

## RECENZJE I OMÓWIENIA

**Dr Krystyna Szczechowicz (rec, monografii) *Podstuch telefoniczny w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, Olsztyn 2009, s. 179.**

### I.

Monografia dr Krystyny Szczechowicz, jakkolwiek została wydana już dwa lata temu przez Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, stanowi opracowanie aktualne z uwagi na niezwykle ważki i wywołujący stale dyskusję temat, jakiemu została poświęcona.

Praca składa się z wprowadzenia, pięciu rozdziałów, zakończenia oraz bibliografii.

W rozdziale I, zatytułowanym *Tajemnica komunikowania się w świetle praw człowieka*, omówiono zagadnienie pojęcia praw człowieka, ze szczególnym uwzględnieniem prawnych gwarancji swobody komunikowania się, poczynając od najstarszych aktów normatywnych, w których posłużono się terminem „prawa człowieka” (Bill of Rights, Wirginia, 1779 r.), poprzez przegląd katalogu konstytucyjnych wolności i praw obywatelskich, aż po materię, ingerującej w wolność komunikowania się, kontroli korespondencji w świetle postanowień Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (DzU 1997, nr 78, poz. 483, ze zm.) oraz Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. Należy zgodzić się z poglądem autorki, iż warunkiem zapewnienia skutecznej ochrony praw jednostki przed nieuzasadnioną ingerencją w sferę komunikowania się, jest wypracowanie swoistego kompromisu ustawodawczego pomiędzy koniecznością istnienia instrumentów kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, a prawnymi gwarancjami wolności obywatelskich, które muszą mieć tak charakter materialno-procesowy jak i proceduralny (s. 21–22).

Rozdział II poświęcony został instytucji kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych w świetle postanowień kodeksu postępowania karnego. Autorka wyraża obawę, iż wyposażenie organów ścigania w instrumenty wkraczające w sferę prywatności jednostki mogą doprowadzić do sytuacji, w której Polska stanie na granicy państwa policyjnego, uznając za niezadawalające prawne gwarancje jednostki przed nieuzasadnionym podsłuchem dokonywanym w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych (s. 28–29). Przedstawia kodeksowe regulacje procesowej kontroli rozmów telefonicznych poczynając od rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. — Kodeks postępowania karnego z 1928 r. (DzU 1928, nr 33, poz. 313, ze zm.), poprzez ustawę z dnia 19 kwietnia 1969 r. — Kodeks postępowania karnego (DzU 1969, nr 13, poz. 96, ze zm.), aż po obecną regulację kodeksową tj. ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks postępowania karnego (DzU 1997, nr 89, poz. 555, ze zm.). Zdaniem autorki, dopiero nowelizacja ustawodawstwa karnoprocesowego przeprowadzona ustawą

z 18 grudnia 1982 r. o szczególnej regulacji prawnej w okresie zawieszenia stanu wojennego (DzU 1982, nr 41, poz. 273), wprost upoważniła organy procesowe (sąd i prokuratora) do utrwalania treści rozmów telefonicznych (s. 31). Stanowisko takie zasługuje na pełną akceptację, skoro pod rządami poprzedniego stanu prawnego mowa była jedynie o wydawaniu „korespondencji i przesyłek, wysyłanych przez oskarżonego lub do niego adresowanych” (art. 158 § 1 K.p.k. z 1928 r.) oraz udostępnianiu „korespondencji i przesyłek mających znaczenie dla toczącego się postępowania” (art. 198 § 1 K.p.k. z 1969 r.). Rangę zagadnienia stosowania kontroli komunikowania się na gruncie obowiązującego ustawodawstwa podkreśla fakt, iż poświęcono mu odrębny rozdział 26 K.p.k. z 1997 r., który wyróżnia kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych (art. 237 K.p.k. z 1997 r.) oraz kontrolę i utrwalanie przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w szczególności korespondencji przesyłanej drogą elektroniczną (e-maili) (art. 241 K.p.k. z 1997 r.).

Zagadnienie pozaprocesowej kontroli rozmów telefonicznych w polskim systemie prawnym omówiono w rozdziale III monografii. Autorka wskazuje, iż stanowi ona formę czynności operacyjno-rozpoznawczych, które nie doczekały się jak dotąd definicji legalnej w polskim prawie (s. 77). Niemniej jednak nadmienić należy, iż w roku 2008 opracowany został projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (Sejm RP VI kadencji, druk nr 353), w świetle którego 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*. Dodać trzeba, że wraz z uchwaleniem i wejściem w życie tejże ustawy ujednocicone zostałyby reguły prawne prowadzenia czynności polegających na stosowaniu podsłuchu telefonicznego przez wszystkie uprawnione do tego służby państwowe. W przedmiotowym rozdziale dokonano również przeglądu uprawnień poszczególnych służb ochrony państwa w tym obszarze, a wśród nich — Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, Służby Wywiadu Wojskowego i Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmerii Wojskowej, Straży Granicznej, jednostek organizacyjnych kontroli skarbowej oraz Centralnego Biura Antykorupcyjnego. Pani dr Krystyna Szczechowicz wskazuje przy tym na brak w przepisach ustawowych ograniczenia zakresu podmiotowego zastosowania instytucji podsłuchu telefonicznego, zgadzając się z tezą, iż stwarza to możliwość zarządzania kontroli wobec osoby prawnej (s. 86–87), którego to przekonania nie sposób zaakceptować. Chodzi tutaj przecież o sprawdzenie treści wymiany informacji dokonywanej za pomocą środków komunikacji elektronicznej, której nadawcami i odbiorcami mogą być przecież jedynie osoby fizyczne, jakkolwiek faktem jest, że może ona mieć miejsce w związku z wykonywaniem określonych zadań na rzecz (w imieniu) osoby prawnej.

Rozdział IV opracowania nosi tytuł *Problematyka podsłuchu telefonicznego w świetle Konwencji o Pomocy w Sprawach Karnych pomiędzy Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej*. Autorka przedstawia w nim procedurę „przechwytywania przekazów telekomunikacyjnych”, odrębnie dla sytuacji dotyczącej: podmiotów znajdujących się na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej; własnego terytorium za pośrednictwem dostawców usług telekomunikacyjnych; braku pomocy technicznej innego państwa członkowskiego. Jakkolwiek zagadnienie to jest niezwykle aktualne, to rozdział przedmiotowy ma jedynie opisowy charakter. Zbyt powierzchownie potraktowano w nim niestety zagadnienie obowiązków przedsiębiorców telekomunikacyjnych na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego (s. 136–138). Pożądane byłoby w tym miejscu bowiem przeprowadzenie chociażby analizy spoczywającego na nich obowiązku retencji danych, w szczególności w oparciu o postanowienia dyrektywy 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniającej dyrektywę 2002/58/WE (Dz.Urz. UE L 105 z dnia 13 kwietnia 2006 r., s. 54–63).

W rozdziale V omówiono wreszcie materialnoprawne i procesowe aspekty naruszeń prawa do tajemnicy komunikowania się. Stosunkowo szeroko omówiono sposób dochodzenia praw i wolności obywatelskich, czy to za pośrednictwem skargi konstytucyjnej (art. 79 Konstytucji RP z 1997 r.), w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za działania funkcjonariuszy publicznych, czy też przed organami międzynarodowymi. Szkoda, że autorka kładzie nacisk przede wszystkim na odpowiedzialność funkcjonariuszy związaną z bezprawnym stosowaniem podsłuchu telefonicznego. Nie mniej istotna jest przecież np. odpowiedzialność chociażby takich osób, które — w ramach działalności przedsiębiorców telekomunikacyjnych — uczestniczą w przetwarzaniu danych telekomunikacyjnych znajdujących się w dyspozycji tych podmiotów. Pominięto wreszcie w monografii zagadnienie odpowiedzialności prawnokarnej za naruszenie zasad przetwarzania danych osobowych, o której mowa w rozdziale 8 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U 2002, nr 101, poz. 926, ze zm.). Warto byłoby pokusić się również o poszerzenie zakresu rozważań poświęconych ochronie tajemnicy telekomunikacyjnej o kwestię odpowiedzialności karnoadministracyjnej na gruncie ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. — Prawo telekomunikacyjne (Dz.U 2004, nr 171, poz. 800, ze zm.), gdzie jej naruszenie podlega dość dolegliwej karze pieniężnej (art. 209 ust. 1 pkt 24 Prawa telekomunikacyjnego).

W zakończeniu autorka dokonuje oceny aktualnego stanu przepisów powszechnie obowiązującego prawa regulujących materię podsłuchu telefonicznego. Formuluje szereg wniosków *de lege ferenda*, sugerując m.in. wprowadzenie w odniesieniu do instytucji podsłuchu telefonicznego rozwiązań legislacyjnych analogicznych do znanych procesowej kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych np. poprzez wyznaczenie maksymalnego okresu stosowania podsłuchu pozaprocesowego (s. 172). Niektóre z nich, takie chociażby jak wprowadzenie

zaskarżalności przez prokuratora niektórych postanowień sądu w sprawie zastosowania podsłuchu procesowego, należy uznać za zasadne. Wydaje się jednak, że inne są nie do przyjęcia wobec współczesnych zagrożeń związanych w szczególności z terroryzmem, a zwłaszcza jego odmianą określaną mianem tzw. „cyberterroryzmu”. Zwraca także uwagę, iż ustawodawca nie odnosi się do problemu wykorzystania w toku postępowania karnego materiałów pozyskanych w drodze podsłuchu bezprawnego, w szczególności przez osoby prywatne (s. 173–174). Czy jest to jednak konieczne, gdy orzecznictwo i doktryna prawa karnego ma tutaj wypracowane stanowisko w sprawie odrzucenia zasady tzw. „owoców zatrutego drzewa”, znajdującej oparcie w tzw. formalnej teorii dowodów? Nie została ona przyjęta w polskim procesie karnym, gdzie obowiązuje zasada swobodnej oceny dowodów, która nakładała na sąd obowiązek dokonania oceny wszystkich, niezależnie od ich źródła, dowodów zgodnie z dyrektywami zawartymi w art. 7 k.p.k. z 1997 r. (zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 maja 2004 r., II AKa 160/04, LEX nr 150898; P. Hofmański [red.], E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 59). W opracowaniu zasygnalizowano wreszcie zagadnienie granic dopuszczalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych w odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę obrończą (s. 174), której nienaruszalność nie powinna jednak nastroczać wątpliwości.

Monografię opatrzone również w bibliografię obejmującą zbiór niemal stu pozycji literatury, z której skorzystano w trakcie rozważań oraz prawie sześćdziesięciu orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego oraz sądów apelacyjnych.

## II.

Zagadnienie podsłuchu telefonicznego budziło zawsze zainteresowanie, tak doktryny prawa (np. K. Dudka, *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998, ss. 165; B. Kurzępa, *Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych według kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 3, s. 77–92; M. Klejnowska, *Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 94–110; E. Gruza, A. Rasz, *Procesowo-kryminalistyczne aspekty podsłuchu*, „Studia Iuridica” 2006, nr 46, s. 109–122; D. Drajewicz, *Procesowa kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych. Wnioski de lege ferenda*, „Ius Novum” 2009, nr 3, s. 80–92), jak i, a może przede wszystkim, opinii publicznej, nastawionej zdecydowanie negatywnie wobec wkraczania władzy publicznej w jakąkolwiek sferę prywatności. Ma to miejsce zwłaszcza w obecnej dobie, gdy techniczne możliwości infiltracji społeczeństwa, nie tylko przez legalnie działające organy ochrony prawnej, ale także przez podmioty nieuprawnione, a czasami przez zorganizowane grupy i związki przestępcze, są ogromne. Monografia niniejsza stanowi kolejny głos w przedmiotowej sprawie, zasługujący z pewnością na uwagę.

Czym recenzowana monografia wyróżnia się spośród szeregu innych opracowań poświęconych przedmiotowemu zagadnieniu? Po pierwsze, poddano w niej

gruntownej analizie prawo do swobody komunikowania się i gwarancjom prawnym wolności obywatelskich *in genere*. Po drugie, warto odnotować, że autorka odwołuje się przy swoich rozważaniach, w celu prawnoporównawczym, do ustawodawstwa innych krajów, w szczególności Niemiec, Austrii i Rosji, nie wspominając już o obszernej analizie przepisów prawa unijnego oraz międzynarodowego. Po trzecie wreszcie, formułuje szereg istotnych wniosków *de lege ferenda*, które warto szczególnie przeanalizować pod kątem zasadności dokonania stosownych zmian legislacyjnych, przede wszystkim w zakresie podsłuchu pozaprocesowego.

Daje się w toku jej lektury zauważyć jednakże również kilka mankamentów. Po pierwsze, pewne wątpliwości budzić może sam tytuł pracy, który wskazuje pozornie na ograniczenie tematyki monografii jedynie do podsłuchu uregulowanego w Kodeksie postępowania karnego. Tymczasem obejmuje ona swoim zakresem zarówno instytucje podsłuchu procesowego, jak i pozaprocesowego prowadzonego przez wszystkie uprawnione do tego instytucje, nie wspominając już o prawnych gwarancjach wolności komunikowania się. Po drugie, mowa tutaj o niewyczerpującym temacie przeglądzie zakresu odpowiedzialności prawnej z tytułu naruszenia tajemnicy komunikowania się. Po trzecie, skoro autorka zdecydowała się na objęcie zakresem rozważań nie tylko podsłuchu telefonicznego procesowego, zasadne byłoby wyodrębnienie w pracy również samodzielnej jednostki redakcyjnej poświęconej obowiązkowi przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego, zwłaszcza w zakresie retencji danych. Po czwarte wreszcie, daje się niekiedy zauważyć brak klarownego wyводу wskazującego na powiązanie przewodniego wątku opracowania z rozważaniami tam przedstawionymi, a poświęconymi np. w rozdziale IV — skardze konstytucyjnej (s. 142–146) czy też odpowiedzialności prawnej państwa za naruszenia praw człowieka przed organami międzynarodowymi (s. 151–164), co sprawia, iż czasami można odnieść wrażenie, że pewne fragmenty monografii mają charakter autonomiczny względem tematu zasadniczego.

### III.

Lektura monografii *Podsłuch telefoniczny w polskim procesie karnym* autorstwa dr Krystyny Szczechowicz prowadzi do wniosku, że Autorka, jakkolwiek docenia znaczenie instytucji kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych dla skutecznego zwalczania najgroźniejszych form przestępczości, to postrzega w niej, zwłaszcza w zakresie podsłuchu pozaprocesowego, realne zagrożenie dla praw i wolności jednostki. Zwraca bowiem uwagę na możliwość niekontrolowanego zastosowania przez organy ścigania tej kategorii czynności operacyjno-rozpoznawczych, zwłaszcza w sytuacji, w której osoby inwigilowane nigdy nie pozyskają informacji o tym fakcie. Niemniej jednak trudno sobie wyobrazić możliwość użycia podsłuchu pozaprocesowego za wiedzą osób, wobec których ma on być wykorzystany. Istotą podsłuchu telefonicznego jest przecież jego niejawnosc względem osób uczestniczących w wymianie informacji za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Chodzi tutaj zresztą częstokroć o weryfikację istnienia potencjalnych,

skądinąd najpoważniejszych, zagrożeń dla porządku prawnego. Nie sposób sobie przy tym wyobrazić, aby prawodawca oraz organy ochrony prawnej zachowywały się biernie wobec postępującego rozwoju technologicznego, nie tylko sprzyjającego rozkwitowi działalności ludzkiej w rozmaitych obszarach, ale także rodzącego zjawiska patologiczne, związane z uczynieniem ze zdobyczy techniki narzędzi służących popełnianiu przestępstw. Bodaj najwyraźniej ma to miejsce właśnie w obszarze szeroko rozumianej telekomunikacji. Stąd też nieodzowne jest wykorzystanie właśnie tej technologii do zwalczania przestępczości, zwłaszcza w najgroźniejszych jej formach, a także podejmowanie prób nadążania prawa za techniką. To na niezawisłych sądach (dlatego za słuszne uznać należy niektóre wnioski *de lege ferenda* zasygnalizowane w pracy), spoczywać ma natomiast obowiązek czuwania nad legalnym i uzasadnionym stosowaniem tych narzędzi karnoprosesowych, których zastosowanie skutkuje wkraczaniem w szczególnie wrażliwe sfery aktywności ludzkiej, takie jak np. prawo do prywatności i swobodnego komunikowania się. Dla podkreślenia w tym miejscu znaczenia ogniwa nadzoru sądowego w systemie ochrony prawnej, przywołać należy słowa najwybitniejszego przedstawiciela doktryny polskiego prawa karnego okresu międzywojennego — profesora Juliusza Makarewicza, który ponad wiek temu wyraził przekonanie, iż *Postęp w prawie może nastąpić dzięki odwadze prawodawcy, który przerasta swą epokę, inteligencji sędziego, który swobodnie otwiera przed orzecznictwem szerokie horyzonty, tworzy swymi wyrokami procedury i uzupełnia prawo, działając właściwie jako prawodawca.* (J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2009, s. 466–467).

**dr Mariusz CZYŻAK**