

KRZYSZTOF KULA

WYKORZYSTANIE MATERIAŁÓW OPERACYJNYCH SŁUŻBY KONTRWYWIADU WOJSKOWEGO W PROCESIE KARNYM

Obecnie w doktrynie i orzecznictwie zgodnie panuje przekonanie o możliwości bezpośredniego wykorzystania jako dowodów, materiałów uzyskanych w wyniku wykonywania niektórych czynności operacyjno-rozpoznawczych¹. S.J. Baczyński podkreśla przy tym, że czynności operacyjno-rozpoznawcze są niczym więcej, niż metodami zbierania informacji i dowodów przez organy ścigania, a prokuratorski lęk przed zaznajomieniem się z rezultatami tych czynności oraz bronienie się przed legalnie zebranymi dowodami jest niestety nieporozumieniem co do istotnej roli prokuratury oraz ograniczeniem możliwości wykonywania własnych zadań². Pogląd ten nie był jednak tak oczywisty jeszcze kilka lat temu, a kategorycznie odrzucano możliwość bezpośredniego wykorzystania jako dowodów materiałów z czynności operacyjno-rozpoznawczych aż do końca lat 90. Trudno zrozumieć taki stan rzeczy, skoro już w latach 60. ubiegłego wieku w orzecznictwie Sądu Najwyższego dominował pogląd o dopuszczalności taśmy magnetofonowej jako dowodu w postępowaniu karnym³. Niemniej jednak w następnych latach i Sąd Najwyższy nie był konsekwentny w swoim orzecznictwie, co zauważył prof. A. Taracha, stwierdzając, że co prawda Sąd Najwyższy wykazywał więcej zrozumienia dla dowodu z taśmy magnetofonowej niż sądy powszechne, ale w przełamywaniu tej niechęci zatrzymał się w pół drogi⁴. W konsekwencji, informacje uzyskane w ramach wykonywanych czynności operacyjno-rozpoznawczych można było wykorzystać na potrzeby postępowania karnego wyłącznie poprzez ich „procesowe przetworzenie”, co wiązało się z przeprowadzeniem odpowiednich czynności procesowych (np. przesłuchanie,

¹ T. Hanausek, *Kryminalistyka*, Kraków 2000, s. 44; *Ustawa o Policji. Komentarz*, Kraków 1996, s. 55; B. Nita, *Przedmiotowy zakres podsłuchu procesowego*, „Prok. i Pr.” 2002, nr 9, s. 60–61; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 370.

² S.J. Baczyński, *Prokurator w postępowaniu operacyjno-rozpoznawczym*, „Prokurator” 2000, nr 3, s. 20.

³ Orzeczenie SN z dnia 23 grudnia 1960 r., I K 196/60, OSNKW 1963, nr 7–8, poz. 131; Orzeczenie SN z dnia 10 marca 1961, III K 49/61, OSN — Izba Karna 1962, nr 1, poz. 8; Orzeczenie z dnia 18 lipca 1962, II K 30/62 (niepublikowane).

⁴ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze, aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 272.

przeszukanie)⁵. Trafnie opisuje ówczesną sytuację J. Korycki, stwierdzając, że wyniki czynności operacyjno-rozpoznawczych mogły służyć jedynie jako materiał wyjściowy do poszukiwania dowodów lub podejmowania działań zapobiegawczych bądź wykrywczych⁶. Podobnie uważa K. Boratyńska, twierdząc, że nagrana rozmowa w zasadzie nie mogła być dowodem, a tylko informacją o możliwości uzyskania dowodu. Stąd też, wprowadzenie tak uzyskanych informacji do postępowania karnego wymagało skorzystania z innych form dowodzenia, takich jak np. przesłuchanie policjanta, który zajmował się w danej sprawie podsłuchem, jako świadka, który zezna o podsłuchu i przedłoży taśmę z nagraniem⁷. W podobnym tonie wypowiedział się również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 marca 2000 r. (sygn. I KZP 60/99), konstatując, że wyniki czynności operacyjno-rozpoznawczych w zasadzie nie mogą być bezpośrednio wykorzystane w procesie karnym⁸.

Wraz z rozwojem przestępczości zorganizowanej oraz zwiększającym się zagrożeniem terroryzmem, służby specjalne i policyjne coraz częściej korzystały w działaniach operacyjnych z dostępnej technologii umożliwiającej konstruowanie wyrafinowanych środków technicznych w sposób niejawni rejestrujących obraz i dźwięk. Gromadzono w ten sposób materiał, który w postaci „nośników danych” trafiał do prokuratury i rozbudzał wątpliwości w przedmiocie ich wykorzystania i sposobu postępowania (ujawniania). Wydaje się, że właśnie takie sytuacje, uzupełniane przez orzecznictwo sądów, wymusiły niejako na ustawodawcy podjęcie działań zmierzających do uregulowania kwestii możliwości wykorzystania takich „nośników” bez konieczności ich przetwarzania.

W ustawie z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy — kodeks postępowania karnego, ustawy — przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (DzU nr 17, poz. 155), zmieniającą obowiązującą ustawę z dniem 1 lipca 2003 r., w art. 1 pkt 162–163, uzupełniono treść art. 393 § 1 k.p.k o zwrot *w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę* oraz wprowadzono nowy przepis art. 393a k.p.k., dotyczący możliwości odczytywania i odtwarzania zapisów w pewnych okolicznościach⁹. Zdaniem K. Parulskiego dopiero tak sformułowane przepisy procedury karnej i umieszczenie ich w ustawach o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Policji i innych, nadały materiałom czynności operacyjno-rozpoznawczych walor pełnowartościowych dowodów typu

⁵ J. Widacki, *Kryminalistyka*, Katowice 1980, s. 143; M. Kulicki, *Kryminalistyka. Zagadnienia wybrane*, Toruń 1988, s. 73–83.

⁶ J. Korycki, *Kontrola operacyjna*, „Prok. i Pr.”, nr 7–8 2006, s. 153.

⁷ K. Boratyńska, *Wokół problematyki związanej z wykorzystaniem dowodowym materiałów operacyjnych* (w:) L. Paprzycki, Z. Rau, *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Nowoczesne technologie i praca operacyjna*, Warszawa 2009, s. 147.

⁸ Przy czym wydaje się, że zwrot „wykorzystanie” miał wtedy inne znaczenie i chodziło bardziej o możliwość wprowadzenia materiałów operacyjnych do procesu karnego bez konieczności ich „zastępowania” czynnościami procesowymi niż faktyczne wykorzystanie, będące od kilku lat przedmiotem orzecznictwa polskich sądów (m.in. problematyka zgody następczej).

⁹ Art. 393a: „W warunkach określonych w art. 389 § 1, art. 391 § 1 i 2, art. 392 i 393 wolno również odczytywać lub odtwarzać zapisy, o których mowa w art. 145 § 1 i art. 147 § 3.”.

rzeczowego lub dokumentu. Autor ten uważa, że zwrot w *innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę*, spowodował, iż dowody zgromadzone w trybie operacyjnym, podlegają ocenie sądu tak jak każde inne dowody z uwzględnieniem swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.)¹⁰. Podobnie ocenił wprowadzone nowelizacje k.p.k. prof. Stanisław Waltoś, podkreślając, że dopiero teraz zaistniała możliwość wykorzystania informacji uzyskanych w wyniku stosowania niekonwencjonalnych metod śledczych¹¹. Również K. Olejnik uważa, że prowadzona przy użyciu nowoczesnych środków techniki i na wysokim poziomie praca operacyjna, coraz częściej winna dostarczać dowodów o charakterze rzeczowym, takich jak zapis wideo, zapis rozmowy itp., które mogą być wprost zaliczone w poczet materiału dowodowego i nie wymagają żadnego przetworzenia procesowego¹². Sędzia Sądu Najwyższego W. Kozielowicz, uznając możliwość bezpośredniego wykorzystania materiałów uzyskanych z czynności operacyjno-rozpoznawczych zaznacza jednak, że dotyczy to tylko tych form takich czynności, którym ustawy o służbach nadają wprost rangę dowodu¹³. Stanowisko takie prezentuje również K. Boratyńska, podając za przykład dane bilingowe uzyskane w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, których nie można wykorzystać jako dowodów właśnie z uwagi na brak odesłania do przepisów k.p.k., jak to ma miejsce przy kontroli operacyjnej. Autorka dodaje przy tym, że skoro ustawodawca takiego odesłania tu nie zawarł to miał w tym swój cel¹⁴. Odmienne poglądy w tym zakresie prezentuje A. Taracha, według którego, jeśli ustawodawca chciał, aby materiały (dokumenty) uzyskane w wyniku niektórych czynności operacyjno-rozpoznawczych mogły zostać odczytane na rozprawie, na odmiennych zasadach niż pozostałe, powinien rozstrzygać o tym odpowiedni przepis k.p.k. Zdaniem tego autora, w obecnym stanie prawnym mamy dość zagmatwaną sytuację, gdy przepis art. 393 §1 zdanie pierwsze k.p.k. regulujący przecież wprost postępowanie przed sądem, ma być w tym postępowaniu stosowany odpowiednio, gdy chodzi o materiały zgromadzone w ramach czynności operacyjnych¹⁵. Autor ten formułuje nawet tezę, że odpowiednie stosowanie art. 393 §1 w ustawach służb jest niepotrzebne, gdyż przepis ten powinien być stosowany wprost¹⁶. Prof. A. Gaberle w pewien sposób jest podobnego zdania, uznając, że przepis art. 19 ust. 15 zdanie drugie ustawy o Policji, w związku z tym, iż nie uchyla zakazów dowodowych z art. 174 k.p.k

¹⁰ K. Parulski, *Procesowe wykorzystanie materiałów uzyskanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Biuletyn Żandarmerii Wojskowej”, nr 11 z 2006 r., s. 53.

¹¹ S. Waltoś, *Wizja procesu karnego XXI wieku*, „Prok. i Pr.” 2002, nr 1, s. 15.

¹² K. Olejnik, *Zakres stosowania czynności operacyjnych — stan faktyczny, oczekiwania, potrzeby i możliwości wykorzystania ustaleń operacyjnych w procesie karnym oraz dopuszczalny udział sędziego i prokuratora w działaniach operacyjnych* (w:) L. Paprzycki, Z. Rau, *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Nowoczesne technologie i praca operacyjna*, Warszawa 2009, s. 646.

¹³ W. Kozielowicz, *Postępowanie w przedmiocie kontroli operacyjnej* (w:) L. Paprzycki, Z. Rau, *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Nowoczesne technologie i praca operacyjna*, Warszawa 2009, s. 510–511.

¹⁴ K. Boratyńska, *Wokół problematyki...*, *op.cit.*, s. 144.

¹⁵ A. Taracha, *Czynności...*, *op.cit.*, s. 272.

¹⁶ Tamże, s. 276.

i art. 393 §1 k.p.k. zdanie drugie, jest pozornym rozwiązaniem¹⁷. Według M. Chrabkowskiego, spór odnośnie tego, w jaki sposób postępować z uzyskanymi niektórymi materiałami z czynności operacyjno-rozpoznawczych rozstrzygnął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 czerwca 2008 r.¹⁸, kiedy stwierdził, że uzyskane przez Policję w drodze legalnej kontroli operacyjnej materiały w postaci utrwaleń rozmów telefonicznych, wprowadzone do procesu na podstawie art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, podlegają odtworzeniu (odsluchaniu) na rozprawie głównej przez odpowiednie zastosowanie art. 393 §1 k.p.k.¹⁹.

Reasumując, w doktrynie i orzecznictwie sądów nie ma już wątpliwości w przedmiocie możliwości bezpośredniego wykorzystania jako dowodów materiałów z czynności operacyjno-rozpoznawczych w postępowaniu karnym. W dalszym ciągu istnieją jednak różnice odnoszące się do podstaw prawnych takiego wykorzystania, co nie pozostaje bez znaczenia dla zakresu tych materiałów oraz odpowiedniego ich „zakwalifikowania” jako dowodu, determinującego w praktyce w procesie karnym sposób jego przeprowadzenia (ujawnienia)²⁰.

Wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej

Problematyka możliwości bezpośredniego wykorzystania jako dowodów materiałów z zastosowanych środków technicznych, nieustannie była przedmiotem zainteresowania wojskowych służb specjalnych, co wynikało z obszaru ich działania i realizowanych zadań, w tym szczególnie, w zakresie zwalczania przestępczości. Najczęściej znajdowało to odzwierciedlenie w stosownych przepisach instrukcyjnych. W *Instrukcji o działalności kontrwywiadowczej w Siłach Zbrojnych PRL z dnia 15 marca 1984 r.* (§ 56 ust. 1–2) stwierdzono, że *W celu zapobieżenia niebezpieczeństwu popełniania przestępstw godzących w podstawy ustrojowe, bezpieczeństwo lub obronność PRL, a także przeciwko życiu ludzkiemu, w kontrwywiadowczej ochronie sił zbrojnych mogą być realizowane przedsięwzięcia specjalne, polegające na stosowaniu w sposób niejawni środków technicznych służących do obserwacji zachowania osób, utrwalania treści rozmów, kontroli korespondencji i przesyłek. Przedsięwzięcia specjalne mają na celu utrwalanie śladów i dowodów za pomocą odpowiedniej aparatury do zapisu obrazu, dźwięku oraz badań chemicznych i fizycznych przedmiotów i substancji. W tej samej instrukcji ujęto regulacje wskazujące, że wyniki zastosowanych przedsięwzięć specjalnych mogą być wykorzystane jako dowody w postępowaniu karnym (§ 91 ust. 2 pkt. 3). Nie trudno zauważyć podobieństwa treści przedstawionych przepisów do obecnego uregulowania kontroli operacyjnej w zakresie jej celu oraz sposobu realizacji. Jednocześnie, w aspekcie działań prowadzonych przez kontrwywiad wojskowy nie do zaakceptowania była sytuacja, gdzie dla wykorzystania*

¹⁷ A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków 2007, s. 331.

¹⁸ Sygn. III KK 30/08, OSNKW 2008, nr 8, poz. 65.

¹⁹ M. Chrabkowski, *Wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej w postępowaniu przygotowawczym*, Szczytno 2009, s. 188.

²⁰ R. Kmiecik, *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Kraków 2005, s. 145.

w postępowaniu przygotowawczym informacji oraz materiałów uzyskanych w wyniku wykonywanych czynności operacyjno-rozpoznawczych, niezbędnym było przeprowadzenie czynności procesowych z udziałem żołnierza kontrwywiadu wojskowego²¹, a nawet osobowych źródeł informacji²².

W okresie funkcjonowania Wojskowych Służb Informacyjnych, w celu waloryzacji procesowej zgromadzonych materiałów operacyjnych, niezbędnym było podjęcie współdziałania z wojskowymi organami procesowymi²³. Zgodnie z art. 393 §1 k.p.k. w brzmieniu pierwotnym, wolno było odczytywać na rozprawie protokoły oględzin, przeszukania i zatrzymania rzeczy, opinie biegłych, instytutów, zakładów lub instytucji, dane o karalności, wyniki wywiadu środowiskowego oraz wszelkie dokumenty urzędowe, złożone w postępowaniu przygotowawczym lub sądowym. W działalności kontrwywiadu wojskowego oznaczało to możliwość wykorzystania w charakterze dowodów niektórych materiałów uzyskanych w wyniku zarządzenia „kontroli korespondencji, a także stosowania środków technicznych, umożliwiających uzyskiwanie w sposób tajny informacji oraz utrwalanie dowodów” (ówczesna postać kontroli operacyjnej). Warunkiem *sine qua non* było jednak ich uprzednie złożenie w postępowaniu przygotowawczym, co na gruncie art. 10 ustawy o UOP w zw. z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej oznaczało dołączenie ich do wniosku o wszczęcie postępowania karnego skierowanego przez Szefa WSI do Naczelnego Prokuratora Wojskowego. Przy czym uzyskane dokumenty urzędowe nie mogły zastępować czynności, w których wymagane było spisanie protokołu (art. 143 k.p.k.). Wraz z wnioskiem jako załączniki przekazywano materiały uzyskane w wyniku wykonanych czynności operacyjno-rozpoznawczych, którymi najczęściej były zarejestrowane na różnych nośnikach zdarzenia (fotografie, treści rozmów), a także dźwięk im towarzyszący (nagranie audiowizualne). Niemniej jednak w aspekcie prawa dowodowego (systematyka dowodów) rodziły się wątpliwości w przedmiocie określenia charakteru niektórych z tych materiałów,

²¹ W Stanach Zjednoczonych, kiedy jesienią 1958 r. policja w Dystrykcie Kolumbia uzyskała informacje, że budynek przy ulicy 408 21st Street w Waszyngtonie, był wykorzystywany jako siedziba gier hazardowych, funkcjonariusze FBI, za zgodą właściciela, zorganizowali punkt obserwacyjny usytuowany w budynku przylegającym do rozpoznawanego. Dla uzyskania informacji z tego budynku zastosowano metodę określaną jako *Spike Mike*, polegającą na zastosowaniu specjalnego mikrofonu umożliwiającego uzyskiwanie dźwięków przez ścianę. W tym celu mikrofon został podłączony do przewodów grzewczych, co wzmocniło siłę i jakość uzyskiwanych informacji oraz pozwoliło na zwiększenie podsłuchiwanego obszaru do całego domu. Przez kilka dni uzyskiwano w ten sposób informacje z interesującego funkcjonariuszy budynku. Treści tych rozmów zostały później w postępowaniu karnym wprowadzone jako dowody w postaci zeznań funkcjonariuszy. Doprowadziło to do skazania podsłuchiwanego osó, głównie w oparciu o te dowody. (*Silverman v. United States*, 365 U.S. 505, 1961).

²² Zob. też. M. Klejnowska, *Podstuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prok. i Pr.”, nr 3 z 2004 r., s. 96.

²³ Należy jednak pamiętać, że w okresie tym działalność WSI w zakresie wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych odbywała się głównie na podstawie ustaw innych służb specjalnych, co *de facto* kształtowało uprawnienia tej służby wraz z kolejnymi zmianami tych ustaw.

co w praktyce w procesie karnym determinowało sposób ich przeprowadzenia (ujawnienia)²⁴.

Z chwilą utworzenia ABW i AW kontrwywiad wojskowy uzyskał uprawnienia do stosowania kontroli operacyjnej. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, szef WSI przekazywał Prokuratorowi Generalnemu (Naczelnemu Prokuratorowi Wojskowemu) materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej, w razie potrzeby z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosowano odpowiednio przepis art. 393 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu postępowania karnego²⁵, zarówno w jego pierwotnym brzmieniu oraz po wspomnianej nowelizacji. Stan taki trwał do dnia 23 sierpnia 2004 r. kiedy weszła w życie ustawa o WSI. Na podstawie art. 26 ust. 3, w przypadku uzyskania w toku prowadzenia kontroli operacyjnej dowodów, pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, Szef WSI przekazywał Prokuratorowi Generalnemu (Naczelnemu Prokuratorowi Wojskowemu) materiały zgromadzone podczas prowadzenia tej kontroli, w razie potrzeby wraz z zawiadomieniem o popełnieniu przestępstwa. Nie trudno zauważyć, że w przypadku WSI ustawodawca nie przewidział odesłania do art. 393 § 1 k.p.k. Tym samym, zgadzając się z niektórymi poglądami zaprezentowanymi wcześniej należałoby uznać, że kontrwywiad wojskowy przez prawie 3 lata funkcjonowania nie mógł wykorzystywać dowodów z kontroli operacyjnej. Akceptując jednak w tym zakresie poglądy A. Tarachy o stosowaniu wprost przepisów k.p.k., takie konstatacje byłyby bezpodstawne.

Postępowanie z materiałami kontroli operacyjnej prowadzonej przez SKW zostało uregulowane w art. 31 ustawy o SKW oraz SWW, a także w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 września 2006 r. w sprawie sposobu dokumentowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas prowadzenia tej kontroli, a także wzorów druków i rejestrów (DzU 06.175.1285)²⁶.

²⁴ Prof. A. Taracha opisuje działania prokuratora wojskowego w tzw. sprawie Oleksego. Wojskowa prokuratura z otrzymanego materiału audiowizualnego w postaci kasety magnetowidowej wyodrębniła dźwięk — treść zarejestrowanych rozmów (treść pojęciową), na podstawie którego powołani biegli wykonali stenogramy.

²⁵ Art. 27 ust. 15 w zw. z art. 15 ust. 2 ustawy o powszechnym obowiązku obrony w brzmieniu nadanym przez art. 157 pkt. 1 lit. a) ustawy o ABW oraz AW (DzU z 2002, nr 74, poz. 676) z dniem 29 czerwca 2002 r.

²⁶ Do materiałów kontroli operacyjnej prowadzonej przez SKW zalicza się wniosek Szefa SKW do Wojskowego Sądu Okręgowego w Warszawie, zwanego dalej „Sądem”, o zarządzenie lub przedłużenie kontroli operacyjnej; zgodę Prokuratora Generalnego na złożenie przez Szefa SKW wniosku do Sądu o zarządzenie lub przedłużenie kontroli operacyjnej; postanowienie Sądu o zarządzeniu lub przedłużeniu kontroli operacyjnej; zgodę Prokuratora Generalnego na zarządzenie kontroli operacyjnej przez Szefa SKW w przypadkach niecierpiących zwłoki; zarządzenie kontroli operacyjnej przez Szefa SKW w przypadkach niecierpiących zwłoki; wniosek Szefa SKW do Sądu o udzielenie zgody na kontynuowanie kontroli operacyjnej zarządzanej przez Szefa SKW w przypadkach niecierpiących

Na podstawie art. 31 ust. 14, w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, szef SKW przekazuje Prokuratorowi Generalnemu (Naczelnemu Prokuratorowi Wojskowemu) materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej, w razie potrzeby z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego lub karno-skarbowego²⁷. Mogą to być zatem zarejestrowane na płytach CD treści rozmów (w tym telefonicznych), fotografie, filmy, paczki, korespondencja, a także komunikaty i stenogramy z zarejestrowanych rozmów. W dyplomatyce te ostatnie określane są jako dokumenty sprawozdawcze, niestanowiące samoistnych dowodów w dowodzeniu ścisłym i mogące zostać wykorzystane wyłącznie obok innego samoistnego środka dowodowego²⁸. Prokurator dysponuje też zaliczonymi do materiałów kontroli operacyjnej materiałami, w oparciu o które kontrola ta została zarządzona.

Materiałom z kontroli operacyjnej, które mogą mieć znaczenie w postępowaniu przygotowawczym ustawa o SKW oraz SWW nadaje wprost rangę dowodów. Nie budzi jednak wątpliwości, że używając zwrotu „dowód” ustawodawca nie przesądził jeszcze o zaliczeniu materiałów z kontroli operacyjnej w poczet dowodów²⁹, ani też nie uchylił ogólnych reguł prawa dowodowego. Ustalenia czynności operacyjnych nie stały się również automatycznie ustaleniami procesowymi, tak jak czynności te nie stały się czynnościami procesowymi³⁰. W dalszym ciągu obowiązują uregulowania z procedury karnej, zarówno co do formalnego wprowadzenia tych materiałów do akt sprawy karnej (zaliczenia w poczet dowodów stosownym postanowieniem), a następnie sposobu przeprowadzenia takiego dowodu (ujawnienia). Innymi słowy, od chwili przyjęcia przez Naczelnego Prokuratora

zwłoki; postanowienie Sądu w sprawie udzielenia zgody na kontynuowanie kontroli operacyjnej zarządzanej przez Szefa SKW w przypadkach niecierpiących zwłoki; informację Szefa SKW dla Prokuratora Generalnego o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu lub o przebiegu tej kontroli; zarządzenie Szefa SKW w sprawie zniszczenia materiałów operacyjnych zgromadzonych w trakcie stosowania kontroli operacyjnej, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa; protokół komisijnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas prowadzenia kontroli operacyjnej. Dokumentację kontroli operacyjnej stanowią także nośniki, na których zostały utrwalone informacje i dowody uzyskane w wyniku prowadzenia kontroli operacyjnej; kopie wykonane z nośników, o których mowa w pkt 1; dokumenty sporządzone na podstawie przetwarzania informacji utrwalonych na nośnikach, o których mowa w pkt 1.

²⁷ W praktyce, najczęściej materiały z kontroli operacyjnej uzyskane przez poszczególne jednostki organizacyjne SKW, po wstępnej analizie w zakresie możliwości ich wykorzystania jako dowodów w przyszłym postępowaniu karnym, przekazywane są do Biura Prawnego SKW. Dopiero po stwierdzeniu przez to biuro, że materiały te mogą mieć znaczenie dowodowe, są dołączane do wniosku Szefa SKW o wszczęcie postępowania karnego i przesyłane do Naczelnej Prokuratury Wojskowej.

²⁸ R. Kmieciak, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna. Wydanie drugie zmienione i uzupełnione*. Kraków–Lublin 1999, s. 327.

²⁹ Zwraca na to uwagę również M. Chrabkowski, podkreślając, że fakt użycia tego terminu w odniesieniu do treści utrwalonych w materiałach zgromadzonych w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej stanowi o przypisanej mu przez ustawodawcę randze. M. Chrabkowski, *Wykorzystanie materiałów kontroli operacyjnej w postępowaniu przygotowawczym*, Szczytno 2009, s. 167.

³⁰ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze, aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 225.

Wojskowego materiałów z kontroli operacyjnej przekazanych przez SKW i dopuszczenia ich jako dowodów, zostają one objęte reżimem postępowania dowodowego. Przy czym podstawowym sposobem przeprowadzenia dowodów z dokumentu w stadium postępowania przygotowawczego jest zapoznanie się organu procesowego z treścią dokumentu i dołączenie go do akt sprawy³¹.

Uzyskane z SKW materiały z kontroli operacyjnej, Naczelny Prokurator Wojskowy przekazuje do Wojskowej Prokuratury Okręgowej, celem wszczęcia postępowania przygotowawczego lub wykorzystania w już prowadzonym postępowaniu. Zgodnie z przepisami procedury karnej, postępowanie przygotowawcze prowadzi lub nadzoruje prokurator, a w zakresie przewidzianym w ustawie prowadzi je Policja, której uprawnienia w tym zakresie przysługują Żandarmerii Wojskowej. Prokurator wojskowy może powierzyć ŻW przeprowadzenie śledztwa w całości lub w określonym zakresie albo dokonanie poszczególnych czynności śledztwa. Stąd też niejednokrotnie materiały z kontroli operacyjnej, które SKW przekaże do prokuratury wojskowej są w konsekwencji przesyłane przez tę prokuraturę do wykorzystania przez ŻW w prowadzonym postępowaniu przygotowawczym, np. podczas czynności przesłuchania³². Wykorzystanie wiedzy operacyjnej może bowiem przemawiać za przyjęciem takich metod przesłuchania, jak metody kumulatywnego i selektywnego ujawniania materiału dowodowego, odtworzenia przebiegu zdarzenia, ujawnienia motywu działania sprawcy przestępstwa. Jedną z tych metod, zwana metodą wykorzystania informacji o podejrzanym, opiera się głównie na informacjach zdobytych w trakcie działań operacyjnych, najczęściej obserwacji³³.

Zgodnie z przepisami ustawy o SKW oraz SWW, w postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do materiałów z kontroli operacyjnej, stosuje się odpowiednio przepis art. 393 § 1 zdanie pierwsze ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks postępowania karnego. W wyroku z dnia 20 listopada 2000 r. (II Aka 285/03) Sąd Apelacyjny w Lublinie skonstatował, że w przypadku podsłuchu telefonicznego — treść stenogramów nie może być ani odczytywana w trakcie rozprawy, ani ujawniana, gdyż wyłączną formą procesową jest w tym zakresie protokół (arg. z art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k.). Sąd mógłby się nimi posiłkować, a nawet ujawniać, gdyby odtworzenie utrwalonych zapisów z rozmów telefonicznych ujęto w protokole, po uprzedniej stosownej weryfikacji osób prowadzących rozmowę, autentyczności zapisu (zob. S. Pikulski, *Działanie operacyjne Policji*, WPP 1996, nr 2, s. 52), a następnie bezwzględnie odtworzono te nagrania w obecności stron.

³¹ Z. Kwiatkowski, *Przeprowadzanie dowodu z dokumentu w polskim procesie karnym* (w:) *Wokół problematyki dokumentu* pod red. T. Widły, Katowice 2005, s. 68.

³² Po przekazaniu przez służby policyjne do prokuratury materiałów z kontroli operacyjnej i zaliczeniu ich w poczet materiału dowodowego, mogą one zostać „zaprezentowane” (odtworzone) podejrzanemu w czasie przesłuchania, tak samo jak inne materiały dowodowe (gdyż takim materiałem już się stały). Zgodnie z kryminalistyczną terminologią taktycznych reguł przesłuchiwanie takie ujawnienie należałoby zaliczyć do metody ujawnienia materiału dowodowego („selektywnego” lub „kumulatywnego”). A. Taracha, *Czynności...*, *op.cit.*, s. 252.

³³ A. Posytek, *Wartość dowodowa czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Prok. i Pr.” nr 3 z 2011, s. 30; K. Otłowski, *Podejrzany w postępowaniu karnym. Studium kryminalistyczne*, Warszawa 1979, s. 94–96.

Kolejność czynności procesowych winna więc uwzględniać reguły rzetelnego procesu, skoro bowiem sąd dysponował nagraniami rozmów telefonicznych, to najpierw należało poddać je weryfikacji co do ich autentyczności, zweryfikować osoby prowadzące rozmowy, odtworzyć je, a czynność tę wprowadzić do protokołu rozprawy głównej, ujawnić stenogramy z przeprowadzonych i odtworzonych rozmów, a następnie tak zweryfikowany materiał dowodowy poddać ocenie. Ten sam sąd, w wyroku z dnia 3 października 2005 r. (II AKa 218/05) uznał, że odpowiednie stosowanie przepisu art. 393 § 1 k.p.k. zdanie pierwsze nie może oznaczać możliwości odczytania takich dokumentów, których forma sporządzenia byłaby sprzeczna z przepisami k.p.k. Tak więc w przypadku takich form dokumentowania czynności operacyjnych jak szyfrogramy, komunikaty z obserwacji czy stenogramy z podsłuchu, oczywistym jest, że odczytanie ich bezpośrednio w toku rozprawy stanowiłoby obejście zakazów dowodowych oraz przepisów regulujących formę czynności dowodowych. Niewątpliwym jest zatem, że „odpowiedniość” stosowania przepisu art. 393 § 1 k.p.k. zd. pierwsze oznaczać musi możliwość stosowania tej formy ujawnienia dowodów, w sytuacji, gdy taki sposób wprowadzenia określonych dokumentów do procesu karnego będzie pozostawał w zgodzie ze stosownymi regułami procesowymi. W sytuacji gdy materiałami tymi są kasety (lub inne nośniki) z podsłuchu operacyjnego oraz stenogramy z tych rozmów, to oczywistym jest, że odczytanie tylko tych stenogramów nie byłoby właściwą formą ujawnienia dowodu. To właśnie odtworzenie treści zapisanych na stosownym nośniku magnetycznym stanowiłoby o zapoznaniu się z takim dowodem, a czynność ta wymaga formy protokołu (art. 143 §1 pkt.7 k.p.k.). W tej sytuacji zapisy z rozmów telefonicznych winny zostać odtworzone, a czynność ta musi zostać dokonana w trakcie rozprawy, ujęta w protokole rozprawy. Z kolei Sąd Najwyższy, w wyroku z dnia 10 czerwca 2008 r. (III KK 30.08) stwierdził, że uzyskane przez Policję w drodze legalnej kontroli operacyjnej materiały, w postaci utrwaleń rozmów telefonicznych, wprowadzone do procesu na podstawie art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (DzU z 2007 r., nr 43, poz. 277 ze zm.), podlegają odtworzeniu (odsluchaniu) na rozprawie głównej (przez odpowiednie zastosowanie art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k.) albo wobec braku sprzeciwu obecnych stron, ujawnieniu bez odtwarzania (art. 394 § 2 k.p.k.), co musi znaleźć odzwierciedlenie w protokole rozprawy (art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k.). Przekłady zapisów tych rozmów są załącznikami do protokołu (analogia do art. 147 § 3 k.p.k.). Nie ulega zatem wątpliwości, że niezależnie od sposobu transkrypcji treści zarejestrowanych rozmów, dla możliwości ich ujawnienia jako dowodów należy wykonać protokół z utrwalonych zapisów. W praktyce, na co zwraca również uwagę były Zastępca Prokuratora Generalnego K. Olejnik, oznacza to konieczność przepisywania do protokołów stenogramów liczących setki, a nawet tysiące kart. Należy również mieć świadomość, że odsluchanie zarejestrowanych treści rozmów oraz wykonanie z nich stenogramu, z uwagi m.in. na klauzule ich niejawności, wymaga dostępu do odpowiednich środków technicznych. W przypadku SKW nie stanowi to problemu z uwagi na fakt, że służba ta w swojej strukturze posiada Biuro Techniki i Obserwacji, co pod względem technicznym pozwala realizować kontrolę operacyjną jak i dokonywać transkrypcji zarejestrowanych

treści rozmów. Inaczej jest w przypadku ŻW, która nie posiadając uprawnień do technicznej realizacji kontroli operacyjnej zdana jest w tym zakresie na możliwości SKW. Na istotne problemy wynikające z realizacji podsłuchu procesowego zwraca również uwagę prokurator Wojskowej Prokuratury Okręgowej w Poznaniu płk M. Przybył. Jego zdaniem, z czym należy się zgodzić, odpowiednie współdziałanie pomiędzy prokuraturą, a służbą, na rzecz której stosowany jest podsłuch, a przede wszystkim określenie, kto ma zająć się utrwalaniem treści rozmów na nośnikach (płyty CD), a kto będzie je odtwarzał i na jakim sprzęcie, a także kto będzie sporządzał stenogramy z utrwalonych rozmów, jest newralgicznym punktem, który może stanowić o powodzeniu całego przedsięwzięcia³⁴. Stąd też zgadzam się z K. Olejnikiem, że dla dowodowego wykorzystania zarejestrowanych treści rozmów, zamiast wykonywania stenogramów i następnie ich przepisywania do protokołu, warto rozważyć możliwość wykonywania protokołu z odsłuchania nagrań już na etapie czynności operacyjno-rozpoznawczych³⁵. Przy czym w odniesieniu do obszarów działania oraz uprawnień SKW i ŻW, wykonawcą transkrypcji pierwotnego materiału kontroli operacyjnej powinna być służba, która o nią wnioskuje.

Nie mały spór w doktrynie i orzecznictwie można zaobserwować w związku z odpowiednim stosowaniem w ustawach służb art. 393 §1 k.p.k. zdanie pierwsze (a więc bez ograniczeń z art. 174 k.p.k. oraz art. 393 §1 zd. drugie k.p.k.), w odniesieniu do ujęcia w rozporządzeniach służb zwrotu „notatka urzędowa lub notatka służbowa” — jako formy udokumentowania przeprowadzonej kontroli operacyjnej³⁶. W przypadku SKW nie przewiduje się wykonania takiego dokumentu³⁷. Niemniej jednak należy zgodzić się z M. Chrabkowskim, że możliwość wykorzystania notatki służbowej z przebiegu kontroli operacyjnej i innej dokumentacji przewidzianej w odpowiednim rozporządzeniu, ma istotne znaczenie przy ocenie legalności tej kontroli i uzyskanych w jej efekcie wyników. Tylko przez ten pryzmat powinny być oceniane takie dokumenty, a różnice poglądów w zakresie możliwości wykorzystania jako dowodów notatki z kontroli operacyjnej, w aspekcie zakazów dowodowych określonych w art. 174 k.p.k. i art. 393 § 1 zdanie drugie k.p.k., wynikają z chaosu terminologicznego³⁸.

W trakcie prowadzonej kontroli operacyjnej prowadzonej przez SKW na konkretną osobę, oprócz uzyskanych dowodów popełnienia przestępstw wymienionych we wniosku o zarządzeniu tej kontroli może się również zdarzyć, że uzyskane zostaną

³⁴ M. Przybył, *Aspekty praktyczne procesowej kontroli i utrwalania rozmów (Rozdział 26 k.p.k.)*, „Biuletyn Żandarmerii Wojskowej”, nr 12/2006, s. 52.

³⁵ K. Olejnik stwierdza również, że w dalszej przyszłości rozważenia będzie wymagało ewentualne ograniczenie protokołu odsłuchania zarejestrowanych treści rozmów jedynie do najważniejszych kwestii, z jednoczesnym przekazaniem do dyspozycji Sądu oryginałów wszystkich nagrań. Tamże, s. 647.

³⁶ Dokument taki obowiązuje w przypadku dokumentowania kontroli operacyjnej przez ABW, Policję. W przypadku Żandarmerii Wojskowej i Straży Granicznej jest to notatka służbowa.

³⁷ W SKW kontrola operacyjna jest kończona „informacją” przekazywaną do Naczelnego Prokuratora Wojskowego.

³⁸ M. Chrabkowski, *Wykorzystanie...*, op. cit., s. 168–169. Autor ten dokonał tu również porównania poglądów oraz orzecznictwa sądów odnośnie wykorzystania notatki. Zob. też A. Biernaczyk, *Zarys problematyki czynności operacyjnych realizowanych w trybie art. 19, 19a i 19b ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, (w:) L. Paprzycki i Z. Rau, *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, Warszawa 2009, s. 126.

dowody popełnienia przestępstwa przez osobę inną niż objęta postanowieniem o zarządzeniu kontroli operacyjnej, albo popełnionych wprawdzie przez osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu. W. Kozielowicz stwierdził, że w tym zakresie zostały wytworzone dwa nurty. Jeden nurt to orzeczenia, w których pod pojęciem rozumiano wszelkie dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego, w tym również o przestępstwa, co do których nie można było zarządzić kontroli operacyjnej (tzw. przestępstwa „pozakatalogowe”), jak i przestępstwa innych osób niż te, wobec których zarządzono kontrolę operacyjną. Drugi nurt zdaniem tego autora sprowadzał się do tego, że przez „uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego” rozumiano wyłącznie dowody popełnienia przestępstw katalogowych³⁹. K. Olejnik dopuszcza możliwość wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej w toku postępowania przygotowawczego, a później sądowego, jeżeli zawierają one dowody jakiegokolwiek przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego (z wyłączeniem tych, które są ścigane z oskarżenia prywatnego i na wniosek pokrzywdzonego)⁴⁰. Podobnie uważa M. Węglowski, który powołując się na zasadę legalizmu z art. 10 § 1 k.p.k. oraz art. 2 ustawy o prokuraturze, konstatuje, że jeżeli zastosowana kontrola operacyjna dostarcza dowodów zaistnienia innego przestępstwa niż „katalogowe”, to prokurator jest prawnie zobligowany do wszczęcia postępowania przygotowawczego w tym zakresie, względnie objęcia tego czynu już toczącym się śledztwem albo dochodzeniem⁴¹. Odmiennego zdania jest M. Klejnowska, która uważa, że nie można bezpośrednio wykorzystać materiałów zgromadzonych podczas podsłuchu procesowego do przestępstw niekatalogowych, co nie stoi na przeszkodzie ich operacyjnemu wykorzystaniu i w ten sposób zdobyciu innych dowodów⁴². Podobnie twierdzi K. Dudka, podkreślając, że możliwym jest wykorzystanie utrwalonych rozmów stanowiących dowód przestępstwa, co prawda innego niż dotyczył wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej, ale ujętego *expressis verbis* w katalogu dla tej metody pracy operacyjnej. Z kolei M. Chrabkowski stoi na stanowisku, że niezależnie od przeszkód formalnych każdorazowo organy ścigania są zobligowane do podjęcia działań zapobiegających przestępstwu bez względu na jego kwalifikację prawną, a w sprawach, w których doszło do popełnienia przestępstwa, wykorzystanie posiadanej wiedzy uzyskanej z kontroli operacyjnej winno się odbywać w ramach prowadzonej sprawy operacyjnej i służyć wszystkim pozostałym celom pracy operacyjnej⁴³. Problem postępowania z materiałami z kontroli operacyjnej był również przedmiotem orzecznictwa sądów dyscyplinarnych. Sądy te, na co wskazuje prokurator A. Herzog, zajmowały stanowisko o braku możliwości wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej jako dowodów przestępstwa pozakatalogowego⁴⁴.

³⁹ W. Kozielowicz, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 515

⁴⁰ Pismo Zastępcy Prokuratora Generalnego z 28 stycznia 2005 r., sygn. PR I 820/3/05.

⁴¹ M. Węglowski, *Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r.*, sygn. I KZP 6/07, „Prok. i Pr.”, nr 2 z 2009, s. 158.

⁴² M. Klejnowska, *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004, s. 164.

⁴³ M. Chrabkowski, *Kontrola operacyjna*, „Przegląd Policyjny” 2005, nr 1.

⁴⁴ A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, „Prok. i Pr.” nr 2/2007, s. 89.

Wydawać by się mogło, że spór rozstrzygnął Sąd Najwyższy w postanowieniu składu 7 sędziów z dnia 26 kwietnia 2007 r., wyrażając pogląd, że uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw — określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji — przez osobę inną niż objęta postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 tej ustawy albo popełnionych wprawdzie przez osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem (art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k., stosowany odpowiednio), pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, stosowany odpowiednio). Okazuje się jednak, że w dalszym ciągu istnieją istotne problemy w omawianej problematyce. W. Koziulewicz słusznie stwierdza, że SN nie dał bliższych wskazówek, jak należy rozumieć odpowiednie stosowanie przepisów o tzw. zgodzie następczej, w tym szczególnie w odniesieniu do 5-dniowego terminu z przepisu art. 19 ust. 3 ustawy o Policji. Autor ten, proponując pewne rozwiązania w tym zakresie, podkreśla jednak, że kwestia zgody następczej powinna zostać rozwiązana w drodze ustawowej, poprzez stworzenie możliwości organowi, który wnioskował o kontrolę operacyjną, aby w określonym w ustawie terminie (np. 1 miesiąc) od dnia zakończenia kontroli operacyjnej mógł wystąpić do sądu okręgowego, który zarządził kontrolę operacyjną, o zgodę na wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów z kontroli operacyjnej, oczywiście odnośnie przestępstwa z tzw. katalogu, w zakresie nieobjętym wcześniejszym postanowieniem o kontroli operacyjnej, popełnionej przez osobę, wobec której zastosowano kontrolę operacyjną lub przez inną osobę⁴⁵. Według D. Drajewicza, tzw. zgoda następcza może być wydana wyłącznie w trybie niecierpiącym zwłoki przy zachowaniu wszystkich warunków, o których mowa w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji. Zatem w przypadkach ujawnienia dowodów wskazujących na popełnienie przestępstw katalogowych wykraczających poza ramy trwającej kontroli operacyjnej, „zalegalizowanie” tych dowodów może być przeprowadzone poprzez zarządzenie, z zachowaniem terminu wystąpienia o wyrażenie zgody, kontroli operacyjnej przez Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji, po uzyskaniu zgody właściwego prokuratora (Prokuratora Generalnego lub prokuratora okręgowego). Niezbędnym jest również spełnienie przesłanki subsydiarności. W ocenie tego autora, w świetle obowiązujących przepisów nie będzie zatem możliwe „zalegalizowanie” zgodą następczą materiałów z kontroli operacyjnej po upływie np. 3 miesięcy⁴⁶. Z kolei A. Biernaczyk uważa, że o ile wydanie zarządzenia w przedmiocie zgody następczej nie będzie się wiązało z faktycznym rozpoczęciem kontrolowania nowego obiektu, to wówczas oznaczenie czasu kontroli, której dotyczy wnioski o zgodę następczą, winno obejmować okres od pierwszego do ostatniego komunikatu, których ujawnienie i analiza dały powód do zarządzenia kontroli w trybie niecierpiącym zwłoki, z zastrzeżeniem terminu 3 miesięcy jako maksymalnego okresu trwania kontroli operacyjnej zarządzanej wobec określonego

⁴⁵ W. Koziulewicz, *Postępowanie...*, *op.cit.*, s. 516–517.

⁴⁶ D. Drajewicz, *Zgoda następcza sądu na stosowanie kontroli operacyjnej*, „Prok. i Pr.”, nr 1/2009, s. 94

podmiotu po raz pierwszy. W przypadku natomiast, gdy wniosek o uzyskanie następczej zgody sądu wiązać się będzie z faktycznym rozpoczęciem kontrolowania nowego obiektu, to 5-dniowy termin winien być liczony od daty pierwszego komunikatu, którego ujawnienie i analiza dały powód do zarządzenia kontroli operacyjnej w trybie niecierpiącym zwłoki. Krytycznie do postanowienia SN nakazującego występowanie o zgodę następczą odnieśli się A. Lach i B. Sitkiewicz, w ocenie których materiały z kontroli operacyjnej, które dotyczą innych osób niż wskazane w postanowieniu oraz innych czynów katalogowych powinny być wykorzystywane bez żadnej następczej zgody sądu⁴⁷.

Problem związany ze stosowaniem zgody następczej dostarczał w praktyce coraz więcej powodów do podjęcia działań zmierzających do ustawowego uregulowania tej kwestii. W sprawie byłego Szefa Agencji Wywiadu Z. Siemiątkowskiego⁴⁸. Sąd Okręgowy w Płocku odrzucił dowód z kontroli operacyjnej w postaci podsłuchu telefonicznego, uznając tym samym oskarżonego za niewinnego popełnienia przestępstwa ujawnienia tajemnicy państwowej — art. 265 kk. Sąd, odrzucając uzyskany w ten sposób dowód, w uzasadnieniu powoływał się właśnie na tryb zgody następczej, a raczej jego brak. Wskazywał przy tym, że brak legalizacji uzyskanego w ten sposób dowodu powoduje, iż dowód ten jest nielegalny i nie może podlegać ocenie sądu. Warto zaznaczyć, iż kontrola operacyjna była zarządzona nie na osobę oskarżonego. Z kolei w wyroku z dnia 3 grudnia 2008 r. (V KK 195/08), SN uznał, wykazując się przy tym pewną niekonsekwencją w przyjmowanej dotąd linii orzecznictwa, że występowanie w trakcie prowadzonej, a zarządzonej uprzednio lub zatwierdzonej przez sąd, kontroli i utrwalania rozmów, o poszerzenie tej kontroli lub sięganie w tym celu po konstrukcję zawartą w art. 237 § 2 k.p.k., nie jest konieczne, jeżeli ujawniają się w jej toku inne przestępstwa, należące także do katalogu przestępstw wskazanych w § 3 art. 237 k.p.k., ale ściśle jednak łączące się z tym lub tymi przestępstwami, co do których zastosowano kontrolę rozmów, np. gdy w ramach kontroli odnośnie przestępstwa zorganizowanej grupy przestępczej (art. 237 § 3 pkt 14 k.p.k.) trudniącej się kradzieżami samochodów i handlem nimi lub ich częściami ujawnia się jedynie, że te kradzieże i obrót tworzą w swym rozmiarze przestępstwa przeciwko mieniu znacznej wartości (art. 237 § 3 pkt 15 k.p.k.) lub odwrotnie, a nie zachodzi potrzeba podmiotowego poszerzenia kontroli czy *vice versa*. W innej sprawie sąd okręgowy udzielił co prawda zgody następczej, ale dotyczyła ona „zalegalizowania” materiałów uzyskanych z realizowanej kontroli operacyjnej 5 lat wcześniej, co spotkało się ze złożeniem stosownego zażalenia przez obrońców oskarżonych. Konsekwencją zajęcia takiego stanowiska przez sąd było zagadnienie prawne do SN. W postanowieniu z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt

⁴⁷ A. Lach, B. Sitkiewicz, *Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07*, „Prok. i Pr.”, nr 10/2007, s. 152.

⁴⁸ W sprawie tej akt oskarżenia opierał się na utrwalonej przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego treści rozmowy telefonicznej, jaka miała miejsce w styczniu 2004 r. pomiędzy jedną z posłanek a prezesem pewnej firmy. Posłanka miała poinformować prezesa, aby „czyścić” umowę, gdyż ABW prowadzi w tej sprawie śledztwo. W celu uwiarygodnienia tej informacji powołała się na wysokiego urzędnika państwowego, którym miał być Zbigniew S.

I KZP 2/10, SN odmawiając podjęcia uchwały, stwierdził, że w sytuacji, gdy zastosowanie podsłuchu procesowego spełnia wymagania formalne, tzn. postanowienie o zarządzeniu kontroli i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych wydaje — po wszczęciu postępowania przygotowawczego — sąd, a toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa dotyczy przestępstwa wymienionego w zamkniętym katalogu, zamieszczonym w art. 237 § 3 k.p.k., to kwestia wykorzystania, w toczącym się postępowaniu karnym, treści utrwalonych w trakcie podsłuchu zapisów, zależy wyłącznie od oceny sądu, czy mają one dla tego postępowania znaczenie⁴⁹. Ponadto, w ocenie SN, całkowicie nieuprawnione byłoby jednak uznanie, że ocena w przedmiocie znaczenia lub braku przydatności utrwalonych zapisów dla postępowania karnego, winna się wyrażać w udzieleniu lub odmowie jakiegokolwiek „zgody następczej”. W uzasadnieniu SN konstatawał m.in., że podsłuch procesowy, stosowany w myśl art. 237 k.p.k., ma na celu „wykrycie i uzyskanie dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenie popełnieniu nowego przestępstwa”. Stąd też, przy założeniu, że kontrola operacyjna służy właśnie tym celom, nieuprawnione byłoby założenie, że przyjęte rozwiązanie ustawowe dopuszcza kontrolę wypowiedzi jednego tylko uczestnika rozmowy, tzn. wypowiedzi tylko tej osoby, która wymieniona została przez sąd w postanowieniu wydanym na podstawie art. 237 § 1 i 3 k.p.k. W ocenie SN, tego rodzaju interpretacja prowadziłaby do absurdalnej sytuacji, w której procesowe wykorzystanie wypowiedzi rozmówcy tej osoby, zależałoby w każdym wypadku od wyrażenia przez sąd w tym względzie odrębnej zgody „następczej”.

W celu ustawowego uregulowania zgody następczej i sposobu postępowania z uzyskanymi w trakcie kontroli operacyjnej materiałami, z dniem 11 czerwca 2011 r. weszła w życie ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (DzU z 2011 nr 53, poz. 273). W art. 9 wprowadzone zostały zmiany do ustawy o SKW oraz SWW. W zakresie kontroli operacyjnej i trybu uzyskiwania zgody następczej, przepisy przewidywały rozwiązanie, zgodnie z którym, jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskany zostanie dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej albo przez inną osobę, na wniosek Prokuratora Generalnego, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd (który zarządził tę kontrolę). Wniosek w tej sprawie Prokurator Generalny kieruje do sądu nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od dnia zakończenia kontroli operacyjnej. Sąd wydaje postanowienie w tej sprawie

⁴⁹ Zasadniczej wykładni ustawy wymagało zagadnienie prawne: „Czy stosowanie przepisu art. 237 § 2 k.p.k. do sytuacji orzekania w przedmiocie tzw. zgody następczej na przeprowadzenie kontroli i utrwalanie rozmów, dotyczącej wykorzystania materiałów uzyskanych w wyniku kontroli zalegalizowanej pierwotnie przez sąd, ale wykraczających poza przedmiotowe czy podmiotowe granice owej kontroli, wymaga bezwzględnego przestrzegania przez organy procesowe wskazanych w tym przepisie terminów: do wystąpienia ze stosownym wnioskiem o wyrażenie zgody następczej i do wydania samej zgody oraz ewentualnie od jakiego zdarzenia rozpoczyna bieg termin do wystąpienia z wnioskiem o wyrażenie zgody następczej i jakie są skutki uchybienia terminom wskazanym w art. 237 § 2 k.p.k.?”.

w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez Prokuratora Generalnego. W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, Szef SKW jest zobowiązany przekazać Prokuratorowi Generalnemu wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej (obowiązek ten dotyczył wcześniej wyłącznie dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego). Adekwatnie do proponowanych zmian w przepisach k.p.k, wprowadzono *expressis verbis* zakaz wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej do celów innych niż postępowanie karne w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot⁵⁰. Zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały, które nie stanowią informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu. Zniszczenie materiałów zarządza Szef SKW. O wydaniu i wykonaniu zarządzenia dotyczącego zniszczenia tych materiałów, Szef SKW jest obowiązany do niezwłocznego poinformowania Prokuratora Generalnego (NPW). W tym miejscu warto zwrócić uwagę na nowelizację ustawy o ABW oraz AW, na podstawie której ABW uzyskała uprawnienie do odstąpienia od zniszczenia materiałów z kontroli operacyjnej, jeżeli w ocenie ABW są one istotne dla bezpieczeństwa państwa. Zgodę w tym zakresie wydaje sąd okręgowy, na pisemny wniosek Szefa ABW, po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego. Uznano zatem konieczność sprawowania nadzoru przez organy zewnętrzne nad podejmowaniem decyzji o zachowaniu materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej. Jednocześnie trudno nie zauważyć, iż jest to swego rodzaju (w pewnych okolicznościach i w odpowiednim trybie) powrót do instytucji pozwalającej na odstąpienie od zniszczenia materiałów z podsłuchów. Nie do zaakceptowania są jednak działania ustawodawcy, który uprawnienia do odstąpienia od zniszczenia niektórych materiałów z kontroli operacyjnej nie przewidział dla SKW, pomimo tego, że podobnie jak ABW, jako służba specjalna została przecież powołana do m.in. wykonywania zadań obejmujących bezpieczeństwo państwa oraz SZ RP. Wprowadzenie nowych uprawnień wyłącznie dla ABW stanowi wyraźny sygnał, że zamiast wypracowania jednolitej koncepcji funkcjonowania służb specjalnych w Polsce, stosuje się praktyki faworyzowania jednych służb kosztem innych⁵¹.

Nowe przepisy wprowadziły również zmiany w procedurze stosowania podsłuchu procesowego. W wypadkach niecierpiących zwłoki, kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych może zarządzić prokurator, który obowiązany jest zwrócić się w terminie trzech dni do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie pięciu dni na posiedzeniu bez udziału stron. Niemniej jednak, w przypadku, gdy Sąd nie zatwierdzi

⁵⁰ Por. z poglądami wyrażonymi w Opinii Biura Analiz Sejmowych z dnia 18 maja 2007 r., w sprawie poselskiego projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (druk nr 1570).

⁵¹ Podobne przypadki na korzyść służb policyjnych dotyczyły instytucji zakupu kontrolowanego, wytwarzania dokumentów legalizacyjnych czy też dostępu do tzw. „informacji bankowych”.

postanowienia prokuratora, obowiązek zarządzenia zniszczenia utrwalonych zapisów spoczywa na nim, a nie jak dotychczas na prokuratorze. Podobnie przedstawia się sytuacja po zakończeniu zarządzanego w trybie zwykłym podsłuchu procesowego oraz w przypadku zakończenia postępowania przygotowawczego. W obu sytuacjach, to nie prokurator, ale Sąd ma zarządzać zniszczenie materiałów niemających znaczenia dla postępowania karnego lub tych, które nie stanowią dowodu, o którym mowa w art. 237a. W tym drugim przypadku w posiedzeniu sądu mogą wziąć udział strony. W tym miejscu należy podkreślić, że art. 237a zawiera wyrażoną po raz pierwszy *expressis verbis* w k.p.k. instytucję „zgody następczej”. Zgodnie z treścią nowego artykułu, jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przestępstwa wymienionego w art. 237 § 3, popełnionego przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego niż objęte zarządzeniem kontroli, albo popełnionego przez inną osobę, prokurator w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od jej zakończenia może wystąpić do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym. Sąd wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie 14 dni na posiedzeniu bez udziału stron. Zmiany k.p.k. dotyczyły również nowej instytucji, którą było uprawnienie osoby podsłuchiwanej do złożenia wniosku o zniszczenie utrwalonych w ramach podsłuchu procesowego zapisów. Wniosek taki mógłby jednak zostać złożony nie wcześniej niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego. Trudno zaprzeczyć, że tego rodzaju uregulowania wynikają przede wszystkim z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które od lat formułuje tezy dotyczące m.in. wprowadzenia do ustaw obowiązku poinformowania osoby, w stosunku do której zarządzono kontrolę operacyjną, o stosowaniu wobec niej tej metody pracy operacyjnej. Chodzi o to, aby osoba, wobec której dokonano ingerencji w jej prawa chronione Konstytucją RP i Konwencją Europejską, miała — w myśl zasady rządów prawa, wyrażonej w preambule Konwencji — prawne środki ochrony tych praw. Tym bardziej, iż zdaniem Trybunału w Strasburgu (...) *powinna istnieć pewna możliwość dostępu do organów strasburskich, inaczej skuteczność mechanizmu kontrolnego Konwencji zostałaby poważnie osłabiona* (6.9.1978 — wyrok w sprawie *Klass i inni v. Niemcy*). Przy czyn rozważano również, czy obowiązek poinformowania osoby nie rozszerzyć również na inne osoby, wobec których wykorzystano materiały uzyskane w wyniku tej ingerencji (*Lambert przeciwko Francji*, orzeczenie z 24 sierpnia 1998 r., raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 1 lipca 1997 r., skarga nr 23618/94). Bowiem z uzasadnienia tego wyroku wynikało, iż *Duża liczba ludzi pozbawiona byłaby ochrony prawnej, a konkretnie ci, którzy rozmawiają, postugując się telefonami innymi niż swój. Mechanizm ochronny mógłby być w praktyce pozbawiony w dużym stopniu jakiegokolwiek znaczenia. Tak właśnie było w wypadku Lamberta, któremu nie zapewniono skutecznej ochrony w prawie krajowym, które nie czyni żadnego rozróżnienia w zależności od tego, czyja linia telefoniczna jest podsłuchiwana. Lambert nie mógł więc skorzystać ze skutecznej kontroli, do której obywatele są uprawnieni zgodnie z zasadą rządów prawa, pozwalającej na ograniczenie ingerencji wchodzącej w grę w stopniu koniecznym w demokratycznym społeczeństwie.*

K.p.k. przewiduje ponadto wprowadzenie zakazu wykorzystywania dowodów uzyskanych w wyniku podsłuchu procesowego w innych postępowaniach niż postępowanie karne. Chodzi na przykład o postępowania przed sądami cywilnymi czy pracy. Zaostrzeniu uległy również kryteria pozwalające na wydanie zgody na stosowanie podsłuchów procesowych. Wprowadzony został obowiązek dołączenia do wniosku o zgodę na zastosowanie podsłuchu, materiałów uzasadniających zarządzenie kontroli.

Reasumując, nowelizacja ustawodawstwa w przedmiocie kontroli operacyjnej uregulowała zatem tryb uzyskiwania zgody następczej w SKW, przerzucając inicjowanie tego uprawnienia na Naczelnego Prokuratora Wojskowego. Stąd też, po przekazaniu przez Szefa SKW wszystkich materiałów z kontroli operacyjnej z odpowiednim opisem wskazującym na uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa katalogowego, wykraczającego przedmiotowo i podmiotowo poza granice zarządzanej kontroli operacyjnej, to od Naczelnego Prokuratora Wojskowego będzie zależało, czy istnieją przesłanki do ubiegania się o zgodę następczą, czy też materiały takie powinny zostać zniszczone. Z pewnością nie będzie to zadanie łatwe z uwagi na istotne rozbieżności w orzecznictwie SN, na które zwrócił uwagę J. Skorupka⁵².

Podczas realizacji kontroli operacyjnej przez SKW może się również zdarzyć, że uzyskane dowody będą co prawda dotyczyły przestępstwa katalogowego, ale z katalogu ŻW, a nie SKW. Czy zatem materiały takie należy zniszczyć, czy też przekazać ŻW? A co jeśli materiały zawierają również dowody niewinności określonej osoby?⁵³ W postanowieniu z dnia 18 maja 2007 r., sygn. II AKz 288/07, w duchu orzecznictwa SN⁵⁴, Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że ustawa o CBA wprowadza prawo korzystania z dowodów uzyskanych przez Centralne Biuro Antykorupcyjne w trybie art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 tej ustawy. Przepisy te nie wymieniają zbrodni zabójstwa, ani nieumyślnego spowodowania śmierci. Sprawia to, że uzyskane w tym trybie dowody nie mogą być podstawą ustaleń, jako zgromadzone w sposób sprzeczny z prawem, a tym samym nielegalnie. Stanowisko to poparł S. Hoc, podkreślając, że materiały zgromadzone podczas kontroli operacyjnej, niedotyczące przestępstw katalogowych, uzyskane więc niezgodnie z ustawą o CBA muszą zostać zniszczone. CBA nie może przechowywać tych informacji, gdyż zostały uzyskane niezgodnie z ustawą, a do czasu ich zniszczenia, CBA obowiązane jest uniemożliwić dostęp do nich osobom nieuprawnionym. Interpretacja taka wynika z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Należy podkreślić, że kontrola operacyjna nie może być stosowana wobec czynów, które nie są wymienione w katalogu ustaw: o CBA, Policji, Straży Granicznej, ABW

⁵² Zob. J. Skorupka, *Krytycznie o stanowisku Sądu Najwyższego w kwestii legalności kontroli rozmów telefonicznych*, „Prok. i Pr.” nr 4 z 2011 r., s. 5–19.

⁵³ A. Biernaczyk, uważa, że SN, zakazując wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej jako dowodów nie wziął pod uwagę tego, że materiały te mogą zawierać dowody niewinności określonej osoby, a stąd zakaz wykorzystywania dowodu niewinności byłby w sprzeczności z kardynalną zasadą prawdy materialnej, *Zarys...*, *op.cit.*, s. 124–125.

⁵⁴ Postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 6/07.

oraz AW. Przyjęcie innej interpretacji byłoby niezgodne z prawem, podważałoby istotę katalogów przestępstw stanowiących przedmiot zainteresowań wymienionych służb⁵⁵. Zgadając się z zaprezentowanymi poglądami, w przypadku uzyskania w wyniku realizowanej kontroli operacyjnej dowodów popełnienia przestępstwa spoza katalogu ustawy o SKW, dowody te powinny zostać zniszczone. Bez znaczenia byłby argument, że dowody te dotyczą przestępstwa mieszczącego się w katalogu ŻW lub innej służby. Sytuacja się zmienia wraz z wprowadzoną nowelizacją przepisów w zakresie kontroli operacyjnej. Zgodnie z treścią art. 31 ust. 14a ustawy o SKW oraz SWW, ustawodawca przewidział możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakiegokolwiek uprawniony podmiot. Stąd też, w przypadku przekazania takich materiałów do Naczelnego Prokuratora Wojskowego, mogą one zostać przekazane do wykorzystania przez inną służbę uprawnioną do stosowania kontroli operacyjnej, z zachowaniem trybu zgody następczej, który w tego rodzaju przypadkach będzie musiał zostać spełniony.

Pomimo jednoznacznego stanowiska w przedmiocie możliwości dowodowego wykorzystania niektórych materiałów z kontroli operacyjnej, w dalszym ciągu nie jest jednoznacznie wyjaśnione, jak postępować z informacjami o osobach i zdarzeniach, które same w sobie nie stanowią dowodu, ale mogą pozostawać w zainteresowaniu operacyjnym ŻW (lub innej służby, np. ABW). Czy zatem informacje takie, gdzie ich źródłem jest kontrola operacyjna (oczywiście ŻW nie ma w tym zakresie wiedzy i nie może mieć) mogą zostać przekazane do ŻW? Przedstawionym poglądom o możliwości ich wykorzystania w celach operacyjnych przeciwstawiają się sądy w swoim orzecznictwie. Jednocześnie kwestia ta nie znalazła uregulowania w proponowanych zmianach ustaw. *De lege lata*, uważam, że nie ma żadnych przeciwwskazań co do możliwości wykorzystania w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych wiedzy (a więc nie nośników czy transkrypcji) uzyskanej w wyniku stosowanej kontroli operacyjnej. Jednocześnie trudno oczekiwać od żołnierza SKW, który uzyskał taką wiedzę, aby zachowywał się tak, jakby o niczym nie wiedział. Stąd też, w odniesieniu do informacji z kontroli operacyjnej, które mogą mieć znaczenie dla wykonywanych przez wszystkie służby czynności operacyjno-rozpoznawczych, należy je wyłącznie w takim zakresie wykorzystywać. Reasumując, w przypadku uzyskania w ramach realizowanej kontroli operacyjnej informacji o osobach lub zdarzeniach, które mogą pozostawać w zainteresowaniu operacyjnym ŻW, SKW powinna je przekazać tej służbie w oparciu o ustawowe przepisy dotyczące współdziałania (albo na podstawie zawartych porozumień) w zakresie wymiany informacji z czynności operacyjno-rozpoznawczych.

⁵⁵ S. Hoc, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 maja 2007 r.*, sygn. II AKz 288/07, „Prok. i Pr.” nr 4/2009, s. 174