

**Aleksander Herzog**

## **Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów**

Coraz częściej w postępowaniu karnym, a także w innych postępowaniach przewidzianych przez ustawę, pojawia się problem wykorzystania materiałów uzyskanych w sposób niejawnym, w wyniku rozmaitych czynności o charakterze operacyjnym, prowadzonych przez policję i inne organy upoważnione ustawowo do prowadzenia podobnych działań. Najczęściej są to materiały pochodzące z podsłuchu telefonicznego, wchodzącego w skład tzw. „kontroli operacyjnej”. Instytucja kontroli operacyjnej przewidziana jest w art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji<sup>1</sup>, a także w art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu<sup>2</sup>. Analogiczne postanowienia zawarte są w art. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym<sup>3</sup>, w art. 9e ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej<sup>4</sup>, w art. 36c ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej<sup>5</sup>, art. 31 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego<sup>6</sup>, a także w art. 31 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych<sup>7</sup>. W dalszych wywodach zajmiemy się głównie problematyką wynikającą z przepisów ustawy o Policji, najczęściej stosowanych. Ponieważ konstrukcja kontroli operacyjnej zawarta w innych ustawach jest podobna, uwagi poniższe będą miały zastosowanie także do niej. Kontrola taka prowadzona jest niejawnie i polega na kontrolowaniu treści korespondencji, kontrolowaniu zawartości przesyłek, stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnym informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telefonicznych. Określenie „w szczególności” oznacza, że w jej toku można uzyskiwać nie tylko informacje dotyczące treści rozmów telefonicznych (w tym przekazywanych przez sieci telefonii komórkowych), ale również informacje w postaci tekstów, SMS-ów, faksów,

---

<sup>1</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 7, poz. 58 z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz. U. Nr 74, poz. 766 z późn. zm.

<sup>3</sup> Dz. U. Nr 104, poz. 708 z późn. zm.

<sup>4</sup> Tekst jedn. Dz. U. 2005 r., Nr 234, poz. 1997 z późn. zm.

<sup>5</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2004 r., Nr 8, poz. 65.

<sup>6</sup> Dz. U. Nr 104, poz. 709.

<sup>7</sup> Dz. U. Nr 123, poz. 1353 z późn. zm.

czy obrazów telewizyjnych, a nawet przesyłane pocztą elektroniczną czy uzyskiwane z bezpośredniego podsłuchu<sup>8</sup>.

Problematyka wykorzystania w celach dowodowych materiałów, uzyskanych w trakcie kontroli operacyjnej zarządzanej na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, od początku istnienia tej instytucji budziła kontrowersje. Na gruncie pierwotnego brzmienia tego przepisu część doktryny wypowiedała się przeciw dopuszczalności posługiwania się uzyskanymi w ten sposób materiałami wprost w procesie karnym. Druga grupa autorów akceptowała możliwość bezpośredniego wykorzystania dla celów dowodowych informacji uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej<sup>9</sup>. Obecny kształt art. 19 ustawy o Policji po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 27 lipca 2001 r.<sup>10</sup> unormował kwestię wykorzystania materiałów operacyjnych po myśli tego drugiego stanowiska, lecz nie usunął wszystkich wątpliwości.

Jaskrawym przykładem tego są rozbieżności w wykładni wspomnianego przepisu, pojawiające się w orzecznictwie sądów dyscyplinarnych dla sędziów i dla prokuratorów. Zajmowały się one bowiem problemami pojawiającymi się w związku z wykorzystywaniem materiałów kontroli operacyjnej dla potrzeb postępowań o uchylenie immunitetów, jak też i w postępowaniach dyscyplinarnych, zwłaszcza w tych, w których zarzucane obwinionym delikty dyscyplinarne wyczerpywały równocześnie znamiona przestępstw. Wydaje się przy tym niewątpliwe, że nie ma żadnych przeszkód prawnych do zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osób korzystających z immunitetów (sędziowskiego, prokuratorskiego, parlamentarnego, dyplomatycznego itp.). Natomiast pogląd, że procesowe wykorzystanie materiałów uzyskanych w drodze zarządzenia kontroli operacyjnej osoby korzystającej z immunitetu będzie możliwe jedynie w wypadku uzyskania zgody od właściwego organu do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej<sup>11</sup>, trzeba uznać za uproszczenie. Postępowanie w kwestii udzielenia zezwolenia na ściganie karne osoby korzystającej z immunitetu jest niewątpliwie także postępowaniem karnym. Jest to bowiem postępowanie incydentalne, toczące się w oparciu o przepis art. 13 k.p.k.

W orzecznictwie Sądu Dyscyplinarnego dla Prokuratorów przy Prokuratorze Generalnym oraz Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego dość jednolicie prezentowano pogląd o szerokiej możliwości wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej dla potrzeb postępowania o wydanie zezwolenia na

<sup>8</sup> Por. J. Korycki, *Kontrola operacyjna*, *Prok. i Pr.* 2006, nr 7–8, s. 150.

<sup>9</sup> Por. G. Musiałik-Dudzińska, *Podsłuch pozaprocesowy (operacyjny) na gruncie nowelizowanej ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, *Przegląd Sądowy* 2004, nr 4, s. 49 i powołana tam literatura.

<sup>10</sup> *Dz. U.* Nr 100, poz. 1084.

<sup>11</sup> K. Eichstaedt, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, *Prok. i Pr.* 2003, nr 9, s. 28.

pociągnięcie do odpowiedzialności karnej prokuratorów (art. 54 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze)<sup>12</sup>. Zdaniem tych Sądów, interpretacja przepisu art. 19 ust. 15 ustawy o Policji pozwala przyjąć szeroki zakres wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej, także w odniesieniu do innych przestępstw, niż wymienione w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Materiały takie nie mogą być natomiast wykorzystane jako dowody dla celów postępowań innych niż karne, w tym także dyscyplinarnych<sup>13</sup>.

Natomiast w orzecznictwie sądów dyscyplinarnych dla sędziów wyrażone zostało stanowisko, że „zastosowanie jak i wykorzystanie w czynnościach operacyjnych, jak i w postępowaniu procesowym, jako dowodów materiałów uzyskanych w czasie podsłuchu operacyjnego, dopuszczalne jest wyłącznie w odniesieniu do przestępstw wymienionych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Jeżeli natomiast materiały te nie dały podstaw do wszczęcia postępowania przygotowawczego, dotyczącego popełnienia jednego z wymienionych w tym przepisie przestępstw, muszą zostać zniszczone w sposób przewidziany w art. 19 ust. 17 ustawy o Policji i nie mogą być wykorzystane w żadnym innym postępowaniu”<sup>14</sup>. Równocześnie w cytowanym orzeczeniu wyrażono pogląd, że dopuszczalne jest wykorzystanie jako dowodów materiałów uzyskanych w wyniku podsłuchu policyjnego zarządzonego na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy o Policji także w postępowaniu dyscyplinarnym, ale jedynie wówczas, gdy czyn zarzucony sędziemu w tym postępowaniu stanowi jedno z przestępstw wymienionych w powyższym przepisie. Podobne stanowisko wyrażono w uchwale z dnia 27 lipca 2006 r., SNO 35/06 (niepubl.). Podniesiono w niej, że nie jest dopuszczalna kontrola operacyjna w stosunku do innych przestępstw niż wymienione w ust. 1 art. 19 ustawy o Policji. Z tego względu nie można wykorzystać w celach dowodowych materiałów, które dotyczą innych przestępstw, niż objęte zakresem wymienionego przepisu. Sąd Najwyższy wyraził także pogląd o niedopuszczalności bezpośredniego posłużenia się – w celu uzyskania zezwolenia na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej – materiałem zgromadzonym w toku kontroli operacyjnej prowadzonej wobec innej osoby. Stwierdził jednak, że „informacje uzyskane niejako przy okazji kontroli prowadzonej w zgodzie z prawem mogą być wykorzystane w celu uzyskania zezwolenia na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej tylko po ich przetworzeniu na dowody przewidziane przez procedurę karną”.

Stanowisko wyżej przedstawione – chociaż oparte na bardzo poważnych argumentach, przywołujących konstytucyjną zasadę wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się (m.in. art. 49 Konstytucji) – budzi wątpliwości.

---

<sup>12</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 21, poz. 206 z późn. zm.

<sup>13</sup> Tak m.in. w orzeczeniu Odwoławczego Sądu Dyscyplinarnego z dnia 27 lutego 2006 r., OSD 37/05 (niepubl.).

<sup>14</sup> Por. uchwała SN z dnia 15 listopada 2005 r., SNO 57/05, OSN – SD 2005, poz. 21.

Po pierwsze, zastrzeżenia mogą dotyczyć przywołania przez Sąd Najwyższy zasady „owoców zatrutego drzewa”, albowiem doktryna procesu karnego wielokrotnie podkreślała, iż prawo polskie koncepcji tej nie uznaje<sup>15</sup>. Po drugie, fakt, że cel stosowania kontroli operacyjnej został określony w sposób precyzyjny w ust. 1 art. 19 ustawy o Policji, nie przesądza jeszcze kwestii dyskwalifikacji w sensie dowodowym materiałów pozwalających na wykrycie innego przestępstwa, o ile nastąpiło to w toku czynności podjętych zgodnie z prawem. Duże znaczenie należy zatem przywiązać do weryfikacji tego, czy kontrola operacyjna w konkretnym przypadku została zarządzona zgodnie z wymogami określonymi w art. 19 ustawy o Policji. Należy podkreślić, że w swojej uchwale (sygn. SNO 35/06) Sąd Najwyższy dokonał interpretacji (nieobowiązującego już obecnie) art. 19 ust. 4 w sposób niezupełnie zgodny z jego rzeczywistą treścią. Stwierdził mianowicie, że odstępianie od zniszczenia materiałów miało mieć miejsce – jako wyjątkowa sytuacja – „też tylko w przypadkach dotyczących przestępstw, dla wykrycia których na podstawie przepisów ustawowych może być prowadzona kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze (to i wszystkie dalsze podkreślenia autora). Przepis ten – mimo wymienionego w nim zastrzeżenia co do typów przestępstw – został uznany za niezgodny z Konstytucją...”. Sąd Najwyższy powołał się na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005 r., K 32/04<sup>16</sup>. Jak widać, Sąd Najwyższy nie zauważył tego, że pojemność znaczeniowa art. 19 ust. 4 była znacznie szersza niż art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Nie dokonano także głębszej analizy przyczyn, dla których wspomniany przepis został uznany za niekonstytucyjny.

O ile można zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, iż niedopuszczalne jest „stosowanie kontroli” wobec osób nieobjętych postanowieniem sądu – o tyle nie przesądza to moim zdaniem jeszcze kwestii tego, jakie ma być postępowanie z materiałami uzyskanymi w toku kontroli operacyjnej zastosowanej wobec osoby, objętej takim postanowieniem, o ile stanowią one także dowody popełnienia przestępstwa przez inną osobę. Absurdalność wykładni przyjętej w omawianym orzeczeniu jest oczywista. Jeżeli zarządzona zostaje kontrola operacyjna polegająca na „utrwalaniu treści rozmów telefonicznych” określonej osoby, wobec której zachodzi podejrzenie, iż udziela ona korzyści majątkowej funkcjonariuszom publicznym – to według przedstawionego wyżej poglądu rozmowa takiej osoby z funkcjonariuszem publicznym, który zgadza się na przyjęcie łapówki, mogłaby służyć za dowód wyłącznie wobec dawcy, ale już nie biorcy, gdyż wobec biorcy kontroli operacyjnej nie zarządzono. Należy dodać, że kontrola operacyjna może być zarządzona nie tylko wobec osób fizycznych, ale także osób

<sup>15</sup> Por. S. Wałtoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. siódme, Warszawa 2003, s. 55 i 360.

<sup>16</sup> OTK-A 2005, nr 11, poz. 132.

prawnych i innych jednostek (na przykład w odniesieniu do korespondencji czy paczek przychodzących do firmy oraz jej telefonów)<sup>17</sup>. Idąc tokiem rozumowania przyjętym w omawianych orzeczeniach, w takich wypadkach nie byłoby w ogóle możliwe wykorzystanie materiałów stanowiących dowody przestępstwa, bo trudno sobie wyobrazić przestępstwo z wykazu zawartego w art. 19 ust. 1 popełnione przez instytucję, do której należy objęty kontrolą telefon.

Przypomnijmy, że kontrola operacyjna może być zarządzona „w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw” wymienionych w punktach 1–8 art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Postępowanie z materiałami uzyskanymi w wyniku takiej kontroli operacyjnej unormowane zostało w ust. 4, 15 i 17 art. 19 ustawy. Zgodnie z ust. 15, w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki policji przekazuje właściwemu prokuratorowi wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej, w razie potrzeby z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. Materiały te mogą być następnie wykorzystane dowodowo w postępowaniu przed sądem poprzez odpowiednie zastosowanie art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k. (a więc odczytane na rozprawie).

Sposób dokumentowania kontroli operacyjnej uregulowany został w przepisach rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 marca 2002 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Policję kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, zarządzeń i materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, a także przetwarzania i niszczenia tych materiałów<sup>18</sup>. Zgodnie z nim, dokumentację taką stanowi w szczególności notatka urzędowa z przeprowadzonej kontroli operacyjnej sporządzana przez policjanta prowadzącego sprawę, w ramach której zarządzono kontrolę operacyjną. Prócz tego stanowią ją także materiały zgromadzone podczas jej stosowania, a w szczególności:

- nośniki, na których utrwalone zostały treści rozmów telefonicznych lub innych przekazów informacji albo treści korespondencji lub zawartości przesyłek,
- kopie wykonane z nośników, o których mowa powyżej,
- dokumenty sporządzone na podstawie informacji utrwalonych na nośnikach, o których wyżej była mowa.

W tym miejscu trzeba jednak wyraźnie wskazać na różnicę pomiędzy dowodowym wykorzystaniem notatek służbowych (urzędowych) z prowa-

---

<sup>17</sup> Por. K. Eichstaedt, Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym, Prok. i Pr. 2003, nr 9, s. 28.

<sup>18</sup> Dz. U. z 2002 r., Nr 24, poz. 252.

dzonych czynności a wykorzystaniem uzyskanych w toku czynności operacyjnych dowodów ścisłych. Takimi dowodami, mającymi charakter dowodów rzeczowych, będą w szczególności zapisy utrwalonych w ramach kontroli operacyjnych rozmów<sup>19</sup>. Nie można zgodzić się z poglądami wyrażanymi w niektórych publikacjach<sup>20</sup>, jakoby w postępowaniu przed sądem nie było dopuszczalne odtworzenie, np. za pomocą magnetofonu, magnetowidu, komputera czy innych środków technicznych, materiałów uzyskanych w toku prowadzonej kontroli operacyjnej, a więc utrwalonych na wspomnianych wyżej nośnikach. Materiały takie są dowodami rzeczowymi i mogą być bezpośrednio odtwarzane na rozprawie<sup>21</sup>. Nie jest przeszkodą do tego art. 2 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych, bowiem mowa w nim o zakazie „nieuprawnionego” ujawnienia. Oczywiście jest, że przeprowadzenie takich dowodów w postępowaniu sądowym wymaga wyłączenia jawności rozprawy w oparciu o art. 360 § 1 pkt 3 k.p.k. Dodać także należy, że sposób postępowania z tego rodzaju materiałami reguluje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami, dokumentami oraz innymi przedmiotami objętymi obowiązkiem zachowania tajemnicy państwowej, służbowej albo związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji<sup>22</sup>. Odtworzenie utrwalonych w toku kontroli operacyjnej materiałów w ramach postępowania karnego wymagać będzie – stosownie do art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k. – sporządzenia protokołu, jeśli odbywa się poza rozprawą<sup>23</sup>.

Kształt przepisu art. 19 ust. 15 ustawy o Policji wzbudzać może – jak wcześniej wskazano – wątpliwości, czy chodzi tu tylko o dowody popełnienia przestępstwa, wchodzącego w skład zamkniętego katalogu z punktów 1–8 art. 19 ust. 1, czy też przepis ten ma szerszy zakres i umożliwia dowodowe wykorzystanie także materiałów dotyczących innych przestępstw. Nie ułatwia tej interpretacji ust. 17, nakazujący protokolarne, komisyjne niszczenia (po okresie dwumiesięcznego przechowywania) materiałów „niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego” (zatem nie ma tu mowy o dowodach „mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego”). Wykładnia językowa art. 19 ust. 15 prowadzi do wniosku, że mowa w nim o dowodach dotyczących każdego przestępstwa, pozwalających na wszczęcie postępowania karnego (bądź mających znaczenie dla toczącego się już postępowania karnego – nieistotne przy tym, o jakie

<sup>19</sup> Por. T. Grzegorzczak, Wykorzystywanie i przekształcanie materiałów operacyjnych w materiał dowodowy w postępowaniu karnym, (w:) E. Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny. Terroryzm*, Kraków 2005, s. 229.

<sup>20</sup> Por. J. Korycki, *Kontrola operacyjna*, Prok. i Pr. 2006, nr 7–8, s. 150.

<sup>21</sup> Por. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 416.

<sup>22</sup> Dz. U. Nr 108, poz. 1023 z późn. zm.

<sup>23</sup> Por. także wyrok SA w Lublinie z dnia 3 października 2005 r., II AKa 218/05, LEX nr 166006.

przestępstwo). Skoro bowiem w ust. 15 nie użyto żadnego określenia uściślającego (np. „... wszczęcie postępowania karnego dotyczącego przestępstwa, o którym mowa w ust. 1”), to w myśl zasady *lege non distinguente* nie ma podstaw do zróżnicowania, o jakie przestępstwa chodzi. Nie wydaje się nawet, aby takim ograniczeniem był wymóg, aby dowody dotyczyły przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego, bowiem prokurator – któremu ustawa nakazuje przekazać materiały – może przecież wszcząć postępowanie także o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego (art. 60 § 1 k.p.k.).

Rozważyć można, czy względy natury systemowej nie przemawiają za przyjęciem wykładni, że mimo wszystko przepis art. 19 ust. 15 dotyczy tylko dowodów przestępstwa, objętego zakresem kontroli operacyjnej. Jeżeli wziąć pod uwagę wewnętrzną systematykę art. 19, to do niedawna bardzo istotnym źródłem interpretacyjnym były wnioski wynikające z treści ust. 4 tego przepisu w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o Policji (i niektórych innych ustaw)<sup>24</sup>, obowiązującą od 19 marca 2002 r. Dotyczył on możliwości odstąpienia od zniszczenia materiałów uzyskanych w wyniku kontroli w tzw. „przypadkach niecierpiących zwłoki”, gdy następnie sąd okręgowy nie udzielił zgody na prowadzenie takiej kontroli. W trybie określonym w ust. 4 (postanowienie sądu wydane na wniosek komendanta policji po uzyskaniu zgody właściwego prokuratora) dopuszczalne było odstąpienie od zniszczenia (a zatem w celu dalszego wykorzystania) materiałów, które stanowią dowód lub wskazują na zamiar popełnienia przestępstwa „dla wykrycia którego na podstawie przepisów ustawowych może być prowadzona kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze”. Takie określenie wskazywało na bardzo szeroki zakres, obejmujący faktycznie dowody wszelkich przestępstw. O ile bowiem kontrola operacyjna może być prowadzona tylko w odniesieniu do niektórych kategorii przestępstw, uznanych przez ustawodawcę za poważne (pkt 1–8 ust. 1 art. 19), o tyle zakres przedmiotowy czynności operacyjno-rozpoznawczych określony został w art. 14 ust. 1 ustawy o Policji w sposób bardzo ogólny<sup>25</sup>. Przepis ten pozwala na wykonywanie takich czynności „w celu rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń”. Niewątpliwie chodzi zatem o wszelkie przestępstwa, bez żadnego rozróżnienia<sup>26</sup>. Nie jest więc trafny, przedstawiony już wyżej pogląd z uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 2006 r., sygn. SNO 35/06, jakoby przepis art. 19 ust. 4 zawierał „zastrzeżenie co do typów przestępstw”.

<sup>24</sup> Dz. U. z 2001 r., Nr 100, poz. 1084.

<sup>25</sup> Por. B. Kurzępa, Możliwość wykorzystania w procesie karnym informacji uzyskanych przez agenta policyjnego, WPP 2003, nr 1, s. 26.

<sup>26</sup> Tak m.in. M. Klejnowska, Podstęp operacyjny i prowokacja policyjna, Prok. i Pr. 2004, nr 3, s. 94.

Jeśli więc dopuszczone zostało wykorzystanie dowodowo odnośnie każdego przestępstwa materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, która nawet nie została zatwierdzona przez sąd, co zresztą spotkało się z krytyką w piśmiennictwie<sup>27</sup> – to byłoby zupełnie nielogiczne, aby zawężyć zakres możliwości wykorzystania materiałów pochodzących z kontroli zarządzonej całkowicie *lege artis*. Trzeba podkreślić, że w doktrynie dominuje pogląd, iż zakazy dowodowe jako mające charakter wyjątkowy wymagają wykładni stwierdzającej (*interpretatio declarativa*). Oznacza to, że sens przepisów prawnych regulujących zakazy dowodowe należy interpretować ściśle, zgodnie z ich literalnym brzmieniem<sup>28</sup>.

Nie zmienia tej oceny uznanie przepisu art. 19 ust. 4 ustawy o Policji za sprzeczny z Konstytucją. Niezbędne jest bowiem w tym miejscu przytoczenie obszernych fragmentów uzasadnienia wyroku TK (sygn. K 32/04), w którym Trybunał, dokonując oceny zarzutów niekonstytucyjności poszczególnych ustępów art. 19 sformułowanych we wniosku, stwierdził, co następuje: „Art. 19 ust. 4 ustawy o Policji stanowi, że sąd okręgowy może zezwolić na zachowanie materiałów zebranych w toku kontroli operacyjnej, jeżeli stanowią one dowód lub wskazują na zamiar popełnienia przestępstwa, dla wykrycia którego może być przeprowadzona kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze, w wypadku gdy (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji) co do zasady, z uwagi na zebranie tych materiałów bez wymaganej zgody sądu (powinna być ona wyrażona najpóźniej w terminie 5 dni od rozpoczęcia czynności operacyjnych), należałoby je zniszczyć, aby unicestwić informacje zebrane nielegalnie i restytuować status *quo ante*. Temu przepisowi Rzecznik Praw Obywatelskich zarzucił, że prowadzi do sytuacji, w której materiały uzyskane w wyniku niezalegalizowanej przez sąd kontroli operacyjnej mogą stanowić dowód w postępowaniu karnym, ponieważ możliwe jest legalne zachowanie tych materiałów. To zaś powinno być uznane za sprzeczne z art. 7 oraz z art. 51 ust. 4 Konstytucji, ponieważ chodzi o materiały zebrane w sposób sprzeczny z ustawą (sąd nie zezwolił na ich zbieranie w momencie rozpoczęcia kontroli). Rzecznik podkreślił także (kładąc nacisk na tę właśnie kwestię na rozprawie), że kwestionowana norma jest rodzajem presji na sąd, który, mimo uprzednio wyrażonego braku zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej, ma teraz decydować o legalizacji materiałów zebranych w wyniku kontroli, na którą już raz odmówiono zgody. Konstrukcja przyjęta w art. 19 ust. 4 wąsko przy tym – zdaniem wniosku – ujmuje przesłanki „legalizacji zastępczej”, pomijając wymóg wykazania (co jest wymagane w wypadku „zwykłego trybu sądowej legalizacji kontroli operacyjnej”) przesłanek wskazanych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Tym sposo-

<sup>27</sup> Por. G. Musiałik-Dudzińska, *Podstuch pozaprocesowy...*, s. 63.

<sup>28</sup> Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 61.



Wobec rozwiązania wyjątkowe budzi zastrzeżenia z punktu widzenia wymagania subsydiarności czynności operacyjnych jako sposobu uzyskiwania informacji.

Zachowanie zalegalizowanych przez następczą zgodę sądu materiałów, które powinny, jako nielegalne, ulec zniszczeniu, pozostaje też – zgodnie z wnioskiem – w kolizji z art. 51 ust. 4 Konstytucji, który także przewiduje takie zniszczenie – tym razem jako konsekwencję konstytucyjnego prawa podmiotowego osoby poddanej kontroli operacyjnej. Według wnioskodawcy, to ograniczenie prawa wynikającego z art. 51 ust. 4 nie znajduje oparcia w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Pogląd Rzecznika, że we wskazanym wypadku chodzi o wykorzystanie w postępowaniu sądowym materiałów uzyskanych nielegalnie, podzielił Prokurator Generalny.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, wbrew literalnemu brzmieniu zarzutu, problemem nie jest tu przede wszystkim wykorzystanie w procesie karnym „owoców zatrutego drzewa”. Można byłoby bowiem rozumować, że następcza zgoda sądu na zachowanie materiałów, zebranych w ciągu pięciu dni niejako tymczasowego prowadzenia kontroli, legitymizuje możliwość dalszego (już tym razem legalnego) wykorzystania tych informacji w procesie karnym. Wówczas brak legalności występujący w momencie pozyskiwania materiałów operacyjnych nie występowałby już w momencie ich procesowego wykorzystania. Tak więc odpadałaby istota zarzutu sformułowanego we wniosku i w stanowisku Prokuratora Generalnego, dotyczącego procesowego wykorzystania „owoców z zatrutego drzewa”. W procesie występowałyby bowiem tylko materiały już zalegalizowane. Należy przy tym też zauważyć, że wniosek nie wskazywał, jako wzorca konstytucyjnego w odniesieniu do tego zarzutu, przepisów określających zasady rzetelnego postępowania sądowego, co uzasadniałoby ocenę problemu w świetle procesowego wykorzystania materiałów operacyjnych. Natomiast zarzut naruszenia art. 7 Konstytucji sprowadzono do tezy, że skoro materiały operacyjne rozpoczęto zbierać bez zgody sądu, to wada ta jest nieusuwalna, mimo następczego wyrażenia zgody przez sąd, w zakresie ewentualnego przyszłego procesowego ich wykorzystania.

Wniosek ten nie jest trafny. Materiały zebrane w sytuacji, o której mowa w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, a następnie (po pięciu dniach za zgodą sądu) zachowane (zaskarżony art. 19 ust. 4), nie mogą uchodzić – z procesowego punktu widzenia – za materiały znajdujące się w zasobie nielegalnym. Od momentu wyrażenia następczej zgody sądu, zasób ten jest legalny i może być, od tego momentu, także wykorzystany procesowo. Rzeczywisty problem z konstytucyjnością art. 19 ust. 4 ustawy o Policji tkwi jednak gdzie indziej.

Artykuł 19 ust. 4 ustawy o Policji, legalizujący zachowanie nielegalnie zebranych materiałów operacyjnych, wedle wniosku, narusza także wzorzec konstytucyjny z art. 51 ust. 4 w związku z art. 31 ust. 3. Problem konstytucyjności zaskarżonego przepisu wiąże się więc ze wskazaniem we wniosku jako wzorca kontroli, rygorystycznie ujętego (gdzie idzie o swobodę regulacyjną ustawodawcy zwykłego) art. 51 ust. 4 Konstytucji. Przepis ten – jak już była o tym mowa – formułuje konstytucyjne prawo podmiotowe do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Literalne brzmienie tego przepisu umieszczonego w samej Konstytucji wskazuje, że nacisk położono tu na sposób, w jaki zbierano materiały (a nie na kwestię ich wykorzystania w ewentualnym innym procesie, czemu ma służyć zachowanie zbioru). O ile więc następcza zgoda sądu na zachowanie materiałów operacyjnych, które skądinąd powinny ulec zniszczeniu, zgodnie z ustawą zwykłą (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji) mogłaby usanować nielegalność wykorzystania procesowego takich materiałów (skoro sąd zezwolił na zachowanie zbioru), o tyle następcza zgoda sądu na zachowanie informacji operacyjnych (art. 19 ust. 4 ustawy o Policji) nie może doprowadzić do ograniczenia czy wyłączenia prawa sformułowanego przez art. 51 ust. 4 Konstytucji. W tym bowiem zakresie ustawodawca zwykły w ogóle nie ma swobody regulacyjnej. Konstytucyjne prawo podmiotowe z art. 51 ust. 4 Konstytucji odnosi możliwość sprostowania i żądania usunięcia danych do sytuacji, gdy dane te zostały „zebrane w sposób sprzeczny z ustawą” i z tą hipotezą określoną czasowo, wiąże prawo jednostki unormowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Następcza zgoda sądu przewidziana w art. 19 ust. 4 ustawy o Policji dotyczy „zachowania” materiałów operacyjnych. To umożliwia ewentualne ich dalsze wykorzystanie procesowe, bez narażania się na zarzut korzystania z „owoców z zatrutego drzewa”. Nie podobna jednak uznać, że następcza zgoda sądu powoduje, iż nielegalne tymczasowo (brak zgody sądu) prowadzenie działalności operacyjnej może prowadzić do przeformułowania przesłanki wymaganej w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Takie przeformułowanie oznaczałoby, że materiały, w stosunku do których sąd wyraził zgodę na zachowanie, mimo że zostały uzyskane (zgromadzone) bez zgody sądu (co nie ulega wątpliwości), nie zostałyby uznane za „zebrane w sposób sprzeczny z ustawą” z punktu widzenia art. 51 ust. 4 Konstytucji. W takim wypadku bowiem konstytucyjne określenie „zebrane w sposób sprzeczny z ustawą”, użyte w tym przepisie, nabrałoby innego, węższego znaczenia, i to za sprawą art. 19 ust. 4 ustawy o Policji, a więc normy ustawodawstwa zwykłego. Problemem jest bowiem to, że czego innego dotyczy następcza zgoda sądu w art. 19 ust. 4 (zachowania nielegalnie zebranych materiałów), a czego innego przesłanka art. 51 ust. 4 Konstytucji (legalności samego pozyskiwania materiałów jako hipotezy uzasadniającej sprostowanie i usunięcie materiałów zebranych z narusze-

niem prawa – w momencie ich zbierania). Zabieg interpretacyjny polegałby tu więc na zwężającej wykładni pojęcia „zebrany w sposób sprzeczny z ustawą”, użytego w art. 51 ust. 4 Konstytucji *in fine*. Przy tym skutkiem tej interpretacji byłoby ograniczenie zakresu konstytucyjnego prawa podmiotowego do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji, o czym – co do zasady – stanowi art. 51 ust. 4 Konstytucji. Tak więc w przedstawionym wypadku ujęcie ustawy zwykłej rzutowałoby na zakres pojęcia konstytucyjnego, i to ze skutkiem negatywnym dla zakresu konstytucyjnego prawa jednostki. Dodać należy, że o ile konstytucyjne prawo dostępu do urzędowej informacji (art. 51 ust. 3 Konstytucji) może być ograniczane w ustawie zwykłej, o tyle prawo sformułowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji odesłania do ustawy zwykłej nie przewiduje i jest ujęte w sposób bardziej rygorystyczny. Zwrócono już na to uwagę w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 października 2005 r., sygn. K 31/04 (OTK ZU 2005, nr 9/A, poz. 103).

Z tej też przyczyny nie jest możliwy zabieg interpretacyjny polegający na tym, że następczą zgodę sądu na „zachowanie nielegalnie zebranych materiałów operacyjnych” uzna się za wystarczającą do uznania, że zarazem zostały one w sposób legalny „zebrane” – czego wymaga art. 51 ust. 4 Konstytucji. Jeżeli zaś takie właśnie odczytanie w praktyce zaskarżonego przepisu miałyby służyć jako uzasadnienie odmowy realizacji prawa z art. 51 ust. 4 Konstytucji, to zaskarżony przepis należy uznać za sprzeczny ze wskazanym wzorcem. Wskazany zabieg interpretacyjny oznaczałby bowiem rozszerzającą interpretację art. 19 ust. 3 i 4 ustawy o Policji i jednocześnie powodowałby wykładnię ścieśniającą normy konstytucyjnej art. 51 ust. 4. Byłaby to wykładnia normy konstytucyjnej poprzez ustaloną interpretacyjnie treść normy ustawowej. Sama hierarchia obu ustaw wyklucza dopuszczalność interpretacji tego rodzaju. Jeżeli zaś taką interpretację się odrzuci, wówczas między normą konstytucyjnego wzorca i normą zaskarżoną pojawia się sprzeczność dotycząca pojęcia materiałów zebranych zgodnie z prawem. Z tej przyczyny należy uznać, że art. 19 ust. 4 ustawy o Policji jest sprzeczny z art. 51 ust. 4 Konstytucji. Sformułowanie art. 19 ust. 4 przekracza – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – wymagane granice proporcjonalności na wypadek kolizji wolności/prawa konstytucyjnego i konsekwencji regulacji zawartej w ustawie zwykłej. Jednocześnie, w związku z wcześniejszymi rozważaniami, Trybunał uznał za niewłaściwy, do oceny konstytucyjności art. 19 ust. 4 ustawy o Policji, wzorzec określony w art. 7 Konstytucji”.

Z tego względu Trybunał uznał przepis art. 19 ust. 4 ustawy o Policji za niezgodny z Konstytucją, odraczając wszakże moc obowiązującą orzeczenia na 12 miesięcy. Zanim jednak doszło do upływu tego terminu, ustawą z dnia 21 lipca 2006 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Dz. U. Nr 158, poz. 1122.

m.in. uchylono przepis art. 19 ust. 4. W uzasadnieniu ustawy nowelizacyjnej<sup>30</sup> wskazano wyraźnie, że jest to wynik wspomnianego wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Podobnego zabiegu dokonano w ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu oraz w ustawie o kontroli skarbowej, natomiast ustawodawca pozostawił – jak dotąd – rozwiązanie analogiczne do art. 19 ust. 4 ustawy policyjnej w ustawach o Straży Granicznej oraz o Żandarmerii Wojskowej. Tak szerokie przedstawienie argumentacji zawartej w wyroku TK pozwala na stwierdzenie, iż powodem uznania tego przepisu za niekonstytucyjny nie była w ogóle kwestia zakresu materiałów dowodowych, których wykorzystanie mogło nastąpić w oparciu o art. 19 ust. 4 – lecz problem zebrania ich w sposób nielegalny (bez zezwolenia sądu).

W odniesieniu natomiast do przywoływanego we wskazanych wyżej orzeczeniach Sądu Najwyższego art. 49 Konstytucji przypomnieć należy, że zawarta tam zasada wolności komunikowania się może doznać ograniczeń w ustawie zwykłej w sposób w niej określony. Odróżnia to ten przepis od – na przykład – art. 51 ust. 4 Konstytucji, którego szeroką analizę przedstawiono w cytowanym wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Wykorzystanie materiałów zgromadzonych w toku kontroli operacyjnej (zarządzonej zgodnie z przepisami) dla wykrycia i udowodnienia przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego musi być uznane jako działanie służące realizacji zasady prawdy materialnej. Wyższość tej zasady nad prawem do komunikowania się i prawem do prywatności była podnoszona w literaturze<sup>31</sup>. Dość trzeba, że najczęściej jest to jedyny sposób uzyskania dowodów popełnienia przestępstwa i to dowodów pochodzących bezpośrednio od sprawcy.

O tak szerokiej interpretacji art. 19 ustawy o Policji świadczy również porównanie pierwotnego brzmienia tego przepisu ze zmianami dokonanymi po jego nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. Z uzasadnienia rządowego projektu zmian<sup>32</sup> wynika, że intencją było rozszerzenie zakresu wykorzystania dowodowego. W efekcie doszło do umożliwienia szerokiego wykorzystania dowodowego materiałów, uzyskanych pozaprosesowo. W piśmiennictwie zwracano uwagę na to, że czyni to co najmniej dyskusyjnym dalszy był procesowej kontroli rozmów<sup>33</sup>. Jest to problem zasługujący na odrębne omówienie.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że materiały uzyskane w toku kontroli operacyjnej nie mogą być wykorzystane jako dowody dla celów postępowań

<sup>30</sup> Druk sejmowy nr 557 Sejmu V kadencji, tekst ze stron internetowych Sejmu.

<sup>31</sup> Por. A. B o j a ń c z y k, Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym, *Palestra* 2004, nr 9–10, s. 44; M. C h r a b k o w s k i, Kontrola operacyjna przekazu informacji za zgodą zainteresowanego, *Prok. i Pr.* 2006, nr 7–8, s. 161.

<sup>32</sup> Druk nr 2012 Sejmu RP III kadencji.

<sup>33</sup> Por. S. W a l t o ś, *Proces karny...*, s. 372.

innych niż karne. Wykraczałoby to w sposób jaskrawy poza zakres art. 19 ust. 15 ustawy o Policji. Dotyczy to zatem również niemożności wykorzystania takich materiałów w postępowaniu dyscyplinarnym. Jedynym wyjątkiem może być wykorzystanie ich w sytuacji, gdy zarzucany delikt dyscyplinarny wyczerpuje równocześnie znamiona przestępstwa. Wówczas materiały takie mogą być wykorzystane w sposób niejako pośredni. Wskazać bowiem trzeba na wnioski wynikające z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2006 r., sygn. I KZP 8/06<sup>34</sup>. Sąd ten wypowiedział się w niej w kwestii możliwości zawieszenia postępowania dyscyplinarnego, gdy zachodzi taka właśnie sytuacja. Głównym argumentem było uznanie, że ustalenie w postępowaniu dyscyplinarnym, iż dany delikt wyczerpuje także znamiona przestępstwa, musi być oparte na prawomocnym wyroku skazującym za przestępstwo, którego znamiona zawarte są w zarzucanym przewinieniu dyscyplinarnym. Może się więc zdarzyć, że taki prawomocny wyrok skazujący zostanie oparty m.in. na dowodach zebranych w toku kontroli operacyjnej, a to z kolei zostanie wykorzystane w postępowaniu dyscyplinarnym dotyczącym tego samego czynu.

Przedstawione powyżej uwagi – nie wyczerpujące bynajmniej tematu – świadczą, jak trudna jest problematyka procesowego wykorzystania materiałów uzyskanych w toku czynności o charakterze operacyjnym. Niezależnie od rozwijającego się dorobku piśmiennictwa, wypada wyrazić nadzieję, że istniejące w orzecznictwie rozbieżności w wykładni prawa znajdą niebawem rozstrzygnięcie w judykacyjnej działalności Sądu Najwyższego.

---

<sup>34</sup> OSNKW 2006, nr 10, poz. 87.