

rozkazem. Problematicznym wydaje się jednak wyraźne oddzielenie obu analizowanych pojęć. W obecnym stanie uregulowania pragmatyki służbowej, a także przepisy wewnątrzpolicyjne nie dają jednoznacznej odpowiedzi, które z rozkazów są szczególną kategorią polecenia służbowego. Oczywiście różnica ta może wynikać z treści wydanego imperatywnego nakazu określonego zachowania wydanego służbowo przez uprawniony podmiot, albo z nazwy aktu — jeśli jest on wydawany w formie pisemnej. Konieczne jest zatem wprowadzenie zmian określających precyzyjnie przedmiot rozkazu. Rozróżnienie obu pojęć, opierając się na kryterium przedmiotowym, wydaje się najbardziej właściwe. Pozwoli na wyróżnienie szczegól-

nej kategorii polecenia służbowego, jakim jest rozkaz. Powinny być to kwestie zasadnicze, rozkaz bowiem co do zasady ma silniejszą postać imperatywnego nakazu. W konsekwencji jego niewykonanie albo niewłaściwe wykonanie winno wiązać się z zaostrzoną odpowiedzialnością dyscyplinarną.

Kwestia, o której mowa wyżej, powinna mieć odzwierciedlenie w obowiązujących przepisach pragmatyki służbowej, ponieważ dotyczy sfery praw i obowiązków funkcjonariusza. Sfera ta z kolei winna być precyzyjnie wytyczona, prawidłowa bowiem realizacja rozkazów albo poleceń służbowych stanowi o efektywnej realizacji ustawowych zadań dla tej formacji.

Waldemar Walczak¹

Prawno-organizacyjne aspekty wykorzystania kontroli operacyjnej

Streszczenie: Artykuł przedstawia rozważania i analizy dotyczące możliwości procesowego wykorzystania materiałów zdobytych w toku kontroli operacyjnej. W opracowaniu przyjęto systemowe podejście do rozpoznawania i oceniania omawianych faktów, zdarzeń i procesów zarządczych. Na wstępie opisano charakter działań i cele kontroli operacyjnej. Kolejna część pracy została poświęcona wykładni interpretacyjnej znowelizowanych przepisów kodeksu postępowania karnego, której w 2018 r. dokonał Sąd Najwyższy. W tym miejscu skoncentrowano się na wyjaśnieniu przesłanek decyzyjnych i argumentacji zawartej w uchwale siedmioosobowego składu sędziowskiego Sądu Najwyższego. Dodatkowo zwrócono uwagę na ważne konsekwencje dla praktyki zarządzania, jakie są następstwem stanowiska wyrażonego przez sąd. Podkreślono tutaj znaczenie sądowego werdyktu dla prowadzonych postępowań karnych, a także przybliżono implikacje dla funkcjonowania służb specjalnych, które prowadzą kontrole operacyjną. Następnie poddano analizie uzasadnienie przedstawione we wniosku prokuratora generalnego do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie interpretacji art. 168b k.p.k., odnoszącego się do kontroli operacyjnej, co wcześniej było przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego. W końcowej części artykułu sformułowano konkluzje, własne opinie, komentarze i uwagi dotyczące problemowego zagadnienia.

Słowa kluczowe: kontrola operacyjna, materiały dowodowe, dowód niedopuszczalny, postępowanie karne, służby specjalne, Sąd Najwyższy, prokurator generalny, Trybunał Konstytucyjny

Abstract: The article presents deliberations and analyzes regarding the possibility of using materials acquired in the course of operational control. The study adopted a systemic approach to recognizing and evaluating the discussed facts, occurring events and management processes. At the beginning, the characteristics, activities and objectives of operational control were described. Another part of the text was devoted to interpretation of the amended provisions of the Code of Criminal Procedure, which was carried out by the Supreme Court in 2018 year. At this point, the discussion was focused on explaining the decision-making premises and argumentation contained in the court resolution of the seven-member adjudication panel of the Supreme Court. Additionally, attention was drawn to important consequences for management practice, which are resulted from the statement expressed by the court. Additionally, the attention was drawn to important consequences for management practice, which are resulted from the decision expressed by the court. This part of the article emphasizes the importance of a judicial verdict for conducted criminal proceedings, as well as the implications projected on functioning the (secret) special services which realizing operational controls, were approximated.

Next, was analyzed the substantiation presented in the General Prosecutor application to the Constitutional Tribunal regarding the interpretation of art. 168b k.p.k., referring to operational control, which was previously the subject of the Supreme Court's decision. In the final, summarizing part of the article, conclusions, own opinions, comments and remarks on the problematic issue were formulated.

Keywords: operational control, evidence materials, inadmissible evidence, code of criminal proceedings, special services, Supreme Court, General Prosecutor, Constitutional Tribunal

¹ Dr Waldemar Walczak — pracownik naukowo-dydaktyczny Uniwersytetu Łódzkiego, adiunkt w Katedrze Polityki Ekonomicznej. Adres do korespondencji: <waldek.lodz@wp.pl>.

Wprowadzenie

Zagadnienia dotyczące kontroli operacyjnej stanowią skomplikowaną i złożoną materię. Może być ona rozpatrywana m.in. pod kątem zakresu kompetencji organów uprawnionych do realizacji określonych czynności², a także stosowanych w praktyce przez służby metod działania³. W ostatnim czasie — za sprawą nowelizacji przepisów ustawy z 2016 r. — aktualnym i bardzo ważnym problemem stała się kwestia prawnej możliwości dowodowego wykorzystania materiałów (informacji) zdobytych w toku prowadzenia kontroli operacyjnej.

Celem rozważań prezentowanych w opracowaniu jest analiza prawno-organizacyjnych przesłanek, które odnoszą się do warunków dopuszczalności użycia wyników kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym. Eksploracja nakreślonego problemu badawczego została przedstawiona w szerszym kontekście, tj. z uwzględnieniem systemowego podejścia do rozpoznawania i oceniania procesów zarządzania w praktyce.

Charakter działań i cele kontroli operacyjnej

Kontrola operacyjna jest jedną z metod pracy⁴ wykonywanej przez służby specjalne w ramach tzw. działań operacyjno-rozpoznawczych⁵. Zdaniem rzecznika praw obywatelskich „umożliwia ona realne prowadzenie czynności, do których te służby zostały powołane. Trudne, jeżeli nie niemożliwe, byłoby zapewnienie bezpieczeństwa państwu i jego obywatelom bez dopuszczenia korzystania z tajnych technik operacyjnych”⁶. Ich charakter jest niejawnym — „nie są one czynnościami procesowymi i nie mają względem nich zastosowania przepisy Kodeksu postępowania karnego”⁷. Podstawę prawną dającą legitymizację dla stosowania określonych działań stanowią zatem poszczególne przepisy ustaw kompetencyjnych, które regulują zakres zadań realizowanych przez służby specjalne⁸.

Zdaniem Leszka Rusonia uregulowania ustawowe implikują legalność działań podejmowanych przez funkcjonariuszy zajmujących się pracą operacyjną „postrzeganą poprzez pryzmat pozakodeksowego kontratypu działania w ramach przysługujących im szczególnych uprawnień

i obowiązków”⁹. Zgodnie z takim rozumowaniem w myśl przepisów obowiązującego prawa stosowane metody kontroli operacyjnej są normatywnie dozwolone. Jacek Słoński zaznacza, że możliwość podjęcia kontroli operacyjnej przez służby ogranicza się do takich sytuacji, „kiedy stosowanie innych środków okazało się bezskuteczne, albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne (zasada subsydiarności)”¹⁰. A zatem muszą zaistnieć konkretne przesłanki prawne określone w ustawie dające podstawy do wszczęcia określonych czynności.

W literaturze przedmiotu upowszechnia się szereg opinii i poglądów na temat procesów inwigilacji. Prezentując je w syntetycznej formie, można powiedzieć, że kontrola operacyjna „jest tajną i podstępą czynnością operacyjno-rozpoznawczą”¹¹, najczęściej przybiera formę tzw. podsłuchu telefonicznego¹², wiąże się z wkraczaniem w sferę swobód obywatelskich¹³, praw podmiotowych¹⁴, prywatności, a także w intymne aspekty życia człowieka¹⁵, a tym samym jest „instrumentem władzy państwowej ingerującej bardzo mocno w prawa i wolności obywatelskie”¹⁶. Narusza ona przede wszystkim tajemnicę komunikowania się gwarantowaną przez art. 49 Konstytucji RP¹⁷. Podkreśla się przy tym, iż „w działaniach operacyjnych należy przestrzegać zasad praworządności i legalności”¹⁸.

Na tym tle pojawia się szereg uwag oraz komentarzy odnośnie potencjalnych zagrożeń związanych z działalnością służb w praktyce. Niepokojące i wysoce symptomatyczne w tej kwestii wydaje się być stanowisko prezentowane przez Biuro Bezpieczeństwa Narodowego: „Okazuje się, że służby specjalne wykorzystują przekazane im uprawnienia nie tylko do walki z przestępczością, ale i do rozgrywania innych celów aniżeli wskazane we wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej lub procesowej”¹⁹.

⁹ L. Rusoń, *O względnej jawności regulacji czynności operacyjno-rozpoznawczych słów kilka*, „Kwartalnik Policyjny” 2015, nr 3, s. 88.

¹⁰ J. Słoński, *Kontrola operacyjna*, „Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny” 2011, nr 3–4, s. 28.

¹¹ R. Skowron, *Kontrola operacyjna a ochrona praw jednostki*, „Studenckie Konferencje Naukowe” 2014, nr 4, s. 136.

¹² J. Onyszczuk, *Nadzór prokuratora nad kontrolą operacyjną*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8, s. 203.

¹³ M. Wojtalewicz, *Praktyczne aspekty stosowania i wykorzystania kontroli operacyjnej oraz kontrolowanego wręczanego korzyści majątkowej w zwalczaniu przestępczości korupcyjnej*, „Policja” 2017, nr 1, s. 28.

¹⁴ M. Tomkiewicz, *Kontrola procesowa i operacyjna a ochrona praw podmiotowych osoby inwigilowanej w Polsce*, „Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja” 2015, nr 25, s. 7–26; D. Szumilo-Kulczycka, *Tajemnica obrończa a podsłuch procesowy i kontrola operacyjna*, „Palestra” 2013, nr 1–2, s. 91–100.

¹⁵ P. Pochodyła, S. Franc, *Kontrola operacyjna oraz zakres jej stosowania*, „Zeszyty Naukowe WSEI” 2011, nr 1, s. 199.

¹⁶ P. Pająk, *Kontrola operacyjna do kontroli konstytucyjnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 2, s. 163.

¹⁷ M. Klejnowska, *Prawnodowodowe skutki przekroczenia ram kontroli operacyjnej*, „Annales Universitatis Mariae Curie Skłodowska. Sectio G” 2009/2010, nr 56/57, s. 63.

¹⁸ R. Skowron, *Kontrola...*, wyd. cyt., s. 136.

¹⁹ Biuro Bezpieczeństwa Narodowego, *Analiza w sprawie propozycji zmian przepisów prawnych dotyczących kontroli operacyjnej i procesowej pod względem konieczności zapewnienia konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych*, Warszawa 2010, s. 2.

² E. Gruza, M.A. Kędziński, *Zakres kompetencji organów policyjnych uprawnionych do wnioskowania o kontrolę operacyjną*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2016, nr 14, s. 31–43.

³ J. Mąka, *Kontrola operacyjna i podsłuch — ocena na tle praktycznego stosowania*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2011, nr 4, s. 41–61.

⁴ B. Sprengel, *Praca operacyjna policji*, Toruń 2018, s. 9–10.

⁵ K. Ożóg-Wróbel, *Katalog metod prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012, nr 4, s. 130–133.

⁶ Wniosek rzecznika praw obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego (II.519.109.2015.KŁS/VV/AG), Warszawa, 18 lutego 2016 r., s. 6.

⁷ Wniosek rzecznika praw obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego (II.511.84.2015.KSz), Warszawa, 4 grudnia 2015 r., s. 4.

⁸ Tamże, s. 4.

Przywołany fragment analizy Biura Bezpieczeństwa Narodowego zawiera bardzo krytyczne opinie, mogące znacząco podważyć zaufanie obywateli do ważnych instytucji państwowych, co wcale nie oznacza, że przedstawione tezy są nieuprawnione bądź bezzasadne. W dalszej części omawianego dokumentu można m.in. przeczytać, że „cecha niejawnosci kontroli operacyjnej czyni ją podatną na nadużycia²⁰, a sąd wyrażający zgodę na podjęcie kontroli operacyjnej sam nie ma pełnej wiedzy o rzeczywistym celu kontroli i możliwości sprawdzenia wszelkich przesłanek niezbędności do jej zastosowania²¹. Małgorzata Tomkiewicz słusznie zauważa, że „w przypadku fiaszka kontroli operacyjnej nie pojawia się żaden obowiązek informacyjny i wszystkie działania pozostają owiane całkowitą tajemnicą²². Cytowane przemyślenia wskazują, jak wiele kontrowersji i polemicznych ocen wywołuje wielowymiarowa analiza przedmiotowego zagadnienia.

Powszechną akceptację zyskuje pogląd, że wykorzystywanie technik operacyjnych jest dla służb specjalnych nieodzownym, wysoce skutecznym instrumentem w realizacji zadań związanych z zapobieganiem przestępczości oraz wykrywaniem, ściganiem sprawców²³. Mając na względzie powyższe przesłanki, trzeba uznać, że podstawowym celem kontroli operacyjnej jest „wykrycie i uzyskanie dowodów przestępstwa²⁴, czemu służy pozyskiwanie materiałów dowodowych z prawnie dopuszczalnych źródeł. Prawdą jest również to, że osoby zaangażowane w realizację czynności operacyjnych stają się depozytariuszami wiedzy, która może być niezwykle użyteczna i wartościowa nie tylko dla potrzeb związanych z prowadzonym postępowaniem. Zarządzanie w praktyce dostarcza licznych przykładów wskazujących na to, jak doniosłe, przełomowe znaczenie mają informacje zdobyte dzięki podsłuchom, które następnie za pośrednictwem mediów trafiają do opinii publicznej.

Procesowe wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej w świetle uchwały Sądu Najwyższego

Zagadnienie dotyczące wykorzystania w procesie karnym materiałów zebranych w trakcie kontroli operacyjnej stanowi kontrowersyjny problem²⁵. Niewątpliwie jest kilka

zasadniczych powodów, które wywierają bezpośredni wpływ na różnice w postrzeganiu tego tematu. Wydaje się, że kluczowe znaczenie ma kwestia rozumienia istoty procesu karnego, a także jego głównych celów. W nawiązaniu do tych refleksji rodzi się ważne pytanie o wartości, jakie powinny stanowić dominantę wzorców prowadzonego postępowania: dążenie do prawdy i sprawiedliwości, poszanowanie praw jednostki, legalność ujawnionych dowodów, rzetelność i uczciwość oceny zebranego materiału oraz całościowość rozpatrywanej sprawy, itp. Idąc dalej tym tokiem rozumowania, można się zastanawiać, jak należy definiować prawdę — czy można ją rozpatrywać w oderwaniu od zasad sprawiedliwości? Jakie kryteria powinno się uwzględniać dla rzetelności i uczciwości procesu: ocena zebranych dowodów z punktu widzenia prawdy, sprawiedliwości, czy też legalności pozyskania? Co więcej, można zadać kolejne — ze wszech miar zasadne pytanie — co rozumiemy pod pojęciem sprawiedliwości?

Interesującym uzupełnieniem dla prowadzonych rozważań są refleksje Jacka Izydorczyka, odnoszące się do tzw. klasycznej definicji prawdy według Arystotelesa. „Prawda jest to zgodność (adekwatność) treści sądu z rzeczywistym stanem rzeczy, którego ten sąd dotyczy (*veritas est adaequatio conformitas intellectus et rei*)²⁶. Na gruncie prawa karnego można ją określić jako „dyrektywę, zgodnie z którą wszelkie ustalenia procesowe muszą odpowiadać rzeczywistości²⁷, co znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 2 § 2 k.p.k. — podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne²⁸. Warto zwrócić uwagę, że przytoczone twierdzenia akcentują fundamentalne znaczenie prawdy jako głównej przesłanki decyzyjnej dla rozstrzygnięcia danej sprawy, jednakże nie odwołują się do pochodzenia źródeł informacji (materiałów), dzięki którym docieramy do prawdy, poznajemy fakty, zdarzenia, procesy mające swoje odzwierciedlenie w rzeczywistości. Ponadto zwrot „powinny stanowić” w dosłownym znaczeniu różni się od kategorycznego nakazu, że organy prowadzące postępowanie są bezwarunkowo zobowiązane do rozstrzygnięcia sprawy wyłącznie na podstawie prawdziwych ustaleń faktycznych, a naruszenie tego rygoru wiąże się z ponoszeniem odpowiedzialności.

Polemiczny i dyskusyjny charakter ma inna opinia na temat procedury karnej wyrażona przez cytowanego autora, zgodnie z którą, „w naszym kręgu kulturowym jest niemożliwe oddzielenie prawdy od sprawiedliwości²⁹. Po pierwsze, w polskich realiach prokuratorsko-sądowych nierzadko występują sytuacje, kiedy poczynione prawdziwe ustalenia faktyczne nie przekładają się na fakt sprawiedliwego rozstrzygnięcia, osądzenia danej sprawy.

²⁶ J. Izydorczyk, *Prawda w procesie karnym*, „Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica” 2014, nr 73, s. 111.

²⁷ Tamże, s. 111.

²⁸ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. — Kodeks postępowania karnego, (tekst jedn. DzU z 2018 r., poz. 1987); dalej jako k.p.k.

²⁹ J. Izydorczyk, *Prawda...*, wyd. cyt., s. 116.

²⁰ Tamże, s. 8.

²¹ Tamże, s. 44.

²² M. Tomkiewicz, *Stosowanie kontroli operacyjnej w toku postępowania karnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2016, nr 4, s. 132.

²³ I. Dembowska, *Wykorzystanie materiałów zgromadzonych podczas stosowania operacyjnej i procesowej kontroli rozmów postulat (de lege lata)* [w:] M. Szostak, I. Dembowska (red.), *Innowacyjne metody wykrywania sprawców przestępstw*, Wrocław 2014, s. 27; K. Burdziak, *Dowody uzyskane w toku kontroli operacyjnej* [w:] M. Ryłski, M. Nawrocki (red.), *Dynamika zmian w prawie*, Warszawa 2017, s. 56.

²⁴ P. Łabuz, T. Safjański, *Działania kontrwykrywcze grup przestępczych ukierunkowane na ograniczenie skuteczności kontroli operacyjnej oraz procesowej kontroli i utrwalania rozmów*, „Problemy Kryminalistyki” 2017, nr 3, s. 28.

²⁵ D. Drązewicz, *Dowodowe wykorzystanie wyników kontroli operacyjnej w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 7–8, s. 165.

Informacje na ten temat, potwierdzające słuszność wyrażonej tezy, trafiają do opinii publicznej za sprawą mediów. Po drugie, tzw. poczucie sprawiedliwości jest pojęciem, które może być odmiennie rozumiane i interpretowane, w zależności od tego, kto wyraża swoje subiektywne opinie, a także — z jakiej perspektywy (punktu widzenia) ocenia daną sprawę. Niestety, w polskim społeczeństwie dość powszechne jest przekonanie, że do prokuratury bądź sądu nie udajemy się w poszukiwaniu prawdy, a tym bardziej po sprawiedliwość, lecz do sądu idzie się po wyrok. Po trzecie, termin „sprawiedliwość” nie znajduje jakiegokolwiek doprecyzowania, konkretyzacji bądź uszczegółowienia na gruncie prawnym (tj. przepisów obowiązującego prawa), mimo niepodważalnego (tj. zgodnego z prawdą) faktu, że sformułowanie bezpośrednio (wprost) odnoszące się do pojęcia sprawiedliwość znajduje swoje poczytne miejsce w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”³⁰. Po czwarte, w przepisach kodeksu postępowania karnego nie ma żadnej, nawet najmniejszej wzmianki na temat „zasad sprawiedliwości” jako przesłanki dla przyjmowanych wzorców zachowań i podejmowanych decyzji, na co mało kto zwraca uwagę, a szkoda. Do kwestii proceduralnych odnoszą się następujące przepisy k.p.k., a mianowicie art. 7 k.p.k.: „Organy postępowania kształtują swe przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”, a także art. 8. § 1 k.p.k.: „Sąd karny rozstrzyga samodzielnie zagadnienia faktyczne i prawne oraz nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu lub organu, § 2. Prawomocne rozstrzygnięcia sądu kształtujące prawo lub stosunek prawny są jednak wiążące”.

Zasygnalizowane wątki są niezbędne dla dalszych rozważań, wskazują bowiem nie tylko na złożoność analizowanej problematyki, lecz stanowią także podstawę dla uzasadniania ocen, prezentowania argumentów przez strony bezpośrednio zainteresowane osądzeniem danej sprawy. Warto tutaj podkreślić, że kluczowe znaczenie dla formułowanych przemyśleń ma to, którym z wcześniej opisywanych wartości przypisuje się przymiot supremacji.

W spornej kwestii z oczywistych względów będą się pojawiać różnicowane zdania, odmiennie stanowiska, oceny. Mogą one jednak stanowić co najwyżej wymianę przemyśleń, dzielenie się wiedzą, czyli tzw. głos w dyskusji, a wiążące decyzje i rozstrzygnięcia są domeną sądów, a ściślej rzecz ujmując konkretnego sądu orzekającego.

Do Sądu Najwyższego 20 listopada 2017 r. zostało skierowane przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne (bezpośrednio

związane z kontrolą operacyjną), wymagające zasadniczej wykładni ustawy: „czy użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie «innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej» obejmuje swoim zakresem wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu lub przestępstwa skarbowe czy wyłącznie przestępstwa, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2016 r., poz. 1782 t. j.)”³¹.

Sąd Najwyższy w składzie 3-osobowym, 28 marca 2018 r., rozpatrując sprawę o sygnaturze akt I KZP 14/17³², podjął na podstawie art. 441 § 2 k.p.k. decyzję o przekazaniu rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia prawnego powiększonemu składowi Sądu Najwyższego. Celowe w tym miejscu jest przytoczenie argumentacji, jaką 3-osobowy skład orzekający Sądu Najwyższego zaprezentował w uzasadnieniu postanowienia. W ocenie sądu przepis 168b k.p.k. wywołuje bardzo poważne wątpliwości co do właściwego i dopuszczalnego sposobu interpretacji wskazanego w nim sformułowania. Co więcej, sąd uznał, że istnieje potrzeba rozpoznania przedmiotowej kwestii przez 7-osobowy skład, z uwagi na to, że rozpatrywane zagadnienie problemowe „nie jest bowiem tylko pytaniem o wykładnię jednego z przepisów kodeksu postępowania karnego, ale w istocie dotyczy tego, gdzie przebiega granica między władczymi uprawnieniami państwa, a gwarancjami praw jednostki oraz odnosi się do kwestii proporcjonalności ingerencji państwa w chronione na mocy Konstytucji (art. 47 i art. 49) i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (art. 8) prawo do poszanowania życia prywatnego i tajemnicy komunikowania się”³³. W zacytowanym fragmencie wyводу daje się wyraźnie zauważyć prymat wymienionych w Konstytucji RP wartości, jakie mają ścisły związek z ochroną wolności i praw jednostki. Kwestie dotarcia do prawdy bądź poszanowanie dla zasad sprawiedliwości mają tutaj mniejsze, o ile nie drugorzędne znaczenie.

28 czerwca 2018 r. zapadła uchwała sądu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego³⁴, w której została rozstrzygnięta przedmiotowa sprawa: „Użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej” obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd

³¹ Uchwała SN z 28 czerwca 2018 r., sygn. I KZP 4/18, s. 7, <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=230-271e0911-7542-42c1-ba34-d1e945caefb2&ListName=Komunikaty_o_sprawach>, 17 listopada 2018 r., dalej jako uchwała z 28 czerwca 2018 r.

³² Zob. szerzej: postanowienie SN z 28 marca 2018 r., sygn. I KZP 14/17, <http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx?ItemSID=27358-57a0abe2-a73c-441d-9691-b79a0c36be5c&ListName=Orzeczenia3>, 17 listopada 2018 r.

³³ Uchwała SN z 28 czerwca 2018 r., s. 10.

³⁴ Zob. szerzej: uchwała z 28 czerwca 2018 r., <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=230-271e0911-7542-42c1-ba34-d1e945caefb2&ListName=Komunikaty_o_sprawach>, 17 listopada 2018 r.

³⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.)

może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 t.j. ze zm.)³⁵.

Siedmioosobowy skład orzekający Sądu Najwyższego w uzasadnieniu swojego stanowiska odwołuje się do szeregu merytorycznych argumentów, które w syntetycznym ujęciu można przedstawić następująco:

- „— przepis art. 168b k.p.k.³⁶ nie ma charakteru samodzielnego — reguluje on kwestię pozaprocesowej (przedprocesowej) kontroli operacyjnej i w zakresie, w jakim, w początkowej swojej treści, wskazuje na potrzebę stosowania „przepisów szczególnych”, odsyła m.in. do art. 19 ust.1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 t. j. ze zm.),
- gdyby racjonalny ustawodawca chciał rozszerzyć zakres kontroli operacyjnej przewidzianej ustawą o Policji, to uczyniłby to, rozszerzając katalog z art. 19 ust. 1 lub widząc potrzebę totalnej inwigilacji, zniósłby go,
- sprzeczna z elementarnymi zasadami wykładni logicznej byłaby odmienna interpretacja, że dla uzyskania pierwotnej zgody na kontrolę operacyjną, istnieją ograniczenia katalogowe, a dla kwestii niejako wypadkowych, pozostających w sferze wtórnej kontroli operacyjnej, nie istnieją żadne tego typu ograniczenia,
- przyjęcie odmiennego poglądu w praktyce oznaczałoby, że istnieje możliwość uzyskiwania w toku prowadzonej kontroli operacyjnej również dowodów w sprawach nie tylko że pozakatalogowych, ale też takich, które co do zasady ścigane są z oskarżenia prywatnego, a które przecież, po przystąpieniu prokuratora w trybie art. 498 k.p.k., również stają się ścigane z urzędu,
- nie do zaakceptowania jest pogląd, że to prokurator miałby arbitralnie decydować o wykorzystaniu danego dowodu uzyskanego w wyniku wtórnej kontroli operacyjnej w toku całego procesu, a więc również w fazie sądowej,
- na etapie postępowania jurysdykcyjnego, to wyłącznie sąd może podjąć decyzję o dopuszczeniu dowodu, a nie prokurator, co wynika z elementarnej zasady rządzącej tym stadium procesu wyrażonej w art. 368 k.p.k.,
- niedopuszczalna byłaby taka wykładnia art. 168b k.p.k., która odbierałaby temu przepisowi charakter abstrakcyjnej i generalnej normy prawnej, a czyniłaby z niego wypowiedź normatywną nakierowaną na rozstrzygnięcie konkretnej sprawy konkretnej osoby,

³⁵ Uchwała SN z 28 czerwca 2018 r., s. 2.

³⁶ Art. 168b. k.p.k.: „Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym”. *Przypis autora — W.W.*

— konflikt pomiędzy zasadą legalizmu a zasadą poszanowania i ochrony wolności człowieka, musi być rozwiązywany z poszanowaniem zasady proporcjonalności (art. 31 ust.3 Konstytucji RP), poprzez ścisłe ustawowe uregulowanie przypadków, kiedy do kompetencji władz publicznych będzie należała ingerencja w wolność jednostki,

— ustawy wydawane są w oparciu o Konstytucję RP i mają niższą moc prawną od niej (art. 8 Konstytucji RP) i ratyfikowanych umów międzynarodowych (art. 91 ust.2 Konstytucji RP), w tym Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności — z jej art. 8, to nie mogą pozostawać z nimi w sprzeczności³⁷.

Reasumując, można powiedzieć, że stanowisko przyjęte przez sąd oznacza, że zakres stosowania przez służby specjalne tzw. wtórnej kontroli operacyjnej nie może być szerszy od zakresu kontroli pierwotnej. Wymaga zaważenia, że Sąd Najwyższy, podejmując przedmiotową uchwałę w sprawie wykładni interpretacyjnej art. 168b k.p.k. kierował się przede wszystkim przesłankami (kryteriami), które odwołują się do zgodności z Konstytucją RP i normami prawa międzynarodowego. Dodatkowo sąd — powołując się na przepisy Konstytucji — wypowiedział się w jednoznaczny sposób na temat relacji pomiędzy władzą wykonawczą i sądowniczą, co znajduje swoje odzwierciedlenie w poniższym akapicie uzasadnienia:

„Jeżeli jednak Polska ma nadal utrzymać się w standardzie określonym przez art. 2 Konstytucji RP — być demokratycznym państwem prawnym — to z pewnością organy ścigania (a od dnia 4 marca 2016 r. [data wejścia w życie art. 1 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze — Dz. U. z 2016 r. poz. 1767 t. j.] wszystkie one podlegają władzy wykonawczej), nie mogą mieć do dyspozycji narzędzia w postaci nieomal nieograniczonej w swym zakresie, pozostającej poza nadzorem sądowym, kontroli operacyjnej”³⁸.

Sąd Najwyższy nie zgodził się z poglądem prokuratora Prokuratury Krajowej, który w kierowanych do sądu wnioskach z 29 grudnia 2017 r. i 26 czerwca 2018 r. twierdził, że „celem unormowania zawartego w art. 168b k.p.k. jest zachowanie i wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów popełnienia każdego przestępstwa ściganego z urzędu popełnionego przez każdą osobę objętą bądź nieobjętą zarządzeniem kontroli”³⁹. Dla uzasadnienia swojej opinii prokurator przytaczał następującą argumentację: „skoro w art. 168b k.p.k. ustawodawca nie zawarł żadnego określenia uściślającego katalog przestępstw, ani też odesłania do innego przepisu, który mógłby ten katalog uściślić, oznacza to, że w myśl zasady *lege non distinguente* nie ma podstaw do zawężania katalogu przestępstw wyłącznie do tych, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy

³⁷ Uchwała SN z 28 czerwca 2018 r., s. 15–26.

³⁸ Tamże, s. 19.

³⁹ Tamże, s. 9.

o Policji⁴⁰. Innymi słowy, zdaniem prokuratora meritum treści wspomnianego przepisu jest zrozumiałe, klarowne i jednoznaczne, a zatem nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych.

Wykładnia interpretacyjna art. 168b k.p.k. w uchwale Sądu Najwyższego — implikacje dla praktyki

Analizując najważniejsze konsekwencje dla praktyki wynikające z treści uchwały Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2018 r., trzeba podkreślić, że dokonana wykładnia art. 168b k.p.k. wywołuje istotne skutki prawne dla służb zajmujących się kontrolą operacyjną. Pomimo tego, że przedmiotowe rozstrzygnięcie sądu dotyczyło interpretacji przepisu k.p.k. w odniesieniu do art. 19 ust. 1 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji, to następstwa prawne tej decyzji będą miały zastosowanie również do innych służb specjalnych, które na mocy przepisów ustawy⁴¹ mają przynajmniej uprawnienia do prowadzenia kontroli operacyjnej. Takie rozumowanie wynika z następującego fragmentu treści uzasadnienia uchwały: „Sąd Najwyższy będzie odwoływać się tylko do wskazanej ustawy, dostrzegając jednocześnie, że analogiczne rozwiązania zawierają również inne akty prawne [...]”⁴². A zatem werdykt 7-osobowego składu sędziów Sądu Najwyższego ma bardzo ważne znaczenie dla oceny prawnej dopuszczalności wykorzystywania materiałów z kontroli operacyjnej przeprowadzanej także przez inne służby, jak: Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencja Wywiadu, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Służba Kontrwywiadu Wojskowego, Służba Wywiadu Wojskowego, Krajowa Administracja Skarbowa, Żandarmeria Wojskowa, Straż Graniczna, Służba Ochrony Państwa.

Przestawiając racje przemawiające na rzecz poprawności przyjęcia wskazanego toku rozumowania, warto odwołać się do tego, jaka była reakcja drugiej strony zainteresowanej rozpoznaniem sporu przez sąd. Do opinii publicznej, za sprawą jednego z portali, została podana informacja na temat stanowiska prokuratora krajowego względem przedmiotowej uchwały Sądu Najwyższego. Nie powinno się w tym miejscu pomijać milczeniem faktu, że teksty upowszechniane na tym portalu mają wyrazi-

stą i kaligraficzną domenę przekazu — koncentrują się na miażdżącej krytyce poczynań obecnej ekipy rządowej. Niezależnie od tych spostrzeżeń, dla prowadzonych analiz zasadne będzie zacytowanie następujących treści, jakie ukazały się 27 lipca 2018 r., „Prokurator Krajowy rozesał do prokuratur niższych szczebli polecenie służbowe, w którym zaleca stosowanie w odniesieniu do uchwały Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2018 roku, dwóch wskazanych przez niego zasad”⁴³. Pierwsze zalecenie wskazuje, aby nadal stosować art. 168b k.p.k., nie zwracając uwagi na wspomnianą uchwałę Sądu Najwyższego (tzn. lekceważąc ją). W sytuacji, kiedy sądy miałyby zgłaszać zastrzeżenia, „śledczy mają powoływać się na art. 168a, który jak podkreśla prokurator, sądy mają respektować”⁴⁴.

Dokonując próby oceny wiarygodności tych enuncjacji, (które były powielane przez inne zaprzyjaźnione media), wysoce symptomatyczne jest to, że Prokuratura Krajowa na swojej stronie internetowej nie wydała żadnego komunikatu (dementi) w tej sprawie, jak ma to zwyczaj czynić w przypadku innych, nośnych i ważnych społecznie tematów⁴⁵. Brak oficjalnego stanowiska Prokuratury Krajowej w tej kwestii jest bardzo wymowny, zważywszy na charakter treści rzekomego dokumentu. Przechodząc do merytorycznej oceny sformułowanych rekomendacji, można poświęcić kilka słów na omówienie drugiego zalecenia, aby powoływać się na art. 168a k.p.k.⁴⁶

Michał Kurowski zaznacza, że „pozyskiwanie dowodów w toku postępowania karnego wiąże się z szeregiem czynności, które winny być wykonane tak, aby były prawnie dopuszczalne. Szczególne unormowania ustawodawca przewidział w zakresie pozyskiwania dowodów poza postępowaniem karnym”⁴⁷, a zatem w odniesieniu do materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej. Zdaniem Jerzego Skorupki „zmienione przepisy art. 168a i art. 237a k.p.k. oraz dodany art. 168b k.p.k. dają prokuratorowi możliwość dowodzenia winy oskarżonego za pomocą dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania,

⁴³ M. Jałoszewski, *Prokurator krajowy wzywa śledczych do lekceważenia uchwały Sądu Najwyższego*, 27 lipca 2018 r., <<https://oko.press/prokurator-krajowy-wzywa-sledczych-do-lekcewazenia-uchwaly-sadu-najwyzszego/>>, 20 listopada 2018 r.

⁴⁴ Tamże.

⁴⁵ Komunikat Prokuratury Krajowej w sprawie publikacji w „Gazecie Codziennej Fakt”, 7 listopada 2018 r., <<https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/komunikat-w-sprawie-publickacji-w-gazecie-codziennej-fakt/>>, 20 listopada 2018 r.

⁴⁶ Art. 168a. k.p.k.: „Dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”.

⁴⁷ M. Kurowski, *Wprowadzenie do postępowania przygotowawczego materiałów z czynności operacyjno-rozpoznawczych zawierających tajemnice zawodowe w świetle przepisów intemporalnych*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 2018, nr 83, s. 33.

⁴⁰ Tamże.

⁴¹ Chodzi o następujące przepisy tzw. ustaw kompetencyjnych określających uprawnienia służb specjalnych: art. 27 ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn. DzU z 2017 r., poz. 1920), art. 17 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn. DzU z 2017 r., poz. 1993), art. 31 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jedn. DzU z 2017 r., poz. 1978), art. 113 ustawy z 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (tekst jedn. DzU z 2018 r., poz. 508), art. 31 ustawy z 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (tekst jedn. DzU z 2018 r., poz. 430), art. 9e ustawy z 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. DzU z 2017 r., poz. 2365), art. 42 ustawy z 9 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (DzU z 2018 r., poz. 138).

⁴² Uchwała SN z 28 czerwca 2018 r., s. 13.

a więc dowodów nielegalnych⁴⁸. Może to zachęcać organy procesowe do pozyskiwania materiału dowodowego z naruszeniem przepisów prawa⁴⁹. Odmienne poglądy wyraża Grzegorz Jędrzejewski: „art. 168b k.p.k. ma w pewnym sensie nowatorski charakter, jako że konwaliduje czynności dowodowe, które były nieskuteczne pod rządami ustawy dawnej, czyniąc je skutecznymi pod rządami ustawy nowej⁵⁰. W kwestii ram czasowych autor wyjaśnia: „art. 168b k.p.k. i 237a k.p.k. w aktualnym brzmieniu należy stosować do postępowań sądowych wszczętych przed dniem 1 lipca 2015 r.”⁵¹

Joanna Machlańska, krytycznie odnosząc się do zmian w k.p.k. odnośnie podstachu procesowego, uważa że „ustawodawca pozbawił uczestników postępowania karnego (a zatem nie tylko osoby, którym przysługuje prawo do obrony) możliwości zaskarżenia „decyzji o wykorzystaniu takich dowodów” podejmowanej przez prokuratora⁵². Ponadto dodaje, że nastąpiło to, „z pogwałceniem obowiązujących w demokratycznym państwie reguł⁵³. Sebastian Brzozowski w podobny sposób ocenia art. 168b k.p.k., uznając, że „eliminuje de facto instytucje kontroli sądowej poprzez wydawanie orzeczenia o zgodzie następczej na wykorzystanie materiałów pozyskanych z kontroli operacyjnej⁵⁴. Nie zmienia to jednak niepodważalnego faktu, że ocena zebranych dowodów i rozstrzygnięcie o winie należy do wyłącznej kompetencji sądów, a nie przesądza o tym arbitralna i uznaniowa decyzja prokuratora.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 28 czerwca 2018 r. zawarł bardzo ważne stwierdzenie, które może stanowić (można je uznać za wytyczne) podpowiedź, bądź wprost być wskazówką dla sądów powszechnych, w jaki sposób postrzegać możliwość stosowania art. 168a: „Odrębne zagadnienie, wykraczające poza ramy postawionego w niniejszej sprawie pytania prawnego, stanowi to, czy po dniu 14 kwietnia 2016 r., materiały te, na podstawie art. 168a k.p.k., mogłyby stać się dowodem w sprawie. Jest to przede wszystkim pytanie o zgodność tego przepisu z art. 2, 7, czy 45 ust. 1 Konstytucji RP i zasadami prawa międzynarodowego⁵⁵.”

Podsumowując zaprezentowane poglądy i opinie, ewidentnie daje się zauważyć różnice zdań, a także używanej

argumentacji. W demokratycznym państwie prawa rzetelne prowadzenie postępowania karnego jest oczekiwanym i pożądanym standardem, a „do wymogów rzetelności postępowania można zaliczyć paradygmat modelowej uczciwości procesu w kontekście zmian nowelizacyjnych⁵⁶. Nowe rozwiązania prawne w odniesieniu do kontroli operacyjnej sprowadzają się w gruncie rzeczy do dwóch podstawowych modyfikacji. Zniesiony został obowiązek występowania przez prokuratora do sądu z wnioskiem o tzw. kontrolę następczą, a art. 168b k.p.k. nie uzależnia wprost możliwości wykorzystania materiałów zdobytych w toku kontroli od tego, czy dotyczą one tzw. przestępstwa katalogowego⁵⁷.

Przepis art. 168b k.p.k., zgodnie z zasadą *tempus regit actum* i bezpośredniego działania ustawy nowej, ma zastosowanie w postępowaniach zainicjowanych aktem oskarżenia wniesionym przed 1 lipca 2015 r. (art. 8 § 1 k.p.k.). Jeżeli chodzi o możliwość procesowego użycia zdobytych materiałów (informacji), to na podstawie przepisu art. 168b k.p.k. dopuszczalne jest wykorzystanie w charakterze dowodu materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej przeprowadzonej po 14 kwietnia 2016 r. A zatem jest to wyłącznie możliwe co do konkretnych zdarzeń i faktów zaistniałych od dnia 15 kwietnia 2016 r., tj. od daty wejścia w życie ustawy z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. W myśl reguły *tempus regit actum* (tzn. czas rządzi czynnością prawną) niemożliwe wydaje się zastosowanie art. 168b k.p.k. do materiału uzyskanego w toku kontroli operacyjnej przeprowadzonej przed wejściem w życie tego przepisu. Takie rozumowanie opiera się na przyjęciu założenia, że ocenianie możliwości usankcjonowania materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej jako dowodów do postępowania karnego winno być dokonywane na podstawie przepisów prawa, jakie obowiązywały w okresie czasowym, kiedy była przeprowadzana dana kontrola operacyjna. W kwestii wyników kontroli operacyjnej, które zostały uznane za nieprzydatne procesowo (z uwagi na ich niską wartość dowodową bądź wadę pozyskania) konsekwencją takiego stanu rzeczy winno być ich zniszczenie. Wymaga zauważenia, że zarówno art. 168b jak i art. 237a k.p.k. nie przewidują żadnych ograniczeń czasowych dla podjęcia tej decyzji.

Rzecznik praw obywatelskich wyraża pogląd, że art. 168a k.p.k. „owoce zatrutego drzewa», stanowi wprost zaprzeczenie istoty sprawiedliwości, obliuguje sąd do dopuszczenia dowodów uzyskanych w wyniku naruszenia prawa, a nawet popełnienia przestępstwa⁵⁸. Zdaniem rzecznika praw obywatelskich „nie mogą zatem

⁴⁸ J. Skorupka, *Summum ius summa iniuria jako motto ostatnich zmian procedury karnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2018, nr 101, s. 136.

⁴⁹ J. Satek, *Nielegalność czynności operacyjno-rozpoznawczych a możliwość ich procesowego wykorzystania w postępowaniu dowodowym*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2017, nr 16, s. 302.

⁵⁰ G. Jędrzejewski, *Zakres czasowy stosowania art. 168b k.p.k. i 237a k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 2, s. 14.

⁵¹ Tamże, s. 16.

⁵² J. Machlańska, *Procesowe wykorzystanie podstachu w nowelizacji Kodeksu postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 11 marca 2016 r. w świetle prawa do obrony*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, nr 4, s. 129.

⁵³ Tamże, s. 129.

⁵⁴ S. Brzozowski, *Wykorzystanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2016, nr 6, s. 26.

⁵⁵ Uchwała SN z 28 czerwca 2018 r., s. 17.

⁵⁶ Ł. Rosiak, *Paradygmat rzetelnego procesu w kontekście nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Veritas Iuris” 2018, nr 1, s. 49.

⁵⁷ Z. Niemczyk, *Nowy kształt kontroli operacyjnej po zmianach ustawy o Policji i kodeksu postępowania karnego*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2017, z. 2, s. 20–22.

⁵⁸ Zob. szerzej: A. Bodnar, *Kpk stworzono na potrzeby demokratycznego państwa prawa*, 20 września 2018 r., <<https://www.rpo.gov.pl/content/adam-bodnar-kpk-tworzono-na-potrzeby-demokratycznego-pa%C5%84stwa-prawa>>, 19 listopada 2018 r.

budzić zdziwienia doniesienia o sądach, które odmawiają stosowania tego przepisu”⁵⁹. Skutkiem przepisów określonych w art. 168b k.p.k. oraz art. 237a jest „dopuszczenie do przeprowadzenia dowodów pozyskanych z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. W sposób pośredni legitymizuje to bezprawne działania organów władzy publicznej, niejako skłaniając nawet te podmioty do zdobywania materiału dowodowego z naruszeniem przepisów prawa”⁶⁰.

To właśnie te zagadnienia stanowią istotę sporu oraz sedno zgłaszanych zastrzeżeń — są przedmiotem licznych kontrowersji, prowadzą do rozbieżnych stanowisk. Można zatem powiedzieć, że dysharmonia powstaje na skutek odmiennego rozumienia tzw. paradygmatu uczciwości oraz zasad sprawiedliwości, a ściślej rzecz ujmując przesłanek, które konstytuują owe wartości. Marcin Matczak trafnie zauważa, że „myślenie prawnicze skupia się głównie na sprawiedliwości proceduralnej, skoncentrowanej na gwarancjach formalnych i systemowych, a powszechne oczekiwanie społeczne skupia się na sprawiedliwości materialnej skoncentrowanej na ocenie, czy dana jednostka otrzymała to, na co zasługuje”⁶¹. Szerzej rzecz ujmując — obywatele dokonują własnej oceny postępowania sądów i wydawanych w imieniu Rzeczypospolitej wyroków, przede wszystkim poprzez pryzmat konsekwencji, jakie za popełnione czyny ponoszą osoby dopuszczające się naruszenia przepisów prawa. Poczucie sprawiedliwości w odczuciu społecznym jest głównie postrzegane w kontekście odpowiedzialności za konkretne czyny, decyzje, podejmowane działania. Dość często ludzie zadają sobie pytania o bezkarność określonych osób w powiązaniu z tym, jak by sądy orzekały w podobnej sytuacji (analogiczne czyny), gdyby sprawa nie dotyczyła ludzi władzy, (tzw. establishmentu, nadzwyczajnej kasty itp.), obdarzonych atrybutem nietykalności.

Wniosek prokuratora generalnego do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie art. 168b k.p.k.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że analizowana wcześniej uchwała Sądu Najwyższego na temat wykładni interpretacyjnej art. 168b k.p.k. ma niezwykle doniosłe znaczenie przede wszystkim z punktu widzenia konsekwencji, jakie niesie dla praktyki. Dokonana przez Sąd Najwyższy wykładnia prawna bezpośrednio rzutuje na kwestie prowadzonych postępowań i decyzje podejmowane przez organy ścigania. Nie daje się zanegować fakt, że stanowisko Sądu Najwyższego wywołuje poważne skutki dla funkcjonowania wszystkich służb specjalnych, a nie tylko Policji, o czym wcześniej wspomniano. Rozpatrując wniosek prokuratora generalnego, należy bezwarunkowo przyjąć perspektywę myślenia analitycznego,

co jest charakterystyczne dla nauk o zarządzaniu. Nie można oczywiście tracić z pola widzenia istotnych aspektów prawnych, niemniej jednak w żadnym wypadku nie powinno się ich postrzegać jako wyizolowane przesłanki, lecz wymagane jest holistyczne, tj. kompleksowe spojrzenia od strony systemowej na uwarunkowania procesów zarządzania w praktyce.

W pierwszej kolejności trzeba zwrócić uwagę na termin, w którym został przygotowany wniosek do Trybunału Konstytucyjnego, a mianowicie 31 lipca 2018 r., a więc miesiąc po tym, jak swoje stanowisko zaprezentował siedmioosobowy skład orzekający Sądu Najwyższego (28 czerwca 2018 r.). Równie ważne jest wnikliwe przeanalizowanie treści pisma, które zostało skierowane do Trybunału Konstytucyjnego. Chodzi mianowicie o to, że wniosek prokuratora generalnego⁶² nie dotyczy uznania danego przepisu za niekonstytucyjny w całości, lecz wnioskodawca postuluje jedynie o stwierdzenie niezgodności interpretacji przepisu 168b k.p.k. dokonanej w konkretny sposób⁶³ (*de facto* według wykładni Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2018 r.).

Myślenie ukierunkowane na rozpoznanie intencji autora omawianego pisma nakazuje uznać, że rzeczywistym zamiarem tego przedsięwzięcia jest realizacja dwóch zasadniczych celów — osiągnięcie zamierzonych rezultatów. Pierwszy z nich dotyczy tego, aby art. 168b k.p.k. w aktualnym brzmieniu nadal pozostał powszechnie obowiązującym przepisem prawa. Drugi, zdecydowanie ważniejszy zamysł (zamierzenie) to doprowadzenie do takiej sytuacji, że podjęta przez Sąd Najwyższy uchwała może stracić na ważności, jeśli Trybunał Konstytucyjny podzieli argumenty wnioskodawcy i przyzna im rację. Wówczas na mocy wyroku Trybunału Konstytucyjnego (jest wiążący i ostateczny) stanowisko prezentowane przez Sąd Najwyższy względem art. 168b k.p.k. może — w finalnym efekcie — mieć nieaktualne znaczenie prawne.

Najważniejsze argumenty prezentowane przez prokuratora generalnego to m.in.:

— dokonana przez Sąd Najwyższy wykładnia normy prawnej w praktyce *de facto* zakazuje podjęcia organom

⁵⁹ Tamże.

⁶⁰ Tamże.

⁶¹ M. Matczak, *O rozbieżności pomiędzy sędziowskim i powszechnym rozumieniem sprawiedliwości oraz sposobach jej usuwania*, „Kwartalnik Krajowej Rady Sądownictwa” 2017, nr 4, s. 22.

⁶² Jest to wniosek o wydanie tzw. wyroku interpretacyjnego.
⁶³ Prokurator generalny wnosi „o stwierdzenie niezgodności przepisu art. 168b ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks postępowania karnego (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1904 ze zm.) rozumianego w ten sposób, że użyte w nim sformułowanie «innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej» obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej z:

- wyrażoną w art. 1 Konstytucji zasadą dobra wspólnego,
- wywodzonymi z art. 2 Konstytucji zasadami zaufania do państwa i stanowiącymi przez nie prawa oraz sprawiedliwości społecznej w związku z preambułą Konstytucji,
- art. 5 Konstytucji,
- wyrażoną w art. 7 Konstytucji zasadą legalizmu,
- art. 31 ust. 1 i 2 zd. 1, art. 45 ust. 1, art. 82 1 art. 83 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, Wniosek prokuratora generalnego, <<https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%206/18>>, 25 listopada 2018 r.

- państwa ścigania tzw. przestępstw pozakatalogowych na podstawie uzyskanych w toku „wtórnej” kontroli operacyjnej dowodów ich popełnienia,
- przyjęta linia orzecznicza Sądu Najwyższego prowadzi do tego, że funkcjonariusze prowadzący legalną kontrolę operacyjną w okolicznościach objętych hipotezą art. 304 § 2 k.p.k. nie mogą podjąć czynności służbowych względem przestępstw ściganych z urzędu spoza „katalogu”, o których dowiedzieli się w toku prowadzonych czynności operacyjnych. Problem polega na tym, że nie są w stanie złożyć skutecznego zawiadomienia o tych przestępstwach, gdyż w myśl uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego od strony formalno-prawnej nie byłoby w stanie oprzeć doniesienia do prokuratury na legalnych, prawnie dopuszczalnych dowodach,
 - wymieniana w art. 1 Konstytucji RP tzw. zasada dobra wspólnego nakazuje, aby pojmowanie Rzeczypospolitej bezwarunkowo powiązać z dobrem wspólnym będącym przedmiotem obowiązku troski, zarówno ze strony obywateli jak również organów władzy państwowej,
 - poczucie sprawiedliwości należy utożsamiać z obowiązkiem dbania o dobro wspólne, jakim jest Rzeczpospolita, dlatego też rozumiana w ten sposób idea sprawiedliwości bezwarunkowo wymaga karania przestępców i pociągania do odpowiedzialności za czyny naruszające powszechnie obowiązujące przepisy prawa karnego,
 - za dobro wspólne należy uznać polskie państwo, które winno być zdolne do sprawnego i skutecznego działania w ramach wypełniania podstawowych funkcji oraz obowiązków w zakresie zagwarantowania obywatelom poczucia bezpieczeństwa, ochrony przed zagrożeniami, co wynika wprost z zapisów konstytucji (art. 5),
 - procedura karna jest środkiem służącym do ochrony dobra wspólnego⁶⁴.

Podsumowanie

Podejmując próbę syntetycznego przedstawienia konkluzji z przeprowadzonych rozważań, można powiedzieć, że kontrowersje związane z art. 168b k.p.k. sprowadzają się do konfliktu, jaki występuje pomiędzy zasadą legalizmu (art. 10 k.p.k.) a zasadą poszanowania praw i ochrony wolności człowieka. Stanowisko odnoszące się do interpretacji art. 168b k.p.k. wyrażonej w analizowanej uchwale siedmiosobowego składu sędziowskiego Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2018 r. *de facto* eksponuje prymat wykładni systemowej wspomnianego przepisu. Werdykt Sądu Najwyższego odwołuje się do konieczności przestrzegania wskazanych norm konstytucyjnych, w szczególności do potrzeby ochrony prywatności człowieka, która jest wolnością konstytucyjnie chronioną (art. 47 i 51 Konstytucji RP), a także poszanowania dla zasady proporcjonalności ograniczeń (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

⁶⁴ Wniosek prokuratora generalnego do Trybunału Konstytucyjnego, sygn. PK VIII TK 45.2018, s. 28–49.

W ocenie prokuratora generalnego decyzja Sądu Najwyższego „prowadzi w sposób nieunikniony do skrajnych wypaczeń w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości, godzi w zasadę prawdy materialnej, konstytucyjne prawa pokrzywdzonych oraz normatywne podstawy funkcjonowania Państwa”⁶⁵. Co więcej, sąd przeprowadził tzw. rozproszoną kontrolę konstytucyjności prawa, co w świetle utrwalonego od lat i stanowczego poglądu Trybunału Konstytucyjnego jest niedopuszczalne w polskim porządku ustrojowym⁶⁶. We wniosku skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego odwołano się do zasady dobra wspólnego (art. 1 Konstytucji RP), zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP) w związku z preambułą Konstytucji RP, zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji RP), poszanowania wolności i praw innych (art. 31 ust 1 i 2 Konstytucji RP), prawa do sprawiedliwego procesu (art. 45 Konstytucji RP), troski o dobro wspólne (art. 82 Konstytucji RP) oraz obowiązku przestrzegania prawa (art. 83 Konstytucji RP).

Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy przez Trybunał Konstytucyjny w pewnym stopniu będzie próbą odpowiedzi na pytania o nadrzędność określonych praw i wartości, jakie zapisane są w ustawie zasadniczej. Odmienne przekonanie w tej sprawie wyraża rzecznik praw obywatelskich — „według RPO wnioski taki zmierza do podważenia wiarygodności SN, co ma wywrzeć odpowiedni wpływ na sądy powszechne. To także przejaw instrumentalnego traktowania TK”⁶⁷. Trzeba zadać pytanie, czy takie opinie trafiające do opinii publicznej nie mogą być odbierane jako celowe osłabianie zaufania do organów władzy i reprezentujących je osób? Trudno bowiem polemizować z tezą, że to właśnie Trybunał Konstytucyjny jest uprawniony do tego, aby rozstrzygać pojawiające się sporne kwestie, na dowód czego godzi się przywołać niepodważalne fakty, że właśnie do Trybunału kierował w 2016 r. swoje wnioski rzecznik praw obywatelskich, które potem zostały przez niego wycofane⁶⁸.

⁶⁵ Informacja na temat wniosku prokuratora generalnego do Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, 30 sierpnia 2018 r., <<https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/wnioski-prokuratora-generalnego-do-trybunalu-konstytucyjnego-dotyczacy-wykorzystywania-dowodow-uzyskanych-w-wyniku-kontroli-operacyjnej/>>, 23 listopada 2018 r.

⁶⁶ Tamże.

⁶⁷ A. Bodnar, *K.p.k. tworzone na potrzeby demokratycznego państwa prawa*, 20 września 2018 r., <<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/adam-bodnar-kpk-tworzone-na-potrzeby-demokratycznego-pa%C5%84stwa-prawa>>, 23 listopada 2018 r.

⁶⁸ Zob. szerzej: Trybunał w tym roku rozpatrywał wnioski RPO o zbadanie zgodności z konstytucją:

- art. 168a k.p.k. — postanowienie TK z 25 kwietnia 2018 r. (sygn. K 27/16), umorzono postępowanie (dopuszczenie przez sąd dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego), <<http://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/postanowienia/art/10143-postepowanie-kaarne-dopuszczenie-przez-sad-dowodu-uzyskanego-z-naruszeniem-przepisow-postepowan/>>;

- art. 168b i art. 237a k.p.k. — postanowienie TK z 22 maja 2018 r. (sygn. K 24/16), umorzono postępowanie (zasady wyrażania zgody następczej na wykorzystanie w postępowaniu karnym materia-

Kontrola operacyjna, podsłuchy, inwigilacja obywateli zaliczają się do newralgicznych problemów związanych z wolnością obywateli, ochroną prywatności, ale także z poczuciem bezpieczeństwa w demokratycznym państwie prawa. Uzasadnienie Sądu Najwyższego, jak również wniosku prokuratora generalnego, odwołuje się do merytorycznych argumentów nawiązujących do przepisów Konstytucji RP, aczkolwiek do innych artykułów. Decyzja Trybunału Konstytucyjnego *de facto* będzie oznaczała przyznanie racji poglądom interpretacyjnym art. 168b k.p.k. prezentowanym przez jedną ze stron tego sporu. Jest ona potrzebna z uwagi na uporządkowanie sytuacji prawnej, która przekłada się na funkcjonowanie służb specjalnych, a także wpływa na prowadzone postępowania. Nie można jednak oczekiwać, że zakończy ona dyskusje na dany temat, podobnie w kwestii bezpośredniego stosowania konstytucji przez sądy. Zdaniem Macieja Gutowskiego sądy uprawnione są do samodzielnego roz-

tów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej dotyczącej innego przestępstwa lub innej osoby niż objęte sądowym zarządzeniem kontroli), <<http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/art/8988-za-sady-wyrazania-zgodny-nastepczej-na-wykorzystanie-w-postepowaniu-karnym-materialow-uzyskanyc/>>;

- zasad stosowania kontroli operacyjnej przez policje i służby specjalne — postanowienie TK z 22 marca 2018 r. (sygn. K 9/16), umorzono postępowanie, <<http://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/postanowienia/art/10139-zasady-stosowania-kontroli-operacyjnej-przez-sluzby-policyjne-i-sluzby-specjalne/>>, 23 listopada 2018 r.

strzygania o „zgodności z konstytucją normy ustawowej w rozumieniu indywidualnym i konkretnym, aplikowanym do konkretnego stanu faktycznego”⁶⁹. Podobnie rozumuje Ryszard Balicki, twierdząc, że jest to dopuszczalne, a „sądy są zarówno uprawnione, jak i zobowiązane do bezpośredniego stosowania postanowień Konstytucji RP”⁷⁰.

Nie trudno dostrzec, że takie oceny są przeciwstawne wobec też zawartych we wniosku prokuratora generalnego powołującego się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. A zatem pozostają w jawnej sprzeczności ze sobą. Z punktu widzenia praktyki zarządzania, logiczne rozumowanie, wiedza i doświadczenie życiowe, nakazują uznać za właściwy osąd klarowną tezę, wyrażoną *expressis verbis* w tym konkretnym zdaniu: zawsze zdecydowaną przewagę ma ta strona, która aktualnie ma władze i kontroluje daną organizację. Ta konstatacja — zgodnie z paremią *verba docent, exempla trahunt* (słowa uczą, przykłady pociągają) — ma szerszy wydźwięk oraz kontekst znaczeniowy. Odwołuje się bowiem do wszystkich decyzji, wzorców zachowań i procesów zarządczych, jakie znajdują swoje odzworowanie i potwierdzenie w codziennej rzeczywistości organizacyjnej.

⁶⁹ M. Gutowski, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji w orzecznictwie sądowym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 1, s. 109.

⁷⁰ R. Balicki, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji*, „Kwartalnik Krajowej Rady Sądownictwa” 2016, nr 4, s. 18.