



Warszawa, 03-07-2025 r.

**BIURO
RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH**

Zespół Prawa Karnego

II.519.109.2015.DC

**Wykonanie wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka
w sprawie Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko
Polsce (sprawa nr 72038/17 i 25237/18).**

**Raport w przedmiocie koniecznych zmian w przepisach
regulujących pozaprocesową oraz procesową kontrolę
i utrwalanie rozmów.**

dr Dominika Czerniak

Wydział ds. Legislacyjnych i Ustrojowych

Spis treści

I. Oficjalna skala niejawnej inwigilacji w latach 2018-2024	3
II. Konstytucyjne uwarunkowania prowadzenia niejawnej inwigilacji	9
III. Niejawna inwigilacja w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.....	12
IV. Prawo krajowe.....	20
IV.1. Dostępność przepisów prawa regulujących niejawną inwigilację.....	20
IV.2. Zakres podmiotowy i przedmiotowy	24
IV.2.1. Zakres podmiotowy	24
IV.2.2. Zakres przedmiotowy.....	34
IV.3. Czas trwania	44
IV.3.1. Pozaprocesowa kontrola i utrwalanie rozmów	44
IV.3.2. Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów.....	49
IV.4. Ukształtowanie procedury wyrażania zgody na niejawną inwigilację a ochrona jednostki przed arbitralnością działania władzy publicznej	51
IV.4.1. Pozaprocesowa kontrola i utrwalanie rozmów	53
IV.4.2. Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów.....	65
IV.5. Zasady wykorzystania, dostępu, przechowywania i niszczenia danych pozyskanych w trakcie niejawnej inwigilacji	68
IV.5.1. Pozaprocesowa kontrola i utrwalanie rozmów	68
IV.5.2. Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów.....	80
IV.6 Istnienie zewnętrznych mechanizmów kontrolnych i ich efektywność	81
V. Wnioski i zalecenia do podjęcia dalszych działań.....	85

I. Oficjalna skala niejawnego nadzoru w latach 2018-2024

Zgodnie z art. 11 Prawa o prokuraturze¹ do dnia 30 czerwca każdego roku Prokurator Generalny przedstawia Sejmowi i Senatowi jawną roczną informację o łącznej liczbie osób, wobec których został skierowany wniosek o zarządzanie kontrolą i utrwalania rozmów (kontrola procesowa) lub wniosek o zarządzanie kontrolą operacyjną (kontrola pozaprocesowa), ze wskazaniem liczby osób, co do których:

- 1) sąd zarządził kontrolę i utrwalanie rozmów lub kontrolę operacyjną,
 - 2) sąd odmówił zarządzania kontrolą i utrwalania rozmów lub kontroli operacyjnej,
 - 3) wniosek o kontrolę operacyjną nie uzyskał zgody prokuratora
- z wyszczególnieniem liczby osób w wymienionych kategoriach, co do których o kontrolę operacyjną wnioskował właściwy organ².

Dane statystyczne dotyczące środków niejawnego nadzoru, zgodnie z art. 19 ust. 22 ustawy o Policji, muszą zostać przedstawione w odniesieniu do działań operacyjnych

¹ Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze; Dz.U. z 2024, poz. 390. Przepis art. 11 został wprowadzony w związku z konieczności wdrożenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 23/11.

² Szczegółowe dane są dostępne:

- za 2024 r. w informacji Prokuratora Generalnego z dnia 3 kwietnia 2025 r., druk sejmowy nr 1193; <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/0/D4F76522361A2504C1258C7500359F11/%24File/1193.pdf>;
- za 2023 r. w informacji Prokuratora Generalnego zaprezentowanej na posiedzeniu Komisji Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 15 kwietnia 2024 r.; <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/0/7522A4519FE790ACC1258B01003A2A38/%24File/308.pdf>;
- za 2022 r. w informacji Prokuratora Generalnego zaprezentowanej na posiedzeniu Komisji Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 16 sierpnia 2023 r.; <https://sejm.gov.pl/sejm9.nsf/biuletyn.xsp?documentId=B354C2219D74C576C1258A120042FF61>;
- za 2021 r. w informacji Prokuratora Generalnego zaprezentowanej na posiedzeniu Komisji Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 22 września 2022 r.; <https://www.senat.gov.pl/prace/komisje-senackie/przebieg,9837,1.html>.
- za 2020 r. w informacji Prokuratora Generalnego zaprezentowanej na posiedzeniu Komisji Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 września 2021 r.; <https://sejm.gov.pl/sejm9.nsf/biuletyn.xsp?sknr=ASW-73>;
- za 2019 r. w informacji Prokuratora Generalnego zaprezentowanej na posiedzeniu Komisji Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 września 2021 r.; <https://sejm.gov.pl/sejm9.nsf/biuletyn.xsp?sknr=ASW-73>;
- za 2018 r. w informacji Prokuratora Generalnego zaprezentowanej na posiedzeniu Komisji senackiej z dnia 17 września 2019 r.; <https://www.senat.gov.pl/prace/komisje-senackie/przebieg,8319,1.html>.
- za 2017 r. w informacji Prokuratora Generalnego zaprezentowanej na posiedzeniu Komisji senackiej <https://www.senat.gov.pl/prace/komisje-senackie/przebieg,8319,1.html>.

prowadzonych przez Policję, Służbę Ochrony Państwa oraz Biuro Spraw Wewnętrznych Policji do dnia 30 czerwca następnego roku po roku nią objętym.

Tabela 1. - liczba spraw, w których Policja wnioskowała o kontrolę operacyjną w latach 2018-2024³

	2024	2023	2022	2021	2020	2019	2018	Suma
Liczba osób objętych kontrolą	5234	5117	5407	5884	5239	4322	4672	35.875
Liczba wniosków/spraw	8868	9341	9781	11074	10155	8196	8451	65.866
Wnioski uwzględnione	8588	9195	9612	10912	9984	8065	8238	64594
Tryb zwykły	5921	6379	6271	7489	6777	6058	6067	44.962
Tryb w wypadku niecierpiącym zwłoki	1368	1515	1897	1920	1784	1061	1159	10.704
Przedłużenia kontroli	1299	1301	1444	1503	1422	946	986	8901
Odmowy sądu	110	11	13	7	21	15	8	187
Odmowy prokuratora	170	135	156	155	150	116	205	1087
Skuteczność kontroli⁴	1165	861	1308	1672	1471	1303	1790	9570

³ Tabela opracowana na podstawie danych przedstawionych przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji. Materiały, na podstawie których opracowano tabelę znajdują się: druk senacki Senatu XI kadencji nr 371 z 2025 r., <https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatdruki/13725/druk/371.pdf?r13725>; druk sejmowy Sejmu X kadencji nr 500 z 2024 r., <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/0/2B0A9BC477E5C111C1258B490046B094/%24File/500.pdf>, druk sejmowy Sejmu IX kadencji nr 469 z 2020 r., <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/F337DF2C1E07BDF7C125859F003805D1/%24File/469.pdf>; druk sejmowy Sejmu IX kadencji nr 1303 z 2020 r., <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/95E69A9A9F996A3CC125870B003B05DB/%24File/1383.pdf>; druk sejmowy Sejmu IX kadencji nr 2433 z 2022 r., <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/0C3C2A5E604DDD7BC1258877003E669B/%24File/2433.pdf>.

⁴ Rozumiana jako uzyskanie dowodów na potrzeby postępowania karnego.

Na podstawie danych prezentowanych przez Prokuratora Generalnego – zgodnie z art. 11 ustawy o Prokuraturze – oraz Ministra właściwego do spraw wewnętrznych i administracji na podstawie art. 19 ust. 22 ustawy o Policji – nie jest możliwe oszacowanie rzeczywistej skali inwigilacji.

Po pierwsze, dane statystyczne prezentowane na posiedzeniach Komisji sejmowej są nieprecyzyjne. Pojawiają się rozbieżności w raportowaniu, np. w 2020 zgodnie z ogólną informacją w przedmiocie liczby wniosków o objęcie kontrolą, było ich 6537. Tymczasem dodanie ogólnej liczby wniosków kierowanych przez służby o objęcie kontrolą operacyjną daje łączną liczbę 6440. Brakuje zatem informacji o 137 sprawach. Podobnie jest, gdy doda się ogólną liczbę odmów sądu – zgodnie z informacją ogólną, powinno być ich 35, a dodanie jednostkowych wartości daje liczbę 29. Liczba osób objętych kontrolą operacyjną według informacji ogólnej to 6384, a dodając poszczególne wartości suma daje liczbę 6293 osoby. Rozbieżności w liczbach, które trudno uzasadnić omyłkami rachunkowymi (chodzi o średnio ok. 100 spraw rocznie) pojawiają się w każdym raporcie prezentowanym przez Prokuratora Generalnego⁵.

Po drugie, Prokurator Generalny przedstawia zbiorczą informację na temat kontroli operacyjnej (stosowanej i prowadzonej przez służby; zob. pkt IV.1) i procesowej kontroli i utrwalania rozmów (art. 237 i nast. k.p.k.). Oba środki inwigilacji, choć zbliżone, jeśli chodzi o istotę (ingerencja w prywatność jednostki i kontrola komunikacji) różnią się od siebie w zakresie możliwości inwigilacyjnych, jakie przewidują przepisy ustaw. Przykładowo, kontrola operacyjna może polegać na zdalnym dostępie do urządzeń teleinformatycznych⁶, a kontrola procesowa nie. Kontrola zawartości przesyłek, będąca jedną z form działań operacyjnych, na podstawie przepisów ustaw szczegółowych jest możliwa na mocy decyzji sądu, w przypadku zaś czynności procesowych działanie takie jest możliwe na podstawie art. 218 k.p.k.

⁵ Zob. informacja Prokuratora Generalnego zaprezentowanej na posiedzeniu Komisji Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 września 2021 r.; <https://sejm.gov.pl/sejm9.nsf/biuletyn.xsp?sknrn=ASW-73>;

⁶ Por. uwagi w pkt IV.1.

Postanowienie o kontroli przesyłek wydaje organ prowadzący postępowanie, więc w zależności od stadium jest to sąd (w postępowaniu sądowym) albo prokurator (w postępowaniu przygotowawczym).

Po trzecie, brak jest pełnej informacji dotyczących podsłuchów w wypadkach niecierpiących zwłoki. Procedura taka, wynikająca m.in. z art. 19 ust. 3 ustawy o Policji i innych ustaw regulujących tą problematykę, pozwala na stosowanie działań operacyjnych przez okres 5 dni bez zgody sądu, ale w tym okresie prokurator ma obowiązek wystąpić do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na kontrolę operacyjną. Jeśli taka zgoda nie zostanie wyrażona, materiały należy niezwłocznie zniszczyć⁷. **Brak jest jednak informacji o sytuacjach, kiedy stosowane były tzw. podsłuchy pięciodniowe, a prokurator nie wystąpił z wnioskiem do sądu o zatwierdzenie kontroli operacyjnej.** Informacja przekazywana przez Prokuratora Generalnego dotyczy sytuacji, kiedy prokurator odmówił wystąpienia z wnioskiem o kontrolę do sądu (informacja o odmowach jest podawana łącznie w odniesieniu do zarządzenia kontroli w trybie zwykłym, jak i wypadku niecierpiącym zwłoki), a nie sytuacji, kiedy taki wniosek nie został sformułowany. Jednocześnie należy podkreślić, że nie chodzi o założenie, że służby masowo nadużywają prawa, ale fakt, że przepisy – nawet te dotyczące informacji publicznej i przekazywania danych statystycznych – nie chronią jednostki przed nadużyciami władzy publicznej, a takie mogą się wydarzyć. **Taka informacja, dotycząca zastosowania podsłuchu poza kontrolą sądu, bez wystąpienia ze stosownym wnioskiem, byłaby konieczna zwłaszcza biorąc pod uwagę rozwój możliwości technicznych, tj. „zassania” informacji z urządzenia i dostępu do danych historycznych.** Do takiej czynności nie potrzeba kilkutygodniowej czy kilkumiesięcznej obserwacji cudzego życia, wystarczy jednorazowe zalogowanie się („wejście”) na cudzym urządzeniu.

⁷ Zbliżona procedura działania w wypadkach niecierpiących zwłoki wynika z art. 237 § 2 k.p.k., ale na podstawie przepisów procesowych kontrola i utrwalanie rozmów jest możliwa przez 3 dni. O niej Prokurator Generalny nie informuje w zbiorczej informacji statystycznej.

Po czwarte, brak jest pełnej informacji dotyczącej rodzaju spraw (charakteru przestępstw), w sprawach, o które występowano z wnioskiem o zastosowanie kontroli i utrwalanie rozmów. Informacja przedstawiana przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji jest niepełna – nie obejmuje bowiem służb innych niż Policja⁸. Chociaż to Policja kieruje najwięcej wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej, to nie wszystkie. Co więcej, brak jest informacji, w jakich sprawach prokurator, na podstawie przepisów art. 237 i nast. k.p.k. kierował wnioski o zastosowanie niejawnej inwigilacji. Biorąc pod uwagę katalog przestępstw oraz fakt, że część z nich to drobne czyny zabronione⁹, w których nie jest spełniona przesłanka konieczności w państwie demokratycznym¹⁰ a zatem żadne czynności operacyjne nie powinny być prowadzone, informacja taka jest istotna dla oceny czy służby nie nadużywają swoich uprawnień.

Po piąte, przepisy nie obligują do informowania o metodach (rodzajach) czynności operacyjnych, jakie były stosowane w poszczególnych sprawach. Kontrola operacyjna polega nie tylko na monitoringu komunikacji (dostęp do treści) w czasie rzeczywistym, ale może także polegać na zdalnym przeszukaniu urządzeń elektronicznych. Oczywistym jest, że podanie szczegółowych informacji o metodach inwigilacji, środkach technicznych wykorzystywanych przez służby państwowe mogłoby zagrozić prawidłowości czynności operacyjnych. Niemniej rodzajowe wskazanie, w jakiej formie kontrola operacyjna była podejmowana, nie stwarza takiego zagrożenia, a gwarantuje publiczny dostęp do informacji dotyczących czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Po szóste, brak jest informacji dotyczących czasu trwania kontroli operacyjnej. Wyłącznie Policja informuje o liczbach spraw, w których przedłużono stosowanie kontroli i utrwalania rozmów. Analogiczna informacja nie jest prezentowana przez

⁸ Art. 19 ust. 22 ustawy o Policji.

⁹ Por. uwagi w pkt IV.2.

¹⁰ Por. uwagi w pkt II i III dotyczące standardu ponadustawowego.

pozostałe służby i prokuratora w odniesieniu do procesowej kontroli i utrwalania rozmów. Mimo prezentowania przez Policję informacji o wnioskach o przedłużenie kontroli operacyjnej, nie wiadomo, jaki jest średni czas trwania kontroli oraz czy zdarzają sytuacje, kiedy zbliża się ona do maksymalnych terminów. Dodatkowo, wyszczególnienie rodzajów wniosków na wnioski o zastosowanie, zatwierdzenie i przedłużenie, bez wykonania analogicznego podziału w odniesieniu do odmów zatwierdzenia wniosków o kontrole przez prokuratora i sąd nie pozwalają ustalić, czego dotyczyły owe odmowy.

Po siódme, niepokojący jest spadek liczby spraw, w których uzyskano dowody na potrzeby prowadzonego postępowania karnego, tj. uzyskano informacje, które mogą być legalnie wykorzystane w procesie karnym (wprowadzone do procesu karnego) przy jednoczesnym utrzymującym się na zbliżonym poziomie spraw, w których kontrola operacyjna była stosowana i liczbie osób objętych kontrolą. W 2018 na 8238 prowadzonych działań operacyjnych, skuteczne kontrole, które pozwoliły na zgromadzenie materiału dowodowego na potrzeby procesu karnego, było 1790, co daje 21,73%. W 2023 r. na 9195 prowadzonych działań operacyjnych, dowodowe znacznie miały 861 kontrole, co daje 9,36%. W 2024 liczba skutecznych kontroli wzrosła do 1165, co daje 13,56%, niemniej nadal może zaskakiwać niska skuteczność (wykorzystywalność) informacji uzyskanych w toku czynności operacyjnych. Przyczyny takiego stanu rzeczy mogą być dwie: albo działania operacyjne były zbędne w danej sprawie albo działania operacyjne dostarczyły informacji, które nie mogą być dowodowo wykorzystane w procesie karnym z uwagi na wadliwość w pozyskaniu tych informacji.

II. Konstytucyjne uwarunkowania prowadzenia niejawnego inwigilacji

W wyroku K 23/11 Trybunał Konstytucyjny przypomniał, że „czynności operacyjno-rozpoznawcze są **konstytucyjnie usprawiedliwione tylko o tyle, o ile ich celem jest obrona wartości demokratycznego państwa prawnego**. Muszą zatem

sprostać wymaganiom "konieczności w demokratycznym państwie prawnym" (vide: art. 31 ust. 3, art. 51 ust. 2 Konstytucji). **Nie wystarczy więc ich celowość, użyteczność, taniość bądź łatwość posługiwania się nimi przez organy władzy publicznej.** Nie ma także przesądzającego znaczenia, czy podobne środki są wykorzystywane w innych państwach (zob. wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, cz. III, pkt 3.1). Niejawne pozyskiwanie informacji przez służby policyjne i ochrony państwa **ma bowiem służyć wzmocnieniu poziomu ochrony wartości istotnych w państwie demokratycznym w sposób niemożliwy do osiągnięcia z wykorzystaniem innych rozwiązań, mniej ingerujących w sferę wolności lub praw jednostek.** Jednocześnie muszą to być środki najmniej uciążliwe dla podmiotów, których wolności lub prawa ulegają ograniczeniu, stosowane absolutnie wyjątkowo, w celu wykrywania i ścigania poważnych przestępstw. **W przeciwnym razie demokratyczne państwo stałoby się w rzeczywistości państwem policyjnym".**

Ze wskazanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego można wyinterpretować szereg zaleceń i wytycznych dla ustawodawcy dotyczących prawidłowego ukształtowania przepisów pozwalających na prowadzenie czynności operacyjnych, w tym – przede wszystkim – kontroli i utrwalania rozmów:

- Po pierwsze, gromadzenie, przechowywanie oraz przetwarzanie danych dotyczących jednostek, a zwłaszcza sfery prywatności, dopuszczalne jest **wyłącznie na podstawie wyraźnego i precyzyjnego przepisu ustawy.**
- Po drugie, należy **precyzyjnie określić** - w ustawie - organy **państwa upoważnione do gromadzenia oraz przetwarzania danych o jednostce,** w tym do stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych.
- Po trzecie, wyłącznie w ustawie muszą być sprecyzowane przesłanki niejawnego pozyskiwania informacji o osobach, którymi są: **wykrywanie i ściganie wyłącznie**

poważnych przestępstw oraz zapobieganie im; ustawa powinna wskazywać rodzaje takich przestępstw¹¹.

- Po czwarte, **wyłącznie ustawa musi określać kategorie podmiotów**, wobec których mogą być podejmowane czynności operacyjno-rozpoznawcze¹².
- Po piąte, **pożądane jest określenie w ustawie rodzajów środków niejawnego pozyskiwania informacji, a także rodzajów informacji pozyskiwanych za pomocą poszczególnych środków**. Nie chodzi o precyzyjne wskazanie technologii, jakie znajdują się w dyspozycji poszczególnych służb, ale o przynajmniej rodzajowe zakreślenie charakteru środków niejawnej inwigilacji.
- Po szóste, **proporcjonalność powinna być decydującym czynnikiem, przy podejmowaniu decyzji dotyczących zastosowania środków niejawnej inwigilacji**. Czynności te powinny być subsydiarnym środkiem pozyskiwania informacji lub dowodów, gdy nie jest możliwe ich pozyskanie w inny, mniej dolegliwy dla jednostki sposób.
- Po siódme, ustawa musi **precyzyjnie określać maksymalny i nieprzekraczalny okres prowadzenia czynności operacyjnych**.
- Po ósme, procedura wyrażania zgody na podjęcie działań operacyjnych musi być uregulowana w ustawie, a w przypadku czynności najsilniej ingerujących w prywatność jednostki, procedura ta musi gwarantować jej wyrażenie przez niezależny organ sądowy¹³.
- Po dziewiąte, także ustawa musi precyzyjnie określać zasady postępowania z materiałami zgromadzonymi. Chodzi o ich przechowywanie (i zapewnienie bezpieczeństwa przechowywanych danych), przetwarzanie, wykorzystanie i

¹¹ Zob. np. postanowienie TK z 15.11.2010 r., S 4/10; orzeczenia ETPC z: 29.06.2006 r. w sprawie Weber i Saravia przeciwko Niemcom, skarga 54934/00; 10.02.2009 r. w sprawie Lordachi i inni przeciwko Mołdawii, skarga nr 25198/02).

¹² Zob. wyrok TK z 12.12.2005 r., K 32/04; orzeczenia ETPC z: 16.02.2000 r. w sprawie Amann przeciwko Szwajcarii, skarga nr 27798/95; 10.02.2009 r. w sprawie Lordachi i inni przeciwko Mołdawii, skarga nr 25198/02.

¹³ Wyrok ETPC z 2.09.2010 r. w sprawie Uzun przeciwko Niemcom, skarga nr 35623/05

niszczenie danych zbędnych oraz niedopuszczalnych (np. nagrań obejmujących rozmowy z obrońcą).

- Po dziesiąte, działania operacyjne powinny być transparentne dla jednostki, która była obiektem zainteresowania organów ścigania. Należy zatem **wprowadzić procedurę informowania jednostek o niejawnej ingerencji w sferę jej prywatności. W rozsądnym czasie po zakończeniu działań jednostka powinna zostać poinformowana o czasie trwania i rodzaju niejawnej inwigilacji.** Na jej wniosek powinna istnieć możliwość poddania kontroli sądowej zasadności, legalności i prawidłowości podejmowanych działań, a ewentualne odstępstwa powinny mieć wyjątkowy charakter.
- Po jedenaste, opinia publiczna powinna mieć możliwość zapoznania się z danymi statystycznymi dotyczącymi stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych przez poszczególne organy władzy publicznej. Dane statystyczne powinny być zagregowane i przedstawione w taki sposób, by możliwe było porównanie informacji prezentowanych w kolejnych latach.

Oprócz ogólnych wskazówek, Trybunał wskazał także, że nie jest wykluczone zróżnicowanie intensywności ochrony prywatności oraz tajemnicy komunikowania się z uwagi na to, jakie służby pozyskują informacje o jednostce. W przypadku służb wywiadowczych i zajmujących się ochroną bezpieczeństwa państwa, ingerencja w prywatności może być silniejsza, a gwarancje dla jednostki – mniejsze niż w wtedy, gdy niejawną inwigilację stosują służby policyjne¹⁴. Zróżnicowanie poziomu ochrony może wynikać także z tego, czy niejawne pozyskiwanie informacji dotyczy obywateli, czy osób nieposiadających polskiego obywatelstwa.

¹⁴ Zob. pkt 12.2.2, gdzie Trybunał Konstytucyjny wskazał, że "Konsekwencją obowiązywania art. 37 ust. 2 Konstytucji jest natomiast możliwość dokonania bardziej elastycznej interpretacji poszczególnych przesłanek składających się na zasadę proporcjonalności, uzasadniającej większy poziom ingerencji w wolności i prawa cudzoziemców niż obywateli".

III. Niejawna inwigilacja w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

W orzecznictwie ETPC zasady ukształtowania przepisów krajowych pozwalających na niejawną inwigilację i kontrolę i utrwalanie treści rozmów wynikają m.in. z wyroków sprawie *Roman Zakharov przeciwko Rosji*¹⁵, *Big Brother Watch przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*¹⁶ oraz *Ekimdzhiev i inni przeciwko Bułgarii*¹⁷. Każda niejawna inwigilacja musi spełniać trzy podstawowe wymogi:

- po pierwsze, być zgodna z prawem, co oznacza, że prawo krajowe powinno w sposób możliwie szczegółowy regulować zakres przedmiotowy, podmiotowy, temporalny kontroli, procedurę wyrażania zgody na niejawną inwigilację oraz określać okoliczności, w których nagrania mogą lub muszą być usunięte lub zniszczone, w tym regulować gwarancje proceduralne dla jednostki. Przepisy krajowe muszą spełniać wymogi jakościowe – tj. konieczne, by były dostępne dla jednostki oraz spełniały wymogi przewidywalności („prawo krajowe musi być wystarczająco jasne, aby dawało obywatelom adekwatną wskazówkę co do okoliczności i warunków, w których władze są upoważnione do stosowania do takich środków”¹⁸);
- po drugie, zmierzać do realizacji jednego z celów określonych w art. 8 ust. 2 EKPC, tj. być prowadzona w celu ochrony bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju, ochrony porządku i zapobiegania przestępstwom, ochrony zdrowia i moralności lub ochrony praw i wolności osób;
- po trzecie, być konieczna w demokratycznym państwie prawa. Sama możliwość zastosowania środków niejawnej inwigilacji z uwagi na istnienie podstawy w przepisach powszechnie obowiązującego prawa oraz realizowanie jednego z celów

¹⁵ Wyrok ETPC z 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Roman Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06.

¹⁶ Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 25 maja 2021 r. w sprawie *Big Brother Watch i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 58170/13, 24960/15, 62322/14.

¹⁷ Wyrok ETPC z 11 stycznia 2022 r. w sprawie *Ekimdzhiev i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 70078/12.

¹⁸ Wyrok ETPC z 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Roman Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06; § 229.

wskazanych w art. 8 ust. 2 EKPC nie jest wystarczające. Należy bowiem każdorazowo ważyć interes prywatny (ochrona sfery prywatności jednostki) z interesem publicznym. Chociaż państwa-strony Konwencji mają margines swobody w wyborze odpowiednich środków, to „margines ten jest przedmiotem nadzoru europejskiego obejmującego zarówno ustawodawstwo jak i decyzje wdrażające je w życie”¹⁹.

Szczególne znaczenie ma kontrola nad środkami niejawnej inwigilacji, która powinna być prowadzona na trzech etapach: podczas zastosowania środków niejawnej inwigilacji (kontrola uprzednia), w trakcie ich stosowania oraz po zakończeniu (kontrola następcza). Dwa pierwsze etapy są ze swojej istoty niejawne dla osoby, wobec której podejmowane są środki niejawnego nadzoru. W związku z tym konieczne jest zapewnienie odpowiednich gwarancji proceduralnych, które będą zapobiegały nadużyciom i arbitralności władzy. „W przypadku, gdy nadużycia są z łatwością możliwe do przewidzenia w indywidualnych sprawach i mogą mieć szkodliwe konsekwencje dla demokratycznego społeczeństwa jako całości, **co do zasady pożądane jest powierzenie kontroli nadzorczej sędziemu, gdyż kontrola sędziowska stwarza najlepsze gwarancje niezależności, bezstronności i właściwego postępowania**”²⁰. Kontrola następcza odnosi się do kontroli na etapie wykorzystania materiałów z niejawnej inwigilacji w postępowaniu przed sądem, ale także do możliwości skontrolowania – zakwestionowania przez osobę, wobec której niejawna inwigilacja była stosowana, podstaw ingerencji w jej prawo do prywatności.

Badając zgodność prawa i praktyki krajowej z Konwencją, ETPC bierze pod uwagę następujące kryteria²¹:

1. dostępność prawa regulującego niejawną inwigilację;
2. zakres przedmiotowy i podmiotowy niejawnej inwigilacji – w jakich sprawach środki niejawnej inwigilacji mogą być stosowane i wobec jakich osób;

¹⁹ Wyrok ETPC z 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Roman Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06; § 232.

²⁰ Wyrok ETPC z 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Roman Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06; § 233.

²¹ Wyrok ETPC z 11 stycznia 2022 r. w sprawie *Ekimdzhev i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 70078/12.

3. czas trwania niejawnnej inwigilacji;
4. ukształtowanie procedury wyrażania zgody na niejawną inwigilację i czy zapewnia ona należyłą ochronę przed arbitralnością władzy;
5. zasady przechowywania, wykorzystania, dostępu i niszczenia danych pozyskanych w trakcie niejawnnej inwigilacji;
6. istnienie zewnętrznych mechanizmów kontrolnych i ich efektywność.

W wyroku *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*²², stosując się do wyżej wskazanych kryteriów ETPC zwrócił uwagę na szeroki katalog przestępstw, w sprawach, o które Policja może wnioskować o zastosowanie niejawnnej inwigilacji²³. Niejawna inwigilacja jest możliwa także w przypadku stosunkowo drobnych przestępstw. Tymczasem, monitorowanie treści komunikacji powinno mieć miejsce tylko w odniesieniu do najpoważniejszych przestępstw. **Zdaniem ETPC konieczne jest ograniczenie zakresu przedmiotowego – katalogu przestępstw – które mogą stać się podstawą stosowania niejawnnej inwigilacji**²⁴. Odwołując się do opinii Komisji Weneckiej, ETPC zauważył, że dowolna osoba lub grupa osób mogła być celem nadzoru, o ile jest prawdopodobne, że w ten sposób można uzyskać informacje, które umożliwią osiągnięcie celów określonych dla nadzoru w art. 19 ustawy o Policji²⁵. Chociaż niejawnna inwigilacja jest zawsze ukierunkowana – we wniosku o zastosowanie czynności operacyjnych należy konkretnie wskazać osobę, której komunikacja będzie

²² Zob. także opracowania i omówienia wyroku *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*: M. Rojszczak, *Polskie przepisy inwigilacyjne na tle standardów europejskich – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 28.05.2024 r., skargi nr 72038/17 i 25237/18, Pietrzak i Bychawska-Siniarska i in. Przeciwko Polsce*, EPS 2025, nr 1, s. 31-43; M.A. Nowicki, *Brak wystarczających gwarancji prawnych ochrony przed arbitralnością i nadużyciami w sferze kontroli operacyjnej, przechowywania danych i dostępu do danych komunikacyjnych. Pietrzak oraz Bychawska-Siniarska i inni v. Polska (wyrok z 28 maja 2024 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 72038/17 i 25237/18)*, Palestra 2024, nr 9, s. 116-139.

²³ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 142.

²⁴ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 198.

²⁵ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 142.

monitorowana w czasie rzeczywistym – to brak jest obowiązku należytego uzasadnienia decyzji o inwigilacji²⁶. Dodatkowo cel stosowania niejawnnej inwigilacji został określony zbyt szeroko, co w powiązaniu z dwiema wskazanymi wyżej kwestiami pozwala na nieuprawnioną ingerencję w sferę prywatności jednostki. Kwestia czasu trwania niejawnnej inwigilacji nie była przedmiotem szczegółowego badania. Z uwagi na inne wadliwości systemu stosowania czynności operacyjnych, kwestia określenia maksymalnego czasu jego trwania i czy jest on odpowiedni, nie miała kluczowego znaczenia²⁷. Analizując procedurę stosowania niejawnnych środków nadzoru, Trybunał uznał, że przepisy zapewniają odpowiednie gwarancje, że będzie on stosowany tylko wtedy, gdy jest to konieczne ponieważ: 1) ograniczona liczba służb może wnioskować o zarządzenie kontroli operacyjnej; 2) istnieje forma kontroli wewnętrznej przed złożeniem wniosku, a prokurator musi zatwierdzić skierowanie wniosku do sądu; 3) przepisy regulują treść wniosku o kontrolę operacyjną²⁸, 4) kontrola operacyjna musi być zatwierdzona przez sędziego. Ten ostatni element ETPC uznał za najistotniejszy dla ochrony jednostek przed arbitralnością działania organów władzy publicznej. Wskazał także – odwołując się do wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 23/11 – że nie występują żadne elementy, które mogłyby podać w wątpliwość skuteczność sądowej kontroli nad stosowaniem środków niejawnnej inwigilacji. Niemniej jednak ETPC dostrzegł szereg czynników, które świadczą o nieefektywności krajowego nadzoru nad czynnościami operacyjnymi, tj.:

- brak określenia, jakie przesłanki powinny decydować o wyrażeniu przez sąd zgody na niejawne nadzorowanie komunikacji. Przepisy odnoszą się jedynie do obowiązku

²⁶ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 201. ETPC przypomniał także, że „środki przechwytywania skierowane do osoby niepodlegającej o popełnienie przestępstwa, ale mogącej posiadać informacje o takim przestępstwie, mogą być uzasadnione na podstawie art. 8 Konwencji, ale należy wykazać, dlaczego konkretna osoba – mimo nieprzedstawienia jej zarzutów – jest uznawana za kogoś, kto może posiadać informacje o przestępstwie, niezbędne w postępowaniu.

²⁷ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 202

²⁸ M.in. w rozporządzeniu z dnia 8 lipca 2022 r. w sprawie kontroli operacyjnej prowadzonej przez Policję; Dz.U. z 2022, poz. 1458.

zbadania przez służby wnioskujące o niejawny nadzór oraz przez prokuratora, czy istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa oraz czy może to stanowić podstawę do zastosowania środków niejawnej inwigilacji;

- brak obowiązku sądu sporządzenia uzasadnienia decyzji pozytywnej (wyrażającej zgodę na niejawne nadzorowanie) oraz brak kontradyktoryjnej procedury oceny zasadności wniosku o prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Trybunał wskazał, że o ile brak kontradyktoryjności można uzasadnić niejawnością procedury i charakterem czynności, o tyle efektywność nadzoru, w świetle faktu, że niemal wszystkie wnioski o zastosowanie kontroli operacyjnej są zatwierdzane, może budzić wątpliwości²⁹. Zwrócił także uwagę na pojawiającą się wątpliwość czy sędziowie są w stanie przeprowadzić skuteczną kontrolę kierowanych do nich wniosków o zastosowanie niejawnej inwigilacji;
- znaczna swoboda organów pozasądowych w uznaniu, jaki przypadek może zostać uznany za „niecierpiący zwłoki” uzasadniający stosowanie technik operacyjnych, a ponadto przepisy nie zawierają regulacji ograniczających możliwość wielokrotnego stosowania tzw. podsłuchów pięciodniowych³⁰;
- sąd, orzekając o kontroli operacyjnej (podsłuchu pozaprocesowym), dysponuje materiałem dowodowym, który został mu przedstawiony przez służby w zakresie, w jakim zebrane materiały uzasadniają wystąpienie z wnioskiem o zastosowanie czynności operacyjnych³¹.

Zasady przetwarzania i niszczenia informacji przechwyconych w wyniku niejawnej inwigilacji Trybunał uznał za niegwarantujące jednostce poszanowania jej prywatności z dwóch powodów. Po pierwsze, obowiązek niezwłocznego zniszczenia

²⁹ Liczba zatwierdzanych wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej była analizowana także w wyroku ETPC z 11 stycznia 2022 r. w sprawie *Ekimdzhiiev i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 70078/12 i ta okoliczność była jednym z czynników świadczących o wadliwości w praktyce działania systemu nadzoru nad służbami specjalnymi.

³⁰ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 208.

³¹ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 209.

zgromadzonych materiałów powierzono służbom, które stosowały niejawną inwigilację. Po drugie, niszczenie tych materiałów nie podlega żadnej zewnętrznej kontroli³².

Kolejną kwestią, która budzi wątpliwości z perspektywy zgodności prawa krajowego ze standardem strasburskim, jest zagadnienie ochrony tajemnic prawnie chronionych. Trybunał strasburski, odwołując się do stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, wskazał, że kontrola treści rozmów przedstawicieli zawodów zaufania publicznego (w szczególności adwokatów i radców prawnych) nie jest zakazana jako taka. Także poufność kontaktów z obrońcą może zostać ograniczona, jeśli obrońca jest współsprawcą czynu³³, ale takie działanie ma charakter wyjątkowy i powinno być ograniczone do niezbędnego minimum. ETPC wskazał jednak, że krajowe regulacje nie spełniają kryterium przewidywalności prawa. Przesłanka „niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości” uzasadniająca dopuszczenie materiałów zawierających tajemnice prawnie chronione z art. 180 § 2 i 3 k.p.k. oraz art. 178a k.p.k. nie jest jednolicie interpretowana w orzecznictwie. Możliwa jest także interpretacja na tyle szeroka, że w zasadzie pozbawiałaby praktycznego znaczenia tajemnic zawodowych³⁴.

System nadzoru nad służbami specjalnymi i policyjnymi został uznany za nieefektywny i niegwarantujący należytej ochrony przed nadużyciami. Chociaż sąd jest

³² Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 213.

³³ Zob. m.in. dyrektywa 2013/48, gdzie w motywie nr 33 wskazano, że „Niniejsza dyrektywa pozostaje bez uszczerbku dla procedur odnoszących się do sytuacji, gdy istnieją obiektywne i poparte faktami przesłanki wskazujące na to, że adwokat jest podejrzany o udział, wraz z podejrzanym lub oskarżonym, w przestępstwie. Wszelka działalność adwokata o charakterze przestępczym nie powinna być uznawana za zgodną z prawem pomoc świadczoną podejrzanemu lub oskarżonemu w ramach niniejszej dyrektywy. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności; Dz. Urz.UE, seria L, nr 294 z 6 listopada 2013 r., p. 1–12.

³⁴ Tak: stanowisko Komisji Weneckiej; zob. wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 82 gdzie Trybunał przytoczył stanowisko Komisji Weneckiej, w którym zauważono, że „każda informacja, która rzuca światło na sprawę, może być uznana za „niezbędną z punktu widzenia systemu sądowego”. Jeśli użyteczność jest jedynym kryterium dopuszczalności przechwyconej rozmowy jako dowodu, tajemnica zawodowa traci wszelkie znaczenie”.

zaangażowany na wstępnym etapie stosowania kontroli operacyjnej, to jego uprawnienia są ograniczone, a zakres materiałów, jakimi sąd dysponuje, zależy od służby policyjnej/specjalnej wnioskującej o kontrolę operacyjną. Także nadzór prokuratorski nie został uznany ani za całościowy ani efektywny³⁵, podobnie jak kontrola sprawowana przez Sejm – w drodze raportów i sprawozdań z liczby spraw i osób objętych kontrolą operacyjną. Trybunał zwrócił uwagę na potrzebę stworzenia niezależnego organu nadzorczego uprawnionego do regularnego przeglądu – z własnej inicjatywy – wszystkich aspektów niejawnych operacji, w szczególności weryfikacji legalności i konieczności oraz zgodności działań niejawnych z tym, co wynika z postanowienia sądu o dopuszczalności niejawnych czynności. Organ ten powinien mieć dostęp do wszystkich informacji, które uzna za niezbędne do wypełniania swojego mandatu oraz mieć uprawnienia pozwalające na wykrywanie i zapobieganie ewentualnym nadużyciom³⁶.

Trybunał strasburski, ponownie odwołując się do wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 23/11, zauważył, że przepisy krajowe nie wprowadzają skutecznych środków odwoławczych dla osoby, która była poddana niejawnemu nadzorowi. Nie ma ona możliwości zakwestionowania – z mocą wsteczną – decyzji o zastosowaniu wobec niej niejawnej inwigilacji. Obecnie obowiązujące przepisy nie nakładają wymogu poinformowania osoby poddanej kontroli pozaprocesowej o działaniach podejmowanych przeciwko niej i – o ile informacje uzyskane w wyniku czynności operacyjnych nie dostarczyły dowodów na potrzeby prowadzonego

³⁵ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 226-237. Kryteria, jakie ETPC bierze pod uwagę oceniając efektywność nadzoru nad służbami uprawnionymi do niejawnej inwigilacji dwa elementy: 1) niezależność organu kontrolnego, jego kompetencje i uprawnienia w odniesieniu do naruszeń (prawo dostępu do wszystkich materiałów i podejmowania działań w celu zaradzenia naruszeniom, a w szczególności nakazania zniszczenia bezprawnie przechwyconych materiałów); 2) otwartość działań organu prowadzącego nadzór na kontrolę publiczną. Tak: wyrok ETPC *Ekimdzhiev i inni przeciwko Bułgarii*, § 334.

³⁶ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 237.

postępowania karnego – nie dowie się ona, że była podsłuchiwana, a jej komunikacja – w czasie rzeczywistym – nadzorowana przez służby policyjne lub specjalne.

Mając na względzie konieczność zapewnienia bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego, ETPC wskazał, że konieczne jest wprowadzenie takich regulacji, by umożliwiały one efektywne działania służbom porządkowym³⁷. Niemniej „w sprawach dotyczących praw podstawowych prawo byłoby sprzeczne z zasadą rządów prawa, jedną z podstawowych zasad społeczeństwa demokratycznego zapisanych w Konwencji, gdyby nie zawierało ograniczeń swobody decyzyjnej przyznanej władzy wykonawczej w sprawach bezpieczeństwa narodowego”³⁸. Zatwierdzanie niejawnych środków nadzoru przez organ niesądowy może być zgodne z Konwencją, ale pod warunkiem, że dany organ jest wystarczająco niezależny od władzy wykonawczej. ETPC uznał, że procedura zarządzenia podsłuchu pozaprocesowego wobec cudzoziemca na okres 3 miesięcy na podstawie decyzji Szefa ABW, zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych, stanowi naruszenie art. 8 EKPC z uwagi na brak niezależności organu decydującego o kontroli operacyjnej. Także zarządzenie zniszczenia materiałów uzyskanych w wyniku kontroli z art. 9 ust. 8 ustawy o działaniach antyterrorystycznych przez Prokuratora Krajowego również nie daje gwarancji niezależności i bezstronności, biorąc pod uwagę związek prokuratury z władzą wykonawczą, czego przejawem jest m.in. fakt, że Prokurator Generalny jest także ministrem sprawiedliwości³⁹.

³⁷ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 269.

³⁸ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 270.

³⁹ Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18, § 277.

IV. Prawo krajowe

IV.1. Dostępność przepisów prawa regulujących niejawną inwigilację

Obecnie, niejawna inwigilacja może być stosowana w dwóch odrębnych trybach: pozaprocesowym i procesowym.

W trybie pozaprocesowym działania operacyjne polegające na niejawnej inwigilacji na terytorium Polski⁴⁰ mogą prowadzić następujące służby:

1. Policja na podstawie art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2024, poz. 145); dalej: ustawa o Policji;
2. Centralne Biuro Antykorupcyjne na podstawie art. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2024, poz. 184); dalej: ustawa o CBA;
3. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego na podstawie art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tj. Dz.U. z 2024, poz. 812); dalej: ustawa o ABW oraz art. 9 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz.U. z 2025, poz. 194); dalej: ustawa o działaniach antyterrorystycznych;
4. Krajowa Administracja Skarbowa na podstawie art. 118 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz.U. z 2023, poz. 615); dalej: ustawa o KAS;
5. Służba Kontrwywiadu Wojskowego na podstawie art. 31 na podstawie z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. z 2024, poz. 1405); dalej: ustawa o SKW;

⁴⁰ Agencja Wywiadu i Służba Wywiadu Wojskowego nie mogą prowadzić działań operacyjnych na terytorium Polski.

6. Żandarmeria Wojskowa na podstawie art. 31 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. z 2025, poz. 12); dalej: ustawa o ŻW
7. Straż Graniczna na podstawie art. 9e ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. z 2024, poz. 915); dalej: ustawa o SG;
8. Służba Ochrony Państwa na podstawie art. 42-55 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (Dz.U. z 2025, poz. 34); dalej: ustawa o SOP;
9. Biuro Spraw Wewnętrznych Policji na podstawie art. 5b w zw. z art. 19 ustawy o Policji.

Do 25 lipca 2025 r. działania operacyjne może prowadzić także Inspektorat Wewnętrzny Służby Więziennej na podstawie art. 23p w zw. z art. 23b ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. z 2024, poz. 1869). Ustawą z dnia 9 maja 2025 r. o zmianie ustawy o Służbie Więziennej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2025 r., poz. 820), która wejdzie w życie 25 lipca 2025 r. służba ta zostanie zniesiona, a zatem utraci uprawnienia do prowadzenia działań operacyjnych.

Pozapprocesowa i niejawna inwigilacja może polegać na:

1. uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych;
2. uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku: osób, z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne;
3. uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej;
4. uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych;

5. uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek⁴¹.

Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów są możliwe na podstawie art. 237

i nast. k.p.k. Prokurator może wystąpić z wnioskiem do sądu o zastosowanie niejawnej inwigilacji, po wszczęciu postępowania karnego. Organem, który może zapoznawać się z rejestrem prowadzonych kontroli rozmów telefonicznych jest sąd w postępowaniu sądowym albo prokurator (art. 237 § 8 k.p.k.). Z uwagi na specyfikę czynności, jaką jest podsłuch procesowy, nie jest możliwe jej wykonanie bezpośrednio przez prokuratora i konieczne jest zaangażowanie innych organów prowadzących postępowanie przygotowawcze, przede wszystkim tych wskazanych w art. 312 pkt 1 k.p.k., które posiadają „własne” uprawnienia do prowadzenia niejawnej inwigilacji. Obecnie obowiązujące przepisy k.p.k. nie wskazują organu, który będzie wykonywał decyzję sądu o zastosowaniu kontroli i utrwalania rozmów.

Zgodnie z art. 237 i 241 k.p.k. procesowa kontrola i utrwalanie rozmów mogą polegać na:

1. kontroli i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych;
2. kontroli i utrwalaniu przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną.

Kontrola i uzyskiwanie dostępu do zawartości przesyłek jest możliwa na podstawie art. 218 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem urzędy, instytucje i podmioty prowadzące działalność telekomunikacyjną, urzędy celno-skarbowe oraz instytucje lub przedsiębiorstwa transportowe obowiązane są wydać sądowi (w postępowaniu sądowym) lub prokuratorowi (w postępowaniu przygotowawczym), na żądanie zawarte w postanowieniu, korespondencję i przesyłki oraz dane, o których mowa w art. 45 ust.

⁴¹ Każda z ustaw policyjnych ma taki sam katalog dopuszczalnych działań operacyjnych. Zob. art. 19 ust. 6 ustawy o Policji; art. 9e ust. 6 ustawy o SG; art. 27 ust. 6 ustawy o ABW; art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych; art. 17 ust. 5 ustawy o CBA, art. 31 ust. 4 ustawy o SKW, art. 118 ust. 4 ustawy o KAS, art. 31 ust. 7 ustawy o ŻW, art. 43 ustawy o SOP.

142 i art. 49 ustawy⁴³ z dnia 12 lipca 2024 r. - Prawo komunikacji elektronicznej (Dz. U. poz. 1221), jeżeli mają znaczenie dla toczącego się postępowania. Tylko sąd lub prokurator mają prawo je otwierać lub zarządzić ich otwarcie.

Zakres możliwych działań w ramach procesowej niejawnej inwigilacji jest węższy. Organy działające na podstawie przepisów k.p.k. nie mają możliwości np. utrwalania obrazu podczas stosowania środków operacyjnych czy zdalnego uzyskania dostępu do zawartości informatycznych nośników danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych. Ogranicza to możliwość pozyskania tzw. dowodów ścisłych⁴⁴ i wymusza stosowanie działań operacyjnych⁴⁵, by pozyskać *stricte* materiał dowodowy, który następnie będzie miał znaczenie procesowe. Jednocześnie, uzyskiwanie dostępu i kontrola zawartości przesyłek jest – z perspektywy organów procesowych – „łatwiejsza” do przeprowadzenia, ponieważ po wszczęciu postępowania karnego (art. 303 k.p.k.) może być ona prowadzona na mocy postanowienia prokuratora, bez jakiegokolwiek zaangażowania sądu.

Podsumowując, dostępność przepisów regulujących procedurę niejawnej inwigilacji formalnie spełnia wymogi, jakie wynikają z orzecznictwa strasburskiego i Trybunału Konstytucyjnego. Problematiczne jest natomiast rozproszenie regulacji w różnych ustawach oraz „nachodzenie” na siebie zakresów

⁴² Dane o lokalizacji.

⁴³ Dane publicznie dostępne pozwalające zidentyfikować użytkownika i informacje dotyczące połączenia niebędące dostępem do treści.

⁴⁴ Dowodem ścisłym (formalnym) jest dowód przeprowadzony według wymogów prawa dowodowego, w ściśle określony przepisami k.p.k. sposób i w ściśle określonej formie. Tylko dowody ścisłe mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej. Tak: J. Tylman, T. Grzegorzczak, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003, s. 438-439.

⁴⁵ Dowody swobodne to takie dowody, który zostały uzyskane bez zachowania wszystkich rygorów prawa dowodowego i nie powinny być wykorzystywane do rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej. Mogą zostać wykorzystane do podejmowania innych decyzji w postępowaniu karnym, np. podejmowaniu decyzji o umorzeniu postępowania przygotowawczego, czy kwestii incydentalnych. Podział na dowody ścisłe i swobodne traci na znaczeniu z uwagi na korzystanie w szerokim zakresie z działań operacyjnych i wprowadzanie wyników czynności operacyjnych do procesu karnego na podstawie art. 393 § 1 k.p.k.

działań poszczególnych służb⁴⁶, przez co przepisy nie są czytelne i przejrzyste dla jednostki. Dodatkowo, zakres dopuszczalnych działań procesowych i pozapprocesowych nie jest tożsamy, co może utrudnić ustalenie odpowiednich regulacji prawnych, które mają zastosowanie do jednostki. Niemniej jednak przepisy regulujące niejawną inwigilację mają rangę ustawową, są dostępne w publicznych publikatorach aktów normatywnych i w związku z tym możliwe do odnalezienia.

IV.2. Zakres podmiotowy i przedmiotowy

IV.2.1. Zakres podmiotowy

Zakres podmiotowy niejawnej inwigilacji można zdefiniować jako ustawowe określenie podmiotów, które mogą być objęte kontrolą i utrwalaniem rozmów (monitoringiem komunikacji wraz z dostępem do treści wiadomości). Zakres podmiotowy osób, które mogą być objęte niejawną inwigilacją, został odrębnie określony dla kontroli pozapprocesowej i procesowej, a dodatkowo, w przypadku kontroli pozapprocesowej – każda z ustaw szczególnych ma własne regulacje dotyczące zakresu podmiotowego.

IV.2.1.1. Czynności operacyjne – pozapprocesowa kontrola i utrwalanie rozmów

Policja ma najszerszej określony zakres podmiotowy wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Może bowiem podejmować działania operacyjne w największej liczbie sytuacji i spraw – katalog przestępstw z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji obejmuje ok. 77 przestępstw z kodeksu karnego⁴⁷ (na ok. 220 przestępstw określonych w części szczególnej k.k. z wyłączeniem części wojskowej) oraz trudną do określenia

⁴⁶ Zob. pkt IV.2.2.

⁴⁷ Część przestępstw została wskazana precyzyjnie przez podanie numeru artykułu, niekiedy wraz z jednostkami redakcyjnymi przepisu (paragrafami), część natomiast została określona dość ogólnie, np. w art. 19 ust. 1 punkcie 3 i 3a ustawy o Policji. Przykładowo, pkt 3a stanowi o dopuszczalności czynności operacyjnych w przypadku przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, gdy pokrzywdzonym jest małoletni albo gdy treści pornograficzne, o których mowa w art. 202 k.k. obejmują udział małoletniego. Małoletni to osoba poniżej lat 18, co oznacza, że działania operacyjne, w tym np. zdalne przeszukanie elektronicznych nośników danych, mogą być prowadzone w sprawie o czyn z art. 198 albo 199 k.k., jeśli osoba pokrzywdzona ukończyła lat 15, ale nie ukończyła 18 lat.

liczbę przestępstw z różnych ustaw szczególnych⁴⁸. Zakresy podmiotowe pozostałych ustaw policyjnych i specjalnych odnoszą się do zakresu przedmiotowego, tj. do spraw, w których mogą one podejmować działania operacyjne. Działania operacyjne mogą jednak dotyczyć osób, które nie posiadają cechy wskazanej w danej ustawie. Przykładowo Żandarmeria Wojskowa może prowadzić działania operacyjne w związku z popełnieniem przestępstwa przez żołnierza, ale wobec osoby, która już żołnierzem nie jest⁴⁹. Szczególne wątpliwości, w kontekście granic podmiotowych budziła dopuszczalność prowadzenia działań przez Inspektorat Wewnętrzny Służby Więziennej poza terenem zakładu karnego lub aresztu śledczego. Jeśli przestępstwo jest popełniane poza jednostkami penitencjarnymi, to Policja jest odpowiednią służbą do prowadzenia działań operacyjnych.

W każdej ze spraw, w której Policja oraz inne służby mogą prowadzić działania operacyjne, mogą one również podsłuchiwać **każdą osobę**, gdy jest to wykonywane „w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów”, a inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne. Przepisy precyzują (art. 19 ust. 5 ustawy o Policji, art. 9e ust. 6 ustawy o SG, art. 27 ust. 5 ustawy o ABW, art. 17 ust. 4 ustawy o CBA, art. 31 ust. 6 ustawy o ŻW, art. 42 ust. 5 ustawy o

⁴⁸ Podobnie jak w przypadku przestępstw z kodeksu karnego, ustawodawca posłużył się różnymi technikami legislacyjnymi. Część przepisów jest wskazana konkretnie – przez podanie numeru przepisu (np. w pkt 7, który pozwala na prowadzenie działań operacyjnych w przypadku przestępstw określonych w art. 43-46 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. z 2023 r., poz. 1185)), a część przez rodzajowe i ogólne zakreślenie granic czynności operacyjnych (np. w pkt 5, który pozwala na niejawną inwigilację w sprawach nielegalnego wytwarzania, posiadania lub obrotu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi, substancjami psychotropowymi, ich prekursorami lub nowymi substancjami psychoaktywnymi oraz materiałami jądrowymi i promieniotwórczymi). Tak ogólne sformułowania pozwalają – przynajmniej w teorii – na prowadzenie działań operacyjnych w sprawach o posiadanie narkotyków – art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii – kiedy ilość środków odurzających przekracza nieznaczną ilość na własny użytek (art. 62a w/w ustawy), ale jednocześnie nie jest znaczną ilością albo ilościami hurtowymi.

⁴⁹ Warto także zauważyć, że Inspektorat Wewnętrzny Służby Więziennej mógł prowadzić działania operacyjne, gdy przestępstwo katalogowe popełnili 1) osadzeni w zakładach karnych oraz aresztach śledczych, 2) funkcjonariusze i pracownicy w związku z wykonywaniem czynności służbowych, 3) inne osoby przebywające na terenie zakładów karnych albo aresztów śledczych oraz 4) inne osoby przebywające poza terenem zakładów karnych lub aresztów śledczych, których przestępstwo pozostaje w ścisłym związku z przestępstwem osób, o których mowa w pkt 1 i 2.

SOP)⁵⁰, że jeśli wniosek o kontrolę operacyjną dotyczy osoby podejrzanej⁵¹ lub oskarżonego, należy zamieścić informację o toczącym się wobec tej osoby postępowaniu. Wniosek o kontrolę operacyjną może jednak dotyczyć np. pokrzywdzonego przestępstwem albo innych osób (np. osób, z którymi może kontaktować się oskarżony, przykładowo – psychoterapeuty, który nie jest lekarzem ani lekarzem psychiatrą, a zatem nie ma zastosowania wobec niego art. 180 § 2 k.p.k., a tajemnica zawodu psychoterapeuty jest zwykłą tajemnicą zawodową, która nie jest szczególnie chroniona – art. 180 § 1 k.p.k.), które mają wiedzę istotną dla wykrycia informacji o przestępstwach z katalogu przestępstw z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji i pozostałych ustaw policyjnych i specjalnych. **Brak jest jakichkolwiek ograniczeń podmiotowych co do możliwości objęcia niejawną inwigilacją.**

Brak ograniczeń podmiotowych budzi wątpliwości także z perspektywy poszanowania tajemnic zawodowych zawodów zaufania publicznego. Przepis art. 19 ust. 15g pkt 2 ustawy o Policji⁵² nakazuje prokuratorowi wystąpić z wnioskiem o dopuszczenie do wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. do sądu, który zarządził kontrolę operacyjną lub wydał na nią zgodę w trybie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji o wyrażenie zgody na wykorzystanie tak pozyskanych materiałów. Sąd wydaje zgodę, jeśli materiały są niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na

⁵⁰ SKW i KAS nie musi wskazywać informacji o prowadzeniu postępowania, jeśli działania operacyjne są prowadzone wobec osoby podejrzanej lub oskarżonej. Trudno zrozumieć brak analogicznej regulacji w tych dwóch ustawach.

⁵¹ Czyli osoby, której jeszcze nie przedstawiono zarzutów, bo brak jest jeszcze dowodów, które dostatecznie uzasadniają, że popełniła ona przestępstwo – art. 313 k.p.k.

⁵² Analogiczne regulacje znajdują się w pozostałych ustawach policyjnych, tj. w art. 9e ust. 16g pkt 2 ustawy o SG, art. 27 ust. 15i pkt 2 ustawy o ABW, art. 17 ust. 15g pkt 2 ustawy o CBA, art. 31 ust. 31 ust. 14g pkt 2 ustawy o SKW, art. 122 ust. 3 pkt 2 ustawy o KAS, art. 31 ust. 16g pkt 2 ustawy o ŻW, art. 47 ust. 3 pkt 2 ustawy o SOP.

podstawie innego dowodu. Jeśli zgoda z art. 19 ust. 15h ustawy o Policji⁵³ nie zostanie wyrażona, a także gdy informacje utrwalone na nagraniach mieszczą się w zakresie art. 178 k.p.k.⁵⁴, należy je niezwłocznie i protokolarnie zniszczyć.

Gwarancje, które obecnie przewidują przepisy, są niewystarczające.

Sytuacja, w której organy władzy publicznej pozyskały materiały – i usłyszały **rozmowy dotyczące informacji objętych tajemnicami zawodów zaufania publicznego** – jest sytuacją nieodwracalną⁵⁵. Pozyskana wiedza nie zostanie przecież usunięta ze świadomości osoby, która usłyszała rozmowy i może ona zostać wykorzystana w pozaprocesowy sposób, np. przy planowaniu czynności w prowadzonym postępowaniu karnym. Ponadto, zniszczenie materiałów pozostaje w pełnej dyspozycji organów śledczych – Policja ma obowiązek poinformować prokuratora o zniszczeniu materiałów (art. 19 ust. 15j ustawy o Policji⁵⁶). Przepisy nie regulują kwestii dostępu do protokołów komisyjnego zniszczenia materiałów i w jakim zakresie (oraz czy w ogóle) sąd zarządzający zniszczenie materiałów może uzyskać do nich dostęp, a jeśli materiały z czynności operacyjnych zostaną dowodowo wykorzystane – czy sąd oraz strony postępowania karnego mają dostęp do materiałów związanych ze stosowaną kontrolą operacyjną.

Chociaż ETPC i dyrektywa 2013/48 w sprawie prawa dostępu do adwokata nie wykluczają możliwości kontroli i utrwalania rozmów prawników (adwokatów i radców prawnych), jest to możliwe tylko wtedy, gdy istnieją odpowiednio udokumentowane informacje, że są oni zaangażowani w działalność przestępczą. Faktycznie zatem nie tyle świadczą usługi profesjonalnej pomocy prawnej, ale są osobami podejrzanymi o

⁵³ Analogiczne regulacje znajdują się w pozostałych ustawach policyjnych, tj. w art. 9e ust. 16h ustawy o SG, art. 27 ust. 15j ustawy o ABW, art. 17 ust. 15h ustawy o CBA, art. 31 ust. 31 ust. 14h ustawy o SKW, art. 122 ust. 4 ustawy o KAS, art. 31 ust. 16h ustawy o ŻW, art. 47 ust. 4 o SOP.

⁵⁴ Tajemnica obrończa i tajemnica spowiedzi.

⁵⁵ Zob. szerzej zdanie odrębne sędziego Wojciecha Hermelińskiego w sprawie K 23/11.

⁵⁶ Por. także przepisy z pozostałych ustaw policyjnych: w art. 9e ust. 16j ustawy o SG, art. 27 ust. 15l ustawy o ABW, art. 17 ust. 15j ustawy o CBA, art. 31 h ustawy o SKW, art. 123 ustawy o KAS, art. 31 ust. 16j ustawy o ŻW, art. 50 ustawy o SOP.

popęlnienie przestępstw, współudział w popełnianiu przestępstw albo co najmniej pomocnictwo. Tylko w takich sytuacjach możliwe jest przełamanie tajemnicy obrończej (jedynie formalnie istniejącej). W orzecznictwie ETPC wskazuje się, że nie jest dopuszczalne tolerowanie sytuacji, gdy formalny zakaz podsłuchiwanie adwokatów nie jest respektowany, ponieważ informacje z podsłuchów przegląda urzędnik pocztowy, a więc osoba podległa władzy wykonawczej, bez jakiegokolwiek nadzoru sądowego⁵⁷. Zagrożeniem dla prawa do obrony jest nie tylko rzeczywiście podejmowana kontrola operacyjna, ale także samo uzasadnione przekonanie, że rozmowa obrońcy z klientem może być rejestrowana⁵⁸.

Podobnie w przypadku tajemnicy dziennikarskiej i ochrony dziennikarskich źródeł informacji⁵⁹. Brak gwarancji, że tożsamość informatora nie zostanie ujawniona w drodze czynności operacyjnych, może powstrzymywać przed udzielaniem mediom informacji, a tym samym uniemożliwić mediom wykonywanie ich funkcji⁶⁰.

Konieczna jest zmiana przepisów, która – co do zasady – uniemożliwi kontrolę i utrwalanie rozmów osób wykonujących zawody zaufania publicznego. Przepisy powinny jako zasadę zabraniać niejawną inwigilacji podmiotów wskazanych w art. 180 § 2 k.p.k., tj. osób obowiązanych do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej, statystycznej oraz tajemnicy Prokuratury Generalnej. Ewentualna kontrola i utrwalanie rozmów powinna być dopuszczalna po wykazaniu – we wniosku o kontrolę operacyjną – że jej zastosowanie wobec tych podmiotów jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczności nie mogą być ustalone za pomocą innych czynności.

⁵⁷ Por. wyrok ETPC z 18 maja 2010 r. w sprawie *Kennedy przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 26839/05, § 73 i 74.

⁵⁸ Por. wyrok ETPC z 10 maja 2007 r. w sprawie *Modarca przeciwko Mołdawii*, skarga nr 14437/05.

⁵⁹ W. Jasiński, *Gromadzenie dowodów w procesie karnym a ochrona dziennikarskich źródeł informacji w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, EPS 2018, nr 8, s. 12-17.

⁶⁰ Wyroki ETPCz z: 27 marca 1996 r. w sprawie *Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 17488/90, 22 listopada 2007 r. *Voskuil przeciwko Holandii*, skarga nr 64752/01.

W przypadku tajemnicy obrończej – gwarancje te powinny być wyższe, tj. zabraniające kontroli i utrwalania rozmów oskarżonego z jego obrońcą, a jeśli takie rozmowy zostaną przypadkowo utrwalone – należy je niezwłocznie zniszczyć. Należy także wskazać, kiedy – w absolutnie wyjątkowych sytuacjach, gdy obrońca jest współsprawcą czynu zabronionego albo pomocnikiem do jego popełnienia – dopuszczalne jest przełamanie formalnie istniejącej tajemnicy obrończej.

Warto także podkreślić, że przepisy ustawy o Policji, i innych ustaw szczególnych, **nie wprowadzają żadnej szczególnej ochrony dla informacji objętych tajemnicą zdrowia psychicznego**. Zgodnie z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego⁶¹ nie wolno przesłuchiwać osób obowiązanych do zachowania tajemnicy, stosownie do przepisów niniejszego rozdziału jako świadków na okoliczność wypowiedzi osoby, wobec której podjęto czynności wynikające z niniejszej ustawy, co do popełnienia przez nią czynu zabronionego pod groźbą kary. Tajemnica psychiatryczna, w zakresie oświadczeń osoby co do popełnienia przez nią czynu zabronionego, jest zbliżona w swojej mocy do tajemnicy obrończej. **Przepisy nie nakazują jednak zniszczenia materiałów zawierających tajemnicę psychiatryczną w zakresie, jaki wynika z art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.** Należy zatem uzupełnić odpowiednio art. 19 ust. 15f pkt 1 ustawy o Policji⁶² o art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

IV.2.1.2. Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów

W przypadku procesowej kontroli i utrwalania rozmów, ustawodawca wskazał, że jest ona możliwa wobec osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może kontaktować się oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub grożącym przestępstwem (art. 237 § 4 k.p.k.).

⁶¹ Dz. U. z 2024 r. poz. 917.

⁶² Oraz art. 9e ust. 16f ustawy o SG; art. 27 ust. 15f ustawy o ABW; art. 17 ust. 15f ustawy o CBA; art. 31 ust. 14f ustawy o SKW; art. 122 ust. 2 ustawy o KAS; art. 31 ust. 16f ustawy o ŻW; art. 48 ust. 2 ustawy o SOP.

Granice podmiotowe są określone bardzo szeroko, ale ich – chociaż ramowe – zakreszenie wymusza na organach procesowych nie tylko wskazanie osoby objętej kontrolą, ale także jej roli procesowej i związku ze sprawą. Z tej perspektywy, przepisy kodeksowe są bardziej gwarancyjne dla jednostki i pozwalają sądowi, który orzeka o kontroli procesowej, na bardziej wnikliwą analizę zasadności wniosku niż w przypadku pozaprocessowej kontroli i utrwalania rozmów.

Przepis k.p.k. – w przeciwieństwie do ustaw policyjnych i specjalnych – nie wskazuje precyzyjnie, jakie materiały powinny być zniszczone oraz w jakim trybie. O zniszczeniu materiałów uzyskanych w wyniku kontroli procesowej mówi art. 237 § 2 k.p.k. w odniesieniu do zniszczenia materiałów, które zostały pozyskane w tzw. wypadku niecierpiącym zwłoki, a sąd nie zatwierdził w terminie 5 dni kontroli zarządzonej przez prokuratora oraz art. 238 § 3 i 4 k.p.k., które dotyczą zniszczenia materiałów niemających znaczenia dla postępowania karnego. Przepisy kodeksowe nie precyzują jednak, co należy rozumieć przez pojęcie „materiały niemające znaczenia” – czy chodzi o brak znaczenia dowodowego z uwagi na treść nagrań i rozmów, czy „niemające znaczenia” z uwagi na niemożność wykorzystania procesowego utrwalonych rozmów, ponieważ obejmują rozmowy osób zobowiązanych do zachowania tajemnic z art. 178, 178a i 180 § 2 i 3 k.p.k. Wątpliwości budzi także czas, kiedy nagrania mają być zniszczone. Przepisy art. 238 § 3 i 4 k.p.k. nakazują zniszczenie materiałów niemających znaczenia dla postępowania karnego albo po zakończeniu kontroli (art. 238 § 3 k.p.k.) albo po zakończeniu postępowania karnego (art. 238 § 4 k.p.k.). Pojawia się pytanie, na jakiej podstawie są przechowywane materiały niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia albo niemożliwe do wykorzystania z uwagi na zakazy dowodowe, przez niesprecyzowany okres. **Brak jest również regulacji, które zabraniają dostępu do nagrań objętych tajemnicami zawodowymi w okresie, w którym nagrania są przechowywane.**

Przepisy k.p.k. nie wprowadzają trybu postępowania z materiałami pozyskanymi w drodze procesowej kontroli i utrwalania rozmów, które objęte są tajemnicami zawodowymi z art. 180 § 2 k.p.k., ale zachodzą przesłanki do zwolnienia z tych tajemnic. Tryb taki można wyinterpretować z przepisów 180 § 2 k.p.k. w zw. z art. 238 § 3 i 4 k.p.k., ale nie jest to wystarczające. Nie wiadomo bowiem, czy prokurator ma obowiązek wystąpić o zwolnienie z tajemnicy z art. 180 § 2 k.p.k. niezwłocznie po otrzymaniu informacji, że utrwalono rozmowy/wiadomości mieszczące się w zakresie przepisu art. 180 § 2 k.p.k., czy w terminach wynikających z art. 238 § 3 lub 4 k.p.k., tj. po zakończeniu kontroli lub po zakończeniu postępowania przygotowawczego.

Należy podkreślić, że zgodnie z art. 9 ust. 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, do zniszczenia materiałów stosuje się odpowiednio przepisy art. 238 k.p.k. Oznacza to, że w przypadku zastosowania kontroli i utrwalania rozmów wobec cudzoziemców, gwarancje ochrony tajemnic zawodowych są niższe niż w przypadku podejmowania analogicznych działań operacyjnych wobec obywateli polskich. Wątpliwości budzi także to, że kontrola w początkowym okresie może być stosowana bez zgody sądu (art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych). Brak precyzyjnych zasad postępowania z materiałami, które zawierają informacje objęte tajemnicami prawnie chronionymi, w połączeniu z brakiem sądowej kontroli na jakimkolwiek etapie, stwarza realne ryzyko nadużyć.

W k.p.k. brak jest także przepisów regulujących tryb postępowania z materiałami, które obejmują tajemnicę psychiatryczną określoną w art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

Podsumowując uwagi dotyczące regulacji odnoszących się do zakresu podmiotowego:

1. W odniesieniu do czynności pozaprocesowych konieczne jest sprecyzowanie zakresu podmiotowego, np. na wzór regulacji, jaka znajduje się w art. 237 § 4 k.p.k.,

która wymuszałaby wykazanie we wniosku o kontrolę operacyjną związku osoby, która ma być objęta niejawną inwigilacją, z przestępstwem, które jest przedmiotem rozpracowania operacyjnego. Przepisy odnoszące się do zakresu podmiotowego powinny być takie same we wszystkich ustawach policyjnych i o służbach specjalnych oraz skorelowane z analogicznymi przepisami k.p.k.

2. Przepisy ustawy o działaniach antyterrorystycznych powinny precyzować zasady postępowania z materiałami zawierającymi tajemnice prawnie chronione analogicznie do innych ustaw policyjnych.
3. W odniesieniu do procesowej kontroli i utrwalania rozmów należy uregulować tryb postępowania z materiałami objętymi tajemnicami zawodowymi z art. 180 § 2 k.p.k. i nakazanie niezwłocznego wystąpienia do sądu o zwolnienie z tajemnic, jeśli zaktualizowały się przesłanki wynikające z ww. przepisu oraz uregulować tryb niszczenia materiałów objętych tajemnicą obrończą i spowiedzi (art. 178 k.p.k.), dziennikarską w zakresie art. 180 § 3 k.p.k. oraz art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.
4. W przepisach regulujących pozaprocesową kontrolę i utrwalanie rozmów oraz procesową kontrolę i utrwalanie rozmów należy wprowadzić generalny zakaz niejawnej inwigilacji przedstawicieli zawodów zaufania publicznego (art. 180 § 2 k.p.k.), który mógłby zostać uchylony w przypadku, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona za pomocą innych dowodów przy uwzględnieniu stopnia społecznej szkodliwości czynu i zagrożeń dla bezpieczeństwa powszechnego. Uzupełnienie katalogu przesłanek uchylenia tajemnicy zawodów zaufania publicznego o konstytucyjną klauzulę proporcjonalności zmniejszyłoby margines oceny zwolnienia z tych tajemnic i ograniczyłoby możliwość ich uchylania. Nie można bowiem przyjąć, że z faktu prowadzenia postępowania karnego albo czynności operacyjnych w sprawie o przestępstwo katalogowe automatycznie aktualizują się przesłanki z art. 180 § 2

k.p.k. Dodatkowo, postanowienia sądu o zwolnieniu z tajemnicy z art. 180 § 2 k.p.k. powinny być każdorazowo załączane do akt sprawy sądowej (z poszanowaniem zasad ochrony informacji niejawnych i z nadaniem odpowiedniej klauzuli, jeśli jest to konieczne) wraz z wnioskiem prokuratora o uchylenie tajemnicy, tak by sąd orzekający w sprawie mógł dokonać następcej kontroli zasadności zwolnienia z tajemnicy.

5. Należy wprowadzić zakaz kontroli i utrwalania rozmów osób – adwokatów i radców prawnych – zobowiązanych do zachowania tajemnicy obrończej, tajemnicy spowiedzi (art. 178 k.p.k.), tajemnicy dziennikarskiej w zakresie objętym art. 180 § 3 k.p.k. oraz tajemnicy psychiatrycznej z art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Ewentualna, absolutnie wyjątkowa możliwość przełamania tajemnicy obrończej, wynikająca z zaangażowania adwokata/radcy prawnego w działalność przestępczą powinna być wprost wskazana w przepisach ustawowych, a treść nowych regulacji powinna **uwzględniać wytyczne wynikające z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE**. Decyzja o monitoringu komunikacji w takiej sytuacji powinna być podejmowana wyłącznie przez sąd, a postanowienia sądu powinny być każdorazowo załączane do akt sprawy sądowej (z poszanowaniem zasad ochrony informacji niejawnych i z nadaniem odpowiedniej klauzuli, jeśli jest to konieczne) wraz z wnioskiem prokuratora o wykazującym, że adwokat/radca prawny jest współsprawcą przestępstwa, tak by sąd orzekający w sprawie mógł dokonać następcej kontroli zasadności przełamania tajemnicy obrończej.

IV.2.2. Zakres przedmiotowy

Zakres przedmiotowy kontroli i utrwalania rozmów to przestępstwa, w sprawach, o które można prowadzić działania operacyjne polegające na niejawnej inwigilacji. Przed bardziej szczegółową analizą wadliwości obecnej regulacji i wskazaniem kierunków zmian, należy podkreślić, że:

1. katalog przestępstw jest zbyt szeroki – służby policyjne i specjalne mają zbyt szeroko określone kompetencje, jeśli chodzi o zakres spraw, kiedy dopuszczalna jest niejawna inwigilacja;
2. zakresy kompetencji poszczególnych służb się pokrywają, co pozwala na ominięcie granic temporalnych (czasowych) niejawnej inwigilacji;
3. zakresy procesowej i pozaprocesowej kontroli i utrwalania rozmów nie są tożsame, co niejako wymusza gromadzenie dowodów za pomocą czynności pozaprocesowych;
4. zakresy przedmiotowe są nieuporządkowane, a możliwości prowadzenia działań operacyjnych przez poszczególne służby nie zawsze wiążą się wprost z działalnością konkretnej formacji⁶³.

IV.2.2.1. Pozaprocesowa kontrola i utrwalanie rozmów

Z informacji przekazywanych w trybie art. 19 ust. 22 ustawy o Policji wynika, że w 2023 r. spośród wszystkich stwierdzonych przestępstw, 42% z nich stanowiły tzw. przestępstwa katalogowe, czyli te, w których możliwe jest prowadzenie działań

⁶³ Przykładowo można wskazać na uprawnienia, jakie miał Inspektorat Wewnętrzny Służby Więziennej. Zasadniczą wątpliwością była możliwość podejmowania działań operacyjnych wobec osób przebywających poza terenem zakładów karnych lub aresztów śledczych, jeśli przestępstwo pozostaje w „ściśłym związku” z przestępstwem osób osadzonych lub funkcjonariuszy i pracowników Służby Więziennej. Tymczasem, jeśli przestępstwo zostało popełnione poza terenem zakładu karnego lub aresztu śledczego, to organem właściwym do prowadzenia działań operacyjnych jest Policja albo inna właściwa służba. Co więcej, katalog przestępstw z art. 23p ust. 1 ustawy o SW pozwalał na niejawną inwigilację w sprawach o przestępstwa z art. 190a k.k. (stalking i kradzież tożsamości), art. 197-199 k.k. (zgwałcenie, wykorzystanie bezradności i wykorzystanie krytycznego położenia lub stosunku zależności). Przestępstwa te znajdowały się wyłącznie w katalogu przestępstw z ustawy o SW. Nie były one na tyle specyficzne dla warunków pozbawienia wolności, że tylko ta służba miała możliwość prowadzenia działań operacyjnych. Ze względu na specyfikę przestępstwa z art. 190a k.k. tym bardziej zaskakuje, że to przestępstwo nie znalazło się w katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Trudno także uzasadnić, dlaczego IWSW miało możliwość prowadzenia działań operacyjnych w sprawach o przestępstwa seksualne – także poza terenem zakładu karnego – podczas, gdy taka możliwość jest wyłączona w przypadku Policji, ABW, czy innych służb.

operacyjnych⁶⁴. Trudno o lepsze uzasadnienie tezy, że obecnie istniejący katalog przestępstw jest zbyt szeroki i nie spełnia kryteriów, które wynikają z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i ETPC. Niejawna inwigilacja w państwie demokratycznym może być prowadzona w przypadku **najpoważniejszych przestępstw, wyraźnie wskazanych w przepisach ustawowych**. Tymczasem na podstawie przepisów np. ustawy o Policji, możliwe jest prowadzenie działań operacyjnych w sprawach o przestępstwa o niskiej albo średniej społecznej szkodliwości. Przykładowo, przepis art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy o Policji dopuszcza stosowanie środków niejawnej inwigilacji w odniesieniu do przestępstwa popełnienia (art. 239 k.k.), czy zatajenia dowodów niewinności (art. 236 § 1 k.k.), które zagrożone są karą pozbawienia wolności do lat 2.

Konstruując wykaz tzw. przestępstw katalogowych ustawodawca posłużył się różnymi technikami legislacyjnymi. Część przestępstw katalogowych została wskazana poprzez odniesienie się do konkretnego przepisu z kodeksu karnego⁶⁵ albo ustaw szczególnych⁶⁶, część w drodze wskazania rozdziałów kodeksu karnego⁶⁷ albo innych ustaw⁶⁸ i zakresowe określenie granic kontroli operacyjnej, część zaś w sposób opisowy⁶⁹. Ta ostatnia technika legislacyjna budzi najwięcej wątpliwości, ponieważ

⁶⁴ Informacja z 2024 r. prezentowana na podstawie art. 19 ust. 22 ustawy o Policji; <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/0/2B0A9BC477E5C111C1258B490046B094/%24File/500.pdf>.

⁶⁵ Zob. art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy o Policji.

⁶⁶ Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 2a ustawy o Policji mogą być prowadzone w sprawach o przestępstwa „określonych w art. 46 ust. 1, 2 i 4, art. 47 oraz art. 48 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2023 r. poz. 2048),

⁶⁷ Zgodnie z art. 27 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW, ABW może prowadzić działania operacyjne w sprawach o przestępstwa określone w „rozdziałach XXXV-XXXVII Kodeksu karnego oraz rozdziałach 6 i 7 Kodeksu karnego skarbowego - jeżeli godzą w podstawy ekonomiczne państwa”.

⁶⁸ Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 3b ustawy o Policji mogą być prowadzone w sprawach o przestępstwa „określonych w rozdziale 11 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2022 r. poz. 840 oraz z 2023 r. poz. 951, 1688 i 1904), w rozdziale 5 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2020 r. poz. 164), w rozdziale 5a ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (Dz. U. z 2022 r. poz. 385), w rozdziale 11a ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2393) oraz w rozdziale 6 ustawy z dnia 25 maja 2017 r. o restytucji narodowych dóbr kultury (Dz. U. z 2019 r. poz. 1591),

⁶⁹ Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 3a ustawy o Policji mogą być prowadzone w sprawach o przestępstwa „przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, gdy pokrzywdzonym jest małoletni albo gdy treści pornograficzne, o których mowa w art. 202 Kodeksu karnego, obejmują udział małoletniego”.

najtrudniej jest określić, jakie są rzeczywiste granice (możliwości służb w prowadzeniu) niejawnej inwigilacji.

W art. 19 ust. 1 ustawy o Policji przykładem opisowego i dość ogólnego określenia granic przedmiotowych kontroli operacyjnej jest pkt 3a i 5, które pozwalają na prowadzenie kontroli operacyjnej w sprawach przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, gdy pokrzywdzonym jest małoletni albo gdy treści pornograficzne, o których mowa w art. 202 k.k. obejmują udział małoletniego (pkt 3) oraz w sprawach dotyczących nielegalnego wytwarzania, posiadania lub obrotu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi, substancjami psychotropowymi ich prekursorami lub nowymi substancjami psychoaktywnymi oraz materiałami jądrowymi i promieniotwórczymi (pkt 5). Z perspektywy przyjętej techniki legislacyjnej, wątpliwości może budzić szerokie ujęcie art. 19 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji, pozwalające na prowadzenie działań operacyjnych w sprawach o posiadanie narkotyków – art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii – także wtedy, gdy posiadana ilość nie była znaczna.

Większe wątpliwości budzi jednak katalog przestępstw z ustawy o ABW. Zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt d w zw. z art. 27 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW, działania operacyjne mogą być prowadzone w związku z rozpoznawaniem, zapobieganiem i wykrywaniem przestępstw *w zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa*. Pojęcie strategicznego znaczenia dla bezpieczeństwa państwa jest pojęciem niedookreślonym i może być rozumiane dość szeroko. Dodatkowo, kwestia produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami, też nie ułatwia stwierdzenia, o jakie konkretnie zachowania chodziło ustawodawcy. Wydaje się zatem, że art. 5 ust. 2 pkt d w zw. z art. 27 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW nie spełniają warunku określoności w systemie prawa i wymogu przewidywalności przepisów. Podobne zastrzeżenia można mieć do szerokiego ujęcia przesłanki „ekonomicznych interesów państwa”, chociaż ta – na skutek wyroku Trybunału

Konstytucyjnego wydanego w sprawie ozn. sygn. akt K 23/11 została zawężona do przestępstw z rozdziałów XXXV-XXXVII⁷⁰ k.k. oraz 6 i 7 k.k.s.⁷¹, niemniej nadal zakres działań operacyjnych wydaje się być zbyt szeroko zakreślony.

Największe zastrzeżenia można mieć w odniesieniu do enumeratywnie określonego katalogu przestępstw. Jest on jednocześnie zbyt szeroki (obejmuje bowiem także drobną przestępczość) i zbyt wąski (przykładowo, Policja nie może prowadzić działań operacyjnych w sprawach o stalking – art. 190a k.k. – który najczęściej ma miejsce za pomocą środków komunikowania się na odległość), gdy, tymczasem, umieszczenie niektórych typów czynów zabronionych wydaje się przypadkowe.

Przechodząc do uwag szczegółowych:

1. Przestępstwa z art. 232 k.k.⁷², art. 233 § 1, 1a, 4 i 6 k.k.⁷³, art. 234 k.k.⁷⁴, art. 235 k.k.⁷⁵, art. 236 § 1 k.k.⁷⁶, art. 238 k.k.⁷⁷, art. 239 § 1 k.k.⁷⁸, art. 240 § 1 k.k.⁷⁹, art. 245 k.k.⁸⁰ nie spełniają warunku „konieczności w społeczeństwie demokratycznym” i nie powinny znajdować się żadnym z katalogów przestępstw – zarówno kontroli procesowej jak i pozaprocessowej – a działania operacyjne, polegające na monitoringu komunikacji w czasie rzeczywistym nie powinny być możliwe.

⁷⁰ Przestępstwa przeciwko mieniu, obrotowi gospodarczemu oraz obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi

⁷¹ Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko obowiązkowi podatkowemu i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji i przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko obowiązkowi celnemu oraz zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami

⁷² Wywieranie wpływu na czynności sądu, zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat.

⁷³ Składanie fałszywych zeznań, fałszywej opinii oraz fałszywych zeznań przez osobę podejrzaną (art. 233 § 1a k.k.), zagrożone karą od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności (§ 1), od 3 miesięcy do 5 lat (§ 1a), od 1 roku do 10 lat (§ 4).

⁷⁴ Fałszywe oskarżenie, zagrożone karą od 3 miesięcy do 5 lat.

⁷⁵ Tworzenie fałszywych dowodów, zagrożone karą od 3 miesięcy do 5 lat.

⁷⁶ Zatajenie dowodów niewinności, zagrożone karą do 2 lat pozbawienia wolności

⁷⁷ Fałszywe zawiadomienie o przestępstwie, zagrożone karą do 2 lat pozbawienia wolności.

⁷⁸ Poplecznictwo, zagrożone karą od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności

⁷⁹ Niezawiadomienie o przestępstwie, zagrożone karą do 3 lat pozbawienia wolności.

⁸⁰ Przemoc wobec stron postępowania, zagrożenie karą od 3 miesięcy do 5 lat

Przestępstwa te, co do zasady, nie stanowią poważnej przestępczości, nie mają znacznego stopnia społecznej szkodliwości, co także można dostrzec analizując ustawowe zagrożenie karą za poszczególne z tych czynów. Warto przypomnieć, że działania operacyjne polegające na niejawnej inwigilacji nie powinny być ułatwieniem dla działania Policji i innych służb, ale ich zadaniem jest umożliwienie prowadzenia skutecznych czynności dochodzeniowych i zapobiegawczych tam, gdzie klasyczne (tradycyjne) sposoby działania nie przyniosą oczekiwanych rezultatów. Przestępstwa z art. 232-245 k.k. **co do zasady nie powinny być samodzielną podstawą stosowania środków niejawnej inwigilacji**⁸¹. W jednostkowych sytuacjach, gdy przestępstwa z art. 232-245 k.k. są związane z innym, konkretnym i toczącym się postępowaniem, nie jest wykluczone, że konieczne będzie podjęcie działań operacyjnych w celu zapobieżenia ww. czynom zabronionym. Wówczas należy jednak uwzględnić specyfikę konkretnych rodzajów przestępczości (np. przestępczości zorganizowanej, terrorystycznej) i rozważyć, czy zachowania, które realizowałyby znamiona czynów z art. 232-245 k.k. nie wypełniają jednocześnie znamion przestępstwa np. z art. 258 k.k.;

2. Ustawodawca jest niekonsekwentny w konstruowaniu katalogu przestępstw, a przestępstwa z art. 232-245 k.k. w zależności od ustawy są albo samodzielną podstawą do prowadzenia działań operacyjnych⁸² albo muszą być związane z innymi przestępstwami katalogowymi⁸³. Ustawa o SKW⁸⁴ w ogóle nie pozwala na

⁸¹ Warto zauważyć, że zwiększa się liczba spraw, w których działania operacyjne są prowadzone w związku z popełnieniem przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości. W 2024 r. było takich spraw 66 (dane za drukiem senackim Senatu XI kadencji nr 371: <https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatdruki/13725/druk/371.pdf>). W 2023 r. był 3 takie kontrole operacyjne w sprawach dotyczących przestępczości przeciwko wymiarowi sprawiedliwości (dane za drukiem sejmowym Sejmu X kadencji nr 500; <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/0/2B0A9BC477E5C111C1258B490046B094/%24File/500.pdf>).

⁸² Tak: art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy o Policji

⁸³ Np. w art. 9e ust. 1 pkt 8 ustawy o SG.

⁸⁴ Zob. art. 31 ustawy o SKW.

prorowadzenie działań operacyjnych w sprawach z art. 232-245 k.k.⁸⁵ Ustawodawca niejednolicie wskazuje, jakie przestępstwa z art. 232-245 k.k. mogą być podstawą działań operacyjnych, np. Straż Graniczna⁸⁶, czy CBA⁸⁷ i ABW⁸⁸ nie mogą prowadzić działań operacyjnych, w przypadku niezawiadomienia o przestępstwie (art. 240 § 1 k.k.) ani przemocy wobec stron postępowania (art. 245 k.k.), nawet jeśli zachowania dotyczą przestępstw katalogowych tych formacji;

3. Wartość mienia⁸⁹ wynosząca 50-krotność minimalnego wynagrodzenia⁹⁰ nie uwzględnia inflacji i zmieniającej się sytuacji gospodarczej. Celowe wydaje się rozważenie wprowadzenie jednolitego progu, uprawniającego do wystąpienia z wnioskiem o niejawną inwigilację, z mieniem wielkiej wartości (art. 115 § 6 k.k.). Ograniczyłoby to możliwość niejawnej inwigilacji do spraw o znacznej społecznej szkodliwości i wyeliminowały zachowania niemieszczące się w tym zakresie i byłoby spójne z treścią przepisu art. 237 § 3 k.p.k.;
4. Przepis art. 223 k.k. (czynna napaść na funkcjonariusza publicznego⁹¹) może być podstawą prowadzenia działań operacyjnych wyłącznie w wąskim zakresie, takim, jaki wynika z ustawy o SOP (art. 42 ust. 2 ustawy o SOP);
5. Katalog przestępstw z ustawy o Policji powinien być uzupełniony o przestępstwo z art. 190a k.k. (stalking i kradzież tożsamości), które z uwagi na specyfikę (popelniane są najczęściej z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej) i z tego względu mogą wymagać prowadzenia działań operacyjnych;

⁸⁵ Podobnie ustawa o KAS; zob. art. 118 ustawy o KAS

⁸⁶ Por. w art. 9e ust. 1 pkt 8 ustawy o SG.

⁸⁷ Zob. art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o CBA.

⁸⁸ Zob. art. 27 ust. 1 pkt 3 ustawy o ABW.

⁸⁹ Zob. art. 9e ust. 1 pkt 3 ustawy o SW; art. 19 ust. 1 pkt 3, 4 ustawy o Policji, art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy o CBA, art. 118 ust. 1 pkt 3, 4 ustawy o KAS, art. 31 ust. 1 pkt 5 ustawy o ŻW.

⁹⁰ W 2025 r. minimalne wynagrodzenie to 4666 zł brutto, czyli wartość mienia pozwalająca na podjęcie działań operacyjnych to 233.300 zł.

⁹¹ Por. art. 115 § 3 k.k.

6. Należy uporządkować uprawnienia służb specjalnych i policyjnych w zakresie prowadzenia działań operacyjnych w sprawach o przestępstwa korupcyjne (art. 228-230a k.k.) oraz tzw. zbrodnie fakturowe (art. 270a i 271a k.k.), ponieważ obecnie uprawnienia KAS, CBA i Policji częściowo się pokrywają, co umożliwia prowadzenie działań operacyjnych poza granicami temporalnymi środków niejawnnej inwigilacji.

Zmiany w katalogach przestępstw powinny uwzględniać specyfikę niektórych rodzajów przestępczości – przestępczości cyfrowej. **Natomiast nie należy utrzymywać stanu, w którym niejawna inwigilacja może być stosowana w sprawach o średnie i drobne czyny zabronione, a metody pozwalające na dolegliwe wkroczenie w prywatność jednostki traktowane jako ułatwienie i przyspieszenie działań organów śledczych.**

Jak to już zostało wcześniej wskazane, **konieczne jest wyselekcjonowanie wąskiego katalogu najpoważniejszych przestępstw – co do zasady zbrodni i wybranych występków, w których górna granica zagrożenia karą wynosi co najmniej 8 lat. Z uwagi na zaburzenie proporcji kar w odniesieniu do rzeczywistej społecznej szkodliwości czynów zabronionych⁹², należy uwzględnić również klauzule subsydiarności (czy istnieje możliwość zgromadzenia informacji innymi sposobami niż niejawna inwigilacja), proporcjonalności (czy w danej sprawie czyn jest na tyle społecznie szkodliwy, że uzasadnia wkroczenie/przełamanie prywatności jednostki) i adekwatności (czy zastosowane środki inwigilacyjne mogą dostarczyć dowodów i informacji na potrzeby procesu karnego).**

IV.2.2.2. Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów

Katalog przestępstw z art. 237 § 3 k.p.k. obejmuje następujące czyny zabronione:

1. zabójstwa;

⁹² Por. J. Giezek, K. Lipiński, D. Gruszecka, OPINIA na temat ustawy z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw; <https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/6468/plik/oe-412.pdf>.

2. narażenia na niebezpieczeństwo powszechne lub spowodzenia katastrofy;
3. handlu ludźmi;
4. uprowadzenia osoby;
5. wymuszania okupu;
6. uprowadzenia statku powietrznego lub wodnego;
7. rozboju, kradzieży rozbójniczej lub wymuszenia rozbójniczego;
8. zamachu na niepodległość lub integralność państwa;
9. zamachu na konstytucyjny ustrój państwa lub jego naczelne organy, albo na jednostkę Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej;
10. szpiegostwa lub ujawnienia informacji niejawnych o klauzuli tajności "tajne" lub "ściśle tajne";
11. gromadzenia broni, materiałów wybuchowych lub radioaktywnych;
12. fałszowania oraz obrotu fałszywymi pieniędzmi, środkami lub instrumentami płatniczymi albo zbywalnymi dokumentami uprawniającymi do otrzymania sumy pieniężnej, towaru, ładunku albo wygranej rzeczowej albo zawierającymi obowiązek wpłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach lub stwierdzenie uczestnictwa w spółce;
13. podrabiania lub przerabiania faktur lub używania faktur podrobionych lub przerobionych w zakresie okoliczności faktycznych mogących mieć znaczenie dla określenia wysokości należności publicznoprawnej lub jej zwrotu albo zwrotu innej należności o charakterze podatkowym oraz wystawiania i używania faktur poświadczających nieprawdę co do okoliczności faktycznych mogących mieć znaczenie dla określenia wysokości należności publicznoprawnej lub jej zwrotu albo zwrotu innej należności o charakterze podatkowym;
14. wytwarzania, przetwarzania, obrotu i przemytu środków odurzających, prekursorów, środków zastępczych lub substancji psychotropowych;
15. zorganizowanej grupy przestępczej;
16. mienia znacznej wartości;
17. użycia przemocy lub groźby bezprawnej w związku z postępowaniem karnym;

- 18.** składania fałszywych zeznań oraz przedstawienia przez biegłego, rzeczoznawcę lub tłumacza fałszywej opinii, ekspertyzy lub tłumaczenia;
- 19.** fałszywego oskarżenia innej osoby o popełnienie przestępstwa, przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego;
- 20.** tworzenia fałszywych dowodów lub innych podstępnych zabiegów, kierujących przeciwko innej osobie ściganie o przestępstwo, przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe albo podejmowania takich zabiegów w toku postępowania;
- 21.** zatajenia dowodów niewinności osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa, przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego;
- 22.** zawiadomienia organu powołanego do ścigania o niepopelnionym przestępstwie lub przestępstwie skarbowym;
- 23.** poplecznictwa;
- 24.** niezawiadomienia o przestępstwie;
- 25.** łapownictwa i płatnej protekcji;
- 26.** stręczycielstwa, kuplerstwa i sutenerstwa;
- 27.** przestępstw określonych w rozdziale XVI ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 2024 r. poz. 17 i 1228) oraz w art. 5-8 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzonego w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz. U. z 2003 r. poz. 708 oraz z 2018 r. poz. 1753), zwanego dalej "Statutem".

Nie powielając uwag szczegółowych dotyczących przestępstw z art. 232-245 k.k. i konieczności wyeliminowania tych czynów zabronionych ze wszystkich katalogów przestępstw w każdej z ustaw, warto podkreślić, że kodeksowy wykaz czynów zabronionych jest węższy w porównaniu np. z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, czy art. 9e ustawy o Straży Granicznej. Chcąc zgromadzić materiał dowodowy w prowadzonym postępowaniu w sprawie np. produkowania w celu rozpowszechniania materiałów zawierających treści pornograficzne z udziałem małoletniego (art. 202 § 3 k.k.), prokurator nie może samodzielnie wystąpić z wnioskiem z art. 237 § 1 k.p.k. o zarządzenie procesowej kontroli i utrwalania rozmów, ale konieczne jest zwrócenie się

do organu wskazanego w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji i rozpoczęcie procedury zastosowania pozaprocesowej kontroli i utrwalania rozmów. Czynności procesowe polegające na niejawnej inwigilacji nie obejmują żadnego z przestępstw uregulowanych w ustawach innych niż kodeks karny⁹³. **Niezrozumiała jest sytuacja, w której w toku prowadzonego postępowania karnego, prokurator ma mniej uprawnień od Policji, czy innych organów prowadzących postępowanie przygotowawcze.**

IV.3. Czas trwania

IV.3.1. Pozaprocesowa kontrola i utrwalanie rozmów

Przepisy ustaw policyjnych i o służbach specjalnych⁹⁴ ustanawiają wspólne zasady dotyczące czasu trwania kontroli operacyjnej. Zgodnie z art. 19 ust. 8 ustawy o Policji⁹⁵ sąd zarządza kontrolę operacyjną na czas nie dłuższy niż 3 miesiące. Uprawniony organ – Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP, Komendant BSWP, Komendant CBZC⁹⁶ albo komendant wojewódzki policji, po uzyskaniu zgody właściwego prokuratora (Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego albo prokuratora okręgowego) może wnioskować o przedłużenie kontroli o kolejne 3 miesiące, o ile nie ustały przyczyny jej zarządzenia. Przepis art. 19 ust. 9 ustawy o Policji stanowi, że w uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia sprawców przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa sąd okręgowy może, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8⁹⁷ wydawać

⁹³ Por. np. katalog z ustawy o SG (art. 9e).

⁹⁴ W dalszej części procedura została opisana w oparciu o przepisy ustawy o Policji, w przypisach znajdują się odesłania do pozostałych ustaw.

⁹⁵ Por. art. 9e ust. 9 ustawy o SG; art. 27 ust. 8 ustawy o ABW; art. 17 ust. 8 ustawy o CBA; art. 31 ust. 6 ustawy o SKW; art. 118 ust. 6 ustawy o KAS; art. 31 ust. 9 ustawy o ŻW; art. 44 ust. 1 ustawy o SOP.

⁹⁶ Komendant Główny Straży Granicznej, Komendant BSWSG, komendant oddziału Straży Granicznej (art. 9e ust. 9 ustawy o SG); Szef ABW (art. 27 ust. 8 ustawy o ABW); Szef CBA (art. 17 ust. 8 ustawy o CBA); Szef SKW (art. 31 ust. 6 ustawy o SKW); Szef KAS (art. 118 ust. 6 ustawy o KAS); Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej (art. 31 ust. 9 ustawy o ŻW); Komendant SOP (art. 44 ust. 1 ustawy o SOP).

⁹⁷ Por. art. 9e ust. 10 ustawy o SG; art. 27 ust. 9 ustawy o ABW; art. 17 ust. 9 ustawy o CBA; art. 31 ust. 7 ustawy o SKW; art. 118 ust. 7 ustawy o KAS; art. 31 ust. 10 ustawy o ŻW; art. 44 ust. 2 ustawy o SOP.

kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, których długość nie może przekraczać 12 miesięcy. Kontrola operacyjna powinna być zakończona niezwłocznie po ustaniu przyczyn jej zarządzenia, a najpóźniej jednak z upływem okresu, na który została wprowadzona.

W doktrynie procesu karnego wskazuje się, że łączny maksymalny czas trwania kontroli operacyjnej wynosi 12 miesięcy⁹⁸. Jednak, jak wynika z wyroku ETPC w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, możliwa jest inna interpretacja przepisów dotyczących czasu trwania niejawniej, zgodnie z którą maksymalny czas jej trwania wynosi 18 miesięcy⁹⁹.

O ile formalnie wydaje się, że krajowe przepisy ustanawiają precyzyjne zasady dotyczące czasu trwania niejawniej inwigilacji, a ustawowe terminy nie dają możliwości przedłużenia stosowania kontroli i utrwalania rozmów ponad maksymalne okresy, to należy podkreślić, że **granice temporalne odnoszą się do działań konkretnej służby, a nie osoby, której komunikacja jest monitorowana i czynu będącego podstawą prowadzenia czynności operacyjnych**. Z uwagi na pokrywanie się zakresów przedmiotowych poszczególnych służb uprawnionych do niejawniej inwigilacji, możliwa jest sytuacja, w której maksymalne terminy staną się fikcją, ponieważ kontrola i utrwalanie rozmów będzie kontynuowana przez inną służbę w nowych (12 lub 18 miesięcznych w zależności od przyjętej interpretacji) granicach czasowych. Przykładowo, w przypadku przestępstw korupcyjnych, czy tzw. zbrodni fakturowych (art. 270a i 271a k.k.) – gdzie uprawnienia inwigilacyjne posiadają KAS, CBA i Policja.

Konieczne jest wprowadzenie regulacji, które będą chroniły jednostkę przed nadmierną i długotrwałą ingerencją w jej prywatność. **Przepisy ustawowe muszą**

⁹⁸ Zob. T. M. Miłkowski, 1.1.5. *Czas trwania* [w:] *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a prawa i wolności jednostki*, Warszawa 2020; M. Rogalski, 7. *Policja* [w:] *Podśłuch procesowy i pozaprocesowy. Kontrola i utrwalanie rozmów na podstawie kpk oraz ustaw szczególnych*, Warszawa 2019.

⁹⁹ Zob. Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18; § 13 i 76.

przeciwdziałać arbitralności działania organów władzy publicznej, w tym zapobiegać sytuacjom, w których kontrola operacyjna może być kontynuowana wobec tej samej osoby, w tej samej sprawie, przez kolejne służby w ramach „przekazywania kompetencji”.

W przepisach ustaw policyjnych i o służbach specjalnych **nie sprecyzowano, jakie okoliczności mogą świadczyć o konieczności przedłużenia stosowania kontroli operacyjnej ponad podstawowy okres 3 miesięcy.** Przepis art. 19 ust. 8 ustawy o Policji¹⁰⁰ stanowi, że kontrolę przedłuża się na kolejne 3 miesiące, jeśli „nie ustały przyczyny tej kontroli”. Sugeruje to automatyzm przedłużania stosowania środków niejawnej inwigilacji do 6 miesięcy. Przedłużenie ponad okres 6 miesięcy jest możliwe, gdy pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów. Dla ograniczenia możliwości nieproporcjonalnej ingerencji w prawo do prywatności, celowe wydaje się

¹⁰⁰ Por. art. 9e ust. 9 ustawy o SG; art. 27 ust. 8 ustawy o ABW; art. 17 ust. 8 ustawy o CBA; art. 31 ust. 6 ustawy o SKW; art. 118 ust. 6 ustawy o KAS; art. 31 ust. 9 ustawy o ŻW; art. 44 ust. 1 ustawy o SOP.

wskazanie – albo w ustawie, albo w przepisach rozporządzenia¹⁰¹ – że organ wnioskujący o przedłużenie stosowania kontroli operacyjnej ma obowiązek wykazać, jakie konkretnie okoliczności wskazują na konieczność przedłużenia niejawniej inwigilacji oraz dlaczego dotychczas zgromadzony materiał jest niewystarczający z perspektywy realizacji celów jej zarządzenia.

IV.3.1.1. Szczególne uwarunkowania ustawy o działaniach antyterrorystycznych

Ustawa o działaniach antyterrorystycznych pozwala na zarządzenie kontroli operacyjnej na okres 3 miesięcy na podstawie decyzji Szefa ABW (art. 9 ust 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych). Przedłużenia kontroli ponad 3 miesiące dokonuje sąd okręgowy, na zasadach określonych w art. 27 ustawy o ABW.

¹⁰¹ Por. 1) rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 8 lipca 2022 r. w sprawie kontroli operacyjnej prowadzonej przez Policję, Dz.U. z 2022, poz. 1458; 2) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 października 2011 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, postanowień i zarządzeń oraz przechowywania, przekazywania, przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli; Dz.U. z 2011, poz. 232, nr 1379; 3) rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 25 sierpnia 2011 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Straż Graniczną kontroli operacyjnej oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, a także przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli; Dz.U. z 2023, poz. 867; 4) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 października 2002 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej 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, poz. 173; 5) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 września 2006 r. w sprawie sposobu dokumentowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas prowadzenia tej kontroli, a także wzorów druków i rejestrów; Dz.U. z 2019, poz. 1768; 6) rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 9 października 2018 r. w sprawie sposobu dokumentowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez Służbę Ochrony Państwa, Dz.U. z 2018, poz. 2065; 7) rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13 kwietnia 2017 r. w sprawie dokumentowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez Krajową Administrację Skarbową; Dz.U. z 2017, poz. 828; 8) rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 2022 r. w sprawie sposobu dokumentowania przez Inspektorat Wewnętrzny Służby Więziennej czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonaniu w sposób niejawni nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej; Dz.U. z 2024, poz. 1250; 9) rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 23 kwietnia 2018 r. w sprawie sposobu dokumentowania kontroli operacyjnej przez Żandarmerię Wojskową; Dz.U. z 2018, poz. 1035.

W wyroku K 23/11 Trybunał Konstytucyjny dopuścił częściowo odmienne traktowanie cudzoziemców w przypadku stosowania metod niejawnej inwigilacji. Natomiast nie dopuścił możliwości stosowania kontroli operacyjnej bez zgody sądu (niezależnego organu sądowego), wskazując, że działania władz publicznych muszą mieścić się w standardach państwa prawa. W wyroku Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce, w odniesieniu do ustawy antyterrorystycznej, ETPC zakwestionował dopuszczalność prowadzenia niejawnej inwigilacji bez zgody niezależnego organu, optymalnie sądu¹⁰². Jedynym sposobem, by zapewnić, że środki niejawnej inwigilacji są stosowane oszczędnie i w należycie uzasadnionych przypadkach, jest wprowadzenie kontroli niezależnego organu. Takim organem nie jest Szef ABW – zwierzchnik funkcjonariuszy, którzy wnioskowali o zastosowanie kontroli operacyjnej.

Trzymiesięczny okres niejawnej inwigilacji bez zgody sądu nie spełnia wymogów konieczności w społeczeństwie demokratycznym. Trudno także zrozumieć *ratio legis* rozwiązań, jakie zostały wprowadzone w ustawie antyterrorystycznej. Słuszny cel w postaci zwalczaniu przestępstw terrorystycznych lub szpiegostwa nie uzasadnia pozasądowej, dolegliwej ingerencji w sferę prywatności jednostki. W uzasadnieniu do projektu ustawy o działaniach antyterrorystycznych odwołano się do wskazanego wyżej wyroku K 23/11, ale – pomijając wiążący Polskę standard prawnomiędzynarodowy¹⁰³ – uznano, że Prokurator Generalny jest odpowiednim organem kontrolnym gwarantującym poszanowanie zasad państwa prawa¹⁰⁴. Prokurator Generalny ani Szef ABW nie są organami niezależnymi od władzy wykonawczej. Prokurator Generalny jest równocześnie Ministrem Sprawiedliwości – czynnym politykiem – a Szef ABW jest zależny od Prezesa Rady Ministrów. **Obecne**

¹⁰² Wyrok ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18; § 273. Por. uwagi RPO we wniosku do TK w sprawie K 35/16: <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2035/16>, s. 40 i nast.

¹⁰³ Por. uwagi we wniosku RPO w sprawie K 35/16.

¹⁰⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy o działaniach antyterrorystycznych, druk sejmowy Sejmu VIII kadencji nr 516, s. 13.

rozwiązania stwarzają zagrożenie nadużywania uprawnień z art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych.

Konieczna jest niezwłoczna zmiana art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych i wyłączenie możliwości stosowania kontroli operacyjnej bez zgody sądu. Należy w ustawie o działaniach antyterrorystycznych wprowadzić uregulowania analogiczne do art. 27 ustawy o ABW. **Ewentualne zróżnicowanie pozycji cudzoziemców w porównaniu z obywatelami Polski nie może dotyczyć możliwości limitowania istoty prawa do prywatności.**

IV.3.2. Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów

Granice temporalne procesowej kontroli i utrwalania rozmów wynikają z art. 238 § 1 k.p.k. Kontrola i utrwalanie rozmów mogą być wprowadzone najwyżej na okres 3 miesięcy z możliwością jednorazowego przedłużenia na okres 3 miesięcy. Każdorazowo kontrola powinna być zakończona, jeśli ustaną przyczyny jej zarządzenia¹⁰⁵. Przepisy k.p.k. nie budzą wątpliwości z perspektywy poszanowania praw i wolności jednostki. Termin maksymalny 6 miesięcy wydaje się odpowiedni dla realizacji procesowych celów kontroli.

Niemniej, w piśmiennictwie wskazuje się, że z uwagi na możliwość dowodowego wykorzystania wyników czynności operacyjnych w postępowaniu karnym, „wyprowadzanie” czynności dowodowych z procesu karnego i zamiast tego prowadzenie działań operacyjnych, oraz mniejsze kompetencje prokuratora w porównaniu z uprawnieniami służb policyjnych i specjalnych, podsłuch procesowy jest zamierającą instytucją i traci na znaczeniu¹⁰⁶. Częściowo utratę znaczenia podsłuchu procesowego można dostrzec analizując informacje udzielane przez Prokuratora Generalnego na podstawie art. 11 ustawy o Prawo o prokuraturze oraz art. 19 ust. 22

¹⁰⁵ Tj. nie jest już ona konieczna w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnienia nowego przestępstwa.

¹⁰⁶ P. Kosmaty, *Podsłuch procesowy - zamierająca instytucja walki z przestępczością*, Prokurator 2009, nr 2, s. 9-21.

ustawy o Policji. Dane dotyczące podsłuchu policyjnego niemal w całości pokrywają się z informacją Prokuratora Generalnego o prowadzeniu niejawnej inwigilacji. Wydaje się zatem, że podsłuch procesowy dotyczy raczej jednostkowych sytuacji. Należy jednak zauważyć, że istnieje realne niebezpieczeństwo wykorzystania podsłuchu procesowego jako mechanizmu przedłużania niejawnej inwigilacji w sytuacji, gdy upłynęły maksymalne terminy kontroli pozaprocesowej i tym samym „zyskania” dodatkowych 6 miesięcy prowadzenia działań operacyjnych. Ze względu na różne zakresy przedmiotowe kontroli procesowej i pozaprocesowej oraz różne zakresy możliwości technicznych obu form kontroli i utrwalania rozmów, nie będzie to możliwe we wszystkich sprawach. **Niemniej sama możliwość obejścia – zgodnie z prawem – maksymalnych terminów niejawnej inwigilacji nie powinna mieć miejsca w demokratycznym państwie prawa.**

W wyroku *Ekihmdzev przeciwko Bułgarii* Trybunał strasburski nie kwestionował czasu trwania niejawnej inwigilacji wynoszącego 2 lata¹⁰⁷. Formalnie polskie przepisy nie dopuszczają takiej możliwości, ale patrząc całościowo na uregulowania kontroli i utrwalania rozmów, maksymalne terminy mogą być wydłużane na co najmniej dwa sposoby – w formie przekazania sprawy innej służbie i kontynuowaniu przez nią niejawnej inwigilacji lub przedłużenia kontroli wykorzystując regulacje art. 237 k.p.k. i nast. Na podstawie danych jawnie dostępnych i upublicznionych przez służby nie można ocenić, czy takie sytuacje mają miejsce w praktyce działania organów ścigania. Ważna jest jednak sama możliwość takiego działania, przed którą nie chronią jednostki regulacje ustawowe.

W kwestii czasu trwania niejawnej inwigilacji konieczna jest – **w pierwszej kolejności – zmiana przepisów ustawy antyterrorystycznej i wyłączenie możliwości prowadzenia kontroli i utrwalania rozmów przez 3 miesiące bez zgody sądu.**

¹⁰⁷ Wyrok ETPC z 11 stycznia 2022 r. w sprawie *Ekimdzhiiev i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 70078/12; § 305

Następnie należy **wprost wskazać w przepisach ustaw policyjnych i o służbach specjalnych, jaki jest maksymalny termin pozaprocesowej niejawnej inwigilacji**. Obecnie można art. 19 ust. 8 i 9 ustawy o Policji¹⁰⁸ interpretować na dwa sposoby – albo że niejawna inwigilacja może trwać 12 miesięcy albo że może trwać 18 miesięcy. Co do zasady wydaje się, że maksymalny termin 12 miesięcy niejawnej inwigilacji w większości spraw jest wystarczający. Celem środków z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji jest zapobieżenie, wykrycie, ustalenie sprawców, a także uzyskanie i utrwalenie dowodów na potrzeby postępowania karnego, a nie „monitoring” życia prywatnego jednostki. Wyjątkowo może pojawić się konieczność dłuższego stosowania kontroli operacyjnej np. w sprawach dotyczących przestępczości zorganizowanej, przestępczości związanej z tzw. mafiami VAT-owskimi, natomiast łączny termin nie powinien przekraczać 2 lat, a kategorie spraw, w których dopuszczalna jest dłuższa niż 12 miesięcy niejawna inwigilacja, powinny być wprost wskazane w przepisach.

Przepisy ustaw policyjnych i o służbach specjalnych powinny wiązać maksymalne terminy stosowania kontroli operacyjnej z konkretną osobą i zarzucanym jej czynem, żeby wyeliminować możliwość kontynuowania niejawnej inwigilacji przez inną służbę w tej samej sprawie, tej samej osoby.

W przypadku procesowej kontroli i utrwalania rozmów, instytucja ta nie powinna być wykorzystywana jako mechanizm „wydłużania” stosowania niejawnej inwigilacji. Należy wprowadzić obowiązek wskazywania we wniosku o zastosowanie procesowej kontroli i utrwalania rozmów informacji o stosowanych uprzednio środkach pozaprocesowych wraz z udostępnieniem sądowi orzekającemu w przedmiocie wyrażenia zgody na procesową kontrolę i utrwalania rozmów akt i materiałów, jakie pozyskano w drodze czynności pozaprocesowych.

¹⁰⁸ Por. art. 9e ust. 9 i 10 ustawy o SG; art. 27 ust. 8 i 9 ustawy o ABW; art. 17 ust. 8 i 9 ustawy o CBA; art. 31 ust. 6 i 7 ustawy o SKW; art. 118 ust. 6 i 7 ustawy o KAS; art. 31 ust. 9 i 10 ustawy o ŻW; art. 44 ust. 1 i 2 ustawy o SOP.

IV.4. Ukształtowanie procedury wyrażania zgody na niejawną inwigilację a ochrona jednostki przed arbitralnością działania władzy publicznej

Trybunał Konstytucyjny w wyroku K 23/11 wskazał, że „podstawowym celem precyzyjnego określenia w prawie przesłanek dopuszczalności czynności operacyjno-rozpoznawczych jest wyznaczenie organom władzy wykonawczej możliwie jak najściślejszych ram działania. **Zapobiegać ma to arbitralności stosowania prawa, a zwłaszcza przenoszeniu na organy stosujące prawo ciężaru faktycznego wyznaczenia granic wolności człowieka.** Trybunał Konstytucyjny zwraca ponadto uwagę, że **im większa jest skala stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, a więc wzrasta - choćby potencjalnie - częstotliwość ingerencji w konstytucyjne wolności i prawa**, tym bardziej unormowanie ustawowe musi cechować się zupełnością i maksymalną precyzją”. Mimo zaangażowania sądu na etapie zarządzania i przedłużania kontroli operacyjnej, ETPC uznał, że krajowe przepisy nie stanowią efektywnego zabezpieczenia przed arbitralnością działania organów władzy publicznej. Także analiza statystyk policyjnych i prokuratorskich¹⁰⁹ sugeruje, że sądowa kontrola daje jedynie formalne i teoretyczne gwarancje dla jednostki. W latach 2018-2023 procent odmów sądu w przypadku kontroli operacyjnej wynosił 0,14%¹¹⁰. Co więcej, z roku na rok spadała skuteczność kontroli operacyjnej, tj. takiej kontroli, która dostarczała dowodów na potrzeby postępowania karnego¹¹¹. W 2018 r. około 20% kontroli operacyjnych dostarczyło dowodów dla postępowania karnego, a w 2023 r. jedynie 9%. W latach 2018-2023 procent odmów sądu na stosowanie metod niejawnej inwigilacji utrzymywał się na stałym poziomie, nieprzekraczającym 0,21% odmów. Wyjątkowo na tym tle wypada rok 2024, kiedy odmów było 110 na 8868 wniosków, co daje 1,24% nieuwzględnionych wniosków. Dostrzegając znaczący wzrost odmów

¹⁰⁹ Por. pkt II.

¹¹⁰ Najmniejszy procent odmów sądu był w 2021 r., kiedy sądy odmówiły wyrażenia zgody w 7 sprawach na 11074 wnioski o kontrolę operacyjną (0,06%), a najwyższy w 2024, kiedy sądy odmówiły uwzględnienia wniosków w 110 sprawach na 8868 skierowanych wniosków (1,24%).

¹¹¹ Wyjątkowo na tym tle prezentuje się 2024 r., w którym skuteczność kontroli wzrosła z ok. 9% w 2023 r. do ok. 13%. Trudno jeszcze ocenić, czy jest to zapowiedź trendu, czy jednostkowa sytuacja.

uwzględnienia wniosków o kontrolę operacyjną, ich liczba nadal nie pozwala na stwierdzenie, że sądowa kontrola jest efektywna i w odpowiednim stopniu gwarantuje, że dolegliwa ingerencja w prywatność jednostki nie była nieuzasadniona.

IV.4.1. Pozaprocesowa kontrola i utrwalanie rozmów

Przepisy ustawy o Policji oraz innych ustaw policyjnych i o służbach specjalnych wprowadzają dwa tryby zarządzenia kontroli operacyjnej:

1. na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, Komendanta CBŚP, Komendanta BSWP, Komendanta CBZC, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego - Prokuratora Krajowego¹¹²;
2. na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji.

Tryb zarządzenia kontroli operacyjnej determinuje właściwość sądu okręgowego orzekającego w przedmiocie zasadności wniosku. W praktyce najczęściej stosowany jest pierwszy z trybów, a sądem, który najczęściej orzeka o kontroli operacyjnej jest Sąd Okręgowy w Warszawie, chociaż preferowanie takiego trybu rozpoznawania spraw i kierowania wniosków, nie znajduje wytłumaczenia w literalnym brzmieniu przepisów ustaw¹¹³ o Policji i Straży Granicznej. Szczególnie istotne jest to w przypadku ustawy o Policji i policyjnej kontroli operacyjnej, bowiem ta służba kieruje najwięcej wniosków i w największym stopniu przyczynia się do obciążenia sędziów Sądu Okręgowego w Warszawie rozpoznawaniem żądań zarządzenia niejawnej inwigilacji.

¹¹² Komendant Główny Straży Granicznej, Komendant BSWSG, komendant oddziału Straży Granicznej (art. 9e ust. 1 ustawy o SG); Szef ABW (art. 27 ust. 1 ustawy o ABW); Szef CBA (art. 17 ust. 1 ustawy o CBA); Szef SKW (art. 31 ust. 1 ustawy o SKW); Szef KAS (art. 118 ust. 1 ustawy o KAS); Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej (art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW); Komendant SOP (art. 42 ust. 1 ustawy o SOP).

¹¹³ Właściwość Sądu Okręgowego w Warszawie została wprost wskazana w art. 27 ust. 2 ustawy o ABW, art. 17 ust. 2 ustawy o CBA, art. 118 ust. 1 tiret 1 ustawy o KAS, art. 31 ust. 2 ustawy o SKW, art. 46 ustawy o SOP.

W przeszłości Rzecznik Praw Obywatelskich wskazywał, że brak decentralizacji rozpoznawania wniosków o kontrolę operacyjną w sposób znaczący wpływa na obniżenie jakości sądowej kontroli wniosków służb specjalnych¹¹⁴. Sąd w składzie 1 sędziego ma ograniczone możliwości skontrolowania w terminie jednego albo dwóch dni kilkudziesięciu wniosków o kontrolę operacyjną¹¹⁵. Obecnie obowiązujące przepisy pozwalają na decentralizację rozpoznawania wniosków o kontrolę operacyjną, ale ten tryb nie jest zbyt często wykorzystywany w praktyce.

Konieczne wydaje się wprowadzenie zmian ustawodawczych, by wymusić zmiany w praktyce działania organów ścigania. Przykładowo, wnioski o kontrolę operacyjną mogłyby być rozpoznawane według właściwości w jednym z sądów okręgowych w każdej z 11 apelacji, tj. przez Sąd Okręgowy w Białymstoku, Sąd Okręgowy w Gdańsku, Sąd Okręgowy w Szczecinie, Sąd Okręgowy w Poznaniu, Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Okręgowy w Lublinie, Sąd Okręgowy w Rzeszowie, Sąd Okręgowy w Krakowie, Sąd Okręgowy w Katowicach, Sąd Okręgowy we Wrocławiu i Sąd Okręgowy w Łodzi. W każdej z apelacji w Polsce znajdują się delegatury ABW¹¹⁶ i CBA¹¹⁷, a także wydziały zamiejscowe Prokuratury Krajowej, zatem decentralizacja nie wpłynęłaby na skuteczność działania służb policyjnych i służb specjalnych. Ponadto, obecnie sądy okręgowe rozpoznają wnioski o procesową kontrolę i utrwalanie rozmów, prowadzone są rozprawy z zachowaniem rygorów poszanowania ochrony informacji niejawnych, zatem istnieje już infrastruktura (kancelarie tajne, komputery z odpowiednimi certyfikatami zapewniającymi bezpieczeństwo informacji niejawnych), z której można korzystać.

¹¹⁴ Zob. raport „OSIODŁAĆ PEGAŻA” Przestrzeganie praw obywatelskich w działalności służb specjalnych – założenia reform,

<https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/OSIOD%C5%81A%C4%86%20PEGAŻA%20-%20jak%20powinien%20wygl%C4%85da%C4%87%20nadz%C3%B3r%20nad%20s%C5%82u%C5%BCba mi.%20Raport%20ekspert%C3%B3w.pdf>.

¹¹⁵ Zob. statystyki przedstawione w pkt II. Średnio codziennie – nie wyłączając niedziel i dni wolnych od pracy – do Sądu Okręgowego w Warszawie wpływa ok. 25 wniosków o kontrolę operacyjną.

¹¹⁶ Zob. delegatury ABW na stronie: <https://www.abw.gov.pl/pl/o-abw/kontakt/11,Kontakt.html>

¹¹⁷ Zob. delegatury CBA na stronie: <https://www.cba.gov.pl/pl/kontakt/delegatury-cba/4703,Delegatury-CBA.html>.

Wzory wniosków o zastosowanie i przedłużenie kontroli operacyjnej zostały ustalone w rozporządzeniach ministrów sprawujących nadzór nad poszczególnymi ze służb¹¹⁸. We wniosku muszą znaleźć się:

1. numer sprawy i jej kryptonim, jeżeli został jej nadany;
2. opis przestępstwa z podaniem, w miarę możliwości, jego kwalifikacji prawnej;
3. okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków;
4. dane osoby lub inne dane pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania;

¹¹⁸ Por. 1) rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 8 lipca 2022 r. w sprawie kontroli operacyjnej prowadzonej przez Policję, Dz.U. z 2022, poz. 1458; 2) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 października 2011 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, postanowień i zarządzeń oraz przechowywania, przekazywania, przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli; Dz.U. z 2011, poz. 232, nr 1379; 3) rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 25 sierpnia 2011 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Straż Graniczną kontroli operacyjnej oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, a także przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli; Dz.U. z 2023, poz. 867; 4) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 października 2002 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej 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, poz. 173; 5) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 września 2006 r. w sprawie sposobu dokumentowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas prowadzenia tej kontroli, a także wzorów druków i rejestrów; Dz.U. z 2019, poz. 1768; 6) rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 9 października 2018 r. w sprawie sposobu dokumentowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez Służbę Ochrony Państwa, Dz.U. z 2018, poz. 2065; 7) rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13 kwietnia 2017 r. w sprawie dokumentowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez Krajową Administrację Skarbową; Dz.U. z 2017, poz. 828; 8) rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 2022 r. w sprawie sposobu dokumentowania przez Inspektorat Wewnętrzny Służby Więziennej czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonaniu w sposób niejawni nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej; Dz.U. z 2024, poz. 1250; 9) rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 23 kwietnia 2018 r. w sprawie sposobu dokumentowania kontroli operacyjnej przez Żandarmerię Wojskową; Dz.U. z 2018, poz. 1035.

5. cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej¹¹⁹.

Sprawa Pegasus ujawniła¹²⁰, że wskazanie rodzaju kontroli – czyli odpowiedniego punktu z ustawy regulującej kompetencje danej służby – jest niewystarczające. Sędziowie akceptowali wnioski o niejawną inwigilację nie wiedząc, na jakie środki techniczne wyrażają zgody¹²¹. **W kontekście zwiększających się możliwości technicznych, w tym korzystania ze środków mogących modyfikować treści znajdujące się na elektronicznych nośnikach danych¹²², dostępu do danych historycznych¹²³, przełamania zabezpieczeń sieci telekomunikacyjnej i dostępu w czasie rzeczywistym do wiadomości przesyłanych za pośrednictwem szyfrowanych komunikatorów¹²⁴, konieczne jest umożliwienie sądowi podjęcie świadomej decyzji co do zasadności samej kontroli, jak i zasadności, adekwatności środków, jakie mają zostać wykorzystane do niejawnej inwigilacji.** Być może w konkretnej sprawie kontrola treści informacji przesyłanych drogą elektroniczną jest potrzebna i celowa, ale jednocześnie możliwość dostępu do danych

¹¹⁹ Kontrola operacyjna może polegać na: 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych; 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne; 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej; 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych; 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek.

¹²⁰ Zob. raport końcowy Senackiej Komisji Nadzwyczajnej ds. wyjaśnienia przypadków nielegalnej inwigilacji, ich wpływu na proces wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej; https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/defaultaktualnosci/1924/15764/1/raport_koncowy_z_prac_komisji_nadzwyczajnej.pdf. O samym oprogramowaniu Pegasus można przeczytać w: L. Richard, S. Rigaud, *Pegasus: Jak szpieg, którego nosisz w kieszeni, zagraża prywatności, godności i demokracji*, Wydawnictwo Insignis 2023.

¹²¹ Zob. wypowiedź sędzi Beaty Morawiec ze stowarzyszenia Themis; <https://tvn24.pl/polska/pegasus-komisja-sledcza-sedzia-beata-morawiec-zaden-sedzia-nie-podpisyal-zgody-na-inwigilacje-pegasusem-st7822104>; oraz wywiad sędziego Igora Tuleyi: <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art39874451-sedzia-igor-tuleya-mozliwe-ze-zgodzilem-sie-na-pegasusa>.

¹²² Takie możliwości ma Pegasus. Zob. szerzej: L. Richard, S. Rigaud, *Pegasus: Jak szpieg, którego nosisz w kieszeni, zagraża prywatności, godności i demokracji*, Wydawnictwo Insignis 2023.

¹²³ Np. w drodze zdalnego przeszukania urządzenia.

¹²⁴ Tak uzyskano dostęp do telefonów z EncroChatem; zob.: <https://niebezpiecznik.pl/post/telefony-przestepcow-zhackowane-przez-policje/> oraz wyrok TSUE w sprawie Encrochatu z 30 kwietnia 2024 r., sprawa C-670/22; <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/international-operation-takes-down-another-encrypted-messaging-service-used-criminals>.

historycznych, w tym np. galerii zdjęć, nagań oraz możliwość zdalnego przejęcia kontroli nad urządzeniem byłaby już nadmierna. **Sąd nie może „w ciemno” decydować o kontroli operacyjnej, a „wyłudzenie zgody” z uwagi na niepoinformowanie o środkach wykorzystywanych do niejawniej inwigilacji nie powinna mieć miejsca**¹²⁵. Sądowa kontrola nie może być fikcyjna i dawać blankietowej zgody na podejmowanie każdego z możliwych działań operacyjnych. Informacja dotycząca środków technicznych i ich możliwości nie musi być ujawniana opinii publicznej, ale musi zostać przekazana sądowi, który podejmuje decyzję o niejawniej inwigilacji.

Kolejny element osłabiający sądową kontrolę nad czynnościami operacyjnymi, to zakres materiałów, jakie są udostępniane sądowi decydującemu o kontroli pozaprocesowej. Zgodnie z art. 19 ust. 1a ustawy o Policji¹²⁶, wniosek o zastosowanie lub przedłużenie kontroli operacyjnej, przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej. Sąd, który ma zadecydować o wkroczeniu w prywatność jednostki nie ma możliwości zapoznać się z całością dokumentacji zebranej przez służby policyjne i specjalne. Dysponuje jedynie materiałami „uzasadniającymi” kontrolę, które zostały wyselekcjonowane przez organy zainteresowane tym, by zgoda na niejawną inwigilację została wyrażona. Nie chodzi przy tym o założenie, że służby policyjne i specjalne wraz z prokuraturą starają się tak wybrać materiały zebrane w toku czynności dochodzeniowo-śledczych, by zgoda sądu została wyrażona. Problemem jest to, że przepisy nie zapobiegają, żeby do takich sytuacji – w jednostkowych przypadkach – w ogóle nie dochodziło¹²⁷. Trudno także zrozumieć uzasadnienie, dla sytuacji, w której prokurator oceniający wniosek służb policyjnych i specjalnych ma możliwość zapoznania się z całością materiałów zebranych

¹²⁵ Zob. wywiad sędziego Igora Tuleyi: <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art39874451-sedzia-igor-tuleya-mozliwe-ze-zgodzilem-sie-na-pegasusa>; <https://oko.press/sad-zgoda-inwigilacja-pegasus>.

¹²⁶ Por. art. 9e ust. 1a ustawy o SG; art. 27 ust. 1a ustawy o ABW; art. 17 ust. 1a ustawy o CBA; art. 31 ust. 1a ustawy o SKW; art. 118 ust. 2 ustawy o KAS; art. 31 ust. 1a ustawy o ŻW; art. 44 ust. 3 ustawy o SOP.

¹²⁷ Zob. uwagi T. Łodziany, *Kontrola operacyjna oraz użycie systemu Pegasus w Polsce – polemika*, Palestra 2022, nr 9; <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/9-2022/arttykul/kontrola-operacyjna-oraz-uzycie-systemu-pegasus-w-polsce-polemika>.

w postępowaniu (albo w toku czynności dochodzeniowo-śledczych, innych czynności operacyjnych), a sąd nie. To sąd – w przyjętym w Polsce modelu – jest gwarantem poszanowania praw i wolności jednostki. Jako organ niezależny od władzy wykonawczej i niezawisły, niezaangażowany w postępowanie, może podejmować decyzje kierując się z jednej strony interesem publicznym, a z drugiej – ochroną praw jednostki. **Sąd nie ma realnej możliwości oceny wniosku o kontrolę operacyjną z perspektywy klauzul subsydiarności, proporcjonalności i konieczności w społeczeństwie demokratycznym (art. 31 ust. 3 Konstytucji), kiedy dysponuje jedynie wycinkowym dostępem do materiałów i nie może z należyłą wnikliwością zweryfikować twierdzeń zawartych we wniosku z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji¹²⁸.**

Być może selekcja materiałów dokonywana na podstawie art. 19 ust. 1a ustawy o Policji¹²⁹ i wynikający z niej brak możliwości całościowego spojrzenia na sprawę jest jedną z przyczyn niskiej efektywności kontroli sądowej i niskiego poziomu odmów wyrażenia zgody na zastosowanie i przedłużenie kontroli operacyjnej. Analizując statystyki odmów sądów w przedmiocie kontroli operacyjnej M. Rojszczak podsumował, że „jest to statystyka niezwykła nie tylko jak na standardy polskiego wymiaru sprawiedliwości, ale w ogóle niespotykana w działalności organów administracji publicznej”¹³⁰.

Sąd, który rozpoznaje wniosek o kontrolę operacyjną, podejmuje decyzję na posiedzeniu niejawnym w składzie 1 osobowym. W posiedzeniu może wziąć udział prokurator. Niekiedy ponoszone są zastrzeżenia dotyczące braku kontradiktoryjności postępowania w przedmiocie niejawnej inwigilacji i postuluje się wprowadzenie

¹²⁸ Oraz art. 9e ust. 1 ustawy o SG; art. 27 ust. 1 ustawy o ABW; art. 17 ust. 1 ustawy o CBA; art. 31 ust. 1 ustawy o SKW; art. 118 ust. 1 ustawy o KAS; art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW; art. 44 ust. 1 ustawy o SOP.

¹²⁹ Art. 9e ust. 1a ustawy o SG; art. 27 ust. 1a ustawy o ABW; art. 17 ust. 1a ustawy o CBA; art. 31 ust. 1a ustawy o SKW; art. 118 ust. 2 ustawy o KAS; art. 31 ust. 1a ustawy o ŻW; art. 44 ust. 3 ustawy o SOP.

¹³⁰ M. Rojszczak, *Kontrola sądów krajowych nad stosowaniem środków inwigilacji elektronicznej na tle orzecznictwa ETPC*, Państwo i Prawo 2022, nr 4, s. 109.

instytucji „adwokata prywatności” – niezależnego uczestnika, który będzie stał na straży prawa jednostki do poszanowania życia prywatnego¹³¹. **Sam tryb rozpoznawania wniosku, skład sądu i ewentualny udział dodatkowego uczestnika mają jednak drugorzędne znaczenie w sytuacji, kiedy tylko jedna strona – prokurator wraz ze służbą wnioskująca o zastosowanie kontroli operacyjnej – ma pełen dostęp do materiałów sprawy, a jednocześnie jest to podmiot zainteresowany, by wniosek został rozpoznany pozytywnie.** Przed ewentualnymi zmianami modelu procedowania wniosku o kontrolę operacyjną, konieczne jest zapewnienie równego dostępu do informacji podmiotom, które są zaangażowane w rozpoznanie wniosku z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji¹³².

Wyrażenie zgody na zastosowanie albo przedłużenie kontroli operacyjnej nie wymaga sporządzenia uzasadnienia. Uzasadnienie jest konieczne wówczas, gdy sąd odmawia uwzględnienia wniosku z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. **W wyroku w sprawie C-349/21¹³³ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej** stwierdził, że „artykuł 15 ust. 1 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej), rozpatrywany w świetle art. 47 akapit drugi Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, nie stoi na przeszkodzie praktyce krajowej, na mocy której orzeczenia sądów zezwalające na zastosowanie specjalnych środków dochodzeniowych, wydawane na podstawie uzasadnionego i popartego okolicznościami wniosku złożonego przez organy postępowania karnego, są redagowane za pomocą

¹³¹ Tak opinia Komisji Weneckiej omówiona w wyroku ETPC z 28.05.2024 r. w sprawie *Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce*, skargi nr 72038/17 i 25237/18; § 73. Zob. także Raport końcowy z prac Komisji Nadzwyczajnej do spraw wyjaśnienia przypadków nielegalnej inwigilacji, ich wpływu na proces wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej oraz reformy służb specjalnych; https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/defaultaktualnosci/1924/15764/1/raport_koncowy_z_prac_komisji_nadzwyczajnej.pdf.

¹³² Oraz art. 9e ust. 1 ustawy o SG; art. 27 ust. 1 ustawy o ABW; art. 17 ust. 1 ustawy o CBA; art. 31 ust. 1 ustawy o SKW; art. 118 ust. 1 ustawy o KAS; art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW; art. 44 ust. 1 ustawy o SOP; art. 23p ust. 1 ustawy o SW.

¹³³ Wyrok TSUE z 6 lutego 2023 r., C-349/21.

sporządzonego uprzednio i niezawierającego indywidualnego uzasadnienia tekstu, ograniczającego się do wskazania, obok okresu ważności zezwolenia, że wymogi przewidziane w ustawodawstwie wskazanym w tych orzeczeniach są przestrzegane, pod warunkiem że precyzyjne powody, dla których właściwy sąd stwierdził, że w świetle okoliczności faktycznych i prawnych charakteryzujących rozpatrywaną sprawę zapewniono przestrzeganie wymogów prawnych, mogą być z łatwością i jednoznacznie wywiedzione z łącznej analizy orzeczenia i wniosku o udzielenie zezwolenia, przy czym ten ostatni wniosek musi być udostępniony, po udzieleniu zezwolenia, osobie, wobec której zezwolono na zastosowanie specjalnych środków dochodzeniowych”. Oznacza to, że lakoniczne uzasadnienie, będące w zasadzie powtórzeniem wniosku o zastosowanie środków niejawnnej inwigilacji (specjalnych środków dochodzeniowych), nie stanowi – automatycznie – nieuprawnionej ingerencji w prywatność jednostki pod warunkiem, że z łącznej analizy wniosku i decyzji sądu oraz akt sprawy można wywnioskować, dlaczego kontrola operacyjna została zastosowana. Dodatkowo, wniosek służ specjalnych/policyjnych, musi zostać udostępniony osobie, która została poddana niejawnnej inwigilacji. Także ETPC wskazuje, że brak zindywidualizowanego uzasadnienia nie może automatycznie prowadzić do stwierdzenia, że sąd wydający zezwolenie na środki niejawnnej inwigilacji nie rozpatrzył wniosku prawidłowo¹³⁴.

Z polskiej perspektywy wydaje się jednak, że sytuacja, w której sąd rozpoznający wniosek o kontrolę operacyjną musi uzasadnić postanowienie wydane w tym przedmiocie tylko wtedy, gdy odmawia wyrażenia zgody, prowadzi do obniżenia jakości sądowej kontroli nad środkami niejawnnej inwigilacji. **W publicznych wypowiedziach¹³⁵ sędziowie wskazują, że łatwiej jest im zgodzić się na kontrolę operacyjną, bo napisanie uzasadnienia w przypadku decyzji odmownej wiąże się ze znacznymi nakładami pracy i pochłania znaczną ilość czasu.** W konsekwencji, sądy akceptują

¹³⁴ Wyrok ETPC z 11 stycznia 2022 r. w sprawie *Ekimdzhiiev i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 70078/12, § 313, 314 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹³⁵ <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/sedziowie-nie-moga-byc-manipulowani-przez-sluzby,525859.html>.

wniosek służb specjalnych/policyjnych o kontrolę i utrwalanie rozmów, ale zakreślą czas trwania kontroli krótszy niż był wnioskowany, np. 1 miesiąc¹³⁶. Obciążenie pracą, rygory kancelarii tajnej, znaczna liczba wniosków, które każdego dnia wpływają do Sądu Okręgowego w Warszawie nie są jednak usprawiedliwieniem dla oportunistycznego podejścia do prawa do prywatności i „taśmowego” akceptowania wniosków z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

W celu zminimalizowania czynników oportunistycznych w wyrażaniu zgód na niejawną inwigilację, celowe jest wprowadzenie odpowiednich przepisów, które będą zobowiązywały sąd orzekający w przedmiocie wniosku o kontrolę operacyjną do sporządzenia uzasadnienia – decyzji odmownej i aprobującej. Alternatywnie, **być może celowym byłoby odwrócenie obecnej sytuacji i wprowadzenie przepisów, które zobowiązują sąd do sporządzenia uzasadnienia, wówczas, gdy akceptuje wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej, a decyzja odmowna – jako korzystna dla jednostki¹³⁷, nie wymagałaby uzasadnienia¹³⁸.**

IV.4.1.1. Szczególne rozwiązania ustawy antyterrorystycznej

Przepis art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych wprowadza szczególną możliwość stosowania działań operacyjnych – wyłącznie wobec

¹³⁶ Zob. publikacje prasowe w sprawie inwigilacji Pegasusem K. Brejzy. W jego sprawie, sąd wydał zgodę na niejawną inwigilację na 1 miesiąc mimo wniosku prokuratury o wyrażenie zgody na okres 3 miesięcy: <https://tvn24.pl/polska/pegasus-krzysztof-brejza-inwigilowany-zaufani-ludzie-zbigniewa-ziobry-podpisali-siepod-wnioskiem-gazeta-wyborcza-st6640269>; <https://wydarzenia.interia.pl/kraj/news-krzysztof-brejza-przed-komisja-ds-pegasusa-ujawnil-kulisy-in,nld,7840044>; <https://wyborcza.pl/7,75398,31409015,wyborcza-ujawnia-wniosek-do-sadu-o-pegasusa-na-brejze-zostal.html>.

¹³⁷ Por. art. 107 k.p.a. Zob. także: K. Lipiński, *Wolności jednostki jako fundament (nowego) procesu karnego*, [w:] A. Kowalczyk, J. Skorupka (red.), *Fundamenty nowego procesu karnego*, Wrocław 2025 – książka w druku.

¹³⁸ W kwestii możliwości zaskarżenia decyzji odmownej i trudności w sporządzeniu zażalenia, jeśli rozstrzygnięcie nie zawiera uzasadnienia, to w systemie prawa są takie rozwiązania normatywne. Przykładowo, uzasadnienie postanowienia o umorzeniu dochodzenia – art. 325e k.p.k. – nie zawiera uzasadnienia, co nie uniemożliwia stronom postępowania przygotowawczego wniesienia zażalenia, a sądom karnym – rozpoznawania zażaleń. Skoro jednostki – osoby prywatne – „radzą sobie” w takiej sytuacji, to nie można przyjąć, że nie „poradzą sobie” prokuratorzy – profesjonaliści z dużym doświadczeniem w sprawach karnych.

cudzoziemców – przez okres 3 miesięcy na podstawie decyzji Szefa ABW. Podstawą zarządzenia niejawnej inwigilacji jest **istnienie obawy co do możliwości** prowadzenia przez cudzoziemca działalności terrorystycznej lub popełnienia przestępstwa szpiegostwa. Dopiero na etapie przedłużania środków niejawnej inwigilacji – o ile zajdzie taka potrzeba – w procedurę włączany jest sąd.

Szef ABW nie jest niezależnym organem, niezaangażowanym w prowadzone czynności. **Założenie, że organ kierowniczy służb specjalnych będzie w stanie obiektywnie ocenić realną potrzebę wkroczenia w prywatność jednostki oraz odpowiednio ważyć interes publiczny z interesem prywatnym jednostki, jest kontrfaktyczne.** Z prac legislacyjnych nad ustawą antyterrorystyczną¹³⁹ nie wynika, dlaczego organy władzy wykonawczej (Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny) oraz organy zależne od władzy wykonawczej (Szef ABW) zostały uznane za gwarantujące odpowiednie zabezpieczenie przed arbitralnością działania organów władzy publicznej (władzy wykonawczej).

We wniosku do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie ozn. sygn. akt K 35/16 Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał, że brak jakiejkolwiek kontroli sądu bądź innego niezależnego organu budzi wątpliwości natury konstytucyjnej m.in. z uwagi na treść wyroku w sprawie K 23/11. Trybunał Konstytucyjny uznał za niedopuszczalny brak jakiejkolwiek sądowej kontroli – także następczej – nad niejawnym pozyskiwaniem informacji o jednostce¹⁴⁰. „Przepis art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych przewiduje możliwie najdalej idące formy ingerencji w prawo do prywatności jednostki, pozbawiając ją jednocześnie nie tylko wszelkich mechanizmów podważenia zasadności i legalności tego typu czynności z własnej inicjatywy, ale także

¹³⁹ Rządowy projekt ustawy o działaniach antyterrorystycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, druk sejmowy Sejmu VIII kadencji nr 516, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=516>.

¹⁴⁰ Wniosek RPO w sprawie K 35/16, s. 42; <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2035/16>.

prawa do bycia chronionym przez niezależny i niezawisły organ z mocy ustawy obligatoryjnej kontroli sądowej”¹⁴¹.

Konieczne jest ujednolicenie procedury zarządzania kontroli operacyjnej w ramach kompetencji ABW, aby, niezależnie od obywatelstwa osoby poddawanej kontroli, organem ją zarządzającym był sąd. Dodatkowo, pozasądowa kontrola operacyjna wobec cudzoziemców może być wykorzystywana – jak się wydaje nie do końca zgodnie z celami, jakie przyświecały ustawodawcy – także przeciwko obywatelom Polski. Objęcie jednej osoby środkami niejawnnej inwigilacji oznacza, że komunikaty, jakie były do niej kierowane przez nieokreślony krąg osób, z którymi się kontaktowała, także są monitorowane przez służby specjalne. **Wkroczenie w prywatność jednej osoby wiąże się z częściowym wkroczeniem w prywatność co najmniej kilkunastu czy kilkudziesięciu osób, które są poddawane „przy okazji” inwigilacji.** Tak pozyskane informacje o innych osobach, mogą być wykorzystane przeciwko nim – nie tylko w związku z faktem, że popełniły one przestępstwo.

Dodatkowo, możliwość zarządzenia bez zgody sądu kontroli operacyjnej wobec cudzoziemca, może być wykorzystane w celu obejścia przepisów o kontroli operacyjnej wobec obywateli Polski. Jeśli – przykładowo – ABW nie uzyskało zgody na czynności operacyjne na podstawie art. 27 ustawy o ABW z powodu niewystarczającego uzasadnienia dowodowego, a ma informacje, że obywatel Polski jest w stałym kontakcie z cudzoziemcem, Szef ABW może zadecydować o kontroli operacyjnej samodzielnie wobec cudzoziemca. Rzeczywistym celem działania jest objęcie niejawną inwigilacją obywatela Polski, a cel ten może być częściowo zrealizowany przez wkroczenie w prywatność cudzoziemca. Zagrożenie jest tym większe, że materiały uzyskane jako „przypadkowe znalezisko” mogą być następnie wykorzystane i wprowadzone do procesu na podstawie art. 168b k.p.k. **Ponownie, należy podkreślić, że nie chodzi o sugerowanie, że organy państwa działają na granicy prawa, starają się obejść**

¹⁴¹ Wniosek RPO w sprawie K 35/16, s. 42;
<https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2035/16>.

obowiązujące regulacje. Chodzi o stworzenie odpowiednich zabezpieczeń, by takie działanie nie były możliwe.

W przypadku ustawy o działaniach antyterrorystycznych brak jest organu, który kontrolowałby to, czy czynności operacyjne w trybie art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych zostały wdrożone w związku z realnym istnieniem zagrożeń o charakterze terrorystycznym albo szpiegostwem. Zgodnie z art. 9 ust. 4 ustawy o działaniach antyterrorystycznych „zarządzenie, o którym mowa w ust. 1, wraz z uzasadnieniem Szef ABW niezwłocznie przekazuje Ministrowi Koordynatorowi Służb Specjalnych, jeżeli został powołany, oraz Pierwszemu Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratorowi Krajowemu. Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego Prokurator Krajowy może nakazać zaprzestanie czynności, o których mowa w ust. 1”. Szef ABW przekazuje wyłącznie zarządzenie wraz z uzasadnieniem. Materiały, które pozwoliłyby merytorycznie ocenić zasadność zarządzenia środków niejawnnej inwigilacji, pozostają w dyspozycji Szefa ABW. Jest to o tyle niepokojące, że podstawa faktyczna podjęcia czynności z art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest wadliwie ukształtowana. Wskazany przepis pozwala bowiem na podjęcie działań w stosunku do osoby, co do której „istnieje obawa co do możliwości prowadzenia przez nią działalności terrorystycznej lub popełnienia przestępstwa szpiegostwa”. Jak wskazywał Rzecznik Praw Obywatelskich we wniosku w sprawie ozn. sygn akt K 35/16: „nie chodzi zatem nawet o uprawdopodobnienie prowadzenia przez daną jednostkę działalności terrorystycznej, lecz o jeszcze bardziej wysuniętą na przedpolu naruszenia jakiegokolwiek dobra prawnego obawę co do możliwości mającą charakter wysoce prognostyczno-prewencyjny”¹⁴².

Uprzedzając ewentualne zastrzeżenia, że zmiana art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych i ujednolicenie zasad zarządzania kontroli operacyjnej przez ABW na zasadach określonych w art. 27 ustawy o ABW doprowadzi do obniżenia

¹⁴² Wniosek RPO w sprawie K 35/16, s. 44; <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2035/16>.

skuteczności działań tej służby i niemożności podjęcia działań „tu i teraz”, należy wskazać, że przepisy ustawy o ABW przewidują tryb działania w tzw. wypadkach niecierpiących zwłoki. Zgodnie z art. 27 ust. 3 ustawy o ABW „w przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Szef ABW może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do sądu, o którym mowa w ust. 2, z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej Szef ABW wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz poleca protokolarne, komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania”. **Możliwość natychmiastowego reagowania i wdrożenia środków operacyjnych z jednoczesnym wystąpieniem do sądu o zarządzenie kontroli operacyjnej, równoważy interes publiczny (ochronę bezpieczeństwa narodowego) z interesem jednostki – prawem do prywatności.**

IV.4.2. Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów

W przypadku procesowej kontroli i utrwalania rozmów, prokurator – w toku postępowania przygotowawczego – kieruje wniosek do właściwego sądu, zgodnie z ogólnymi zasadami wyrażonymi w art. 329 § 1 k.p.k., tj. do sądu właściwego do rozpoznania sprawy w I instancji. Co do zasady, sądem właściwym będzie właściwy miejscowo sąd okręgowy¹⁴³, wyjątkowo jednak w przypadku:

- użycia przemocy lub groźby bezprawnej w związku z postępowaniem karnym (art. 245 k.k.);
- składania fałszywych zeznań oraz przedstawienia przez biegłego, rzeczoznawcę lub tłumacza fałszywej opinii, ekspertyzy lub tłumaczenia (art. 233 k.k.);
- fałszywego oskarżenia innej osoby o popełnienie przestępstwa, przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego (art. 234 k.k.);

¹⁴³ Por. art. 25 k.p.k. regulujący kwestie właściwości rzeczowej sądu okręgowego.

- tworzenia fałszywych dowodów lub innych podstępnych zabiegów, kierujących przeciwko innej osobie ściganie o przestępstwo, przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe albo podejmowania takich zabiegów w toku postępowania (art. 235 k.k.);
- zatajenia dowodów niewinności osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa, przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego (art. 236 k.k.);
- zawiadomienia organu powołanego do ścigania o niepopelnionym przestępstwie lub przestępstwie skarbowym (art. 238 k.k.);
- poplecznictwa (art. 239 k.k.);
- niezawiadomienia o przestępstwie (art. 240 k.k.);
- łapownictwa i płatnej protekcji (art. 228 i 299 k.k.);
- stręczycielstwa, kuplerstwa i sutenerstwa,

sądem właściwym będzie sąd rejonowy miejsca prowadzenia postępowania przygotowawczego.

Przepisy nie wprowadzają żadnych szczególnych wymogów formalnych, jakie powinien spełniać wniosek z art. 237 § 1 k.p.k. Zgodnie jednak z art. 119 § 1 k.p.k. w zw. z art. 237 § 1 k.p.k. wniosek powinien uprawdopodobniać fakt popełnienia przestępstwa z art. 237 § 3 k.p.k. oraz cel zastosowania procesowej kontroli i utrwalania rozmów - wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. Wraz z wnioskiem do sądu przekazywane są akta postępowania przygotowawczego. Sąd wydaje decyzję na posiedzeniu bez udziału stron (art. 237 § 2 k.p.k.). W przypadku przedłużenia stosowania kontroli procesowej, prokurator musi dodatkowo wykazać istnienie szczególnych okoliczności, które uzasadniają jej kontynuowanie przez kolejne 3 miesiące (art. 238 k.p.k.).

Sąd wydając postanowienie w przedmiocie wniosku o zastosowanie lub przedłużenie kontroli procesowej musi każdorazowo sporządzić uzasadnienie (art. 94 k.p.k.).

Zbyt mało jest danych, które pozwalają ocenić skuteczność sądowej kontroli w przypadku procesowej kontroli i utrwalania rozmów. Dane statystyczne prezentowane przez Prokuratora Generalnego na podstawie art. 11 Prawa o prokuraturze nie są odpowiednio zagregowane. W publikacjach przedstawicieli doktryny i praktyków¹⁴⁴ pojawia się sugestia, że kontrola procesowa jest w zasadzie instytucją wymarłą – z powodu nieadekwatnego katalogu przestępstw, mniejszych możliwości działań inwigilacyjnych. Z perspektywy założeń modelowych, procesowa kontrola i utrwalanie rozmów są bardziej gwarancyjne dla jednostki. Procedura zarządzenia i przedłużania procesowej kontroli i utrwalania rozmów jest zdecentralizowana (orzekają sądy o różnych właściwościach miejscowych, a nie jeden sąd okręgowy), sąd ma możliwość oceny całości akt sprawy, a ustawa nie zwalnia sądu z obowiązku sporządzenia uzasadnienia, co oznacza, że każde postanowienie – aprobujące i odmawiające wyrażenia zgody – musi zawierać uzasadnienie. Sąd ma możliwość całościowej oceny sprawy, a strona wnioskująca – prokurator – nie jest „uprzywilejowana” na etapie rozpoznawania wniosku, ponieważ wniosek jest rozpoznawany na posiedzeniu niejawnym. Takie same zasady powinny obowiązywać także w przypadku kontroli operacyjnej i trudno zrozumieć obecnie istniejące zróżnicowanie. **Tryb procesowy niejawnej inwigilacji można uznać za modelowy i jako taki powinien zostać wprowadzony także w odniesieniu do kontroli pozaprocesowej. Konieczne wydaje się jednak uzupełnienie przepisów o wymogi formalne wniosku o kontrolę procesową, by prokurator był zobowiązany do wskazania rodzaju środka niejawnej inwigilacji oraz – wyłącznie do wiadomości sądu – jakie środki techniczne będą wdrożone wobec jednostki.**

¹⁴⁴ P. Kosmaty, J. Kudła, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do nowego modelu procesu karnego*, Prok.i Pr. 2015, nr 12, s. 98-117; P. Kosmaty, *Podśłuch procesowy - zamierzająca instytucja walki z przestępczością*, Prokurator 2009, nr 2, s. 9-21.

IV.5. Zasady wykorzystania, dostępu, przechowywania i niszczenia danych pozyskanych w trakcie niejawnej inwigilacji

IV.5.1. Pozaprocesowa kontrola i utrwalanie rozmów

Informacje pozyskane w wyniku kontroli operacyjnej mogą być wykorzystane wyłącznie w związku z realizacjami celów tej kontroli, tj. w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów. W kontekście wykorzystania informacji pozyskanych w drodze kontroli operacyjnej obawy mogą budzić dane statystyczne. W 2018 r. około 20% kontroli operacyjnych dostarczyło dowodów dla postępowania karnego, a w 2023 r. jedynie 9%. Liczba wniosków o kontrolę operacyjną oraz liczba zgód wyrażonych przez sądy utrzymuje się na zbliżonym poziomie, ale efektywność środków niejawnej inwigilacji spada.

Informacje pozyskane w drodze niejawnej inwigilacji mogą zostać wykorzystane w postępowaniu karnym na dwa sposoby:

1. mogą zostać wprowadzone do procesu karnego na podstawie art. 393 § 1 k.p.k.¹⁴⁵, gdy kontrola operacyjna dotyczyła tej samej osoby i tego samego czynu, co prowadzone postępowanie karne;
2. mogą zostać wprowadzone do procesu karnego na podstawie art. 393 § 1 w zw. z art. 168b k.p.k. w sprawach tzw. przypadkowych znalezisk, kiedy 1) kontrola operacyjna dostarczyła dowodów innego przestępstwa popełnionego przez osobę objętą kontrolą albo 2) przestępstwo zostało popełnione przez inną osobę niż objęta kontrolą albo 3) inna osoba niż objęta kontrolą popełnia inne przestępstwo.

¹⁴⁵ Wyniki czynności operacyjno-rozpoznawczych nie mają „automatycznie” waloru dowodowego. Informacje nie zostały pozyskane zgodnie z przepisami k.p.k. Żeby móc wykorzystać jako dowód materiały, jakie pozyskano w drodze niejawnej inwigilacji, należy je włączyć akt sprawy karnej. W postępowaniu przygotowawczym tę decyzję podejmuje prokurator. W postępowaniu sądowym – prokurator wskazuje w akcie oskarżenia wykaz dowodów do przeprowadzenia na rozprawie, czyli w istocie składa wniosek dowodowy o dopuszczenie materiałów z czynności operacyjnych do postępowania. Sąd ocenia wniosek dowodowy o dopuszczenie wyników czynności operacyjnych z perspektywy art. 170 § 1 k.p.k.

W nawiązaniu do wskazanej powyżej jako pierwszej podstawy z art. 393 § 1 k.p.k. wskazać należy, że dowodowe wykorzystanie materiałów pozyskanych w drodze kontroli operacyjnej jest możliwe tylko wtedy, gdy następcza kontrola sądowa wykaże legalność ich pozyskania¹⁴⁶. Decyzja sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej nie jest ostateczna w tym rozumieniu, że sąd orzekający w sprawie weryfikuje podstawy podjęcia działań operacyjnych, ich legalność, prawidłowość, zasadność oraz konieczność w demokratycznym społeczeństwie. W postanowieniu z dnia 22 września 2008 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że „niezbędnym warunkiem uznania materiałów, zdobytych w rezultacie takiej czynności, za dowód w postępowaniu karnym, podlegający ujawnieniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k., jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowym rygorom, właściwym dla różnych kategorii zagrożeń porządku prawnego, w związku z którymi czynności te są podejmowane”¹⁴⁷. **Do dokonania takiej oceny konieczne jest uzyskanie do dokumentów sporządzonych w związku z zarządzeniem kontroli operacyjnej, przede wszystkim do wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej (oraz o przedłużenie kontroli, jeśli takie wnioski były kierowane) wraz z jego uzasadnieniem oraz do postanowienia sądu i każdej kolejnej decyzji, jaka była podejmowana w toku niejawnego inwigilacji.**

W praktyce zdarzają się sytuacje, kiedy sąd orzekający w sprawie karnej – do której przekazano materiały pozyskane w drodze niejawnego inwigilacji – nie dysponuje informacjami i dokumentami, które pozwoliłyby ocenić *ex post* istnienie przesłanek z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji¹⁴⁸. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zwrócił uwagę na taką praktykę działania służb¹⁴⁹. W omawianej sprawie zbiory dokumentów przekazane przez CBA prokuratorowi i sądowi zawierały niepełne wersje wniosków o zarządzenie i

¹⁴⁶ Por. art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k.

¹⁴⁷ Postanowienie SN z 22.09.2009 r., III KK 58/09.

¹⁴⁸ Oraz art. 9e ust. 1 ustawy o SG; art. 27 ust. 1 ustawy o ABW; art. 17 ust. 1 ustawy o CBA; art. 31 ust. 1 ustawy o SKW; art. 118 ust. 1 ustawy o KAS; art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW; art. 44 ust. 1 ustawy o SOP.

¹⁴⁹ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 11 maja 2023 r., II AKa 480/21.

przedłużenie kontroli operacyjnej. Wyciągi z tych wniosków, jakie znajdowały się w aktach sprawy, nie zawierały kilkustronicowego uzasadnienia, a część dokumentów została usunięta. Mimo dwukrotnego zwrócenia się do Szefa CBA z wnioskiem o udostępnienie brakujących dokumentów i przekazanie pełnych wniosków o zastosowanie i przedłużenie kontroli operacyjnej, nie zostały one udostępnione. W konsekwencji, nie mogąc ustalić legalności prowadzonych działań operacyjnych, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wykluczył z podstawy dowodowej wszystkie informacje, jakie zostały pozyskane w wyniku kontroli operacyjnej. Uzasadniając decyzję wskazał, że „brak pełnych wersji wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej oraz o jej przedłużenie powoduje określone konsekwencje procesowe. Uniemożliwia bowiem dokonanie oceny legalności tej kontroli. Nie jest tak, jak przedstawia to Szef CBA, że pozytywne rozstrzygnięcia co do każdego z wniosków podjęte przez Sąd Okręgowy w Warszawie zamykają sprawę i przesądzają kwestię legalności prowadzonej kontroli operacyjnej i jej zgodności z warunkami ustawowymi, określonymi w art. 17 ust. 1 ustawy o CBA. To sąd orzekający w przedmiocie odpowiedzialności oskarżonych w głównym nurcie procesu wypowiada się ostatecznie w tej mierze. (...) Jasne jest zatem, że podejmując decyzję procesową w przedmiocie wniosku prokuratora w tym zakresie rzeczą sądu jest ocenić legalność tej kontroli. Tylko pozytywna ocena w tej mierze stwarza podstawy do dopuszczenia ich jako dowodów w sprawie. W ramach tej oceny sąd nie jest związany wcześniejszym orzeczeniem, mocą którego kontrola ta została zarządzona”.

Jak zauważa D. Szumiło-Kulczycka, nie ma żadnych norm, które nakładałyby na organy prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawcze przekazania – z urzędu lub na żądanie sądu - wszystkich informacji i materiałów mogących mieć znaczenie dla oceny

legalności prowadzonych czynności¹⁵⁰. Przepis art. 19 ust. 15 ustawy o Policji¹⁵¹ wprowadza obowiązek przekazania prokuratorowi wszystkich materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, jeśli mają one znaczenie dla toczącego się postępowania lub pozwalają na jego wszczęcie. **Obowiązek ten nie dotyczy jednak materiałów uzyskanych przed jej zarządzeniem i przedłożonych sądowi w celu uzyskania jego zgody na stosowanie tego środka.** „Sąd orzekający *in meriti* nie ma więc zwykle możliwości zapoznania się z przyczynami, dla których wdrożono kontrolę operacyjną. Nie ma tym samym możliwości pełnej oceny czy środek ten został wdrożony zgodnie z ustawowymi wymaganiami, czy nie doszło do nadużyć podczas procedury zmierzającej do uzyskania zgody sądu na jego stosowanie”.

Pojawia się również wątpliwość, czy z okoliczności, że Policja lub inne służby nie chcą udostępnić sądowi dokumentów wytworzonych w celu uzyskania zgody na kontrolę operacyjną¹⁵², można wyprowadzić domniemanie, że działania operacyjne nie były prowadzone w pełni zgodnie z przepisami. W konsekwencji, że nieudostępnienie żądanych przez sąd informacji, uzasadnia założenie, że niejawna inwigilacja była prowadzona wadliwie. Patrząc na to zagadnienie z innej perspektywy, tj. obowiązku sądu zbadania dopuszczalności (art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k.) każdego dowodu, który ma zostać wprowadzony do procesu (art. 393 § 1 k.p.k.), **brak możliwości zweryfikowania, czy wnioskowany dowód został pozyskany zgodnie z prawem i może zostać włączony w podstawę orzekania, powinien skutkować wydaniem postanowienia o oddaleniu wniosku dowodowego.** Raz jeszcze należy podkreślić, że decyzja o zarządzeniu lub przedłużeniu kontroli operacyjnej nie stanowi prejudykatu i nie wiąże sądu orzekającego w sprawie (sądu *meriti*). Decyzja sądu o wyrażeniu zgody

¹⁵⁰ D. Szumiło-Kulczycka, *Weryfikacja legalności i wiarygodności dowodów elektronicznych w kontradiktoryjnym procesie karnym*, GSP 2024, nr 2, s. 89-104. Zob. także: D. Czerniak, *Konsekwencje wadliwości uzasadnienia decyzji sądu o zastosowaniu "specjalnych środków dochodzeniowych"*. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 lutego 2023 r., C-349/21, HYA i in. (*Motivation des autorisations des écoutes téléphoniques*), GSP 2024, nr 2, s. 147-157.

¹⁵¹ Por. art. 9e ust. 16 ustawy o SG; art. 27 ust. 15 ustawy o ABW; art. 17 ust. 15 ustawy o CBA; art. 31 ust. 14 ustawy o SKW; art. 118 ust. 13 ustawy o KAS; art. 31 ust. 16 ustawy o ŻW; art. 48 ust. 1 ustawy o SOP.

¹⁵² Taka sytuacja miała miejsce w sprawie SA we Wrocławiu, wyrok z dnia 11 maja 2023 r., II AKa 480/21

na niejawną inwigilację jest podstawą podjęcia działań przez Policję i inne służby i warunkiem legalności tych czynności. To, że czynności – w chwili podejmowania działań operacyjnych – były legalne (bo istniała decyzja sądu), nie oznacza, że wyniki czynności operacyjnych mogą niejako automatycznie być wprowadzone do procesu karnego jako dowód. Należy bowiem ponownie, *ex post*, ocenić, czy czynności z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji¹⁵³ mogły zostać podjęte. O dopuszczalności dowodu nie świadczy jego przydatność (np. to, że zebrano istotny materiał dowodowy) ani wiarygodność, ale kluczowe znaczenie ma zgodność z przepisami prawa, oraz wymaganiami konieczności w społeczeństwie demokratycznym i proporcjonalności. Co więcej, znaczenie kontroli następczej, *ex post*, jest kluczowe biorąc pod uwagę nieefektywność sądowej kontroli uprzedniej¹⁵⁴, na co zwrócił uwagę Trybunał strasburski.

Konieczne jest wprowadzenie nowego przepisu, względnie nowelizacja art. 19 ust. 15 ustawy o Policji¹⁵⁵, który będzie zobowiązywał do przekazania sądowi orzekającemu w sprawie: wniosku o kontrolę operacyjną (zastosowanie i przedłużenie) wraz z uzasadnieniem, postanowień sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej, a także udostępnienie – na żądanie sądu – materiałów, które były podstawą do wystąpienia z wnioskiem o zastosowanie niejawnej inwigilacji. Należy także zmienić regulacje k.p.k., które umożliwiają wprowadzanie do procesu karnego dowodów bezpośrednio

¹⁵³ Oraz art. 9e ust. 1 ustawy o SG; art. 27 ust. 1 ustawy o ABW; art. 17 ust. 1 ustawy o CBA; art. 31 ust. 1 ustawy o SKW; art. 118 ust. 1 ustawy o KAS; art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW; art. 44 ust. 1 ustawy o SOP.

¹⁵⁴ Oraz art. 9e ust. 1 ustawy o SG; art. 27 ust. 1 ustawy o ABW; art. 17 ust. 1 ustawy o CBA; art. 31 ust. 1 ustawy o SKW; art. 118 ust. 1 ustawy o KAS; art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW; art. 44 ust. 1 ustawy o SOP.

¹⁵⁵ D. Szumiło-Kulczycka, *Weryfikacja legalności i wiarygodności dowodów elektronicznych w kontradiktoryjnym procesie karnym*, GSP 2024, nr 2, s. 89-104.

nielegalnych (art. 168a k.p.k.¹⁵⁶). **Obecnie procedowana jest zmiana przepisów k.p.k.¹⁵⁷, gdzie proponuje się nowelizację art. 168a k.p.k.¹⁵⁸. Zmiana ww. przepisu w kierunku wskazanym przez Komisję Kodyfikacyjną jedynie częściowo rozwiązuje analizowany problem. Problemem nie jest bowiem nielegalność działań operacyjnych, ale brak możliwości weryfikacji *ex post* ich legalności, zasadności, proporcjonalności i konieczności w społeczeństwie demokratycznym.** Celowe wydaje się wprowadzenia przepisu wprost odnoszącego się do nieudostępnienia przez służby policyjne lub specjalne materiałów wytworzonych w związku z zarządzaną kontrolą operacyjną i umożliwiającego wykluczenie tak pozyskanych informacji z podstawy orzekania wyłącznie z powodu braku możliwości weryfikacji legalności podjętych działań operacyjnych¹⁵⁹.

W nawiązaniu do wskazanej powyżej jako drugiej podstawy z art. 393 § 1 w zw. z art. 168b k.p.k. wskazać należy, że obecnie istnieje możliwość wykorzystania materiałów pozyskanych w drodze niejawnnej inwigilacji, tzw. przypadkowych znalezisk, w sytuacji,

¹⁵⁶ Aktualnie przepis brzmi: „Dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”. Czytany literalnie pozwala na wprowadzenie dowodów bezpośrednio nielegalnych do procesu karnego, ale w doktrynie i orzecznictwie proponuje się wykładnię prokonstytucyjną, która pozwala na wyeliminowanie dowodów nielegalnych z podstawy orzekania. W. Jasiński wskazał, że „razi wynikające z jego [art. 168a k.p.k.] treści całkowite zignorowanie tego, że prawo jest systemem opierającym się na określonych założeniach, których kwestionowanie podważa jego wewnętrzną spójność. Oczywiście jest zatem, że swoista próba „legalizowania” jako reguły naruszeń prawa nie może prowadzić do niczego dobrego. Tak: W. Jasiński, *WNIOSKI KOŃCOWE I POSTULATY DE LEGE FERENDA* [w:] *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019.

¹⁵⁷ Projekt dostępny na stronach RCL: <https://legislacja.gov.pl/projekt/12390959/katalog/13091027#13091027>.

¹⁵⁸ Zgodnie z projektem udostępnionym na stronach Rządowego Centrum Legislacji, nowy art. 168a k.p.k. ma brzmieć „Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”, co oznacza powrót do stanu prawnego obowiązującego między 1.07.2015 a 15.04.2016 r.

¹⁵⁹ Problem braku możliwości zweryfikowania podstaw zarządzania kontroli operacyjnej był analizowany w wyroku ETPC z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie Dumitru Popescu przeciwko Rumunii, skarga nr 71525/01; § 76 i nast. ETPC zwrócił uwagę, że sądy w Rumunii mogły wyłącznie analizować pod kątem formalnym prawidłowość niejawnnej inwigilacji, ale nie miały możliwości zbadania podstaw zarządzania kontroli.

kiedy tj. 1) kontrola operacyjna dostarczyła dowodów innego przestępstwa popełnionego przez osobę objętą kontrolą albo 2) przestępstwo zostało popełnione przez inną osobę niż objęta kontrolą albo 3) inna osoba niż objęta kontrolą popełnia inne przestępstwo.

Aktualnie problematykę przypadkowych znalezisk reguluje art. 168b k.p.k., zgodnie z którym „jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.” Przepis art. 168b k.p.k. budzi trzy zasadnicze wątpliwości:

- czy zwrot „innego przestępstwa ściganego z urzędu” dotyczy przestępstwa katalogowego, czy może każdego przestępstwa ściganego z urzędu¹⁶⁰;
- jakie znaczenie ma decyzja prokuratora w przedmiocie „wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym” i czy wiąże ona sąd;
- w jakim terminie należy wykorzystać tzw. przypadkowe znaleziska.

¹⁶⁰ Takie głosy również pojawiały się w doktrynie. Zob. A. Bociek, *Problematyka zgodności art. 168b k.p.k. z normami wyższego rzędu*, Prokuratura i Prawo 2021, nr 12, s. 64-102.

W doktrynie¹⁶¹ i orzecznictwie¹⁶² przepis był analizowany i częściowo udało się wykształcić prokonstytucyjny sposób interpretacji.

W uchwale o sygn. I KZP 4/18 Sąd Najwyższy stwierdził, że „użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie "innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej" obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji”. Uchwała ta w zasadzie przecięła spory odnośnie do tego, w sprawach o jakie przestępstwa można wykorzystać materiały pozyskane w drodze kontroli operacyjnej. Także kwestia znaczenia decyzji prokuratora z art. 168b k.p.k. nie budzi zasadniczych wątpliwości. Zgodnie wskazuje się, że prokurator ma obowiązek wydać postanowienie w przedmiocie dopuszczalności tzw. przypadkowych znalezisk, ale decyzja prokuratora nie wiąże sądu. Prokurator ma możliwość uznania określonych materiałów za dowód tylko w tym stadium postępowania, w którym jest on organem procesowym, zatem wyłącznie w postępowaniu przygotowawczym. W postępowaniu sądowym, sąd samodzielnie dokonuje oceny legalności pozyskanych materiałów i wniosek o przeprowadzenie dowodów zawarty w akcie oskarżenia¹⁶³ ocenia z perspektywy art. 170 § 1 k.k., jak każdy inny wniosek dowodowy.

Nierozwiązany pozostaje jednak problem, w jakim terminie prokurator jest zobowiązany do zalegalizowania przypadkowych znalezisk. Kontrola operacyjna nie może zmienić się w system gromadzenia informacji o jednostce, które zostaną

¹⁶¹ Zob. szerzej: M. Skwarcow, *Formuła "zgody następcej" według treści przepisu art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, Palestra 2021, nr 6, s. 6-24; D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.)*, Państwo i Prawo 2018, nr 10, s. 107-120; P. Daniluk, *Instytucja tzw. zgody następcej po nowelizacji z 11 marca 2016 r. w świetle standardów konstytucyjnych i konwencyjnych*, Studia Prawnicze 2017, nr 3, s. 81-100; S. Brzozowski, *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, Palestra 2016, nr 6, s. 20-26; D. Czerwińska, *Problematyka zgody następcej na wykorzystanie tzw. przypadkowych znalezisk po 15.04.2016 r.*, Przegląd Sądowy 2019, nr 4, s. 72-87.

¹⁶² Zob. przede wszystkim uchwałę SN (7) z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18.

¹⁶³ Por. art. 333 i 334 k.p.k. dotyczące wymogów formalnych aktu oskarżenia.

wykorzystane przeciwko niej w dogodnym dla organów ścigania momencie¹⁶⁴. We wskazanej wcześniej sprawie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, materiały zostały przekazane prokuratorowi po upływie 3 lat od zakończenia kontroli operacyjnej. Sąd Apelacyjny wskazał, że „nie można uznać, by tak długi okres przechowywania danych pozyskanych w następstwie tak daleko idącej ingerencji w prywatność i wolność komunikowana się był niezbędny w demokratycznym państwie prawnym” i wyeliminował wyniki czynności operacyjnych z postawy orzekania.

Przechowywanie nagrań i innych danych pozyskanych w wyniku niejawnej inwigilacji jest przetwarzaniem danych osobowych zgodnie z art. 3 pkt 1 i 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW¹⁶⁵. Przetwarzanie danych osobowych może być dokonywane wyłącznie na podstawie prawa – art. 4 ust. 1 lit. a dyrektywy 2016/680. Obecnie obowiązujące przepisy regulują kwestię przechowywania wyników czynności operacyjnych, jeśli materiały zostały przekazane prokuratorowi, a prokurator włączył je do akt prowadzonej sprawy karnej. Jeśli chodzi o przechowywanie materiałów zanim zostaną one włączone do postępowania karnego, to art. 19 ust. 15 ustawy o Policji¹⁶⁶ stanowi, że w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania, materiały przekazywane są prokuratorowi. Na podstawie wyżej wskazanego przepisu pojawia się wątpliwość:

¹⁶⁴ Kontrola operacyjna nie może zamienić się w system „gromadzenia haków” na jednostkę.

¹⁶⁵ Dz. Urz.UE, seria L z 2016, nr 119, poz. 89; dalej dyrektywa 2016/680.

¹⁶⁶ A także: art. 9e ust. 1 ustawy o SG; art. 27 ust. 1 ustawy o ABW; art. 17 ust. 1 ustawy o CBA; art. 31 ust. 1 ustawy o SKW; art. 118 ust. 1 ustawy o KAS; art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW; art. 44 ust. 1 ustawy o SOP.

- czy ww. regulacja dotyczy wyłącznie materiałów, które będą mogły być dowodowo wykorzystane w postępowaniu karnym, ponieważ zrealizowany został cel kontroli operacyjnej w sprawie, w której ta kontrola została zarządzona, czy także tzw. przypadkowych znalezisk;
- w jakim terminie organ policyjny albo innej służby jest zobowiązany do przedstawienia wyników kontroli operacyjnej prokuratorowi¹⁶⁷;
- w jakim terminie prokurator ma podjąć decyzję w przedmiocie dowodowego wykorzystania materiałów dla celów procesu karnego.

Zmiany art. 168b k.p.k. zaproponowane przez Komisję Kodyfikacyjną¹⁶⁸ rozwiązują tylko jeden z zasygnalizowanych wcześniej problemów, mianowicie to, jakie materiały – przypadkowe znaleziska – mogą zostać objęte zgodą następczą i że zgoda następcza może dotyczyć wyłącznie przestępstw katalogowych. Projekt utrzymuje jednak sytuację, w której to prokurator jest organem uprawnionym do wydania tzw. zgody następczej w toku postępowania przygotowawczego. **Dalsze wykorzystanie materiałów z czynności operacyjnych jest także wkroczeniem w prawo do prywatności jednostki¹⁶⁹, zatem gwarancje przed nieuprawnioną i arbitralną ingerencją powinny spełniać standard wynikający z orzecznictwa ETPC wydanego**

¹⁶⁷ Niezwłoczne przekazanie dotyczy tylko materiałów, które mogą zawierać informacje objęte tajemnicami prawnie chronionymi.

¹⁶⁸ Przepis w brzmieniu proponowanym przez Komisję Kodyfikacyjną to:

„Art. 168b. § 1. Wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej może nastąpić wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakiegokolwiek uprawniony organ.

§ 2. Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej bądź przestępstwa lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator w toku postępowania przygotowawczego wydaje postanowienie w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. W postanowieniu należy określić wobec jakiej osoby i co do jakich przestępstw dopuszcza się dowodowe wykorzystanie materiałów uzyskanych podczas stosowania kontroli operacyjnej.

§ 3. Osobę, której dotyczy postanowienie, należy zawiadomić o jego treści przed zakończeniem postępowania przygotowawczego”. Projekt dostępny na stronach RCL: <https://legislacja.gov.pl/projekt/12390959/katalog/13091027#13091027>.

¹⁶⁹ D. Czerwińska, *Problematyka zgody następczej na wykorzystanie tzw. przypadkowych znalezisk po 15.04.2016 r.*, Przegląd Sądowy 2019, nr 4, s. 72-87 i wskazane tam orzecznictwo ETPC.

na gruncie art. 8 EKPC. Prokurator, w polskim systemie prawnym, nie jest organem niezależnym od władzy wykonawczej. Co więcej, występuje on później w roli oskarżyciela publicznego, co tylko potęguje zaangażowanie w sprawę¹⁷⁰. W postanowieniu o sygn. I KZP 6/07¹⁷¹ Sąd Najwyższy wskazał, że „uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw - określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji - przez osobę inną niż objęta postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 tej ustawy albo popełnionych wprawdzie przez osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem (art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k., stosowany odpowiednio), pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, stosowany odpowiednio)”. Uchwała ta została wydana w okresie, kiedy przepisy ustaw policyjnych nie regulowały problematyki tzw. przypadkowych znalezisk, tj. przed wprowadzeniem przepisów art. 19 ust. 15a-15e ustawy o Policji¹⁷². Sąd Najwyższy uznał jednak, że analogicznie należy stosować przepisy regulujące procedurę wyrażenia zgody następczej przez sąd w tzw. wypadkach niecierpiących zwłoki.

Projekt zmian zaproponowany przez Komisję Kodyfikacyjną nie odnosi się w żadnym miejscu do kwestii przechowywania materiałów, terminów, w jakim mogą one zostać wykorzystane, a po upływie których muszą zostać zniszczone.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że w okresie od 11 czerwca 2011 r. do 15 kwietnia 2016 r. obowiązywały przepisy, które precyzyjnie regulowały procedurę postępowania w przypadku tzw. przypadkowych znalezisk¹⁷³. Przepis art. 19 ust. 15a ustawy o Policji ograniczał zakres przypadkowych znalezisk wyłącznie do przestępstw katalogowych,

¹⁷⁰ Wyrok ETPC z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie Dumitru Popescu przeciwko Rumunii, skarga nr 71525/01; § 78.

¹⁷¹ Postanowienie SN (7) z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07.

¹⁷² Dodane ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw; Dz.U. z 2011, nr 3, poz. 273.

¹⁷³ Wprowadzone ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw; Dz.U. z 2011, nr 53, poz. 273.

art. 19 ust. 15c ustawy o Policji stanowił, że tylko sąd może wydać tzw. zgodę następczą, a art. 19 ust. 15d i 3 ustawy o Policji wprowadzały terminy wystąpienia z wnioskiem o wyrażenie zgody na wykorzystanie „przypadkowych znalezisk” jako dowodu w postępowaniu karnym (1 miesiąc) oraz termin, w jakim sąd ma obowiązek wydać postanowienie w tym przedmiocie (14 dni). **Konieczny jest powrót do tych regulacji, nie zaś sankcjonowanie obniżenia standardu ochrony prywatności jednostki, jaki został wprowadzony ustawą z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i innych ustaw**¹⁷⁴.

Przepisy ustaw policyjnych i o służbach specjalnych nie określają, kto może zapoznawać się z wynikami czynności operacyjnych. Czy funkcjonariusze, którzy prowadzą te czynności, czy tylko prokurator (a jeśli tak, to który), czy może takie uprawnienie mają również organy kierownicze danej służby – Komendant Główny Policji albo komendant wojewódzki policji. Przepisy art. 237 § 6 i 7 k.p.k. precyzują, że prawo do odtwarzania zapisów ma sąd lub prokurator, a wypadkach niecierpiących zwłoki, za zgodą sądu lub prokuratora, także Policja, zaś z rejestrem przeprowadzonych kontroli rozmów telefonicznych - sąd, a w postępowaniu przygotowawczym - prokurator. Celowe jest ograniczenie – w drodze ustawy – kręgu podmiotów, które mogą uzyskać dostęp do materiałów pozyskanych w drodze czynności operacyjnych.

Kwestia niszczenia materiałów, które zgromadzono w toku czynności operacyjnych była przedmiotem analizy w wyroku Pietrzak i Bychawska-Siniarska i inni przeciwko Polsce. **Trybunał strasburski uznał, że przepisy, które pozbawiają sąd możliwości nadzorowania niszczenia informacji pozyskanych w toku niejawniej inwigilacji nie chronią jednostki przed nadużyciami ze strony organów władzy publicznej.** Krajowe przepisy, m.in. art. 19 ust. 15h, 15j i 17¹⁷⁵ nakazują niezwłoczne zniszczenie materiałów:

¹⁷⁴ Zmiany wprowadzone ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw; Dz.U. z 2016, poz. 437.

¹⁷⁵ Zob. także analogiczne ustaw o służbach policyjnych i specjalnych.

- które nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego (art. 19 ust. 17 ustawy o Policji);
- materiałów, których dowodowe wykorzystanie w postępowaniu karnym, jest niedopuszczalne (art. 19 ust. 15h ustawy o Policji);
- materiałów, co do których sąd nie wyraził zgody na uchylenie tajemnicy z art. 180 § 2 k.p.k. (art. 19 ust. 15j ustawy o Policji).

Mimo że w przypadku art. 19 ust. 15h ustawy o Policji, to **sąd zarządza zniszczenie materiałów, to nie jest on informowany o wykonaniu tego zarządzenia**. Organem, który sprawuje pieczę nad zniszczeniem materiałów niemożliwych do wykorzystania w postępowaniu karnym, jest prokurator (art. 19 ust. 17 i 17a ustawy o Policji). Jak to już zostało wielokrotnie wskazane, prokurator nie jest organem niezależnym i nie daje odpowiednich gwarancji, że dane o jednostce nie zostaną wykorzystane sprzecznie z celem ich pozyskania albo że nie będą przechowywane bez odpowiedniej podstawy prawnej. ETPC wskazywał na konieczność ustanowienia sądowego nadzoru nad niszczeniem. Wydaje się, że właściwe byłoby wprowadzenie zmian, które przyznają sądowi, który wyrażał zgodę na kontrolę operacyjną, nadzór nad zniszczeniem materiałów.

IV.5.2. Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów

Przepisy k.p.k. w kontekście wykorzystania, przechowywania, dostępu i zniszczenia materiałów, jakie pozyskano w wyniku niejawnej inwigilacji budzą tożsame wątpliwości w kwestii tzw. przypadkowych znalezisk oraz przechowywania nagrań oraz innych informacji, jakie zgromadzono w toku prowadzonych czynności.

Przepis art. 237a k.p.k. ma takie samo brzmienie jak analizowany wcześniej art. 168b k.p.k., propozycje zmian art. 237a k.p.k. przygotowane przez Komisję Kodyfikacyjną są identyczne jak art. 168b k.p.k., zatem nie ma potrzeby powielania tych rozważań.

Należy jedynie uzupełnić, że procedura wyrażania zgody następczej z art. 237 § 8

i 237a i 237b k.p.k.¹⁷⁶, istniejąca w k.p.k. do 15 kwietnia 2016 r., powinna zostać przywrócona.

Warto jednak zauważyć, że procesowa kontrola i utrwalanie rozmów reguluje kwestie dostępu do materiałów pozyskanych w drodze niejawnej inwigilacji (art. 237 § 6 i 7 k.p.k.) oraz ustanawiają sądowy nadzór nad zniszczeniem materiałów (art. 238 § 3 i 4 k.p.k.). Co prawda k.p.k. nie nakazuje powiadomić sądu o wykonaniu zarządzenia o zniszczeniu materiałów i w tym zakresie celowe wydaje się wprowadzenie odpowiednich zmian w k.p.k., natomiast w porównaniu z pozapprocesową kontrolą i utrwalaniem rozmów, standard ochrony prawa do prywatności jest wyższy.

Z perspektywy systemowej, istnieją regulacje, które już funkcjonują w praktyce i mogą zatem stanowić punkt odniesienia przy nowelizacji przepisów ustaw policyjnych i o służbach specjalnych.

IV.6 Istnienie zewnętrznych mechanizmów kontrolnych i ich efektywność

Zewnętrzną kontrolę nad działalnością służb specjalnych i policyjnych w Polsce sprawują:

1. Sejm oraz Sejmowa Komisja ds. Służb Specjalnych – w zakresie nadzoru nad działalnością organów administracji rządowej, Sejm sprawuje nadzór nad służbami specjalnymi. Warto jednak zauważyć, że Sejmowa Komisja ds. Służb Specjalnych jest komisją, w skład której wchodzi politycy reprezentujący poszczególne grupy parlamentarne. W Polsce rządząca większość obsadza przeważającą liczbę miejsc we wspomnianej komisji, co znacząco ogranicza możliwości niezależnego nadzoru;
2. Najwyższa Izba Kontroli – dokonuje kontroli działalności służb z punktu widzenia zadań wykonywanych przez NIK;

¹⁷⁶ W brzmieniu, jakie nadano ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw; Dz.U. z 2011, nr 3, poz. 273.

3. Rzecznik Praw Obywatelskich – kontroluje poszczególne działania służb na podstawie składanych skarg pod kątem respektowania praw obywatelskich;
4. Organy rządowe (Prezes Rady Ministrów, minister-koordynator ds. służb specjalnych, Kolegium ds. Służb Specjalnych) – koordynują oraz kontrolują codzienną pracę służb specjalnych;
5. Sądy i prokuratura – kontrolują stosowanie kontroli operacyjnej i niektórych innych czynności operacyjnych przez służby specjalne;
6. Biuro Nadzoru Wewnętrznego w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji – kontroluje dokonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych przez Policję i Straż Graniczną oraz Służbę Ochrony Państwa¹⁷⁷.

Jak wskazał w raporcie „Osiodłać Pegaza” Rzecznik Praw Obywatelskich „nadzór ten jest fragmentaryczny i nie pozwala na skuteczne, bezstronne i niezależne od polityki weryfikowanie działalności służb specjalnych”¹⁷⁸. Pojawiają się propozycje stworzenia niezależnego organu, który sprawowałby nadzór nad działalnością służb specjalnych, miał pełen dostęp do danych i dokumentacji i mógł realnie kontrolować te służby, które mają uprawnienia inwigilacyjne. Dotychczas żadne prace legislacyjne nie zostały podjęte w tym kierunku.

Nieefektywność nadzoru zewnętrznego widać m.in. na sposobie informowania o prowadzonych działaniach operacyjnych na podstawie przepisów Prawa o

¹⁷⁷ Raport „OSIODŁAĆ PEGAŻA” Przestrzeganie praw obywatelskich w działalności służb specjalnych – założenia reform,

<https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/OSIOD%C5%81A%C4%86%20PEGAZA%20-%20jak%20powinien%20wygl%C4%85da%C4%87%20nadz%C3%B3r%20nad%20s%C5%82u%C5%BCba mi.%20Raport%20ekspert%C3%B3w.pdf>.

¹⁷⁸ Raport „OSIODŁAĆ PEGAŻA” Przestrzeganie praw obywatelskich w działalności służb specjalnych – założenia reform,

<https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/OSIOD%C5%81A%C4%86%20PEGAZA%20-%20jak%20powinien%20wygl%C4%85da%C4%87%20nadz%C3%B3r%20nad%20s%C5%82u%C5%BCba mi.%20Raport%20ekspert%C3%B3w.pdf>.

prokuraturze i art. 19 ust. 22 ustawy o Policji¹⁷⁹. Zrozumiałym jest, że działania operacyjne są prowadzone niejawnie, a dla bezpieczeństwa państwa, nie wszystkie informacje powinny być przekazywane opinii publicznej. Sytuacja, w której służby same siebie kontrolują, w ramach prowadzonej działalności, względnie, kiedy to organy władzy wykonawczej (niespełniające wymogu apolityczności) mają częściowe uprawnienia nadzorcze, stwarza realne zagrożenie dla nadużywania uprawnień. W raporcie Komisji PEGA wskazano, że „Zakres inwigilacji prawnej w Polsce został rozszerzony do niemal nieograniczonego. Prawa ofiar zostały zmniejszone do minimum, a środki odwoławcze są w praktyce pozbawione sensu. Skuteczna kontrola *ex ante* i *ex post*, jak również niezależny nadzór, zostały całkowicie wyeliminowane”¹⁸⁰.

Obok braku efektywności nadzoru w „skali makro” – kontroli sprawowanej przez państwo nad działalnością służb specjalnych oraz kontrolą społeczną – należy zwrócić uwagę, że w Polsce nie obowiązuje nadzór indywidualny (w skali mikro) w odniesieniu do kontroli pozaprocesowej. Osoba, która była poddana niejawnej inwigilacji nie jest informowana o prowadzonych wobec niej działaniach operacyjnych, chyba że materiały zostaną przekazane prokuratorowi i włączone do akt postępowania karnego¹⁸¹. Zgodnie z art. 19 ust. 16 ustawy o Policji¹⁸² osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania tej kontroli. Przepis nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 k.p.k.

W konsekwencji osoba, która była poddawana niejawnej inwigilacji nie wie, że jej komunikacja była monitorowana, a służby miały dostęp – w czasie rzeczywistym – do lokalizacji, rozmów telefonicznych, wysyłanych zdjęć itp. w zależności od rodzaju

¹⁷⁹ Por. uwagi w pkt II.

¹⁸⁰ Zob. raport komisji PEGA, s. 3; https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/PEGA/PR/2023/05-08/1267987PL.pdf. Zob. także zalecenia Komisji: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/PEGA/RD/2023/05-08/1269773PL.pdf.

¹⁸¹ A i tak, do postępowania karnego nie są przekazywane całe akta wytworzone podczas działań operacyjnych, w szczególności materiały, które stały się podstawą podjęcia tych działań.

¹⁸² Por. także analogiczne przepisy pozostałych ustaw o służbach specjalnych i policyjnych.

oprogramowania, jakie zostało użyte w toku czynności operacyjnych. Nie wie także, czy dane jakie zostały o niej zgromadzone zostały zniszczone, czy są przechowywane, jeśli tak – to przez jaki okres. Nie jest możliwe pozyskanie informacji dotyczących przyczyn niejawnej inwigilacji. Decyzja o zastosowaniu kontroli operacyjnej nie jest na żadnym etapie tej kontroli doręczana osobie inwigilowanej i nie może ona zaskarżyć tego rozstrzygnięcia.

Obok przepisów ustaw policyjnych i o służbach specjalnych, które wyłączają możliwość poinformowania jednostki o pozaprocesowej kontroli i utrwalaniu rozmów i pozbawiają ją jakichkolwiek uprawnień, obowiązują także regulacje k.p.k., które:

- nakazują ogłoszenie postanowienia o zarządzeniu procesowej kontroli i utrwalaniu rozmów osobie kontrolowanej (art. 239 k.p.k.), umożliwiając jednocześnie odroczenie ogłoszenia tego postanowienia na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy, ale nie później niż do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego (art. 239 § 2 k.p.k.);
- przyznają osobie kontrolowanej prawo do wniesienia zażalenia, w którym może ona domagać się zbadania legalności i zasadności kontroli operacyjnej (art. 240 k.p.k.);
- pozwalają na wystąpienie z wnioskiem o zniszczenie utrwalonych zapisów, nie wcześniej, niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego oraz przyznają jej prawo do udziału w posiedzeniu sądu w przedmiocie zniszczenia materiałów (art. 238 § 5 k.p.k.).

Przepisy wyżej wskazanych artykułów k.p.k. powinny być wprowadzone do każdej z ustaw policyjnych i o służbach specjalnych. W pierwszej kolejności, każda osoba, która była inwigilowana, powinna zostać poinformowana o stosowaniu wobec niej środków niejawnej inwigilacji¹⁸³, co do zasady – po zakończeniu stosowania nadzoru. Ogłoszenie i doręczenie postanowienia sądu o kontroli i

¹⁸³ Warto wskazać, że obecnie osoby, które były inwigilowane oprogramowaniem Pegasus zostały o tej okoliczności poinformowane. Trudno jednak wskazać podstawę z ustaw policyjnych i o służbach specjalnych do udzielenia tej informacji.

utrwalaniu rozmów może zostać odroczone, jeśli niezwłoczne poinformowanie mogłoby zagrozić prawidłowości prowadzonych czynności operacyjnych. Maksymalny czas odroczenia poinformowania o inwigilacji nie powinien wynosić więcej niż 2 lata. Po takim okresie powinien już upłynąć termin prowadzenia jakichkolwiek działań operacyjnych wobec jednostki w związku z konkretnym przestępstwem, więc udzielenie informacji nie będzie stanowiło niebezpieczeństwa dla wykonywania zadań przez policję lub inne służby. **Należy także wprowadzić możliwość domagania się zniszczenia materiałów pozyskanych w toku kontroli i utrwalania rozmów – jeśli do momentu poinformowania jednostki o inwigilacji, te materiały nie zostały zniszczone na innej podstawie. Jeśli zostały zniszczone – osoba, która była inwigilowana, powinna uzyskać dostęp do protokołów ich zniszczenia.** Byłaby to forma uzyskania potwierdzenia (oraz forma kontroli w skali mikro), że dane osobowe i informacje wrażliwe nie są już w dyspozycji organów państwa. **Celowe jest także wprowadzenie procedury zaskarżenia postanowienia sądu o zarządzeniu lub przedłużeniu kontroli operacyjnej, by sąd – na podstawie całości akt znajdujących się w dyspozycji służb – mógł *ex post i ex ante* ocenić legalność i zasadność wydania decyzji o niejawnej inwigilacji.**

V. Wnioski i zalecenia do podjęcia dalszych działań

Pozaprocesowa i procesowa kontrola i utrwalanie rozmów w polskim systemie prawnym wymagają całościowego przemyślenia i być może całościowego zastąpienia obecnych regulacji, nowymi. Wątpliwości budzą relacje między kontrolą procesową i pozaprocesową, zakres możliwych do podjęcia działań, zakresy podmiotowe i przedmiotowe, nadzór sądowy nad czynnościami operacyjnymi, nadzór zewnętrzny nad działalnością służb, czas trwania kontroli operacyjnej oraz inne kwestie zasygnalizowane w niniejszym wystąpieniu. Przed podjęciem prac legislacyjnych, które będą zmierzały do wprowadzenia systemu efektywnego nadzoru nad służbami, rozważenia znaczenia i miejsca środków niejawnej inwigilacji w postępowaniu

dowodowym w postępowaniu karnym konieczne jest wyeliminowanie najistotniejszych wadliwości obecnego systemu.

Do najpilniejszych zmian należą m.in.:

1. Doprecyzowanie zakresu podmiotowego kontroli operacyjnej – pozaprocesowej kontroli i utrwalania rozmów – przez konieczność wykazania związku osoby poddawanej niejawniej inwigilacji z przestępstwem albo prowadzonym postępowaniem na wzór art. 237 § 4 k.p.k.;
2. Wprowadzenie generalnego zakazu kontroli i utrwalania rozmów (procesowej i pozaprocesowej) osób wykonujących zawody zaufania publicznego (art. 180 § 2 k.p.k.), chyba że we wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej zostanie wykazane, że dobro wymiaru sprawiedliwości wymaga, by tajemnica zawodowa została uchylona, a okoliczności, które są objęte tajemnicą, nie mogą być wykazane za pomocą innych środków i źródeł dowodowych;
3. Wprowadzenie generalnego zakazu kontroli i utrwalania rozmów (procesowej i pozaprocesowej) osób zobowiązanych do zachowania w tajemnicy informacji objętych tajemnicą obrońcą (art. 178 pkt 1 k.p.k.), tajemnicą spowiedzi (art. 178 pkt 2 k.p.k.) oraz tajemnicą psychiatryczną z art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego;
4. Zmiana art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych i wyłączenie możliwości prowadzenia działań operacyjnych bez zgody sądu wobec cudzoziemca przez okres 3 miesięcy i ujednolicenie zasad prowadzenia działań operacyjnych przez ABW na zasadach określonych w art. 27 ustawy o ABW;
5. Zmiana art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych pozwalającego na prowadzenie działań operacyjnych, kiedy istnieje „obawa co do możliwości” prowadzenia przez cudzoziemca działalności terrorystycznej lub popełnienia

przestępstwa szpiegostwa i podniesienie stopnia prawdopodobieństwa popełnienia tego przestępstwa do „uzasadnionego podejrzenia”;

6. Wprowadzenie w przepisach ustaw policyjnych i o służbach specjalnych przepisów na wzór art. 239, 240 oraz 238 § 5 k.p.k., które umożliwiłyby osobie inwigilowanej uzyskanie informacji o prowadzonych działaniach operacyjnych, domaganie się zniszczenia materiałów zebranych w czasie kontroli oraz zaskarżenie decyzji sądu, na podstawie której działania operacyjne zostały podjęte albo w formie odesłania do stosowania wprost (albo odpowiednio) przepisów k.p.k. albo wprowadzenia do każdej z ustaw szczegółowych tożsamyh regulacji, jak te, które znajdują się w ww. przepisach. Przykładowo, w ustawie o Policji (oraz innych ustawach policyjnych i o służbach specjalnych) należałoby wprowadzić przepisy, które stanowiłyby, że:

- z wnioskiem o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów, nie wcześniej niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego, jeśli zostało wszczęte, może wystąpić osoba, wobec której stosowano kontrolę operacyjną Sąd orzeka w przedmiocie wniosku na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony oraz wnioskodawca;

- postanowienie o kontroli operacyjnej doręcza się osobie, wobec której kontrola była stosowana; doręczenie postanowienia może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy, nie dłużej niż na okres 2 lat od zakończenia kontroli. Jeśli materiały z kontroli operacyjnej przekazano prokuratorowi i stały się one podstawą wszczęcia postępowania karnego albo włączono je do akt sprawy karnej, doręczenie postanowienia może być odroczone nie później niż do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego;

- na postanowienie dotyczące kontroli operacyjnej przysługuje zażalenie. Osoba, której dotyczy postanowienie, może w zażaleniu domagać się zbadania

zasadności, legalności i celowości kontroli operacyjnej. Zażalenie rozpoznaje sąd wyższego rzędu nad sądem właściwym do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji;

7. Wprowadzenie w przepisach ustaw policyjnych i o służbach specjalnych przepisów, które nakazywałyby przekazanie materiałów wytworzonych przez służby w związku z kontrolą operacyjną, tj. wniosków o zastosowanie lub przedłużenie kontroli operacyjnej wraz z uzasadnieniem oraz postanowień sądu w przedmiocie kontroli, tak by sąd orzekający w sprawie mógł zbadać legalność i zasadność prowadzenia czynności operacyjnych (kontrola *ex post*);
8. Wprowadzenie obowiązku podania nie tylko rodzaju stosowanego środka niejawnej inwigilacji, ale również konkretnego urządzenia technicznego (środków technicznych), by sąd wydając zgodę na działania operacyjne, miał pełną świadomość, co jest przedmiotem wniosku służb. Ma to znaczenie z perspektywy możliwości całościowego „zassania” informacji zapisanych na urządzeniu, a obejmujących okres poprzedzający kontrolę operacyjną. Chcąc dokonać kontroli operacyjnej w postaci „uzyskiwania i utrwalania danych zawartych na informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych”, tj. pobrania danych historycznych, musi to zostać wyrażone we wniosku o kontrolę operacyjną. Sąd, wyrażając zgodę musi zatem wiedzieć: 1) za pomocą jakich środków technicznych będzie prowadzona niejawna inwigilacja; 2) czy będzie dotyczyła pozyskiwania informacji wyłącznie w czasie rzeczywistym (wytworzonych w czasie trwania kontroli), czy także danych historycznych (zapisanych na nośniku danych); Dodatkowo, konieczne jest wskazanie środków technicznych, w szczególności, jeśli środki techniczne pozwalają także na przejęcie kontroli nad urządzeniem i modyfikowanie treści, jakie na nim się znajdują. Jako zasadne jawi się więc wprowadzenie neutralnego pod względem technologicznym zakazu posługiwania

się takimi urządzeniami i oprogramowaniem, które nie dają gwarancji, że informacje zebrane w wyniku pobrania danych historycznych z urządzenia oraz w wyniku kontroli operacyjnej cechuje autentyczność, integralność, rozliczalność i niezaprzeczalność.

9. Powiązanie maksymalnego czasu trwania kontroli operacyjnej z osobą i przestępstwem, o które jest podejrzewana, a nie ze służbą, która prowadzi działania operacyjne tak, by niemożliwe było wydłużanie maksymalnych terminów w drodze „przekazywania” prowadzenia postępowania.

Równie naglące wydają się zmiany dotyczące nadzoru sądu nad stosowaniem środków niejawnnej inwigilacji oraz dowodowego wykorzystania wyników działań operacyjnych, t.j.;

1. Decentralizacja rozpoznawania wniosków o kontrolę operacyjną, która jest możliwa do przeprowadzenia na podstawie obecnie istniejących przepisów, tak by urealnić sądową kontrolę i odciążyć Sąd Okręgowy w Warszawie, do którego obecnie wpływa zdecydowana większość wniosków;
2. Zmiana art. 19 ust. 1a ustawy o Policji¹⁸⁴ i nakazanie przekazania całości materiałów do sądu orzekającego w przedmiocie zastosowania lub przedłużenia działań operacyjnych, tak by mógł on ocenić zasadność i celowość działań na podstawie całościowej analizy sprawy, a nie wycinkowo zaprezentowanych materiałów przez służby;
3. Wprowadzenie obowiązku sporządzenia uzasadnienia każdej decyzji sądu – aprobującej i odmawiającej uwzględnienia wniosku o kontrolę operacyjną; względnie wprowadzenie rozwiązania, kiedy decyzja korzystna dla jednostki, tj. o odmowie zastosowania lub przedłużenia kontroli operacyjnej nie wymagałaby uzasadnienia;

¹⁸⁴ Postulat zmiany powinien objąć analogiczne przepisy w ustawach policyjnych i o służbach specjalnych.

4. Wprowadzenie sądowego nadzoru nad niszczeniem materiałów, jakie zostały zgromadzone w toku pozaprocesowej kontroli i utrwalania rozmów, a w przepisach k.p.k. – wprowadzenie przepisu, który będzie nakazywał poinformowanie sądu, który wydał zarządzenie o zniszczeniu materiałów, o wykonaniu tego zarządzenia;
5. Usunięcie art. 168a k.p.k. w obecnym brzmieniu oraz rozważenie wprowadzenia regulacji, które będą stanowiły podstawę do wyeliminowania materiałów pozyskanych w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych, jeśli służby – na żądanie sądu – nie przedstawią dotyczących podstaw zarządzenia lub przedłużenia kontroli operacyjnej;
6. Usunięcie art. 168b k.p.k. i art. 237a k.p.k. oraz przywrócenie przepisów, które obowiązywały między 11 czerwca 2011 r. a 15 kwietnia 2016 r. Wówczas obowiązujące przepisy regulowały tryb udzielania zgody następczej, określały zasady przechowywania i przetwarzania danych o jednostce, wprowadzały terminy przechowywania i przetwarzania tych danych. Zmiany zaproponowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego¹⁸⁵ obniżają standard ochrony praw jednostki i sankcjonują sytuację, jaka istnieje w systemie prawa karnego procesowego od 15 kwietnia 2016 r.¹⁸⁶;
7. Wykreślenie z katalogu przestępstw w ustawach policyjnych i o służbach specjalnych oraz z art. 237 § 3 k.p.k. przestępstw z art. 232-245 k.k. z uwagi na niespełnianie przez te czyny zabronione wymogu konieczności w społeczeństwie demokratycznym z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

¹⁸⁵ Projekt Komisji Kodyfikacyjnej dot. art. 168b k.p.k. dostępny na stronach RCL: <https://legislacja.gov.pl/projekt/12390959/katalog/13091027#13091027>.

¹⁸⁶ W okresie od 11 czerwca 2011 r. do 15 kwietnia 2016 r. obowiązywały przepisy, które precyzyjnie regulowały procedurę postępowania w przypadku tzw. przypadkowych znalezisk (wprowadzone ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw; Dz.U. z 2011, nr 53, poz. 273). Przepisy te zostały uchylone i zastąpione art. 168b i 237a k.p.k. ustawą z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i innych ustaw (Dz.U. z 2016, poz. 437).

Całościowych zmian wymagają katalogi przestępstw pozwalające na prowadzenie działań operacyjnych z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o SG; art. 27 ust. 1 ustawy o ABW; art. 17 ust. 1 ustawy o CBA; art. 31 ust. 1 ustawy o SKW; art. 118 ust. 1 ustawy o KAS; art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW oraz art. 44 ust. 1 ustawy o SOP. Przestępstwa katalogowe powinny stanowić wąską, wyselekcjonowaną grupę czynów zabronionych – najpoważniejszych przestępstw oraz takich, gdzie pozyskanie dowodów jest możliwe wyłącznie w drodze działań operacyjnych. Obecnie obowiązujące przepisy wprowadzają bardzo szerokie katalogi przestępstw, a jednocześnie nie zawsze są one dostosowane do zadań konkretnej służby albo do specyfiki konkretnego przestępstwa. Podobnie, całościowych zmian wymaga system informowania Sejmu i Senatu – oraz społeczeństwa – o prowadzonych działaniach operacyjnych. Dane powinny być odpowiednio zagregowane, każda ze służb powinna składać sprawozdania analogiczne do tych, które przedstawiane są przez policję na podstawie art. 19 ust. 22 ustawy o Policji, konieczne jest przedstawianie informacji o czasie trwania kontroli operacyjnej oraz o tzw. podsłuchach 5 dniowych (zarządzanych w wypadkach niecierpiących zwłoki), kiedy prokurator nie wystąpił z wnioskiem do sądu o legalizację działań operacyjnych oraz kiedy odmówił wystąpienia ze stosownym wnioskiem.

Prace legislacyjne o charakterze systemowym, muszą jednak zostać poprzedzone zmianami odnoszącymi się do wprowadzenia efektywnego nadzoru nad materiałami pozyskanymi w wyniku niejawnej inwigilacji, by, po pierwsze, zagwarantować, że nie doszło do nieuprawnionej ingerencji w materiały z kontroli operacyjnej (czy nie manipulowano nagraniami, czy innymi materiałami pozyskanymi w trakcie kontroli), a po drugie - by sąd i inne uprawnione organy mogły zweryfikować, kto zapoznawał się z wynikami czynności operacyjnych. Przepisy k.p.k. oraz ustaw policyjnych i o służbach specjalnych muszą uwzględniać aspekt rozliczalności danych, tj. możliwości ustalenia, kto i w jakim czasie, dokonywał operacji na danych pozyskanych w ramach kontroli operacyjnej. Chodzi nie tylko o dostęp fizyczny (np. logowanie się w kancelarii tajnej),

ale także o zabezpieczenie serwerów, oraz ograniczenie możliwości zdalnego dostępu przez osoby nieuprawnione.

Opracowała

Dominika Czerniak

Ekspert prawny

/-wydano i podpisano elektronicznie/