

Pojęcia kluczowe: kontrola operacyjna, postępowanie karne, dowody, proces karny, zakazy dowodowe

# Polemiki

Tomasz Łodziana

## KONTROLA OPERACYJNA ORAZ UŻYCIĘ SYSTEMU PEGASUS W POLSCE – POLEMIKA

Niniejszy artykuł stanowi polemikę z wybranymi тезami wskazanymi w artykule Magdaleny Matusiak-Frącczak pod tytułem *Kontrola operacyjna oraz użycie systemu Pegasus w Polsce*, zamieszczonym na łamach miesięcznika „Palestra” 2022/7–8<sup>1</sup>.

Kontrola operacyjna, jako jedna z metod taktyki i techniki kryminalistycznej, ostatnimi czasy przeżywa swoisty „renesans”, jeżeli chodzi o jej popularność, głównie na łamach mediów masowych, w tym literatury niefachowej<sup>2</sup>.

Naturalną konsekwencją powyższych zjawisk jest to, że kontrola operacyjna stała się również przedmiotem wtórnej refleksji w środowisku prawniczym, czego dowodem jest m.in. wymieniony w tytule artykuł Pani mecenas Magdaleny Matusiak-Frącczak.

Kontrola operacyjna jest jedną z metod stosowanych w toku realizowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Czynności te są zastrzeżone do wyłącznej kompetencji tych organów, którym przepisy rangi ustawowej przyznały uprawnienie do jej stosowania<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> M. Matusiak-Frącczak, *Kontrola operacyjna oraz użycie systemu Pegasus w Polsce*, „Palestra” 2022/7–8, s. 8.

<sup>2</sup> Śledząc nagłówki prasowe oraz treść niektórych programów telewizyjnych, nie sposób nie zauważyć, że we wspomnianej sferze została wykreowana pewnego rodzaju histeria ocierająca się o groteskę.

<sup>3</sup> Formuła niniejszego artykułu nie stanowi podstawy do tego, aby powielając innych autorów, po raz któryś wymieniać wszystkie organy uprawnione do stosowania tej metody.

W tym miejscu wystarczające, w mojej ocenie, jest przybliżenie (na przykładzie art. 19 ustawy o Policji<sup>4</sup>) tego, na czym kontrola operacyjna polega.

Stosownie do art. 19 ust. 6 ustawy o Policji kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

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

Treść tego przepisu należy – co oczywiste – poddać swoistemu testowi w zakresie czynienia zadość wzorcowi konstytucyjnemu w zakresie ingerencji w prawa i wolności obywatelskie.

Stosownie do treści art. 49 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej<sup>5</sup> zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony.

Ten wzorzec konstytucyjny dopuszcza ingerencję w tajemnicę komunikowania się, określając jednocześnie dwa warunki konieczne.

Pierwszym z warunków jest ustanowienie zasady, w myśl której jakiegokolwiek ograniczenie przywołanej wolności obywatelskiej musi mieć oparcie w przepisach prawa rangi ustawowej. W tym też zakresie ustawa o Policji (a także inne ustawy przyznające uprawnienia danym instytucjom do stosowania kontroli operacyjnej) wyczerpuje ten konstytucyjny warunek.

Drugim z warunków jest to, aby w ustawie (ustawach) wskazać sposoby ograniczania tajemnicy komunikowania się. Takim sposobem jest właśnie omawiana kontrola operacyjna.

Ustawodawca (na przykładzie ustawy o Policji, przy czym w pozostałych ustawach kompetencyjnych regulacja jest tożsama) poszedł, jak się wydaje, nieco dalej, aniżeli wymaga „minimum konstytucyjne”. Ustawodawca zdecydował się na wskazanie nie tylko tego, że możliwe jest stosowanie kontroli operacyjnej (jako sposobu ingerowania w tajemnicę komunikowania się), ale również tego, aby wymienić, w jaki sposób kontrola operacyjna może być realizowana.

W kontekście artykułu, poświęconego – w głównej mierze – domniemanemu „systemowi Pegasus”, Pani mecenas w sposób oczywisty zawęży niniejszą polemikę do tego zagadnienia.

<sup>4</sup> Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2021 r. poz. 1882), dalej ustawa o Policji.

<sup>5</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

W mojej ocenie należałoby, po pierwsze, dokonać usystematyzowania pojęć. W przywołanym artykule Pani mecenas zdaje się – w pewnym sensie – stawiać znak równości pomiędzy kontrolą operacyjną a czynnościami, o których mowa w art. 237 i n. Kodeksu postępowania karnego<sup>6</sup>.

Świadczy o tym zdanie, zgodnie z którym „osoba, której dotyczy kontrola operacyjna, jest informowana o tym, że była ona wobec niej stosowana. Jednakże ogłoszenie postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych tej osobie może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy (art. 239 k.p.k.)”<sup>7</sup>.

Autorka słusznie wskazała uprawnienia, które przysługują osobie objętej czynnościami polegającymi na procesowej kontroli i utrwalaniu rozmów, przy czym autorce umknęła różnica pomiędzy statusem osoby objętej czynnością „procesowej kontroli i utrwalania rozmów” – czyli środka dowodowego *expressis verbis* określonego w Kodeksie postępowania karnego – od kontroli operacyjnej, która – ze swej istoty – jest czynnością pozaprocesową. W tym ostatnim przypadku ustawy kompetencyjne nie przewidują uprawnienia osoby objętej kontrolą operacyjną do tego, aby uzyskać informację, że wobec tej osoby była stosowana ta forma kontroli.

W dalszej treści artykułu autorka wskazuje – jak należy mniemać – w sferze zarządzania kontroli operacyjnej, że sąd (jako organ uprawniony do zarządzania kontroli operacyjnej) „nie otrzymuje informacji o statusie zawodowym obiektu kontroli, może więc wydać zgodę na utrwalanie rozmów adwokata, nie mając świadomości, że w grę wchodzi pozyskiwanie i utrwalanie komunikacji podlegającej szczególnej ochronie”<sup>8</sup>.

Teza ta jest co najmniej wątpliwa. Zarządzanie kontroli operacyjnej opiera się na sformalizowanym procesie, którego elementem jest opracowanie wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej.

Elementy konstrukcyjne wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej określa art. 19 ust. 7 ustawy o Policji. Wniosek ten powinien zawierać:

- 1) numer sprawy i jej kryptonim, jeżeli został jej nadany;
- 2) opis przestępstwa z podaniem, w miarę możliwości, jego kwalifikacji prawnej;
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków;
- 4) dane osoby lub inne dane, pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania;
- 5) cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej, o której mowa w ust. 6.

<sup>6</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534), dalej k.p.k.

<sup>7</sup> M. Matusiak-Frącczak, *Kontrola operacyjna...*, s. 14.

<sup>8</sup> M. Matusiak-Frącczak, *Kontrola operacyjna...*, s. 15.

Zgodnie zatem z treścią art. 19 ust. 7 ustawy o Policji stosowny wniosek musi identyfikować osobę, wobec której ma być stosowana kontrola operacyjna, i to w sposób pozwalający na jej jednoznaczne określenie (modelowo zatem powinien zawierać imię, nazwisko, nr PESEL).

Dane osoby, która ma być objęta kontrolą operacyjną, to tylko jeden z elementów wniosku. Nie bez znaczenia pozostaje kwalifikacja prawna czynu, która ze swej istoty może wskazywać – chociażby pośrednio – na to, jaką rolę dana osoba – zgodnie z ustaleniami organu – odgrywa w określonym procederze<sup>9</sup>. Innymi słowy, konieczność wskazania kwalifikacji prawnej, w korelacji z danymi osoby, która zostałaby wymieniona we wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej, stanowi narrację, która w znacznym stopniu pozwala na zidentyfikowanie tego, czy osoba wymieniona we wniosku jest osobą, której zawodowy status wiąże się z przetwarzaniem określonych tajemnic, w tym tajemnicy adwokackiej, radcowskiej czy wręcz obrończej.

Myliłby się ten, który uznałby, że konstrukcja wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej nie zawiera dalej idących środków pozwalających sądowi na dokonanie oceny w przedmiocie zasadności zastosowania tejsze instytucji. Stosownie bowiem do treści art. 19 ust. 1a ustawy o Policji wniosek o zarządzanie kontroli operacyjnej przedkładany jest wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę stosowania kontroli operacyjnej. Przepis ten zatem nakazuje przedłożenie przez organ wnioskujący takich materiałów, po lekturze których wszystkie organy uczestniczące w procedurze zarządzania kontroli operacyjnej (a więc również i sąd) będą w stanie dokonać formalnej i merytorycznej oceny tak w zakresie występowania przesłanek formalnych, jak i materialnych dopuszczalności zastosowania omawianej metody.

Nie jest zatem realne to, na co powołuje się autorka w dalszej treści opracowania, że wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej mógłby zostać w jakikolwiek sposób „zanonimizowany”, tj. – zdaniem autorki – ograniczony do wskazania kryptonimu sprawy i numeru telefonu. Brak bowiem elementów konstrukcyjnych wniosku powodowałby negatywną decyzję sądu w przedmiocie zarządzania kontroli operacyjnej, o ile wcześniej braku zgody na wystąpienie do sądu z omawianym wnioskiem nie wydałby właściwy prokurator (uczestniczący przecież w procesie zarządzania tej czynności).

Hipotetycznie można przyznać rację autorce co do tego, że „niektórzy funkcjonariusze publiczni mogą nadużywać uprawnień”<sup>10</sup>, co – w świetle treści artykułu autorki – miałyby się sprowadzać do oparcia wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej na nieprawdziwych informacjach oraz „sprokurowanych dowodach”. Problem jednak w tym, że w świetle obecnie obowiązujących standardów zarządzania kontroli operacyjnej byłoby działaniem obarczonym (dla

<sup>9</sup> Przykładem może być wskazanie osoby wraz z kwalifikacją prawną czynu wskazującą na powoływanie się, w zamian za korzyść majątkową, na wpływy np. w organach postępowania karnego oraz podjęcie się pośrednictwa w „pomyślnym załatwieniu sprawy karnej”.

<sup>10</sup> M. Matusiak-Frączczak, *Kontrola operacyjna...*, s. 19.

tychże funkcjonariuszy) wysokim ryzykiem prawnym. Opracowanie wniosku (wraz z materiałami uzasadniającymi stosowanie kontroli operacyjnej), który opierałby się nie na mających pokrycie w faktach ustaleniach, lecz na „wymyślach” funkcjonariuszy, narażałoby tych funkcjonariuszy na odpowiedzialność karną, zarówno w kontekście przekroczenia przez nich uprawnień, jak i wyłudzenia poświadczenia nieprawdy w dokumencie mającym znaczenie prawne. W kontekście ewentualnego wykorzystania materiałów zgromadzonych w toku stosowanej kontroli operacyjnej (zarządzonej w oparciu o „wymyślone ustalenia”) wiązałoby się z koniecznością ujawnienia tego materiału w toku postępowania karnego, a co za tym idzie, stanowiłoby podstawę (po zapoznaniu się podejrzanego z aktami postępowania) do podjęcia działań skierowanych przeciwko tym funkcjonariuszom.

Trudną do wyobrażenia sobie jest sytuacja, w której funkcjonariusz (np. Policji) – mając na uwadze obecnie obowiązujące standardy w zakresie zarządzania kontroli operacyjnej – podjąłby tak daleko idące ryzyko prawne.

Oczywiście takiej sytuacji nie można, *a priori*, wykluczyć. I rzeczą jasną jest to, że tego typu działania byłoby rzeczą naganną, wręcz godną kary.

Nie zmienia to jednak faktu, że tego typu sytuacje należy traktować marginalnie, a w razie wystąpienia podejrzenia takiego zdarzenia powinno ono zostać poddane ocenie karnoprocesowej w ramach odrębnego postępowania karnego.

W treści artykułu Pani mecenas podniesiona została kwestia kontroli operacyjnej w świetle tajemnicy adwokackiej.

Tajemnica adwokacja jest tą kategorią tajemnic zawodowych, która ma charakter względny (por. art. 180 § 2 k.p.k.). W kontekście kontroli operacyjnej wskazać należy, że możliwość wykorzystania materiału dowodowego objętego tą formą tajemnicy w postępowaniu karnym jest uwarunkowana uzyskaniem stosownej zgody sądu, o czym wprost stanowi art. 19 ust. 15g ustawy o Policji.

To, na co także należy zwrócić uwagę, to kwestia pozyskania, w toku stosowania kontroli operacyjnej, informacji, na które rozciągałaby się tajemnica obrończa. Stosownie do treści art. 178 pkt 1 k.p.k. nie wolno przesłuchiwać jako świadków obrońcy albo adwokata lub radcy prawnego działającego na podstawie art. 245 § 1, co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Przepis ten statuuje jeden z bezwzględnych zakazów dowodowych. Co prawda przepis ten odnosi się do zakazu dowodowego w zakresie środka dowodowego, jakim jest przesłuchanie (obrońcy), to – systemowo – jego dopełnienie stanowi art. 19 ust. 15f ustawy o Policji nakazujący niezwłoczne, protokolarne i komisyjne zniszczenie tego typu materiałów uzyskanych w toku stosowania kontroli operacyjnej.

Hipotetycznie – gdyby uprawniony do stosowania kontroli operacyjnej organ zaniechał przywołanych działań<sup>11</sup> i taki materiał – ostatecznie – zostałby włą-

<sup>11</sup> Co w kontekście treści art. 231 § 1 k.k. wydaje się być mało realne.

czony w poczet materiału dowodowego, w oparciu o który został skierowany akt oskarżenia, to na etapie postępowania sądowego wnioski o przeprowadzenie takiego dowodu powinien zostać oddalony z uwagi na treść art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. W przypadku oparcia wyroku (skazującego) sądu pierwszej instancji m.in. na takim materiale dowodowym oskarżony mógłby skutecznie podnieść zarzut apelacyjny z art. 438 pkt 2 k.p.k. (obraza przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia).

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że problematyka stosowania kontroli operacyjnej – zwłaszcza w świetle narracji towarzyszącej jej stosowaniu przez nieprofesjonalistów – jest przedmiotem szerszej dyskusji.

Wielką szkodą dla tej instytucji (a sądzę, że i dla dobra wymiaru sprawiedliwości) jest jej demonizowanie, głównie przez pryzmat domysłów i hipotez (przeważnie przez osoby, które nie legitymują się wykształceniem i doświadczeniem prawniczym), a nie empirycznych badań, polegających chociażby na lekturze jednej sprawy, w której materiały z kontroli operacyjnej stanowiłyby materiał dowodowy, w oparciu o który zostałyby wydane (jakikolwiek) orzeczenie.

Swego rodzaju powszechne obrzydzanie kontroli operacyjnej może przynieść jedynie taki skutek, że brak społecznej akceptacji stosowania tej formy gromadzenia dowodów doprowadzić może do sytuacji, że w bliżej nieokreślonej przyszłości czynności te zostałyby wyrugowane z polskiego porządku prawnego.

Wówczas należałoby sobie zadać pytanie, za pomocą jakich innych metod uprawnione (i obowiązane) organy państwa miałyby dbać o bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne, i w jaki to inny sposób następowałoby zbieranie dowodów popełnienia najbardziej szkodliwych społecznie czynów zabronionych, takich jak czyny związane ze zdarzeniami terrorystycznymi, funkcjonowaniem zorganizowanych grup przestępczych czy czyny korupcyjne.

Wydaje się, że pierwszą linią obrony przed tak dystopijną wizją przyszłości powinna być fachowa literatura prawnicza, dająca odpór populistycznym nurtom kreowanym przez media, a już z pewnością prowadząca dyskusję o kontroli operacyjnej do dyskusji merytorycznej, pozbawionej zabarwienia politycznego, światopoglądowego czy wszelkich przyczynkarskich pobudek, których niekiedy nie sposób nie dostrzec, nawet na łamach literatury fachowej.

## ABSTRACT

**Tomasz Łodziana**

The author is a court expert in the field of legal protection of trade secrets and an author of publications from the area of investigative and intelligence operations.

**Operational surveillance and the use of Pegasus system in Poland.  
A polemic**

*This article is a polemic with selected statements contained in the article by Magdalena Matusiak-Frącczak titled Surveillance and the use of the Pegasus system in Poland, featured in Palestra No. 2022/7–8.*

**Keywords:** *operational surveillance, criminal proceedings, evidence, criminal procedure, exclusionary rules*

**Tomasz Łodziana**

ORCID: 0000-0002-4402-3840; e-mail: tomasz.lodziana@gmail.com

Autor jest biegłym sądowym w dziedzinie prawnej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, autorem publikacji z zakresu m.in. czynności operacyjno-rozpoznawczych.