

Justyna Jarocka

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

## **Spór o dowody z kontroli operacyjnej w procesie karnym – gwarancyjny charakter art. 168b k.p.k w świetle konstytucyjnych praw i wolności**

Abstrakt

W artykule podjęto próbę ukazania przykładu spornych regulacji prawnych przyjętych na gruncie Kodeksu postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 534) – treści art. 168b k.p.k – regulującego kwestię wykorzystania dowodów pochodzących z kontroli operacyjnej w polskim postępowaniu karnym. W pierwszej kolejności omówione zostaną podstawowe aspekty prawne i definicyjne kontroli operacyjnej oraz geneza art. 168b w Kodeksie postępowania karnego. W drugiej części artykułu zostaną przytoczone wybrane poglądy doktryny, jak i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Trybunału Konstytucyjnego oraz polskich sądów, które czynią za punkt rozważań wykładnię treści normatywnej art. 168b k.p.k.

**Słowa kluczowe:** proces karny, kontrola operacyjna, prawo dowodowe, prawo do prywatności, ochrona tajemnicy komunikowania się

**Kontakt:** jarockajustyna96@gmail.com

## 1. Zagadnienia wstępne

Tytułem wstępu warto wskazać, że kontrola operacyjna jest jedną z form czynności operacyjno – rozpoznawczych. W doktrynie, z uwagi na brak definicji legalnej czynności operacyjno-rozpoznawczych, można spotkać się z wieloma próbami wyjaśnienia, jak należy je rozumieć. Za przykład można podać definicję, w której przyjęto, że są to „pozaprocesowe czynności techniczne i taktyczne ukształtowane przez praktykę organów ścigania karnego, służące profilaktycznej walce z przestępczością” (Łyżwa, Tokarski 2015). Charakteryzuje się je również jako czynności pełniące rolę subsydiarną względem procesu karnego, gdyż ich zadaniem jest dostarczenie uzasadnienia dla wszczęcia postępowania przygotowawczego (Eichstaedt 2003: 28). Uprawnionymi organami do przeprowadzania kontroli operacyjnej w obecnym stanie prawnym są: Policja, Biuro Nadzoru Wewnętrzznego, Straż Graniczna, Służba Ochrony Państwa, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służba Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmeria Wojskowa, Centralne Biuro Antykorupcyjne oraz Krajowa Administracja Skarbowa (Kosmaty 2008: 88). Dopuszczalność stosowania kontroli operacyjnej na potrzeby danej służby regulują poświęcone im ustawy szczególne. Wskazuje się, że celem kontroli operacyjnej jest zapobieżenie popełnieniu przestępstwa umyślnego, ściganego z oskarżenia publicznego lub wykrycie i ustalenie sprawców takiego czynu, lub uzyskanie i utrwalenie dowodów popełnienia takiego przestępstwa.

Mając na uwadze definicję czynności operacyjno – rozpoznawczych oraz cele kontroli operacyjnej można stanąć na stanowisku, że kontrola operacyjna jest czynnością służącą zwalczaniu przestępczości. Jednakże oprócz zwalczania

negatywnych, niepożądanych przez państwo i społeczeństwo zjawisk przestępczych, konsekwencją zarządzenia kontroli jest wkroczeniem w sferę chronionych praw i wolności, w szczególności prawo do prywatności, określonym w art. 8 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.) i art. 47 Konstytucji RP (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) oraz ochronę tajemnicy komunikowania się, określonych w art. 8 ust. 1 EKPC i art. 49 Konstytucji RP. Za słuszne można uznać stanowisko, że niejawnie formy inwigilacji jednostek dotyczą materii niezwykle wrażliwej społecznie. Są one jednymi z najbardziej drastycznych form ingerencji w wolność osobistą (Tomkiewicz 2016: 117).

Zatem wymaga podkreślenia, że kontrola operacyjna oceniana jest jako pewnego rodzaju środek inwazyjny, czyli bezsprzecznie łączący się z ingerencją uprawnionych organów władzy publicznej w sferę osobistą osoby objętej kontrolą operacyjną. Ponadto ingeruje ona w sferę prywatności wszystkich innych uczestników kontrolowanych procesów komunikacji międzyludzkiej. Z uwagi na inwazyjny charakter, słusznie wskazuje się, że czynności operacyjno - rozpoznawcze, w tym kontrola operacyjna „winny być subsydiarnym środkiem pozyskiwania informacji o jednostkach, gdy nie da się ich uzyskać w inny, mniej dolegliwy dla nich sposób” (Kusak, Wiliński 2020).

W ramach kontroli operacyjnej za niezwykle sporny uchodzi art. 168b k.p.k, regulujący dopuszczalność wykorzystania zebranych w toku jej stosowania informacji jako dowodów w polskim procesie karnym. Przede wszystkim z uwagi na nieprecyzyjność treści tego przepisu spór skupia się na rodzaju stosowanej wykładni literalnej lub systemowej. Jednakże, co kluczowe w obranym temacie, dostrzegalny

jest we współczesnym świecie konflikt wartości, nieodzownie towarzyszący normom prawa karnego procesowego. Wynika to ze stale postępującego rozwoju technologicznego, co w konsekwencji prowadzi do przenoszenia procesów komunikowania się, stanowiących prywatną sferę naszego życia, do środków porozumiewania się na odległość. Konflikt ten dotyczy praw i wolności jednostki oraz jej ochrony przed nadmierną ingerencją w jej sferę prywatności oraz skutecznego zwalczania przestępczości w ramach obowiązków państwa z art. 5 Konstytucji RP, tj. zapewnienia wolności i praw człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwa obywatelom. Słusznie dostrzega się, że proces karny, dla zrealizowania swoich podstawowych funkcji, nieodzownie ingeruje w sferę praw i wolności jednostki. Powyższy proces ważenia obranych wartości ma decydujące znaczenie dla kształtowania stosunków między państwem a obywatelem (Najman 2016: 361). Relewantne pozostają również cele procesu karnego obrane przez ustawodawcę, a wskazane art. 2 § 1 k.p.k, w szczególności wskazana w art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k zasada trafnej reakcji karnej. Trafna reakcja karna to wymóg, aby co najmniej niewinny nie poniósł odpowiedzialności, a winny był zawsze do niej pociągnięty, osoba winna poniosła odpowiedzialność nie mniejszą niż tę, na którą zasłużyła i nie większą od tej, którą ponieść powinna (Cieślak 1984: 214).

Mając na uwadze aktualność sporu o granice wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej jako dowodów w polskim procesie karnym, na którą się wskazuje w związku z wnioskiem Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego jego interpretacji (Daniluk 2020: 5), oraz fakt, że kwestia ta w sposób znaczący wpływa na ukształtowanie statusu osoby inwigilowanej, interpretacja treści normatywnej art. 168b k.p.k jawi się jako istotny

przedmiot analizy czynności inwazyjnych dopuszczalnych na gruncie ustawodawstwa krajowego.

## **2. Zakres stosowania kontroli operacyjnej na przykładzie uprawnień Policji**

Jak wyżej wskazano kontrola operacyjna jest jedną z form czynności operacyjno-rozpoznawczych. W doktrynie wskazuje się, że z danych udostępnionych przez Prokuratora Generalnego w 2016 roku „ogromną większość stanowiły podsłuchy prowadzone Policją (4697 osób)” (Rogalski 2019). Stąd można określić ramy kontroli operacyjnej na przykładzie Policji.

Kontrola operacyjna charakteryzuje się szerokimi ramami. W art. 19 ust. 6 Ustawy o Policji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 360 z późn. zm.) wskazano, że kontrola operacyjna może polegać na następujących czynnościach: uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych; uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne; uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej; uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych; uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek. Wskazuje się, że kontrola operacyjna pozwala w szczególności na podsłuch osób i pomieszczeń, w tym chodzi o rozmowy za pośrednictwem telefonii stacjonarnej, bezprzewodowej (komórkowej) i internetowej, pozyskiwanie treści wiadomości tekstowych i multimedialnych

przesyłanych za pomocą urządzeń telefonicznych oraz innych urządzeń służących do komunikowania się (Wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11). W doktrynie słusznie podsumowuje się zakres kontroli, twierdząc, że „pojęcie kontroli operacyjnej jest bardzo pojemne” (Rogalski 2019).

Ponadto warto zauważyć, że szeroki zakres potencjalnych czynności podejmowanych przez Policję powiązany jest z zakresem przedmiotowym stosowania kontroli tj. katalogiem przestępstw, które uzasadniają jej zarządzenie. Na zakres przedmiotowy wskazuje wprost art. 19 ust. 1 Ustawy o Policji. W zakresie przedmiotowym zawarto takie przestępstwa pospolite jak: zabójstwa, dzieciobójstwa, zabójstwa eutanatycznego, spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, a także ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, bezprawne pozbawienie wolności, handel ludźmi. Zakresem objęto również przestępstwa mogące mieć związek z terroryzmem, np. zawładnięcia statkiem wodnym lub powietrznym oraz sabotaż komputerowy. Dodatkowo są to przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, m.in. składanie fałszywych zeznań, czy fałszywe oskarżenia. Nie mniej istotne okazały się dobra chronione prawem składające się na szeroko rozumiane bezpieczeństwo finansowe, gdyż w zakresie zawarto przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym, np. łapownictwo na stanowisku kierowniczym, pranie pieniędzy oraz przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi, np. fałszowanie pieniędzy i innych środków płatniczych albo dokumentów równoznacznych. Ustawodawca bierze również pod uwagę konieczność zwalczania nowych form przestępczości popełnianych w sferze Internetu, dopuszczając kontrolę operacyjną w przypadku, np. gdy treści pornograficzne, o których mowa w art. 202 k.k, obejmują udział małoletniego.

Jednakże ustawodawca dopuszcza stosowanie kontroli operacyjnej nie tylko z Kodeksu karnego (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1444 z późn. zm.) i Kodeksu karno-skarbowego (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 408), ale również w przypadku przestępstw z ustaw szczególnych. W art. 19 ust. 1 zawarto ich aż 9 tj. ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1468, 1495 i 2251), ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2018 r. poz. 2286, 2243 i 2244), ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 623, 1655, 1798 i 2217), ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2018 r. poz. 2067 i 2245 oraz z 2019 r. poz. 730 i 1696), ustawa z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2019 r. poz. 553, 730 i 2020), ustawa z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (Dz. U. z 2019 r. poz. 917 i 1726), ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach (Dz. U. z 2019 r. poz. 1479), ustawa z dnia 25 maja 2017 r. o restytucji narodowych dóbr kultury (Dz. U. z 2019 r. poz. 1591), ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. z 2019 r. poz. 1405).

Powyższe wskazuje na niezwykle szeroki zakres kontroli operacyjnej, a dobrami usprawiedliwiającymi wkroczenie w sferę praw i wolności jednostki, jest próba zapobieżenia przestępstwu lub uzyskania dowodów na popełnienie przestępstwa, które godzi w życie, zdrowie, mienie człowieka, a ponadto w dobro wymiaru sprawiedliwości oraz szeroko rozumianego bezpieczeństwa finansowego państwa. W istocie, z uwagi na pojemny zakres przedmiotowy, kontrola operacyjna jest środkiem, który sprzyja realizacji obowiązków

państwa wskazanych w art. 5 Konstytucji, tj. zapewnieniu wolności i praw człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwa obywatelom.

Można stanąć na stanowisku, że dotychczasowa analiza dostarcza wniosków, że z uwagi na szeroki katalog czynności stosowanych w ramach kontroli operacyjnej, szeroki zakres przedmiotowy oraz tajny charakter tej czynności stanowi ona współcześnie jedną z najbardziej skutecznych środków zapobiegania i zwalczania przestępczości. W doktrynie od lat zwraca się uwagę, że czynności operacyjno - rozpoznawcze spełniają ważną rolę w walce z przestępczością (Kotowski 2021). Wskazuje się, czynność ta „wielokrotnie urzeczywistniają społecznie oczekiwany skutek w postaci zapobiegnięcia popełnieniu groźnego przestępstwa, ujawnienia okoliczności popełnionego przestępstwa, ustalenia sprawców tych czynów, a także pozyskania i utrwalenia niezbitych dowodów przestępstwa, pozwalających na pociągnięcie do odpowiedzialności sprawców i eliminację szeroko rozumianych powiązań charakteryzujących przestępczość zorganizowaną” (Kotowski 2021). W istocie uważa się, że za jeden z najskuteczniejszych instrumentów walki z przestępczością i terroryzmem uznaje się przechwytywanie i rejestrowanie transmisji telekomunikacyjnych i teleinformatycznych, a więc również rozmów telefonicznych. Twierdzi się, że mowa głównie o podsłuchu telefonicznego oraz podsłuchu komputerowego (Kosmaty 2008: 34–48).

Powyższe rozważania w pełni odzwierciedla ukazująca *clou* wspomnianego konfliktu wartości teza, że „poszukiwanie skutecznych metod efektywnej ochrony demokratycznych społeczeństw przed zagrożeniem ze strony zorganizowanej przestępczości oraz terroryzmu prowadzi też do znacznego pomniejszenia zakresu prywatności człowieka”



(Skorupka 2013). W istocie ustawodawca, aby zagwarantować jednostce ochronę praw i wolności oraz wprowadzić poczucie względnego bezpieczeństwa przed zagrożeniami, jakie niesie dla niej stale rozwijająca się i doskonaląca się poprzez korzystanie z dorobku technologicznego przestępczość, zakreślona w omówionym zakresie przedmiotowym kontroli operacyjnej, korzysta z mechanizmu wskazanego w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, ograniczającego prawa i wolności w państwie.

### 3. Kontrowersje wokół treści art. 168b k.p.k

#### 3.1. Zagadnienia wprowadzające

Powyższe rozważania dotyczące pojemnego pojęcia kontroli operacyjnej i szerokiego zakresu przedmiotowego jej stosowania są niezwykle istotne, z uwagi na konieczność zweryfikowania, czy rozumienie treści art. 168b k.p.k może w konsekwencji spowodować powstanie nieograniczonych ram korzystania z tego skutecznego środka dowodowego.

Uregulowania wskazujące na warunki wprowadzenia informacji zebranych w toku kontroli operacyjnej jako dowodów w polskim procesie karnym nie zostały zawarte w Kodeksie Postępowania Karnego z roku 1997. Na wykorzystanie dowodów wskazywały ustawy szczególne regulujące daną służbę uprawnioną do stosowania kontroli operacyjnej, np. był to art. 19 ust. 15c ustawy o Policji. W przepisie wskazywano, że zgodę na wykorzystanie dowodów w procesie karnym wyraża sąd, tzw. zgoda następcza sądu. Ponadto w doktrynie stoi się na stanowisku, że ówczasie „nie było wątpliwości, że zgoda ta może dotyczyć tylko przestępstwa wymienionego w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, czy też w odpowiednikach

tego przepisu w ustawach o innych służbach (tzw. przestępstwa katalogowego)” (Janczukowicz 2019).

Przepis art. 168b k.p.k. został wprowadzony przez art. 1 pkt 35 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. (Dz.U.2016.437) zmieniającej min. ustawę z dniem 15 kwietnia 2016 r. W obecnym stanie prawnym reguluje on sytuację o wykorzystaniu zebranych w wyniku kontroli operacyjnej dowodów popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli oraz popełnienia przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego. W tych sytuacjach dochodzi do pozyskania dowodów na popełnienie przestępstwa niewskazanego w postanowieniu sądu o zastosowaniu kontroli operacyjnej, a więc niejako „przy okazji” jej stosowania. W obecnym stanie prawnym podjęcie decyzji w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym zostało przyznane prokuratorowi.

W pierwszej kolejności warto wskazać, że ustawodawca posłużył się sformułowaniami nieprecyzyjny „o wykorzystaniu dowodów w postępowaniu karnym decyduje prokurator” oraz „inne przestępstwo ścigane z urzędu”. Nie wskazano na jakim etapie postępowania, w jakiej formie oraz do kiedy prokurator podejmuje decyzję o wykorzystaniu informacji jako dowodów. Co więcej nie odniesiono wprost sformułowania „inne przestępstwo ścigane z urzędu” do katalogu przestępstw składającego się na zamknięty zakres przedmiotowy. W doktrynie wskazuje się, że przepis art. 168b k.p.k. od początku obowiązywania wywoływał mnóstwo wątpliwości. Przede wszystkim uwagę skupiono na tym „czy zgoda następcza z art. 168b k.p.k. dotyczyć może wszystkich

przestępstw ściganych z urzędu, czy tylko przestępstw katalogowych” (Janczukowicz 2019).

Mając na uwadze akcentowaną problematykę użytego zwrotu „inne przestępstwo ścigane z urzędu” oraz powyższe omówienie szerokich zakresów stosowania kontroli operacyjnej z uwzględnieniem zakresu przedmiotowego stosowania kontroli operacyjnej, poniższe rozważania ograniczono do analizy orzecznictwa oraz poglądów doktryny dotyczących użytego sformułowania „inne przestępstwo ścigane z urzędu”. W istocie interpretacja tego sformułowania ściśle powiązana jest z zakresami stosowania kontroli.

### 3.2. Postulat precyzji prawa

Odnosząc się do powyższego stwierdzenia o braku precyzji użytych w art. 168b k.p.k sformułowań, warto poczynić wstępne rozważania co do ogólnych dyrektyw stawianych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, Trybunał Konstytucyjny, sądy powszechne oraz przedstawiciele doktryny. Postulat ten nabiera szczególnego znaczenia przy regulacjach niejawnych działań organów władzy publicznej, polegających na pozyskiwaniu informacji o jednostkach.

W pierwszej kolejności można wskazać, że Europejski Trybunał Praw Człowieka akcentuje tzw. jakość prawa. Rozumie ją jako postulat, że „prawo krajowe nie tylko jest dostępne i przewidywalne w stosowaniu” oraz wskazuje na konieczność skutecznej kontroli nad stosowaniem tajnych środków poprzez „zapewnienie odpowiednich i skutecznych zabezpieczeń i gwarancji przed nadużyciami” (Wyrok ETPC z 12.01.2016 r., 37138/14, SZABÓ I VISSY v. WĘGRY ). Na tle orzecznictwa ETPC wskazywano również, że ustawy krajowe powinny być uregulowane tak, aby zachować precyzję,

zrozumiałość oraz dostępność dla adresatów norm oraz klarowność zakresienia granic swobodnego uznania organów władzy publicznej. Co więcej niejednokrotnie akcentowano, że „ustawa musi w sposób jasny i precyzyjny formułować prawo do inwigilacji obywateli” (Szczechowicz 2009: 24). Przyjmuje się, że wobec braku spełnienia tego wymogu „takie przepisy można uznać za niezgodne z zasadą praworządności” (Zielińska 2017: 39). Słusznie wskazuje się, że precyzja i przewidywalność odnosi się również do kwestii wykorzystania informacji zebranych w doku niejawnych działań służb. ETPC stwierdza, że „ustawa musi wskazywać w sposób wystarczająco wyraźny zakres takiej swobody decyzyjnej przyznanej właściwym organom władzy oraz sposób jej wykonywania, z uwzględnieniem uzasadnionego prawnie celu przedmiotowego środka, tak aby jednostka uzyskała odpowiednią ochronę przed arbitralną ingerencją” (Wyrok ETPC z 4.12.2015 r., 47143/06, ZAKHAROV v. ROSJA, ). Również w orzecznictwie TK wskazuje się, że „niezbędne jest sprecyzowanie sposobu niejawnego wkroczenia w sferę prywatności jednostki”. Co więcej ustawa powinna „precyzyjnie wskazywać zakres wykorzystania danych pozyskanych w toku czynności” (Wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11).

W orzecznictwie słusznie wskazano, że stosowanie kontroli „jest jednym z najbardziej ingerencyjnych uprawnień państwa w konstytucyjnie chronione dobra obywatela, takie jak prawo do ochrony życia prywatnego – art. 47 Konstytucji, wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się – art. 49 Konstytucji, autonomia informacyjna jednostki – art. 51 Konstytucji” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29.09.2017 r., II AKa 82/17). Zauważono, że powinna być stosowana wyjątkowo oraz stosowana w ściśle określony w ustawie sposób. Ponadto zaakcentowano, że „obywatel

ma prawo wiedzieć, w jakim zakresie materiały pozyskane w wyniku takiej kontroli mogą być w stosunku do niego (przeciwko niemu) użyte” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29.09.2017 r., II AKa 82/17).

Wskazuje się, że art. 168b k.p.k nie odpowiada standardom, które nakazują, aby „ustawa dopuszczająca niejawną ingerencję organów władzy publicznej w sferę chronionych praw i wolności jednostki winna precyzyjnie określać przypadki, zakres i sposób niejawnej kontroli, a nadto wskazywać także, jakich sfer życia kontrola ta dotyczy” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29.09.2017 r., II AKa 82/17).

Z kolei w doktrynie definiuje się przewidywalność jako swego rodzaju stan osiągnięcia dostatecznie zrozumiałego prawa. Prawo jest zrozumiałe, wtedy gdy adresat kierowanej do niego normy jest w stanie z brzmienia jego treści wyinterpretować wskazówki m.in. odnoście do okoliczności i warunków, w jakich kontrola ze strony państwa może mieć względem niej zastosowanie (Szczechowicz 2009: 24).

Co prawda przepis art. 168b k.p.k jest przepisem technicznym, który reguluje procedurę wprowadzania informacji jako dowodów do procesu karnego, a nie nadaje kompetencji do jej zarządzania, jednakże z uwagi na jego wpływ na status osoby inwigilowanej nie jest on mniej ważny od przepisów gwarancyjnych w postaci zakresów stosowania kontroli operacyjnej. Stąd też ww. przewidywalność użycia środków również jest związana z postulatem przewidywalności. Zarządzenie kontroli operacyjnej jest czynnością celową, gdyż organ dąży do realizacji obranych w ustawach szczególnych celów. Mając na uwadze kluczowe znaczenie regulacji objętej art. 168b k.p.k, można stanąć na stanowisku, że precyzyjne granice wykorzystania zebranych w toku stosowania

kontroli operacyjnej informacji mieszczą się w ww. warunkach i okolicznościach jej stosowania.

### 3.3. Poglądy doktryny i orzecznictwo odnośnie treści art. 168b k.p.k

W doktrynie, poprzez analizę orzecznictwa, wskazuje się, że sądy w zależności od przyjętej wykładni art. 168b k.p.k, wykształciły trzy poglądy na temat, jak należy rozumieć sformułowanie „inne przestępstwo ścigane z urzędu”. Pierwszym z nich jest teza, że „artykuł 168b k.p.k. nie powinien być stosowany w ogóle ze względu na jego niezgodność z Konstytucją RP” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29.09.2017 r., II AKa 82/17). Drugim poglądem stojącym w opozycji do pierwszego jest teza, że „zgoda następcza z art. 168b k.p.k. dotyczyć może wszystkich przestępstw ściganych z urzędu” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 7.07.2017 r., II AKa 63/17). Poglądem niebędącym jednym ze skrajnych, jest ten, że „zgoda następcza z art. 168b k.p.k. dotyczyć może tylko przestępstw katalogowych” (Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r. I KZP 4/18).

W doktrynie trafnie ujmuje się ten problem, wskazując, że przyjęcie interpretacji opartej na zastosowaniu wykładni językowej będzie skutkowało wnioskiem, że „możliwość wykorzystania materiałów uzyskanych „przy okazji” legalnie prowadzonej kontroli operacyjnej może wykraczać poza katalog przestępstw ujętych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji” (Kurowski 2021). Z kolei przyjęcie wykładni całościowej i systemowej będzie prowadziło do wniosku, że przepis art. 168b k.p.k jest powiązany z katalogiem wskazanym w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, a więc na gruncie art. 168b k.p.k umożliwiono „wykorzystanie uzyskanego w toku kontroli operacyjnej materiału jako dowodu przestępstw co prawda innych niż

te, których dotyczyła kontrola, ale mieszczących się w katalogu” (Kurowski 2021).

W doktrynie można spotkać stanowisko, że „wbrew literalnemu brzmieniu systemowa i prokonstytucyjna wykładnia tych regulacji nakazuje uznać za niedopuszczalne korzystanie z materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej w sprawie o przestępstwa, które nie należą do tych wymienionych w art. 237 § 3 lub w katalogu ustaw branżowych” (Kulesza 2020). Wskazuje się również, że „zasadne jest przyjęcie, że art. 168b obejmuje tylko dowody przestępstw określone w katalogu przestępstw, co do których może być zarządzo- na kontrola operacyjna, a nie dotyczy dowodów przestępstw spoza tego katalogu” (Stefański, Zabłocki 2019). Twierdzi się, że „należy przychylić się do stanowiska, wedle którego użyte w art. 168b 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” (Wyrok SA w Poznaniu z 1.9.2017 r., II AKa 63/17). Powyższe wskazuje, że pogląd „kompromisowy” wykształcony przez orzecznictwo jest akceptowany.

Z goła inaczej wypowiedziano się na obrany temat, twierdząc, że „należy stwierdzić, że wykładnia językowa art. 168b k.p.k nie budzi wątpliwości”. Wskazuje się, że „zamiarem ustawodawcy było umożliwienie szerokiego wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej” i podkreśla się, że „*de lege lata* ograniczać pojęcie przestępstwa ściganego z urzędu do czynów katalogowych” (Wyrok SA w Poznaniu z 1.9.2017 r., II AKa 63/17). Jednakże tym samym nie neguje się potrzeby zmiany treści przepisu art. 168b k.p.k, stojąc na stanowisku, że „uzasadnione względy przemawiają



za zmianą tego stanu rzeczy i zawężenia zgody następczej do czynów katalogowych” (Boratyńska, Czarnecki, Królikowski i in. 2020). Powyższe pokazuje, że szereg racji wskazuje za tym, aby zastosować jednak wykładnię literalną przepisu i maksymalnie rozszerzyć możliwości dowodowe kontroli operacyjnej. Jednakże nieprecyzyjność tego przepisu prowadzi do przekonania, że konieczna jest ingerencja ustawodawcy w celu powiązania art. 168b k.p.k wprost z katalogiem przestępstw, w sprawach o które dopuszczalne jest stosowanie kontroli operacyjnej.

Za niezwykle istotną ocenia się uchwałę Sądu Najwyższego z 28.06.2018r. (Uchwała SN z 28.06.2018 r., I KZP 4/18), której warto poświęcić więcej uwagi. W uchwale użyte w art. 168b k.p.k sformułowanie „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej” wprost odniesiono do zakresu tych przestępstw, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej. Należy więc stwierdzić, że ta interpretacja sądu wskazuje kierunek interpretacji art. 168bk.p.k w taki sposób, że wykorzystanie dowodu uzyskanego w wyniku kontroli może dotyczyć wyłącznie przestępstw katalogowych (Uchwała SN z 28.06.2018 r., I KZP 4/18). Istotnie należy powiązać tę uchwałę, w której zastosowano wykładnię prokonstytucyjną, zarówno z deklarowanymi na gruncie Konstytucji RP – prawem do prywatności, zawartym w art. 47 Konstytucji RP oraz ochroną tajemnicy komunikowania się, określoną w art. 49 Konstytucji RP, jak również z przesłankami i zasadami ograniczania praw i wolności jednostki wskazanymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (Janczukowicz 2019). *Clou* tego orzeczenia oddaje teza, że „wspomniana uchwała proponuje rozwiązanie kompromisowe” (Uchwała SN z 28.06.2018 r., I KZP 4/18).



Ponadto przytacza się, że „w uzasadnieniu uchwały mocno podkreślono, że stosowanie art. 168b k.p.k. do wszystkich przestępstw ściganych z urzędu absolutnie nie da się pogodzić ani z Konstytucją RP, ani z logiką” (Janczukowicz 2019). Dodatkowo SN zauważa, że „całkowite wyeliminowanie stosowania art. 168b k.p.k. oznaczałoby nieakceptowalne osłabienie skuteczności ścigania przestępstw” (Uchwała SN z 28.06.2018 r., I KZP 4/18).

Racje wskazane w uchwale zostały dostrzeżone również przez Rzecznika Praw Obywatelskich. zasługują Na pełną aprobatę zasługują argumenty zawarte we wniosku z 29.04.2016r. ([www.rpo.gov.pl](http://www.rpo.gov.pl)). Ów wniosek wskazywał na fakt, że w literalnym brzmieniu art. 168b k.p.k i 237a k.p.k są niezgodne z art. 47, 49, 50, 51 ust. 2 Konstytucji RP w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 45 ust. 1, art. 51 ust. 4 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP. W opinii Rzecznika wprowadzone rozwiązanie, w wyniku którego prokuratorowi przyznano uprawnienie w zakresie decydowania o wykorzystaniu materiału dowodowego dotyczącego przestępstw spoza katalogu, nie spełnia standardów określonych w Konstytucji.

W wyżej przytoczonym wniosku oraz w uchwale SN opowiedziano się za ochroną prawa do prywatności, zawartego w art. 47 Konstytucji RP, ochroną tajemnicy komunikowania się, z art. 49 Konstytucji RP, za należyтым respektowaniem zasady niezbędności uzyskiwania danych o obywatelach, określonej w art. 51 ust. 2 Konstytucji RP. Ww. prawa są w istocie powiązane z zauważalnym zagrożeniem ich ograniczania, przy niespełnianiu ukonstytuowanych przesłanek z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Niezwykle istotne było powiązanie zamkniętego katalogu przestępstw z art. 19 ust. 1 Ustawy o Policji z art. 168b k.p.k.

Istotą zakresów kontroli operacyjnej jest stworzenie gwarancji dla osób inwigilowanych. Słusznie wskazuje się, że „ściśle, zamknięty, katalog umyślnych przestępstw, których podejrzenie uzasadniało zastosowanie technik operacyjno - rozpoznawczych, był wyrazem woli roztropnego ustawodawcy (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17.01.2018 r., II AKa 331/17). Ustawodawca jest bowiem świadomy, że użycie pewnych nadzwyczajnych środków, które są metodami wykrywania groźnej przestępczości, ale stanowią również ingerencję w sferę konstytucyjnych i konwencyjnych praw i wolności jednostki.

W istocie przyjęcie literalnego brzmienia przepisu i brak powiązania go z zamkniętym katalogiem najpoważniejszych, zdaniem ustawodawcy, przestępstw i uznanie, że dla zarządzenia kontroli operacyjnej konieczne jest wykazanie zagrożenia wystąpienia przestępstwa katalogowego, a dla wykorzystania informacji zebranych w toku kontroli operacyjnej nie jest to konieczne, niweczyłoby gwarancyjny charakter zakresu przedmiotowego. Słusznie zauważa się, że „taka interpretacja podważałaby sens istnienia w ustawach regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze katalogu przestępstw, co do których jest możliwe ich zarządzenie, skoro i tak mogłyby być wprowadzone do postępowania karnego dowody dotyczące każdego innego przestępstwa” (Stefański, Zabłocki 2019).

Co więcej zwraca się uwagę na inny potencjalny i zarazem negatywny aspekt, wskazując, że przyjęcie innego niż ww. rozwiązania prawnego, wiązałoby się z zagrożeniem w postaci tzw. kontroli pozornych. Na powyższe zagrożenie wskazuje się zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Twierdzi się, że przyjęcie takiego rozumienia przepisu art. 168b k.p.k „mogłoby prowadzić do nadużyć w postaci prób dopuszczenia

do procesowego wykorzystania materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej, dla której nie było prawnych podstaw, bo dotyczyła ona czynów nieskatalogowanych, a tym samym prób samodzielnego zalegalizowania przez dowolnego prokuratora efektów dowodowych takich bezprawnych ingerencji w podstawowe prawa i wolności konstytucyjne” (Gruszecka 2020). Sąd Najwyższy słusznie, od początku obowiązywania art. 168b k.p.k, dostrzegał potencjalne zagrożenie stosowania podsłuchu wobec osoby, co do której istnieją podejrzenia, że popełniła przestępstwo „pozakodeksowe” pod pozorem bezzasadnych podejrzeń o popełnienie przestępstwa katalogowego. Konsekwencjami byłoby to, że cała regulacja jest nieefektywna i zmierza do szerszego niż najmniejsze możliwe ograniczenie praw i wolności konstytucyjnych jednostki (Uchwała SN z 23.03.2011 r., I KZP 32/10).

Powyższe rozważania na temat poglądów prezentowanych przez doktrynerów prawa karnego procesowego oraz orzecznictwo prowadzą do wniosku, że art. 168bk.p.k budzi liczne wątpliwości interpretacyjne. Ponadto warto zaakcentować także to, że art. 168b k.p.k sam w sobie nie spełnia minimalnych, ogólnych kryteriów należytej precyzyjności i zrozumiałości prawa. W obecnym stanie prawnym jedynie w oparciu o poglądy doktryny i orzecznictwo, które stoją na straży zachowania gwarancji jednostki, wobec której skierowana jest ta inwazyjna czynność dowodowa, można tak naprawdę określić granice kompetencji prokuratora, przysługujących na podstawie art. 168b k.p.k, związanych z wykorzystaniem dowodów pozyskanych „przy okazji” prowadzenia kontroli operacyjnej.

#### 4. Uwagi końcowe

Powyżej opisany spór na pierwszym tle dotyczy stosowania wykładni literalnej i systemowej nieprecyzyjnego w swej treści art. 168b k.p.k. Jednakże na drugim tle tego sporu dostrzec można sedno, w postaci wciąż aktualnego konfliktu między dążeniami organów władzy publicznej do efektywnego zwalczania przestępczości za pomocą skutecznych środków pozyskiwania dowodów w celu zapewnienia bezpieczeństwa obywatelom i praw i wolności jednostki, a zagwarantowaniem jednostkom należytych gwarancji w zakresie wkraczania w ich konstytucyjnie i konwencyjnie chronioną sferę wolności i praw, w tym przypadku sferę prawa do prywatności i ochrony tajemnicy komunikowania się. W istocie oba obowiązki państwa wynikają z art. 5 Konstytucji RP i w przypadku kontroli operacyjnej nieodzownie wymagają wważenia obranych wartości.

Słusznie *clou* problemu wskazane na początku rozważań potwierdza teza, że „ingerencja czynności dowodowych w konstytucyjne i konwencyjne prawa podstawowe jednostki sprawia, że pojawia się konflikt pomiędzy interesem społecznym w realizowaniu ścigania karnego i wymiaru sprawiedliwości a interesem indywidualnym w zachowaniu wolności i praw osobistych” (Skorupka 2017).

Konflikt ten jest, tym bardziej widoczny, im zwiększają się zagrożenia przestępczością i terroryzmem we współczesnym świecie, w którym ciągle postępuje rozwój technologiczny i w którym to doskonala się formy popełniania przestępstw w sferze Internetu. Wraz ze zwiększeniem się zagrożeń ustawodawca dąży do nowelizowania inwazyjnych, a zarazem skutecznych z uwagi na ich niejawną naturę, czynności dowodowych. Nowelizacje te dotyczą w pierwszej kolejności

rozszerzania zakresów stosowania tych czynności, w szczególności zakresu przedmiotowego, który, jak wskazano powyżej, ma niezwykle szeroki charakter, gdyż umieszczono tam nie tylko szereg przestępstw z k.k i k.k.s, ale również odsyła on do szeregu ustaw szczególnych.

Jednakże na gruncie polskiego ustawodawstwa, nowelizacje doprowadziły do wprowadzenia art. 168b k.p.k, który, jak wykazały powyższe rozważania, nie spełnia podstawowych dyrektyw ugruntowanych w orzecznictwie ETPC, TK i sądów powszechnych oraz aprobowanych przez przedstawicieli doktryny.

Słusznie zauważa się, że „normatywne uregulowanie postępowania karnego i stosowanie przepisów postępowania musi być zgodne z postanowieniami Konstytucji RP, zapewniając zwłaszcza uwzględnienie podstawowych praw i gwarancji konstytucyjnych” (Skorupka 2017). Wskazany pogląd „kompromisowy” sprzyja w istocie ochronie praw i wolności jednostki i to za nim opowiadają się w większości przedstawiciele doktryny i orzecznictwa. Nie należy również negować poglądu, że „uzasadnione względy przemawiają za zmianą tego stanu rzeczy i zawężenia zgody następczej do czynów katalogowych” (Boratyńska, Czarnecki, Królikowski i in. 2020). W istocie można poprzeć pogląd, że regulacja z art. 168b k.p.k wymaga ingerencji ustawodawcy i wprost odniesienia kontrowersyjnego sformułowania „inne przestępstwo ścigane z urzędu” z zamkniętym katalogiem przestępstw, które uzasadniają zarządzenie kontroli operacyjnej. Z pewnością przyczyniłoby się to zwiększenia gwarancyjności kontroli operacyjnej względem osób, wobec których ta tajna czynność jest stosowana.

## Bibliografia

- Boratyńska K., Czarnecki P., Królikowski M. i in. (2020), *Komentarz do art. 168b k.p.k.*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa, Legalis.
- Cieślak M. (1984), *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa.
- Daniluk P. (2020), *Jeszcze raz o konstytucyjności art. 168b Kodeksu postępowania karnego (w związku z wnioskiem Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego)*, „Palestra” 2020, nr 12.
- Eichstaedt K. (2003), Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9.
- Gruszecka D. (2020), *Komentarz do art. 168b k.p.k.*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa, Legalis.
- <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/wniosek-rpo-do-TK-w-sprawie-nowelizacji-ustawy-o-policji> [dostęp: 09.04.2021].
- Janczukowicz K. (2019), *Katalog przestępstw objętych zgodą następczą z art. 168b k.p.k.*, Warszawa, LEX.
- Kosmaty P. (2008), *Podstęp komputerowy. Zarys problematyki*, „Prokurator” 2008, nr 4.
- Kosmaty P. (2008), *Podstęp pozaprosesowy (operacyjny). Czy można stosować podstęp bez zgody sądu?*, „Prokurator” 2008, nr 2–3.
- Kotowski W. (2021), *Ustawa o Policji. Komentarz*, Warszawa, LEX.
- Kulesza C. (2020), *Komentarz do art. 168b k.p.k.*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. II*, red. K. Dudka, Warszawa, LEX.
- Kurowski M. (2021), *Komentarz do art. 168b k.p.k.*, w: *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, Warszawa, LEX.
- Kusak M., Wiliński P. (2020), *Ochrona danych osobowych w ściganiu przestępstw. Standardy krajowe i unijne*, Warszawa, LEX.
- Łyżwa A., Tokarski M. (2015), *Komentarz do art. 19 Ustawy o Policji*, w: *Ustawa o Policji. Komentarz*, red. Ł. Czebotar, Z. Gądzik, A. Michałek, i in., Warszawa, LEX.

- Najman B. (2016), *Materialnoprawne warunki stosowania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych a ochrona prywatności w niemieckim procesie karnym. Perspektywa prawoporównawcza*, w: *Dowód w procesie karnym w analizie porównawczej*, red. D. Gil, Lublin.
- Rogalski M. (2019), *Kontrola i utrwalanie rozmów na podstawie kpk oraz ustaw szczególnych*, Warszawa, LEX.
- Skorupka J. (2013), *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa, LEX.
- Skorupka J. (2017), *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym*, w: *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzcyk i R. Olszewski, Warszawa, LEX.
- Stefański R. A., Zabłocki S. (2019), *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, Warszawa, LEX.
- Szczechowicz K. (2009), *Podśluch telefoniczny w polskim procesie karnym*, Olsztyn.
- Tomkiewicz M. (2016), *Stosowanie kontroli operacyjnej w toku postępowania karnego*, „Rocznik Nauk Prawnych” 2016, t. XXVI, nr 4.
- Zielińska H. (2017), *Konsekwencje braku instytucji zgody następczej w polskim procesie karnym*, „Edukacja Prawnicza” 2017, nr 3.