

**Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego oraz
niektórych innych ustaw - z dnia 25 listopada 2009 r.**

I. Uzasadnienie merytoryczne proponowanej nowelizacji.

Komisja Kodyfikacyjna ma tu do czynienia z dość paradoksalną sytuacją; powszechnie mówi się, że podsłuch jest powszechnie nadużywany jako jedna z czynności operacyjnych służb policyjnych. Podnosi się to ostatnimi czasy bardzo często w środkach masowego przekazu. Podaje się sporo faktów rzeczywiście alarmujących, że nie przestrzega się aktualnie obowiązujących rygorów. Równocześnie dokładne dane statystyczne, informujące o częstotliwości, rozmiarach i charakterze stosowaniu podsłuchu operacyjnego, pozostają poza zasięgiem osób wciąganych w procedurę opiniowania koncepcji legislacyjnych. Inaczej mówiąc, Komisja musi ocenić zasadność proponowanych rozwiązań legislacyjnych głównie na podstawie informacji medialnych, a nie solidnej analizy stanu aktualnego.

Z tych informacji medialnych, wypowiedzi polityków w Sejmie i poza Sejmem oraz z dostępnej literatury prawniczej wynika istotnie potrzeba – kierując się przede wszystkim argumentacją zdroworozsądkową – bardzo szybkiego dokonania dość daleko idących korekt w omawianej dziedzinie. Ostatnie głośnie przypadki wskazują także pożądaną kierunek przyszłej nowelizacji.

Sprawa jest pilna, gdyż mamy tu do czynienia z coraz częstszym stosowaniem podsłuchu jako środka zdobywania dowodów, a zarazem z sygnalizowanym zjawiskiem nie zawsze skrupulatnego stosowania obowiązujących przepisów, nie mówiąc już o przypadkach ich świadomego naruszania, z reguły w imię tzw. wyższych racji.

II. Ocena kierunku regulacji prawnej kontroli operacyjnej i podsłuchu procesowego, a szczególnie założeń i głównych wątków projektu przygotowanego w Ministerstwie Sprawiedliwości.

Każdy podsłuch, organizowany przez władzę publiczną, jest niczym innym jak ingerencją w sferę prywatności osoby podsłuchiwanej, odstępstwem od zasady statuowanej w art. 8 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz w art. 49 Konstytucji RP (Zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony). Do fundamentalnych

kanonów procedur legislacyjny oraz wykładni prawa w tym zakresie należy konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności podczas wprowadzania wyjątków, przewidzianych w art. 49 zd. 2 Konstytucji RP i w art. 8 ust. 2 EKPC.

Przez pryzmat zasady proporcjonalności trzeba zatem oceniać projekt przygotowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości (z dnia 18 listopada 2009 r.) o zmianie przepisów k.p.k. i innych ustaw (tzw. policyjnych). Niewątpliwie zmierza on do nałożenia większych rygorów na osoby podejmujące decyzje o posłużeniu się podsłuchem oraz do ochrony przed przekraczaniem granic niezbędności stosowania takiego środka. Przez projekt przebija troska o realizację zasady proporcjonalności, o zapobieżenie licznym dewiacjom sygnalizowanym przez środki masowego przekazu oraz o implementację orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego.

Dobrze się stało, że proponowanymi zmianami objęto nie tylko kontrolę operacyjną stosowaną przez służby policyjne, ale i podsłuch procesowy (kontrolę procesową), unormowaną w k.p.k. Wprawdzie podsłuch procesowy nie występuje często w praktyce, niemniej nie można go podczas nowelizacji pominąć. Pewne reguły są tu wspólne dla obu rodzajów kontroli – procesowej i operacyjnej.

Mimo to rzucają się w oczy pewne mankamenty proponowanych zmian legislacyjnych, mające charakter systemowy. Prawdopodobnie niektórych z nich, z powodu uwarunkowań ustrojowych, nie da się usunąć, ale mimo to nie można pominąć ich milczeniem.

1) Znamienna jest duża liczba służb policyjnych uprawnionych do stosowania kontroli operacyjnej (ogólne ustawowe określenie: czynności operacyjno-rozpoznawcze). Aktualnie w Polsce kontrolę operacyjną (a w jej ramach i podsłuch) stosować mogą: Policja, ABW, CBA, Straż Graniczna, Kontrola Skarbowa, Żandarmeria Wojskowa, Służba Kontrwywiadu Wojskowego i Służba Wywiadu Wojskowego. W takiej sytuacji utrzymanie pełnej kontroli nad stosowaniem podsłuchów przez Prokuratora Generalnego oraz sądy w dalszym ciągu będzie w praktyce zadaniem bardzo trudnym.

Zdaniem Komisji Kodyfikacyjnej najlepszym rozwiązaniem systemowym byłoby:

a. uchwalenie jednej ustawy, wspólnej dla wszystkich służb policyjnych, w której znalazłyby się przepisy unifikujące kontrolę operacyjną i gwarantujące nie tylko skrupulatny nadzór sądu i prokuratora nad taką kontrolą, ale i przyznające sądowi i prokuratorowi prawo zarządzenia takiej kontroli;

b. taka ustawa spowodowałaby wówczas zbędność obowiązywania przepisów k.p.k. regulujących podsłuch procesowy.

2) Autorzy projektu starali się ujednoczyć unormowania podsłuchu w stosunku do wszystkich służb policyjnych i stworzyć identycznie obowiązujące zasady postępowania z materiałami, które nie zostały wykorzystane w postępowaniu karnym. Z tabeli zawierającej uwagi zgłoszone w czasie uzgodnień międzyresortowych wynika wszakże, że pozostało sporo wątpliwości, które wymagają usunięcia.

3) Koncepcja zastrzeżenia przesłanek wydawania przez sąd zgody na podsłuch jest trafna. Przede wszystkim dobrze się stało, że obowiązkowe będzie przedstawianie materiałów uzasadniających zastosowanie kontroli operacyjnej. Wreszcie same gołosłowne zapewnienia i zdawkowe informacje wstępne nie będą wystarczać do zarządzenia takiej kontroli. Z uznaniem trzeba podkreślić, że organy służb policyjnych wnoszące o zarządzenie kontroli operacyjnej oraz o przedłużenie okresu jej stosowania zobowiązane zostały do przedstawiania właściwemu prokuratorowi i sądowi materiałów, które zawierają fakty uzasadniające zastosowanie albo kontynuację kontroli.

4) Słusznie proponuje się wprowadzenie zakazu wykorzystywania materiałów uzyskanych podczas podsłuchu w innych postępowaniach niż postępowanie karne w sprawach o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego możliwe jest zarządzenie takiej kontroli.. Jest to zasadna reakcja legislacyjna na niedawno ujawnione przypadki wykorzystywania takich materiałów w postępowaniu innym, niż dotyczącym sprawy o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, dla której uruchomiono kontrolę operacyjną. Powstaną tu oczywiście nowe problemy wynikające z nacisku występującego w praktyce, aby przeprowadzić odpowiednią transformację materiału uzyskanego podczas podsłuchu w dane, które będzie wolno wykorzystać w innych postępowaniach, np. dyscyplinarnym przeciwko adwokatowi, sędziemu lub prokuratorowi.

Inna sprawa, czy zamiar ten został przeprowadzony zgodnie z zasadami sztuki legislacyjnej. Poważne zastrzeżenie w tej materii zgłosiła dr K. Boratyńska w opracowanej dla Ministerstwa opinii podnosząc, że nie w k.p.k. i ustawach „policyjnych”, a w aktach normatywnych regulujących postępowania inne niż karne należałoby ustanowić takie zakazy, np. w ustawie o NIK, ordynacji podatkowej itp. Zgoda, ale w tym wypadku realizacja tej reguły byłaby utrudniona z uwagi na bardzo dużą liczbę aktów normatywnych. W związku z tym komisja poddaje pod rozważenie możliwość ustanowienia zakazu...od strony pozytywnej. Chodzi o to, że można by napisać, iż „wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli i utrwalania rozmów jest dopuszczalne **tylko** w postępowaniu karnym”. Podobne formuły można by wpisać do ustaw „policyjnych”, określanych w uzasadnieniu projektu jako ustawy kompetencyjne.

Powstaje tu jednak jeszcze jeden problem. Chodzi o to, że proponowany przez projekt zakaz spowodowałby niedopuszczalność posługiwania się materiałami z podsłuchu procesowego i operacyjnego wówczas, gdy niezbędne byłoby podjęcie decyzji o wszczęciu postępowania karnego np. w czasie czynności sprawdzających lub celem zbadania podstaw do uchylenia immunitetu. Zakaz bowiem działałby do momentu wydania postanowienia o wszczęciu postępowania przygotowawczego (w praktyce śledztwa z uwagi na katalog ustawowy). Z tego powodu należałoby rozważyć uzupełnienie ograniczenia dopuszczalności wykorzystywania materiałów z podsłuchu także w postępowaniu zmierzającym do wyjaśnienia, czy zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania karnego w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe.

5) Projekt reguluje kwestię tzw. zgody następczej, w kierunku wskazanym przez znane postanowienie Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/97 (OSN w sprawach karnych, rocznik 2007, poz. 975). Propozycja zasługuje na aprobatę, gdyż niezbędne było legislacyjne doprecyzowanie tej kwestii, szczególnie w odniesieniu do podsłuchu procesowego.

Szeroka akceptacja *ex post facto* podsłuchów przekraczających granice kontroli ustalone w zezwoleniach wydawanych przez sądy, może jednak doprowadzić do faktycznego osłabienia funkcji gwarancyjnej wydawanych zezwoleń *ante facto*. Interes ścigania brałby wówczas zdecydowanie górę nad ochroną prywatności. W takich bowiem przypadkach niestaranne przygotowanie i brak wnikliwego przemyślenia przedmiotu oraz kręgu podmiotów można łatwo naprawiać korzystając z zgody następczej.

6) Niszczenie materiałów nie mających znaczenia dla postępowania karnego. Zasada jest trafna, choć trudna do zaaprobowania” przez służby policyjne, które nieraz wykazywały skłonność do przechowywania takich materiałów na wszelki wypadek.

Trafne w związku z tym jest zróżnicowane uregulowanie tej kwestii w projekcie. Słusznie rozróżnia się niszczenie materiału niezatwierdzonej kontroli procesowej i operacyjnej oraz niszczenie materiału uzyskanego w wyniku podsłuchu zalegalizowanego. W tym drugim wypadku możliwe są dwie możliwości. Pierwsza: niszczy się wszystkie materiały, gdy są zbędne w całości, i druga: niszczy się tylko w tym zakresie, w jakim są zbędne. W zależności od podstawy i zakresu niszczenia uregulowane zostały uprawnienia stron postępowania.

7) Komisja nie podziela zdania, że uzasadnione jest dalsze posługiwanie się tzw. parametrycznym ustalaniem wartości szkody, obliczanym na podstawie wielokrotności minimalnego wynagrodzenia. Parametryczny wskaźnik pojawił się w czasach malejącej inflacji i jest dzisiaj tylko reliktem przeszłości. Nie bez powodu nowela kodeksu karnego i

innych ustaw z 5 XI 2009 r. znowelizowała art. 115 § 5 i § 6 k.k., wprowadzając kwotowe określenie szkody. To samo należy zrobić w ustawach „policyjnych” (kompetencyjnych).

8) Nigdzie nie ma słowa o kwestii podsłuchiwania adwokatów będących obrońcami. Nie jest pewne, czy jest to celowe zaniechanie ze strony Autorów projektu, czy tylko zapomnienie. Przemilczenie tej kwestii w projekcie nie jest najlepszym jej załatwieniem. Bez względu na krzyżujące się tu przeróżne racje, potrzebny jest w tej materii głos ustawodawcy. Oczywiście problem ten powinien być rozwiązany bardzo ostrożnie. Należałoby zastanowić się nad tym, czy nie wprowadzić do przyczyn nakazujących niszczenie materiałów z podsłuchu, jeżeli wyjdzie na jaw, że znajdują się wśród nich utrwalenia rozmowy obrońcy z oskarżonym (w znaczeniu szerokim). Jeżeli tak się nie stanie, będzie można oczekiwać prób ekstensywnej interpretacji art. 178 pkt 1 k.p.k., która zderzy się literalną wykładnią tego przepisu. Jak wiadomo, teoria tzw. przedłużonego działania zakazów dowodowych nie została powszechnie przyjęta w praktyce. Ostatnie przypadki zaś obejmowania kontrolą operacyjną rozmów adwokatów, jak wiadomo, wywołały burzę w środkach masowego przekazu.

III . Uwagi szczegółowe.

Najpierw o podsłuchu procesowym, czyli o projekcie znowelizowania art. 237 – 242 k.p.k.

a) Wątpliwości budzi projektowany art. 237b k.p.k., a mianowicie zawarty w nim passus „zwrot następuje dopiero po zakończeniu tego postępowania”. O jakie zakończenie postępowania w tym przepisie chodzi ? O zakończenie postępowania przygotowawczego, czy też prawomocne zakończenie całego postępowania karnego ? Proponuję napisać, że chodzi tu o zakończenie postępowania przygotowawczego.

b) Art. 238 § 3 niepotrzebnie wprowadza wniosek prokuratora warunkujący decyzję sądu. Sąd powinien mieć także prawo działania z urzędu.

c) Nowela ustawy o Prokuraturze. Nowy art. 10 ea tej ustawy nie mówi ani słowem o rodzajach służb policyjnych. To błąd; ani parlament ani społeczeństwo nie dowie się, które ze służb sięgają najczęściej po podsłuchy i którym najczęściej się odmawia. Można oczywiście w przyszłości podjąć próbę wyinterpretowania takiego obowiązku z szczególnych, nowych, przepisów ustaw „policyjnych” regulujących powinność składania przez Prokuratora Generalnego informacji o kontroli operacyjnej, ale nie jest pewne, czy w praktyce wykładnia nie przybierze innego kierunku.

d) Przejdźmy do ustaw „policyjnych” Na wstępie chciałbym zaproponować Komisji przyjrzenie się zestawieniu uwag poczynionych w czasie uzgodnień międzyresortowych.

Znakomicie pokazują one, jak dają znać o sobie interesy resortowe i spojrzenie przez pryzmat „własnego podwórka”.

e) Zgodzić się trzeba z krytyczną uwagą dr K. Boratyńskiej, że wprowadzanie określenia „właściwego z uwagi na siedzibę składającego wniosek organu Policji prokuratora okręgowego” jest zbyteczne. Dotychczas funkcjonujące określenie „właściwy miejscowo prokurator ...” zawsze wystarczało. Co więcej, mnożenie przepisów zacieśniających swobodę w określaniu właściwości prokuratorów jest zabiegiem niepotrzebnym ze względu na samą istotę prokuratury jako instytucji, którą powinna cechować elastyczność – w granicach prawa – doboru form działania i organizacji wewnętrznej.

f) Ani w art. 19 ust. 17a ustawy o Policji ani w większości ustaw „policyjnych” nie ma zagwarantowanej kontroli sądu nad niszczeniem materiałów. Należałoby to zmienić.

IV. Konkluzja.

Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego ocenia projekt jako potrzebny, idący we właściwym kierunku kryminalno-politycznym i proponujący trafne uregulowania legislacyjne. Ta ogólna pozytywna ocena nie wyklucza oczywiście potrzeby przeprowadzenia szczegółowych korektur, zaproponowanych w niniejszej opinii i opiniach złożonych w Ministerstwie Sprawiedliwości.