten wątek rozważań, należy uznać, iż ustawodawca niedostatecznie skupił się na skuteczności mechanizmów kontrolujących stosowanie podsłuchu.

²⁶ J. Mąka, *Instytucja prowokacji w świetle praktyki służb policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1/2, s. 173 - 174.

Kładąc nacisk na procedurę przedłużenia wniosku o zastosowanie tej instytucji, z pola widzenia stracił moment znacznie istotniejszy, związany z rozpoczęciem całej procedury, tj. etap zarządzenia kontroli operacyjnej. To w tym miejscu istnieje potencjalne ryzyko wystąpienia nieprawidłowości czy patologii w skutecznym nadzorze nad zasadnością wnioskowania o podsłuch.

To, że obecnie ustawodawca *expressis verbis* nie wskazuje prokuratury jako organu uprawnionego do dostępu do wiedzy operacyjnej zgromadzonej w toku rozpracowania nie oznacza oczywiście, że prokurator jest pozbawiony powyższej prerogatywy. W każdym przypadku, na zasadzie uzgodnień poczynionych między służbami policyjnymi a prokuraturą, przed wydaniem decyzji o możliwości zastosowania podsłuchu prokurator zapoznaje się z wiedzą i dokumentacją operacyjną uzasadniającą wniosek o zasadności zastosowania tego środka.

Przywoływana powyżej nowelizacja przepisów dotyczących zarządzenia podsłuchu wydaje się jednak dostrzegać problem dostępu prokuratora i sądu do akt operacyjnych. Po pierwsze, do każdego wniosku o zastosowanie podsłuchu służby policyjne są zobowiązane dołączyć (jak należy rozumieć, w celu przedstawienia prokuratorowi i sądowi) materiały uzasadniające potrzebę jego zastosowania, a po drugie sądowi zostanie przyznana prerogatywa w zakresie możliwości zapoznania się z materiałami również w ramach procedury zarządzenia wniosku, a nie tylko jego przedłużenia lub rozpoznania w ramach tzw. trybu niecierpiącego zwłoki²⁷.

Z zagadnieniem stosowania podsłuchu ściśle łączy się problem postępowania z uzyskanymi tą drogą informacjami, w tym stanowiącymi tajemnicę zawodową, które podlegają szczególnej ochronie prawnej w związku z obowiązkiem zachowywania szczególnego rodzaju informacji w tajemnicy. Obecnie można wyodrębnić kilkadziesiąt regulacji ustanawiających zasady ochrony danych związanych z wykonywaniem określonych zawodów, co jednocześnie określa zakres podmiotowy tajemnicy. Zakres przedmiotowy tajemnicy zawodowej opiera się na istnieniu przesłanki formalnej łączącej wykonywany zawód z faktem posiadania informacji skutkujących powstaniem zależności dyskrecji, czyli tzw. anonimatu.

Obowiązujące regulacje policyjne nie zawierają żadnych odniesień do problematyki reguł i zasad postępowania w trakcie stosowania podsłuchu z informacjami pochodzącymi od osób objętych szczególną ochroną prawną związaną z wykonywanym zawodem, osób kontaktujących się z tymi osobami itp. W zaistniałej sytuacji istotnych wskazówek i przesłanek traktowania zakresu ochrony informacji związanych z funkcjonowaniem tajemnic zawodowych mogą dostarczyć przepisy *Kodeksu postępowania karnego*, zwłaszcza części odnoszącej się do instytucji zakazów dowodowych. Jak podkreśla się w literaturze, zakazy dowodowe stanowią specjalny rodzaj ochrony różnego rodzaju uprawnień, wartości, sfer i uczuć, które z racji swojej funkcji chroniącej wymienione dobra prawne wchodzą w kolizję z interesem wymiaru sprawiedliwości. Istota zakazów dowodowych polega więc na tym, że ustawodawca decyduje się w tej szczególnej sytuacji chronić określone dobra prawne niejako kosztem ograniczeń w możliwości ustalenia prawdy materialnej w procesie²⁸.

²⁷ Zob. przepis art. 27 ust. 1a oraz 10 *Ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*.

²⁸ Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, s. 11.

Podstawowego znaczenia dla przedmiotu niniejszych rozważań należy upatrywać w szczególności w analizie i wykładni przepisów art. 180 § 1 kpk określającego *in fine*, iż *osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy służbowej lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator zwolni te osoby od obowiązku zachowania tajemnicy*.

Poza prawem odmowy zeznań drugą, i zarazem główną, instytucją służącą ochronie tajemnicy zawodowej jest zakaz statuowany przepisem art. 180 § 2 kpk, w którym ustawodawca otoczył szczególną ochroną przedstawicieli sześciu wymienionych w nim profesji, tj. notariuszy, adwokatów, radców prawnych, doradców podatkowych, lekarzy i dziennikarzy. Zgodnie z wymienionym przepisem osoby reprezentujące wskazane zawody mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tajemnicą zawodową tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a fakty te nie mogą być ustalone na podstawie innego dowodu.

W kontekście wyżej wymienionej problematyki warte odnotowania są również stanowiska Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego dotyczące w szczególności bezwzględnego zakazu zwalniania osób zobligowanych do zachowania tajemnic określonych w przepisie art. 180 § 3 kpk z zachowaniem tych tajemnic. W uchwale z dnia 22 listopada 2002 r. (I KZP 26/02) SN stwierdził, iż zakaz zwalniania dziennikarza z obowiązku zachowania w tajemnicy danych umożliwiających identyfikację autora materiału procesowego, listu do redakcji lub innego materiału o powyższym charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, dookreśla istotę treści tajemnicy dziennikarskiej. Wymieniony zakaz ma charakter bezwzględny i nie może być naruszony poprzez zastosowanie art. 2 § 1 pkt 1 kpk oraz art. 9 kpk²⁹. W postanowieniu z dnia 15 grudnia 2004 r. natomiast (III KK 278/04) SN wyraził stanowisko, że istnieje co prawda bezwzględny zakaz zwalniania dziennikarza z obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej w zakresie danych, o których mowa w art. 180 § 3 kpk, ale nie oznacza to, że nie można go przesłuchać na te okoliczności, jeśli on sam chce takie zeznania złożyć³⁰.

Problematyka dopuszczalności uchylania tajemnicy adwokackiej na podstawie art. 180 § 2 kpk, w zakresie zgodności z konstytucją wymienionego przepisu, stała się również przedmiotem stanowiska wyrażonego przez Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z dnia 22 listopada 2004 r. (SK 64/2003) TK stwierdził, iż dotarcie do tajemnicy w procesie karnym jest zgodne z ustawą zasadniczą. Wskazał również, że interes osób korzystających z pomocy prawnej, z uwzględnieniem informacji dotyczących sfery ich prywatności przekazanej do wiadomości prawnikowi, może znaleźć się w konflikcie z innymi dobrami objętymi ochroną, w szczególności *dotyczącymi interesu całego społeczeństwa*. W ocenie TK możliwość uchylenia tajemnicy zawodowej służy realizacji wymienionego dobra, tj. skutecznemu funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości.

Poza naszym krajem, o czym była mowa powyżej, problem reguł traktowania tajemnic zawodowych podczas stosowania podsłuchu jest dostrzegany i regulowany przez

²⁹ Głosę aprobującą stanowisko SN w wymienionym zakresie wyraziła w literaturze A. Gerecka-Żołyńska, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2004, nr 1, s. 5.

³⁰ W literaturze głosę aprobującą wymieniony w postanowieniu pogląd Sądu Najwyższego wyraziła A. Gerecka-Żołyńska, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 11, s. 128; głosę krytyczną przedstawiła natomiast D. Szumiało-Kulczycka, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 12, s. 123.

systemy prawne innych państw. We Francji przykładowo podsłuch w stosunku do adwokatów można zastosować dopiero po poinformowaniu o tym zamiarze prezesa Rady Adwokackiej³¹. Podobne reguły dotyczące możliwości stosowania podsłuchu w stosunku do adwokatów, lekarzy oraz dziennikarzy zawarto w belgijskiej ustawie o metodach pozyskiwania danych przez służby operacyjne i bezpieczeństwa. Przepis art. 18 cytowanej ustawy zawiera dyspozycję poinformowania o fakcie zastosowania podsłuchu wobec przedstawicieli wymienionych profesji przewodniczących właściwych korporacji zawodowych (Przewodniczącego Kolegium Adwokatów i Stowarzyszeń Prawniczych, Przewodniczącego Krajowej Rady Lekarskiej i Przewodniczącego Stowarzyszenia Zawodowego Dziennikarzy³²). Osoby te zobligowane są do zachowania uzyskanych informacji w tajemnicy, pod rygorem odpowiedzialności karnej.

Najbardziej rozbudowane przepisy dotyczące procedur postępowania w przypadku zarejestrowania rozmów mających charakter przywileju prawnego zawierają regulacje brytyjskie. W formie wyodrębnionego zbioru przepisów, ujętego w § 3 *Kodeksu postępowania w sprawach o przechwytywanie informacji*, zawarto szczegółowe odniesienie się do tej problematyki, tj. zasady przechwytywania komunikacji³³. W zapisie tego paragrafu dotyczącym ogólnych zasad postępowania z informacjami poufnymi oraz szczegółowych interpretacji poszczególnych pojęć, ustawodawca brytyjski nakazuje zachować szczególną rozwagę i wrażliwość organów ścigania w przypadku, gdy *obiekt przechwytywania zachowuje wysoki stopień prywatności lub gdzie pojawiają się informacje poufne*. Definiując wspomnianą kategorię informacji, przywoływany kodeks wskazuje, że informacje poufne wchodzi w zakres zagadnień objętych:

- tajemnicą prawną (*legal privilege*) obowiązującą w relacjach klient–adwokat,
- tajemnicą powodowaną względami o charakterze osobistym (*confidential personal information*), związanym z poufnością danych medycznych dotyczących zdrowia fizycznego, psychicznego, przekonań religijnych i wiary,
- tajemnicą informacji o charakterze dziennikarskim (*confidential journalistic material*), obejmującą zarówno materiał gromadzony z zamiarem zachowania go w tajemnicy, jak również komunikację posiadającą status informacji dziennikarskich i w takim celu posiadaną.

W przepisie § 3 pkt 6 zawarto wytyczną dla służb stosujących podsłuch, by każdy wniosek, z którym może łączyć się przechwycenie komunikacji prawnie uprzywilejowanej, oprócz powodów, dla których wykorzystanie tego środka uznaje się za konieczne, zawierał również ocenę prawdopodobieństwa przechwycenia takich informacji. Dodatkowo wniosek powinien zawierać oświadczenie, że celem lub jednym z celów jest przechwycenie komunikacji uprzywilejowanej. Wskazana wiedza jest niezbędna sekretarzowi stanu do oceny zasadności wystąpienia z wnioskiem o podsłuch. Może on bowiem w tego rodzaju sytuacjach ustanowić dodatkowe warunki i obostrzenia dotyczące jego stosowania, takie chociażby, jak konieczność sporządzania regularnych raportów z efektów stosowania nakazu, co z kolei może rzutować na decyzję o kontynuacji wykorzystywania tego środka.

³¹ Ustawa z dnia 10 lipca 1991 r. o tajemnicy komunikowania się w systemach telekomunikacyjnych, Nr 91 - 646, przepis art. 100 ust. 7.

³² Ustawa z dnia 4 lutego 2010 r. o metodach uzyskiwania danych przez służby operacyjne i bezpieczeństwa (data wejścia w życie – 01.09.2010 r.), Nr 2 010 009 144.

³³ *Interception of Communications, Code of Practise*, London 2000.

Niezależnie od powyższego, przypadki, w których komunikacja uprzywilejowana została przechwycona i zatrzymana, powinny być zgłoszone do urzędu Komisarza ds. Przechwytywania Komunikacji.

Zgodnie § 3 pkt 4 *Code of Practice* przywileju prawnego nie stosuje się wobec komunikacji dotyczącej działalności kryminalnej. Komunikacja objęta przywilejem prawnym traci swoją ochronę, gdy zaistnieją przesłanki świadczące przykładowo o tym, że zawodowy doradca prawny zamierza zachować lub wykorzystać informacje dla celów kryminalnych, bez względu na to, czy robi to świadomie, czy nieświadomie.

Jednoznaczną konkluzją oceniającą istniejący stan rzeczy w zakresie problematyki korelacji procedur podsłuchowych z zagadnieniem szczególnej ochrony niektórych rodzajów tajemnic zawodowych, w tym zwłaszcza tajemnicy adwokackiej, lekarskiej i dziennikarskiej w ustawodawstwie polskim jawi się konieczność podjęcia tej niewątpliwie trudnej problematyki, a nie jej dalsze unikanie. W naszym kraju ustawodawca koncentruje swoją uwagę głównie na problemie pozyskiwania danych z podsłuchu, a powinien na określeniu precyzyjnego trybu i zasad ich dalszej waloryzacji procesowej.

Gdy porusza się problem istotnych zagadnień pomijanych przez regulacje polskiego systemu prawnego w ramach przywoływanych już propozycji nowelizujących *Kodeks postępowania karnego* i poszczególne ustawy policyjne, dziwić może brak zainteresowania problemem rejestracji przebiegu rozmów odbywających się z wyłączeniem systemów i sieci telekomunikacyjnych, w szczególności w postaci podsłuchu pomieszczeń. Tym bardziej, że problematyka ta jest jednym z newralgicznych obszarów współpracy służb policyjnych i organów ochronnych, w tym zwłaszcza prokuratury, a nierzadko także różnicy zdań między nimi.

Przywołując przedmiot rozważań związanych z koniecznością zmiany znaczenia i interpretacji pojęcia kontrola operacyjna w części dotyczącej tzw. środków technicznych, warto zauważyć kolejną już dysfunkcyjną analogię pomiędzy polskim systemem prawnym a systemami innych krajów.

W przepisach cytowanego już brytyjskiego *Kodeksu postępowania w sprawach o przechwytywanie informacji*, w § 4 pkt. 2, wymienia się dane dotyczące osoby, wobec której nakaz ma być zastosowany, lub pomieszczenia, w którym podsłuch ma być założony. W pkt. 3 tego przepisu wskazuje się na wymóg określenia *opisu komunikacji, która ma zostać przechwycona*.

W ustawie węgierskiej o służbach bezpieczeństwa narodowego (z 1995 r.) zagadnienie zakresu definicji podsłuchu jest jeszcze bardziej jednoznaczne. Zgodnie z przepisem art. 57 pkt a i b uprawnione służby operacyjne, po uzyskaniu zgody odpowiednio sędziego lub ministra sprawiedliwości, mogą:

- potajemnie przeszukać mieszkanie i wyniki zarejestrować, korzystając ze środków technicznych,
- monitorować i rejestrować wydarzenia zachodzące w mieszkaniach z wykorzystaniem środków technicznych.

W ostatniej części powyższego przepisu, w art. 56 pkt d, ujęto uprawnienie do stosowania podsłuchu w rozumieniu analogicznym do definicji kontroli operacyjnej z polskich ustaw policyjnych (w części dotyczącej wspomnianych środków technicznych), czyli do *przechwytywania komunikacji transmitowanej publicznymi liniami telefonicznymi lub innych usługodawców i rejestrowania jej z wykorzystaniem środków technicznych*.

W litewskiej ustawie o czynnościach operacyjnych z 2002 r. kwestię związków pomiędzy środkami technicznymi związanymi z przechwytywaniem komunikacji a tzw. podsłuchem pokojowym ujęto w sposób najbardziej rozbudowany, określając przy tym ramy prawne i tryb stosowania tej instytucji w praktyce. Zgodnie z art. 7 pkt 3 wyżej wymienionej ustawy, określającym uprawnienia i obowiązki służb operacyjnych, służby policyjne po uzyskaniu ustalonej w przepisach m.in. art. 10 (kontrola operacyjna) i art. 11 (niejawna penetracja pomieszczeń i środków transportu) zgody ze strony prokuratora i sądu mają prawo:

- potajemnie uzyskać dostęp do pomieszczeń mieszkalnych i niemieszkalnych, środków transportu oraz dokonać ich oglądu; tymczasowo zająć dokumenty i dokonać ich oglądu, pobrać do przeprowadzenia badań próbki materiałów, surowców oraz innych obiektów bez ogłaszania o ich zajęciu.

Przepis art. 10 pkt 4 ppkt 2 dotyczący danych, jakie winien zawierać wniosek o zastosowanie niejawnej kontroli przesyłek pocztowych i używania środków technicznych w trybie specjalnym, czyli odpowiednik kontroli operacyjnej z polskich ustaw policyjnych, wskazuje m.in. na wymóg wskazania danych *o osobie, wobec której przewiduje się stosowanie kontroli lub określenie obiektu*.

Możliwość niejawnego dostępu do pomieszczeń i środków transportu, jako odrębna metoda działania litewskich służb policyjnych, została ujęta w przepisie art. 11 przywoływanej ustawy. Zgodnie z brzmieniem pkt. 1 wyżej wymienionej regulacji stosowanie tej metody jest poddane nadzorowi sądowno-prokuratorskiemu. W tzw. przypadkach niecierpiących zwłoki natomiast (art. 11 pkt 2) zgodę na jej zastosowanie może wydać prokurator, który w ciągu 24 godzin musi wystąpić o jej autoryzację i zatwierdzenie przez sąd. We wniosku o zastosowanie niejawnego dostępu do pomieszczeń należy, zgodnie z art. 11 pkt 1 - 5, określić dane funkcjonariusza przedkładającego wniosek, podać informacje dotyczące pomieszczeń i środków transportu, które planuje się poddać oglądowi, wymienić dokumenty, materiały i surowce, które chce się przejąć, oraz argumenty uzasadniające wniosek, czas trwania czynności (okres do 3 miesięcy z możliwością dalszego przedłużenia) i ich zakładany efekt.

Przywołane wyżej regulacje w wymiarze praktycznego stosowania sprowadzają się przede wszystkim do zasad wyznaczających służbom operacyjnym sposób postępowania przy zakładaniu podsłuchu w pomieszczeniach. Wyznaczają one w jasny, nie budzący wątpliwości interpretacyjnych, sposób ramy postępowania służb oraz granice ingerencji w chronione gwarancjami konstytucyjnymi obszary swobód obywatelskich. Tak skonstruowane regulacje wypełniają istotną funkcję kontrolną, chroniącą przed potencjalnymi nadużyciami i nieprawidłowościami ze strony organów stosujących te reguły w praktyce.

Jednoznacznie ujmowanym we wszystkich polskich ustawach policyjnych celem stosowania podsłuchu jest cel procesowy. Wymóg ten obliguje szefów służb uprawnionych do jego stosowania do przekazywania prokuraturze tych materiałów zgromadzonych w wyniku wykorzystania tego środka, które zawierają dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub które mają znaczenie dla toczącego się już postępowania³⁴.

³⁴ W ustawie o kontroli skarbowej (art. 36d pkt 1) materiałem uzyskanym w czasie stosowania podsłuchu przez organy kontroli skarbowej nadaje się (niezależnie od waloru procesowego, ujętego w pkt. 2 tego przepisu) znaczenie istotne z punktu widzenia postępowania kontrolnego lub postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe czy wykroczenia skarbowe. W takiej sytuacji materiały przekazywane są właściwemu miejscowo organowi kontroli skarbowej.

Co do zasady, wszystkie inne materiały i dane uzyskane w wyniku stosowania kontroli operacyjnej winny podlegać komisijnemu zniszczeniu.

Istotne jest jednakże to, iż obowiązujące przepisy, zarówno na poziomie ustawy o ABW oraz AW, jak i przepisów wykonawczych³⁵ do niej, w minimalnym nawet zakresie nie odnoszą się do wskazanej problematyki. Przede wszystkim nie została określona procedura kwalifikowania statusu materiałów pochodzących z podsłuchu. Nie ustalono również trybu nadzoru i kontroli nad przebiegiem realizacji wymienionych procedur³⁶.

Wiele wątpliwości pojawia się również przy praktycznym stosowaniu przepisów dotyczących obowiązku niszczenia materiałów uzyskanych w wyniku zastosowania wyżej wymienionego środka, które nie spełniają wymogów procesowych i nie mają znaczenia dla bezpieczeństwa państwa. Przede wszystkim ustawodawca nie zdecydował się przyjąć jednolitego kryterium dotyczącego okresu, w jakim poszczególne organy stosujące kontrolę operacyjną zobligowane byłyby do ich zniszczenia. W przypadku służb specjalnych i organów wywiadu skarbowego wymogiem jest zniszczenie „niezwłoczne”, co należy interpretować jako zobowiązanie do podjęcia natychmiastowych czynności w tym zakresie. W przypadku zaś Policji i Żandarmerii Wojskowej ustawodawca określił ten obowiązek w inny sposób, obligując wymienione służby do zniszczenia nieistotnych dla celów procesowych materiałów w okresie dwóch miesięcy od ich uzyskania. Jednoznaczna ocena *ratio legis*, jakie przemawiały i decydowały o takim kierunku rozwiązań, jest trudna do sformułowania.

Wskazana regulacja jest bezdyskusyjnie słuszna przy założeniu pełnienia funkcji gwarancyjnej i kontrolnej, mającej uniemożliwiać służbom policyjnym przechowywanie materiałów z podsłuchu i posługiwanie się nimi, zwłaszcza materiałami dotyczącymi wrażliwych sfer obyczajowych itp. W tym zakresie stanowi ona jednocześnie wyraz braku zaufania do organów uprawnionych do stosowania podsłuchu. W praktyce jednak może stanowić przedmiot kontrowersji i zarzutów wobec służb policyjnych, zwłaszcza w sytuacjach związanych ze stosowaniem kontroli operacyjnej w sprawach o korupcję, kiedy część materiałów kwalifikowana jest jako spełniająca kryteria dowodu procesowego i przekazywana przez służby policyjne do dalszego procedowania w ramach postępowania karnego, a pozostała część, uznawana za niespełniającą wymogów procesowych i niemającą znaczenia dla bezpieczeństwa państwa, jest niezwłocznie, zgodnie z wymogiem ustawowym, niszczone. Pełnomocnicy procesowi w tego rodzaju postępowaniach nawet po wielu latach od momentu zastosowania w danej sprawie podsłuchu kierują do sądu, na etapie postępowania jurysdykcyjnego, wnioski dowodowe o dostarczenie całości materiałów ze stosowanej wcześniej kontroli operacyjnej. Jako powód często wskazują obiektywnie co do wiarygodności wyselekcjonowanej, i to przez same służby, części z zarejestrowanych rozmów osób oskarżonych.

³⁵ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 października 2002 r. w sprawie sposobu dokumentowania przeprowadzonej przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń oraz przechowywania, przekazywania, przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli (Dz.U. z 2002 r., Nr. 173, poz. 1414).

³⁶ Przywoływana już ustawa nowelizująca *Kodeks postępowania karnego* oraz niektóre ustawy policyjne z dnia 10 marca 2011 r. (Dz.U. z 2011 r., Nr 53, poz. 273) wprowadza od 10 czerwca 2011 r. nowy tryb rozstrzygnięcia o zasadności zachowywania materiałów istotnych dla bezpieczeństwa państwa. Zgodnie z projektowanymi zmianami o ewentualnym zachowaniu wymienionych materiałów będzie decydował Sąd Okręgowy w Warszawie, na pisemny wniosek Szefa ABW złożony po uzyskaniu pisemnej zgody na to Prokuratora Generalnego (przepis art. 27 ust. 15f ustawy o ABW oraz AW).

Zdarza się również, iż o zachowanie materiałów z podsłuchu w sprawach związanych z toczącymi się postępowaniami karnymi występują sami prokuratorzy (być może w obawie o zaistnienie sytuacji, o której była mowa powyżej). Otwarte pozostaje w związku z tym pytanie, jak mają zachować się w takich przypadkach przedstawiciele służb policyjnych, zobligowani przez ustawodawcę z jednej strony do niszczenia nieprzydatnych materiałów, a z drugiej do działań, które mogą stanowić zaniechanie ciągłego na nich obowiązku prawnego?

Zasadnicze znaczenie dla rozważań związanych z podsłuchem, zwłaszcza w kontekście niedoskonałości przepisów prawnych regulujących stosowanie tego środka, ma zagadnienie nadzoru nad jego stosowaniem. Przyjmując za punkt odniesienia regulacje obowiązujące w tym zakresie w innych państwach, można stwierdzić, iż polski model kontroli sądowej nie jest zbyt upowszechniony³⁷.

W Niemczech, których rozwiązania prawne dotyczące podsłuchu i ogólnie metod działania tajnych służb czy służb policyjnych są często przedmiotem odwołań i poszukiwania wzorców przy okazji dyskusji toczonych na ten temat w naszym kraju, filozofia samego systemu metod inwigilacji i istoty nadzoru nad nim jest dość złożona i niejednolita. Ten stan rzeczy jest w dużej mierze historyczną spuścizną modelu kreowania systemu bezpieczeństwa w tym kraju bezpośrednio po zakończeniu II wojny światowej (określanego często w literaturze jako *trennungsgebot*³⁸), realizowanego z obawy o odrodzenie się idei nazizmu.

Na gruncie *Ustawy z 26 czerwca 2001 r. o ograniczeniu tajemnicy korespondencji i treści przesyłanych w sieciach telekomunikacyjnych*³⁹, zgodnie z przepisem paragrafu 10 tej ustawy, organem właściwym do wydania zarządzenia o zastosowaniu podsłuchu jest właściwy organ landowy⁴⁰ lub upoważnione przez urząd kanclerski właściwe ministerstwo federalne (minister spraw wewnętrznych lub minister obrony)⁴¹.

Na podstawie § 3 pkt 1 wyżej wymienionej ustawy ograniczenie praw obywatelskich polegające na zastosowaniu podsłuchu może nastąpić wtedy, gdy zaistnieją prze-

³⁷ Analogiczne pod względem filozofii rozwiązania oparte na systemie nadzoru prokuratorsko-sądowego zawarto w ustawodawstwie litewskim (przepis art. 10 ust. 1 ustawy o czynnościach operacyjnych Republiki Litewskiej z 20.06.2002 r., Nr IX-965). Sądowa kontrola podsłuchu obowiązuje również w Czechach (przepis rozdziału dotyczący podsłuchu i nagrania czynności telekomunikacyjnej w art. 88 kodeksu postępowania sądowego funkcjonującego w ramach ustawy Nr 141 z dnia 29 listopada 1961 r. z późniejszymi zmianami). Słowacja również przyjęła system nadzoru sądowego nad stosowaniem podsłuchu operacyjnego, wykorzystywanego zarówno przez służby bezpieczeństwa (ustawa Nr 72/1993), jaki i strictly policyjne (ustawa Nr 171/1993).

³⁸ Wynikający z konstytucji Republiki Federalnej Niemiec nakaz „separacji”, „rozdziału” (*trennungsgebot*) służb specjalnych od służb policyjnych jest historyczną konsekwencją decyzji władz alianckich delegalizujących po zakończeniu II wojny światowej tajną niemiecką policję polityczną (gestapo). Na mocy tych postanowień administracja niemiecka została zobowiązana do ustanowienia regulacji prawnych skutkujących separacją organów bezpieczeństwa realizujących czynności operacyjne od instytucji policyjnych uprawnionych do wykonywania czynności procesowych. Nakaz rozdziału obowiązuje zarówno na poziomie federalnym, jak i landowym. Znajduje on swoje odzwierciedlenie w zakresie kompetencji poszczególnych służb policyjnych i służb bezpieczeństwa, na poziomie organizacyjnym i funkcjonalnym.

³⁹ Bundesgesetzblatt 2001, I, 1254, 2298.

⁴⁰ Powyższa procedura ma zastosowanie w przypadku wniosków o podsłuch pochodzących z landowych struktur Federalnego Urzędu Ochrony Konstytucji (*Bundesamt für Verfassungsschutz*).

⁴¹ Wskazany tryb jest stosowany odnośnie do wniosków o zastosowanie podsłuchu pochodzących z Federalnego Urzędu Ochrony Konstytucji (j.w.), Wojskowej Służby Kontrwywiadu (*Amt für den Militärischen Abschirmdienst*) i Federalnej Służby Wywiadu (*Bundesnachrichtendienst*).

słanki popełnienia przestępstw m.in. zdrady stanu, zagrożenia obronności kraju, naruszenia porządku konstytucyjnego, zagrożenia terrorystycznego, rozprzestrzeniania broni masowego rażenia, przestępstw przeciwko bezpieczeństwu sojusznictwu jednostek wojskowych państw członkowskich NATO stacjonujących na terenie Niemiec oraz naruszenia przepisów ustawy o cudzoziemcach. Istotne przy tym jest to, że zgodnie z § 3 pkt 2 ustawy z 2001 r. o ograniczeniu tajemnicy kontroli korespondencji i treści przesyłanych w sieciach telekomunikacyjnych krąg osób, wobec których wydaje się zarządzenie o zastosowanie podsłuchu, nie obejmuje tylko i wyłącznie osoby podejrzewanej o związek z wyżej wymienionymi przestępstwami, ale również osoby, co do których istnieje przypuszczenie, że mogą przekazywać lub odbierać od takiej osoby informacje, albo że sama podejrzewana o związek z wyżej wymienionymi przestępstwami korzysta z ich łączy telekomunikacyjnego.

Niemiecka ustawa o Federalnym Urzędzie Kryminalnym oraz o współpracy federacji z krajami związkowymi w sprawach kryminalno-policyjnych (Bundeskriminalgesetz – BKAG) z dnia 7 lipca 1997 r., ze zmianami wprowadzonymi w dniu 25 grudnia 2008 r.⁴² w art. 1 ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniu terroryzmem międzynarodowym przez Federalny Urząd Kryminalny, przewiduje nadzór sądowy nad stosowaniem zarówno podsłuchu internetowego, jak i telekomunikacyjnego. Przepis § 20k pkt 1 powyższej ustawy zawiera możliwość zastosowania przez BKA niejawniej ingerencji w systemy teleinformatyczne, polegającej na wykorzystaniu urządzeń techniki specjalnej w celu przeniknięcia do użytkowanych przez osobę podsłuchiwaną systemów teleinformatycznych i pobrania z nich danych.

Przesłanki formalnoprawne stanowiące podstawę wnioskowania o podsłuch teleinformatyczny, związane z zagrożeniem życia, zdrowia lub wolności człowieka albo innego dobra społecznego stanowiącego podstawy trwałości państwa, muszą, zgodnie z przepisem § 20k pkt 1 i 2 pozostawać w związku z przeciwdziałaniem zagrożeniu terroryzmem międzynarodowym. Przepis § 20 pkt 5 i 6 ustawy przewiduje możliwość zastosowania tego środka na okres 3 miesięcy, a następnie ewentualnego przedłużenia go o następne 3 miesiące. Jednocześnie jego wykorzystanie poddaje kontroli sądowej.

Zbliżone pod względem formalnym rozwiązania obowiązują BKA jeśli chodzi o podsłuch telekomunikacyjny. Przepis § 20l wyżej wymienionej ustawy, stanowiący podstawę do wnioskowania o omawiany środek, zezwala tej służbie na niejawne monitorowanie i rejestrację przekazów w sieci telekomunikacyjnej podsłuchiwanej osoby w przypadku wystąpienia poniższych przesłanek:

- zagrożenia ze strony takiej osoby dla niepodległości państwa albo dla życia, zdrowia i wolności osób lub mienia o znacznej wartości,
- możliwości dokonania przez osobę, wobec której planuje się stosować podsłuch, motywowanych politycznie zamachów na osoby piastujące najwyższe funkcje w państwie,
- podejrzania przekazywania informacji przeznaczonych dla określonego kręgu odbiorców lub pochodzących od osób związanych z zagrożeniami ujętymi w pierwszej przesłance,

⁴² Bundesgesetzblatt IS. 3083.

- podejrzenia, że osoby wskazane w przesłance pierwszej będą korzystały z ich łącz telekomunikacyjnych lub aparatów.

Analogicznie jak w przypadku podsłuchu informatycznego, sąd zarządza (art. § 201 pkt 3) podjęcie czynności związanych z założeniem podsłuchu telekomunikacyjnego w przypadku wniosków rozpatrywanych w trybie niecierpiącym zwłoki i w ciągu 3 dni ustosunkowuje się do podjętych czynności (działania tego typu zarządzane są przez szefa lub zastępcę szefa BKA).

W Wielkiej Brytanii zasadnicze znaczenie dla określenia procedur postępowania w sprawach o podsłuch posiada cytowany już *Kodeks postępowania w sprawach o przechwytywanie informacji*, stanowiący dopełnienie wskazówek zawartych w rozdziale pierwszym ustawy o organach śledczych z 2000 r. Na podkreślenie zasługuje fakt, że powyższa ustawa przyznaje wymienionemu kodeksowi znaczenie dowodowe zarówno w sprawach karnych, jak i cywilnych.

Zgodnie z § 8 pkt 1 wyżej wymienionego *Kodeksu* nakaz uprawniający do przechwytywania informacji wydawany jest przez urząd sekretarza stanu (*the Secretary of State*) w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych. W wypadkach niecierpiących zwłoki, w przypadku niemożności wydania nakazu przez sekretarza stanu, zarządzenie o podsłuchu może być wydane przez urzędnika wyższej rangi (*senior official*). Jednak w ciągu 5 dni tego rodzaju nakaz winien być przez sekretarza stanu autoryzowany.

Na podstawie § 2 pkt 3 *Kodeksu* sekretarz stanu przed wydaniem nakazu przechwycenia komunikacji musi być przekony o konieczności zastosowania podsłuchu z uwagi na występowanie przesłanek uzasadniających, wskazujących z jednej strony na istnienie zagrożeń dla interesu bezpieczeństwa narodowego, a za drugiej na możliwość zapobieżenia lub wykrycia poważnego przestępstwa lub na konieczność ochrony bezpieczeństwa ekonomicznego Zjednoczonego Królestwa.

Analizując system nadzoru nad stosowaniem podsłuchu w Wielkiej Brytanii, warto podkreślić znaczenie jeszcze innych instytucji w tym zakresie – urzędu Komisarza ds. Przechwytywania Komunikacji oraz Trybunału ds. Kontroli Komunikowania się.

Komisarz ds. Przechwytywania Komunikacji, powoływany przez premiera, zajmuje się sprawowaniem kontroli nad działalnością urzędu sekretarza stanu. Trybunał ds. Kontroli Komunikowania się jest natomiast organem niezależnym od władzy wykonawczej i składa się z sędziów oraz osób z wykształceniem prawniczym o odpowiednim stażu i doświadczeniu.

Kodeks postępowania w sprawach o przechwytywanie informacji, na podstawie z przepisu § 2 pkt 9, przewiduje również możliwość odwoływania się przez operatorów telekomunikacyjnych od decyzji o zastosowaniu nakazu wydanego przez sekretarza stanu w przypadku niemożności sprostania wymogom technicznym związanym z realizacją tego nakazu. Zgodnie z wymienioną procedurą odwołanie w celu zasięgnięcia opinii kierowane jest do Ławy Doradztwa Technicznego (*Technical Advisory Board* – TAB).

W Belgii natomiast obowiązuje dualny system nadzoru nad stosowaniem podsłuchu. W przypadku wniosków pochodzących od służb bezpieczeństwa kontrola sprawowana jest przez Komisję administracyjną ds. nadzoru nad realizacją podsłuchu. Komisja ta jest organem administracyjnym składającym się z sześciu osób powoływanych dekretem królewskim na wniosek Rady Ministrów na okres pięciu lat. Członkowie komisji, w ramach swoich uprawnień, mają prawo do zapoznania się z materiałami uzasadniającymi wniosek o podsłuch. Stosowanie wymienionego środka przez policję belgijską poddawane jest nadzorowi sądowemu, sprawowanemu przez sędziów śled-

czych (przepisy art. 90 ust. od 3 do 10 kodeksu postępowania karnego Królestwa Belgii z dnia 30 czerwca 1994 r.).

Na Węgrzech system nadzoru nad stosowaniem podsłuchu regulowany jest ustawą z dnia 19 grudnia 1995 r. o służbach bezpieczeństwa narodowego oraz szeregiem innych ustaw i przepisów wykonawczych regulujących tę problematykę⁴³. Zgodnie z § 58 pkt 1 w związku z § 5 pkt b, d i h - j oraz z § 7 pkt b, d, i - k cytowanej ustawy sędzia wyznaczony przez przewodniczącego sądu metropolitalnego w Budapeszcie (odpowiednik sądu okręgowego w przypadku procedur realizowanych zgodnie z ustawami policyjnymi w naszym kraju) jest właściwy w zakresie nadzoru nad stosowaniem podsłuchu w sprawach o przestępstwa dotyczące m.in. porządku konstytucyjnego, bezpieczeństwa ekonomicznego, handlu narkotykami, bronią, przestępstw granicznych, przestępstw na tle rasowym, etnicznym oraz naruszania przepisów o tajemnicy państwowej. Warto przy tym podkreślić, że wystawienie wniosków o zastosowanie podsłuchu dotyczące ujętej wyżej właściwości rzeczowej, pozostaje w sferze zadań Urzędu Bezpieczeństwa Narodowego oraz Urzędu Bezpieczeństwa Wojskowego. W pozostałych sprawach związanych z właściwością tak powyższych organów, jak i Urzędu Wywiadu oraz Urzędu Wywiadu Wojskowego, zwłaszcza odnoszących się do działalności obcych służb specjalnych, szpiegostwa, wywiadu, kontrwywiadu, nieprolifracji, obrotu towarami podwójnego zastosowania, nadzór nad stosowaniem podsłuchów, zgodnie z przepisem § 58 pkt 2 ustawy o służbach bezpieczeństwa narodowego, sprawuje minister sprawiedliwości.

Przyjmując za punkt odniesienia regulacje obowiązujące w innych systemach prawnych, należy jednoznacznie stwierdzić, że przyjęty w naszym kraju model sądowego nadzoru nad stosowaniem podsłuchu jest w dalszym ciągu jednym z nielicznych w Europie, który poddaje podsłuch *ex ante* całkowitej kontroli ze strony niezależnego organu, jakim jest sąd. Pod tym względem jest to jedno z najbardziej rygorystycznych rozwiązań, co przeczy pojawiającym się często opiniom sugerującym nazbyt liberalne formy kontroli nad tą instytucją w Polsce. Warto jednak mieć również świadomość tego, że pomimo formalnego nadzoru sądowego, najważniejszą rolę w przyjętym w naszym kraju modelu odgrywa w dalszym ciągu prokuratura.

Wątpliwości związane z *ratio legis* ustawodawcy może budzić zawarte we wszystkich ustawach policyjnych rozwiązanie pozbawiające służby uprawnione do stosowania podsłuchu możliwości odwoływania się od negatywnej decyzji prokuratury w sprawie zastosowania tego środka. Skutkuje to tym, że sąd pełni funkcję kontrolną jedynie wobec tych wniosków, które zostaną zaakceptowane przez prokuratora i przekazane do dalszego procedowania przez sąd. Intencja, jaką w zakresie wymienionego rozwiązania mógł kierować się ustawodawca staje się niezrozumiała, gdy skonfrontujemy ją z zapisami zawartymi we wszystkich ustawach policyjnych⁴⁴, przyznających służbom operacyjnym prawo zaskarżania odmownych decyzji sądu dotyczących wykorzystywania podsłuchu.

⁴³ Ustawa XXXV z 2001 r. o podpisie elektronicznym; Ustawa C z 2003 r. o komunikacji elektronicznej, Dekret 22/2002 Szefa Kancelarii Premiera z 2002 r. o obowiązku dostarczania danych przez podmioty świadczące usługi telekomunikacyjne, zarządzaniu danymi i rejestrze prowadzonym przez władze telekomunikacyjne.

⁴⁴ Przepis art. 27 ust. 11a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu wskazuje w tym zakresie *expressis verbis*, iż na postanowienia Sądu, o których mowa w ust. 1, 3, 8, 9, Szefowi ABW przysługuje zażalenie. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy „Kodeksu postępowania karnego”. Analogiczne w treści zapisy, określające prawo zaskarżenia przez służby odmownych decyzji czy postanowień sądu dotyczących podsłuchów, przyjęto we wszystkich pozostałych ustawach policyjnych.

Konsekwencją powyższego jest to, iż instancją odwoławczą od decyzji sądu okręgowego w wymienionym zakresie jest sąd apelacyjny. Organ ten mógłby być również instancją właściwą do rozpatrywania odwołań poszczególnych służb policyjnych od negatywnych decyzji prokuratura w tej sprawie.

Odrębną kwestią jest natomiast szereg zastrzeżeń, jakie można wysuwać wobec braku jednoznacznych rozwiązań lub niewystarczająco precyzyjnych przepisów odnośnie do obszarów posługiwania się omawianym środkiem. W niniejszym artykule zawarto wiele przykładów świadczących o powyższym. Zasadnicze znaczenie dla oceny istniejącego w tym względzie stanu rzeczy ma kwestia konsekwencji, jakie przedmiotowa sytuacja powoduje w praktyce. Niejasne, nieostre znaczeniowo i funkcjonalnie przepisy powodują, iż organy stosujące je w codziennej pracy (tj. służby policyjne, prokuratura i sąd) często zmuszone są nie tyle do ich stosowania, co do doszukiwania się intencji (*ratio legis*) ustawodawcy.

Abstrahując od negatywnej oceny wskazanej wyżej sytuacji, należy podkreślić, że jest ona zdecydowanie niepożądana również z punktu widzenia zasad działania służb policyjnych. We właściwie funkcjonujących systemach prawnych służby posługujące się technikami operacyjnymi, zwłaszcza tak wrażliwymi, jak podsłuch czy prowokacja, nie mają tak dalece idących dylematów. Służby te winny działać w tym obszarze zgodnie z jasno określonymi regułami prawnymi. Precyzyjnie określone normy są jednocześnie skutecznym narzędziem kontrolnym.

W chwili obecnej mamy zaś do czynienia z sytuacją, w której szereg przepisów dotyczących nie tylko podsłuchu, ale i innych środków i technik pracy operacyjnej, ważnych z punktu widzenia reguł prawa, przestrzegania norm i przepisów obywatelskich, takich jak granice prowokowania do popełnienia przestępstwa oraz posługiwanie się tajnym agentem, charakteryzuje nadmierna ogólnikowość lub wręcz unikanie przez ustawodawcę próby sformułowania jakichkolwiek zasad, zgodnie z którymi narzędzia te mogłyby być stosowane. Porównując szereg regulacji występujących w Polsce i w systemach prawnych innych krajów można odnieść wrażenie, że ustawodawca, unikając podejmowania trudnych zagadnień, pozostaje w błędnym w przekonaniu, że problemy rozwiążą się same, bez jego ingerencji.

W niniejszej publikacji nie poruszono istotnej kwestii związanej z wątpliwościami i problemami, jakie nasuwa stosowanie instytucji tzw. zgody następczej, procedury konwalidującej w obszarze funkcjonowania podsłuchu. Z instytucją tą mamy do czynienia wtedy, gdy podczas stosowania podsłuchu uzyskuje się dowody popełnienia przestępstwa, w którego sprawie można zarządzić kontrolę operacyjną. Przestępstwo to popełniane jest przez osobę, wobec której była już stosowana kontrola operacyjna, ale jest to już inne przestępstwo lub jest popełnione przez inną osobę, która wcześniej nie była objęta kontrolą.

Na przestrzeni ostatnich lat o zasadach dotyczących zgody następczej wypowiedział się m.in. Sąd Najwyższy. W przywoływanej już wielokrotnie nowelizacji kodeksu postępowania karnego i niektórych innych ustaw z dnia 10 marca 2011 r. również podjęto to zagadnienie. Konieczność przeprowadzenia głębszych rozważań nad tą problematyką stanowi o zasadności jej podjęcia w kolejnych numerach „Przeglądu Bezpieczeństwa Wewnętrznego”.

Streszczenie

Spośród wszystkich metod operacyjnych stosowanych przez służby policyjne najczęściej kontrowersji wśród polskiego społeczeństwa budzi wykorzystywanie podsłuchu. Uzasadnienie tego stanu rzeczy zawiera się z pewnością w ingerencji podsłuchu w podstawowe prawa obywatelskie, m.in. w prawo do poszanowania prywatności. Wpływ na pejoratywny odbiór tej instytucji ma również jej dyskrecjonalny charakter, charakteryzujący się dalece posuniętą niejawnością jej stosowania.

Niniejsza publikacja, czyniąc z jednej strony zadość niezbędnym, uzasadnionym rygorom dyskrecjonalności, stanowi jednocześnie próbę prezentacji podstawowych cech charakteryzujących instytucję podsłuchu oraz dylematów towarzyszących jej stosowaniu.

Przyjmując pewne uproszczenie w zakresie nazewnictwa należy przyjąć, iż tzw. prawo podsłuchowe w naszym kraju jest zbiorem niedoskonałych rozwiązań i regulacji, budzących wiele wątpliwości, co w niniejszej publikacji wykazywano wielokrotnie. Szczególnie istotna i wymagająca podkreślenia jest w tym zakresie postawa ustawodawcy, który unika podejmowania jednoznacznych rozstrzygnięć w tych kwestiach, które w innych krajach są przedmiotem zainteresowania i ustawowych regulacji.

Za bezsporną należy uznać również krytyczną ocenę nadmiernej reglamentacji uprawnienia do stosowania podsłuchu w naszym kraju. Zbyt wielu (w ocenie autora artykułu) służbom i instytucjom w Polsce przyznano to uprawnienie, co wpłynęło na formułowanie opinii o nadmiernym upolicjowaniu struktur państwa zajmujących się zagadnieniem bezpieczeństwa, ładu konstytucyjnego i porządku publicznego.

Faktem pozytywnym jest pojawienie się w naszym kraju części rozwiązań ustawowych, takich jak sądowa kontrola nad stosowaniem podsłuchu, z pewnymi zastrzeżeniami dotyczącymi braku możliwości zaskarżenia przez służby policyjne odmownej decyzji prokuratora w sprawie zastosowania tej instytucji. Sąd, w ramach gwarancji niezawisłości i bezstronności, decyduje o zasadności i legalności ingerowania przez państwo (tu reprezentowane przez służby policyjne) w sferę szczególnie wrażliwego obszaru, jakim jest prawo człowieka do prywatności.

Warto mieć świadomość, że obowiązujący w Polsce system nadzoru nad stosowaniem podsłuchów jest jednym z bardziej rygorystycznych rozwiązań obowiązujących w Europie, co przeczy występującym często w dyskursie publicznym opiniom sugerującym zupełnie inny stan rzeczy.

ABSTRACT

Wiretapping is the most controversial of all operational methods utilized by law enforcement institutions in the perception of both the society and the media. One of the reasons for such situation derives from the fact that through wiretapping law enforcement institutions interfere with the guarantee of the civil rights among others the right to privacy. The Negative impact on the perception of that phenomenon is also caused by the confidentiality of rules and principles of its application.

This article is an attempt to present the basic features of wiretapping, including the dilemmas surrounding the use of this institution in the daily practice connected with the aspect of its confidentiality.

Briefly referring to the subject matter and the used nomenclature, it has to be assumed that so called 'law on wiretapping' in Poland is a collection of imperfect so-

lutions and regulations, raising doubts and ambiguities, as demonstrated repeatedly in this article. Particularly important is the attitude of the legislator, who avoids making unambiguous decisions, relating to the law and other regulations, which in other countries are of interest.

Critics have negative opinion about the excessive powers to the regulation of the use of wiretaps in Poland. In the author's opinion, too many institutions in Poland have been granted permission to wiretapping. This is the basis for the opinion of the police-oriented (dealing with issues of national security, constitutional order and public policy) structures of the state.

Undisputable fact, having a positive impact on the subject matter, is the adoption in Poland of the regulations on the supervision of the system in the form of judicial supervision with caveats on the impossibility of appeal by special services against a negative decision of the prosecutor concerning wiretapping. The court decides on the validity and legality of the interference by the state police services in the sphere of privacy of other sensitive areas.

It is worth highlighting that Poland has one of the most rigorous systems of supervision over the use of wiretapping in Europe. The fact contradicts common public opinions on legal regulations