

KANCELARIA SENATU
BIURO ANALIZ I DOKUMENTACJI
Dział Analiz i Opracowań Tematycznych

Opinia o ustawie z dnia 5 stycznia 2011 r.
o zmianie ustawy – Kodeks postępowania
karnego oraz niektórych innych ustaw
(druk senacki nr 1079)

OPINIE I EKSPERTYZY

OE-164

STYCZEŃ 2011

Materiał przygotowany przez Dział Analiz i Opracowań Tematycznych Biura Analiz i Dokumentacji.
Biuro zamawia opinie, analizy i ekspertyzy sporządzone przez specjalistów reprezentujących różne punkty widzenia.

Wyrażone w materiale opinie odzwierciedlają jedynie poglądy autorów.
Korzystanie z opinii i ekspertyz zawartych w tym zbiorze bez zezwolenia Kancelarii Senatu dopuszczalne wyłącznie w ramach dozwolonego użytku w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.) i z zachowaniem wymogów tam przewidzianych.

W pozostałym zakresie korzystanie z opinii i ekspertyz wymaga każdorazowego zezwolenia Kancelarii Senatu.

© Copyright by Kancelaria Senatu, Warszawa 2010

Redakcja techniczna:
Robert Stawicki

Biuro Analiz i Dokumentacji Kancelarii Senatu
Dyrektor – Agata Karwowska-Sokołowska – tel. 22 694 94 32, fax 22 694 94 28,
e-mail: sokolows@nw.senat.gov.pl
Wicedyrektor – Ewa Nawrocka – tel. 22 694 90 53,
e-mail: nawrocka@nw.senat.gov.pl
Dział Analiz i Opracowań Tematycznych tel. 22 694 92 04

Dr hab. Adam Taracha, prof. nadzw.
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej
w Lublinie

**Opinia o ustawie z dnia 5 stycznia 2011 r.
o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw
(druk senacki nr 1079)**

Uwagi ogólne

W Sejmie trwają prace nad poselskim projektem ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (druk sejmowy nr 353), który został złożony do Sejmu VI kadencji w dniu 7 lutego 2008 r. Projekt ten jest próbą kompleksowego uregulowania w jednej ustawie wszystkich zagadnień związanych z działaniami operacyjno-rozpoznawczymi (jest on wiernym powtórzeniem poselskiego projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (druk sejmowy nr 1570) złożonego do Sejmu V kadencji w dniu 26 stycznia 2007 r.). Jednak mimo znacznego upływu czasu prace nad tym projektem nie są merytorycznie zbyt zaawansowane, gdyż dotychczas uzgodniono tylko 6 spośród 30 artykułów.

Opiniowana ustawa stanowi próbę częściowej regulacji problematyki związanej z czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi (głównie kontroli operacyjnej) oraz czynności kontroli i utrwalania rozmów przeprowadzanych w oparciu o przepisy kodeksu postępowania karnego. Zmienia przepisy dziewięciu ustaw: ustawy - Kodeks postępowania karnego, o prokuraturze, o Policji, o Straży Granicznej, o kontroli skarbowej, o Żandarmerii Wojskowej, o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym i o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz o Służbie Wywiadu Wojskowego, wprowadzając w nich jednolite rozwiązania. Większość z tych zmian ma na celu zwiększenie kontroli prokuratora i sądu nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, co generalnie ocenić należy pozytywnie. Jednak należy zwrócić uwagę na to, że ustawa reguluje jedynie część zagadnień z zakresu działalności operacyjno-rozpoznawczej. Takie częściowe regulacje, jak się wydaje, nie przyspieszają prac nad całością zagadnienia, ale raczej oddalają w czasie jego załatwienie.

Uwagi szczegółowe

1. Wydaje się, że najwięcej kontrowersji w omawianej ustawie budzi instytucja „zgody następczej” zawarta w art. 237a kpk oraz w odpowiednich przepisach „ustaw policyjnych”. W uzasadnieniu projektu ustawy powołano się na postanowienie Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r. jako „niezwykle miarodajne” (s. 5) W uzasadnieniu tego postanowienia SN wyraził 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 kpk, 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). Instytucja „zgody następczej” mająca zapobiec utracie wartościowych dowodów z powodu zwłoki w uruchomieniu kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 15 ustawy o Policji) została w cytowanym wyżej orzeczeniu SN zastosowana do całkiem odmiennego celu. Pogląd Sądu Najwyższego zyskał zarówno aprobatę (S. Hoca, J. Skorupki, D. Drajewicza oraz K. Grzegorzcyka)¹, ale też został oceniony krytycznie (przez A. Lacha i B. Sitkiewicza, M.G. Węglowskiego oraz A. Herzoga)². Rację mają krytycy poglądu wyrażonego przez SN. Konsekwencje przyjętej tezy bardzo trafnie przedstawia A. Herzog. Jego zdaniem, jeżeli zarządzona zostaje kontrola operacyjna polegająca na utrwaleniu treści rozmów telefonicznych określonej osoby, wobec której zachodzi podejrzenie, iż udziela ona korzyści majątkowej funkcjonariuszom publicznym – to według przedstawionego wyżej poglądu rozmowa takiej osoby z funkcjonariuszem publicznym, który zgadza się na przyjęcie łapówki, mogłaby służyć za dowód wyłącznie wobec „dawcy”, ale już nie „biorcy”, gdyż wobec biorcy kontroli operacyjnej nie zarządzono.

Z kolei A. Lach i B. Sitkiewicz podnoszą, że procedury zgody następczej nie da się z treści art. 19 ust. 1 wywieść (aby tak postąpić należałoby stwierdzić, że istnieje tu

¹ S. Hoc: *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007r., sygn. I KZP 6/07*, Ius Novum 2007, nr 2 – 3; J. Skorupka: *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007r., sygn. I KZP 6/07*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 2; D. Drajewicz: *Zgoda następcza sądu na stosowanie kontroli operacyjnej*, Prokuratura i Prawo 2009, nr 1; K. Grzegorzcyk: *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007r., sygn. I KZP 6/07*, WPP 2008, nr 4.

² A. Lach, B. Sitkiewicz: *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007r., sygn. I KZP 6/07*, Prokuratura i Prawo 2007, nr 10; M. G. Węglowski: *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007r., sygn. I KZP 6/07*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 2; A. Herzog: *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów*, Prokuratura i Prawo 2007, nr 2.

rzeczywista luka prawna oraz że może ona być uzupełniona w drodze analogii). W tej sytuacji pogląd o „niezwykłej miarodajności” omawianego orzeczenia trudno uznać za trafny.

Nie ulega wątpliwości, że czynność operacyjno-rozpoznawcza określana przez ustawodawstwo policyjne jako kontrola operacyjna powinna być poddana efektywnej kontroli sądowej. Jednak zakres tej kontroli uregulowany w ustawach nie powinien być rozszerzany poprzez interpretację naruszającą elementarne zasady wykładni. Stanowisko SN wyraźnie rozszerza gwarancje podejrzanego (w istocie rzeczywistego sprawcy) ponad potrzebę.

Powołując w tej kwestii orzecznictwo Sądu Najwyższego nie można pominąć odmiennego poglądu wyrażonego przez SN w postanowieniu z dnia 25 marca 2010 r. Uznano w nim, 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 wymienionego w zamkniętym katalogu, zamieszczonym w art. 237 § 3 kpk, 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 znaczenie.

W dalszej części postanowienia SN podnosi, że czynności podejmowane w myśl art. 237 kpk mają na celu wykrycie i uzyskanie dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenie popełnieniu nowego przestępstwa, a realizowane są także poprzez kontrolę i utrwalanie „treści rozmów telefonicznych”. SN trafnie stwierdza, że „wobec brzmienia przytoczonego zwrotu nieuprawnione byłoby założenie, że przyjęte rozwiązanie ustawowe dopuszcza kontrolę wypowiedzi jednego tylko uczestnika rozmowy, tzn. wypowiedzi tylko jednej osoby, która wymieniona została przez sąd w postanowieniu wydanym na podstawie art. 237 § 1 i 3 kpk. Tego rodzaju interpretacja prowadziłaby do absurdalnej sytuacji, w której procesowe wykorzystanie wypowiedzi rozmówcy tej osoby, zależałoby w każdym przypadku od wyrażonej przez sąd w tym względzie odrębnej zgody następczej”. Jest to niezwykle jasno, lapidarnie i przekonująco wyrażona teza, zasługująca oczywiście na pełną aprobatę. Jednak rozwiązanie przyjęte w art. 237a kpk i odpowiednich przepisach ustaw kompetencyjnych do takiej absurdalnej sytuacji doprowadzi.

2. Zobowiązanie Prokuratora Generalnego (art. 10ea ustawy o prokuraturze) do składania Sejmowi i Senatowi jawnej informacji o łącznej liczbie osób, wobec których został skierowany wniosek o zarządzenie kontroli i utrwalania rozmów (w trybie kpk) lub wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej (ze wskazaniem liczby osób, co do których sąd zarządził te czynności, co do których sąd odmówił zarządzenia tych czynności oraz ile wniosków nie

uzyskało zgody prokuratora), zasługuje na aprobatę. Można by jednak zastanowić się, czy obowiązkiem tym nie objąć także innych czynności operacyjno-rozpoznawczych określanych jako zakup kontrolowany oraz kontrolowane wręczenie i przyjęcie korzyści majątkowej oraz przesyłki niejawnie nadzorowanej (art. 19a i 19b ustawy o Policji). Za objęciem także tych czynności jawną informacją składaną przez Prokuratora Generalnego przemawiają te same argumenty co za kontrolą operacyjną oraz kontrolą i utrwalaniem rozmów, gdyż są to czynności także bezpośrednio ingerujące w sferę praw i wolności jednostki. Wprowadzeniu obowiązku składania przez Prokuratora Generalnego jawnej informacji o zastosowanej kontroli operacyjnej oraz kontroli i utrwalaniu rozmów towarzyszyć powinno odtajnienie danych o liczbie zastosowanych kontroli operacyjnych oraz procesowych kontroli i utrwalania rozmów w latach poprzednich. Pozwoli to ocenić skalę i dynamikę stosowania tych czynności.

3. Znaczna część przepisów omawianej ustawy skierowana jest na zwiększenie kontrolnych uprawnień sądu i prokuratora w stosunku do służb uprawnionych do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych. W bardzo szerokim zakresie ustawa przewiduje zwiększenie uprawnień Prokuratora Generalnego i podległych mu prokuratorów w stosunku do wszystkich służb policyjnych i specjalnych w zakresie prowadzonych działań operacyjno-rozpoznawczych. W ustawie o prokuraturze w art. 3 w ust. 1 dodano pkt 7a w brzmieniu: „nadzór nad prawidłowością inicjowania i przeprowadzania czynności operacyjno-rozpoznawczych organów ścigania w zakresie przewidzianym w ustawach regulujących organizację i przedmiot działania tych organów”. Użyte w tym przepisie określenie nadzór (a nie kontrola) oznacza możliwość bezpośredniego ingerowania przez prokuratora w działalność służb w zakresie prawidłowości czynności operacyjno-rozpoznawczych. Nadzorem objęto zarówno decyzje o podjęciu działań operacyjnych (inicjowanie) jak i w trakcie ich realizacji (przeprowadzanie). Zakres nadzoru jest sformułowany bardzo szeroko, ale też bardzo ogólnie. Konieczne uszczegółowienie będzie musiało zostać zawarte w rozporządzeniu. W tej samej ustawie w art. 18 dodano ust. 5, który stanowi delegację ustawową dla Ministra Sprawiedliwości (po zasięgnięciu opinii Prokuratora Generalnego) do określenia w drodze rozporządzenia sposobu realizacji kompetencji prokuratora w zakresie nadzoru nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. Zgodnie z tym przepisem rozporządzenie powinno mieć na uwadze zapewnienie merytorycznej i efektywnej kontroli podstaw faktycznych wnioskowanych czynności. Tak skonstruowany przepis, jak się wydaje, zawęży zakres nadzoru prokuratorskiego do tych czynności, o zgodę na których przeprowadzenie odpowiednie służby muszą zwrócić się do prokuratora (czyli obejmuje tylko kontrolę operacyjną oraz zakup kontrolowany i kontrolowaną łapówkę).

Wyraźna rozbieżność między szerokim zakresem zawartym w przepisie określającym nadzór prokuratury nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi a przepisem wyznaczającym zakres delegacji do wydania rozporządzenia, które w istocie dopiero określi rzeczywisty zakres tego nadzoru, stanowi słabą stronę tej regulacji. Ustawodawca w rzeczywistości uchylił się od jasnego, precyzyjnego uregulowania nadzoru prokuratora nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, pozostawiając to ważne zagadnienie do uregulowania w drodze rozporządzenia.

Wydaje się, że najprostszą drogą do rozszerzenia nadzoru prokuratora nad działalnością operacyjno-rozpoznawczą jest zwiększenie jego uprawnień w poszczególnych ustawach tzw. policyjnych. Na przykład, zgodnie z tymi ustawami, odpowiednie służby zarządzając czynność zwaną przesyłką niejawnie nadzorowaną (art. 19b ustawy o Policji, art. 30 ustawy o ABW i AW) mają jedynie obowiązek zawiadomienia prokuratora o podjęciu takich działań. Przepisy te nie zostały w tym zakresie znowelizowane. Zwiększenie uprawnień prokuratora nastąpiłoby, gdyby także przy tej czynności służby musiały uzyskać jego zgodę przed podjęciem tej czynności.

4. Przyjęty obecnie model kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych przez prokuratora polega głównie na kontroli formalnej (prokurator okręgowy jako prokurator funkcyjny z natury rzeczy koncentrować się będzie na kontroli formalnej). Wzmocnienia kontroli merytorycznej nie uda się osiągnąć bez dostępu (przynajmniej częściowego) prokuratorów do materiałów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych. Znowelizowane przepisy pozwalają prokuratorowi na zapoznanie się z materiałami operacyjnymi zarówno przed wydaniem pisemnej zgody na kontrolę operacyjną (wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej przedstawia się wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę zastosowania tej czynności), jak i na przeprowadzenie czynności zakupu kontrolowanego i kontrolowanego wręczenia i przyjęcia korzyści majątkowej (przed wydaniem pisemnej zgody prokurator zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi przeprowadzenie tej czynności). Z pewnością od właściwej współpracy prokuratorów z organami ścigania na etapie czynności operacyjnych zależy efektywność procesu wykrywczego i zbierania dowodów. Nie da się tego jednak osiągnąć bez opanowania przez prokuratorów wiedzy na temat działalności operacyjnej. Podstawową przeszkodą w tym względzie jest utajnienie aktów prawnych niższego rzędu regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze (instrukcje operacyjnych). Odtajnienie tych aktów normatywnych jest bezskutecznie postulowane w literaturze przedmiotu od dłuższego czasu. Trudno wyobrazić sobie efektywny nadzór nad jakąkolwiek działalnością służb policyjnych i służb specjalnych bez opanowania wiedzy o jej taktyczno-technicznych aspektach.

W pracach nad rozporządzeniem regulującym nadzór prokuratora nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi pomocne mogą okazać się rozwiązania przyjęte w prawie amerykańskim z uwagi na bogate doświadczenie w stosowaniu tajnych operacji w walce z zorganizowaną przestępczością oraz efektywną współpracę prokuratorów z policją i FBI w tym zakresie (*Department of Justice. Guidelines Regarding the Use of Confidential Informants, January 8, 2001; The Attorney General's Guidelines on General Crimes, Racketeering Enterprise and Terrorism Enterprise Investigations, May 30, 2002; The Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations, May 30, 2002; The Attorney General's Guidelines Regarding the Use of Confidential Informants, May 30, 2002.*).

5. Pozytywnie należy ocenić przepis wprowadzający obowiązek niezwłocznego poinformowania prokuratora o wydaniu i wykonaniu zarządzenia o komisyjnym zniszczeniu materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, które nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania. Dotychczas czynność ta nie podlegała żadnej zewnętrznej kontroli, co było przedmiotem uzasadnionej krytyki.

6. Ustawa rozszerza także kontrolne uprawnienia sądu. Sąd wydający postanowienie w przedmiocie kontroli operacyjnej dysponować będzie oprócz wniosku, także materiałami operacyjnymi uzasadniającymi zastosowanie tej czynności. Sądowej kontroli poddano także decyzję Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego o zachowaniu materiałów z kontroli operacyjnej, które są istotne dla bezpieczeństwa państwa. W tym przedmiocie orzeka Sąd Okręgowy w Warszawie na pisemny wniosek Szefa ABW złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego. Sąd przed wydaniem postanowienia zapoznaje się z materiałami uzasadniającymi wniosek. Przepis ten należy ocenić pozytywnie. Stwarza on możliwość merytorycznej kontroli decyzji ABW dotychczas pozostającej poza wszelką kontrolą zewnętrzną.

