

Kraków, 26 sierpnia 2022 r.

dr hab., prof. UJ Dobrosława Szumiło- Kulczycka  
Katedra Postępowania Karnego  
Uniwersytet Jagielloński

**Opinia sporządzona na zlecenie Komisji Nadzwyczajnej do spraw wyjaśnienia  
przypadków nielegalnej inwigilacji, ich wpływu na proces wyborczy  
w Rzeczypospolitej Polskiej oraz Reformy Służb Specjalnych**

Na wstępie należy uściślić kwestie terminologiczne, albowiem w przedstawionym wykazie pytań naprzemiennie używa się określenia „służby” i „służby specjalne”. Faktem jest, że w polskiej rzeczywistości prawnej od wielu lat ulega zacieranie różnic w zakresie uprawnień do stosowania technik operacyjnego pozyskiwania informacji przez służby policyjne, do których tradycyjnie zaliczano Policję oraz Straż Graniczną, a tzw. służby specjalne, przez które w początkowym okresie rozumiano UOP i WSI, tj. formacje powołane do realizacji zadań wywiadowczych w zakresie wywiadu wewnętrznego i zewnętrznego, w tym wojskowego. Obecnie znacznie rozrósł się katalog służb uprawnionych do stosowania takich technik, w tym w ramach kontroli operacyjnej. Czynność tą mogą stosować zarówno służby wywiadowcze, jak i służby policyjne. Art. 11 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, ustanawiający Kolegium do Spraw Służb Specjalnych, nadal jednak jako służby specjalne wymienia: służby w założeniu wywiadowcze, tj. ABW, AW, Służbę Kontrwywiadu Wojskowego i Służbę Wywiadu Wojskowego oraz dodatkowo Centralne Biuro Antykorupcyjne. Równocześnie przewiduje także szeroki zakres uprawnień kontrolnych Kolegium wobec działań m.in.: Policji, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej, Służby Ochrony Państwa, oraz Krajowej Administracji Skarbowej. Aby zachować zgodność z formalnym, ustawowo usankcjonowanym podziałem, w dalszej części opracowania pojęcie służb będzie więc używane w znaczeniu szerokim, obejmującym wszystkie podmioty wyposażone w prawo do stosowania czynności operacyjno – rozpoznawczych o wysokim stopniu ingerencji w prawo jednostek do autonomii informacyjnej, a służb specjalnych wyłącznie w wąskim znaczeniu, ograniczonym do ich zakresu wskazanego w art. 11 ustawy o ABW i AW.

**1. Czy system udzielania zgód na kontrolę operacyjną służb wyłącznie przez wydział I warszawskiego Sądu Okręgowego jest słuszny? Jeśli nie, jak należy go zmienić?**

Obecnie uprawnionych do stosowania kontroli operacyjnej jest kilkanaście służb i w stosunku do każdej z nich nieco odmiennie uregulowana jest kwestia sądu właściwego do wydawania zgody. I tak w przypadku:

- Policji (art. 19 ust. 1 i 2 ustawy o Policji) jest to sąd okręgowy właściwy ze względu na siedzibę komendanta wojewódzkiego występującego z wnioskiem, a w przypadku wniosków składanych przez Komendanta Głównego Policji, Komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji, Komendanta Biura Spraw Wewnętrznych Policji i Komendanta Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości - Sąd Okręgowy w Warszawie

- Centralnego Biura Antykorupcyjnego (art. 17 ust 2 ustawy o CBA) – jest to zawsze Sąd Okręgowy w Warszawie

- Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (art. 27 ust. 2 i art. 6 ust. ustawy o ABW i AW ) – jest to zawsze Sąd Okręgowy w Warszawie

- Służby Kontrwywiadu Wojskowego i Służby Wywiadu Wojskowego (art. 31 ust. 2 i art. 6 ust. 3 ustawy o SKW i SWW) - jest to zawsze Wojskowy Sąd Okręgowy w Warszawie

- Krajowej Administracji Skarbowej (art. 118 ust. 1 ustawy o KAS) - jest to zawsze Sąd Okręgowy w Warszawie

- Służby Ochrony Państwa (art. 42 ust. 1 ustawy o SOP) - jest to zawsze Sąd Okręgowy w Warszawie

- Straży Granicznej (art. 9e ust. 3 ustawy o SG) - jest to sąd okręgowy właściwy ze względu na siedzibę wnioskującego komendanta oddziału straży granicznej, a w przypadku gdy wniosek składa Komendant Główny Straży Granicznej lub Komendant Biura Spraw Wewnętrznych Straży Granicznej - Sąd Okręgowy w Warszawie

- Żandarmerii Wojskowej (art. 31 ust. 1 i 3 ustawy o Żandarmerii Wojskowej) – jest to wojskowy sąd okręgowy właściwy ze względu na siedzibę organu żandarmerii wojskowej składającego wniosek.

Sąd Okręgowy w Warszawie nie jest więc jedynym sądem uprawnionym do wydawania zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej. Faktycznie jednak, biorąc pod uwagę praktykę wykorzystywania tego narzędzia, większość wniosków rozpoznawana jest właśnie przez Sąd Okręgowy w Warszawie. Dotyczy to w szczególności wniosków kierowanych przez Szefa CBA,



Szefa ABW, Komendanta Głównego Policji, Komendanta Głównego CBS, czy Komendanta Głównego BSWP.

Sytuacja, w której jeden sąd w przeważającej mierze skupia w swoich rękach większość decyzji, poza sygnalizowanym już wielokrotnie nadmiarem tych spraw, w powiązaniu z centralizacją i upolitycznieniem administrowania sądami dokonanym reformami z roku 2017, w tym ułatwieniem przesuwania sędziów pomiędzy wydziałami, powoduje że dużo prościej o potencjalny wpływ na dobór sędziów, do których takie wnioski będą kierowane. W związku z jakością sądowej kontroli sprawowanej nad stosowaniem kontroli operacyjnej pojawia się jednak nieco więcej problemów. Są to:

a) zasady przydziału spraw do rozpoznania konkretnym sędziom. Po pierwsze, sprawy o wyrażenie zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej rozpoznawane są jednoosobowo. Po drugie sprawy te kierowane są do rozpoznania w trybie dyżurów sędziowskich. Oznacza to, że nie podlegają one mechanizmowi losowego doboru sędziów (art. 47a ustawy o ustroju sądów powszechnych). Lista określająca dyżury poszczególnych sędziów układana jest przez prezesa sądu (ewentualnie przewodniczącego wydziału) i jest jawna. Oznacza to, że organ składający wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej może z łatwością ustalić do jakiego sędziego taki wniosek może wpłynąć, w zależności od dnia, w którym zostanie złożony. W konsekwencji organ ten ma możliwość wyboru sędziego, który będzie rozpoznawał jego wniosek.

b) brak warunków wypracowania jednolitej praktyki w zakresie oceny wniosków. Zwracano na to uwagę między innymi w opinii komisji weneckiej z 2016 roku na temat ustawy o Policji oraz innych aktów prawnych. W sprawach o wyrażenie zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej de facto nie występuje kontrola instancyjna. Ustawy przewidują co prawda możliwość złożenia zażalenia, ale wyłącznie organowi policji, który złożył wniosek o wydanie takiego postanowienia (art. 19 ust 20 ust o Policji). Jak wiadomo odmowy uwzględnienia wniosków zdarzają się wyjątkowo. W praktyce zatem również zażalenia zdarzają się bardzo rzadko. Dodatkowo zamiast zażalenia zainteresowany organ może złożyć nowy wniosek do innego sędziego... Przepływ informacji między sędziami, nawet w tym samym wydziale, jest prawnie niedopuszczalny, bo wskazane sprawy rozpoznawane są z zachowaniem ograniczeń wynikających z ustawy o ochronie informacji niejawnych. Wszystko to powoduje, że we wskazanym rodzaju spraw brak jest warunków do wytworzenia się określonej, stałej linii orzeczniczej, ujednocniającej praktykę. W konsekwencji poszczególni sędziowie mogą mieć diametralnie odmienne podejście do

rozpoznawania tego typu spraw. Tym bardziej wiedza o tym do kogo trafi wniosek może być dla zainteresowanych organów bezcenna.

c) brak obowiązku uzasadnienia decyzji pozytywnej w przedmiocie wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej, przy wymaganiu sporządzenia takiego uzasadnienia w przypadku decyzji odmownej. Co interesujące okoliczność ta nie wynika wprost z obowiązujących przepisów ustawowych, lecz utrwaliła się w drodze praktyki będącej konsekwencją wzoru takiego postanowienia stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 10.10.2011 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Policję kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, zarządzeń i materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, a także przetwarzania i niszczenia tych materiałów (tekst pierwotny Dz.U. z 2011 r. , nr 122, poz. 697). Obecnie rozporządzenie to już nie obowiązuje. Nowe rozporządzenie wydane tym razem przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w dniu 8.07.2022 r. w sprawie kontroli operacyjnej prowadzonej przez Policję (Dz.U. z 2022, poz. 1458) nie zawiera już wzoru takiego postanowienia. Trudno na tą chwilę jednoznacznie ustalić czy wskazana praktyka nieuzasadniania postanowień o zastosowaniu kontroli operacyjnej zostanie więc utrzymana czy zmieniona. Niejasne jest w tym zakresie powoływanie się na przepisy Kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.). Ustawa o Policji (a jej wzorem pozostałe ustawy, przewidujące kontrolę operacyjną) odsyła do k.p.k. tylko w konkretnych sytuacjach np. w odniesieniu do zażalenia na postanowienie o zastosowaniu kontroli operacyjnej. (por. np.: art. 19 ust. 15, art. 19 ust. 20 ustawy o Policji). Nawet jednak gdyby przyjąć, że także w pozostałych przypadkach, kiedy regulacja ustawy o Policji (i innych) nie jest kompletna, należy odpowiednio stosować przepisy k.p.k., kwestia uzasadniania postanowień, o wyrażeniu zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej, nie jest jednoznaczna. Zgodnie z art. 94 i 98 § 1 k.p.k. co do zasady uzasadnienie jest obowiązkową częścią postanowień, niemniej art. 98 § 3 zwalnia z tego obowiązku w zakresie postanowień o dopuszczeniu dowodu, jak również o uwzględnieniu wniosku, któremu inna strona nie sprzeciwiła się, chyba że orzeczenie podlega zaskarżeniu. W postępowaniu o zastosowanie kontroli operacyjnej „figurant”, tj. osoba wobec której środek ten jest skierowany, nie posiada *de lege lata* statusu strony. Organ wnioskujący o kontrolę operacyjną nie jest z kolei uprawniony do zaskarżania decyzji dla niego pozytywnej.

d) przeciążenie sędziów liczbą kierowanych do nich wniosków, praca pod presją czasu, z bardzo skąpym zapleczem technicznym. Z uzyskanych informacji wynika, że zdarzało się, że na jednego sędziego dyżurującego akurat w kancelarii tajnej przypadło po kilkadziesiąt (nawet do 100)



wniosków jednorazowo do rozpoznania. W kancelarii czynny był 1 komputer z odpowiednim certyfikatem bezpieczeństwa, który sędzia dyżurujący dzielił z innymi sędziami podejmującymi decyzje w toczących się już sprawach, a wymagające sporządzenia w warunkach kancelarii tajnej. Sędziowie podejmujący decyzje w przedmiocie kontroli operacyjnej działają zwykle pod presją czasu, z poczuciem odpowiedzialności, że zwłoka w wydaniu decyzji może doprowadzić bądź to do popełnienia przestępstwa (gdy jest ono planowane lub gdy trwają do niego przygotowania), bądź to może spowodować utratę dowodów. Warunki takie nie sprzyjają spokojnej, rzetelnej kontroli przedkładanych sędziom wniosków. Inną kwestią, którą podnosili sędziowie, był fakt, że sprawy z zakresu kontroli operacyjnej, nie są brane pod uwagę w statystykach obciążeń, a tym samym nie są uwzględniane przy ocenie ich dorobku zawodowego. Ta okoliczność także powinna dawać do myślenia, przy rekonstrukcji sytuacji w jakiej znajduje się sędzia, który podejmuje decyzje w sprawie kontroli.

e) brak możliwości rzeczywistej merytorycznej weryfikacji przedłożonych na uzasadnienie wniosku o kontrolę operacyjną materiałów. Materiały operacyjne – w przeciwieństwie do protokołów, w których dokumentuje się procesowo przeprowadzane dowody – nie wymagają poświadczenia przebiegu spisanej czynności przez jej uczestników. Mogą to więc być i zwykle są notatki sporządzane przez funkcjonariuszy służby ubiegającej się o zgodę na kontrolę operacyjną, niekoniecznie zresztą pozwalające nawet zidentyfikować ich wytwórcę. Sędzia, podejmujący decyzję o wyrażeniu zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej, na tym etapie *de facto* nie ma możliwości zweryfikowania prawdziwości przedkładanych mu w notatkach oświadczeń i informacji. Taka weryfikacja możliwa byłaby dopiero *ex post*. Jednak w sytuacji, gdy służby nie zdecydują się na przekazanie uzyskanego w toku kontroli operacyjnej materiału prokuratorowi celem jego wykorzystania w postępowaniu karnym, lub gdy mimo przekazania, prokurator nie zdecyduje o jego włączeniu do akt sprawy i zawnioskowaniu o dopuszczenie w charakterze dowodu w postępowaniu przed sądem, nie podlegają one już żadnej weryfikacji. Co więcej, w takiej sytuacji żaden niezależny organ nie sprawdzi też prawidłowości wykonania kontroli, nie sprawdza czy mieściła się w zakresie zgody, czy prawidłowo i terminowo wykonywano obowiązki związane z ujawnieniem w toku kontroli treści stanowiących tajemnice prawem chronione, czy nie dopuszczono się przy tej sposobności innych naruszeń. Innymi słowy uregulowanie prawne pozostawia spory obszar działań służb w zakresie kontroli operacyjnej poza jakąkolwiek, rzeczywistą kontrolą niezależnego organu. Może to w skrajnych przypadkach prowadzić do sfabrykowania materiałów mających uzasadnić zgodę na kontrolę operacyjną. Jeżeli w późniejszym

okresie uzyskane w wyniku kontroli materiały nie będą dalej procesowo wykorzystywane żaden niezależny organ nie będzie już weryfikował tej kwestii.

f) brak obowiązku wskazywania przez organ ubiegający się o zgodę na kontrolę operacyjną metody jaką kontrola ta będzie prowadzona. W konsekwencji sądy nie są często świadome rodzaju używanego ostatecznie przez służby środka technicznego lub oprogramowania, ani możliwości jakie on służbom w rzeczywistości daje.

Wskazane warunki organizacyjne, techniczne i faktyczne powodują, że kontrola sądowa wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej jest iluzoryczna. Nie bez przesady można stwierdzić że stanowi ona jedynie formę legitymizowania działań służb w tym zakresie, co w pełni potwierdzają dane statystyczne, obrazujące od wielu lat nieomal 100 % skuteczność składanych wniosków.

Brak realnej weryfikacji wniosków przez sądy wyrażające zgodę na zastosowanie tego typu środków, czego przejawem może być m.in. ich prawie kompletna akceptacja w praktyce sądowej, uznane zostało za niezgodne z wymaganiami art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jak stwierdził ETPCz w sprawie *Zakharov przeciwko Rosji: Co się tyczy zakresu kontroli organów wydających upoważnienie [do przechwytywania komunikacji], Trybunał powtarza, że **muszą być w stanie zweryfikować istnienie uzasadnianego podejrzenia przeciwko danej osobie, w szczególności, czy są faktycznie wskazania do podejrzenia osoby o planowanie, popełnianie lub popełnienie czynu zabronionego lub innych czynów (np. czynów zagrażających bezpieczeństwu narodowemu), które dają podstawę do zastosowania środków tajnego nadzoru. Należy również potwierdzić, czy wnioskowane przechwytywanie spełnia wymogi "konieczności w demokratycznym społeczeństwie", o której mowa w Artykule 8 § 2 Konwencji, w tym także, czy jest ono proporcjonalne w stosunku do zakładanego celu, a więc należy zbadać, czy możliwe byłoby jego osiągnięcie poprzez mniej restrykcyjne środki*** (zob. *Klass i Inni, cyt. powyżej, § 51; Association for European Integration and Human Rights i Ekimdzhiiev, cyt. powyżej, §§ 79 i 80; Iordachi i Inni, cyt. powyżej, § 51; oraz Kennedy, cyt. powyżej, §§ 31 i 32*). (zob.: wyrok Wielkiej Izby ETPCZ z 4.12.2015 r., skarga nr 41743/06, pkt. 260 uzasadnienia; podobnie też później w wyroku z 5.12.2019 r., Hambarzumyan p. Armenii, skarga nr 43478/11, pkt. 65).

#### **Reasumując, należy:**

a) wprowadzić zmiany do art. 19 ustawy o Policji oraz odpowiednio do pozostałych ustaw przewidujących stosownie kontroli operacyjnej, tak aby bezwzględnie wymagane było sporządzenie



uzasadnienia także postanowienia o wyrażeniu zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej. W uzasadnieniu takim sąd powinien być zobowiązany do wskazania:

- dlaczego uznał, że zastosowanie takiej kontroli jest konieczne, a tym samym dlaczego inne środki są bezskuteczne, lub nieprzydatne

- dlaczego zakres konkretnej kontroli oraz rodzaj stosowanej w jej ramach metody jest konieczny, w tym dlaczego mniejszy zakres lub mniej ingerująca metoda nie będzie wystarczająca.

b) uregulować elementy, które powinno zawierać postanowienie sądu o wyrażeniu zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej, tak aby możliwe było jednoznaczne określenie jej granic. Przywołany powyżej druk postanowień zawęził obowiązek sądu do wskazania danych identyfikujących podmiot kontroli, rodzaj kontroli, „kryptonim sprawy”, numer wniosku, oraz czas na który kontrola może być stosowana. Koniecznym jest taka zmiana przepisów, która nakładałaby obowiązek podawania w postanowieniu sądu o zastosowaniu kontroli operacyjnej, obok powyższych danych, także:

- opisu i kwalifikacji prawnej przestępstwa w związku z podejrzeniem którego może być prowadzona kontrola z podaniem jego;

- wyraźne wskazanie jaki zakres danych może być uzyskiwany i utrwalany w toku prowadzonej kontroli operacyjnej;

- wskazanie jaki rodzaj środków technicznych lub typu oprogramowania, jakie może być stosowane podczas realizacji danej kontroli operacyjnej;

c) zreorganizować system doboru sądu do rozpoznawania takich wniosków. O ile sam fakt, że wnioski w przeważającej ilości trafiają do Sądu Okręgowego w Warszawie nie budziłby jeszcze zastrzeżeń o tyle sytuacja, w której skutkuje to wpływem podczas jednego dyżuru do jednego sędziego kilkudziesięciu wniosków, jest nie do przyjęcia. Zasadnym byłaby więc zmiana obecnej regulacji i przyjęcie, że sądem właściwym do rozpoznania takiego wniosku jest np. sąd właściwy ze względu na miejsce zamieszkania osoby wobec, której wniosek ma być skierowany, względnie sąd właściwy ze względu na siedzibę regionalnego oddziału (delegatury) służby, która realizować będzie jego wykonanie. Ostateczne rozwiązanie tej kwestii wymaga zweryfikowania danych empirycznych z ostatnich lat odnośnie liczby wniosków kierowanych przez poszczególne jednostki. Należy mieć bowiem na względzie także możliwe koszty przesyłania dokumentacji w warunkach zapewniających bezpieczeństwo informacji niejawnych.

d) zreorganizować system doboru sędziów do rozpoznawania wniosków o zastosowanie k.o. Wnioski nie powinny być kierowane do sędziów dyżurujących danego dnia w kancelarii tajnej lecz przydzielane losowo z obowiązkiem ich priorytetowego rozpoznania. Mechanizmy rozpoznania sprawy „poza kolejnością” znane są procedurom sądowym (np.: wnioski o zabezpieczenie, protesty wyborcze) więc tego rodzaju rozwiązanie nie będzie stanowiło szczególnego novum w funkcjonowaniu sądów.

e) wprowadzić mechanizmu następczej kontroli przeprowadzonych kontroli operacyjnych sprawowany przez niezależny organ, a oparty o takie kryteria jak zasadność, prawidłowość wykonania prowadzonej kontroli operacyjnej oraz terminowości wykonywania w jej trakcie i po jej zakończeniu obowiązków. Ta kwestia rozwinięta zostanie w dalszych punktach opinii.

## *2. Czy wystarczająca jest kontrola parlamentarna nad służbami w postaci sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych? Jeśli nie, jak powinna być zmieniona lub rozbudowana?*

Doświadczenia zarówno ostatnich miesięcy jak i poprzednich lat (np. afery dotyczące prowokacji w Ministerstwie Rolnictwa, afery dotyczące inwigilacji dziennikarzy) wskazują, że taka kontrola nie jest wystarczająca, w takim znaczeniu, że jej istnienie ani **nie zapobiega nadużyciom prawa** przez służby specjalne, ani **nie pozwala na pełne wyjaśnienie przyczyn, celu i skutków** ewentualnych nadużyć.

Zgodnie z treścią pkt 2 załącznika do Regulaminu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej do zadań Komisji do Spraw Służb Specjalnych należy (wyróżnienie w dalszej części cytatu własne):

- **opiniowanie** projektów ustaw, rozporządzeń, zarządzeń oraz innych aktów normatywnych dotyczących służb specjalnych, w tym regulujących działalność tych służb,
- **opiniowanie** kierunków działań i rozpatrywanie corocznych sprawozdań szefów służb specjalnych,
- **opiniowanie** projektu budżetu w zakresie dotyczącym służb specjalnych, rozpatrywanie corocznego sprawozdania z jego wykonania oraz innych informacji finansowych służb specjalnych,
- **opiniowanie** wniosków w sprawie powołania i odwołania poszczególnych osób na stanowiska szefów służb specjalnych i ich zastępców,
- **zapoznanie** się z informacjami służb specjalnych o szczególnie istotnych wydarzeniach z ich działalności, w tym dotyczących podejrzeń występowania nieprawidłowości w działalności służb specjalnych oraz podejrzeń naruszenia prawa przez te służby, poprzez dostęp i wgląd do



informacji, dokumentów i materiałów uzyskanych w wyniku wykonania zadań ustawowych, zgodnie z przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz ustaw regulujących działalność służb specjalnych,

- **ocena** współdziałania służb specjalnych z innymi organami, służbami i instytucjami uprawnionymi do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych w zakresie podejmowanych przez nie działań dla ochrony bezpieczeństwa państwa,

- **ocena** współdziałania służb specjalnych z Siłami Zbrojnymi, organami administracji rządowej, organami ścigania i innymi instytucjami państwowymi oraz organami jednostek samorządu terytorialnego, właściwymi organami i służbami specjalnymi innych państw,

- **ocena** ochrony informacji niejawnych oraz badanie skarg dotyczących działalności służb specjalnych, a także rozpatrywanie okresowych informacji, sprawozdań lub raportów z działalności instytucji i organów władzy państwowej, innych niż służby specjalne, zawierających informacje uzyskane w toku wykonywania przez nie czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz czynności i działań profilaktycznych.

Kompetencje sejmowej Komisji do Spraw Służb Specjalnych mają zatem charakter opiniodawczo – ocenny. Komisja nie ma żadnych kompetencji władczych, ani w zakresie decyzji merytorycznych, ani personalnych. Tak określony zakres kompetencji wyklucza skuteczność Komisji we wskazanych wyżej obszarach, tj. zapobiegania lub realnego wyjaśnienia nieprawidłowości w działaniu służb specjalnych. Opinie i oceny, nawet najbardziej krytyczne, nie stanowią skutecznego hamulca w naruszaniu prawa. Nie przekładają się też (również z powodów opisanych poniżej) na zdolność Komisji do gromadzenia i zabezpieczania ewentualnych dowodów takich naruszeń, celem ich późniejszego wykorzystania przed właściwymi organami (sądami).

Liczebność i skład osobowy Komisji określany jest uchwałą Sejmu podejmowaną po jego ukonstytuowaniu się. Aktualnie Komisja ds. Służb Specjalnych liczy siedmiu członków, z czego czterech, a tym samym bezwzględna większość, reprezentuje partię tworzącą koalicję rządową. Z kolei tak określony sposób ustalania liczebności i wyboru członków Komisji wyklucza jej bezstronność. Większość parlamentarna, tworząca kolejno Rząd, jest też większością decydującą o obsadzie Komisji. W konsekwencji organ, który ma co do zasady sprawować polityczną kontrolę nad agendami podległymi władzy wykonawczej, w praktyce jest reprezentantem tej samej opcji. Funkcjonujący układ mógłby się może sprawdzać w przypadku sinego rozdrobnienia partii politycznych i konieczności tworzenia przez większość rządową koalicji opartych na wielu

ugrupowaniach. W sytuacji wygrania wyborów przez jedną partię, traci on realną zdolność do bezstronnego i rzetelnego kontrolowania służb specjalnych w imieniu wszystkich obywateli.

Kwestią do rozstrzygnięcia pozostaje czy sejmowa Komisja ds. Służb Specjalnych w ogóle jest właściwym organem, który mógłby nadużyciom zapobiegać lub który mógłby potencjalne nadużycia skutecznie przeświecać? Z oczywistych powodów kontrola sprawowana przez komisję sejmową jest kontrolą polityczną, co samo w sobie nie jest jeszcze złe, albowiem sfera polityki bywa tą najbardziej interesującą w obszarze potencjalnych nadużyć pracy służb specjalnych. Niemniej systemowe uzależnienie komisji parlamentarnej od wyników wyborów powoduje, że z założenia może być ona postrzegana jedynie jako organ doraźny, stworzony do bieżącego patrzenia służbom na ręce. Trudno sobie natomiast wyobrazić aby działalność komisji mogła okazać się skuteczna w przypadku konieczności wyjaśnienia poważniejszych naruszeń prawa w działalności takich służb. Kadencyjność pracy członków komisji w powiązaniu z zasadą dyskontynuacji w oczywisty sposób niweczy takie założenie.

Nie oznacza to równocześnie braku potrzeby funkcjonowania sejmowej Komisji do Spraw Służb Specjalnych. Kontrola parlamentarna, choć z założenia mniej efektywna niż inne formy kontroli, z pewnością stanowi bardzo istotny czynnik zachowania równowagi demokratycznej. Aby urealnić znaczenie i prace komisji należałoby jednak zapewnić faktyczną reprezentatywność jej składu, z wyłączeniem większości skupionej w ręku koalicji rządowej. Celem kontroli nad służbami specjalnymi jest zapewnienie ich neutralności politycznej. Tworzenie systemu kontroli, którego działalność uzależniona jest od sił politycznych z góry uniemożliwia realizację tego celu. Optymalnym byłoby więc takie określenie składu komisji aby wyeliminować przewagę jakiegokolwiek opcji politycznej, np. poprzez zapewnienie równego udziału przedstawicieli wszystkich partii politycznych, które znalazły się w Sejmie.

**3. Czy wystarczający jest funkcjonujący dziś w Polsce system nadzoru i kontroli nad służbami specjalnymi oparty głównie na działaniach Rządu RP oraz ograniczonych zadaniach sądów, Najwyższej Izby Kontroli i Sejmu RP? Jeśli nie, czy należy wzmocnić funkcje nadzorcze i kontrolne któregoś z tych organów, ich wszystkich, czy też powołać osobny, niezależny organ?**

Oczywistym jest, że Rząd musi posiadać skuteczne mechanizmy kontrolowania działalności podległych mu służb policyjnych i służb specjalnych. Są one niezbędnym narzędziem skutecznego rządzenia, z uwzględnieniem zadań z zakresu zapewnienia bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego państwa. W obecnym modelu trudno jednak do końca postrzegać Rząd w roli tylko



kontrolera służb policyjnych czy służb specjalnych. Jest przede wszystkim ich zwierzchnikiem, co wyraża się już choćby w zasadach powoływania i odwoływania osób pełniących naczelne funkcje w danej służbie.

I tak: „Komendanta Głównego *Policji* powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw wewnętrznych.” (art. 5 ust. 3 ustawy o *Policji*), Komendanta CBŚP powołuje, spośród oficerów *Policji*, i odwołuje minister właściwy do spraw wewnętrznych na wniosek Komendanta Głównego *Policji*. (art. 5a ust. 4 o *Policji*), Komendanta BSWP powołuje, spośród oficerów *Policji*, i odwołuje minister właściwy do spraw wewnętrznych. (art. 5b ust. 4 o *Policji*), Komendanta CBZC powołuje, spośród oficerów *Policji*, i odwołuje minister właściwy do spraw wewnętrznych na wniosek Komendanta Głównego *Policji* (art. 5d ust. 4 o *Policji*) Komendanta Głównego *Straży Granicznej* powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw wewnętrznych. (art. 3 ust. 2 ustawy o *Straży Granicznej*), Komendanta *SOP* powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów, w uzgodnieniu z Prezydentem Rzeczypospolitej Polskiej, na wniosek ministra właściwego do spraw wewnętrznych (art. 11 ust. 1 ustawy o *SOP*), Szefa Krajowej Administracji Skarbowej - sekretarza stanu w urzędzie obsługującym ministra właściwego do spraw finansów publicznych - powołuje Prezes Rady Ministrów, na wniosek ministra właściwego do spraw finansów publicznych (art. 13 ust. 2 ustawy o *KAS*), Komendanta Głównego *Żandarmerii Wojskowej* i jego zastępcę wyznacza na stanowisko służbowe i zwalnia z tego stanowiska Minister Obrony Narodowej (art. 6 ust. 3 ustawy o *Żandarmerii Wojskowej*), Szefa *CBA* powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów, po zasięgnięciu opinii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Kolegium do Spraw Służb Specjalnych oraz Sejmowej Komisji do Spraw Służb Specjalnych (art. 6 ust. 1 ustawy o *CBA*), Szefów *ABW* i *AW* powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów, po zasięgnięciu opinii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Kolegium oraz Sejmowej Komisji do Spraw Służb Specjalnych (art. 14 ust. 1 ustawy o *ABW* i *AW*), Szefów *SKW* i *SWW* powołuje i odwołuje, na wniosek Ministra Obrony Narodowej, Prezes Rady Ministrów, po zasięgnięciu opinii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej oraz Kolegium do Spraw Służb Specjalnych i Sejmowej Komisji do Spraw Służb Specjalnych (art. 13 ust. 1 ustawy o *SKW* i *SWW*). Dodatkowo, stosowanie art. 3 ust. 5 ustawy o *CBA* „Prezes Rady Ministrów lub wyznaczony przez niego członek Rady Ministrów koordynuje działalność *CBA*, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego i Służby Wywiadu Wojskowego.” Zależność służb od Rządu wyraża się dalej w opracowywaniu za pośrednictwem Kolegium do Spraw Służb Specjalnych budżetu tych jednostek, kierunków i planów ich działania, projektów aktów normatywnych i innych dokumentów rządowych dotyczących działalności służb specjalnych, ocen rocznych sprawozdań przedstawianych przez Szefów z



działalności podległych im służb specjalnych, koordynowania działalności pomiędzy służbami (i in. określone w art. 12 ustawy o ABW i AW).

Nie wchodząc w szczegóły, tego rodzaju model „kontroli” w oczywisty sposób nie zapewnia apolityczności ani służb specjalnych, ani służb policyjnych. Kontrola Rządu siłą rzeczy będzie mieć charakter polityczny, bo sprawowany z punktu widzenia optyki koalicji rządowej. Ukierunkowana jest na zadania jakie Rząd stawia sobie do wykonania. Co najwyżej może realizować postulat z zakresu nadzoru nad skutecznością działalności tych formacji oraz przesądzać o odpowiedzialności politycznej Rządu za ich działania. Natomiast kontrola taka nie sprawdzi się w sytuacjach, w których zajdą podejrzenia wykorzystania służb specjalnych właśnie do celów politycznych poprzez wywieranie wpływu na te służby posiadanymi przez Rząd środkami nadzoru dla osiągnięcia celów nie związanych z bezpieczeństwem wewnętrznym i zewnętrznym państwa, lecz np. z wolą wygrania kolejnych wyborów.

Za niewystarczającą należy też uznać kontrolę sprawowaną przez Najwyższą Izbę Kontroli. Z oczywistych powodów jest ona ograniczona tylko do pewnego fragmentu działań służb. Zgodnie z art. 3 Ustawy o NIK instytucja ta „kontrolując jednostki wymienione w art. 2, bada w szczególności wykonanie budżetu państwa oraz realizację ustaw i innych aktów prawnych w zakresie działalności finansowej, gospodarczej i organizacyjno-administracyjnej, w tym realizację zadań audytu wewnętrznego, tych jednostek.” Nie ma ona natomiast kompetencji do badania merytorycznej celowości i poprawności wykonywania powierzonych służbom zadań, w tym zasadności i prawidłowości wykonywanych działań operacyjno – rozpoznawczych.

Również Sejm nie stanowi ani odpowiedniego, ani wystarczającego forum dla takiej kontroli. Oczywiście nie można nie doceniać roli Sejmu jako pośrednika w przekazywaniu informacji o działalności służb społeczeństwu. Niewątpliwie Parlament, obok wolnego dziennikarstwa, stanowi podstawową drogę transmisji ważnych dla demokracji wiadomości do społeczeństwa. Dodatkowo poprzez swoje kompetencje ustawodawcze odgrywa ogromną rolę w wytyczaniu granic legalności działania służb. Z samej jednak natury zadań powierzonych służbom, szczególnie gdy chodzi o zadania służb specjalnych *sensu stricte*, Sejm nie może być odpowiednim forum dla kontroli ich działalności w konkretnych sprawach. Istotą działania służb specjalnych jest tajność stosowanych metod i środków. Ta cecha stanowi decydujący czynnik skuteczności w realizacji podejmowanych zadań. Omawianie zatem na forum 460 osób szczegółów dotyczących konkretnych działań, pozbawiałoby je jakiegokolwiek sensu. Kontrola realizowana przez Sejm w



największym stopniu ma charakter kontroli społecznej i w zetknięciu z tak specyficzną materią jaką jest praca służb, w tym praca służb specjalnych w szczególności, oczywiście nie wystarczającą. Może ona się skupiać ogólnie na kierunkach działań, ich skutkach, polach aktywności, ale nie jest właściwym miejscem stałego, permanentnego nadzoru nad konkretnymi czynnościami.

### **Reasumując,**

przewidziane obecne mechanizmy kontrolne obejmują tylko pewne aspekty działania służb.

I tak:

1) sądy w praktyce zajmują się formalną, uprzednią weryfikacją wniosków o zastosowanie tylko jednego z narzędzi, jakim posługują się służby, tj. kontroli operacyjnej. W bardzo wąskim zakresie, o ile uzyskane podczas kontroli operacyjnej materiały zostaną potem przedstawione przez prokuratora jako dowody w sprawie, w której wniesiono akt oskarżenia (a jest to przeciętnie mniej niż 20% spraw, w których prowadzono kontrolę) decydują później o możliwości ich wykorzystania jako podstawy ustaleń faktycznych, w sprawie w której zostały przedstawione. W równie wąskim, o ile nie zupełnie iluzorycznym zakresie, sądy okręgowe sprawują następczą, zbiorczą kontrolę sięgania przez służby po dane telekomunikacyjne, internetowe i pocztowe (art. 20ca ustawy o Policji oraz odpowiednie przepisy pozostałych ustaw regulujących prace służb)

2) Rząd przy pomocy Kolegium do Spraw Służb Specjalnych sprawuje kontrolę nad skutecznością działania tych służb ale w realizacji wytyczonych przez niego potrzeb;

3) NIK pełni kontrolę służb w zakresie ich działalności finansowej i gospodarczej;

4) Sejm, w tym Komisja ds. Służb Specjalnych stanowi wreszcie wyraz kontroli społecznej nad służbami.

Jak łatwo zauważyć w modelu tym brakuje rzeczywistej kontroli przeprowadzanych poszczególnych czynności operacyjno – rozpoznawczych lub prowadzonych przy ich zastosowaniu operacji specjalnych. Kontrola sprawowana przez Rząd czy Sejm ma charakter kontroli politycznej. Kontrola wykonywana przez sądy jest iluzoryczna, a sprawowana przez NIK fragmentaryczna. Najpilniej brakuje niezależnych mechanizmów kontrolnych nad tymi czynnościami, z których materiały nie zostały przekazane prokuratorowi celem wykorzystania w postępowaniu sądowym. Nikt nie bada, poza być może samymi służbami (ewentualnie prokuraturą o czym mowa będzie jeszcze w ostatnim punkcie opinii), jakie były przyczyny niepowodzeń danej kontroli. Nie weryfikuje się w związku z tym *ex post* prawdziwości przyczyn i wiarygodności materiałów przedstawianych do wniosków o zarządzenie kontroli, ani kosztów konkretnej kontroli. Nikt nie sprawdza, czy w ostateczności kontrola taka wykonywana była w granicach upoważnienia,

zwłaszcza w odniesieniu do rodzaju pozyskiwanych danych i stosowanej metody. Brak jest informacji i brak jest niezależnego nadzoru nad faktycznym wykonywaniem obowiązku niezwłocznego niszczenia materiałów niezawierających dowodów przydatnych dla postępowania karnego lub pozwalających na jego wszczęcie. Brakuje realnego mechanizmu kontroli zasadności pobierania przez służby danych telekomunikacyjnych (w tym danych lokalizacyjnych i danych bilingowych), internetowych i pocztowych, a który został wyraźnie wytyczony w orzeczeniach TSUE wydanych w sprawach *Digital Rights Ireland i in.* z dnia 8.04.2014, C-293/12 i C 594/12 oraz w sprawie *Tele 2 Sverige AB i in.* z dnia 21.12.2016, C-203/15 i C -698/15 jak też w orzeczeniach ETPCZ, z których w tym miejscu przywołać wystarczy ostatni najgłośniejszy wyrok w sprawie *Big Brother Watch i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, z 13 września 2018 r. w połączonych sprawach nr 58170/13, 62322/14 i 24960/15. Brakuje mechanizmu kontroli respektowania podczas pracy służb tajemnic prawem chronionych, w tym w szczególności tajemnicy obrończej, adwokackiej, radcowskiej, dziennikarskiej. Nie ma też żadnych mechanizmów weryfikowania przez niezależne organy zasadności zastosowania oraz sposobu przeprowadzenia prowokacji (tzw. zakupu kontrolowanego lub transakcji pozorowanej). Instytucja ta, niewątpliwie niezbędna do skutecznego ścigania określonych rodzajów przestępczości (korupcja, obrót zakazanymi substancjami, środkami i materiałami) także była już źródłem poważnych nadużyć ze strony służb. Nic nie zmieniono jednak w zakresie jej uregulowania i nadal jej zastosowanie zależy wyłącznie od woli samych służb oraz zgody zhierarchizowanej i pozbawionej atrybutów niezależności prokuratury. Nikt nie kontroluje spraw, w których zastosowano prowokacje, lecz które następnie nie są zostaną skierowane do sądu. A przecież ich wynik może stanowić choćby źródło szantażu wobec osoby im poddanej.

Niezbędnym warunkiem kontroli nad służbami, wynikającym zarówno z cytowanego wcześniej orzecznictwa jak i z samej funkcji jaką ma ona pełnić powinna być apolityczność, bezstronność i niezależność organu, któremu jest ona powierzona. Warunku tego w oczywisty sposób nie spełnia ani Rząd i jego agendy, ani Parlament. Z kolei NIK nie spełnia niezbędnego warunku fachowości do przeprowadzania merytorycznej oceny wykonywanych przez służby czynności operacyjno – rozpoznawczych.

Do rozważenia pozostaje więc rozszerzenie i wzmocnienie sądowej kontroli nad czynnościami operacyjnymi lub powołanie zupełnie innego organu, któremu taka kontrola zostałaby powierzona.



Sądy, o ile nie nastąpi ich dalsze podporządkowanie Ministrowi Sprawiedliwości, niewątpliwie spełniają warunek niezależności i apolityczności. Sędziowie sądów okręgowych, z długoletnim doświadczeniem orzecznictwem w sprawach karnych, spełniają też kryterium fachowości. Kontrola sądowa jest też kontrolą preferowaną, choć nie wyłącznie możliwą, przez orzecznictwo ETPCZ. Wszystko to wskazywałoby na prosty wybór – w postaci zwiększenia zakresu uprawnień kontrolnych sądów.

A jednak biorąc pod uwagę zarówno dotychczasowe doświadczenia z pełnieniem przez sądy takich czynności, jak też szczególną specyfikę pracy operacyjno – rozpoznawczej służb specjalnych należy się sceptycznie odnieść do takiego tylko modelu kontroli. W ostatnich kilkadziesiąt lat można było odnieść wrażenie, że ustawodawca uznawał, że najprościej jest właśnie przekazać nadzór lub kontrolę na istotnymi z punktu widzenia praw i wolności kwestiami sądom i to załatwi wszystkie problemy. Doświadczenie wskazuje, że to nie wystarczy.

Po pierwsze, sędziowie ewidentnie priorytetowo traktują swoje zadania w ramach wymierzania sprawiedliwości. Nakładane na sądy funkcje kontrolne są zawsze tylko dodatkiem do głównego nurtu ich zadań. Pewnym rozwiązaniem mogłoby być tworzenie specjalnych komórek organizacyjnych (wydziałów, sekcji), w których sędziowie zajmowaliby się wyłącznie kontrolą nad wykonywaniem czynności operacyjno – rozpoznawczych. Jednak biorąc pod uwagę obecny wpływ Ministra Sprawiedliwości na obsadę stanowisk prezesów sądów oraz za ich pośrednictwem na przesuwanie sędziów do konkretnych wydziałów, rozwiązanie to nie pozostawałoby bez obaw o faktyczną efektywność sprawowanej nad służbami specjalnymi kontroli. Tego typu rozwiązania rodzą też zwykle inne problemy, jak np. problemy ścieżki awansowej sędziów, kryteria ocen ich pracy itp. Idea kontroli sądowej ma jeszcze jeden mankament. Sądy co do zasady działają na skutek impulsu zainteresowanego podmiotu, skargi, aktu oskarżenia, pozwu. Sędziowie nie są przyzwyczajeni do inicjowania postępowań kontrolnych. Trudno byłoby oczekiwać w tym zakresie większej inicjatywy zwłaszcza w przypadku przyjęcia, że kontrola nad czynnościami operacyjno – rozpoznawczymi miałyby stanowić dodatkowy obowiązek sędziego, obok normalnie sprawowanych przez niego funkcji orzecznictwowych.

### **Reasumując,**

najwłaściwszym rozwiązaniem, przy uwzględnieniu także doświadczeń innych państw członkowskich UE, byłoby powołanie nowego, niezależnego, apolitycznego i fachowego organu, który wykonywałby zadania kontrolne nad działalnością służb. Przy czym nie chodzi tutaj o powołanie organu, który zająć miałyby miejsce już istniejących struktur, ale organu, który wypełniałby obecną lukę w zakresie kontroli nad konkretnymi, przeprowadzonymi już

czynnościami operacyjno – rozpoznawczymi, pod kątem ich zasadności, legalności i prawidłowości przeprowadzenia.

***4. Jeśli, Pani zdaniem, należy powołać nowy organ do kontroli służb specjalnych, to jaka powinna być jego struktura, zadania, skład i zasady jego powoływania?***

Propozycje powołania takiego organu były już zgłaszane. Ostatnio najpełniej taka propozycja została zgłoszona w 2019 r. w opracowaniu „Osiodłać Pegaza. Przestrzeganie praw w działalności służb specjalnych – założenia reformy” sporządzonym przez A. Bodnara, T. Borkowskiego, J. Cichońskiego, W. Klickiego, P. Kładocznego, A. Rapackiego, Z. Rudzińską – Bluszcz. Wskazane opracowanie może stanowić pewien punkt wyjścia. Nie ze wszystkimi jednak wskazanymi tam propozycjami należy się zgodzić.

Po pierwsze, biorąc pod uwagę liczbę spraw z zakresu czynności operacyjno – rozpoznawczych, którą szacunkowo można określić na ok. 10.000 wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnych rocznie i ok. 1,5 wystąpień o dane telekomunikacyjne, pocztowe, internetowe komisja nie może być zbyt mała liczebnie, bo po prostu nie będzie w stanie wykonywać efektywnej kontroli. Nadmiar osób zasiadających w takiej komisji też jednak nie służy sprawności jej funkcjonowania, i pogarsza warunki zachowania niejawności. Optymalną liczbą wydaje się 9 osób powoływanych na 9 letnie kadencje, z zapewnieniem zmiany co 3 lata 1/3 części składu.

Po drugie, jeżeli tego rodzaju organ ma być apolityczny jego skład nie powinien być powoływany tylko przez Sejm. Pewne doświadczenia mamy w tym zakresie w związku z funkcjonowaniem Trybunału Konstytucyjnego i nie są to doświadczenia godne bezrefleksyjnego powielania. Można by zaproponować wybór 2 członków przez Sejm, 2 przez Senat, 2 przez zgromadzenie ogólne sędziów SN, 1 członka wskazywałby Prezydent, 1 Rzecznik Praw Obywatelskich, 1 mógłby desygnować organ korporacji powołanej do strzeżenia praw i wolności obywatelskich np. Naczelna Rada Adwokacka.

Członkowie powinni być apolityczni, cechować się wiedzą prawniczą oraz wiedzą z zakresu czynności operacyjno – rozpoznawczych, posiadać doświadczenie w pracy w wymiarze sprawiedliwości lub na rzecz przestrzegania praw człowieka. Warte przemyślenia są zastrzeżenia podnoszone we wspomnianym wyżej projekcie co do osób, które pracowały wcześniej w charakterze funkcjonariuszy służb specjalnych. Z jednej strony rzeczywiście rodzi się obawa czy



osoby takie będą dawały rękojmię właściwego kontrolowania swoich dawnych współpracowników. Z drugiej strony nie można nie zauważać, że ich praktyczna wiedza byłaby dla organu kontrolnego nie do przecenienia. Jest to z pewnością kwestia do rozważenia. Co oczywiste, osoby takie powinny posiadać poświadczenie bezpieczeństwa po poszerzonym postępowaniu sprawdzającym. Do rozważenia pozostaje słuszna uwaga, że nie koniecznie takie postępowanie powinna sprawować ABW, jako służba która miałaby potem podlegać kontroli osoby, której wydaje poświadczenie.

Do zadań komisji powinna należeć:

- weryfikacyjne kontrolowanie *ex post* przeprowadzanych kontroli operacyjnych, w tym w szczególności w zakresie: weryfikacji czy dane zawarte we wniosku w powiązaniu z uzyskanymi rezultatami nie wskazują na celowe wyłudzenie zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej, weryfikacji przestrzegania podczas realizacji kontroli operacyjnej jej zakresu ustalonego w postanowieniu sądu, weryfikacji przepisów chroniących treści objęte tajemnicami, weryfikacji zasadności odstąpienia od przekazywania prokuratorowi uzyskanych podczas kontroli operacyjnej materiałów, w szczególności gdy zawierały one informacje mogące stanowić dowód w sprawie lub uzasadniły wszczęcie postępowania karnego, weryfikacji faktu i niezwłoczności zniszczenia innych materiałów;

- monitorowanie przyczyn niepowodzenia stosowanej kontroli operacyjnej;

- monitorowanie kosztów stosowania tego środka;

- monitorowanie metod stosowanych podczas realizacji kontroli operacyjnej, a w szczególności proporcjonalności pomiędzy stosowaną metodą, a celem dla którego została ona zarządzona;

- kontrolowanie zasadności, celowości i proporcjonalności przeprowadzonych prowokacji, ustalenie przyczyn niepowodzenia oraz kosztów tego rodzaju operacji;

- kontrolowanie zasadności, celowości i proporcjonalności przeprowadzonych operacji przesyłek niejawnie nadzorowanych, ustalenie przyczyn niepowodzenia oraz kosztów tego rodzaju operacji;

- kontrolowanie zasadności, celowości i proporcjonalności pozyskiwania i przetwarzania przez służby danych telekomunikacyjnych, internetowych, pocztowych oraz danych bankowych;

- wyrażanie zgody na odstępowanie od informowania osób poddanych wyżej wymienionym czynnościom operacyjno - rozpoznawczym o tym fakcie, po upływie ustawowo określonego terminu;

- formułowanie zbiorczych wniosków z przeprowadzonych kontroli i ich przedstawianie Sejmowi;

- a w razie stwierdzonych uchybień w działaniach służb podczas wykonywania wskazanych czynności operacyjno – rozpoznawczych - inicjowania postępowań przygotowawczych wobec osób odpowiedzialnych za naruszenia.

Nie do końca należy się natomiast zgodzić z powierzeniem tego rodzaju komisji kompetencji do rozpoznania indywidualnych skarg na działania służb. Po pierwsze, mogłoby to w rzeczywistości przytłoczyć jej zadania. Po drugie, wymiar sprawiedliwości zgodnie z Konstytucją RP sprawują sądy. Jeżeli więc określona jednostka uzna się za pokrzywdzoną działaniami służb powinna kierować swoje roszczenia przed sąd. Ewentualna rola komisji i tak nie mogłaby, w świetle obecnie obowiązujących reguł konstytucyjnych, zamykać jednostce drogi sądowej. Inną kwestią jest realność tej drogi, ale o tym będzie mowa poniżej.

***5. Niezależnie od tego, jakie ciało (sądy, Parlament, nowy powołany organ kontrolny) miałyby sprawować kontrolę, czy konieczny jest stały, poza Rządem, nadzór i/lub kontrola służb, zwłaszcza w zakresie wykonywania przez nie czynności operacyjno-rozpoznawczych, przede wszystkim używania podsłuchów oraz wyrafinowanych narzędzi typu Pegasus?***

Zdecydowanie tak. Uzasadnienie odpowiedzi na to pytanie mieści się z pkt 4

***6. Jeżeli odpowiedź na powyżej postawione pytanie jest twierdząca, czy takim nadzorem i/lub kontrolą powinny zostać objęte w równym stopniu wszystkie służby uprawnione do czynności operacyjnych? Czy powinien on dotyczyć czynności dokonywanych zarówno w kraju, jak za granicą?***

Jak wskazano na wstępie na przestrzeni ostatnich 20 lat sukcesywnie dochodziło do zacierania w zakresie podstaw stosowania czynności operacyjno - rozpoznawczych, różnic pomiędzy tzw. służbami policyjnymi i służbami specjalnymi. Następowala rozbudowa służb policyjnych o kolejne podmioty, którym z czasem przydzielano do stosowania analogiczne jak służbom specjalnym rodzaje czynności operacyjno – rozpoznawczych. Nie trafne wydaje się też zaliczenie CBA do służb specjalnych. Nie jest to służba wywiadowcza. Nie odpowiada za bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne kraju. Oczywiście bieżące potrzeby w zakresie bezpieczeństwa mogą rządzić się własnymi prawami i odstawać od teoretycznych podziałów, siłą rzeczy operujących schematami. Niemiej nie da się zrównywać prac wywiadowczych mających na



celu rozpracowanie potencjalnych zagrożeń dla obronności kraju, z pracami podejmowanymi w związku z rozpracowywaniem grupy zajmującej się kradzieżami samochodów. A tak w uproszeniu wygląda obecny stan legislacji. W obu przypadkach dla przeprowadzenia czynności operacyjno - rozpoznawczych, w tym kontroli operacyjnej, stawiane są identyczne wymagania formalne, w obu przypadkach wnioski o przeprowadzenia takiej kontroli przechodził będzie tą samą procedurę, a nie rzadko przed tym samym sądem. Nie ulega wątpliwości, że skuteczny wywiad jest warunkiem sine qua non funkcjonowania państwa. Nie ulega też wątpliwości, że społeczne przyzwolenie dla szerszego zakresu i większego stopnia tajności podejmowanych działań jest wyższe w przypadku służb wywiadowczych (służb specjalnych) niż w przypadku służb policyjnych. Ranga zagrożeń, którym mają one przeciwdziałać jest wszak diametralnie odmienna. Różnice te będą przede wszystkim wyrażać się w odmiennym stopniu akceptacji dla:

- podstaw stosowania technik inwigilacji. Dla służb wywiadowczych podstawy te mogą/ powinny być zakreślone szerzej, a dla służb policyjnych wężiej. Tak zresztą obecnie jest, albowiem katalog okoliczności uprawniających ABW, AW, SKW i SWW do stosowania kontroli operacyjnej, pośrednio także prowokacji, jest szerszy niż w przypadku służb policyjnych;

- środków technicznych wykorzystywanych do prowadzenia inwigilacji. O ile narzędzia takie jak Pegasus muszą być zaakceptowane tam gdzie chodzi o rozpoznawanie i przeciwdziałanie zagrożeniom bezpieczeństwa narodowego, obronności kraju, terroryzmem, o tyle nie mogą być uznane za dopuszczalne w zakresie przestępstw pospolitych będących domeną służb policyjnych. Tu w szczególności cezurą powinna być zdolność wykorzystywanej techniki do modyfikacji zapisów elektronicznych. Taka technika, o ile może być uzasadniona dla celów wywiadowczych, o tyle staje się przeszkodą do wykorzystania uzyskanego materiału w postępowaniu przed sądem. Korzystanie zatem z tego typu technik powinno być w przypadku służb policyjnych zakazane.

- stopniem utajnienia prowadzonych czynności. Niewątpliwie służby wywiadowcze muszą korzystać z daleko skuteczniejszych form ochrony swojej pracy, niż ma to miejsce w przypadku służb policyjnych. Obecne przepisy przewidują stopniowalność ochrony informacji. Nie czynią jednak różnicy w tym zakresie między służbami policyjnymi, a specjalnymi. Z prawnego punktu widzenia konkretna forma ochrony dopasowywana jest do rodzaju czynności a nie do służby, która ją podejmuje. Taki układ daje pewną elastyczność, nie mniej prowadzi do zatarcia różnic między ich znaczeniem.

- czasem w jakim dane informacje powinny pozostawać objęte tajemnicą. To szczególnie będzie miało znaczenie w związku z wymaganiami informowania osoby inwigilowanej o fakcie inwigilacji. O ile w przypadku służb wywiadowczych uzasadnione może być długoletnie utrzymywanie w tajemnicy faktu prowadzonej inwigilacji, bo ich celem jest stale prowadzenie

obserwacji potencjalnych zagrożeń dla bezpieczeństwa państwa, o tyle w przypadku służb policyjnych zwykle nie ma takiej potrzeby. Ich działania mają najczęściej charakter „jednorazowy”, w tym znaczeniu, że służą rozpracowaniu i zapobieżeniu lub doprowadzeniu do osądzenia osób, które dopuściły się przestępstwa (zob. szerzej pkt. 8 opinii).

Brak wyraźnego rozdzielnia dopuszczalnych technik i warunków inwigilacji prowadzonych przez służby specjalne i służby policyjne paradoksalnie sprzyja niedoregulowaniu pewnych kwestii dla służb policyjnych. Sprzyja im także w sięganiu po środki, których stosowanie w ich akurat przypadku musi budzić sprzeciw, jak też sprzyja utrzymywaniu nieuzasadnionego w ich przypadku stanu nieujawnienia wobec osób inwigilowanych, w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa kryminalnego, o tym fakcie i to mimo iż ustały już jakiegokolwiek powody, dla których ujawnienie takiej okoliczności powinno być wstrzymane.

### **Reasumując:**

W aktualnym stanie prawnym, przy uwzględnieniu tych samych możliwości gdy chodzi o rodzaj stosowanych technik operacyjno – rozpoznawczych przez służby specjalne i służby policyjne dodatkowa kontrola prowadzona przez nowo powołaną komisję powinna obejmować wszystkie służby. Kluczowym dla potrzeby jej powołania jest bowiem nie fakt istnienia służb, ale fakt działań jakie mogą one powodować. W obliczu zrównania tych działań nie ma powodów do wyłączenia niektórych służb z obszaru działań kontrolnych tego rodzaju komisji. Ani prawo międzynarodowe, ani Konstytucja nie dają też dostatecznych podstaw aby tego kontrole ograniczać wyłącznie do tych czynności które były podejmowane wobec obywateli polskich lub które były podejmowane przez służby wyłącznie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Nie ma powodów aby a priori wyłączać spod ocen tego rodzaju komisji czynności wykonywanych poza granicami kraju.

***7. Czy należy, wzorem niektórych innych państw demokratycznych, zwłaszcza w UE, wprowadzić instytucję skargi na działania służb, zwłaszcza użycia przez nie podsłuchów oraz wyrafinowanych narzędzi typu Pegasus? Czy do składania skargi mieliby prawo tylko obywatele polscy? Kto miałby te skargi rozpatrywać? W jaki sposób?***

Jak wskazano w pkt 4 możliwość złożenia skargi w związku z nielegalnie zastosowaną lub nieprawidłowo przeprowadzoną inwigilacją nie tylko powinno być, ale jest już obecnie konieczne do respektowania. Taki obowiązek wynika nie tylko z orzecznictwa sądów międzynarodowych (poza wcześniej cytowanymi zob. też z ostatnich orzeczeń wyrok ETPCZ w sprawie Trabaja Rueda



przeciwko Hiszpani z 30.05.2017 r., skarga nr 32600/12), ale przede wszystkim z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (art. 77 ust. 2 w zw. z art. 47, 49, 50, 51), zgodnie z którą „Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw”. Podstawową barierą obecnie do realizacji tego prawa jest niewiedza osób poddanych nielegalnej inwigilacji o tym fakcie. Teoretycznie w sytuacji uzyskania takiej wiedzy otwiera się możliwość wytoczenia powództwa na podstawie art. 417 k.c., lub ewentualnie z art. 417(1) § 2 k.c. W praktyce realizacja tego uprawnienia jest bardzo trudna, o ile wręcz niemożliwa. Powód musi w takim postępowaniu wykazać „niezgodność z prawem” działania funkcjonariusza. Biorąc pod uwagę, że działania takie prowadzone są i dokumentowane w oparciu o przepisy o ochronie informacji niejawnych dowodzenie tej okoliczności w kontrykcyjnej procedurze sądowej, przed sądem cywilnym, zupełnie nieprzystosowanym do przetwarzania takich materiałów, jest w zasadzie niemożliwe. Ponieważ czynności te z natury mają związek z podejrzeniem planowania lub popełnienia przestępstwa przez osobą poddaną inwigilacji, a zatem ze sferą prawa karnego, zasadnym byłoby wprowadzenie do Kodeksu postępowania karnego, wzorem obecnego rozdziału 58, odpowiednich uregulowań odnośnie skargi na działania służb. Procedura karna ma już uregulowania dotyczące postępowań z materiałami objętymi klauzulami niejawności i sądy karne całkiem sprawnie sobie radzą w takich sytuacjach. Aby wyeliminować ryzyko masowego nieuzasadnionego składania tego typu skarg, lub składanie tego typu skarg w celu utrudnienia prowadzenia rozpracowania operacyjnego, można uzależnić prawo do złożenia skargi od uzyskania wcześniejszej informacji o prowadzonej inwigilacji. Przy przyjęciu reguł wskazanych w pkt 8, co do obowiązku informacji o prowadzonych czynnościach inwigilacyjnych wobec danej osoby, i możliwości jego wstrzymania lub wyłączenia w wyjątkowych przypadkach decyzją Komisji, system ten godziłby prawa osoby poddanej inwigilacji z potrzebami w zakresie sprawnej, bezpiecznej i skutecznej pracy służb.

***8. Czy należy, wzorem niektórych innych państw demokratycznych, zwłaszcza z UE, wprowadzić prawny obowiązek informowania osób, wobec których stosowano środki kontroli operacyjnej, ale wobec których te działania okazały się bezzasadne i wykluczono, by te osoby brały udział w działalności przestępczej? Jeśli tak, czy taką możliwość należy wprowadzić tylko wobec obywateli RP? Jaki urząd byłby ew. zobowiązany do weryfikacji i informowania tych osób?***

Trybunał Konstytucyjny już 17 lat temu zwracał uwagę na brak odpowiednich mechanizmów, które gwarantowałyby osobie, która była obiektem inwigilacji do uzyskania informacji o tym fakcie, a co odpowiadałoby potrzebie efektywnej instrumentalizacji proceduralnej



konstytucyjnego prawa określonego w art. 51 ust. 4 Konstytucji (wyrok TK z 12.12.2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132, pkt. 5.5. uzasadnienia). Teza ta została ponownie wyrażona w postanowieniu sygnalizacyjnym, w którym Trybunał zwracał uwagę na potrzebę pozytywnego uregulowania tej kwestii (postanowienie TK z dnia 25.01.2006 r., S 2/06, OTK-A 2006, nr 1, poz. 13, pkt 5). Również w orzecznictwie ETPCz wielokrotnie zwracano uwagę na ten aspekt praw, wskazując że: *„kwestia późniejszego powiadomienia o środkach nadzoru jest nierozzerwalnie związana ze skutecznością środków zaradczych, a tym samym z istnieniem skutecznych zabezpieczeń przed nadużyciem uprawnień w zakresie nadzoru, ponieważ z zasady nie ma możliwości odwołania się przez daną osobę, chyba że osoba ta zostanie powiadomiona o środkach podjętych bez jej wiedzy, a tym samym będzie w stanie zakwestionować ich uzasadnienie z mocą wsteczną. Gdy tylko po zakończeniu stosowania środka nadzoru powiadomienie może zostać dokonane bez narażania na szwank celu ograniczenia, informacje powinny zostać przekazane zainteresowanym osobom (patrz: Weber i Saravia, ..., § 135; Roman Zakharov, ..., § 287). W prawie węgierskim nie przewiduje się jednak żadnego rodzaju powiadomienia o środkach. Fakt ten, w połączeniu z brakiem formalnych środków zaradczych w przypadku nadużyć, wskazuje, że prawodawstwo nie zapewnia odpowiednich zabezpieczeń.* (zob.: wyrok ETPC z 12.01.2016 r., Szabó i Vissy p. Węgrom, 37138/14, § 86)

Nie ulega więc wątpliwości, że co do zasady osoba, wobec której prowadzone były tajne techniki inwigilacyjne powinna być informowana o tym fakcie. Trzeba zresztą zauważyć, że w polskim systemie taka zasada obowiązuje, gdy chodzi o niejawnie pozyskiwanie przez służby danych bankowych (np. art. 20 ust 10 ustawy o Policji czy art. 23 ustawy o CBA). Nie jest więc tak, że polskie prawo w ogóle nie przewiduje takiej informacji. Przewiduje ją jednak tylko w odniesieniu do bardzo wąskiego wycinku pozyskiwanych danych.

Z drugiej strony trzeba podkreślić, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu niejednokrotnie zwracał uwagę na istnienie sytuacji, w których możliwe jest ograniczenie lub odroczenie takiego prawa. Może to mieć związek z koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa narodowego, potrzebą ochrony pracowników lub współpracowników służb, potrzebą zachowania w tajemnicy informacji o stosowanych technikach operacyjnych. W szczególności względy te będą istotne w przypadku prac służb specjalnych prowadzących operacje wywiadowcze wymagające długotrwałej inwigilacji określonych środowisk. Prawo do informowania o prowadzonych działaniach operacyjnych może więc być ograniczone w czasie, lub też może być ograniczone co do pewnych szczegółowych kwestii technicznych stosowanych środków. (por wyrok ETPCZ z



4.05.2000 r. w sprawie., Rotaru p. Rumunii, skarga nr 28341/95; wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 16.02.2000 r. w sprawie Jaspers przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 27052/95)

### **Reasumując,**

zasadnym byłoby wprowadzenie określonego terminu (np. do 180 dni od zakończenia prowadzonej czynności), po upływie którego osoba poddana tajnym technikom operacyjnym byłaby informowana o tym fakcie, tak jak ma to miejsce w przypadku pozyskiwania w trybie operacyjnym informacji bankowych i ubezpieczeniowych. W sytuacjach natomiast gdy określona służba uznałaby, że ujawnienie takich danych na tym etapie może zagrażać dobru prowadzonych innych operacji, lub prowadzić do zagrożenia bezpieczeństwa państwa, lub zagrożenia dla życia lub zdrowia pracowników lub współpracowników służb zamiast informowania poddanej inwigilacji osoby przedkładałaby stosowaną informację do komisji o której mowa w pkt 4 opracowania. Komisja miałaby prawo dokonać oceny zasadności rezygnacji z informowania figuranta o prowadzonych czynnościach. Konstrukcja taka przewidziana jest w RFN, gdzie decyzja o możliwości odroczenia, lub ostatecznie w ogóle zaniechania informowania inwigilowanej osoby o tym fakcie wymaga zgody Komisji G10.

Należy rozważyć, czy taki tryb nie powinien być w ogóle zastrzeżony dla operacji prowadzonych przez służby specjalne sensu stricto, tj. ABW, AW, SKW i SWW.

### ***9. Jakie jeszcze, nie wymienione wyżej, działania należy podjąć, by usprawnić nadzór i kontrolę nad służbami specjalnymi?***

Na koniec warto zwrócić jeszcze uwagę na szczególne uregulowania przyznane Prokuratorowi Generalnego w zakresie inicjowania, blokowania, kierowania przebiegiem czynności operacyjno – rozpoznawczych i w końcu w zakresie upubliczniania ich wyników.

Obecnie bowiem Prokurator Generalny, jak wiadomo sprawujący równocześnie funkcje Ministra Sprawiedliwości:

- ma prawo inicjowania dowolnych czynności operacyjno - rozpoznawczych, w tym kontroli operacyjnej czy prowokacji policyjnej (art. 57 § 3 ust. o Prok.),
- ma prawo zapoznać się z materiałami zgromadzonymi w toku takich czynności (art. 57 § 3 ust. o Prok.),
- ma prawo do wyrażania zgody na prowadzenie każdej kontroli operacyjnej, w części przypadków wprost, w części przypadków poprzez prokuratorów okręgowych (art. 19 ustawy o

Policji, art. 17 ustawy o CBA i odpowiednie przepisy pozostałych ustaw przewidujących kontrolę operacyjną),

- sprawuje kontrolę nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi poprzez wgląd w materiały zgromadzone w toku kontroli operacyjnej, zakupu kontrolowanego, kontrolowanego wręczenia lub przyjęcia korzyści majątkowej albo przesyłki niejawnie nadzorowanej, (57 § 2 ust. o Prok.) – przy czym w razie odmowy udostępnienia materiałów, może żądać wszczęcia postępowania służbowego lub dyscyplinarnego wobec funkcjonariusza który dokonał takiej odmowy. (art. 57 § 5),
- ma prawo sprzeciwu wobec zarządzenia kontroli operacyjnej (arg ex. ar 19 ust. o Policji i in.),
- ma prawo nakazania zakończenia każdej prowadzonej czynności operacyjnej, w tym kontroli operacyjnej (arg. ex. art. 57 ust. o Prok.),
- ma prawo do inicjowania postępowania karnego oraz prawo polecania wykonania określonych w nim czynności podległym prokuratorom (art. 7 § 2, art. 8 ustawy o Prokuraturze);
- ma prawo znieść lub zmienić klauzulę tajności nałożoną na dokument lub materiał przez uprawniony organ w trybie art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742 oraz z 2022 r. poz. 655) (art. 57 ust. 5 o Prok.)
- ma prawo przekazać mediom osobiście, lub upoważnić w tym celu innego prokuratora, informacje z toczącego się postępowania przygotowawczego lub dotyczące działalności prokuratury, z wyłączeniem informacji niejawnych, mając na uwadze ważny interes publiczny. (art. 12 i 57 ust. o Prok.), przy czym może to uczynić bez zgody prokuratora prowadzącego lub nadzorującego dane postępowanie przygotowawcze.

Jak wskazuje powyższe wyliczenie Prokurator Generalny ma w zasadzie niczym nieograniczoną (pomijając iluzoryczną zgodę sądu na zastosowanie kontroli operacyjnej) władzę w zakresie dowolnego wszczynania lub blokowania czynności operacyjno – rozpoznawczych, w tym czynności o najwyższym stopniu ingerencji w prawa jednostek. Może polecić przeprowadzenie takich czynności, zarządzić wystąpienie z wnioskiem o udzielenie na stosowanie w ich toku kontroli operacyjnej, może na bieżąco zaznajamiać się z treścią przekazów uzyskanych podczas takiej kontroli, może zdecydować o podjęciu na tej podstawie postępowania przygotowawczego, zniesienia klauzul tajności z uzyskanych materiałów i przekazaniu ich do mediów ... W oczywisty sposób taki wachlarz uprawnień Prokuratora Generalnego pozawala mu na hipotetyczne wpływanie na losy dowolnej osoby. Jeżeli do tego dołoży się fakt, że wśród technik operacyjnych jakie Prokurator Generalny może polecić do zastosowania, jest oprogramowanie typu Pegasus, unaocznia to skalę władzy skupioną w jego ręku.



O ile rozwiązanie to byłoby, choć z zastrzeżeniami, akceptowalne w sytuacji oddzielenia funkcji Prokuratora Generalnego od Ministra Sprawiedliwości i zapewnienia gwarancji apolityczności osoby pełniącej tę funkcję oraz gwarancji niezależności podległych mu prokuratorów, o tyle przy uwzględnieniu obecnych uregulowań budzić musi stanowczy sprzeciw. Konieczne jest więc niezależnie do prac dotyczących reformy nad kontrola służb specjalnych i służb policyjnych podjęcie równoległe prac nad reformą zakresu uprawnień i usytuowania organizacyjnego Prokuratora Generalnego oraz organizacji prokuratury i gwarancji niezależności prokuratorów.



dr hab., prof. UJ. Dobrosława Szumiło-Kulczycka