

Z ORZECZNICTWA SĄDÓW

STANISŁAW HOC

GLOSA

DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 28 LISTOPADA 2013 R. I KZP 17/13¹

COMMENTARY TO THE DECISION OF THE SUPREME COURT OF 28 NOVEMBER 2013 IN THE CASE
I KZP 17/13

Teza

Czynności operacyjno-rozpoznawcze zastrzeżone dla upoważnionych organów i instytucji państwowych z mocy odrębnych przepisów, w rozumieniu art. 45 w zw. z art. 7 ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (Dz.U. z 2002 r. Nr 12, poz. 110), to takie czynności operacyjno-rozpoznawcze, które zostały wprost wymienione w ustawach i dla których określono przesłanki warunkujące ich podjęcie.

Glosa

Przedstawiony przez Sąd Najwyższy pogląd zasługuje na uznanie, został on bardzo dobrze merytorycznie uargumentowany. Warto jednak niektóre wątki rozwinąć. Należy zauważyć, iż SN wielokrotnie już odnosił się do niektórych rodzajów czynności operacyjno-rozpoznawczych, np. kontroli operacyjnej, inspirując tym samym m.in. dokonanie nowelizacji przepisów. Także Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się ostatnio m.in. w kwestii kontroli operacyjnej².

¹ OSNKW 2014, nr 1, poz. 5.

² Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11. Dz.U. z 2014 r., poz. 1055.

Podstawą wypowiedzi SN była następująca sprawa. W dniu 21 września 2011 r. do Sądu Rejonowego w O. wpłynął subsydiarny akt oskarżenia podpisany przez pełnomocnika A.S., w którym oskarżono W.K., prowadzącego w dacie analizowanego zdarzenia Agencję Detektywistyczną „W”, o to, że w bliżej nieustalonym dniu, jednak nie później niż w dniu 13 października 2010 r., w O., w celu uzyskania informacji o osobie, do której nie był uprawniony, założył urządzenie elektroniczne w postaci lokalizatora GPS w samochodzie Toyota Yaris o nr rej. [...] na szkodę oskarżycielki, to jest o przestępstwo określone w art. 267 § 3 k.k. Sąd Rejonowy w O., wyrokiem z dnia 28 marca 2013 r., uniewinnił oskarżonego W.K. od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Od powyższego wyroku apelację wniosła oskarżycielka posiłkowa subsydiarna. We wniesionym środku odwoławczym zarzuca się: naruszenie przepisów prawa materialnego (art. 267 § 3 k.k.), prawa procesowego (art. 7 k.p.k.) i błąd w ustaleniach faktycznych, nie sformułowano natomiast zarzutu naruszenia art. 45 ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (dalej jako: u.u.d.).

Rozpoznając ten środek odwoławczy, Sąd Okręgowy w S. powziął wątpliwości sformułowane w treści przekazanego zagadnienia prawnego: „Czy zainstalowanie w pojeździe osoby będącej przedmiotem zlecenia detektywistycznego urządzenia GPS związanego z obserwacją osoby jest czynnością dopuszczalną w myśl art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (Dz.U. z 2002 r. Nr 12, poz. 110), czy też jest czynnością operacyjno-rozpoznawczą przewidzianą w art. 7 wymienionej ustawy, zastrzeżoną dla innych upoważnionych organów?”.

SN szczegółowo odniósł się do podstaw podjęcia uchwały, podkreślając ich brak, ale uznał za wskazane zwrócenie uwagi na podnoszone w tej sprawie kwestie ograniczeń w zakresie metod i środków stosowanych przy wykonywaniu usług detektywistycznych przewidzianych w art. 45 u.u.d. w zw. z art. 7 u.u.d., z uwagi na występujące w praktyce problemy związane z oceną działań detektywa, które mogą skutkować w sferze naruszeń prawa karnego. W dniu 28 listopada 2013 r. SN postanowił odmówić podjęcia uchwały, a w piśmie z dnia 16 października 2013 r. prokurator Prokuratury Generalnej wniosł o odmowę podjęcia uchwały.

SN zwraca uwagę, że Sąd Okręgowy nie podjął jakiegokolwiek próby interpretacji stosownych przepisów ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych, w tym przede wszystkim wskazywanego w pytaniu prawnym art. 7 ustawy. Sąd pytający przedstawił ogólne i skrótowe rozważania dotyczące okoliczności sprawy, w tym charakteru urządzenia lokalizacyjnego i znaczenia jego wykorzystania w sprawie rozwodowej. Zdaniem SN w

przekazanym pytaniu prawnym nie idzie w istocie o interpretację określonego przepisu czy przepisów ustawy, ale o dokonanie subsumpcji – oceny, czy ustalony w sprawie stan faktyczny podpada pod normę prawną, którą należałoby zrekonstruować w oparciu o art. 45 w zw. z art. 7 i art. 2 ust. 1 pkt 1 u.u.d.

Zdaniem SN nie chodzi więc o abstrakcyjne ustalenie treści sformułowania zawartego w art. 7 (czynności operacyjno-rozpoznawcze zastrzeżone dla innych upoważnionych organów na mocy odrębnych przepisów), ale o to, czy taką czynnością jest w okoliczności konkretnej sprawy posłużenie się przez detektywa lokalizatorem GPS.

SN trafnie zauważa, że ustawa o usługach detektywistycznych w sposób szeroki określa zakres przedmiotowy informacji, które mogą być przez detektywa pozyskiwane. Należą do nich – stosownie do art. 2 ust. 1 tej ustawy – informacje o osobach, przedmiotach i zdarzeniach. Ich uzyskiwanie, przetwarzanie i przekazywanie może odbywać się jednak w formach i zakresach niezastrzeżonych dla organów i instytucji państwowych na mocy odrębnych przepisów (art. 2 ust. 1 *in fine* u.u.d.). Katalog rodzajowy takich informacji ma charakter przykładowy, gdyż ustawodawca posłużył się formułą „w szczególności”. Dlatego też – zdaniem SN – w świetle tego unormowania należy postrzegać sformułowania zawartego w art. 267 § 3 k.k.: „uzyskania informacji, do których nie był uprawniony”. Natomiast sformułowanie „w sprawach wynikających ze stosunków prawnych dotyczących osób fizycznych”, zawarte w art. 2 ust. 1 pkt 1 u.u.d., nawiązuje do wszelkich stosunków prawnych dotyczących osób fizycznych, a więc – *lege non distinguente* – także prawnorodzinnych czy prawnomalżeńskich. Należy przyjąć, że ustawodawca nie zawęży rodzaju informacji, jakie mogą być przez detektywa uzyskiwane. Wprowadza jednak ograniczenia w sposobie ich uzyskiwania, wskazane w art. 2 ust. 1, art. 7 i art. 45 u.u.d., ale nie są one – jak podkreśla SN – najważniejsze. Podstawowym wyznacznikiem działalności detektywistycznej jest art. 11 ustawy, w którym w punkcie 1 ustawodawca zastrzega, by detektyw przy wykonywaniu czynności przestrzegał przepisów prawa, nakazując mu jednocześnie odmowę ich wykonania w razie niezgodności z prawem lub etyką. Bezprawności nie zawężono jedynie do bezprawności karnej, z czego wynika, że czynność podejmowana przez detektywa powinna być zgodna z przepisami każdej gałęzi prawa karnego, cywilnego czy administracyjnego. Detektyw przy wykonywaniu czynności powinien kierować się szczególną starannością, by nie naruszać wolności i praw człowieka i obywatela (art. 6 *in fine* u.u.d.). Prokurator PG w swojej odpowiedzi podniósł m.in. argument, że w określonych okolicznościach (z uwagi na intensywność stosowania metody uznawanej za dopuszczalną) określone zachowania

detektywa, w innych wypadkach legalne, mogą stanowić przestępstwo tzw. stalkingu (art. 190a k.k.) albo wykroczenie złośliwego niepokojenia (art. 107 k.w.).

SN podkreśla, że „czynności ustawowo zastrzeżone dla organów i instytucji państwowych” (o jakich mowa w art. 45 u.u.d.), rozumiane jako środki techniczne oraz metody i czynności operacyjno-rozpoznawcze, zastrzeżone dla upoważnionych organów na mocy odrębnych przepisów (art. 7 u.u.d.), stają się jednym z ważnych ograniczeń w wykonywaniu czynności detektywistycznych.

SN zauważa przy tym, że ani sama ustawa o usługach detektywistycznych, ani jakkolwiek inny akt prawny tej rangi nie definiuje pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze uregulowane są w następujących ustawach:

- ustawie o Policji,
- ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu,
- ustawie o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym,
- ustawie o Straży Granicznej,
- ustawie o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego,
- ustawie o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych,
- ustawie o kontroli skarbowej,
- ustawie o Służbie Celnej (w wąskim zakresie),
- ustawie o Biurze Ochrony Rządu (w bardzo wąskim zakresie).

Na podstawie wyżej wymienionych ustaw prawo do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych mają żołnierze, funkcjonariusze i pracownicy 10 rodzajów służb i instytucji: Policji, ABW, AW, CBA, SKW, SWW, SG, ŻW, kontroli skarbowej oraz Służby Celnej. Żadna z tych ustaw nie definiuje pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych.

P. Czarnecki³ przyjmuje dla swoich rozważań mających charakter informacyjny, że pod pojęciem „czynności operacyjno-rozpoznawcze” należy zasadniczo rozumieć „ogół niejawnych działań upoważnionych ustawowo wyspecjalizowanych służb i organów państwowych, których celem jest: jak najbardziej sprawne wykrywanie negatywnych zjawisk godzących w porządek publiczny i bezpieczeństwo powszechne, rozpoznawanie grup i środowisk przestępczych, ustalanie źródeł dowodowych, zabezpieczanie środków

³ P. Czarnecki, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a postępowanie karne*, „Palestra” 2014, nr 7-8, s. 121 i n. Por. także: M. Andrzejewska, M. Andrzejewski, *Międzynarodowa konferencja naukowa „Pozaprosesowe pozyskiwanie dowodów i ich wykorzystywanie w procesie karnym”*, Kraków, 22-23 maja 2014 r., „Palestra” 2014, nr 7-8, s. 268–272.

dowodowych i przeprowadzanie dowodów, które mogą zostać wykorzystane w procesie karnym, pozyskiwanie podmiotów współpracujących z organami ścigania oraz ujawnienie okoliczności sprzyjających popełnianiu zachowań nieakceptowalnych społecznie”.

W V kadencji Sejmu posłowie Platformy Obywatelskiej złożyli projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (druk nr 1570 z 26 stycznia 2007 r.). Projekt ten w dniu 30 marca 2007 r. został skierowany do pierwszego czytania do czterech komisji, tj. Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych, Komisji Finansów Publicznych, Komisji Obrony Narodowej oraz Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka. W VI kadencji Sejmu posłowie PO ponownie złożyli projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (druk nr 353 z 28 lutego 2008 r.), który po pierwszym czytaniu w Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych został w maju 2008 r. skierowany do podkomisji, którą kierował M. Biernacki (PO). Prace nad tym projektem nie zostały jednak zakończone przed upływem kadencji (byłem jednym z ekspertów tej podkomisji).

W wielu państwach czynności operacyjno-rozpoznawcze są uregulowane w odrębnych ustawach jednolitych dla służb specjalnych i innych (Litwa, Ukraina, Federacja Rosyjska, Estonia, Australia). Według art. 2 ust. 1 projektu: Czynności operacyjno-rozpoznawcze są zespołem przedsięwzięć, jawnych i niejawnych prowadzonych wyłącznie w celu:

- 1) rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw,
- 2) odnajdywania osób ukrywających się przed organami ścigania lub wymiarem sprawiedliwości oraz osób zaginionych, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ich zaginięcie jest wynikiem przestępstwa, a także odnajdywanie rzeczy utraconych w wyniku przestępstwa lub mających związek z przestępstwem,
- 3) ustalenia tożsamości osób i zwłok, w przypadku uzasadnionego podejrzenia przestępczego działania.

Natomiast według ust. 2: Czynności operacyjno-rozpoznawcze w szczególności polegają na:

- 1) uzyskiwaniu, gromadzeniu, przetwarzaniu i sprawdzaniu w sposób jawny i niejawny informacji o przestępstwach,
- 2) uzyskiwaniu dokumentacji, próbek i materiałów porównawczych w celu ujawnienia lub zabezpieczenia dowodów przestępstwa.

W ust. 3 określono metody prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Według D. Szumiło-Kulczyckiej⁴ objęcie jednym aktem prawnym wszelkich pozaprocesowych metod pozyskiwania informacji i jednostek na cele rozpoznawcze, zapobiegawcze i wykrywcze miałyby wiele zalet. Uwzględniając jednak wiele uwarunkowań szczególnych i trudności, uważa ona, że pozostać należy w dalszej perspektywie przy autonomicznym uregulowaniu poszczególnych kompetencji w ustawach branżowych.

Zdaniem D. Szumiło-Kulczyckiej⁵ ustawodawca ogranicza się do wskazania celów, jakim mają służyć, czyni to jednak w sposób zróżnicowany i niekonsekwentny. Według niej próba skonstruowania abstrakcyjnej definicji czynności operacyjno-rozpoznawczych na podstawie przepisów wymienionych ustaw wydaje się bezcelowa, gdyż ustawodawca w większości regulacji łącznie ujmuje czynności operacyjno-rozpoznawcze i czynności dochodzeniowo-śledcze lub administracyjno-porządkowe bądź analityczno-informacyjne. „Łącznie też przypisuje im określone cele, co uniemożliwia ustalenie, czy realizacji konkretnego celu służyć ma jeden z rodzajów tych czynności, czy wszystkie. To jednak, co w pewnym zakresie wybija się w kontekście wszystkich regulacji, to możliwość pozyskiwania informacji. Bez pozyskiwania informacji nie jest bowiem możliwe żadne działanie ani dla rozpoznawania przestępstw, ani ich zapobiegania, wykrywania czy wreszcie ścigania ich sprawców”.

Niektóre z czynności ustawodawca uregulował w przepisach prawa (np. kontrola operacyjna). G. Gozdór⁶ zauważa, że żadna z takich regulacji nie zawiera sformułowania, by określone w nich poszczególne czynności operacyjno-rozpoznawcze miały być „zastrzeżone” dla tych właśnie służb państwowych. Zwrot „czynności ustawowo zastrzeżone” nie jest terminem ustawowym, jest to więc zwrot nieokreślony.

W związku z powyższym pojawia się pytanie, co należy rozumieć pod pojęciem „czynności zastrzeżone dla odpowiednich organów”. SN stoi na stanowisku, że termin ten należy interpretować w kontekście art. 7 Konstytucji, stanowiącego, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Stąd też sformułowanie „czynności zastrzeżone dla odpowiednich organów” obejmuje swoim zakresem wyłącznie działania organów władzy publicznej podejmowane w granicach ustawowego upoważnienia. Z tego powodu – jak podkreśla SN – owo zastrzeżenie należy rozumieć jako dopuszczenie przez ustawodawcę (przy spełnieniu określonych przesłanek) stosowania przez odpowiednie organy

⁴ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 159 i n.

⁵ D. Szumiło-Kulczycka, op. cit., s. 357 i n.

⁶ G. Gozdór, *Usługi detektywistyczne. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 75–86; tenże: *Przestępstwa z ustawy o usługach detektywistycznych*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 6, s. 94.

środków, metod i czynności, które w braku takiego upoważnienia – stanowiłyby zachowania nielegalne, a wręcz przestępne. Trafnie więc konstatuje SN, że skoro ustawodawca dopuszcza możliwość stosowania takich metod, środków i czynności przez określone służby, i to w dodatku nie zawsze, a tylko w razie zaistnienia szczegółowo określonych okoliczności, to w żadnej mierze nie można przyjąć, że takie środki, metody czy czynności miałyby być powszechnie dostępne dla każdego detektywa, czy szerzej – każdej osoby. Przepisy przewidujące możliwość przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych mają charakter kontratypowy⁷. Dlatego też w ich braku zachowania funkcjonariuszy czy żołnierzy poszczególnych służb pozostawałyby bezprawne, tak jak pozostają bezprawne zachowania detektywa stosującego takie właśnie środki, metody czy czynności – konstatuje SN.

Słusznie SN zauważa, że art. 7 u.u.d. jest uszczegółowieniem reguły wyrażonej w art. 11 pkt 1 i art. 6 u.u.d. Stwierdza przy tym, że czynności operacyjno-rozpoznawcze zastrzeżone dla upoważnionych organów i instytucji państwowych na mocy odrębnych przepisów, w rozumieniu art. 45 w zw. z art. 7 u.u.d., to takie czynności operacyjno-rozpoznawcze, które zostały wprost wymienione przez ustawodawcę w ustawach i dla których określił on przesłanki warunkujące ich podjęcie przez te osoby i instytucje.

Przy rozstrzygnięciu, czy czynność posłużenia się lokalizatorem GPS – zdaniem SN – której w ramach wykonywania usług detektywistycznych podjął się oskarżony, należy do jednej z zastrzeżonych (w powyższym rozumieniu) dla organów państwa czynności operacyjno-rozpoznawczych, a w szczególności, czy stanowi kontrolę operacyjną, trzeba mieć na uwadze dyspozycję art. 19 ust. 6 pkt 3 o Policji, zastrzegającego stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie dla Policji, przy spełnieniu przesłanek wskazanych w art. 19 cyt. ustawy, umożliwiających podjęcie tego rodzaju działań.

Zdaniem SN Sąd Okręgowy w S. zobowiązany będzie ocenić, czy ustalone zachowanie oskarżonego wypełniało znamiona określone w przepisach karnych. Jeżeli – jak zauważa SN – takim przepisem byłby jedynie art. 45 u.u.d., to oceny wyroku sądu pierwszej instancji powinno dokonać się z uwzględnieniem postawionego w akcie oskarżenia zarzutu, rodzaju zapadłego rozstrzygnięcia, a także treści art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. i art. 439 § 2 k.p.k.

W. Kozielowicz⁸ podkreśla, że użyte w tym przepisie pojęcie „środki techniczne umożliwiające uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie”

⁷ G. Gozdór, *Usługi*, op. cit., s. 79.

⁸ W. Kozielowicz, *Środek techniczny umożliwiający uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie – kilka uwag o wykładni art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o Policji*, [w:] A.R. Pach, Z. Rau, M.

obejmuje swoim zakresem wszystkie dostępne środki techniczne, które służą do prowadzenia kontroli operacyjnej.

Abstract

Author approves of the decision. He evolves topics and presents his additional arguments supporting Supreme Court's position.