

Dorian Duda

Operacyjne metody zwalczania terroryzmu w świetle polskiego i niemieckiego procesu karnego¹

Wstęp

Kres drugiej wojny światowej rozpoczął zmiany w postrzeganiu wojny jako zjawiska. Stopniowo zaczęły tracić na znaczeniu międzypaństwowe konfrontacje, poprzedzane deklaracjami czy ultimatami. Coraz większą rolę zaczęły odgrywać organizacje militarne, które, korzystając z mniej lub bardziej konwencjonalnych metod, usiłują zbrojnie osiągać swoje cele. Dowodem na ich wzrastające znaczenie jest m.in. rozszerzenie interpretacji artykułu 51 Karty ONZ i uznanie niezbywalnego prawa państw do samoobrony także w przypadku napaści zbrojnej przez podmioty niepaństwowe. Tradycyjny termin wojna ustępuje miejsca pojęciu konflikt zbrojny, w którym próbuje się odzwierciedlić przekształcenia, z jakimi mierzą się instytucje dbające o zewnętrzne i wewnętrzne bezpieczeństwo państwa.

Złożoną wojnę hybrydową, która łączy elementy psychologiczne z niekonwencjonalnymi działaniami partyzanckimi, destrukcyjnym penetrowaniem cyberprzestrzeni, a także konwencjonalnymi działaniami militarnymi prowadzą ugrupowania terrorystyczne. Taka aktywność nie może zostać przypisana podmiotom państwowym i nie jest prowadzona na zasadach *iuris in bello*. W wielu wypadkach mechanizmy reagowania sprowadzają się zatem do wykorzystania istniejących przepisów prawa krajowego. Materialne prawo karne typizuje przestępstwa o charakterze terrorystycznym i przewiduje ich penalizowanie post factum. Dla bezpieczeństwa państwa ważniejsze są jednak możliwości, jakie w zakresie przeciwdziałania terroryzmowi i zapobiegania tym przestępstwom mają instytucje państwowe.

W niniejszym opracowaniu zostaną poddane analizie metody operacyjne służące zwalczaniu terroryzmu pre factum, wykorzystywane przez służby polskie i niemieckie. Należy zwrócić uwagę na to, że tego rodzaju narzędzia są uważane za swoistą „szarą strefę” i że niejednokrotnie ich charakter bywa podważany. Dzieje się tak dlatego, że działania operacyjne nie są precyzyjnie zdefiniowane, trudno je w sposób jednoznaczny zakwalifikować do danej dziedziny prawa, a ich podejmowanie niekiedy balansuje na granicy bezprawia i jest realizowane niejawnie. Metody, które są wykorzystywane do zminimalizowania takich zagrożeń, jak infiltracja środowisk religijnych, radykalizacja mniejszości narodowych czy zamachy terrorystyczne, stanowią zespół działań o charakterze wywiadowczym, analitycznym, informatycznym i policyjnym. W polskim systemie prawnym czynności operacyjno-rozpoznawcze są w doktrynie ujmowane tradycyjnie jako element postępowania karnego sensu largo. Jest to stanowisko sporne, gdyż z jednej strony są

¹ Fragmenty pracy magisterskiej pt. *Operacyjne metody zwalczania terroryzmu w świetle polskiego i niemieckiego procesu karnego*, która zajęła I miejsce w konkursie Szefa ABW na najlepszą pracę magisterską/licencjacką z dziedziny bezpieczeństwa wewnętrznego państwa (edycja 2015/2016). Autor jest absolwentem Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu i Uniwersytetu Europejskiego Viadrina we Frankfurcie nad Odrą oraz aplikantem adwokackim przy ORA we Wrocławiu. Redakcja dokonała w tekście niezbędnych poprawek oraz zmian numeracji przypisów (przyj. red.).

to działania na przedpolu procesu, z drugiej zaś – ich rezultat stanowią nierzadko przemówowe wskazówki lub nawet dowody w postępowaniu. W niniejszej pracy zostanie położony merytoryczny nacisk na karnoprocesowe aspekty owych metod.

Określenie *zwalczenie terroryzmu* użyte w tytule pracy należy rozumieć w dwojaki sposób. Po pierwsze – ma ono podkreślać prewencyjny charakter metod operacyjnych, czyli ich stosowanie przed zaistnieniem (lub w trakcie stadium przygotowawczego) czynu przestępnego spełniającego materialne przesłanki zawarte w kodeksie karnym. W tym sensie należy odróżnić zwalczenie terroryzmu od ścigania przestępstw o charakterze terrorystycznym, które ma charakter represyjny. Po drugie – termin *zwalczenie* (niem. *Bekämpfung*) jest szeroki. *Zwalczenie operacyjne* jest rozumiane nie tylko jako pojęcie dotyczące działań związanych z rozpoznawaniem zagrożeń (niem. *Aufklärung*) i zapobieganiem im (niem. *Verhütung*), lecz także wkracza w sferę zaistniałą po wystąpieniu zagrożenia, ale przed podjęciem ścigania, i obejmuje wykrywanie przestępstw (niem. *Aufdeckung*). Każdy z tych elementów ma charakter przedprocesowy i dotyczy działań podjętych przed popełnieniem przestępstwa lub przed wszczęciem postępowania. W odróżnieniu od nich – ze względu na swój represyjny, jawny i procesowy charakter – ściganie karne (niem. *Verfolgung*) trudno włączyć do takiej definicji w sensie operacyjnym, choć jego cele związane z prewencją ogólną i szczególną z pewnością można przypisać „zwalczeniu” sensu largo.

Zakres pracy został zawarty w czterech rozdziałach. W rozdziale pierwszym skatalogowano działania operacyjne w obrębie systemów (rozumianych szeroko) ścigania karnego Polski i Niemiec. Wyjaśniono charakter przestępstw terrorystycznych w każdym z państw, podjęto próbę zdefiniowania działań operacyjnych oraz przedstawiono problematykę ich rozgraniczenia w odniesieniu do typowych czynności wywiadowczych i procesowych. W rozdziale drugim przedstawiono analizę poszczególnych czynności operacyjnych na podstawie wybranych ustaw i ukazano podobieństwa i różnice w metodach zwalczania terroryzmu w Polsce i w Niemczech. Porównano też zdolności operacyjne Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Federalnego Urzędu Kryminalnego (niem. *Bundeskriminalamt* – BKA). W rozdziale trzecim opisano wpływ metod operacyjnych na postępowanie karne oraz skoncentrowano się na wartości dowodowej wyników pracy operacyjnej w procesie karnym. Wskazano też na możliwości transgranicznego wykorzystania materiałów operacyjnych.

Rozdział czwarty poświęcono roli instytucji dbających o bezpieczeństwo Polski i Niemiec w świetle polsko-niemieckiej umowy o współpracy służb policyjnych, granicznych i celnych oraz współpracy międzynarodowej, a także w odniesieniu do prawa Unii Europejskiej. Opracowanie jest zakończone prawnoporównawczymi wnioskami i rozważaniami *de lege ferenda* dotyczącymi czynności operacyjno-rozpoznawczych i perspektyw ich wykorzystania w walce z międzynarodowym terroryzmem.

W niniejszej pracy wykorzystano polsko- i niemieckojęzyczną literaturę z zakresu procesowego prawa karnego oraz prawa policyjnego. Oparto się tu zarówno na komentarzach do ustaw, jak i artykułach z czasopism naukowych i monografiach tematycznych. Natomiast praca nie odnosi się kompleksowo do metod operacyjnych; poza zainteresowaniem pozostają takie sprawy, jak ochrona praw jednostki przy wykonywaniu czynności operacyjnych czy przegląd wszystkich instytucji policyjnych krajów związkowych oraz sposób ich operacyjnego współdziałania. Opracowanie odpowiada stanowi prawnemu na dzień 11 lipca 2016 r. i uwzględnia: *Ustawę z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmia-*

nie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw², Ustawę z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych³ oraz wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (niem. *Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) z 20 kwietnia 2016 r.⁴ dotyczący uprawnień Federalnego Urzędu Kryminalnego w ramach zwalczania terroryzmu. Całość ma charakter prawnoporównawczy, jednak zastosowana metodologia jest różna w zależności od opracowywanej problematyki.

W celu podkreślenia specyfiki związanej ze zróżnicowaną formą organizacji państwa, w pierwszym rozdziale zawarto osobne opracowania dla Polski i Niemiec. Tematyka drugiego i trzeciego rozdziału zezwala w większości na prowadzenie równoległych porównań, przepisy omawiane w rozdziale czwartym zaś są wspólne dla obydwu jurysdykcji.

Niniejsze opracowanie jest fragmentem pracy magisterskiej obronionej w ramach polsko-niemieckich studiów prawniczych prowadzonych przez Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą we współpracy z Uniwersytetem im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Dokonanie analizy nie byłoby możliwe bez zaplecza naukowego i wsparcia dydaktycznego ze strony obydwu instytucji naukowych. Ich wieloletnie współdziałanie jest przykładem efektywnej współpracy polsko-niemieckiej, która powinna być inspiracją także dla podmiotów przeciwdziałających coraz bardziej niebezpiecznym zagrożeniom współczesnego, wielokulturowego społeczeństwa.

Rozdział I. Operacyjne zwalczanie terroryzmu a system bezpieczeństwa państwa

1. Uwagi wstępne

Rola i miejsce metod operacyjnych w strukturze systemu bezpieczeństwa państwa (systemu ścigania karnego sensu largo, nieograniczającego się wyłącznie do ścigania przestępstw już popełnionych) nie są oczywiste. Instrumenty, jakimi posługują się wybrane służby, aby zapobiec przestępstwom terrorystycznym, nie są ujęte tradycyjnie jako kodeksowe czynności procesowe. Już definicja metod operacyjnych sprawia trudności interpretacyjne i nie jest jednolita. Na potrzeby niniejszej pracy należy przez nie rozumieć uprawnienia i sposoby wykonywania czynności podejmowanych niejawnie przez powołane do tego służby państwowe. Metody, o których mowa, są związane z pozyskiwaniem danych o jednostkach oraz ich sposobie działania – w celu zwalczania (przede wszystkim rozpoznawania i zapobiegania, a także wykrywania i ścigania) przestępstw przed wszczęciem postępowania karnego. W niniejszym rozdziale przedstawiono charakterystykę różnych metod operacyjnych stosowanych na poszczególnych etapach zwalczania zagrożeń terrorystycznych oraz ich znaczenie w procesowym prawie karnym Polski i Niemiec. Ze względu na różnice w strukturze organizacyjnej państwa, a także czynniki historyczne mające wpływ na kształtowanie ram prawnych, najpierw przedstawiono złożony system Niemiec jako państwa federalnego, a następnie model znajdujący zastosowanie w państwie unitarnym, jakim jest Polska. (...)

² Dz.U. z 2016 r. poz. 147.

³ Dz.U. z 2016 r. poz. 904.

⁴ BVerfG, wyrok z 20 IV 2016 r. (1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09), „*Neue Juristische Wochenschrift*” (NJW) 2016, s. 1781.

3. Niemiecki model bezpieczeństwa państwa

3.1. Podział wertykalny – zasada państwa federalnego a rozdział kompetencji

Decentralizacja władzy i podział kompetencji w Republice Federalnej Niemiec mają istotny wpływ na strukturę systemu ścigania karnego i zwalczania zagrożeń bezpieczeństwa państwa oraz krajów związkowych. Zgodnie z kompetencją generalną (art. 70 GG⁵) to właśnie poszczególne kraje związkowe są w pierwszej linii uprawnione do stanowienia prawa, chyba że ustawa zasadnicza przyznaje kompetencje ustawodawstwu federalnemu. Te uprawnienia mogą mieć charakter wyłączny lub konkurencyjny, a operacyjne metody zwalczania terroryzmu można sklasyfikować w ramach wszystkich tych kategorii.

Do wyłącznej kompetencji ustawodawstwa federalnego należy (przez dodanie w 2006 r. ustępu 9a do art. 73 GG⁶) przeciwdziałanie zagrożeniom związanym z międzynarodowym terroryzmem przez Federalny Urząd Kryminalny w przypadkach niebezpieczeństw, które przekraczają ramy jednego kraju związkowego, gdy nie jest rozpoznana właściwość policji krajowej lub na wniosek najwyższych organów krajów związkowych. Zgodnie z art. 73 ust. 2 GG ustawy regulujące to zagadnienie są przyjmowane jako *Zustimmungsgesetz*, czyli w procedurze ustawodawczej wymagającej wyrażenia zgody przez izbę niższą parlamentu (niem. *Bundesrat*). Przepis art. 73 ust. 10 GG uprawnia ustawodawstwo centralne do uchwalania aktów prawnych odnoszących się do współpracy Federacji i krajów związkowych w ramach pracy policji kryminalnej (lit. a), ochrony konstytucji (lit. b) oraz ochrony przed działaniami zagrażającymi interesom zagranicznym federacji (lit. c), a także do utworzenia Federalnego Urzędu Kryminalnego i zwalczania przestępstw międzynarodowych (*in fine*). Na podstawie wymienionych przepisów ustawy zasadniczej uchwalono na szczeblu federalnym wiele ustaw, które konstytuują poszczególne służby oraz katalogują normy kompetencyjne zawierające poszczególne instrumenty operacyjne. Do najważniejszych aktów prawnych należą: ustawa o Federalnym Urzędzie Kryminalnym (niem. *Bundeskriminalamtgesetz* – BKAG⁷), ustawa o Federalnej Służbie Wywiadu (niem. *Gesetz über den Bundesnachrichtendienst* – BNDG⁸), ustawa o współpracy w sprawach ochrony konstytucji (niem. *Bundesverfassungsschutzgesetz* – BVerfSchG⁹) oraz ustawa o Urzędzie Kontrwywiadu Wojskowego (niem. *Gesetz über den militärischen Abschirmdienst* – MADG¹⁰).

W przypadku ustawodawstwa konkurencyjnego kraje związkowe dysponują kompetencją do stanowienia prawa na tyle, na ile nie skorzystała z niej Federacja. Materia niemieckiego prawa procesowego, bez rozróżnienia na dziedziny, a więc także materia postępowania karnego (art. 74 ust. 1 nr 1 GG), leży właśnie w tego rodzaju

⁵ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* – ustawa zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec (przyp. red.).

⁶ Art. 1 nr 6 lit. cc ustawy o zmianie Ustawy Zasadniczej (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*), z 28 VIII 2006 r. (BGBl. I S. 2034).

⁷ Ustawa o Federalnym Urzędzie Kryminalnym oraz współpracy Federacji i krajów związkowych w sprawach policji kryminalnej (*Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten*) z 7 VII 1997 r. (BGBl. I S. 1650, ze zm.).

⁸ Ustawa z 20 XII 1990 r. (BGBl. I S. 2954, 2979, ze zm.).

⁹ Ustawa o współpracy Federacji i krajów związkowych w sprawach ochrony konstytucji oraz o Federalnym Urzędzie Ochrony Konstytucji (*Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz*) z 20 XII 1990 r. (BGBl. I S. 2954, 2970, ze zm.).

¹⁰ Ustawa z 20 XII 1990 r. (BGBl. I S. 2954, 2977, ze zm.).

kompetencji konkurencyjnej. W rezultacie uchwalenia kodeksu postępowania karnego (niem. *Strafprozessordnung* – StPO¹¹) na szczeblu federalnym oraz uznania go przez Federalny Sąd Najwyższy za wyczerpującą i zamkniętą regulację uniemożliwiono krajom związkowym uchwalanie aktów prawnych w tej materii¹². Ten kodeks zawiera wykaz czynności procesowych oraz czynności o charakterze operacyjnym, wykorzystywanych w ramach ścigania sprawców przestępstw. Nad postępowaniem czuwa prokuratura kierująca czynnościami o charakterze represyjnym, podejmowanymi przez policję. Ściganie większości przestępstw konwencjonalnych leży w domenie odpowiedniej policji krajowej; jedynie w kilku wyjątkowych przypadkach właściwą instytucją policyjną jest Federalny Urząd Kryminalny. Ściganie przestępstw terrorystycznych o charakterze międzynarodowym (§ 4 ust. 1 nr 3 BKAG) lub popełnionych za granicą (nr 4) należy właśnie do takich przypadków.

Pozostałe uprawnienia operacyjne niemające charakteru procesowego (represyjnego), w związku z brakiem ograniczeń podyktowanych ustawą zasadniczą, są uchwalane zgodnie z art. 70 GG na szczeblu krajów związkowych. Uprawnienia, o których mowa, są zawarte przede wszystkim w wielu krajowych ustawach policyjnych oraz krajowych ustawach dotyczących ochrony konstytucji. Ich przepisy są stosowane, gdy wykorzystanie metod operacyjnych nie leży w gestii organów federalnych. Ze względu na wielość regulacji oraz dominującą, w przeważającej liczbie przypadków, kompetencję Federacji w zakresie zwalczania terroryzmu międzynarodowego – przepisy ustaw krajowych nie będą szczegółowo poruszane w niniejszej pracy.

3.2. Podział horyzontalny – charakterystyka modelu

W niemieckim systemie szeroko rozumianego przeciwdziałania przestępczości, niezależnie od podziału pionowego, można wyróżnić trzy reżimy, w których Federacja i kraje związkowe podejmują określone działania. Po pierwsze, służby wywiadowcze i kontrwywiadowcze zbierają i opracowują informacje o potencjalnych zagrożeniach bezpieczeństwa państwa i poszczególnych krajów. Po drugie, służby policyjne mają za zadanie zapobiegać przestępstwom, zanim zostaną one popełnione. Po trzecie, gdy prewencja zawiedzie, sprawców zaistniałych przestępstw ściga prokuratura.

Mimo teoretycznie jasnego podziału kompetencji, rozgraniczenie zadań między wyżej wymienionymi organami stwarza kilka problemów. W obliczu uwarunkowań historycznych niemieckie prawo ustanowiło specyficzną zasadę rozdziału instytucjonalnego między służbami wywiadowczymi a policyjnymi. Współpraca między nimi, która wydaje się oczywista dla sprawnego funkcjonowania aparatu bezpieczeństwa państwa i prewencji terrorystycznej, jest dużo bardziej skomplikowana, niż w innych państwach. Jak wyjaśniono, ściganie karne sensu stricto podlega rygorowi kodeksu postępowania karnego, który jest jednolitą regulacją dla całego państwa. Inaczej jest w przypadku policyjnych działań prewencyjnych, których ramy prawne znajdują się przynajmniej w 16 ustawach policyjnych, odrębnych dla każdego kraju związkowego, co niesie za sobą zróżnicowanie uprawnień¹³. Przyporządkowanie instrumentów operacyjnych do

¹¹ Kodeks postępowania karnego (*Strafprozessordnung*) z 7 IV 1987 r. (BGBl. I S. 1074, 1319, ze zm.).

¹² BGH (*Bundesgerichtshof* – Federalny Sąd Najwyższy – przyp. red.), wyrok z 23 II 1962 r. (4 StR 511/61), NJW 1962, s. 1020.

¹³ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 27.

konkretnego reżimu jest niezbędne przy analizie uprawnień danego organu. Co ważniejsze, umożliwia to również zdefiniowanie odpowiedniej drogi odwoławczej: administracyjnej – w przypadku czynności prewencyjnych oraz karnoprocesowej – wobec czynności podejmowanych na polecenie prokuratury.

3.2.1. Konsekwencje konstytucyjnego rozdziału między służbami wywiadowczymi a policją

Przyczynkiem do wprowadzenia zasady rozdziału między służbami wywiadowczymi a policyjnymi (niem. *Trennungsgebot*) był tzw. list policyjny gubernatorów militarynych do prezydenta Rady Parlamentarnej z 14 kwietnia 1949 r.¹⁴ Określał on zakaz nadawania uprawnień policyjnych instytucjom pozyskującym i opracowującym informacje wywiadowcze. Ten rozdział ma znaczenie zarówno kompetencyjne, jak i organizacyjne¹⁵, a jego genezą są gorzkie doświadczenia związane z drugą wojną światową i rolą Gestapo (niem. *Geheime Staatspolizei*) oraz Głównym Urzędem Bezpieczeństwa Rzeszy (niem. *Reichssicherheitshauptamt*), które łączyły w sobie uprawnienia wykonawcze i wywiadowcze¹⁶. Wraz z uchwaleniem konstytucji, w związku z brakiem jednoznacznej normy potwierdzającej tę zasadę, zaczęto wywodzić ją z przepisu art. 87 ust. 1 zd. 2 GG lub z zasady państwa prawa (art. 20 ust. 3 GG). W rezultacie przeważająca część literatury nadaje jej rangę konstytucyjną, choć często spotyka się opinie odrębne¹⁷.

Trennungsgebot z pewnością znajduje jednak przynajmniej częściowe odzwierciedlenie w materii ustawowej. Przepisy wskazujące na to zjawisko znajdują się w każdym z aktów normatywnych ustanawiających służby specjalne¹⁸. Natomiast działania wywiadowcze podejmowane przez policję operacyjną są nazywane środkami wywiadowczymi (niem. *nachrichtendienstliche Mittel*) i nie mają charakteru wykonawczego, a jedynie informacyjny. Służbom specjalnym wyraźnie nie przysługują imperatywne uprawnienia związane ze stosowaniem przymusu (jak np. prowadzenie przesłuchań, przeszukań czy dokonywanie zajęcia mienia)¹⁹. Działają one na przedpolu zagrożeń

¹⁴ Tzw. *Polizeibrief der Alliierten Militärgouverneure vom 14. April 1949*, w: *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949*, Bd. 8, s. 230 i nast.

¹⁵ N. Gazeas, *Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden*, Berlin 2014, s. 58 i nast.

¹⁶ M. Ostheimer, *Verfassungsschutz nach der Wiedervereinigung*, Frankfurt am Main 1994, s. 63.

¹⁷ Przeciwnicy podkreślają absurd argumentacji wywodzonej z art. 87 ust. 1 zd. 2 GG, a polegającej na tym, że wyszczególnienie policji i służb wywiadowczych jako dwóch różnych instytucji w jednym przepisie absolutnie nie musi prowadzić do tego, że należy te służby postrzegać jako niezwiązane ze sobą. Posiadanie uprawnień policyjnych przez służby wywiadowcze w innych krajach nie stoi w sprzeczności z zasadą państwa prawa. Przeciw randze konstytucyjnej argumentuje Kay Nehm, *Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur*, NJW 2004, s. 3290; innego zdania są Fredrik Roggen i Nils Bergemann, *Die „neue Sicherheitsarchitektur“ der Bundesrepublik Deutschland – Anti-Terror-Datei, gemeinsame Projektdateien und Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz*, NJW 2007, s. 876.

¹⁸ Zarówno federalne: § 1 ust. 1 w zw. z § 2 ust. 3 BNDG, § 2 ust. 1 w zw. z § 8 ust. 3 BVerfSchG, § 1 ust. 4 w zw. z § 4 ust. 2 MADG, jak i krajowe (niektóre przykłady): § 2 ust. 2 w zw. z § 6 ust. 4 BbgVerfSchG (*Brandenburgisches Verfassungsschutzgesetz* – przyp. red.), § 2 ust. 1 w zw. z § 8 ust. 7 VSG Bln (*Verfassungsschutzgesetz Berlin* – przyp. red.), art. 1 ust. 4 BayVSG (*Bayerisches Verfassungsschutzgesetz* – przyp. red.), § 2 ust. 1 w zw. z § 5 ust. 9 VSG NRW (*Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen* – przyp. red.). W każdym przypadku są to przepisy zabraniające włączania służb w struktury policyjne oraz nadawania im uprawnień policyjnych lub kierowniczych względem policji.

¹⁹ F. Roggen, N. Bergemann, *Die „neue Sicherheitsarchitektur“ der Bundesrepublik Deutschland – Anti-Terror-Datei, gemeinsame Projektdateien und Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz*,

(niem. *Gefahrenvorsorge*), w odróżnieniu od policji, która ma za zadanie je odpierać (niem. *Gefahrenabwehr*)²⁰.

Wywodzona z konstytucji zasada rozdziału powinna znajdować zastosowanie w obydwu kierunkach; ustawodawstwo administracyjne jednak nie odmawia służbom policyjnym uprawnień quasi-wywiadowczych. Instrumenty policyjne służące odpieraniu zagrożeń są uregulowane w przeważającej części w przepisach krajów związkowych i określa się je mianem środków przymusowych (niem. *polizeiliche Zwangsmaßnahmen*), mimo że wiele z nich nie ma stricte przymusowego charakteru²¹. W większości przypadków policja nie byłaby w stanie skutecznie wypełniać swoich zadań, jeśli musiałaby pozostać bezczynna aż do momentu powstania zagrożenia²². Wzrost znaczenia przestępczości zorganizowanej oraz wyzwania stawiane przez terroryzm powodują, że zbieranie i analizowanie informacji często decydują o późniejszym powodzeniu operacji neutralizujących. Mimo to, nadawanie uprawnień o charakterze bliskim wywiadowczemu, które policja otrzymała w ostatnich latach w celu umożliwienia skutecznego zwalczania terroryzmu, wznowiło debatę o iluzoryczności zasady rozdziału²³.

Istnieje pogląd, że policja nie może mieć uprawnień do pozyskiwania informacji, jeśli nie istnieje bezpośredni związek z odpieraniem konkretnego zamachu na porządek publiczny²⁴. W przeciwieństwie do operacji służb specjalnych, które nie zawsze muszą być nakierowane na konkretne niebezpieczeństwo, obserwacje policyjne nie mogą mieć charakteru prewencji generalnej. Trudno jest jednoznacznie odpowiedzieć na pytanie, gdzie leży granica między wywiadowczymi a policyjnymi działaniami operacyjnymi. Zarówno pierwsze, jak i drugie są prowadzone co do zasady niejawnie, dlatego kryterium tajności nie wydaje się być przesądzające. Dużo bardziej przekonuje kryterium celu – niemieckie służby policyjne podejmują czynności operacyjne, aby bezpośrednio zapobiegać przestępstwom, służby zbierają i analizują informacje, aby następnie przekazać je instytucjom mającym odpowiednie kompetencje wykonawcze. Policja prowadzi obserwację zachowań bezprawnych lub takich, których skutkiem bezpośrednim jest złamanie prawa. Służby specjalne zaś są zainteresowane również działalnością zgodną z prawem, która może być istotna z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa. Działania informacyjne wywiadu mają więc charakter prewencji generalnej, policyjne zaś prewencji bezpośredniej. Wszczęcie postępowania karnego nie wyklucza dalszego prowadzenia obserwacji o charakterze wywiadowczym, nie przeszkadza ona bowiem toczącemu się postępowaniu. Mimo wszystko, w świetle zasady rozdziału, możliwość równoległego prowadzenia obydwu typów operacji i faktyczne wymieszanie działań policyjnych i wywiadowczych wymusza dalsze pytania związane z dopuszczalnością współpracy i wymianą informacji²⁵.

NJW 2007, s. 876.

²⁰ M. Ostheimer, *Verfassungsschutz...*, s. 77.

²¹ Podobnie A. Demenko i P. Nalewajko, *Transfer dowodów między państwami Unii Europejskiej*, w: *Unijna polityka karna*, A.J. Szwarc (red.), Poznań 2011, s. 100.

²² M. Ostheimer, *Verfassungsschutz...*, s. 79.

²³ N. Gazeas, *Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse...*, s. 60.

²⁴ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 27.

²⁵ K. Nehm, *Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur*, NJW 2004, s. 3293.

3.2.2. Odpieranie zagrożeń (niem. *Gefahrenabwehr*) a ściganie karne (niem. *Strafverfolgung*)

Działania operacyjne mogą być podejmowane przez policję z własnej inicjatywy lub na polecenie prokuratury. W pierwszym przypadku są one oparte na prawie policyjnym, będącym częścią prawa administracyjnego, w drugim natomiast mają podstawę w prawie karnym procesowym. Przyporządkowanie operacyjnych działań policyjnych do jednego z tych obszarów jest niezbędne z kilku powodów. Po pierwsze, umożliwia to określenie rodzaju ochrony prawnej. Wobec działań prewencyjnych policji następuje ona w drodze administracyjnej, podjęcie działań represyjnych zaś powoduje otwarcie drogi odwoławczej w postępowaniu karnym. Po drugie, każdy z obszarów ma podstawy w odrębnej kompetencji ustawodawczej. Ustawodawstwo policyjne należy do kompetencji krajów związkowych, postępowanie karne natomiast jest uregulowane na poziomie federalnym. Po trzecie, policja jest związana poleceniami prokuratury tylko w przypadku podjęcia czynności procesowych w ramach ścigania karnego²⁶. Po czwarte, policja, odpierając zagrożenia, kieruje się zasadą oportunistu i samodzielnie decyduje, czy i w jaki sposób stosuje swoje uprawnienia. W niemieckim postępowaniu karnym jest stosowana zasada legalizmu, która zobowiązuje prokuraturę, a więc też działającą pod jej pieczę policję, do ścigania popełnionego przestępstwa²⁷.

Działania podejmowane przez policję z własnej inicjatywy mają charakter prewencyjny i służą zapobieganiu czynom przestępnym, natomiast te, nad którymi czuwa prokuratura, mają charakter represyjny i służą ściganiu już popełnionych przestępstw. Punktem wyjścia do rozważań o granicy pomiędzy nimi jest tzw. początkowe podejrzenie popełnienia przestępstwa (niem. *Anfangsverdacht*) w rozumieniu § 152 ust. 2 StPO. Występuje ono, jeśli zaistnieją wystarczające, rzeczywiste oznaki popełnienia przestępstwa. Dla wystąpienia tej przesłanki wystarczy niewysoki próg prawdopodobieństwa, jednak oznaki te nie mogą być wyłącznie teoretyczne²⁸. W przypadku, gdy są one niewystarczające, szczególnie gdy okażą się bezpodstawne i nieprawidłowe, działania operacyjne muszą być oparte na ustawodawstwie policyjnym. Instrumenty operacyjne w ustawach policyjnych i kodeksie postępowania karnego są podobne, chociaż zgodnie z zasadą stosowania prawa karnego – także procesowego – jako *ultima ratio*, do czynności procesowych można sięgnąć dopiero wtedy, gdy doszło do czynu zabronionego, a więc niebezpieczeństwo przestało istnieć²⁹. Problemy pojawiają się wówczas, gdy policja podejmuje czynności chroniące przed przyszłym niebezpieczeństwem i jednocześnie zabezpiecza dowody dla celów postępowania karnego. Takie przypadki należy jednak rozpatrywać indywidualnie, mając na uwadze to, że dane metody operacyjne występują zarówno jako czynności represyjne, jak i prewencyjne, i są obarczone tylko innymi rygorami w zależności od powodu ich podjęcia. Od operacyjnych czynności policyjnych i operacyjnych czynności procesowych należy odróżnić czynności wstępne (niem. *Vorermittlungen*), które podejmuje prokuratura w celu potwierdzenia informacji o prawdopodobieństwie popełnienia przestępstwa przed wszczęciem postępowania karnego, jednak po zaistnieniu niebezpieczeństwa³⁰. (...)

²⁶ M. Walden, *Zweckbindung und Änderung präventiv und repressiv erhobener Daten im Bereich der Polizei*, Berlin 1996, s. 151.

²⁷ Tamże, s. 220 i cytowana tam literatura.

²⁸ Tamże, s. 166.

²⁹ Tamże, s. 216.

³⁰ B. Wölfl, *Vorermittlungen der Staatsanwaltschaft*, „Juristische Schulung” 2001, s. 479.

Rozdział II. Instrumenty operacyjne służące przeciwdziałaniu terroryzmowi w ujęciu prawnoporównawczym

1. Uwagi wstępne

W niniejszym rozdziale zostaną omówione poszczególne instrumenty operacyjne stosowane w ramach prewencji antyterrorystycznej. Działania oparte jedynie na stosowaniu kar nie są w stanie skutecznie przeciwstawić się organizacjom terrorystycznym. O wiele ważniejsze jest aprioryczne zwalczanie terroryzmu oraz obserwowanie kierunków rozwoju środowisk terrorystycznych³¹. Analizie zostaną tu poddane przede wszystkim przepisy ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu³², a także ustawy o Federalnym Urzędzie Kryminalnym. Jest to podyktowane kilkoma względami. Po pierwsze, ABW i BKA dysponują porównywalnymi uprawnieniami, zarówno w zakresie pozyskiwania informacji o zagrożeniach oraz przestępstwach terrorystycznych, jak i podejmowania działań zapobiegawczych pod kątem ich zwalczania. Po drugie, z ustaw kompetencyjnych wynika ich wiodąca rola w zwalczaniu terroryzmu. Po trzecie, pomimo tego, że BKA jest instytucją policyjną, a nie klasyczną służbą wywiadowczą, dysponuje kompetencjami o charakterze bliskim wywiadowczemu w zakresie pozyskiwania informacji, które pozostają w bezpośrednim związku z zagrożeniami terrorystycznymi. Jednocześnie, podobnie jak ABW, wykonuje obowiązki przynależące organom ścigania w przypadku tego rodzaju przestępstw. Uprawnienia dochodzeniowo-śledcze pozostają jednak poza zakresem tej pracy.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze przeprowadzane przez służby polskie, w zależności od celu ich wykonywania, mogą być stosowane nie tylko w ramach niemieckich policyjnych środków prewencyjnych, lecz także środków wywiadowczych i instrumentów procesowych. Poniższa analiza będzie zawierać również uwagi i odesłania do wywiadowczego reżimu prawnego, ich odpowiedniki procesowe natomiast zostaną objaśnione w rozdziale III.

Omawiane przepisy ustawy o Federalnym Urzędzie Kryminalnym zawierają normy kompetencyjne znane z innych ustaw policyjnych. Uprawnienia, które BKA zyskało w 2008 r., są trzonem reformy związanej ze zwalczaniem terroryzmu³³. Stanowią one podstawę prawną zwalczania zagrożeń i zapobiegania przestępstwom związanym z terroryzmem międzynarodowym, które są wyliczone w przepisie § 4a ust. 1 zd. 2 BKAG. Mimo wiodącej roli BKA w prewencji terrorystycznej, to instytucje policyjne krajów związkowych – co do zasady – są odpowiedzialne za odpieranie zagrożeń³⁴. Ustawa przewiduje sytuacje wyjątkowe, w których instytucją właściwą do zwalczania terroryzmu jest Federalny Urząd Kryminalny³⁵. Wiele przepisów ustawy o BKA zostało uznanych za niezgodne z konstytucją, jednak bez wywołania ich natychmiastowej nieważności. Nie były to jednak przepisy dotyczące właściwości Urzędu, która nie podle-

³¹ S. Pikulski, *Prawne środki zwalczania terroryzmu*, Olsztyn 2000, s. 121.

³² *Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu* (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r. poz. 1897).

³³ Te uprawnienia zostały włączone do ustawy o Federalnym Urzędzie Kryminalnym w drodze ustawy o odpieraniu zagrożeń międzynarodowego terroryzmu (*Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA*) z 25 XII 2008 r. (BGBl. I S. 3083).

³⁴ D. Kugelmann, BKA-Gesetz, § 20a BKAG (*Bundeskriminalamtgesetz*, BKA-Gesetz – przyp. red.), nb. 17 (numer boczny poszczególnych akapitów – przyp. red.).

³⁵ Paragraf 4a ust. 1 BKAG; szerzej omówione w rozdziale I, podpunkt 3.3.

ga konstytucyjnej wątpliwości i jest zgodna z ustawą zasadniczą, o ile jest subsydiarna względem właściwości policji krajów związkowych. Przepisy niekonstytucyjne zostaną w niniejszym opracowaniu wskazane. Będą one obowiązywały do uchwalenia nowych regulacji, jednak nie później niż do 30 czerwca 2018 r.³⁶ (...)

2.3.3. Funkcjonariusz działający pod przykryciem

Wykorzystanie funkcjonariusza wykonawczego Policji, działającego pod przykryciem (niem. *Verdeckter Ermittler*) i posługującego się tzw. legendą, jest przewidziane w przepisie § 20g ust. 5 BKAG. Służy ono wspomnianym już celom wszystkich szczególnych środków pozyskiwania informacji, wymienionych w podrozdziale 2.3. Funkcjonariusz operacyjny, działając pod legendą, jest uprawniony do dysponowania odpowiednio przygotowanymi dokumentami i może brać udział w obrocie prawnym. Może on wejść do mieszkania osoby obserwowanej za jej zgodą, ale nie może przy tym podawać fałszywych informacji wykraczających poza legendę, aby ten dostęp uzyskać. W wyniku wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego podejmowanie czynności pod przykryciem w każdym przypadku wymaga sądowego zarządzenia, mimo rozróżnienia w ustawie sytuacji, w których zadaniem funkcjonariusza jest obserwowanie konkretnej osoby, od tych, w których celem jest wkroczenie do mieszkania³⁷. W przypadkach nieuchronnego zagrożenia wobec chronionego dobra prawnego, następcza decyzja sądu może zostać uzupełniona w ciągu trzech dni. Ten instrument zarządza się na maksymalnie dwa miesiące, a jego przedłużenie o ten sam okres wymaga ponownego sądowego zarządzenia.

Nieco ogólniej przedstawia się regulacja dotycząca używania dokumentów i oznaczeń kamuflujących w ramach działalności wywiadowczej, zawarta w § 8 ust. 2 BVerfSchG. Ich wykorzystanie jest szczegółowo określone w regulacjach wewnętrznych służb wywiadowczych. Zasady korzystania z legendy określa natomiast przepis § 9a BVerfSchG. Wywiadowcza praca pod przykryciem nie służy bezpośredniemu zwalczaniu zagrożeń, lecz rozpoznawaniu ich możliwych źródeł.

W ustawie o ABW oraz AW środkiem ekwiwalentnym do przepisów niemieckich jest art. 35 ust. 2. Jest to uprawnienie polegające na posługiwaniu się dokumentami legalizacyjnymi, uniemożliwiającymi ustalenie danych identyfikujących pracowników danej służby oraz środków, którymi się posługują przy realizacji swoich zadań³⁸. Funkcjonariusze ABW działają jako zakamuflowani agenci organów operacyjnych i posługują się zmienioną tożsamością³⁹. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego jest odpowiedzialna za sporządzenie dokumentów legalizacyjnych. Przepisy dotyczące działalności pod przykryciem milczą na temat szczególności celów; służba pod przykryciem jest wykonywana w związku z ustawowymi zadaniami Agencji. Uznaje się, że nie jest również możliwe określenie liczby dokumentów legalizacyjnych, którymi można się posłużyć⁴⁰. Przepis, o którym mowa wyżej, nie odnosi się do ograniczeń stosowania tej formy działań operacyjnych oraz nie wskazuje na materiały zbierane przy jej użyciu. Dla tych ograniczeń istotne są jednak same czynności (zachowania będące przedmiotem

³⁶ BVerfG, wyrok z 20 IV 2016 r. (1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09), NJW 2016, s. 1781, nb. 355 i nast.

³⁷ BVerfG, wyrok z 20 IV 2016 r. (1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09), NJW 2016, s. 1781, nb. 358.

³⁸ R. Lizak, *Dokumenty legalizacyjne w służbach specjalnych*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 2, s. 142.

³⁹ D. Szumilo-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 305.

⁴⁰ R. Lizak, *Dokumenty legalizacyjne...*, s. 149.

innych instrumentów operacyjnych), a nie forma (ramy) podejmowania tych czynności⁴¹. Mimo to, nie wszystkie działania funkcjonariuszy pod przykryciem są usystematyzowane w ustawie. Prowadzenie działalności wywiadowczej rozumiane jako uzyskiwanie informacji dzięki swobodnej rozmowie z inną osobą jest jednym z takich działań. Podobnie infiltracja środowiskowa, czyli przeniknięcie do środowiska kryminalnego lub zyskanie w nim sprzymierzeńców, jest jedną z niepisanych czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez funkcjonariuszy pod przykryciem⁴².

Dla tajnej działalności funkcjonariuszy nie mniej istotny jest art. 56 ust. 2 ustawy o ABW oraz AW, który mimo systematycznego umieszczenia w rozdziale zawierającym przepisy kadrowe, a nie konkretne uprawnienia, umożliwia oddelegowanie funkcjonariusza do wykonywania zadań służbowych poza Agencją. Ten przepis może być podstawą prawną do podejmowania specyficznych form tajnego działania poza Agencją, jednak – podobnie jak w przypadku art. 35 ust. 2 tej ustawy – nie jest to w polskim prawie konkretny instrument operacyjny. Tak oddelegowany funkcjonariusz pozostaje do dyspozycji szefa ABW; możliwe jest również oddelegowanie go do pełnienia służby poza granicami kraju⁴³. Działalność tzw. nielegalów jest najbardziej tajną formą podejmowania czynności operacyjnych, wykorzystywaną szczególnie w celu zakonspirowania działań wywiadowczych prowadzonych długofalowo i powiązanych z infiltracją danego środowiska⁴⁴.

W Niemczech przeniesienie federalnego wykonawczego urzędnika policyjnego (niem. *Versetzung eines Polizeivollzugsbeamten des Bundes*) na stanowisko w innej instytucji państwowej (§ 8 ust. 2 *Bundespolizeibeamtengesetz* – BPolBG⁴⁵) jest możliwe w przypadku, gdy (...) *zaistnieje służbowa potrzeba*. Jeśli nie dysponuje on odpowiednimi umiejętnościami, to umożliwia mu się ich zdobycie w czasie pełnienia służby policyjnej. Zgodnie z oficjalnymi danymi w okresie między 1 stycznia 2013 r. a 5 czerwca 2014 r. 66 funkcjonariuszy BKA i Policji Federalnej zostało odesłanych do służby w BfV (niem. Bundesamt für Verfassungsschutz – Federalny Urząd Ochrony Konstytucji), jednak na podstawie przepisów o tymczasowym odesłaniu (niem. *Abordnung*) zgodnie z § 27 *Bundesbeamtengesetz* – BBG⁴⁶ (zachowali oni jednocześnie swoje stanowisko w strukturach policji⁴⁷). (...)

4. Wnioski prawnoporównawcze

Kompetencje związane z rozpoznawaniem przestępstw terrorystycznych przez Federalny Urząd Kryminalny, zapobieganiem im oraz ich wykrywaniem stanowi wyjątek od reguły mówiącej o tym, że to policja krajów federalnych jest odpowiedzialna za

⁴¹ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 305.

⁴² T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 114, 116.

⁴³ Paragraf 9 ust. 1 oraz § 17 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2004 r. w sprawie warunków i trybu oddelegowania funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego do wykonywania zadań poza Agencją* (Dz.U. z 2004 r. Nr 34 poz. 296).

⁴⁴ Więcej na ten temat zob. A. Kowalski, *Rosyjski sztylet. Działalność wywiadu nielegalnego*, Łomianki 2013; C. Bielakowski, *Polski nielegal*, „Wprost” [online] z 10 listopada 2014 r., <https://www.wprost.pl/479195/Polski-nielegal> [dostęp: 16 VI 2016]; P. Briançon, *The Spanish Story Of A Russian 'Illegal'*, „Politico” [online] z 16 czerwca 2016 r., <http://www.politico.eu/interactive/the-spanish-story-of-a-russian-illegal-russian-spy-moscow/> [dostęp: 22 VI 2016].

⁴⁵ Ustawa o federalnych urzędnikach policyjnych z 3 VI 1976 r. (BGBl. I S. 1357, ze zm.).

⁴⁶ Ustawa o urzędnikach federalnych z 5 II 2009 r. (BGBl. I S. 160, ze zm.).

⁴⁷ Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 10. Juni 2014 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, z 13 VI 2014 r., BT-Drs (*Bundestagsdrucksache* – przyp. red.) 18/1742, s. 28.

zwalczanie zagrożeń. Każdy z instrumentów operacyjnych z wykazu zawartego w § 20a i następnych BKAG, którymi dysponuje ten organ, nawiązuje w swojej treści do celów związanych ze zwalczaniem terroryzmu. Odmienne sytuacja kształtuje się w przypadku ABW, dla której zarówno zwalczanie terroryzmu⁴⁸, jak i ściganie jego sprawców jest jednym z wielu zadań, co do których podejmuje działania zapobiegawcze.

Z punktu widzenia charakteru działalności Federalny Urząd Kryminalny jest określany jako rodzaj służby policyjnej. Choć w literaturze dostrzega się jego podobieństwo do służb specjalnych – ze względu na rodzaj podejmowanych czynności – to przynajmniej z prawnego punktu widzenia BKA służbą specjalną nie jest⁴⁹. Zgoła inaczej wygląda to w przypadku Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Jest to jednocześnie organ ścigania, instytucja o charakterze policyjnym i krajowa służba specjalna zajmująca się prowadzeniem kontrwywiadu. Ze względu na nieistniejący w Polsce rozdział między służbami specjalnymi a policją, przyznanie ABW kompetencji analityczno-informacyjnych, operacyjno-rozpoznawczych i dochodzeniowo-śledczych nie stanowi problemu prawnego. Wiele czynności operacyjno-rozpoznawczych jest wykorzystywanych jednocześnie jako metody wywiadowcze, powiązane z celami analityczno-informacyjnymi. W Niemczech zarówno poszczególne instrumenty, jak i kompetencje odpowiednich służb w zakresie działalności (kontr-)wywiadowczej, są wymienione w odrębnych aktach prawnych.

Federalny Urząd Kryminalny i Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego mają podobne uprawnienia operacyjne w zakresie prewencji antyterrorystycznej. Dlatego w ramach współpracy międzynarodowej można je uznać za instytucje porównywalne. Istotną różnicą między charakterem analizowanych czynności wykonywanych przez Urząd i Agencję wynika z ich celu. Ustawa o BKA zawiera instrumenty służące rozpoznawaniu i wykrywaniu przestępstw, a także zapobieganiu im, podczas gdy czynności podejmowane przez ABW mogą mieć również funkcję represyjną, a więc mogą służyć ściganiu karnemu. Podstawą do podejmowania czynności represyjnych przez BKA w warunkach wyjątkowych jest niemiecki kodeks postępowania karnego. Z kolei czynności prewencyjno-policyjne wymagają sądowego zarządzenia tylko w najpoważniejszych przypadkach, gdyż z natury rzeczy nie są umyślnie podejmowane podczas procesu karnego.

Regulacja niemiecka przewiduje klauzulę generalną, która pozwala Federalnemu Urzędowi Kryminalnemu na podejmowanie wszelkich niezbędnych czynności w celu odparcia zagrożenia terrorystycznego, jeżeli nie są one określone w ustawie jako jeden z instrumentów. Ustawa o ABW oraz AW co prawda nie jest opatrzona klauzulą generalną, jednak w związku z tym, że pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawcze nie ogranicza się do „instrumentów operacyjnych zawartych w ustawie”, oraz zważywszy na przepis art. 19 ust. 3 ustawy o ABW oraz AW, także Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego ma uprawnienie do zapobiegania aktom terrorystycznym. Na podstawie ustawy o działaniach antyterrorystycznych można wręcz wywieść obowiązek spoczywający na szefie ABW, zgodnie z którym jest on zobowiązany do zwalczania przestępstwa terroryzmu.

Tajne metody uzyskiwania informacji o osobach mogących stanowić zagrożenie bezpieczeństwa państwa i przetwarzania danych osobowych wymagają podstawy prawnej. W przypadku regulacji niemieckich znajduje się ona w każdym przepisie normują-

⁴⁸ Por. definicję pojęć zwalczanie i ściganie we wstępie opracowania.

⁴⁹ G. Weber, *Das Bundeskriminalamt und seine geheimdienstliche Tätigkeit. Abschied vom Legalitätsprinzip*, „vorgänge” 1982, nr 55 (z. 1: *Geheimdienste der Bundesrepublik*), s. 69.

cym poszczególny instrument operacyjny. Przepis § 20b BKAG należy rozumieć jako klauzulę na wypadek, gdyby przetwarzanie danych na podstawie innych przepisów nie było wystarczające do zapobieżenia przestępstwu terrorystycznemu. Polska regulacja dotycząca zbierania danych jest natomiast bardzo szeroka i niedookreślona. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego ma uprawnienie do pozyskiwania danych w zakresie swojej właściwości. Regulacja polska i niemiecka charakteryzują się tzw. modelem podwójnych drzwi, zgodnie z którym z jednej strony uprawnienie do zbierania danych ma podstawę w prawie policyjnym, z drugiej natomiast obowiązek przekazywania danych odpowiednim służbom jest nakładany na usługodawców w ustawach dotyczących świadczenia określonych usług.

Należy również zwrócić uwagę na pokrewność przechowywania danych osobowych związanych z potencjalnymi sprawcami przestępstw terrorystycznych. Działająca w Niemczech antyterrorystyczna baza danych (niem. *Antiterrordatei*) znalazła swoje odzworowanie w polskich przepisach wraz z wejściem w życie ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Na podstawie tego aktu prawnego sporządzono wykaz zawierający informacje o osobach ważnych z uwagi na zwalczanie terroryzmu. Wykaz ten jest prowadzony przez szefa ABW (art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych).

Do tzw. szczególnych środków pozyskiwania danych, które są wymienione w ustawie o BKA, należą: długotrwała obserwacja (z możliwością zastosowania środków technicznych), stosowanie środków technicznych poza mieszkaniem oraz instytucja funkcjonariusza pod przykryciem i tajnego współpracownika. Możliwość prowadzenia obserwacji, także przy zastosowaniu środków technicznych (zarówno obserwacji, jak i podsłuchu poza mieszkaniem), jest uregulowana jako uprawnienie funkcjonariuszy ABW, z którego korzystają oni podczas realizowania zadań. Po raz kolejny polska regulacja charakteryzuje się wyjątkowym stopniem ogólności i nie precyzuje, tak jak jej niemiecki odpowiednik, zakresu i ograniczeń dotyczących jej wykorzystania. Ponadto tzw. policyjna obserwacja szczególna, będąca w Niemczech instrumentem operacyjnym, nie jest znana polskiemu systemowi jako metoda wykonywania czynności, lecz wynika z ogólnej współpracy służb między sobą, mając także na uwadze koordynację czynności analityczno-informacyjnych w ramach ustawy o działaniach antyterrorystycznych.

Służba pod przykryciem oraz nawiązywanie tajnej współpracy są w polskim prawie jedynie formą podejmowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, a nie konkretnym instrumentem operacyjnym, tak jak ma to miejsce na gruncie ustawy o Federalnym Urzędzie Kryminalnym. Funkcjonariusze pod przykryciem w obydwu systemach prawnych mogą korzystać z dokumentów służących do ukrycia ich tożsamości. W obydwu systemach istnieje także możliwość oddelegowania funkcjonariuszy do innych służb lub instytucji. Obydwa organy mogą również korzystać ze współpracy osób trzecich, co ma istotne znaczenie dla infiltracji środowisk kryminalnych.

Najbardziej doniosłym instrumentem operacyjnym w polskim systemie prawnym jest kontrola operacyjna, uregulowana w art. 27 ustawy o ABW oraz AW. Jest ona przeprowadzana na pięć różnych sposobów, z których każdy ma swój odpowiednik w prawie niemieckim. Uzyskiwanie i utrwalanie treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych, odpowiada niemieckiej kontroli telekomunikacji. Uzyskiwanie i utrwalanie obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne można porównać do znanej prawu niemieckiemu rejestracji dźwięku i obrazu w lokalach mieszkalnych. Kontrola operacyjna może również polegać na uzyskiwaniu i utrwalaniu treści koresponden-

cji, w tym korespondencji prowadzonej środkami komunikacji elektronicznej, a także uzyskiwaniu dostępu do przesyłek i kontroli ich zawartości. Ustawodawstwo niemieckie przewiduje kontrolę korespondencji pocztowej w ramach działalności wywiadowczej i w ramach procesu karnego, jednak nie lokuje tych uprawnień wśród przepisów policyjno-prawnych. Kontrola bieżącej korespondencji elektronicznej odbywa się w Niemczech na podstawie prawnej kontroli telekomunikacji. Poważnym wkroczeniem w prywatność – związanym z rozwojem techniki w XXI wieku – jest możliwość uzyskiwania i utrwalania danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych. Tak zwane przeszukiwanie online jest znane także ustawie o BKA.

W przypadku prowadzenia quasi-kontroli operacyjnej na podstawie polskiej ustawy o działaniach terrorystycznych nie przewiduje się sądowej kontroli. Oczekuje się skonfrontowania tego rozwiązania legislacyjnego z zasadą państwa prawa przez Trybunał Konstytucyjny, gdyż jej brak może się wydawać co najmniej wątpliwy. Niemiecki ustawodawca we wszystkich przypadkach dotyczących kontroli operacyjnej przewiduje sądowe zarządzenie tych instrumentów, a także obwarowania co do zakazu pozyskiwania danych stanowiących trzon sfery życia prywatnego. Bez kontroli sądu odbywa się w Polsce także pozyskiwanie metadanych od dostawców usług telekomunikacyjnych. I w Niemczech, i w Polsce te dane można gromadzić na zapas, jednak polskie terminy (12 miesięcy) są znacznie dłuższe niż niemieckie (10 tygodni). Obowiązek zapisywania danych ciąży zarówno na polskich, jak i na niemieckich dostawcach usług.

Instrumenty przesyłki niejawnie nadzorowanej i transakcji pozornej nie są w ustawie niemieckiej wymienione *expressis verbis*. Ten pierwszy instrument ma w prawie niemieckim charakter wyłącznie transgraniczny, drugi natomiast jest znany jako jedna z czynności kryminalno-taktycznych. W polskiej literaturze przedmiotu podkreśla się ich bardziej procesowy, niż operacyjny charakter.

Na uwarunkowania polskich i niemieckich działań wpływają także różnice dotyczące koncepcji ochrony interesów osoby, wobec której stosuje się metody operacyjne. W prawie niemieckim ich punktem wyjścia jest obowiązek poinformowania osoby, której dotyczy działanie operacyjne, o jego przeprowadzeniu. Tyczy się to zarówno działań prewencyjnych i policyjnych, jak i (choć naturalnie w mniejszym stopniu) środków podejmowanych przez służby wywiadowcze⁵⁰. Wyjątków od tej reguły jest wiele i prawdopodobnie w praktyce są one stosowane dużo częściej niż sama zasada. Jeśli chodzi o działania wywiadowcze, obowiązek ochrony interesów osób można spełnić, o ile nie występuje już zagrożenie, przeciwko któremu była skierowana ingerencja lub gdy można wykluczyć wystąpienie szkód dla dobra Federacji albo kraju związkowego. Istnieje również zasada nieudzielania informacji, jeżeli jest to sprzeczne z uzasadnioną ochroną interesów⁵¹ osób trzecich lub samego poszkodowanego. Przepis § 20w BKAG wymienia natomiast poszczególne instrumenty operacyjne i określa, kto musi zostać powiadomiony o ich zastosowaniu, a wyjątki są podobne do tych wspomnianych powyżej. Gdy na podstawie uzyskanych wiadomości wszczęto postępowanie przygotowawcze, to prokuratura udziela informacji o zastosowanych metodach operacyjnych, opierając się na procesowokarnej podstawie prawnej (§ 20w ust. 2 zd. 2 BKAG). Jeżeli nie można udzielić informacji poszkodowanemu w ciągu 12 miesięcy, to o dalszym odroczeniu tej czynności decyduje sąd (§ 20w ust. 3 BKAG).

⁵⁰ Por. §§ 8d ust. 3, 9 ust. 3 nr 1, 15, 19 ust. 4 BVerfSchG, § 7 BNDG, § 20w BKAG.

⁵¹ Niem. *schutzwürdiges Interesse*, czyli „interes godny ochrony”.

W polskiej koncepcji czynności operacyjno-rozpoznawczych nie ma mowy o ich ujawnianiu osobom, których one dotyczą. Jest to konstytucyjnie wątpliwe, zgodnie bowiem z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, każdy ma prawo żądać sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Wyjątkiem jest instrument operacyjny z art. 34a ustawy o ABW oraz AW, jednak i tutaj znajduje się wyjątkowa możliwość odroczenia obowiązku poinformowania podmiotu, którego informacje dotyczą, ze względu na możliwość zaszkodzenia wynikom podjętych czynności operacyjno-rozpoznawczych (ust. 10). Brak informacji ze strony organów państwowych o zebranych danych powoduje praktyczną niemożliwość skorzystania przez konkretny podmiot z konstytucyjnego prawa. Charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych z natury rzeczy uzasadnia ich tajność *ex ante*, a więc ich podejmowanie i prowadzenie bez wiedzy i zgody osoby im poddanej⁵². Do tej pory wystarczającym usprawiedliwieniem nieujawniania informacji o tego typu czynnościach było zapewnienie kontroli sprawowanej przez sądy, a także zachowanie granicy proporcjonalności i zasady subsydiarności. Gdy materiały operacyjne są wykorzystywane w postępowaniu karnym, to dołącza się je do akt sprawy. Można jednak objąć je klauzulą tajemnicy państwowej. Wątpliwe jest, na ile takie rozwiązania są zgodne ze współczesnymi zasadami ochrony praw jednostki.

Rozdział III. Metody operacyjne w procesie karnym

1. Określenie problemu

Wykorzystanie rezultatów pracy operacyjnej w procesie karnym jest związane z kilkoma problemami. Po pierwsze, większość niemieckich instrumentów prewencyjnych ma swoje odpowiedniki w kodeksie postępowania karnego. Relacje zachodzące między metodami operacyjnymi stosowanymi prewencyjnie i procesowo są zatem jaśniejsze, gdyż przepisów prawa administracyjnego (policyjnego) nie stosuje się do celów procesowych. Inny problem występuje w prawie polskim, w którym wykaz pokrewnych instrumentów nie zawsze ma odzwierciedlenie w kodeksie postępowania karnego. Po drugie, czynności operacyjno-rozpoznawcze są w Polsce podejmowane w czasie trwania procesu; należy się więc zastanowić nad dopuszczalnością i zasadami takiego postępowania. Po trzecie, należy przeanalizować sposób wykorzystywania wyników pracy operacyjnej do celów postępowania karnego. (...)

2. Czynności operacyjne a poszczególne czynności procesowe

2.1. Procesowe czynności operacyjne w prawie niemieckim

Niemiecki system bezpieczeństwa państwa charakteryzuje się swoistym trójpodziałem czynności o charakterze operacyjnym. W związku z zasadą rozdziału służb wywiadowczych i policji te pierwsze nie dysponują uprawnieniami wykonawczymi,

⁵² Trybunał Konstytucyjny (TK), wyrok z 23 VI 2009 r., K 54/07, OTK 2009, z. 6A, poz. 86, s. 61; wyrok z 12 XII 2005 r., K 32/04, OTK 2005, z. 11A, poz. 132, s. 7; D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 132.

a podejmowane przez nie czynności są osobnym reżimem prawnym. Więcej podobieństw można natomiast zauważyć między policyjnymi czynnościami zapobiegawczymi a instrumentami zawartymi w kodeksie postępowania karnego. Właściwie wszystkie instrumenty operacyjne, którymi dysponuje policja w celu rozpoznawania przestępstw i zapobiegania im, znajdują swoje odpowiedniki w kodeksie postępowania karnego, dzięki czemu mogą zostać wykorzystane do celów wykrywczych i dowodowych służących ściganiu karnemu⁵³. Zależności zachodzące między nimi zostały wymienione przy okazji opisu systemu bezpieczeństwa państwa w rozdziale I, 3.2.2. Toteż w tym miejscu należy się ograniczyć wyłącznie do wyszczególnienia przepisów będących odpowiednikami policyjnych metod operacyjnych, w kontekście wymienionych w rozdziale uprawnień dotyczących prewencji terrorystycznej prowadzonej przez BKA. Należą do nich: pozyskiwanie danych osobowych (§ 163d StPO), techniczne środki obserwacji (§ 100h StPO), obserwacja długotrwała (§ 163f StPO), specjalna obserwacja policyjna (§ 163e StPO), stosowanie środków technicznych poza mieszkaniem (§ 100f StPO), praca pod przykryciem (§§ 110a–110c StPO), rejestracja dźwięku w mieszkaniu (§§ 100c, 100d StPO), kontrola telekomunikacji (§§ 100a, 100b StPO), kontrola korespondencji (§§ 97, 99 i 100 StPO), pozyskiwanie metadanych (§ 100g StPO), identyfikacja urządzeń mobilnych (§ 100i StPO) oraz masowe porównywanie danych (§ 98a StPO). Działalność tajnych współpracowników w procesie wywodzi się z klauzuli generalnej, umożliwiającej podejmowanie czynności dochodzeniowych zgodnie z zasadą swobodnego kształtowania postępowania przygotowawczego (§ 161 ust. 1 zd. 1 w zw. z § 163 zd. 2 StPO)⁵⁴.

Wymienione instrumenty nie różnią się sposobem ich przeprowadzania od swoich policyjno-prawnych odpowiedników. Inny jest ich procesowy cel oraz inne obwarowania zasad postępowania przy ich stosowaniu. Wymagają one zawsze sądowego zarządzenia (z wyjątkiem przypadków niecierpiących zwłoki)⁵⁵. Jak już wspomniano, metody zawarte w regulacjach policyjno-prawnych są ukierunkowane na zdarzenia przyszłe (odparcie niebezpieczeństw, zapobieżenie przestępstwom), ich odpowiedniki procesowe są natomiast ukierunkowane na zdarzenia przeszłe (wykrycie przestępstwa i ustalenie jego okoliczności).

Warto zauważyć, że dwa policyjne środki operacyjne zawarte w ustawie o Federalnym Urzędzie Kryminalnym – § 20h BKAG (w zakresie zastosowania środków wizualnych w mieszkaniu oraz § 20k BKAG (przeszukiwanie systemu informatycznego) nie mają analogicznych regulacji w ramach postępowania karnego⁵⁶. Brak pierwszego środka jest podyktowany uwarunkowaniami konstytucyjnymi – zgodnie z art. 13 ust. 3 w zw. z ust. 4 GG, stosowanie optycznych środków technicznych w mieszkaniu jest dopuszczalne tylko w celach prewencyjnych, a nie procesowych⁵⁷. Jeśli zaś chodzi o ingerencję w system IT, to w obecnym stanie prawnym nie przewiduje się procesowej możliwości dokonania tego rodzaju czynności bez wiedzy osoby, której ona dotyczy⁵⁸. Pokrewną

⁵³ T. Bode, *Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen in Deutschland und in Polen im Vergleich*, w: *Neue Tendenzen im Strafprozessrecht – Deutschland, Polen und die Ukraine*, F.-C. Schroeder, T. de Vries (red.), Frankfurt am Main 2015, s. 164.

⁵⁴ T. Bode, *Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen*, Heidelberg 2012, s. 443 i cytowana tam literatura.

⁵⁵ T. Bode, *Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen in Deutschland...*, s. 163.

⁵⁶ W. Griesbaum, *Strafverfolgung zur Verhinderung terroristischer Anschläge – Eine Bestandsaufnahme*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht“ (NSStZ) 2013, s. 376.

⁵⁷ H.-J. Papier, w: *GG*, T. Maunz, G. Dürig, art. 13, nb. 73.

⁵⁸ BGH, postanowienie z 31 I 2007 r., StB 18/06., BGHSt (BGHSt – *Entscheidungen des Bundesgerichts-*

instytucją procesową jest przepis zezwalający na przeszukanie elektronicznych danych umieszczonych na fizycznie oddzielnym medium mającym pamięć masową, np. na serwerze lub w tzw. chmurze, o ile brak podjęcia czynności grozi utratą danych lub środków dowodowych, zawarty w § 110 ust. 3 StPO. Jest to jednak czynność procesowa jawna. Jeśli dane znajdują się na serwerze w innym państwie, dla ich zabezpieczenia nie wyklucza się skorzystania z pomocy prawnej⁵⁹. (...)

7. Możliwość wykorzystania rezultatów zagranicznej pracy operacyjnej w procesie

Uzyskiwanie dowodów za granicą oraz ich wykorzystywanie jest jednym z elementów współpracy w sprawach karnych⁶⁰. Podczas gdy w Polsce pomoc prawna jest uregulowana w ramach kodyfikacji postępowania karnego (dział XIII kpk⁶¹), w Niemczech jest to przedmiot odrębnego aktu normatywnego. Zarówno Polska, jak i Niemcy są stronami Konwencji z 29 maja 2000 r. o pomocy prawnej w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej⁶².

Co do zasady materiał dowodowy pochodzący od organów państw obcych może zostać wykorzystany w polskim procesie karnym⁶³. W przypadku dowodów zebranych operacyjnie, lecz służących celom procesowym (tj. na podstawie przepisów operacyjnych niemieckiego kodeksu postępowania karnego – por. podrozdział 2.1.), przeprowadzonych na wniosek polskiego organu ścigania, podstawą prawną będzie art. 587 kpk. Zgodnie z jego treścią protokoły czynności dowodowych przeprowadzonych przez sądy lub prokuratorów państw obcych albo przez organy działające pod ich nadzorem, sporządzone na wniosek polskiego sądu lub prokuratora, mogą być odczytywane na rozprawie na zasadach określonych w art. 389, 391 i 393 kpk, o ile sposób przeprowadzenia czynności nie jest sprzeczny z zasadami rodzimego porządku prawnego. Nadesłanie protokołów, zanim zostanie zawnioskowane przeprowadzenie czynności dowodowej, niekoniecznie pozbawia ich charakteru dowodu⁶⁴. Muszą być natomiast spełnione gwarancje ochronne zawarte w art. 587 kpk⁶⁵. W świetle tego przepisu sprzeczność sposobu przeprowadzenia czynności z porządkiem prawnym należy rozumieć nie tyle ściśle – formalnie i materialnie – ile jako ogólną zgodność czynności z tymi zasadami polskiego porządku, które w sposób fundamentalny kształtują model procesu⁶⁶. Do takich zasad zalicza się m.in. zasady dotyczące bezwzględnych zakazów dowodowych lub metod zakazanych przez polskie prawo.

Według ocen prezentowanych w literaturze przedmiotu w podobny sposób należy traktować każdy inny dowód, a zatem również taki, który powstał przy realizacji innego celu (a więc też w przypadku instrumentów prewencyjno-policyjnych – chociażby na podstawie przepisów § 20a i nast. BKAG), o ile został przekazany na podstawie wnio-

hofs in Strafsachen – Zbiór orzecznictwa Federalnego Sądu Najwyższego w sprawach karnych), 51, 211.

⁵⁹ S. Hegmann, w: *Beck'scher Online-Kommentar StPO*, J.-P. Graf (red.), § 110, nb. 13 i nast.

⁶⁰ B. Nita-Światłowska, *Ograniczenia w wykorzystywaniu w postępowaniu karnym dowodów przeprowadzonych przez obce organy*, w: *Pozaprocesowe pozyskiwanie dowodów i ich wykorzystanie w procesie karnym*, P. Hofmański, D. Szumilo-Kulczycka, P. Czarnecki (red.), Warszawa 2015, s. 297.

⁶¹ *Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego* (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r. poz. 1749).

⁶² Dz.U. z 2007 r. Nr 135 poz. 950.

⁶³ A. Sakowicz i in., *Wykorzystywanie w procesie karnym dowodów pochodzących z czynności pozaprocesowych – raport polski*, w: *Pozaprocesowe pozyskiwanie dowodów i ich wykorzystanie...*, s. 570.

⁶⁴ Sąd Najwyższy, uchwała z 30 IX 1977 r., VII KZP 32/77, OSNKW 1977, Nr 10–11, poz. 113.

⁶⁵ B. Nita-Światłowska, *Ograniczenia w wykorzystywaniu w postępowaniu karnym...*, s. 298.

⁶⁶ A. Sakowicz i in., *Wykorzystywanie w procesie karnym dowodów...*, s. 574.

sku, o którym mowa w art. 587 kpk⁶⁷. Trzeba również zwrócić uwagę na to, że dowody operacyjne uzyskane w Niemczech, a przekazane polskim organom ścigania, powinny być oceniane przez pryzmat przepisów niemieckich, gdyż są one zaliczane w polskim postępowaniu w poczet materiałów dowodowych na zasadach ogólnych, pod warunkiem niesprzeczności z zasadami polskiego porządku prawnego. Obrót informacjami uzyskanymi przez policję, które są przekazane bezpośrednio organom drugiego kraju, może się odbywać w sposób ułatwiony na podstawie art. 5 ust. 7 polsko-niemieckiej umowy o współpracy służb policyjnych⁶⁸ (szerzej o niej w rozdziale IV, podrozdz. 3). Jeśli organ przekazujący⁶⁹ udzielił zgody na przekazanie informacji, w tym danych osobowych, to mogą być one wykorzystane jako dowody w postępowaniu karnym, w ramach którego zostały przekazane⁷⁰.

Również w Niemczech co do zasady można wykorzystywać dowody uzyskane w innym państwie w ramach postępowania karnego⁷¹. Ustawa o pomocy prawnej w sprawach karnych⁷² jest aktem normatywnym przenoszącym różnego rodzaju przepisy z innych konwencji do celów prawa niemieckiego. Podobnie jak w regulacji polskiej na dopuszczalność dowodów zdobytych operacyjnie patrzy się przez pryzmat kraju, w którym dowód został uzyskany, a nie przez pryzmat niemieckiego prawa karnego procesowego. Jeśli dowód został uzyskany zgodnie z procedurami kraju, do którego się zwrócono z wnioskiem, to sąd z reguły zezwala na jego wykorzystanie⁷³. Konieczne jest zwrócenie się do państwa trzeciego z wnioskiem o uzyskanie dowodu, przy czym jest on dopuszczalny, jeśli jego uzyskanie w taki sposób byłoby dopuszczalne w prawie krajowym⁷⁴. W niemieckim postępowaniu karnym zdobywanie dowodów niezgodne z prawem (niem. *Beweiserhebung*) niekoniecznie musi prowadzić do zakazu ich wykorzystania (niem. *Beweisverwertungsverbot*). Sąd stwierdza, czy podczas uzyskiwania dowodu zostały naruszone podstawowe zasady niemieckiego porządku prawnego, a jeśli tak, to w jakim stopniu, a następnie podejmuje decyzję co do wykorzystania takiego dowodu. Na podstawie § 72 IRG (*Gesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen* – niemiecka ustawa o międzynarodowej pomocy w sprawach karnych) jest możliwa zmiana celu wykorzystania dowodu, jeżeli nie pozostaje to w sprzeczności z przepisami prawa kraju, w którym został on zdobyty.

Niezależnie od przepisów dotyczących pomocy prawnej w relacjach pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej, a więc także polsko-niemieckich, będzie możliwe skorzystanie z instrumentu europejskiego nakazu dochodzeniowego, który umożliwia wezwanie do przeprowadzenia w państwie wykonującym jednej lub więcej czynności dochodzeniowych, które służą gromadzeniu materiału dowodowego (motyw

⁶⁷ Tamże, s. 572.

⁶⁸ *Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o współpracy służb policyjnych, granicznych i celnych, sporządzona w Zgorzelcu dnia 15 maja 2014 r.* (Dz.U. z 2015 r. poz. 939).

⁶⁹ Na przykład *Bundeskriminalamt* na podstawie § 14a BKAG.

⁷⁰ *Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Entwurf eines Gesetzes zu dem Abkommen vom 15. Mai 2014 zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Republik Polen über die Zusammenarbeit der Polizei-, Grenz- und Zollbehörden*, 7 I 2015 r., BT-Drs 18/3696, s. 32.

⁷¹ L. Wörner, A. Sinn, M. Wörner, *Landesbericht Deutschland (Fragenkatalog)*, w: *Pozaprocesowe pozyskiwanie dowodów i ich wykorzystanie...*, s. 455.

⁷² Ustawa o międzynarodowej pomocy prawnej w sprawach karnych (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*) z 23 XII 1982 r. (BGBl. I S. 1537, ze zm.).

⁷³ L. Wörner, A. Sinn, M. Wörner, *Landesbericht Deutschland...*, s. 172.

⁷⁴ Tamże, s. 456.

7 dyrektywy 2014/41/UE⁷⁵). To wezwanie może obejmować również pozyskanie istniejącego i przyszłego materiału dowodowego⁷⁶. Natomiast nie stosuje się tego instrumentu wobec czynności podejmowanych w ramach obserwacji transgranicznej oraz podejmowanych przez zespoły dochodzeniowo-śledcze⁷⁷. Europejski nakaz dochodzeniowy powinien zastąpić istniejący do tej pory europejski nakaz dowodowy w przepisach krajowych najpóźniej do 22 maja 2017 r. (art. 36 dyrektywy 2014/41/UE)⁷⁸. Ma on mieć wymiar horyzontalny i powinien dotyczyć (...) *wszystkich czynności dochodzeniowych mających na celu gromadzenie materiału dowodowego*⁷⁹.

Wykładnia terminu czynność dochodzeniowa jest problematyczna w świetle różnic w procedurach karnych poszczególnych państw. Gdyby rozumieć ten termin przez pryzmat uzyskania dowodu, niektóre polskie czynności operacyjno-rozpoznawcze mogłyby mieć charakter dochodzeniowy, zważywszy na to, że ich ustawowym celem jest również ściganie sprawców i uzyskiwanie dowodów. Na takie rozumowanie wskazuje treść dyrektywy. W motywie 10 preambuły wskazano, iż (...) *organ wydający najlepiej potrafi ocenić, na bazie swojej wiedzy o szczegółach danego dochodzenia, jaką czynność dochodzeniową należy wykonać. Jednak gdy tylko jest to możliwe, organ wykonujący powinien wykonać inny rodzaj czynności dochodzeniowej, jeżeli wskazana czynność nie istnieje w jego prawie krajowym lub nie byłaby dopuszczalna w podobnej sprawie krajowej*. W kontekście niektórych metod operacyjnych, takich jak uzyskiwanie informacji bankowych, przesyłka niejawnie nadzorowana bądź dochodzenie prowadzone przez funkcjonariuszy pod fałszywą tożsamością, ustawodawca unijny zauważa, że mogą one być objęte europejskim nakazem dochodzeniowym, co nie wyklucza potrzeby powstania szczególnych ustaleń między współpracującymi państwami⁸⁰. Motywy 30 i nast. dyrektywy 2014/41/UE odnoszą się do przechwytywania przekazów telekomunikacyjnych oraz metadanych. Zgodnie z art. 2 ust. 3 dyrektywy organem wydającym europejski nakaz dochodzeniowy może być nie tylko sąd czy prokurator, lecz także (...) *każdy inny właściwy organ określony przez państwo wydające i w danym przypadku wypełniający swoją funkcję organu dochodzeniowego*⁸¹. Wyobrażalne jest więc wystawienie nakazu przez instytucję policyjną⁸². (...)

⁷⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (Dz.Urz. UE L 130 z 1 V 2014 r. poz. 1).

⁷⁶ Tylko do istniejącego materiału był ograniczony instrument europejskiego nakazu dowodowego na podstawie decyzji ramowej Rady UE Nr 2008/978/WSiSW z 18 XII 2008 r., uchylony rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/95/UE z 20 I 2016 r.; zgodnie z art. 2 rozporządzenia 2016/95 wszelkie europejskie nakazy dowodowe wykonywane na mocy decyzji ramowej 2008/978/WSiSW w dalszym ciągu podlegają przepisom tej decyzji do czasu, aż stosowne postępowanie karne zakończy się wydaniem prawomocnego rozstrzygnięcia.

⁷⁷ M. Andrzejewska, *Wykorzystywanie dowodów pozyskanych za granicą – sprawozdanie z dyskusji*, w: *Pozaprocesowe pozyskiwanie dowodów i ich wykorzystanie...*, s. 167.

⁷⁸ Na brak możliwości bezpośredniego stosowania przepisów dyrektywy w postępowaniu karnym przed wpływem tego terminu wskazuje T. Bode, *Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen in Deutschland und in Polen im Vergleich*, w: *Neue Tendenzen im Strafprozessrecht – Deutschland, Polen und die Ukraine*, F.-C. Schroeder, T. de Vries (red.), Frankfurt am Main 2015, s. 179.

⁷⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego..., motyw 8.

⁸⁰ Tamże, motyw 24.

⁸¹ B. Nita-Światłowska, *Wykorzystywanie dowodów pozyskanych za granicą*, w: *Pozaprocesowe pozyskiwanie dowodów i ich wykorzystanie...*, s. 287.

⁸² H. Ahlbrecht, *Die Europäische Ermittlungsanordnung – oder: EU-Durchsuchung leicht gemacht*, StV 2013, s. 116.

Rozdział IV. Metody operacyjne w kontekście polsko-niemieckiej współpracy i członkostwa w Unii Europejskiej

3. Umowa o współpracy służb policyjnych, granicznych i celnych – nowa podstawa współpracy

Umowa o współpracy służb policyjnych, granicznych i celnych⁸³ podpisana 15 maja 2014 r., która weszła w życie 9 lipca 2015 r., zastąpiła m.in. wcześniejsze regulacje z roku 2002⁸⁴. Ten nowy dokument jest ważnym elementem polsko-niemieckiej współpracy policyjnej, która od dawna jest intensywna i ma szczególne znaczenie zwłaszcza dla terenów przygranicznych – w związku ze zwalczaniem lokalnej przestępczości. Strategiczną wartość ma powstałe w 2007 r. Polsko-Niemieckie Centrum Współpracy Służb Granicznych, Policyjnych i Celnych w Świecku, w którym przedstawiciele wielu lokalnych instytucji policyjnych obydwu państw koordynują działania w zakresie obserwacji przygranicznych zagrożeń. Umowa wprowadza także podstawy prawne i konkretne instrumenty współpracy instytucji centralnych, co jest istotne w odniesieniu do zagrożeń ponadlokalnych, do których należy terroryzm międzynarodowy. Dzięki nowym przepisom funkcjonariusze poruszają się w jednoznacznym reżimie prawnym, korzystając z kompetencji na podstawie ustaw państwa sąsiedzkiego.

W art. 1 omawianej umowy jej strony zobowiązują się do współpracy w zapobieganiu, wykrywaniu, zwalczaniu i ściganiu przestępstw oraz do współdziałania w zapobieganiu i przeciwdziałaniu zagrożeniom bezpieczeństwa i porządku publicznego. Wśród organów centralnych można znaleźć zarówno Federalny Urząd Kryminalny, jak i Szefa ABW (art. 2 ust. 2 umowy). Mogą one współpracować ze sobą bezpośrednio (art. 4 ust. 1 umowy), a współpraca ta odbywa się na podstawie wniosków przekazywanych zgodnie z właściwością. Szczególną formą wspólnego działania jest klauzula dotycząca zapobiegania i zwalczania terroryzmu zawarta w art. 19. Umieszczenie jej w wykazie form szczególnych jest niefortunne, gdyż przepis ten nie precyzuje konkretnych metod, a jedynie wskazuje na to, iż właściwe organy realizują, zgodnie z prawem wewnętrznym, uzgodnione czynności, jeżeli wymaga tego zapobieganie i zwalczanie terroryzmu. Właściwe organy mogą powołać stałe lub na czas określony punkty współpracy funkcjonariuszy lub pracowników (art. 28), wymieniać oficerów łącznikowych (art. 11) i podporządkowywać swoich funkcjonariuszy lub pracowników, co wiąże się z realizowaniem uprawnień władczych pod kierownictwem (art. 13). Umowa przewiduje również pogłębianie współpracy m.in. przez sporządzanie wspólnych raportów sytuacyjnych, tworzenie wspólnych stanowisk dowodzenia, zespołów zadaniowych oraz planowanie i realizowanie wspólnych programów zapobiegania przestępczości (art. 14). W ramach współpracy naukowo-technicznej w umowie przewidziano m.in. udostępnianie specjalistycznego sprzętu i pomieszczeń służbowych.

⁸³ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o współpracy służb policyjnych...

⁸⁴ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o współpracy policji i straży granicznych na terenach przygranicznych, podpisana w Berlinie dnia 18 lutego 2002 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 223 poz. 1915) oraz Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o współpracy w zakresie zwalczania przestępczości zorganizowanej oraz szczególnie niebezpiecznych przestępstw, podpisana we Wrocławiu dnia 18 czerwca 2002 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 248 poz. 2486).

3.1. Wymiana informacji o zagrożeniach terroryzmem

Jak wspomniano wcześniej, właściwe organy Polski i Niemiec realizują uzgodnione czynności w celu zapobiegania i zwalczania terroryzmu. Na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 10 umowy z 15 maja 2014 r. te organy mogą wymieniać informacje o planowanych i popełnionych zamachach terrorystycznych, metodach i technikach działania sprawców tych zamachów lub osób podejrzanych o ich popełnienie oraz o ugrupowaniach terrorystycznych planujących popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Przekazywanie informacji przez właściwe organy może odbywać się z własnej inicjatywy, zgodnie z prawem wewnętrznym. Wykaz informacji zawarty w art. 6 stanowi, iż mogą one dotyczyć m.in.:

- sprawców przestępstw lub osób podejrzanych uczestniczących w popełnieniu przestępstwa;
- istotnych okoliczności, podjętych czynności, powiązań między sprawcami, struktur, organizacji oraz metod działania zorganizowanych grup, typowych wzorców zachowań;
- właścicieli środków transportu, posiadaczy tych środków i osób nimi kierujących, a także danych i dokumentów identyfikujących środki transportu i uprawnienia do ich prowadzenia;
- ustalenia adresu zamieszkania, miejsca pobytu i statusu pobytu oraz wyników kontroli legalności pobytu;
- abonentów i użytkowników sieci telekomunikacyjnych i teleinformatycznych, danych z systemów informacyjnych, rejestrów i innych zbiorów danych;
- rozpytywania osób, sprawdzenia i ustalenia tożsamości osób, planowania, przygotowywania i przeprowadzania czynności poszukiwawczych, oględzin, zabezpieczenia i dokumentacji śladów;
- szlaków i skali nielegalnej migracji oraz zjawisk migracyjnych; identyfikacji rzeczy, szczególnie broni, amunicji i materiałów wybuchowych, ich właścicieli lub posiadaczy oraz próbek materiałów wybuchowych i innych materiałów niebezpiecznych.

Ta regulacja nie wyczerpuje wszystkich możliwości i dotyczy współpracy policyjnej, a porozumienia odnoszące się do wspólnego działania w zakresie ścigania karnego pozostają nienaruszone⁸⁵.

3.2. Grupy operacyjno-śledcze

W polsko-niemieckiej umowie o współpracy przewidziano interesującą możliwość utworzenia grup operacyjno-śledczych (niem. *operative Ermittlungsgruppen*). Już samo nazewnictwo zwraca uwagę na nietypowy charakter grupy, którą należy odróżnić od ugruntowanego na podstawie prawa europejskiego wspólnego zespołu śledczego (niem. *gemeinsame Ermittlungsgruppe*)⁸⁶, uregulowanego w art. 589b i nast. KPK oraz § 93 IRG, który może podejmować działania dopiero na etapie postępowania przygotowawczego⁸⁷. Grupa operacyjno-śledcza, którą utworzono na podstawie art. 12 umowy

⁸⁵ Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, *Entwurf...*, BT-Drs 18/3696, s. 32.

⁸⁶ Ustanowione na podstawie *Decyzji ramowej Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie wspólnych zespołów dochodzeniowo-śledczych (2002/465/WSiSW)* (Dz.Urz. UE L 162 z 20 VI 2002 r. poz. 1).

⁸⁷ A. Górski, *Europejskie ściganie karne. Zagadnienia ustrojowe*, Warszawa 2010, s. 62, wskazuje na po-

o współpracy, umożliwia (...) *ścisłe współdziałanie w celu zapobiegania, wykrywania lub zwalczania przestępstw, w szczególności przestępstw popełnianych przez zorganizowane grupy*. Dopuszczalne wydaje się utworzenie grupy, która ma podejmować czynności prewencyjno-zapobiegawcze, a więc również operacyjno-rozpoznawcze. Takie rozumowanie wynika jednak bardziej z treści umowy sporządzonej w języku polskim, w której wskazano na (...) *równoległe prowadzenie czynności* (art. 12 ust. 1) oraz (...) *przeprowadzanie odpowiednich czynności* (art. 12 ust. 3 pkt 1). W niemieckojęzycznej wersji umowy posłużono się sformułowaniem „*Ermittlungen*” lub „*Ermittlungshandlungen*”, co mogłoby wskazywać na ich charakter dochodzeniowo-śledczy, a nie operacyjno-rozpoznawczy. Jednak w świetle tytułu przepisu oraz wyraźnie wymienionych celów prewencyjnych (zapobieganie, zwalczanie; *Verhütung, Bekämpfung*), należy uznać, iż grupa operacyjno-śledcza może, w przeciwieństwie do wyżej wspomnianego instrumentu prawa wspólnotowego, podejmować czynności o charakterze operacyjno-rozpoznawczym. Taką wykładnię potwierdza uzasadnienie projektu ustawy transponującej umowę do niemieckiego ustawodawstwa, które wyraźnie wskazuje na to, że grupy operacyjne nie obejmują wspólnych zespołów śledczych kierowanych przez prokuraturę⁸⁸. Termin „*Ermittlungen*” bywa używany przez niemieckiego ustawodawcę również w kontekście działań prewencyjnych (np. § 161 ust. 3 StPO – (...) *nicht offene Ermittlungen auf polizeirechtlicher Grundlage*). (...)

Uwagi końcowe

Podejmowanie tajnych czynności w stosunku do jednostek zagrażających bezpieczeństwu państwa zawsze będzie tematem kontrowersyjnym. Z jednej strony, aby zapewnić ochronę państwu, a jego obywatelom – bezpieczeństwo, policja oraz służby specjalne muszą dysponować skutecznymi mechanizmami pozwalającymi odgrywać im swoją rolę. Z drugiej jednak strony między uprawnieniami służb a wolnościami obywatelskimi zawsze będzie zachodziła rozbieżność. Bezpieczeństwo ma swoją cenę – jest nią ograniczenie swobód obywatelskich. Zadaniem ustawodawcy jest skonstruowanie takiego prawa, które w jak największym stopniu umożliwi zapobieganie różnego rodzaju zagrożeniom oraz ściganie sprawców przestępstw i jednocześnie w jak najmniejszym stopniu zezwala na wkraczanie w sferę prywatności obywateli.

Wykorzystanie owoców operacyjnej pracy służb w ramach postępowania karnego powoduje powstanie kolejnych problemów. Dokonuje się bowiem przemieszanie dwóch obszarów, w których państwo jest zobligowane do podejmowania działań – zapobiegania zagrożeniom oraz działalności karno-represyjnej. Nie są to oczywiście obszary całkowicie odległe. W tym kontekście warto choćby wspomnieć o definicji operacji wywiadowczej w świetle jednej z unijnych decyzji ramowych, która jest określana jako (...) *stadium postępowania, które nie jest jeszcze na etapie dochodzenia karnego, w którym właściwy organ ścigania jest upoważniony na mocy prawa krajowego do gromadzenia, przetwarzania i analizowania informacji o przestępstwach lub działalności przestępczej w celu ustalenia, czy konkretne przestępstwa zostały popełnione lub mogą zostać popełnione*⁸⁹. Znamienne jest zestawienie

czątkowo sporny charakter czynności tych zespołów.

⁸⁸ Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, *Entwurf...*, BT-Drs 18/3696, s. 34.

⁸⁹ Art. 2 lit. c *Decyzji ramowej Rady 2006/960/WSiSW z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie uproszczenia*

w niej kompetencji organów ścigania zbierających dane o przyszłych, negatywnych wydarzeniach, zarówno aby im zapobiec, jak i aby ścigać ich sprawców, z uprawnieniami informacyjnymi.

Polskie i niemieckie prawo dostrzega te dwie odrębne role, jednak tylko system niemiecki dokonuje odpowiedniego rozróżnienia w ustawodawstwie na podstawie celu danej czynności. Jest to związane z zasadą federalizmu, której jednym z elementów jest odpowiedzialność federacji za ściganie karne. Natomiast w gestii krajów związkowych leży policyjna działalność prewencyjna. Walka z terroryzmem wymaga maksymalnego wykorzystania dostępnych uprawnień państwa w świetle konstytucji. Metody operacyjne można umieścić w prawie niemieckim w dwóch reżimach. Prawo administracyjne zawiera normy kompetencyjne, które ustanawiają uprawnienia informacyjne służb wywiadowczych, oraz zapobiegawcze instrumenty operacyjne stosowane przez policję. Te instrumenty mają charakter zarówno informacyjny, jak i wykonawczy. Prawo karne procesowe obejmuje instrumenty pokrewne do policyjnych, które są stosowane zgodnie z represyjnymi aspektami procesu i są obarczone bardziej rygorystycznymi kryteriami. Z kolei system polski charakteryzuje się obecnością czynności operacyjno-rozpoznawczych, które mają charakter wywiadowczy, policyjno-prewencyjny, a często również procesowy. Charakter danej czynności zależy od momentu, w którym jest ona podejmowana, a często także od instytucji, która ją podejmuje. Z punktu widzenia systematyki prawa jest to rozwiązanie bardzo chaotyczne.

Mimo to, przewidziane rozwiązania prawne muszą być konsekwentne i możliwe do zrealizowania w praktyce. Zasadny jest argument, iż w ramach działalności prewencyjnej służby powinny mieć szersze uprawnienia, pod warunkiem, że wykorzystanie w procesie rezultatów tych czynności będzie podlegać ostrzejszym rygorom. Faktyczne uprawnienia służb polskich i niemieckich są jednak porównywalne, a w wielu aspektach praktycznie identyczne. Jeśli chodzi o rozwiązania prawne, wydaje się, że służby obydwu państw dysponują rozwiązaniami umożliwiającymi im skuteczne zwalczanie zagrożeń terrorystycznych. Rzeczywista zdolność przeciwdziałania terroryzmowi jest oparta nie tylko na rozwiązaniach legislacyjnych, lecz także przede wszystkim na jakości zaplecza operacyjnego, metodach szkoleniowych, wprowadzaniu innowacji technologicznych, zdolnościach analitycznych i umiejętnościach personelu. Strategiczne znaczenie ma współpraca międzyinstytucjonalna i międzynarodowa, a także polityka informacyjna⁹⁰.

Ustawodawstwo w obydwu państwach stoi jeszcze przed wieloma wyzwaniami. Ustawodawstwo niemieckie jest bardzo dojrzałe, a kultura ochrony danych osobowych i prywatności jest wysoka. To zjawisko prowadzi do wyśrubowanych standardów ustawodawczych odnoszących się do przepisów, które dotyczą kompetencji państwa do wkraczania w prawa jednostki. Przepisy odnośnie do służb wywiadowczych, ustawa o Federalnym Urzędzie Kryminalnym oraz kodeks postępowania karnego w części dotyczącej podejmowania tajnych czynności procesowych są zredagowane z niespotykaną w Polsce dokładnością i skrupulatnością. Ale jest to zjawisko zarówno pozytywne, jak i negatywne. Należy pochwalić regulacje niemieckie

wymiany informacji i danych wywiadowczych między organami ścigania państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE L 386 z 29 XII 2006 r. poz. 89).

⁹⁰ W. Griesbaum, *Strafverfolgung zur Verhinderung terroristischer Anschläge – Eine Bestandsaufnahme*, NStZ 2013, s. 378.

za ich precyzję i szeroki zakres, co jest gwarancją przestrzegania prawa. Przepisy niemieckie charakteryzują się rozbudowanymi, wielokrotnie złożonymi zdaniami, a poszczególne normy składają się z wielu jednostek redakcyjnych usiłujących uregulować wiele możliwych scenariuszy. Jeśli chodzi o metody operacyjne, które w czasach rozwoju informatycznego są oparte na coraz nowszych rozwiązaniach technicznych, istnieje ryzyko, że prawo nie będzie nadążać za zmianami technologicznymi. Warto więc postulować stanowienie zwięzłego, ponadczasowego prawa, które będzie obowiązywało przez wiele pokoleń.

Mimo że przepisy niemieckie są w porównaniu do polskich nadzwyczaj szczegółowe i wydają się w sposób bardzo rygorystyczny chronić prawa jednostki, to jednak wiele wyroków Federalnego Trybunału Konstytucyjnego doprowadziło do uznania ich za niezgodne z konstytucyjnymi standardami. Kolejna poważna reforma powinna zostać przeprowadzona do połowy 2018 r., gdy wiele uprawnień Federalnego Urzędu Kryminalnego utraci moc. Wyroki BVerfG są w niemieckiej kulturze prawnej szanowane. Federalny minister spraw wewnętrznych Thomas de Maizière stwierdził, że nie podziela zdania trybunału dotyczącego uprawnień BKA, gdyż wyrok ten utrudnia walkę z międzynarodowym terroryzmem, natomiast mimo wszystko (...) *należy z nim żyć, uszanować go oraz zaimplementować jego postanowienia*⁹¹. Niewykluczone, iż wkrótce zostaną podjęte reformy dotyczące uprawnień służb wywiadowczych – przede wszystkim BND i BfV.

Zarówno w polskim, jak i niemieckim systemie prawnym pojawiły się tzw. ustawy antyterrorystyczne. Występujące w nich problemy są jednak różnej natury. Nie można było spodziewać się, że ustawa o działaniach antyterrorystycznych spowoduje gruntowną przebudowę systemu bezpieczeństwa państwa. Ułatwia ona co prawda koordynowanie zadań w przypadku zdarzeń terrorystycznych i nieznacznie rozszerza istniejące kompetencje służb, ale nie wprowadza rewolucji w systemie bezpieczeństwa państwa. Postulat wprowadzenia ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych pojawiający się w polskiej literaturze jest dalej aktualny i wstępnie można go uznać za zasadny⁹². Nie powinien się on jednak ograniczać wyłącznie do utworzenia wykazu czynności i regulacji dotyczących ich podejmowania, a kompleksowo zmodyfikować pojmowanie czynności procesowych i przedprocesowych ze względu na ich cel oraz jasno ustanowić zasady dotyczące wykorzystania ich rezultatów w toku postępowania karnego – z uwzględnieniem standardów konstytucyjnych.

Problem faktycznego zagrożenia terrorystycznego jest zagadnieniem bardzo dynamicznym. Do tej pory zwracano uwagę na to, że Polska pozostaje poza zainteresowaniem islamskich ekstremistów. W kontekście kryzysu migracyjnego w Europie, udziału Polski w misjach na Bliskim Wschodzie oraz zaangażowania militarnego w ramach NATO czy np. udostępniania infrastruktury dla tajnych więzień CIA⁹³ zmiana zainteresowania terrorystów może nastąpić z dnia na dzień. Niemcy dostrzegają nie tylko potrzebę utrzymania stanu obecnego, lecz także dalszego rozbudowywania międzynarodowej współpracy antyterrorystycznej⁹⁴. Mimo że sposób uregulowania in-

⁹¹ Redaktion beck-aktuell, *Reaktionen auf BKA-Urteil des BVerfG*, z 20 IV 2016 r., becklink 2003049, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2003049.htm> [dostęp: 4 VII 2016].

⁹² P. Czarnecki, *Czynności operacyjne u wrót procesu. Garść refleksji*, w: *Pozaprocesowe pozyskiwanie dowodów i ich wykorzystanie...*, s. 187.

⁹³ D. Szlachter, *Walka z terroryzmem w Unii Europejskiej – nowy impuls*, Toruń 2007, s. 221.

⁹⁴ Redaktion beck-aktuell, *Reaktionen...* [online], z 20 kwietnia 2016 r., becklink 2003049, <https://beck->

strumentów operacyjnych jest w wielu wypadkach daleki od idealnego, trzeba mieć świadomość kompromisu między skutecznością a transparentnością działań służb specjalnych. Należy też mieć przy tym nadzieję, że dalsze kroki legislacyjne związane z regulowaniem przeprowadzania przez służby tajnych czynności doprowadzą do wzmożonego poczucia bezpieczeństwa wszystkich obywateli i do osłabienia obaw co do utraty prywatności. Ujęcie tego tematu w ramy prawne, a także kontrola organów wykonawczych, spoczywają w rękach sądownictwa oraz demokratycznie wybranych przedstawicieli władzy. Zwalczanie terroryzmu w sposób odpowiadający wysokim standardom państwa prawa jest trudne do pogodzenia ze współczesnymi, często niedającymi się okiełznać zagrożeniami, w których nasi przeciwnicy nie postępują fair. Jest to z pewnością wyzwanie dla cywilizacji łacińskiej i jej prawnej tradycji. Mówi się jednak, że nic tak nie jednoczy, jak wspólny wróg. Być może zjawisko terroryzmu spowoduje, że państwa narodowe, zjednoczone bardziej niż kiedykolwiek, wypracują wspólne mechanizmy w celu zapewnienia globalnego bezpieczeństwa, a przede wszystkim będą przedkładać współpracę w zakresie bezpieczeństwa międzynarodowego ponad interesy własne.