

MAŁGORZATA TOMKIEWICZ

## STOSOWANIE KONTROLI OPERACYJNEJ W TOKU POSTĘPOWANIA KARNEGO

### WSTĘP

Pozyskiwanie informacji poprzez niejawne formy inwigilacji dotyka materii niezmiernie wrażliwej społecznie i stanowi jedną z najbardziej drastycznych form ingerencji w wolność osobistą jednostki. Wolność ta, podobnie jak i tajemnica komunikowania się, czy szerzej: prawo do prywatności, są jednymi z najważniejszych wartości demokratycznego państwa prawa, gwarantowanymi przez Konstytucję RP<sup>1</sup> (art. 49), Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>2</sup> (art. 19), Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>3</sup> (art. 8), Powszechną Deklarację Praw Człowieka<sup>4</sup> (art. 12) oraz liczne ustawy krajowe.

Ograniczenie tych wolności dopuszczalne jest wyłącznie w wypadkach ściśle określonych w ustawach i w sposób w nich przewidziany. Ograniczenia te mogą mieć miejsce jedynie, jeśli jest to konieczne, w sytuacjach wyjątkowych, tj. dla

---

Dr MAŁGORZATA TOMKIEWICZ – sędzia Sądu Okręgowego w Olsztynie, wykładowca prawa na Wydziale Teologii Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, ul. Kard. Hozjusza 15, 11-041 Olsztyn; e-mail: margotom@wp.pl

<sup>1</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz.483 z późn. zm.

<sup>2</sup> Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych uchwalony w wyniku konferencji ONZ w Nowym Jorku, na mocy rezolucji Zgromadzenia Ogólnego nr 2200A (XXI) z 16 grudnia 1966 r. Polska Pakt ten ratyfikowała w 1977 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

<sup>3</sup> Konwencja została otwarta do podpisu 4 listopada 1950 r., weszła w życie 3 września 1953 r. Polska Pakt ten ratyfikowała 26 listopada 1991 r., a ratyfikowała ją 19 stycznia 1993 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

<sup>4</sup> Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucją 217/III A 10 grudnia 1948 r. w Paryżu.

zapewnienia ochrony wartości i dóbr istotnych z punktu widzenia ważnych interesów społecznych i państwowych. Przepisy ograniczające wolność oraz tajemnicę porozumiewania się, jako wyjątki od zasady, muszą być wykładane ściśle, bez możliwości rozszerzania ich na wypadki nimi nieobjęte.

Niejawną ingerencję władzy publicznej w konstytucyjnie chronioną wolność i tajemnicę komunikowania się dopuszczają przepisy dotyczące kontroli procesowej i operacyjnej. Każda z tych kontroli ma własną specyfikę: kontrolę operacyjną regulują przepisy pozakodeksowe zawarte w ustawach regulujących prace poszczególnych służb specjalnych natomiast kontrola procesowa zawarta jest w Kodeksie postępowania karnego<sup>5</sup>.

Kontrolę operacyjną stosuje się (co do zasady) przed, a kontrolę procesową po, wszczęciu postępowania karnego. Czy jednak moment wszczęcia postępowania karnego jest cezurą, która – w świetle obowiązujących przepisów – rzeczywiście winna determinować charakter kontroli? Czy dopuszczalne jest zarządzenie kontroli operacyjnej pomimo wszczęcia postępowania, czy też w takim układzie sytuacyjnym kontrola operacyjna staje się sprzeczna z ustawą? Jakie są wzajemne relacje pomiędzy tymi dwiema formami kontroli i czy wszystko w tej materii jest jasne i żadnych wątpliwości nie budzi?

Artykuł ten poprzez analizę przepisów dotyczących kontroli operacyjnej i procesowej zawiera próbę odpowiedzi na powyższe pytania.

## 1. KONTROLA PROCESOWA A KONTROLA OPERACYJNA: PODOBIENSTWA I RÓŻNICE

**Kontrolę procesową**<sup>6</sup> reguluje rozdział 26 Kodeksu postępowania karnego. Zgodnie z art. 237 k.p.k., po wszczęciu postępowania karnego sąd na wniosek prokuratora może zarządzić kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa (§ 1). W wypadkach niecierpiących zwłoki, kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych może zarządzić prokurator, który obowiązany jest zwrócić się w terminie 3 dni do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku

---

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz. U z 2016 r., poz. 1749 z późn. zm. [dalej cyt.: k.p.k].

<sup>6</sup> Szerzej na temat specyfiki kontroli procesowej i operacyjnej zob.: M. TOMKIEWICZ, *Kontrola procesowa i operacyjna a ochrona praw podmiotowych osoby inwigilowanej w Polsce*, „Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja” 2015, t. 25, s. 7-26.

w terminie 5 dni na posiedzeniu bez udziału stron (§ 2). Przepisy te stosuje się odpowiednio do utrwalania przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną (art. 241).

Art. 237 § 3 k.p.k. enumeratywnie wymienia przestępstwa, w przypadku których kontrola może być zarządzona. Ustawodawca nie wskazuje wprawdzie kwalifikacji prawnej tych czynów, lecz przedstawia je w sposób opisowy (co niekiedy może rodzić pewne pytania<sup>7</sup>), jednakże nie ulega wątpliwości, że katalog ten ma charakter zamknięty. W kontroli procesowej ustawodawca precyzuje również, iż stosowanie podsłuchu rozmów i informacji, o których w tym rozdziale mowa, dotyczy takich form komunikacji, które są przekazywane za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej, tj. przez przewody, systemy radiowe, optyczne lub jakiegokolwiek inne urządzenia wykorzystujące energię elektromagnetyczną<sup>8</sup>.

Kontrola i utrwalanie treści rozmów są dopuszczalne w stosunku do 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 z grożącym przestępstwem (art. 237 § 4). Kontrola ta winna być zakończona niezwłocznie po ustaniu przyczyn, które legły u podstaw jej zarządzenia, najpóźniej jednak z upływem okresu, na który została wprowadzona. Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych mogą być wprowadzone najwyżej na okres 3 miesiące, z możliwością przedłużenia, w szczególnie uzasadnionym wypadku, na okres najwyżej dalszych 3 miesięcy (art. 238 § 1 i 2).

**Kontrola operacyjna** polega 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) uzyski-

---

<sup>7</sup> Wątpliwość taka dotyczy m.in. wskazanego w art. 237 § 3 pkt 1 k.p.k. „zabójstwa”. Nie jest do końca jasne, czy regulację określoną w analizowanym przepisie można zastosować jedynie do zbrodni określonych w art. 148 Kodeksu karnego czy również do przestępstw, o których mowa w jego art. 149-150 (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. z 2016 r., poz. 1137 z późn. zm.).

<sup>8</sup> TOMKIEWICZ, *Kontrola procesowa i operacyjna*, s.12.

waniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek<sup>9</sup>. W założeniu ma ona charakter subsydiarny co oznacza, że może być zarządzona tylko wówczas, jeśli inne stosowane dotąd środki okazały się bezskuteczne, ewentualnie ich wykorzystanie nie będzie przydatne<sup>10</sup>.

Na prowadzenie kontroli operacyjnej zezwala się w Polsce następującym służbom: Policji – na podstawie art. 19 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Straży Granicznej – na podstawie art. 9e ustawy z 12 października 1990 r. o Straży Granicznej<sup>11</sup>, Wywiadowi Skarbowemu – na podstawie art. 36c ustawy z 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej<sup>12</sup>, Żandarmerii Wojskowej – na podstawie art. 31 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych<sup>13</sup>, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu – na podstawie art. 27 ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu<sup>14</sup>, Służbie Wywiadu Wojskowego i Służbie Kontrwywiadu Wojskowego – na podstawie art. 31 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego<sup>15</sup>, Centralnemu Biuru Antykorupcyjnemu – na podstawie art. 17 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym<sup>16</sup>.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji (i innymi analogicznymi przepisami zawartymi w wymienionych ustawach branżowych), zarządzenie kontroli operacyjnej następuje w wyniku postanowienia sądu okręgowego, wydawanego na piśmie wniosek stosownych podmiotów (w przypadku ustawy o Policji: Komendanta Głównego Policji, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji). W przypadku wniosków składanych przez

---

<sup>9</sup> Art. 19 ust. 6 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2015 r., poz. 355 z późn. zm.), w brzmieniu nadanym art. 1 pkt 6 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 147; ustawa nowelizująca weszła w życie 7 lutego 2016 r.).

<sup>10</sup> TOMKIEWICZ, *Kontrola procesowa i operacyjna*, s. 10.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz. U. z 2016 r., poz. 1643 z późn. zm.

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, Dz. U. z 2016 r., poz. 720 z późn. zm.

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz. U. z 2016 r., poz. 1483 z późn. zm.

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, Dz. U. z 2016 r., poz. 1897 z późn. zm.

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz. U. z 2016 r., poz. 1318 z późn. zm.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. z 2016 r., poz. 1310 z późn. zm.

wywiad skarbowy, CBA, ABW i AW sądem właściwym jest Sąd Okręgowy w Warszawie, natomiast w przypadku procedur inicjowanych przez organy ŻW i SKW wnioski rozpatrywane są w ramach właściwych struktur wojskowego wymiaru sprawiedliwości.

W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji (w przypadku pozostałych służb osoby w tych ustawach wskazane) lub komendant wojewódzki Policji może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, organ zarządzający wstrzymuje kontrolę oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące, jednakże sąd okręgowy może, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, jeżeli nie ustały przyczyny tej kontroli, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, również po upływie okresów, o których mowa wyżej, wydawać kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, których łączna długość nie może przekraczać 12 miesięcy<sup>17</sup>.

Obie z przedstawionych form niejawnnej inwigilacji wykazują szereg podobieństw, jednakże istnieją pomiędzy nimi również zasadnicze różnice, które dotyczą trzech kluczowych aspektów: przedmiotu kontroli, obowiązku informacyjnego oraz zakresu wykorzystania (niszczenia) materiałów uzyskanych w wyniku kontroli.

Zakresy przedmiotowe obu kontroli w pewnej mierze pokrywają się, jednakże kontrola operacyjna jest zdecydowanie szersza niż kontrola procesowa: kontrolę operacyjną stosować można również m.in. w przypadku przestępstw ściganych na mocy umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną

---

<sup>17</sup> Art. 19 ust. 9 ustawy o Policji, w brzmieniu obowiązującym od dnia 7 lutego 2016 r.

w ustawie, określonych w polskiej ustawie karnej<sup>18</sup>. W kontroli procesowej ustawodawca wyraźnie też określił jej ramy przedmiotowe oraz wskazał rodzaj danych, które w podsłuchu procesowym można pozyskiwać. W kontroli operacyjnej nie skonkretyzował natomiast bliżej ani z jakich środków technicznych mogą korzystać służby w celu zdobycia informacji i dowodów, ani nie sprecyzował, o jakie informacje i dowody chodzi. W przypadku kontroli operacyjnej służby mają nieograniczony katalog możliwych do zastosowania bliżej niezidentyfikowanych środków technicznych. Kontrola ta może obejmować m.in. transmisje teleinformatyczne, sieć telekomunikacyjną, rozmowy w pomieszczeniach i na wolnej przestrzeni, przejmowanie danych komputerowych za pomocą analizy tzw. ulotu elektromagnetycznego, stosowanie pluskiew czy podsłuchu nasobnego<sup>19</sup>. Kontrolę tę można prowadzić za pomocą mikrofonów kierunkowych albo akustycznych konwerterów bądź nośników interferencyjnych, które rejestrują drgania szyb okiennych wywołane przez fale dźwiękowe i ponownie przetwarzają je w sygnały akustyczne<sup>20</sup>.

W przypadku kontroli procesowej, na organach stosujących kontrolę spoczywa ustawowy obowiązek poinformowania o tym fakcie osoby, której kontrola ta dotyczyła, przy czym, zgodnie z art. 240 k.p.k, postanowienia dotyczące kontroli i utrwalania rozmów podlegają zaskarżeniu. Prawo do wniesienia zażalenia przysługuje nie tylko osobie podejrzanej czy oskarżonemu, ale każdej osobie, której kontrola ta dotyczyła. W zażaleniu skarżący może domagać się zbadania zasadności oraz legalności przeprowadzonej kontroli.

Żaden obowiązek informacyjny nie spoczywa natomiast na służbach stosujących kontrolę operacyjną. Jeśli w wyniku stosowanej kontroli pozyskano materiały zawierające dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania, podejrzany ma co najwyżej możliwość zapoznania się z nimi w ramach zaznajamiania się z materiałami postępowania (art. 321 k.p.k). Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 grudnia 2005 r.<sup>21</sup>, czyniąc rozważania na tle art. 19 ust. 16 ustawy o Policji<sup>22</sup>, wprost stwierdził, że

<sup>18</sup> Art. 19 ust. 1 pkt 8 ustawy o Policji, w brzmieniu obowiązującym od dnia 7 lutego 2016 r.

<sup>19</sup> P. KOSMATY, *Podsłuch procesowy – zamierająca instytucja walki z przestępczością*, „Prokurator” 2009, nr 2, s. 19.

<sup>20</sup> M. CHRABKOWSKI, *Zgodność z prawem instalacji urządzeń podsłuchowych w mieszkaniu*, „Palestra” 2013, nr 3-4, s. 111.

<sup>21</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005, sygn. akt K 32/04, OTK z 2005 r. Nr 1/IA, poz. 132.

<sup>22</sup> Przepis ten stanowi, iż osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania kontroli. Przepis ten nie narusza jednak uprawnień wynikających z art. 321 k.p.k.

po odpadnięciu celu kontroli operacyjnej otwiera się wprawdzie dla inwigilowanego możliwość wglądu w zebrane materiały, jednakże nie oznacza to, że istnieje pozytywny obowiązek informowania osoby poddanej działaniom operacyjnym, przez Policję, z jej własnej inicjatywy, o prowadzeniu kontroli operacyjnej<sup>23</sup>.

Jeśli w wyniku stosowania kontroli pozyskano materiały zawierające dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania, materiałom tym nadawany jest dalszy bieg procesowy. Zasada ta obowiązuje zarówno w kontroli procesowej, jak i kontroli operacyjnej. Jeśli jednakże kontrola nie dostarczyła materiałów tego typu, los owych materiałów jest różny w zależności od tego, czy chodzi o materiały pozyskane w kontroli procesowej, czy operacyjnej.

W przypadku kontroli procesowej zapisy, które nie mają znaczenia dla toczącego się postępowania podlegają zniszczeniu. Jeśli są to materiały, które w całości nie mają znaczenia dla postępowania karnego, po zakończeniu kontroli prokurator wnosi o zarządzenie zniszczenia wszystkich utrwalonych zapisów (art. 238 § 3 k.p.k.). O zniszczeniu orzeka sąd i czyni to niezwłocznie, na posiedzeniu bez udziału stron (art. 238 § 3 k.p.k.). W sytuacji natomiast, jeśli tylko część materiałów nie ma znaczenia dla postępowania, w którym zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych i jednocześnie materiały te nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 237a k.p.k, prokurator po zakończeniu postępowania przygotowawczego wnosi o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów w odpowiedniej części (art. 238 § 4 k.p.k.). Również w tym przypadku o zniszczeniu materiałów orzeka sąd, z tym, że czyni to na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony. Z wnioskiem o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów (lecz nie wcześniej niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego) może wystąpić także sam podejrzany, oskarżony, pokrzywdzony lub inna osoba wskazana w art. 237 § 4 k.p.k, wobec której kontrolę zarządzono. Także i w tym przypadku, w przedmiocie wniosku orzeka sąd, na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony oraz wnioskodawca (art. 238 § 5 k.p.k.).

Zasady powyższe nie obowiązują w przypadku analogicznych materiałów pozyskanych w wyniku kontroli operacyjnej. Stosownie do art. 19 ust. 17 ustawy o Policji oraz art. 31 ust. 18 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, materiały takie przechowuje się po zakończeniu kontroli przez okres 2 miesięcy i dopiero wówczas dokonuje się ich protokolarnego, komisyjnego zniszczenia. Zgodnie natomiast z art. 9e ust. 18 ustawy o Straży Granicznej, art. 17 ust. 16 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, art. 27 ust. 16

---

<sup>23</sup> TOMKIEWICZ, *Kontrola operacyjna i procesowa*, s. 17.

ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 15 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz art. 36d ust. 3 ustawy o kontroli skarbowej, materiały nie zawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego (lub istotne dla bezpieczeństwa państwa) podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu po zakończeniu kontroli operacyjnej. O tym jednakże, czy pozyskane materiały są materiałami dającymi podstawę do wszczęcia postępowania karnego lub mającymi znaczenie dla tegoż postępowania, czy też nie – decydują same służby. To one też określają, co należy zniszczyć i same też czynności tej dokonują. Ani sąd, ani prokurator, ani tym bardziej osoby, których materiały te dotyczyły, żadnych uprawnień nadzorczych w tej kwestii nie posiadają<sup>24</sup>.

## 2. KONTROLA OPERACYJNA A POSTĘPOWANIE KARNE

To, czy kontrolę operacyjną można stosować po wszczęciu postępowania karnego, nie zostało jak dotychczas rozstrzygnięte w sposób jednoznaczny. Ustawodawca kwestii tej wyraźnie nie określił, a obowiązujące przepisy nie są w tej mierze klarowne. W literaturze przedmiotu poglądy w odniesieniu do tego zagadnienia są podzielone, choć większość przedstawicieli doktryny taką możliwość dopuszcza.

Według T. Grzegorzcyka, zawarta w wymienionych wyżej ustawach branżowych regulacja wskazująca, iż w wyniku kontroli operacyjnej można pozyskać „dowody mające znaczenie dla toczącego się postępowania” prowadzi do wniosku, że kontrola operacyjna może być prowadzona nie tylko przed procesem, ale także i w trakcie wszczętego już postępowania karnego<sup>25</sup>. Możliwość prowadzenia kontroli operacyjnej w trakcie postępowania karnego dopuszcza również m.in. S. Hoc<sup>26</sup>, K. Boratyńska<sup>27</sup>, D. Kaczorkiewicz<sup>28</sup>, E. Gruza i A. Rasz<sup>29</sup>. Według

<sup>24</sup> Tamże, s. 22.

<sup>25</sup> T. GRZEGORCZYK, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1-467*, Lex 2014, komentarz do art. 237, teza 20.

<sup>26</sup> S. HOC, *Refleksje na marginesie art. 10 Ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, nr 3, s. 31-39.

<sup>27</sup> K. BORATYŃSKA, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business 2012, s. 180-183.

<sup>28</sup> D. KACZORKIEWICZ, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze w postępowaniu karnym*, [w:] *Funkcje procesu: księga jubileuszowa profesora Janusza Tylmana*, red. T. Grzegorzcyk, Warszawa: Wolters Kluwer 2011, s. 209-220.

<sup>29</sup> E. GRUZA, A. RASZ, *Procesowo-kryminalistyczne aspekty podsłuchu*, „Studia Iuridica” 2006, nr 46, s. 114-117.



K. Eichstaeda<sup>30</sup>, istnieje prawna możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej w trakcie trwania postępowania karnego, jednakże tylko w postępowaniu przygotowawczym. W postępowaniu sądowym, w którym to sąd jest gospodarzem toczącego się postępowania, możliwość stosowania wymienionej kontroli należy wykluczyć. Zdaniem natomiast A. Taracha, możliwe jest prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych równoległe z postępowaniem przygotowawczym, jednakże tylko w jego fazie *in rem*. W fazie *in personam* jest to wykluczone, gdyż wówczas zbieranie dowodów winno następować tylko w trybie procesowym<sup>31</sup>. Według M. Klejnowskiej, jeżeli czynności operacyjne polegające na stosowaniu podsłuchu w ramach systemu telekomunikacyjnego nie mają swojego odpowiednika wśród czynności odnoszących się do stosowania podsłuchu procesowego w sprawach o przestępstwa wskazane w art. 237 § 3 k.p.k., to mogą być podejmowane po wszczęciu postępowania karnego<sup>32</sup>. Zdaniem natomiast D. Szumiło-Kulczyckiej<sup>33</sup>, w omawianej materii istnieje wyraźna niekonsekwencja ustawodawcy. Nie ma jednakże przeszkód do zarządzenia kontroli operacyjnej w trakcie toczącego się już o dane przestępstwo postępowania karnego i to zarówno w fazie *in rem*, jak i *in personam*. Wyjątek dotyczy tylko kontroli wnioskowanej przez organy CBA, gdyż art. 17 ust. 4 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym wyraźnie stanowi, że zastosowanie kontroli operacyjnej wobec osoby, która jest podejrzaną lub oskarżoną w postępowaniu karnym możliwe jest, ale tylko w sprawie o inne przestępstwo.

Możliwość zarządzenia kontroli po wszczęciu postępowania karnego wyklucza P. Tomaszewski<sup>34</sup> i R.A. Stefański<sup>35</sup>.

Odnosząc się do powyższego dyskursu, na wstępie zauważyć należy, iż odpowiedź na pytanie postawione powyżej jest bardziej złożona, niż *prima facie* wydawać by się mogło. Przede wszystkim, wyróżnić tu trzeba dwie zasadniczo odmiennie sytuacje faktyczno-prawne, które w analizowanej materii mogą mieć miejsce: 1) sytuację, gdy wobec osoby, co do której wniesiono wniosek o zarzą-

<sup>30</sup> K. EICHSTAED, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9, s. 46.

<sup>31</sup> A. TARACHA, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej 2006, s. 211-216.

<sup>32</sup> M. KLEJNOWSKA, *Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 96.

<sup>33</sup> D. SZUMIŁO-KULCZYCKA, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa: LexisNexis 2012, s. 180-183.

<sup>34</sup> P. TOMASZEWSKI, *Uwagi do artykułu Refleksje na marginesie art. 10 Ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, nr 3, s. 39-45.

<sup>35</sup> R.A. STEFAŃSKI, *Komentarz do art. 237, [w:] Kodeks Postępowania karnego-komentarz*, red. Z. Gostyński, Warszawa: Dom Wydawniczy ABC 1998, s. 602.

dzenie kontroli operacyjnej, toczy się już postępowanie karne jednakże o czyn inny, niż ten którego dotyczy postulowana kontrola operacyjna; 2) sytuację gdy złożony wniosek o zarządzanie kontroli operacyjnej dotyczy czynu, w przedmiocie którego postępowanie karne już wszczęto.

W pierwszym przypadku, trudno znaleźć poważne racje, które miałyby wykluczać możliwość stosowania kontroli operacyjnej w trakcie toczącego się postępowania. Jeśli dana osoba stoi pod zarzutem, np. obrotu środkami odurzającymi zaś wniosek o zarządzanie kontroli operacyjnej miałby dotyczyć przestępstwa zabójstwa, to brak jest racjonalnych argumentów, które mogłyby uzasadnić odmowę zarządzania kontroli operacyjnej w sprawie o zabójstwo. Fakt, iż osoba, której dotyczy wniosek, ma status podejrzanego czy oskarżonego w innej sprawie (lub sprawach), sam w sobie nie jest przeszkodą, która mogłaby co do zasady wykluczyć kontrolę operacyjną. Przeszkodą nie jest również ewentualne istnienie kontroli procesowej w sprawie o ów „czyn inny”. Istnienie podsłuchu procesowego nie stanowi bowiem formalnej przeszkody, która mogłaby uniemożliwić zastosowanie kontroli operacyjnej, zaś równoległe istnienie obu kontroli – przy wielości i różnorodności podmiotów, które mogą dokonywać inwigilacji – nie jest w praktyce zjawiskiem odosobnionym<sup>36</sup>.

Bardziej skomplikowana jest analiza przypadku drugiego. Ustawodawca polski nie wykluczył *expressis verbis* możliwości stosowania kontroli operacyjnej w sytuacji, gdy w danej sprawie toczy się już postępowanie. Okoliczność ta niczego jednak w sposób pewny nie rozstrzyga. Brak takiego zakazu nie oznacza bowiem – jak wydaje się – automatycznego przyzwolenia na stosowanie kontroli operacyjnej równoległe do toczącego się procesu.

Tezy takiej, wbrew pozorom, nie można w sposób pewny wywieść z treści art. 19 ust. 15 ustawy o Policji (i innych ustaw branżowych), w którym jest mowa o przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla **toczącego się** [wyróżnienie – M.T.] postępowania karnego. Z regulacji tej, jak również z faktu, że kontrola operacyjna może być stosowana wobec „osoby podejrzananej” (art. 19 ust. 5), nie wynika bynajmniej, że ustawodawca w ten sposób dopuścił możliwość stosowania „szeroką ławą” kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym i że całkowicie zgadza się na zastępo-

---

<sup>36</sup> Nakładanie się na siebie kompetencji poszczególnych służb operacyjnych (zwłaszcza w przypadku przestępstw skarbowych o określonej wartości uszczuplenia lub narażenia) nierzadko prowadzi do sytuacji, w których decyzje w przedmiocie zarządzania czy przedłużania kontroli operacyjnej wobec tej samej osoby wydawane są w różnych okresach, przez różne sądy (szerzej zob. M. TOMKIEWICZ, *Podsłuchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 4, s. 161).

wanie metod procesowych metodami operacyjnymi. Z równą dozą prawdopodobieństwa uznać można, że z powyższego wynika co najwyżej, że w pewnych przypadkach taka sytuacja może się zdarzyć i to właśnie – jak wydaje się – takie szczególne sytuacje przepisy te regulują.

Do przypadku zbiegu kontroli operacyjnej z postępowaniem karnym może dojść wówczas, gdy postępowanie przygotowawcze o dany czyn zostanie wszczęte w trakcie trwania kontroli operacyjnej, która tego czynu dotyczyła. Może zdarzyć się i tak, że w trakcie kontroli operacyjnej stosowanej wobec osoby, która w sprawie o inny czyn ma status podejrzanego lub oskarżonego, pozyskane zostaną materiały przydatne w tej „innej” sprawie. Wskazany art. 19 ust. 15 daje wówczas możliwość dokonania transferu dowodów z kontroli operacyjnej do toczącego się postępowania karnego<sup>37</sup>, o ile postępowanie to dotyczy czynu wymienionego w katalogu zawartym w art. 19 ust. 1 tej ustawy<sup>38</sup>. Na marginesie podkreślić należy, iż w przypadku pozyskania w trakcie stosowania kontroli operacyjnej dowodów mogących mieć znaczenie „dla toczącego się postępowania”, dowody te należy przekazać prokuratorowi okręgowemu właściwemu dla kontroli operacyjnej, nie zaś organowi prowadzącemu owo postępowanie karne. Okoliczność ta zdaje się prowadzić do wniosku, że wskazane wyżej sformułowanie zawarte w treści art. 19 ust. 15 wcale nie musi oznaczać, iż ustawodawca zezwala na prowadzenie kontroli operacyjnej po wszczęciu postępowania<sup>39</sup>.

Problemem, który niejako dodatkowo wyłania się na kanwie powyższych rozważań jest to, czy dopuszczalne jest stosowanie kontroli operacyjnej w trakcie trwającego postępowania z tego względu, że w sprawie zachodzi konieczność zastosowania innej formy inwigilacji niż określone w art. 237 § 1 k.p.k. i art. 241 k.p.k. Taką możliwość, jak wydaje się, należałoby wykluczyć. Skoro bowiem ustawodawca wyraźnie odmiennie uregulował zakres czynności, które są dopuszczalne w każdej z tych kontroli i równie wyraźnie określił, iż po wszczęciu postępowania karnego kontrola procesowa jest zdecydowanie bardziej okrojona w porównaniu z kontrolą operacyjną, to takie „uzupełniające” stosowanie pewnych czynności operacyjnych, zacierałoby różnicę pomiędzy specyfiką obu tych kontroli. Z tych samych względów można mieć wątpliwość, czy dopuszczalne byłoby uzasadnianie zarządzenia kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym tym, że przestępstwo, którego dotyczy wszczęte postępowanie karne nie należy do katalogu wymienionego w art. 237 § 3 k.p.k., jednakże mieści się w art. 19 ust. 1 usta-

<sup>37</sup> Tak też SZUMIŁO-KULCZYCKA, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze*, s. 181.

<sup>38</sup> Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt IKZP 6/2007, OSNKW z 2007 r. Nr 5, poz. 37.

<sup>39</sup> Tak też KLEJNOWSKA, *Podstuch operacyjny*, s. 106.

wy o Policji i analogicznych przepisach ustaw branżowych (tak jest np. w przypadku przestępstw określonych w art. 20 ustawy z 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów). Również i w tym przypadku odpowiedź twierdząca stawiałaby pod znakiem zapytania racjonalność ustawodawcy, który dla każdej z wymienionych kontroli przyporządkował własny, zamknięty katalog przestępstw.

Inne trudności wiążą się z problemem oceny „tożsamości czynu”, tj. tego, czy czyn objęty toczącym się postępowaniem oraz czyn, którego dotyczy wnioski o zarządzanie kontroli operacyjnej są czynami „innymi”, czy czynem tym samym. Trudności weryfikacyjne polegają na tym, że wniosek o zarządzanie kontroli operacyjnej nie zawiera w swym *petitum* (w odróżnieniu od postanowienia o wszczęciu dochodzenia lub śledztwa) opisu zdarzenia, którego dotyczy, a jedynie jego kwalifikację. W praktyce spotkać można w związku z tym przypadki, iż czyn wskazany we wniosku o kontrolę operacyjną różni się od tego zawartego w postanowieniu o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia jedynie tym, że kwalifikacja prawna wskazana we wspomnianym wniosku bywa „wzbogacana” o przepis dodatkowy. W przekonaniu służb, redakcja taka wystarczająco uzasadnia tezę, że wniosek dotyczy już innego czynu, a zatem nie ma przeszkód, które uniemożliwiałyby zastosowanie kontroli operacyjnej.

Nie wchodząc w całą głębię zagadnienia związanego z problematyką tożsamości czynu<sup>40</sup> oraz nie popadając w nadmierną kazuistykę, dość powiedzieć, że teza powyższa jest co najmniej wątpliwa, a to dlatego, że ustalanie wspomnianej „tożsamości czynu” jedynie w oparciu o kryterium kwalifikacji jest nadmiernym uproszczeniem. To, że pomiędzy kwalifikacją prawną czynu objętego wszczętym śledztwem czy dochodzeniem a kwalifikacją wskazaną we wniosku o kontrolę operacyjną mogą zachodzić pewne różnice, nie oznacza jeszcze, że kontrola i toczące się postępowanie dotyczą czynów różnych. Samo „wzbogacenie” kwalifikacji nie zmienia tego, że pod względem podmiotowo-przedmiotowym w sprawie wciąż będzie chodziło o czyn ten sam. Postulowana kontrola nie dotyczy w takim przypadku innego zdarzenia faktycznego (historycznego), a jedynie wskazuje na

---

<sup>40</sup> Szerzej zob. m.in. J. MAJEWSKI, „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, [w:] *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa 2006, s. 39-65; J. BAFIA, *Zmiana kwalifikacji prawnej czynu w procesie karnym*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1964; M. ROGALSKI, *Powaga rzeczy osądzonej w procesie karnym*, Kraków: Zakamycze 2005; P. KARDAS, *Res iudicata a konstrukcja czynu ciągłego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, nr 2, s. 82; M. CIEŚLAK, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe 1984; A. PILCH, *Kryteria tożsamości czynu*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12, s. 48-70.

jego nieco szerszą ocenę prawnokarną. W takim przypadku, podsłuch winien mieć formę podsłuchu procesowego, nie zaś operacyjnego.

Jeszcze inna wątpliwość wiąże się z tym, jak należy rozumieć – w analizowanym kontekście – pojęcie „po wszczęciu postępowania”, tj. którą z wymienionych kontroli należałoby stosować w przypadku czynności sprawdzających (art. 307 k.p.k.) oraz dochodzenia w niezbędnym zakresie (art. 308 k.p.k.). Możliwość stosowania kontroli procesowej zarówno w odniesieniu do czynności sprawdzających, jak i czynności w niezbędnym zakresie, wykluczył S. Hala<sup>41</sup> i B. Kurzępa<sup>42</sup>. Zdaniem natomiast K. Marszała<sup>43</sup>, T. Grzegorzcyka, W. Osieckiego<sup>44</sup>, R.A. Stefańskiego<sup>45</sup>, K. Dudki<sup>46</sup>, M. Błońskiego<sup>47</sup>, zarządzenie podsłuchu procesowego w ramach prowadzonego dochodzenia w niezbędnym zakresie jest dopuszczalne, natomiast nie jest dopuszczalne zarządzenie takiego podsłuchu w ramach czynności sprawdzających, ponieważ nie mają one charakteru procesowego.

Bardziej przekonujący ze względów formalnych wydaje się drugi z zaprezentowanych poglądów. Dokonanie czynności procesowych w trybie przewidzianym w art. 308 k.p.k. jest bowiem jednoznaczne ze wszczęciem postępowania karnego, a wymownym tego dowodem jest fakt, iż w przypadku ewentualnego stwierdzenia braku podstaw do dalszego działania organ procesowy wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, nie zaś o odmowie jego wszczęcia<sup>48</sup>. W praktyce jednakże, sąd, któremu w takim układzie sytuacyjnym przyszłoby rozpoznać ewentualny wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej i tak *de facto* w zasadzie nie ma realnych możliwości oceny postulowanego trybu kontroli.

Pozostając przy kwestii związanej ze wszczęciem postępowania pewne zastrzeżenia budzić może również wskazany wyżej pogląd, iż kontrola operacyjna

---

<sup>41</sup> S. HALA, *Dowód z kontroli i rejestracji rozmów telefonicznych – aspekty praktyczne i teoretyczne*, „Problemy Praworządności” 1989, nr 1, s. 39.

<sup>42</sup> B. KURZĘPA, *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych według kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 3, s. 84-85.

<sup>43</sup> K. MARSZAŁ, *Podsłuch w polskim procesie karnym de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Problemy nauk penalnych: prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego 1996, s. 345-355.

<sup>44</sup> W. OSIECKI, *Kontrola rozmów telefonicznych w ustawodawstwie polskim*, „Nowe Prawo” 1987, nr 9, s. 12-23.

<sup>45</sup> STEFAŃSKI, *Komentarz do art. 237*, s. 601.

<sup>46</sup> K. DUDKA, *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1991 r.*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 7-8, s. 127-143.

<sup>47</sup> M. BŁOŃSKI, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy podsłuchu procesowego*, „Palestra” 2012, nr 7-8, s. 82-90.

<sup>48</sup> Tak też m.in. M. KOWALSKI, *Czynności w niezbędnym zakresie w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 1, s. 33-48.

może być stosowana równolegle z toczącym się postępowaniem, gdy jest ono w fazie *in rem*, natomiast nie jest dopuszczalna w fazie *in personam*.

Zgodnie z art. 237 § 1 k.p.k. kontrolę procesową stosuje się po wszczęciu postępowania. Używając sformułowania „po wszczęciu postępowania” ustawodawca terminu tego w żaden sposób nie zawęził. Mając zatem na uwadze chociażby zasady wykładni językowej trudno znaleźć argumenty, które miałyby wyjaśnić, dlaczego pomimo tego, że postępowanie zostało już wszczęte i znajduje się w fazie *in rem* (a zatem zachodzą przesłanki określone w wymienionym art. 237 § 1 k.p.k.), kontrola mimo wszystko winna być kontrolą operacyjną, nie zaś procesową. Na marginesie nadmienić należy, iż wykluczenie możliwości stosowania kontroli operacyjnej dopiero od momentu, gdy postępowanie wejdzie w fazę *in personam*, jest nieprzekonujące również z tego względu, że kontrola operacyjna może być zarządzona również wobec osoby, której personalia nie są znane<sup>49</sup>. W takim przypadku, skoro zarządzając kontrolę operacyjną nie wiadomo jeszcze bliżej kogo kontrola ta dotyczy, to zweryfikowanie, czy w odniesieniu do tej osoby postępowanie nie weszło w fazę *in personam*, z oczywistych względów jest niemożliwe.

Zagadnieniem niejasnym jest również to, którą procedurę, tj. czy kontrolę operacyjną czy procesową, należałoby zastosować w przypadku konieczności zapobieżenia popełnieniu przestępstwa, tj. w sytuacji, gdy organa ścigania powezmą informację, iż podejrzany, wobec którego wszczęto postępowanie (np. o rozbój), planuje dokonanie innego przestępstwa (np. zabójstwa). W opisanym przypadku, czyn któremu należy zapobiec (zabójstwo), wymieniony jest zarówno w katalogu art. 237 § 3 k.p.k., jak i art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, zaś zapobieganie przestępstwom mieści się w celach zarówno kontroli operacyjnej, jak i procesowej. Zauważyć też należy, iż art. 237 § 1 k.p.k. stanowiąc o zapobieżeniu popełnienia nowego przestępstwa, nie określa, iż ma to być przestępstwo związane przedmiotowo z czynem, o który toczy się postępowanie. Na podstawie obowiązujących przepisów jednoznaczne rozstrzygnięcie wskazanego problemu nie jest łatwe.

Nie jest wreszcie w pełni jasne i to, czy zastosowanie kontroli operacyjnej zamiast kontroli procesowej powoduje, iż kontrola taka staje się kontrolą sprzeczną z prawem, a co za tym idzie – czy pozyskane w jej wyniku dowody winny podlegać eliminacji.

---

<sup>49</sup> Jeżeli osoby, wobec której ma być zastosowana kontrola nie można określić imiennie, to należy ją wskazać co najmniej jako dysponenta określonego urzędnika służącego do komunikacji osobistej oraz sam nośnik informacji służący do rozmów, jakie mają jej podlegać, zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2008 r., sygn. akt V KK 195/08, LEX nr 482213.

Trybunał Konstytucyjny w przywołanym wyroku z 12 grudnia 2005 r. stwierdził, iż nie mogą być wprowadzone do procesu i stanowić materiału dowodowego dowody, które uzyskano w toku pozaprocesowego podsłuchu telefonicznego przeprowadzonego w sposób niezgodny z ustawą. Tezę tę orzecznictwo Sądu Najwyższego rozszerzyło na wszystkie czynności operacyjno-rozpoznawcze stanowiąc, że niezachowanie ustawowych warunków dopuszczalności przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych uniemożliwia wykorzystanie uzyskanego w ich trakcie materiału dowodowego w procesie karnym<sup>50</sup>.

Przenosząc te uwagi na grunt analizowanego problemu stwierdzić należy, iż z pozoru wydawać by się mogło, że skoro kontrola operacyjna przeprowadzona w omawianej sytuacji nie narusza wymogów określonych w ustawie, która wymogi te statuuje, to taka kontrola nie jest sprzeczna z ustawą. Problem jednakże w tym, że badając prawidłowość kontroli operacyjnej nie sposób czynić tego – jak wydaje się – w oderwaniu od warunków jej dopuszczalności wynikających pośrednio również z przepisów k.p.k. Jeśliby więc uznać, że po wszczęciu postępowania karnego stosowanie kontroli operacyjnej w odniesieniu do czynu objętego tym postępowaniem jest niedopuszczalne, to tym samym uznać należałoby, że kontrola operacyjna w takim przypadku była kontrolą sprzeczną z ustawą, tj. k.p.k.

Inną kwestią jest to, czy dowody pozyskane w wyniku takiej kontroli winny podlegać eliminacji. Ani ustawodawca ani judykatura jak dotychczas nie określili, co należy rozumieć pod pojęciem „podsłuch sprzeczny z ustawą”. Nie jest więc jasne, czy pod pojęciem tym należy rozumieć taką inwigilację, która narusza przepisy ustawowe w jakimkolwiek stopniu czy też termin ten należałoby odnosić jedynie do takich przypadków, w których sprzeczność z ustawą dotyczyła kwestii dla tej kontroli istotnych. Teza, iż każda wadliwość podsłuchu (kontroli operacyjnej), bez względu na jej charakter i stopień sprzeczności z ustawą, zawsze winna skutkować eliminacją dowodów, wydaje się być tezą zbyt daleko idącą.

## WNIOSKI

Ustawodawca wyraźnie odmiennie uregulował sytuację prawną osób inwigilowanych w trybie procesowym i w trybie pozaprocesowym, przy czym to kontrola procesowa daje większe gwarancje ochrony prawnej osoby, wobec której podsłuch jest stosowany. Osoby podsłuchiwane w trybie procesowym są informowa-

---

<sup>50</sup> Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2009 r., sygn. akt III KK 58/09, OSNKW z 2010 r. Nr 3, poz. 28.

ne najpóźniej w momencie prawomocnego zakończenia postępowania o tym, że władza publiczna ingerowała w ich konstytucyjne prawo do prywatności oraz wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ustawodawca przyznał im także prawo do żądania zbadania zasadności oraz legalności wkroczenia władzy publicznej w sferę konstytucyjnie chronionych praw. W stosunku do osób, które zostały poddane kontroli pozaprosesowej na organach władzy publicznej nie spoczywa żaden obowiązek informacyjny i w rezultacie osoby te z reguły nawet nie wiedzą, że nastąpiła ingerencja w ich podstawowe i gwarantowane konstytucyjnie prawa. Nie przysługuje im również prawo do domagania się zbadania zasadności i legalności przeprowadzonej inwigilacji.

Jeśli sięgnięcie po kontrolę operacyjną miałooby być w jednakowym stopniu dopuszczalne bez względu na to, czy chodzi o sytuację przed czy po wszczęciu postępowania przygotowawczego, to sens kontroli procesowej by upadł. Kontrola operacyjna zawsze będzie bowiem formułą bardziej dogodną dla organów ścigania i to nie tylko ze względu na jej zdecydowanie szerszy zakres, ale przede wszystkim, jak wydaje się, z uwagi na to, że w przypadku fiaska owej kontroli nie pojawia się żaden obowiązek informacyjny i wszystkie działania pozostają owiane całkowitą tajemnicą.

Odmowa zastosowania kontroli operacyjnej ze względu na to, że w sprawie należałoby uruchomić tryb kontroli procesowej, wbrew pozorom nie jest jedynie sztuką dla sztuki, lecz przemawiają za tym istotne względy. Każda z wymienionych procedur zawiera bowiem takie unormowania własne, które rzutują nie tylko na zakres uprawnień osoby inwigilowanej, ale determinują również kwestie proceduralne, m.in. właściwość rzeczową sądu. W przypadku kontroli operacyjnej, sądem właściwym jest zawsze sąd okręgowy, natomiast w przypadku kontroli procesowej – sąd właściwy do rozpoznania sprawy, którym (niekiedy) może być i sąd rejonowy<sup>51</sup>.

Relacje istniejące pomiędzy kontrolą procesową i operacyjną w świetle obowiązujących regulacji prawnych są wysoce niejasne. Budzą one wiele zasadniczych pytań i wątpliwości interpretacyjnych, co po raz kolejny dowodzi, że również w tym obszarze ustawodawca nie ma spójnej, klarownej, a nade wszystko kompleksowej wizji kontroli niejawnnej w Polsce.

---

<sup>51</sup> W myśl art. 329 § 1 k.p.k. przewidzianych w ustawie czynności w postępowaniu przygotowawczym dokonuje na posiedzeniu sąd powołany do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Przepisy dotyczące kontroli procesowej nie zawierają w omawianym zakresie żadnych własnych unormowań w związku z czym, wobec przytoczonej wyżej reguły podstawowej, sądem właściwym rzeczowo w przedmiocie kontroli procesowej może być również sąd rejonowy, zob. K. DUDKA, *Podstuch komputerowy w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia praktyczne*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 1, s. 72.



Na marginesie odnotować należy, iż ustawa z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>52</sup> wskazanych wątpliwości nie tylko nie rozwiązała, ale – wobec zmiany całej koncepcji procesu karnego i postępowania dowodowego – problem z podsłuchami (kontrolą operacyjną) wręcz spotęgowała. Zmieniony tą ustawą art. 168a k.p.k w swym brzmieniu obowiązującym od 15 kwietnia 2016 r. stanowi bowiem, iż 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 k.k, 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. Z powyższego wynikałoby zatem, że o ile w związku ze stosowaniem kontroli operacyjnej funkcjonariusz publiczny nie dopuści się zabójstwa, umyślnego uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności, to wszelkie dowody pozyskane z tej kontroli mogą stanowić pełnoprawny materiał dowodowy, i to bez względu na wagę ewentualnych innych nieprawidłowości popełnionych w jej trakcie. Nawet dowody pochodzące z podsłuchów ewidentnie wadliwych, np. podsłuchów instalowanych w wyniku popełnienia przez funkcjonariuszy przestępstw innych niż wymienione wyżej, czy stosowanych bez jakiegokolwiek zgody sądów, stanowią obecnie pełnoprawny materiał dowodowy i nie mogą być z tego powodu zdyskredytowane w procesie.

Wprowadzona regulacja nie tylko „szeroką ławą” dopuszcza do postępowania wszelkie dowody pochodzące z nielegalnych podsłuchów prywatnych, ale w sposób oczywisty podważa również dotychczasowe standardy kontroli operacyjnej. Podważa samą celowość ubiegania się o zgodę na inwigilację, a tym samym i kontrolę sądu nad nią.

## BIBLIOGRAFIA

### ŹRÓDŁA PRAWA

- Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucją 217/III A 10 grudnia 1948 r. w Paryżu.  
Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.  
Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

---

<sup>52</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 437.

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. z 2015 r., poz. 355 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz. U. z 2016 r., poz. 1643 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, Dz. U. z 2016 r., poz. 720 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. z 2016 r., poz. 1137 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2016 r., poz. 1749 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz. U. z 2016 r., poz. 1483 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, Dz. U. z 2016 r., poz. 1897 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. z 2016 r., poz. 1310 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz. U. z 2016 r., poz. 1318 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r., poz. 147.
- Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 437.

#### ORZECZNICTWO

- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005, sygn. akt K 32/04, OTK z 2005 r. Nr 1/IA, poz. 132.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt IKZP 6/2007, OSNKW z 2007 r. Nr 5, poz. 37.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2008 r., sygn. akt V KK 195/08, LEX nr 482213.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2009 r., sygn. akt III KK 58/09, OSNKW z 2010 r. Nr 3, poz. 28.

#### LITERATURA

- BAFIA Jerzy: Zmiana kwalifikacji prawnej czynu w procesie karnym, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1964.
- BŁOŃSKI Michał: Zakres przedmiotowy i podmiotowy podsłuchu procesowego, *Palestra* 2012, nr 7-8, s. 82-90.
- BORATYŃSKA Katarzyna: Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego, Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business 2012.
- CHRABKOWSKI Marek: Zgodność z prawem instalacji urządzeń podsłuchowych w mieszkaniu, *Palestra* 2013, nr 3-4, s. 109-118.
- CIEŚLAK Marian: Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne, Warszawa: Polskie Wydawnictwo Naukowe 1984.
- DUDKA Katarzyna: Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1991 r., *Przegląd Sądowy* 1994, nr 7-8, s. 127-143.

- DUDKA Katarzyna: Podśluch komputerowy w polskim procesie karnym-wybrane zagadnienia praktyczne, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 1, s. 69-79.
- EICHSTAED Krzysztof: Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 9, s. 28-48.
- GRUZA Ewa, RASZ Aleksandra: Procesowo-kryminalistyczne aspekty podsłuchu, *Studia Iuridica* 2006, nr 46, s. 109-122.
- GRZEGORCZYK Tomasz: Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1-467, Lex 2014, komentarz do art. 237, teza 20.
- HALA Stanisław: Dowód z kontroli i rejestracji rozmów telefonicznych – aspekty praktyczne i teoretyczne, *Problemy Praworządności* 1989, nr 1, s. 37-49.
- HOC Stanisław: Refleksje na marginesie art. 10 Ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1992, nr 3, s. 31-39.
- KACZORKIEWICZ Dorota: Czynności operacyjno-rozpoznawcze w postępowaniu karnym, [w:] *Funkcje procesu: księga jubileuszowa profesora Janusza Tylmana*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa: Wolters Kluwer 2011, s. 209-220.
- KARDAS Piotr: Res iudicata a konstrukcja czynu ciągłego, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2007, nr 2, s. 53-99.
- KLEJNOWSKA Monika: Podśluch operacyjny i prowokacja policyjna, *Prokuratura i Prawo* 2004, nr 3, s. 94-110.
- KOSMATY Piotr: Podśluch procesowy-zamierająca instytucja walki z przestępczością, *Prokurator* 2009, nr 2, s. 9-21.
- KOWALSKI Marian: Czynności w niezbędnym zakresie w postępowaniu karnym, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 1, s. 33-48.
- KURZEPA Bolesław: Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych według kodeksu postępowania karnego, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 3, s. 77-92.
- MAJEWSKI Jarosław: „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, [w:] *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa 2006, s. 39-65.
- MARSZAŁ Kazimierz: Podśluch w polskim procesie karnym de lege lata i de lege ferenda, [w:] *Problemy nauk penalnych: prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego 1996, s. 345-355.
- OSIECKI Waldemar: Kontrola rozmów telefonicznych w ustawodawstwie polskim, *Nowe Prawo* 1987, nr 9, s. 12-23.
- PILCH Agnieszka: Kryteria tożsamości czynu, *Prokuratura i Prawo* 2010, nr 12, s. 48-70.
- ROGAŁSKI Maciej: Powaga rzeczy osądzonej w procesie karnym, Kraków: Zakamycze 2005.
- STEFAŃSKI Ryszard: Komentarz do art. 237, [w:] *Kodeks Postępowania karnego – komentarz*, red. Z. Gostyński, Dom Warszawa: Wydawniczy ABC 1998.
- SZUMIŁO-KULCZYCKA Dobrosława: Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego, Warszawa: LexisNexis 2012.
- TARACHA Adam: Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe, Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej 2006.
- TOMASZEWSKI Przemysław: Uwagi do artykułu Refleksje na marginesie art. 10 Ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1992, nr 3, s. 39-45.
- TOMKIEWICZ Małgorzata: Kontrola procesowa i operacyjna a ochrona praw podmiotowych osoby inwigilowanej w Polsce, *Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja* 2015, t. 25, s. 7-26.
- TOMKIEWICZ Małgorzata: Podśluchy operacyjne w orzecznictwie sądowym, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 4, s. 153-171.

## STOSOWANIE KONTROLI OPERACYJNEJ W TOKU POSTĘPOWANIA KARNEGO

## Streszczenie

Niejawną ingerencję władzy publicznej w konstytucyjnie chronioną wolność i tajemnicę komunikowania się dopuszczają przepisy dotyczące kontroli procesowej i operacyjnej. Każda z tych kontroli ma własną specyfikę: kontrolę operacyjną regulują przepisy pozakodeksowe zawarte w ustawach regulujących prace poszczególnych służb specjalnych natomiast kontrola procesowa zawarta jest w Kodeksie postępowania karnego.

Kontrolę operacyjną stosuje się (co do zasady) przed, a kontrolę procesową po, wszczęciu postępowania karnego. Czy jednak moment wszczęcia postępowania karnego jest cenzurą, która – według obowiązujących przepisów – rzeczywiście winna determinować charakter kontroli? Czy dopuszczalne jest zarządzenie kontroli operacyjnej pomimo wszczęcia postępowania, czy też w takim układzie sytuacyjnym kontrola operacyjna staje się sprzeczna z ustawą? Jakie są wzajemne relacje pomiędzy tymi dwiema formami kontroli i czy wszystko w tej materii jest jasne i żadnych wątpliwości nie budzi?

Artykuł ten poprzez analizę przepisów dotyczących kontroli operacyjnej i procesowej zawiera próbę odpowiedzi na powyższe pytania.

**Słowa kluczowe:** podsłuch procesowy; podsłuch pozaprocessowy; inwigilacja; postępowanie przygotowawcze; proces karny

## APPLYING THE OPERATIONAL CONTROL IN PENAL PROCEDURE

## Summary

Undisclosed public authority's interference in constitutionally protected freedom and confidentiality of communications is allowed by provisions concerning procedural control and operational control. Each of these controls has its own specificity: the operational control is regulated by the non-code provisions contained in the acts that regulate works of individual special forces and the procedural control is contained in the Code of Criminal Procedure.

Operational control is being applied (in general) before and the procedural control is being applied after the initiation of criminal procedure. However, is the moment of criminal procedure's initiation a censorship, which – according to the relevant legislation – should determine control's character? Is it allowed to order the operational control in spite of procedure's initiation or the operational control is against the law in this situation? What are the mutual relations between those two types of control and is everything about this issue obvious and not in doubt?

Through the analysis of the provisions that concerns the operational and procedural control this article attempts to answer the questions above.

**Key words:** procedural wire tap; non-procedural wire tap; surveillance; preparatory proceedings; criminal proceedings