

Tomasz Łodziana¹

Warszawa

ORCID ID: 0000-0002-4402-3840

TAK ZWANE DANE HISTORYCZNE W KONTEKŚCIE KONTROLI OPERACYJNEJ

ABSTRACT

So-called “historical data” in the context of operational control

The article is devoted to the problem of the so-called historical data, i.e. information obtained in the course of operational control, recorded on a specific data carrier before the date of ordering these operations by the court. The author focuses on the problem of understanding the concept of time of application of operational control, as well as pointing out the legitimacy of taking into account historical data from the perspective of the principle of subsidiarity. In the body of the study, the author also leans over the issue of the admissibility of such data in criminal proceedings, including making remarks against the background of historical data obtained throughout procedural activities. The article concludes with *de lege ferenda* proposals.

Keywords: investigative operations, operational control, rule of subsidiarity, historical data

Słowa kluczowe: czynności operacyjno-rozpoznawcze, kontrola operacyjna, zasada subsydiarności, dane historyczne

¹ Radca prawny, autor publikacji z zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych, procesowych oraz prawa karnego materialnego. Biegły sądowy przy Sądzie Okręgowym w Warszawie w dziedzinie prawnej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

1. Wstęp

Kontrola operacyjna to jedna z metod pracy operacyjnej stosowana w ramach prowadzonych spraw operacyjnych przez uprawnione do tego organy państwa. W doktrynie (trafnie) klasyfikuje się ją jako tak zwaną prostą metodę czynności operacyjno-rozpoznawczych². Celami tej metody *de lege lata* są: zapobieżenie przestępstwom, wykrycie i ustalenie sprawców oraz uzyskanie i utrwalenie dowodów. W chwili obecnej w Polsce możliwość jej „bezpośredniego” stosowania przewidziana jest dla:

- 1) Straży Granicznej³;
- 2) Policji⁴;
- 3) Biura Nadzoru Wewnętrzznego⁵;
- 4) Inspektoratu Wewnętrznego Służby Więziennej⁶;
- 5) Służby Ochrony Państwa⁷;
- 6) Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego⁸;
- 7) Służby Kontrwywiadu Wojskowego⁹;
- 8) Centralnego Biura Antykorupcyjnego¹⁰;
- 9) Krajowej Administracji Skarbowej¹¹.

Warto przy tym wspomnieć, że takie uprawnienia nie przysługują Służbie Wywiadu Wojskowego ani Agencji Wywiadu, niemniej kontrola operacyjna (w określonych w ustawach przypadkach) może być prowadzona wyłącznie za pośrednictwem odpowiednio Szefa ABW lub Szefa SKW.

Podstawową cechą kontroli operacyjnej jest to, że jest prowadzona niejawnie. Oznacza to, że fakt jej stosowania pozostaje poza wiedzą osób do tego nieuprawnionych, w tym – co oczywiste – poza wiedzą osoby, wobec której została zarządzona.

W obecnym stanie prawnym ustawy kompetencyjne przewidują możliwość stosowania kontroli operacyjnej pod kilkoma postaciami. Opierając się na rozwiązaniach przyjętych w art. 19 ust. 6 ustawy o Policji, wskazać należy, że omawiana metoda może polegać na:

2 A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 19.

3 Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1080).

4 Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 145), dalej: ustawa o Policji (oczywiście w ramach struktur policji uprawnienia do stosowania kontroli operacyjnej mają także funkcjonariusze wyspecjalizowanych jednostek organizacyjnych policji, tj. Centralnego Biura Śledczego Policji, Biura Spraw Wewnętrznych Policji oraz Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości).

5 Ustawa z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2487).

6 Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1683).

7 Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 66).

8 Ustawa z dnia 24 maja 2022 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1136).

9 Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 81).

10 Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1900), dalej: ustawa o CBA.

11 Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 615).

- 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych;
- 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub innych miejsc niż miejsca publiczne;
- 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej;
- 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych;
- 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek.

Wypada wskazać, że kontrola operacyjna – w zależności od sposobu jej prowadzenia – może być stosowana przez uprawniony organ samodzielnie lub też może wymagać udziału podmiotów zewnętrznych wobec tego organu.

W tym pierwszym wariancie uprawniony organ samodzielnie stosuje odpowiednie środki, w tym chociażby polegające na zainstalowaniu określonego urządzenia utrwalającego obraz lub dźwięk w danym pomieszczeniu czy środku transportu.

W tym drugim przypadku uprawniony organ jest w pewnym sensie uzależniony od podmiotów realizujących określone usługi. Z tego też względu ustawodawca nałożył stosowne obowiązki na te podmioty. Jak wynika z treści chociażby art. 19 ust. 12 ustawy o Policji, obowiązki te polegają na zapewnieniu na własny koszt warunków technicznych i organizacyjnych umożliwiających prowadzenie przez policję kontroli operacyjnej. W wymiarze podmiotowym obowiązki te obejmują:

- 1) przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
- 2) operatorów pocztowych;
- 3) usługodawców świadczących usługi drogą elektroniczną.

2. Dane historyczne w kontekście ram czasowych stosowania kontroli operacyjnej

Pojęcie danych historycznych nie zostało zdefiniowane w jakimkolwiek akcie prawnym. W omawianym kontekście są to wszelkiego rodzaju informacje, które zostały utrwalone w pamięci danego urzędnika (używanego przez sprawcę) przed datą zarządzenia przez sąd kontroli operacyjnej.

Aby zrozumieć istotę tego zagadnienia (a w konsekwencji móc rozważać dopuszczalność ich wykorzystania w procesie karnym), niezbędne jest ukazanie różnicy pomiędzy dwoma sposobami stosowania kontroli operacyjnej. Za najbardziej zrozumiały przykład można podać tak zwany „podsluch telefonu komórkowego”. Taka forma kontroli operacyjnej jest realizowana przy udziale wspomnianych wcześniej przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Stosownie do treści przepisów ustaw kompetencyjnych określających m.in. elementy konstrukcyjne wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej wymogiem jest wskazanie okresu, na który kontrola operacyjna byłaby zarządzona. Ten element jest wbrew pozorom istotny, albowiem nie tylko określa to, przez jaki okres będzie mogła

następować ingerencja uprawnionych organów w tajemnicę komunikowania się, ale także pozwala na ograniczenie czasowe weryfikowania informacji o przestępstwie stanowiącym podstawę działania służby w konkretnej sprawie. Wskazać przy tym można, że kontrola operacyjna (w omawianej formie) mogłaby przynieść największe rezultaty wówczas, jeżeli do danego przestępstwa jeszcze nie doszło i popełnienie danego czynu byłoby zdarzeniem przyszłym. Oczywiście jest to, że kontrola operacyjna polegająca na „podśłuchu telefonu” mogłaby się okazać skuteczna także wtedy, kiedy określony czyn byłby w toku¹². Nieco mniejszych rezultatów należałoby oczekiwać od stosowania kontroli operacyjnej do czynów, które już miały miejsce, aczkolwiek nie można wykluczyć i takiej sytuacji, w której sprawca mógłby określić informacje dotyczące popełnionego czynu przekazywać także po fakcie¹³. Niemniej kluczową cechą tego sposobu prowadzenia kontroli operacyjnej jest to, że możliwe jest utrwalanie wyłącznie tych treści (rozmów, SMS-ów), które pojawiałyby się w okresie, w którym kontrola operacyjna byłaby zarządzana. Mówiąc inaczej, ta postać omawianej kontroli pozwala wyłącznie na utrwalanie tego, co następowałoby „na bieżąco”, a ewentualne uzyskanie danych uprzednio zawartych w pamięci telefonu (np. SMS-ów, zdjęć itp.) możliwe byłoby wyłącznie w ramach podjętych czynności procesowych (poprzez zabezpieczenie telefonu oraz poddanie oględzinom treści utrwalonej w jego pamięci).

Wychodząc naprzeciw treści wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r. (K 23/11)¹⁴, polski ustawodawca zdecydował się na dokonanie zmian w ustawach kompetencyjnych. Z tego też powodu (czyniąc zadość postulatowi TK w zakresie określenia, sprecyzowania katalogu sposobów prowadzenia kontroli operacyjnej) do ustaw kompetencyjnych mocą ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw¹⁵ wprowadzono nową postać kontroli operacyjnej (która w chwili obecnej jest wymieniona m.in. w art. 19 ust. 6 pkt 4 ustawy o Policji).

W tym samym akcie prawnym ustawodawca uregulował problematykę tego, przez jaki okres kontrola operacyjna może trwać maksymalnie. W uzasadnieniu¹⁶ do tej części zmian wskazano przy tym, że ustalony łączny okres stosowania kontroli operacyjnej nie może przekroczyć 18 miesięcy, przy czym okres ten był rozumiany w ten sam sposób, w jakim rozumiał go Trybunał Konstytucyjny, czyli okres „prowadzenia” tej czynności.

Mając powyższe na uwadze, należy odróżnić w tym miejscu dwie kwestie: okres stosowania kontroli operacyjnej (a więc czas, w którym określone narzędzia służące realizacji kontroli operacyjnej pozostawałyby „aktywne”) od zakresu danych, jakie w ramach tej kontroli mogłyby zostać pozyskiwane.

12 Ustawodawca dopuszcza w takich przypadkach nawet osobny tryb zarządzania kontroli operacyjnej, opisany chociażby w art. 13 ust. 3 ustawy o Policji.

13 Na temat tzw. *timing*u stosowania kontroli operacyjnej, niemniej w zakresie jej stosowania sprzed obowiązywania ustawy nowelizującej: A. Dalecka-Werpachowska, T. Łodziana, *Taktyczne aspekty stosowania kontroli operacyjnej*, [w:] *Przestępczość w XXI wieku. Zapobieganie i zwalczanie. Problemy prawno-kryminologiczne*, red. E.W. Pływaczewski, W. Filipkowski, Z. Rau, Warszawa 2015, s. 432–440.

14 „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Seria A” 2014, nr 7, poz. 80.

15 Dz.U. z 2016 r. poz. 147, dalej: *ustawa nowelizująca*.

16 Druk nr 154. Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw. Uzasadnienie, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=154> [dostęp: 12 sierpnia 2024 r.].

Podając wcześniej za przykład „podśluch telefonu komórkowego” realizowany w klasycznej formie, w tym miejscu zasadne jest omówienie problematyki sposobu prowadzenia kontroli operacyjnej wprowadzonego ustawą nowelizującą. Ten sposób polega na uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych.

Podobnie jak w przypadku klasycznego „podśluchu telefonu” również i ta postać kontroli operacyjnej wymaga tego, aby w postanowieniach sądu został precyzyjnie określony czas jej stosowania.

To natomiast, co stanowi nowość w zakresie prawnych podstaw stosowania kontroli operacyjnej, to kwestia tego, że przy użyciu określonych narzędzi możliwe jest dokonanie niejawnego i zdalnego zapoznania się z informacjami już (uprzednio) zawartymi na danym informatycznym nośniku danych, telekomunikacyjnym urządzeniu końcowym (np. telefonie komórkowym, komputerze), w systemie informatycznym czy teleinformatycznym.

Rezultatem powyższego jest to, że inaczej, niż ma to miejsce przy klasycznej kontroli operacyjnej, zakres danych, które organ może pozyskać, jest oczywiście szerszy. Czy w świetle dotychczasowego rozumienia pojęcia okresu, na jaki kontrola operacyjna została zarządzona, należałoby odrzucić możliwość wykorzystania pozyskanych w ten sposób danych historycznych?

Za taką koncepcją opowiedział się SA we Wrocławiu z dnia 11 maja 2023 r. w sprawie II AKa 480/21¹⁷. Z treści wyroku wynika, że w tej sprawie prowadzone były przez Centralne Biuro Antykorupcyjne czynności, w tym stosowana była (w stosunku do jednego z późniejszych oskarżonych) kontrola operacyjna. Kontrola ta miała być zarządzona przez Sąd Okręgowy w Warszawie w oparciu o wnioski Szefa CBA z dnia 26 października 2018 r., a następnie przedłużona w oparciu o wnioski Szefa CBA z dnia 16 stycznia 2019 r. Kontrola ta polegała na uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych na informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, w systemach informatycznych i teleinformatycznych. Jak ustalił sąd, w toku stosowania tejże kontroli pozyskano treść rozmów prowadzonych przez jednego z oskarżonych, które to rozmowy były prowadzone przy użyciu szyfrowanych komunikatorów internetowych. Ustalono przy tym, że dane pozyskane w toku tej kontroli (a które to dane zostały włączone w poczet materiału dowodowego w sprawie) wykraczały poza ramy czasowe wynikające z postanowień Sądu Okręgowego w Warszawie i obejmowały także dane historyczne, tj. obejmowały dane – jak wskazał SA we Wrocławiu – za okres poprzedzający zarządzenie kontroli – z kilku miesięcy sprzed wydania pierwotnego postanowienia przez Sąd Okręgowy w Warszawie. W dalszej treści SA we Wrocławiu wskazał, że występują poważne wątpliwości z perspektywy standardów konwencyjnych i konstytucyjnych odnośnie do pozyskiwania danych historycznych. Sąd wskazał przy tym, na jaki okres kontrola operacyjna może być zarządzona maksymalnie, oraz wskazał, że użyte oprogramowanie daje możliwość pozyskania i utrwalenia danych z okresu poprzedzającego decyzję o zarządzeniu kontroli i to bez ograniczeń czasowych, o ile są tylko dostępne. Swoje wątpliwości sąd argumentował i tym, że w dacie nowelizowania przepisów o kontroli

17 LEX nr 3652572.

operacyjnej (w tym art. 17 ust. 5 pkt 4 ustawy o CBA) w przestrzeni publicznej nie pojawiały się informacje o oprogramowaniu szpiegującym i jego możliwościach. Sąd – w kontekście czasu stosowania kontroli operacyjnej – wskazał także i na to, że zajęcie odmiennego stanowiska (a więc dopuszczającego możliwość pozyskiwania danych historycznych) oznaczałoby, że zakreślone w ustawie ramy czasowe prowadzenia kontroli operacyjnej tracą na znaczeniu. Sąd wskazał także, że zarządzenie kontroli operacyjnej możliwe jest tylko przy spełnieniu warunku istnienia informacji o przestępstwie, a dane historyczne obejmują okres wcześniejszy, kiedy informacji o przestępstwie mogło jeszcze w ogóle nie być. Sąd podniósł także i to, że zakreślenie ram czasowych stosowania kontroli operacyjnej służyć ma osiągnięciu określonego celu, a dane historyczne z takim celem (czy celami) nie pozostają z nim w związku.

Jak wynika z informacji medialnych, od przywołanego wyroku została wniesiona jednak kasacja na niekorzyść oskarżonych¹⁸.

Ze stanowiskiem prezentowanym przez przywołany sąd nie sposób się zgodzić. Jak wskazano wcześniej, jednym z elementów wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej jest określenie czasu, na jaki kontrola operacyjna będzie zarządzana. W kwestii postanowienia sądu w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej (czy też jej przedłużenia, jak również odmowy zarządzenia/przedłużenia) w obrocie prawnym funkcjonują wzory. Wzór takiego postanowienia określony jest m.in. w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 8 lipca 2022 r. w sprawie kontroli operacyjnej prowadzonej przez policję¹⁹. W tymże wzorze, w części poświęconej okresowi stosowania kontroli operacyjnej, wskazano dwa pola. W pierwszym z nich sędzia wydający postanowienie obowiązany jest wskazać, na jaki okres zarządzana (przedłużona) zostaje kontrola operacyjna (np. na okres dwóch miesięcy). W drugim polu wskazywana jest data graniczna, tj. wskazuje się, do jakiego dnia kontrola operacyjna może być stosowana. W kontekście zatem okresu stosowania kontroli operacyjnej jej ramy wynikają z decyzji właściwego sądu, przy czym dniem, od którego zarządzana jest kontrola operacyjna, jest data wydania postanowienia. Dopiero od tej daty (poza przypadkami zarządzania kontroli operacyjnej w wypadkach niecierpiących zwłoki) wnioskujący organ może zacząć stosować tę metodę.

W tym jednak miejscu należy cofnąć się do kwestii związanych z rodzajami kontroli operacyjnej, a ściślej mówiąc do tego, dlaczego takie różne rodzaje kontroli operacyjnej istnieją i jak to koresponduje z pojmowaniem pojęcia okresu (czasu) stosowania kontroli operacyjnej. O ile w przywołanym przykładzie „klasycznego” podsłuchu telefonu komórkowego zagadnienie okazało się niebudzące wątpliwości, o tyle przy bardziej nowoczesnych formach kontroli operacyjnej (wynikających z ustawy nowelizującej) zagadnienie to wymaga doprecyzowania.

Kluczowym pojęciem, którym posłużył się ustawodawca w treści art. 19 ust. 6 pkt 4 ustawy o Policji, jest zwrot „dane zawarte” w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych.

18 G. Zawadka, *Sąd nie zbadal, jak działa Pegasus. Oparł się na doniesieniach medialnych*, artykuł z 26 lutego 2024 r., <https://www.rp.pl/kraj/art39898121-sad-nie-zbadal-jak-dziala-pegasus-oparl-sie-na-doniesieniach-medialnych> [dostęp: 16 marca 2024 r.].

19 Dz.U. z 2022 r. poz. 1448.

Stosując zasady wykładni prawa, podstawową zasadą jest stosowanie wykładni językowej. Sformułowanie „dane zawarte” odnosi się do (literalnie czytając przepis) danych, które zostały gdzieś umieszczone, utrwalone, a więc do danych, których fakt ich „zapisania” miał miejsce w przeszłości, że były już obecne w określonym „miejscu”, znajdowały się tam. Użycie zatem czasu przeszłego wyraźnie wskazuje na intencje ustawodawcy ukierunkowane na stworzenie możliwości pozyskiwania także danych z przeszłości.

Rzecz jasna tym punktem na osi czasu, od którego takowa możliwość prawna by wystąpiła, jest data wydania przez sąd postanowienia w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej. Nie można przy tym, jak to zrobił SA we Wrocławiu, ograniczać możliwości uzyskiwania utrwalania wyłącznie tych danych, które byłyby dopiero na bieżąco „zawierane” np. w telefonie komórkowym. Gdyby intencją ustawodawcy było to, aby położyć akcent wyłącznie na te dane, które pojawiałyby się „na bieżąco”, skorzystałby on z konstrukcji językowej wskazującej na trwanie jakiegoś zjawiska. Wówczas treść art. 17 ust. 6 pkt 4 mogłaby brzmieć następująco: „uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawieranych (czy zapisywanych) w (...)”.

Z tego też względu w kontekście nowych możliwości technicznych w zakresie stosowania kontroli operacyjnej należałoby się opowiedzieć za nową koncepcją postrzegania tego, czym jest okres stosowania kontroli operacyjnej. W tym też zakresie pojęcie to powinno być rozumiane w ten sposób, że jest to ten czas (udzielony przez sąd określonemu organowi), w którym może on pozyskiwać informacje w sposób określony w postanowieniu, a nie jako zarówno czas, w którym może on pozyskiwać informacje, lecz wyłącznie te, które „pojawiałyby się” w okresie stosowania kontroli operacyjnej.

3. Informacja o przestępstwie jako podstawa zarządzenia kontroli operacyjnej w kontekście danych historycznych

Kontrola operacyjna – w aspekcie podstaw jej zarządzenia – może być stosowana wyłącznie w odniesieniu do tak zwanych przestępstw katalogowych, czyli takich czynów zabronionych, które ustawodawca wymienił w poszczególnych ustawach kompetencyjnych (np. w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji).

Jak trafnie zauważył SN²⁰, podstawą zarządzenia kontroli operacyjnej jest informacja o przestępstwie, aczkolwiek informacja ta nie musi być informacją wiarygodną, niemniej obiektywnie musi istnieć. Informacja ta może dotyczyć czynu, który już zaistniał (i przeważnie jest zarządzana wówczas, jeżeli organy postępowania przygotowawczego nie dysponują takim zakresem danych, które wskazywałyby na uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa – czyli pozytywną przesłankę procesową pozwalającą na wszczęcie postępowania przygotowawczego), czynu „w toku” oraz czynu, który ma dopiero wystąpić (w tym zakresie szczególną uwagę należałoby zwrócić na prewencyjny charakter kontroli operacyjnej).

²⁰ Wyrok SN z dnia 7 maja 2019 r., V KK 180/18, LEX nr 2671614.

Każde przestępstwo jako zjawisko i pewien proces ma swój „pochód”. W kontekście zatem stosowania kontroli operacyjnej może okazać się (a w praktyce jest to niemalże standardem), że intencją organów stosujących tę metodę jest zebranie jak najszerszego zakresu danych (wręcz dowodów) odnoszących się do każdej z form stadialnych przestępstwa.

W zależności od momentu uzyskania informacji o takim przestępstwie, wszczęcia określonej sprawy (tzw. sprawy operacyjnej) czy wreszcie zarządzenia kontroli operacyjnej możliwość uchwycenia całego spektrum czynu zabronionego może być różna. W zakresie czynu, który ma dopiero wystąpić, pozyskiwanie danych historycznych mogłoby się okazać niecelowe (z uwagi na spodziewany brak dowodów utrwalonych na określonym nośniku przy jednoczesnej „ekspektatywie” tego, że planowany czyn wejdzie w bardziej zaawansowaną fazę).

W odniesieniu natomiast do czynu, który już byłby w toku (na przykład funkcjonariusz publiczny, uzyskawszy uprzednio korzyść majątkową, podejmowałby działania zmierzające do wyczerpania znamion czynu z art. 231 § 2 k.k.²¹), czy też do czynu, który został już popełniony i konieczne byłoby (w celu podjęcia ścigania w toku postępowania karnego) zebranie w tym zakresie stosownych informacji, sięganie po dane historyczne byłoby niezbędne.

W tym też kontekście wskazać należy, że to od realiów konkretnej sprawy zależało będzie to, czy w zakresie stosowanej kontroli operacyjnej występuje konieczność pozyskania danych utrwalonych np. w pamięci komputera w przeszłości, czy też taka konieczność nie występuje. Faktem przy tym jest, że do daty wejścia w życie ustawy nowelizującej takowe działania mogłyby zostać kwestionowane, niemniej od 7 lutego 2016 r., czyli od dnia, w którym zaczął obowiązywać m.in. art. 19 ust. 6 pkt 4 ustawy o Policji, nie można takich możliwości negocjować.

4. Dane historyczne a zasada subsydiarności

W świetle omawianej nowej postaci kontroli operacyjnej należałoby poniekąd przemodelować sposób definiowania zasady subsydiarności, która jest naczelną zasadą stosowania tej metody. Jak wynika z treści art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, może zostać zarządzona wyłącznie wtedy, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne.

W kontekście dotychczasowego (i prawidłowego) rozumienia zasady subsydiarności Dobrosława Szumiło-Kulczycka wskazywała, że wymagane jest, aby to „organ ubiegający się o zgodę na kontrolę operacyjną przekonał właściwy do jej zarządzenia sąd, co do rzeczywistej bezskuteczności już zastosowanych środków oraz nieprzydatności innych pozostających w jego dyspozycji”²². Jarosław Onyszczyk wskazywał przy tym, że „przechodząc do oceny składanego wniosku, podkreślić należy, że możliwość stosowania kontroli operacyjnej w świetle zasady subsydiarności wymaga wykazania, iż inne stosowane dotąd

21 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 17), dalej: k.k.

22 D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, LexisNexis 2012.

środki okazały się bezskuteczne, ewentualnie ich wykorzystanie nie będzie przydatne. Zachodzi zatem konieczność zbadania przekazanych materiałów pod kątem możliwości zaistnienia nie tylko określonych przestępstw z katalogu, ale także podejmowanych działań o charakterze mniej inwazyjnym, aniżeli kontrola operacyjna, zmierzających do zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego. W sytuacji stwierdzenia braku takich działań organ wnioskujący zobowiązany jest do przedstawienia (udokumentowanych i realnych) okoliczności wskazujących, iż nie ma możliwości zastosowania innych form pracy operacyjnej, które w konkretnej sytuacji pozwoliłyby na uzyskanie dowodów przestępstwa²³.

W świetle powyższego wypada wskazać, że zasada subsydiarności sprowadza się do dwóch aspektów. Pierwszy aspekt ma charakter historyczny i odnosi się do braku osiągnięcia określonych celów w okresie od wszczęcia danej sprawy do momentu rozstrzygnięcia w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej. Innymi słowy, w tym wymiarze zasady subsydiarności kluczowe jest to, że uprzednio przedsięwzięte czynności nie doprowadziły do rozpoznania, zapobieżenia i wykrycia przestępstw, jak również do uzyskania i utrwalenia dowodów, a także ujawnienia mienia zagrożonego przypadkiem. Drugi aspekt ma charakter w istocie predykcyjny. Odnosi się to do przewidywanej nieprzydatności innych środków (np. niejawnej obserwacji) do osiągnięcia wspomnianych celów.

W kontekście rozumienia omawianej zasady niezbędne jest – w świetle problematyki danych historycznych – rozpatrywać tę zasadę na dwóch poziomach. Po pierwsze, należałoby dokonać generalnej oceny, czy faktycznie kontrola operacyjna jest w danej sprawie niezbędna. Po drugie należałoby dokonać oceny co do tego, jaki sposób jej prowadzenia może okazać się skuteczny i przydatny. Przykładowo, jeżeli w ramach zgromadzonego w danej sprawie materiału wynikałoby, że osoba rozpracowywana dopuszcza się czynu zabronionego, a jako jednym z narzędzi służącym jej do jego popełnienia jest używanie telefonu, wówczas – stosując się do zasady dwuetapowej weryfikacji – należałoby uznać, że co do zasady kontrola operacyjna może być pożądaną metodą, ale np. kontrola klasycznej korespondencji pisemnej (w rozumieniu art. 19 ust. 6 pkt 5 ustawy o Policji) byłaby *a priori* nieskuteczna. W tym też zakresie weryfikacja na drugim etapie oceny uczynienia zadość zasadzie subsydiarności powinna być negatywna. Jeżeli natomiast występowałaby taka sytuacja, że z posiadanych informacji wynikałoby, że sprawca mógł popełnić czyn zabroniony, używając do tego (np. kilka dni przed zarządzeniem kontroli operacyjnej) swojego komputera i zainstalowanych na nim komunikatorów (np. propozycja korupcyjna została przedstawiona osobie pełniącej funkcję publiczną w tekstowej rozmowie prowadzonej przez dany komunikator), wówczas zarówno odpowiedź na pytanie o zasadność stosowania kontroli operacyjnej, jak i na zastosowanie jej w formule przewidzianej w art. 19 ust. 6 pkt 4 ustawy o Policji byłaby twierdząca.

Modelowo profesjonalnie działające organy posiadające uprawnienia do stosowania kontroli operacyjnej powinny podchodzić do jej stosowania ze szczególną rozwagą, w tym precyzyjnie identyfikować „swoje potrzeby” w zakresie pozyskiwania informacji i dobierać w tym zakresie odpowiednie (adekwatne) metody. Z tego też względu we wnioskach²⁴

23 J. Onyszczuk, *Nadzór prokuratora nad kontrolą operacyjną*, „Prokuratura i Prawo” 2023, nr 7–8, s. 208.

24 Szeroko P. Opitek, *Kontrola operacyjna urzędzenia końcowego*, „Prokuratura i Prawo” 2023, nr 4, s. 37–66.

o zarządzenie kontroli operacyjnej wskazuje się także takie informacje jak sposób prowadzenia kontroli operacyjnej oraz jaki będzie jej rodzaj. Stanowi o tym wprost treść art. 19 ust. 7 pkt 4 i 5 ustawy o Policji.

Mając powyższe na uwadze, należałoby przy tym poczynić zastrzeżenie. Fakt stosowania wobec danej osoby kontroli operacyjnej w określonej formie nie wyklucza jednocześnie stosowania wobec niej równoległe kontroli operacyjnej w formie odmiennej. Niewykluczone są również takie sytuacje, w których kolejna postać kontroli operacyjnej zostałaby zarządzona wskutek pozyskania informacji o np. alternatywnej formule komunikowania się osoby rozpracowywanej. Natomiast każdy przypadek jest traktowany indywidualnie i o ile w ocenie sądu występowałaby w danej sprawie zasadność stosowania kontroli operacyjnej polegającej na X, o tyle nie oznaczałoby to jeszcze, że taka osoba może być objęta kontrolą operacyjną „hurtowo”. To do ostatecznej oceny sądu należy bowiem to, że kolejne postaci kontroli operacyjnej wpisują się w wymóg stosowania się do zasady subsydiarności.

5. Dopuszczalność wykorzystania danych historycznych w postępowaniu karnym

Możliwość procesowego wykorzystania informacji uzyskanych w toku kontroli operacyjnej uwarunkowana jest tym, czy informacje te stanowią – jak o tym przekazuje treść art. 19 ust. 15 zdanie pierwsze ustawy o Policji – dowód (dowody) pozwalający bądź to na wszczęcie postępowania karnego, bądź mający znaczenie dla postępowania karnego, które było uprzednio wszczęte.

W tym miejscu warto przypomnieć, że mocą ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw²⁵ wprowadzono do porządku prawnego instytucję tak zwanych sądowych zgód następczych. Mechanizm ten w uproszczeniu polegał na konieczności uzyskania (*post factum*) stosownej zgody sądu na to, aby w toku postępowania karnego móc wykorzystać dowody uzyskane w toku stosowania kontroli operacyjnej przeciwko innej osobie aniżeli osoba objęta kontrolą operacyjną i (lub) w stosunku do innego czynu, aniżeli tego, który był podstawą do stosowania kontroli operacyjnej. Konstrukcja tych przepisów oraz ich praktyczne stosowanie budziły kontrowersje²⁶.

W obecnym stanie problematykę możliwości wykorzystania w toku postępowania karnego dowodów dotyczących innej osoby czy też innego przestępstwa (aniżeli tzw. pierwotne i katalogowe) reguluje art. 168b k.p.k., który nadaje prokuratorowi uprawnienie do podjęcia w tym zakresie decyzji²⁷.

²⁵ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. nr 53, poz. 273).

²⁶ Zob. T. Łodziana, *Zgoda następcza na przeprowadzenie czynności operacyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 3, s. 148–156.

²⁷ Szeroko m.in.: A. Bociiek, *Problematyka zgodności art. 168b k.p.k. z normami wyższego rzędu*, „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 12, s. 64–102; M. Skwarcow, *Formuła „zgody następczej” według treści przepisu*

Jednocześnie zwrócić uwagę należy na treść art. 168a k.p.k.²⁸ W myśl tego przepisu za niedopuszczalny dowód można uznać wyłącznie ten, który został uzyskany przez szczególną kategorię osób, a mianowicie przez funkcjonariuszy publicznych²⁹, a dodatkowo w związku z pełnieniem przez nich obowiązków służbowych. Co więcej, niedopuszczalność dowodu z mocy prawa w tym kontekście występuje wyłącznie, gdy funkcjonariusz publiczny (np. prowadzący daną sprawę) uzyska dowód w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. Rację ma zatem Łukasz Cora, wskazując, że „dowód należy uznać za dopuszczalny, jeżeli został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego w rozumieniu art. 1 § 1 k.k.”³⁰. Zgodzić się należy i z tą tezą, że dopuszczalność dowodu „dotyczy zarówno uzyskania go z naruszeniem przepisów postępowania, jak i za pomocą czynu zabronionego, które z uwagi na użytą alternatywę łączną mogą zaistnieć samodzielnie bądź koniunkcyjnie”³¹. Podobne stanowisko prezentował również Paweł Dębiński, omawiając problematykę kontroli operacyjnej prowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne³². Odmienne stanowisko zajął m.in. Rafał Chybiński³³.

Uwzględniając powyższe przepisy, należy w tym miejscu spojrzeć na dane historyczne z trzech punktów widzenia. Pierwszy z nich to sytuacja, w której dane historyczne (zgromadzone w toku stosowania kontroli operacyjnej, o której mowa w art. 19 ust. 6 pkt 4 ustawy o Policji) dotyczyłyby tej samej osoby i tego samego czynu, który był objęty postanowieniem sądu w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej. W drugim ujęciu należałoby rozpatrywać omawianą kwestię w ujęciu pozyskanych danych historycznych (ale nie tylko) stanowiących dowód popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę, lub czynu, wobec którego prowadzono omawianą kontrolę.

W relacji do pierwszego z wariantów trudno byłoby kwestionować tak legalność, jak i możliwość wykorzystania takich dowodów w procesie karnym. W tym bowiem przypadku występowałyby zgodność (tożsamość osoby, tożsamość czynu) z treścią postanowienia sądu, co przy zaproponowanej w pkt 2 niniejszego opracowania wykładni treści art. 19 ust. 6 pkt 4 ustawy o Policji nie powinno budzić wątpliwości.

W przypadku drugim dyskusja toczyłaby się nie o to, czy ktokolwiek powinien decydować o możliwości procesowego wykorzystania tych dowodów, ale o to, kto miałby taką decyzję podejmować. Innymi słowy, doktrynalny spór co do treści art. 168b k.p.k.

art. 168b Kodeksu postępowania karnego, „Palestra” 2021, nr 6, s. 6–24; P. Daniluk, *Raz jeszcze o konstytucyjności art. 168b Kodeksu postępowania karnego (w związku z wnioskiem Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego)*, „Palestra” 2020, nr 12, s. 5–21.

28 Zob. W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019.

29 Definicję funkcjonariusza publicznego zawiera art. 115 § 15 k.k.

30 Szerzej: Ł. Cora, *Aksjologia procesowa a dopuszczalność dowodu z art. 168a k.k.*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 10.

31 *Ibidem*.

32 P. Dębiński, *Skutki procesowe dowodu uzyskanego w wyniku przekroczenia właściwości rzeczowej przez CBA*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 7–8, s. 138–161.

33 R. Chybiński, *Wykładnia prawa jako pochodna rozumienia celu i sposobu działania w oparciu o ustawę z 11.03.2016 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*, „Przeгляд Prawa Publicznego” 2017, nr 11, s. 9–24.

poszerzyłby się o kolejne zagadnienie, czyli właśnie o dopuszczalność wykorzystania danych (dowodów) historycznych wobec innych osób czy innego czynu, aczkolwiek jego istotą byłoby to, jaki organ (nawet *post factum*) afirmowałby fakt naruszenia tajemnicy komunikowania się. Zgodzić się przy tym należy z tezą postawioną przez Dobrosławę Szumiło-Kulczycką, w myśl której „artykuł 168b k.p.k. sam w sobie nie stanowi żadnej podstawy uprawniającej do wkraczania w zakres prawa do swobody i tajemnicy komunikowania się. Jest on jedynie przepisem technicznym, nadającym prokuratorowi kompetencje do selekcjonowania materiału, na którym zamierza on oprzeć zarzuty aktu oskarżenia. Sam w sobie jednak nie tworzy podstawy ani do stosowania kontroli operacyjnej, ani do rozszerzania jej zakresu”³⁴, przy czym z perspektywy treści art. 168a k.p.k. (gdyby nawet zatem mówić o jakimś naruszeniu) trudno byłoby odmówić „dowodom historycznym” atrybutu dopuszczalności w toku postępowania karnego. W kontekście tak ujmowanych danych historycznych aktualny byłby pogląd Dariusza Świeckiego (odnoszący się do problematyki dowodów w kontekście art. 168b k.p.k.), że „sąd byłby uprawniony do skorzystania z nich. Co do wykorzystania ich na niekorzyść obecnie sąd będzie mógł całkowicie swobodnie sięgnąć do wskazanych materiałów i czynić na ich podstawie ustalenia, albowiem – jak już wskazano – przepis art. 168a może prowadzić do stwierdzenia, że naruszenie procedury (brak decyzji prokuratora) nie eliminuje dowodu z procesu”³⁵.

6. Realność problematyki danych historycznych – uwagi na tle czynności procesowych

Problematyka wykorzystania tak istnienia, jak i wykorzystania danych historycznych, co do zasady stanowi problem wyłącznie w kontekście omawianych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Na kanwie klasycznych czynności dowodowych przewidzianych w k.p.k. problem ten nie występuje. Dość wspomnieć o tym, że przecież w ramach postępowania przygotowawczego (prowadzonego w określonym kierunku) osobowe źródła dowodowe (świadkowie, podejrzani) niejednokrotnie składają oświadczenia wiedzy co do zdarzeń również „historycznych” z perspektywy konkretnego czynu wskazanego w postanowieniu o wszczęciu śledztwa czy dochodzenia. W aspekcie „twardych danych historycznych” pozyskiwanych – w kontekście osobowym – bezwzględnie można wskazać również na przeszukanie. W toku tej czynności funkcjonariusze nierzadko ujawniają przecież dowody popełnienia czynów innych niż ten, w związku z którym czynność została podjęta, w tym przecież czynów poprzedzających tenże czyn. Wreszcie skutek zabezpieczenia przedmiotów w toku przeszukania, przykładowo komputera, telefonu czy informatycznych nośników danych, w toku postępowania przygotowawczego ich zawartość poddawana jest analizie (ogłędzinom), w wyniku której możliwe jest

³⁴ D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 10.

³⁵ M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, red. D. Świecki, Warszawa 2024, komentarz do art. 168b.

pozyskanie dowodów historycznych, w tym nawet dotyczących zdarzeń sprzed wielu lat, patrząc z perspektywy dnia dokonania zatrzymania rzeczy i zapoznania się z ich wartością.

Uwagi te są o tyle istotne, że co do zasady w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla postępowania już toczącego się w oparciu o zebrany w ramach kontroli operacyjnej materiał dowodowy podejmowane są dalsze czynności procesowe, w tym m.in. wskazane powyżej.

Zasadą powinno być to, aby w toku tychże czynności zebrać materiał (już *stricte* procesowo) – najlepiej tożsamy z tym, który został pozyskany w ramach niejawnych czynności. Dysponując materiałem procesowym, możliwe byłoby uniknięcie ryzyka związanego z zakwestionowaniem możliwości dowodowego wykorzystania danych historycznych zebranych w ramach kontroli operacyjnej, a nawet jeżeli do tego by doszło, to w kontekście reakcji karnej sąd mógłby orzekać w oparciu o (modelowo) ten sam materiał dowodowy wynikający np. z przeszukania procesowego systemu informatycznego.

Problematyczna może okazać się taka sytuacja, w której w toku podejmowanych czynności procesowych organom nie uda się zabezpieczyć np. telefonu, na którym byłyby utrwalone wiadomości pozyskane wcześniej w toku kontroli operacyjnej (taka sytuacja może wystąpić np. wskutek zniszczenia czy zagubienia urządzenia przed osobą objętą kontrolą operacyjną). Brak możliwości porównania dowodów utrwalonych w ramach kontroli operacyjnej z danymi pozyskanymi w toku czynności procesowych nie czyni jednak takich dowodów nielegalnymi, niemniej – jak należy to oceniać – czynić może mniej wiarygodnymi zwłaszcza wówczas, gdy oskarżony przedstawiłby kontrargumenty podważające zebrany w toku kontroli operacyjnej materiał dowodowy, a zwłaszcza historyczny.

W kontekście tego, że procesowo pozyskane dane historyczne mogą być bez przeszkód wykorzystane w toku postępowania karnego, a te same dane pozyskane w toku kontroli operacyjnej doznawać mogą ograniczeń, wskazać należy, że wynika to zapewne z faktu ich niejawnego charakteru, jak również pojawiających się w przestrzeni publicznej informacji o nieprawidłowym ich stosowaniu, nadużywaniu czy też nieuprawnionym ujawnianiu danych uzyskanych w toku stosowania kontroli operacyjnej. I o ile można przedstawić tezę co do tego, że nie można postawić znaku równości pomiędzy czynnościami procesowymi a operacyjno-rozpoznawczymi, to z pola widzenia może umykać to, że te ostatnie (analogicznie jak czynności procesowe) także podlegają nadzorowi prokuratora. Co więcej, prokuratorom przyznano prawo do nawet bieżącej kontroli stosowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych, w ramach której to kontroli badaniu podlegać może zgodność podejmowanych czynności z warunkami określonymi w postanowieniu sądu w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej, co wprost wynika z treści § 9 i § 10 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 lutego 2017 r. w sprawie sposobu realizacji czynności prokuratora w ramach kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi³⁶. Tym samym argumenty co do braku mechanizmu nadzoru nad tymi czynnościami (w toku ich stosowania) nie znajdują odzwierciedlenia w przepisach prawa.

³⁶ T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 626.

7. Wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*

W oparciu o przedstawioną analizę należy stwierdzić, że istnienie danych historycznych utrwalonych na konkretnych nośnikach informacji jest faktem. Faktem jest również to, że mogą one stanowić samoistny materiał dowodowy i to nie tylko w stosunku do przestępstw formalnych, ale także tych, które wywołują fizyczne zmiany w rzeczywistości.

Oczywistością w obecnych czasach jest również i to, że uprawnione do tego organy dysponują nowoczesnymi narzędziami pozwalającymi na pozyskiwanie takich informacji nie tylko w toku postępowania karnego, ale również w ramach odrębnych procedur (operacyjnych) prowadzonych przed wszczęciem postępowania karnego bądź prowadzonych równolegle.

Również i kontrola operacyjna stała się tym faktem, który zakorzenił się w świadomości społecznej, aczkolwiek przez pryzmat przeważnie mediów masowych budzi ona kontrowersje, a nawet dezaprobatę.

W obecnym stanie prawnym występują regulacje prawne pozwalające na pozyskiwanie, w toku kontroli operacyjnej, danych historycznych. Co więcej, jak wynika z przedstawionego stanu prawnego, nie powinno budzić wątpliwości to, że nie występują prawne przesłanki ku temu, aby danym historycznym zebranych w toku kontroli operacyjnej odmówić waloru dowodowego.

Niemniej w kontekście żywej dyskusji na omawiany temat warto byłoby poczynić kilka uwag – postulatów co do kierunku tejże dyskusji, jak również co do ewentualnych rozwiązań prawnych w omawianym zakresie.

Po pierwsze, prowadzona dyskusja powinna uwzględniać, obok praw i wolności człowieka, również problematykę bezpieczeństwa państwa i to szeroko rozumianą. Nie jest bowiem dopuszczalne to, aby przez pryzmat jednostkowych przypadków – być może – doprowadzić do daleko idących ograniczeń w zakresie możliwości stosowania zaawansowanych narzędzi pozwalających na realizację zadań przez państwo we wspomnianym obszarze.

Po drugie, o ile faktycznie uznano by nowoczesne formy prowadzenia kontroli operacyjnej za – w jakimkolwiek rozumieniu – „wątpliwe”, wówczas należałoby się zastanawiać nad wprowadzeniem jeszcze dalej idących aniżeli obecnie funkcjonujące mechanizmów nadzoru nad stosowaniem tej metody, a idąc dalej, nad wprowadzeniem mechanizmów kontrolnych (w zakresie kontroli tak planowych, jak i doraźnych).

Przechodząc do problematyki danych historycznych, w istocie mogą one stanowić problem niemniej wyłącznie o tyle, o ile byłyby one pozyskiwane i wykorzystane w celach niewynikających z ustaw kompetencyjnych i k.p.k., ale dla celów medialnych, ekonomicznych czy politycznych. Kwestią, która faktycznie powinna podlegać doprecyzowaniu, jest kwestia związana nie tyle z potwierdzeniem możliwości ich pozyskiwania, ile z określeniem tego, jak daleko wstecz (historycznie w zasoby pamięci urzędzeń czy systemów) organy mogłyby sięgać. Racjonalne wydaje się to, aby zakres ten nie był określony w sposób sztywny przepisami prawa, ale jednak aby był ocenny i podlegał decyzji sądu, albowiem w każdej ze spraw konieczność pozyskania danych historycznych może być różna.

Postulować można byłoby wprowadzenie takiego modelu, w którym to posiadana informacja (jej zakres czasowy) o przestępstwie (stanowiąca podstawę do zarządzenia kontroli operacyjnej) wyznaczałaby „granice historyczną”. Jeżeli bowiem informacja taka

dotyczyłaby czynu, który wystąpił np. na miesiąc przed złożeniem wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej, to pozyskiwanie danych sprzed tego okresu byłoby nieadekwatne w stosunku do tego czynu (a jednocześnie przecież dające pokusę do ewentualnego ingerowania w inne obszary życia danej osoby, niezwiązane z określonym czynem). W takich przypadkach organ wnioskujący miałby obowiązek podać w treści wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej nie tylko sposób jej prowadzenia, ale także wskazanie tego, że w perspektywy rozpracowania niezbędne są dane historyczne, wyjaśniając jednocześnie to, jak daleko sięgałaby ta ingerencja). Ostatecznie to jednak sąd, z zachowaniem zasady subsydiarności i proporcjonalności, zakreślałby okres stosowania kontroli operacyjnej i to w dwóch wymiarach. Po pierwsze wskazywałby, ile dane uprawnienie organu do jej stosowania by wynosiło (np. trzy miesiące), a z drugiej wskazywałby (najlepiej określając datę dzienną), od którego momentu (mając na uwadze datę zawarcia danej informacji na nośniku, urządzeniu) dane te mogą zostać uzyskane i utrwalone.

De lege ferenda należałoby także postulować to, aby w sposób precyzyjny określić zasady wykorzystywania materiałów z kontroli operacyjnej uzyskanych wobec innych osób oraz wobec innego czynu, w tym także danych historycznych dotyczących innej osoby i innego przestępstwa. Z punktu widzenia gwarancji procesowych oskarżonego dalej idącym rozwiązaniem byłoby powierzenie możliwości decydowania w teje kwestii sądom. Dość wspomnieć, że mechanizm tak (aczkolwiek z mankamentami) historycznie już funkcjonował. Ponadto w obecnym stanie prawnym sąd także podejmuje decyzję w kontekście możliwości wykorzystania informacji stanowiących tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. Przyjąć zatem należy, że skoro nawet obecnie funkcjonują w tym zakresie wypracowane mechanizmy, to racjonalne byłoby skorzystanie z tego modelu, aczkolwiek z pominięciem tak rażących granic czasowych, jakie zostały wprowadzone wspomnianą wcześniej ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw.

8. Podsumowanie

Prawo policyjne (w aspekcie czynności operacyjno-rozpoznawczych) czy – jak też się to określa – prawo o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych³⁷, nie zostało uregulowane w jednym akcie prawnym. Próba taka była podjęta w 2008 r. poprzez złożenie poselskiego projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych³⁸. Ostatecznie ustawa ta nie została uchwalona. W przestrzeni medialnej pojawiają się od jakiegoś czasu informacje o tym, że taki projekt może powrócić³⁹. Tym samym stwarza się okazja do tego, aby

37 Szeroko A. Dana, *Prawo o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych*, „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 3, s. 49–68.

38 Poselski projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, <https://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/353.htm> [dostęp: 16 marca 2024 r.].

39 P. Śmiłowicz, *Kodeks pracy operacyjnej dla służb. Nowy projekt klubu KO*, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8646248,kodeks-pracy-operacyjnej-dla-sluzb-ko.html> [dostęp: 16 marca 2024 r.].

(poza ujednoczeniem katalogu przestępstw, wobec których może być stosowana kontrola operacyjna – co wynika z różnych zadań nałożonych na poszczególne organy) tak ujednoczyć modele stosowania poszczególnych czynności operacyjno-rozpoznawczych, jak i jasno wskazać, w jakich granicach mogą one być realizowane.

Niezależnie od tego, czy ewentualne zmiany legislacyjne przybrałyby postać „skodyfikowaną”, czy też zmiany byłyby dokonane w poszczególnych ustawach kompetencyjnych, obszary niejawnej pracy organów państwa – w świetle wątpliwości formułowanych przez społeczeństwo, jak i organy wymiaru sprawiedliwości – powinny zostać poddane ponownej regulacji i usystematyzowaniu. W ramach tego procesu należałoby jednak pamiętać, że zgodnie z art. 5 Konstytucji RP⁴⁰ Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju. Możliwość realizacji tych zadań wymaga (coraz częściej) dostosowywania metod reakcji na określone zagrożenia, tak zewnętrzne, jak i wewnętrzne. Bazując na standardzie demokratycznego państwa prawnego, stosowane przez nie metody powinny jednak gwarantować urzeczywistnienie zasad sprawiedliwości społecznej, czemu powinny służyć przepisy prawa pozwalające na skuteczne przeciwdziałanie, wykrywanie i zwalczanie przestępczości.

40 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483).

Bibliografia

- Bociek A., *Problematyka zgodności art. 168b k.p.k. z normami wyższego rzędu*, „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 12.
- Chybiński R., *Wykładnia prawa jako pochodna rozumienia celu i sposobu działania w oparciu o ustawę z 11.03.2016 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 11.
- Cora Ł., *Aksjologia procesowa a dopuszczalność dowodu z art. 168a k.k.*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 10.
- Dalecka-Werpachowska A., Łodziana T., *Taktyczne aspekty stosowania kontroli operacyjnej*, [w:] *Przestępczość w XXI wieku. Zapobieganie i zwalczanie. Problemy prawno-kryminologiczne*, red. E.W. Pływaczewski, W. Filipkowski, Z. Rau, Warszawa 2015.
- Dana A., *Prawo o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych*, „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 3.
- Daniluk P., *Raz jeszcze o konstytucyjności art. 168b Kodeksu postępowania karnego (w związku z wnioskiem Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego)*, „Palestra” 2020, nr 12.
- Dębiński P., *Skutki procesowe dowodu uzyskanego w wyniku przekroczenia właściwości rzeczowej przez CBA*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 7–8.
- Jasiński W., *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa, 2019.
- Łodziana T., *Zgoda następcza na przeprowadzenie czynności operacyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 3.
- Onyszczuk J., *Nadzór prokuratora nad kontrolą operacyjną*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8.
- Opitek P., *Kontrola operacyjna urzędu końcowego*, „Prokuratura i Prawo” 2023, nr 4.
- Skwarcow M., *Formuła „zgody następczej” według treści przepisu art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2021, nr 6.
- Szumiło-Kulczycka D., *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 10.
- Szumiło-Kulczycka D., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, LexisNexis 2012.
- Śmiłowicz P., *Kodeks pracy operacyjnej dla służb. Nowy projekt klubu KO*, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8646248,kodeks-pracy-operacyjnej-dla-sluzb-ko.html>.
- Świecki D., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2024.
- Taracha A., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006.
- Zawadka G., *Sąd nie zbażał, jak działa Pegasus. Oparł się na doniesieniach medialnych*, <https://www.rp.pl/kraj/art39898121-sad-nie-zbadal-jak-dziala-pegasus-oparl-sie-na-doniesieniach-medialnych>.