



## ARTYKUŁY

### Materiały kontroli operacyjnej w rzetelnym procesie karnym – jawne czy niejawne?

DOI:10.53024/4.1.49.2023

MICHAŁ BLAJERSKI\*

#### STRESZCZENIE

Niniejsze opracowanie poświęcono problematyce wykorzystania jako dowodu materiałów kontroli operacyjnej w aspekcie ich ochrony klauzulą tajności oraz wynikających z tego tytułu konsekwencji dla idei rzetelnego procesu karnego. Refleksje na ten temat, również na tle wybranych orzeczeń sądowych, zilustrowano przykładami destrukcyjnego wpływu niejawności materiałów kontroli operacyjnej na realizację zasad szybkości i jawności procesu karnego oraz na respektowanie prawa do obrony. Zarazem aprobując przedstawiono możliwe drogi rozwiązywania dylematów powstających na tej płaszczyźnie, a polegające na stosowanych przez organy procesowe inicjatywach zmierzających do zniesienia klauzul tajności z omawianych materiałów. Przede wszystkim jednak autor w tym kontekście podjął próbę wykazania, że dowód z materiałów kontroli operacyjnej co do zasady nie zasługuje w procesie karnym na szczególną ochronę i poza nielicznymi przypadkami *de lege lata* powinien być jawny. Finalnie tezy postawione w opracowaniu podają w wątpliwość na gruncie obowiązujących regulacji prawnych dotychczasową praktykę w zakresie przekazywania na potrzeby postępowania karnego materiałów kontroli operacyjnych jako niejawnych.

**Słowa kluczowe:** kontrola operacyjna, klauzula tajności, niejawne, rzetelny proces

Obowiązujący od 15.04.2016 r. przepis art 168b k.p.k.<sup>1</sup>, który dodano na podstawie nowelizacji wprowadzonej mocą art. 1 pkt 35 ustawy z dnia 11.03.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>2</sup>, jest

\* Prokurator Prokuratury Regionalnej w Lublinie, wykładowca KSSiP; ORCID: 0000-0001-6303-2809.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 06.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r., poz. 1375, ze zm.).

<sup>2</sup> Dz.U. z 2016 r., poz. 437.

wyrazem swoistej adopcji kontroli operacyjnej przez proces karny. Jakkolwiek bowiem kluczowym zamierzeniem nowelizacji wprowadzającej ów przepis była eliminacja z tzw. ustawodawstwa policyjnego<sup>3</sup> instytucji zgody następczej<sup>4</sup>, jego brzmienie *expressis verbis* przyznaje materiałom utrwalonym w drodze kontroli operacyjnej walor dowodu.

Pozostając przy unormowaniach odnoszących się do działalności Policji (wszak pozostałe służby zostały wyposażone w adekwatne w tym zakresie regulacje prawne), warto przypomnieć, że policyjna kontrola operacyjna została wprowadzona do porządku prawnego mocą art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 06.04.1990 r. o Policji (nazywanej dalej ustawą o Policji) i w pierwotnym brzmieniu tego przepisu została opisana jako stosowanie środków technicznych umożliwiających w sposób tajny uzyskiwanie informacji oraz utrwalanie śladów i dowodów<sup>5</sup>.

W zakresie realizowanego celu kontroli operacyjnej, polegającego na utrwalaniu dowodów, tego stanu rzeczy nie zmieniła pierwsza i znacząca nowelizacja unormowań dotyczących kontroli, która weszła w życie 10.09.1995 r., a która równoległe do porządku prawnego wprowadzała wówczas instytucje związane z policyjną prowokacją, ukierunkowaną już nie tylko na utrwalanie, lecz wprost na uzyskanie dowodów przestępstwa<sup>6</sup>.

Do pierwotnej konstrukcji kontroli operacyjnej nawiązywała kolejna ważna nowelizacja art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, przewidująca stosowanie kontroli operacyjnej, tym razem w celu m.in. zarówno uzyskania, jak i utrwalenia dowodów umyślnych przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego<sup>7</sup>. Przepis w takim brzmieniu wszedł w życie 19.03.2002 r. i w zakresie realizowanych przez kontrolę operacyjną celów uzyskania i utrwalania dowodów obowiązuje do chwili obecnej<sup>8</sup>. Podobnie zresztą

<sup>3</sup> Regulacje prawne normujące ustrój i działalność innych służb realizujących zadania w zakresie wykrywania i ścigania przestępstw, m.in. Straży Granicznej – ustawa z dnia 12.10.1990 r. (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1061, ze zm.), Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego – ustawa z dnia 24.05.2002 r. (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r., poz. 557, ze zm.), Centralnego Biura Antykorupcyjnego – ustawa z dnia 09.06.2006 r. (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r., poz. 1900).

<sup>4</sup> W przypadku Policji tzw. zgodę następczą normowały przepisy art. 19 ust. 15a–15e ustawy z 06.04.1990 r. o Policji (tekst jednolity Dz.U. z 2023 r., poz. 171, ze zm.), które zostały uchylne mocą art. 4 wymienionej ustawy z dnia 11.03.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw.

<sup>5</sup> Dz.U. z 1990 r. Nr 30, poz. 179.

<sup>6</sup> Ta modyfikacja art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6.04.1990 r. o Policji nastąpiła na podstawie art. 1 pkt 17 ustawy z dnia 21.07.1995 r. o zmianie ustaw: o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych, o Policji, o Urzędzie Ochrony Państwa, o Straży Granicznej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1995 r. Nr 104, poz. 515), z kolei mocą art. 1 pkt 18 tejże nowelizacji dodatkowo zamieszczono art. 19a, wprowadzający tzw. zakup kontrolowany i kontrolowane wręczenie lub przyjęcie korzyści majątkowej, oraz art. 19b wprowadzający tzw. dostawę niejawnie nadzorowaną, por. H. Pracki, *Nowe instytucje prawne w ustawach policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2–3, s. 36–37.

<sup>7</sup> Art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 27.07.2001 r. o zmianie ustawy o Policji, ustawy o działalności ubezpieczeniowej, ustawy – Prawo bankowe, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz.U. z 2001 r. Nr 100, poz. 1084).

<sup>8</sup> Tekst jednolity Dz.U. z 2023 r., poz. 171, ze zm.

jak wprowadzony wówczas art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, który przewidywał – co stanowiło istotne *novum* – że w razie przekazania na potrzeby postępowania karnego materiałów uzyskanych w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej, w odniesieniu do tych materiałów w postępowaniu przed sądem stosuje się odpowiednio przepis art. 393 § 1 zd.1 k.p.k., zatem przepis właściwy dla postępowania dowodowego.

Podparta omawianą nowelizacją praktyka przekazywania na potrzeby postępowania karnego materiałów uzyskanych w drodze kontroli operacyjnej dała tej instytucji „procesowe życie”, ale wraz z nim generowała spektrum rudymenarnych i wciąż porwracających problemów, w tym wynikających z niejawnego charakteru tej instytucji.

Na pierwszy plan rzecz jasna wysuwa się kwestia istnienia i badania przesłanek stosowania kontroli operacyjnej oraz jej sądowej kontroli w kontekście ochrony praw jednostki. Te akurat zagadnienia od dawna znajdowały zainteresowanie w literaturze przedmiotu i orzecznictwie<sup>9</sup> i ten stan rzeczy nie uległ zmianie<sup>10</sup>. Natomiast wydaje się, że materia nieco pomijaną, a równie ważną jest negatywny wpływ niejawności materiałów zebranych w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej na istotne i zającebiające się elementy tworzące idee rzetelnego procesu, zwłaszcza takie jak szybkość, jawność oraz prawo do obrony.

W piśmiennictwie poświęconym procesowemu wykorzystaniu dowodów uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych, a do grupy tej należy kontrola operacyjna, jak gdyby przechodzi się nad tym zagadnieniem do porządku dziennego i poszukuje na ogół symetrycznych rozwiązań zmierzających do pogodzenia przenikających się czy nawet kolidujących ze sobą porządków prawnych, tymczasem sporadycznie można spotkać się z analizą destrukcyjnych skutków niejawności w procesowej praktyce.

Uwagi zamieszczone w niniejszym opracowaniu na płaszczyźnie unormowań zawartych w ustawie o Policji nie tyle będą powielać oczywiste dylematy wynikające z kolizji pomiędzy gwarancyjnym charakterem przepisów ustawy karnoprosesowej a opresyjnymi dla stron i jakości procesu karnego regulacjami zapewniającymi ochronę dowodom uzyskanym w drodze niejawnych czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym przypadku w drodze kontroli operacyjnej, lecz przede wszystkim zmierzać do usunięcia owych dylematów poprzez refleksję, czy co do zasady dowody te w ogóle zasługują na szczególną ochronę prawną.

Otóż stosownie do art. 19 ust. 6 ustawy o Policji kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie, tym samym uzyskane i utrwalone na tej podstawie materiały podlegają oznaczeniu klauzulą tajności oraz ochronie prawnej i fizycznej. W przypadku kontroli operacyjnej wdrożonej w trybie art 19 ust. 1 ustawy o Policji w obecnej praktyce stosowana jest do nich klauzula tajności „poufne”. I w takiej też formie

<sup>9</sup> Zob. np. uchwałę SN z dnia 23.03.2011 r., I KZP 32/10, LEX nr 738186, oraz powołaną tamże literaturę i orzecznictwo.

<sup>10</sup> Zob. uchwałę SN z dnia 28.06.2018 r., I KZP 4/18, LEX nr 2509692.

materiały kontroli oznaczone wskazaną klauzulą przekazuje się prokuratorowi, jeżeli – zgodnie z cyt. art. 19 ust. 15 ustawy o Policji – zostaną w wyniku jej zastosowania uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego.

Klasyfikację informacji niejawnych normuje art 5 ustawy z dnia 05.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych<sup>11</sup> (nazywanej dalej ustawą o ochronie informacji niejawnych), przy tym, jak zauważa się w piśmiennictwie, przyjęta regulacja otwiera pole do arbitralnych decyzji w tej dziedzinie, albowiem podstawowym kryterium różnicującym stopień klauzuli jest kryterium nawiązujące do stopnia prawdopodobieństwa wyrządzenia, przez fakt ujawnienia określonej informacji, szkody interesom Rzeczypospolitej Polskiej. Klauzulę ściśle tajne nadaje się określonej informacji, jeżeli jej ujawnienie spowoduje „wyjątkowo poważną szkodę”, klauzulę *tajne*, gdy ujawnienie spowoduje „poważną szkodę”, klauzulę *poufne* wówczas, gdy ujawnienie informacji spowoduje już tylko „szkodę”, wreszcie klauzulę *zastrzeżone* nadaje się, gdy ujawnienie danej informacji może mieć choćby tylko szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne ich zadań<sup>12</sup>.

W postępowaniach karnych zainicjowanych na skutek przekazania w trybie art. 19 ust. 15 ustawy o Policji materiałów kontroli operacyjnej, wszelkie czynności odwołujące się do treści wymienionych materiałów z tej racji są chronione i jako takie podlegają reżimowi ustawy o ochronie informacji niejawnych. W konsekwencji tego dostęp do nich będzie ograniczony, co oczywiście nie oznacza, że wyłączony. Możliwość zapoznania się zarówno z materiałami zebranymi w ramach kontroli operacyjnej, jak i odwołującymi się do ich treści dokumentami sporządzonymi w toku czynności procesowych, jest możliwy na każdym etapie procesu karnego, ale reglamentowany do określonej kategorii uczestników postępowania.

Innymi słowy, forma przekazania prokuratorowi materiałów zebranych w ramach kontroli operacyjnej i chronionych klauzulą tajności wtłacza proces karny w reżim ustawy o ochronie informacji niejawnych, pozostawiając na każdym etapie postępowania (przygotowawczego i sądowego) prawną możliwość dostępu do materiałów sprawy wąskiemu gronu osób, przede wszystkim stronom i ich przedstawicielom procesowym. Materię tę szczegółowo reguluje wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 181 § 2 k.p.k., rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 09.09.2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 05.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jednolity Dz.U. z 2019 r., poz. 742, ze zm.).

<sup>12</sup> D. Szumiło-Kulczycka, *Dostęp w procesie karnym do materiałów objętych klauzulą tajne lub ściśle tajne*, <https://iws.gov.pl/analizy-i-raporty/raporty/prawnokarne> 2018, s. 22, (dostęp: 27.05.2022 r.).

informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (nazywane dalej rozporządzeniem)<sup>13</sup>.

Pomimo że zostały skonstruowane rozwiązania prawne, które zabezpieczają gwarancje procesowe przysługujące określonym uczestnikom procesu, w sytuacji włączenia w poczet materiałów postępowania informacji chronionych klauzulą tajności, gwarancje te mogą w praktyce okazać się fasadowe, w szczególności ze względu na utrudnienia towarzyszące dowodzeniu na podstawie tego rodzaju materiałów czy limitowany dostęp do nich, obarczony szeregiem restrykcji wynikających z reżimu wzmiankowanego „rozporządzenia” i oczywiście z reguł ochrony normowanych „ustawą o ochronie informacji niejawnych”.

Odnosnie do wskazanych utrudnień, czy to natury prawnej, czy organizacyjnej, ich nieuchronnym następstwem zawsze jest wydłużenie okresu trwania postępowań karnych bądź też – w subiektywnej ocenie autora niniejszego opracowania – częsta, przekraczająca akceptowalne granice przewlekłość tych postępowań.

Ryzyko przewlekłości szczególnie jest dostrzegalne właśnie w przypadku włączenia w poczet dowodu materiałów zebranych w wyniku zastosowania kontroli operacyjnej. Wynika to ze specyfiki utrwalonego w ten sposób dowodu, który najczęściej występuje jako zapisy audiofoniczne rozmów telefonicznych lub prowadzonych za pomocą komunikatorów, z udziałem osób objętych kontrolą. Dowodem tu nie są pisemne przekłady bądź opracowania tychże rozmów, lecz ich zapisy, które co do zasady podlegają odtworzeniu i udokumentowaniu w sposób określony w art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k. W prekursorskim, kształtującym przyszłą praktykę w tym zakresie wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 3.10.2005 r. podkreślono, że w sytuacji gdy materiałami kontroli operacyjnej są kasyety (lub inne nośniki) z podsłuchu operacyjnego oraz stenogramy z tych rozmów, to oczywiście jest, że odczytanie tylko tych stenogramów nie byłoby właściwą formą ujawnienia dowodu. To właśnie odtworzenie treści zapisanych na stosownym nośniku magnetycznym stanowiłoby o zapoznaniu się z takim dowodem, a czynność ta musi zostać dokonana w trakcie rozprawy i ujęta w protokole rozprawy<sup>14</sup>.

Umocowanie prawne określone w art 19 ust 15 ustawy o Policji w zakresie dowodzenia na podstawie kontroli operacyjnej, w którym przewidziano możliwość odpowiedniego zastosowania w odniesieniu do tych materiałów art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k., zezwala na odczytywanie określonych w nim protokołów i wszelkich dokumentów złożonych w postępowaniu karnym, zatem także pisemnych transkrypcji zapisów audiofonicznych kontroli operacyjnej. Przepis ten jednak nie może być rozumiany jako podstawa prawna pozwalająca na ograniczenie dowodzenia do dokumentów

<sup>13</sup> Dz.U. z 2017 r., poz. 1733.

<sup>14</sup> Wyrok SA w Lubnie z dnia 05.10.2005 r., II AKa 218/05, LEX nr 166006, podobnie wyrok SN z dnia 10.06.2008 r., III KK 30/08, LEX nr 1614958 oraz wyrok SA w Poznaniu z dnia 20.12.2018 r., II AKa 18/18, LEX nr 2714725.

niejawnych (pisemnych transkrypcji), z pominięciem odtwarzania zapisów dźwiękowych kontroli operacyjnej, albowiem właśnie odpowiednie, a nie bezpośrednie zastosowanie art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k. tworzy ramy do odtwarzania wymienionych zapisów. Odesłanie do treści art. 393 § 1 k.p.k. rozciąga się także na treść art. 394 § 2 k.p.k., który przewiduje możliwość uznania za ujawnione bez odsłuchiwania treści tych rozmów, ale jedynie wówczas, gdy żadna ze stron się temu nie sprzeciwi<sup>15</sup>. Dotyczy to jednak uznania za ujawnione dokonanych nagrań dźwiękowych, a nie pisemnych transkrypcji z ich odsłuchania. Przy tym niezwykle celnie zwraca się w tym aspekcie uwagę, że słowny przekład nagrania nie oddaje wszystkich informacji (np. tembru głosu, czy towarzyszących emocji), jakie można uzyskać w wyniku jego odsłuchania<sup>16</sup>.

Zapoczątkowana wcześniej praktyka sądowa zachowała w tym względzie swą aktualność, jakkolwiek konsekwencją samą w sobie obowiązku odtwarzania zapisów audiofonicznych niejawniej kontroli operacyjnej jest długotrwałość tej czynności i właśnie przewlekłość postępowania karnego, niezależnie od jego stadium. Takie odtworzenie w przypadku materiałów chronionych klauzulą tajności musi się odbywać w warunkach kancelarii tajnej lub odpowiedniej ku temu wydzielonej strefy, np. sali sądowej, jeśli w danym sądzie taka została przygotowana, oraz przy użyciu odpowiedniego certyfikowanego sprzętu (§ 5 ust. 1 „rozporządzenia”), w tym nagłośnienia, przy czym w warunkach spraw wieloosobowych korzystanie ze słuchawek praktycznie sparaliżuje każdy proces<sup>17</sup>. Nie miejsce tu, by analizować szerszej kwestie techniczne wiążące się z procedowaniem w oparciu o materiały niejawne i uwarunkowania prawne, które na nie wpływają, należy jednak je przynajmniej zasygnalizować. Są one bowiem kluczowym elementem, który niezwykle destrukcyjnie wpływa na tempo postępowania i prowadzi do sytuacji, że pustym postulatem staje się realizacja prawa do rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, przewidzianego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP<sup>18</sup> i art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>19</sup>, rozwiniętego w art. 2 § 1 ust. 4 k.p.k.

<sup>15</sup> Pogląd ten zachowuje swą aktualność pomimo tego, że w obecnym stanie prawnym nie wymaga zgody stron rezygnacja z bezpośredniego przeprowadzenia dowodów z zapisów dźwiękowych zarejestrowanych uprzednio rozmów telefonicznych, jeśli miały one możliwość wcześniejszego zapoznania się z ich treścią, np. w stadium postępowania przygotowawczego (zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 16.05.2017 r., II Aka 45/17, LEX nr 2519007). Możliwość uprzedniego zapoznania się należy bowiem odnosić do treści zapisów dźwiękowych, które należy odtworzyć, nie zaś zapoznania się z treścią ich transkrypcji przedstawionych w związku z przekazaniem materiałów kontroli operacyjnej w trybie art. 19 ust. 15 ustawy o Policji.

<sup>16</sup> Wyrok SA w Lublinie z dnia 22.11.2012 r., II Aka 249/12, LEX nr 1237274.

<sup>17</sup> W ponaddwudziestoletniej praktyce procedowania z niejawnymi materiałami kontroli operacyjnej, także w postępowaniach sądowych, autor niniejszego opracowania nie zetknął się z przeznaczonym do ich odtwarzania zestawem komputerowym wyposażonym w inne głośniki, aniżeli słuchawki.

<sup>18</sup> Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, ze zm.

<sup>19</sup> Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 264).

jako jeden z głównych celów postępowania, jakim jest nałożony na organy procesowe obowiązek kształtowania postępowania karnego w taki sposób, by rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie. I w rzeczy samej o to tu chodzi, ponieważ tempo postępowania jest zasadniczym kryterium skutecznego ścigania karnego i nieuchronności kary, względnie oczyszczenia z zarzutów osoby niewinnej<sup>20</sup>.

Ostatecznie nawet przy założeniu, że zamarkowane wyżej problemy techniczne i organizacyjne organy procesowe będą zdolne przełamać, za co przecież są odpowiedzialne<sup>21</sup>, nadal pozostanie kwestia odstąpienia od przestrzegania zasady jawności, która niewątpliwie zasługuje na równie poważne potraktowanie, skoro także jako jedna z podstawowych zasad procesu karnego została przewidziana w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, odstępstwa zaś od niej wymieniono w art. 45 ust. 2 Konstytucji RP. Poświęcony jej został także odrębny Rozdział 42 Kodeksu postępowania karnego, a wyjątki zawarto w regulacjach szczegółowych zamieszczonych w tej ustawie, m.in. w przepisach art. 181 § 1 k.p.k., art. 226 k.p.k., art. 359 pkt 1 k.p.k., 393 § 4 k.p.k., niekiedy także w regulacjach pozakodeksowych, np. w przepisie art. 13 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym<sup>22</sup>.

Jawność rozprawy głównej, jako szczególny element transparentności wymiaru sprawiedliwości, przyczynia się do osiągnięcia także celu z art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a mianowicie rzetelnego procesu sądowego, zagwarantowanie którego jest jedną z fundamentalnych zasad społeczeństwa demokratycznego<sup>23</sup>.

Zasadę jawności można rozumieć jako jawność zewnętrzną odnoszącą się do ogółu społeczeństwa albo ściślej – jako dostęp i udział publiczności w rozprawie sądowej oraz jawność wewnętrzną odnoszącą się do stron i ich przedstawicieli procesowych<sup>24</sup>. W tym sensie procedowanie na podstawie dowodów chronionych klauzulą tajności będzie stanowiło oczywiście odstąpienie od zasady jawności zewnętrznej, zwanej niekiedy także zasadą publiczności<sup>25</sup>, ponieważ co do zasady strony postępowania karnego i ich przedstawiciele procesowi nie mogą zostać pozbawieni dostępu do żadnego dowodu<sup>26</sup>.

Wyłączenie jawności może mieć charakter obligatoryjny bądź fakultatywny, w tym sensie, że jest wynikiem decyzji sądu<sup>27</sup>. Nie jest to jednak rozróżnienie precyzyjne,

<sup>20</sup> J. Skorupka, *Czas jako czynnik determinujący przebieg postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1-2, s. 259.

<sup>21</sup> Postanowienie SA w Warszawie z dnia 09.10.2012 r., II S 58/12, LEX nr 1220706.

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 25.06.1997 r. o świadku koronnym (tekst jednolity Dz.U. z 2016 r., poz. 1197).

<sup>23</sup> Orzeczenie SA w Szczecinie z dnia 06.11.2014 r., II AKa 198/14, LEX nr 1678029.

<sup>24</sup> *Komentarz do Kodeksu postępowania karnego*, red. D. Świecki, LEX/el. 2022, tezy do art. 355 k.p.k.

<sup>25</sup> *Komentarz do Kodeksu postępowania karnego*, red. Z. Gostyński, t. 2, Dom Wydawniczy ABC 1998, s. 225.

<sup>26</sup> Wyjątkiem tu jest określony w art. 184 § 2 k.p.k. zakaz dotyczący okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka anonimowego, w tym jego danych osobowych.

<sup>27</sup> J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Komentarz do Kodeksu postępowania karnego*, t. 1, Zakamycze 2003, s. 909.

wszelako, jeśli wyłączenie jawności następuje po myśli np. art 226 k.p.k. z uwagi na dowodzenie na podstawie informacji chronionych klauzulą tajności, wówczas w istocie następuje z mocy prawa<sup>28</sup>. Mimo to warto pamiętać, że zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych za nadaniem takiej klauzuli stoi konkretny wytwórca dokumentu, a jego decyzja może być na wskroś arbitralna, ku czemu okazję – jak wcześniej wzmiankowano – „funduje” wcześniej cyt. art. 5 ustawy o Policji.

Na etapie postępowania sądowego przesłanki obligatoryjnego wyłączenia jawności przewiduje art 359 k.p.k., z kolei przesłanki fakultatywne zostały skatalogowane w art 360 § 1 k.p.k. Przesłanki te odnoszą się do sytuacji wyjątkowych i stanowią *numerus clausus*, co jest wyrazem konsekwencji ustawodawcy co do wagi omawianej, konstytucyjnej zasady. Co więcej, w tym kontekście wypada podkreślić, że stosownie do powołanego art. 360 § 2 k.p.k. przyznane zostało prokuratorowi prawo złożenia skutecznego sprzeciwu odnośnie do wyłączenia jawności na podstawie przesłanek fakultatywnych, tym samym w istocie uprawnienie do współdecydowania w tym zakresie. Nie podejmując polemiki z krytyką przyznania takiej kompetencji prokuratorowi<sup>29</sup>, wydaje się, że zadaniem prokuratora działającego tu z woli ustawodawcy w roli rzecznika praworządności<sup>30</sup> jest przeciwdziałanie arbitralności decyzji sądowych w imię zasady jawności, która zyskuje prymat nad zasadą równości stron. Zarazem taka kompetencja winna wręcz obligować prokuratora, by antycypował kwestię przestrzegania zasady jawności w trakcie sądowego stadium procesu karnego, tym bardziej jeżeli już na etapie postępowania przygotowawczego proceduje na podstawie niejawnych materiałów kontroli operacyjnej.

W kontekście fundamentalnego dla rzetelnego procesu prawa do obrony w sytuacji procedowania w oparciu o dowód z legalnej kontroli operacyjnej na pierwszy plan wysuwa się respektowanie uprawnienia do dostępu do wskazanych materiałów przez oskarżonego i jego procesowego przedstawiciela. I nie chodzi tu bynajmniej tylko o dostęp formalny, jednorazowy podczas odtwarzania zapisów dźwiękowych na rozprawie sądowej, względnie podczas postępowania przygotowawczego, w związku z koniecznością wykonania przez organ procesowy wskazań wynikających z regulacji bezwzględnie obligujących do udostępniania zabranego materiału dowodowego, a określonych np. w art. 156 § 5a k.p.k. i art. 249a § 1 k.p.k. (uprawnienie oskarżonego i jego obrońcy do zapoznania się z dowodami stanowiącymi podstawę rozstrzygnięcia w przedmiocie środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania),

<sup>28</sup> D. Boniec-Błaszczuk, *O jawności i relacjonowaniu rozprawy głównej w świetle ustawy nowelizującej kodeks postępowania karnego z 10 czerwca 2016 r.*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2017, nr 4(25), s. 33, [https://wroclaw.sa.gov.pl/wss/n\\_25.html](https://wroclaw.sa.gov.pl/wss/n_25.html) (dostęp: 2.06.2022 r.).

<sup>29</sup> Zob. A. Ozimek, *Sprzeciw prokuratora w przedmiocie wyłączenia jawności – zagadnienia teoretyczne i praktyczne*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 3, s. 89–96.

<sup>30</sup> M. Zimna, *Wyłączenie jawności rozprawy jako gwarancja ochrony interesów uczestników postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 9, s. 99.



czy też w art 321 § 1 k.p.k. (uprawnienie do uprzedniego przejrzania akta postępowania przygotowawczego w związku z czynnością końcowego zaznajomienia). Realizacja bowiem tego uprawnienia, jeśli dotyczy materiału chronionego klauzulą tajności, co najmniej utrudnia, a przy znacznej zawartości takiego materiału poważnie ogranicza prawo do obrony, właśnie z powodów, które już wzmiankowano i które łączą się z przestrzeganiem reżimu postępowania z materiałami niejawnymi, z tej racji podlegającymi ochronie prawnej. Obok wspomnianych wcześniej niedogodności wynikających z obowiązku odtwarzania omawianych zapisów w warunkach kancelarii tajnej, trzeba wspomnieć o odnoszącym się zresztą do wszystkich uczestników postępowania, ograniczeniu w postaci zakazu sporządzania ich kopii, także nakazu przechowywania w kancelarii tajnej ewentualnych notatek, wszak one same stają się nośnikami informacji niejawnych.

Nie ma potrzeby wykazywania, że taki dostęp – możliwy tylko w obecności pracownika kancelarii i limitowany również względami organizacyjnymi organu procesowego – nie daje realnych możliwości efektywnej analizy odsłuchanych zapisów dźwiękowych, ich powtórzeń, porównań, bieżącego konfrontowania z innymi dowodami, etc. I oczywiście niekiedy taki stan rzeczy może być nieunikniony w niektórych postępowaniach, np. dotyczących stypizowanych w art. 130 k.k.<sup>31</sup> przestępstw szpiegostwa, problem jednak sprowadza się do refleksji, czy do tej kategorii wyjątków należy gros pospolitych przestępstw, które aktualnie mogą i zapewne są, o czym mowa dalej, masowo dowodzone w drodze kontroli operacyjnej.

Możliwość skutecznego wykonywania prawa do obrony niewątpliwie utrudniają także zasady sporządzania protokołów i pism procesowych obejmujących informacje zamieszczone w materiałach niejawnymi, jak i reguły powoływania się na omawiane materiały w jawnych protokołach i wszelkich pismach procesowych. Mianowicie zgodnie z § 2 rozporządzenia z przesłuchań m.in. oskarżonych, świadków i biegłych obejmujących okoliczności, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnymi albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, sporządza się odrębny protokół i wyłącza z akt sprawy, przy czym o sporządzeniu odrębnego protokołu czyni się wzmiankę w odpowiednim miejscu akt, wskazując w niej numer, pod którym został zarejestrowany w urzędzeniu ewidencyjnym prowadzonym zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnymi. Oznacza to, że protokoły przesłuchań odnoszące się do treści wynikających z zapisów kontroli operacyjnej będą podlegały takim samym restrykcjom. Zgodnie § 4 ust. 1 rozporządzenia protokołom przesłuchań i dokumentom na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnymi, powinny zostać nadane odpowiednio do ich treści klauzule i podlegają one rejestracji w stosownym urzędzeniu ewidencyjnym. Z kolei zgodnie § 11 ust. 1 rozporządzenia, przy powoływaniu się w jawnych orzeczeniach i pismach procesowych na protokoły przesłuchań,

<sup>31</sup> Ustawa z dnia 06.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r., poz. 1138, ze zm.).

dokumenty lub przedmioty, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych, w miejsce danych dotyczących tych dowodów wpisuje się numer, pod którym dany dowód został zarejestrowany w urzędzeniu ewidencyjnym.

Jakkolwiek istnieje kategoria dokumentów, które muszą pozostać jawne<sup>32</sup>, niemniej na skutek procedowania z materiałami niejawnymi powstają dokumenty o niezrozumiałej treści albo przynajmniej niemożliwej do bieżącego weryfikowania, częstokroć będące konglomeratami informacji jawnych i fragmentów utajnionych.

Remedium na wyżej zarysowane problemy stała się praktyka występowania do wytwórców materiałów kontroli operacyjnej o zniesienie klauzuli tajności, zgodnie z przepisem art. 6 ust. 1 i 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych, który stanowi, że klauzulę tajności nadaje osoba, która jest uprawniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału, a zniesienie lub zmiana klauzuli tajności są możliwe wyłącznie po wyrażeniu pisemnej zgody przez taką osobę albo jej przełożonego w przypadku ustania lub zmiany ustawowych przesłanek ochrony.

Wystąpienia o zniesienie klauzuli tajności z materiałów kontroli operacyjnej zasługują na pełną akceptację, niemniej skala tego zjawiska – choć stanowiła już przedmiot ograniczonych badań naukowych – z natury rzeczy jest nieznana, a to z tej racji, że nieznana pozostaje liczba nieuwzględnionych wniosków o zniesienie klauzuli tajności, badania zaś miały charakter wyłącznie ankietowy<sup>33</sup>.

Motywy wniosków o zniesienie klauzuli tajności z materiałów kontroli operacyjnej mogą wprost nawiązywać do opisywanych wcześniej wartości kreujących rzetelny proces karny, jednakże w praktyce spotyka się raczej argumentację prakseologiczną, odwołującą się do uwarunkowań konkretnego postępowania karnego. Bezsprzecznie modelowym przykładem wykazywania potrzeby zniesienia klauzuli tajności z materiałów kontroli operacyjnej jest konieczność dopuszczenia dowodu z kryminalistycznej ekspertyzy porównawczej z zakresu fonoskopii. Wąska bowiem grupa biegłych dysponujących odpowiednimi kompetencjami i zarazem niezbędnym, certyfikowanym instrumentarium sprzętowym i lokalowym, wykonuje badania tego rodzaju w nielicznych laboratoriach kryminalistycznych skupionych przy instytucjach państwowych, takich jak Komenda Główna Policji czy Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, a to łączy się z długimi okresami oczekiwania na ekspertyzę. Inny przykład motywu przemawiającego za zniesieniem klauzuli tajności w realiach danej sprawy karnej może stanowić potrzeba udostępnienia ich władzom obcych państw w związku z realizacją czynności w drodze Europejskiego Nakazu Dochozdeniowego, czy szerzej odezwo o międzynarodowe pomoce prawne. Na marginesie, warto zauważyć, że jeśli tego rodzaju argumenty mogą stanowić najskuteczniejszą

<sup>32</sup> Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30.09.2009 r., I KZP 13/09, LEX nr 522824, stwierdził m.in., że ogłoszenie wyroku zawsze odbywa się jawnie (publicznie), nawet wówczas, gdy jawność rozprawy wyłączono w całości i w całości wyłączono także jawność przytoczenia powodów wyroku.

<sup>33</sup> D. Szumiło-Kulczycka, *op. cit.*, s. 2-7, 29-31.

drogą do zniesienia klauzuli tajności z materiałów kontroli operacyjnej, nie zaś treść utrwalonych tam informacji, to można powątpiewać w zasadność pierwotnej decyzji o zaniechaniu zniesienia klauzuli tajności przed przekazaniem tak chronionych materiałów na potrzeby postępowania karnego.

W tym miejscu warto z aprobatą odnotować, że aktualnie nie ma przeszkód prawnych, by niejawne materiały kontroli operacyjnej udostępniać świadkom, co otwiera kapitalne możliwości dowodzenia np. poprzez identyfikację głosu rozmówcy połączenia telefonicznego przez świadka albo interpretację nagranej rozmowy. Taką możliwość dał przepis § 9 ust. 2 obowiązującego obecnie rozporządzenia, który nie miał swojego odpowiednika we wcześniejszych regulacjach wydanych na podstawie delegacji zawartej w art 181 § 2 k.p.k.<sup>34</sup>

Wracając jednak do zagadnienia wystąpień w toku postępowań karnych w przedmiocie zniesienia klauzuli tajności z materiałów kontroli operacyjnej, wypada zauważyć, że praktyka ta wychodzi naprzeciw postulatowi wyrażanemu w orzecznictwie sądowym. W najdobitniejszym bodaj w tym zakresie wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 04.10.2007 r., II AKa 165/07 stwierdzono, że w systemie obowiązującego prawa brak jest podstaw do przyznania organom Policji wyłącznego, sprzecznego z wolą prokuratora prawa do decydowania o zniesieniu lub utrzymywaniu klauzuli tajności w materiałach objętych klauzulą „poufne”, a dotyczących kontroli operacyjnej, przekazanych prokuratorowi na podstawie art. 19 ust. 15 ustawy o Policji<sup>35</sup>. Podzielając wypowiedzianą w piśmiennictwie krytykę tego orzeczenia na gruncie art. 345 § 1 k.p.k. (obecnie art. 344a § 1 k.p.k.)<sup>36</sup>, ze wszech miar zasługuje na afirmację zawarta w nim idea dążenia do odtajniania materiałów kontroli operacyjnej, a to właśnie ze względu na urzeczywistnienie zasady rzetelnego procesu.

W zbliżonym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30.09.2009 r., I KZP 13/09<sup>37</sup>, w którym podkreślił, że prokurator powinien wnieść do sądu jawny akt oskarżenia w zakresie elementów określonych w art. 413 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k., a jeśli inna osoba przyznała klauzulę tajności analogicznym elementom na wcześniejszym etapie postępowania, prokurator wnoszący akt oskarżenia powinien także zadbać o jej zniesienie w tym zakresie.

Przytoczone tezy Sądu Apelacyjnego w Białymstoku za racjonalne i słuszne uznał w wyroku z dnia 30.10.2014 r., II AKa 188/14, Sąd Apelacyjny w Szczecinie, a nawet jeszcze dalej idące w tym zakresie poglądy wymienionych w tymże orzeczeniu

<sup>34</sup> Zob. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20.02.2012 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (Dz.U. z 2012 r., poz. 219) [rozporządzenie uznane za uchylone] oraz akty wykonawcze poprzedzające wymienione rozporządzenie.

<sup>35</sup> Wyrok SA w Białymstoku z dnia 04.10.2007 r., II AKa 165/07, LEX nr 339371.

<sup>36</sup> R. Teluk, *Nieodtajnienie materiałów niejawnych jako przyczyna zwrotu sprawy do uzupełnienia*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10, s. 118.

<sup>37</sup> Zob. przypis 32.

przedstawicieli doktryny, wedle których to sąd jest uprawniony do oceny, czy informacje zawarte w materiałach niejawnych faktycznie powinny być objęte tajemnicą państwową, a kiedy uzna, iż takowych kryteriów nie spełniają, może je ujawnić poprzez odczytanie, a także zawrzeć w protokołach lub uzasadnieniach rozstrzygnięcia, bez konieczności nadawania im klauzuli tajności<sup>38</sup>. Ostatecznie jednak doszedł do słusznego przekonania, że stanowiska te pozostają w sprzeczności z założeniami ustawy o ochronie informacji niejawnych, zarówno obowiązującej w dacie ich publikacji, jak również z aktualnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami, które stanowią *lex specialis* i derogują wskazane przez ten organ przepisy k.p.k. i ustawy o Policji, a w konsekwencji nie pozwalają na swobodne ujawnianie materiałów niejawnych bez uprzedniego zniesienia ich klauzuli tajności przez wytwórcę.

Decyzje wytwórców materiałów kontroli operacyjnej w przedmiocie wniosku o zniesienie klauzuli tajności są uznaniowe i w zasadzie brak jest narzędzi prawnych do ich zakwestionowania, poza ewentualnie instytucją, o której mowa w art. 9 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Zgodnie z tym przepisem, odbiorca materiału, w przypadku stwierdzenia zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, może zwrócić się do osoby, która ją nadała, albo przełożonego tej osoby z wnioskiem o dokonanie stosownej zmiany, a w przypadku odmowy dokonania zmiany lub nieudzielenia odpowiedzi w ciągu 30 dni od daty złożenia, o rozstrzygnięcie sporu do Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służby Kontrwywiadu Wojskowego. Brzmienie tego przepisu wskazuje, że zawarta w nim instytucja nie przystaje do realiów postępowania karnego, i korzystanie z niej w celu dochowania wartości rzetelnego procesu karnego jest czymś w rodzaju desperacji, gdy zarazem rokowania na wygranie sporu z wytwórcą są nikłe. Z tej prostej przyczyny, że jak w każdym innym postępowaniu administracyjnym, przy rozstrzyganiu takiego sporu wytwórca przedstawia swoje stanowisko, tyle tylko, że zawarte w nim twierdzenia – o ile będą się odwoływać do ustaleń pochodzących np. z niejawnych czynności operacyjno-rozpoznawczych – są nieweryfikowalne. Tymczasem spotykane w praktyce odmowy zniesienia klauzuli tajności z materiałów kontroli operacyjnej przez niektórych wytwórców są rzeczywiście trudne do zrozumienia i wytłumaczenia. Jeśli poprzestanie się bowiem wyłącznie na lekturze orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, do których przeniknęły sprawy z materiałami kontroli operacyjnej, nieodparcie nasuwa się wniosek, że w przytłaczającej większości dotyczą one pospolitej, względnie prymitywnie zorganizowanej przestępczości, takiej jak narkotykowa, papierosowa czy inna tego typu<sup>39</sup>. Z punktu widzenia interesów państwa nie ma tam żadnych istotnych informacji, które na etapie postępowania

<sup>38</sup> Zob. szerzej: Wyrok SA w Szczecinie z dnia 30.10.2014 r., II AKA 188/14, LEX nr 1668654.

<sup>39</sup> Zob. cyt. wyrok SA w Szczecinie z dnia 30.10.2014 r., II AKA 188/14, jak również wyrok SA w Białymstoku z dnia 16.01.2014 r., II AKA 260/1, LEX nr 1422328, wyrok SA w Szczecinie z dnia 03.03.2016 r., II AKA 10/16, LEX nr 2025626, wyrok SA w Katowicach z dnia 27.07.2018 r., II AKA 248/18, LEX nr 2612791, wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27.11.2019 r., II AKA 152/19, LEX nr 2764877.

przygotowawczego zasługiwałyby na silniejszą ochronę, aniżeli usankcjonowaną w art. 241 § 1 k.p.k. tajemnicą śledztwa, a na etapie postępowania sądowego, aniżeli usankcjonowaną w art. 241 § 2 k.p.k. tajemnicą rozprawy sądowej prowadzonej z wyłączeniem jawności, np. z powodu, o którym mowa w art. 360 § 1 lit. b lub lit. d k.p.k., wszak jeśli zaistniałyby ku temu podstawy w konkretnej sprawie. W literaturze przedmiotu można spotkać pogląd, że utrzymanie klauzuli tajności na materiałach kontroli operacyjnej podyktowane może być koniecznością ochrony prywatności osób, niewikłanych w przestępstwa uzasadniające kontrolę, ale przypadkowo w ten sposób zarejestrowanych na nagraniach<sup>40</sup>. Podnosi się przy tym, że decyzję o wystąpieniu o zniesienie klauzuli tajności winna poprzedzać staranna analiza dokonana przez prokuratora prowadzącego sprawę i jego przełożonego, czy odtajnienie materiałów kontroli operacyjnej nie spowoduje negatywnych skutków nie tylko w zakresie procesowym, lecz w sferze praw i wolności obywatelskich wszystkich uczestników postępowania, a także innych osób, których rozmowy zostały utrwalone<sup>41</sup>. Są to argumenty chybione, z powodów, o których już powiedziano, mianowicie interesy uczestników procesu karnego czy osób spoza tego kręgu, co do zasady w stadium postępowania przygotowawczego chroni tajemnica śledztwa, zaś w stadium postępowania sądowego ochrona ta może rozciągnąć się poprzez wyłączenie jawności rozprawy, podobnie zresztą jak ma to miejsce w przypadku ochrony ofiar niektórych przestępstw, np. przeciwko wolności seksualnej. I właśnie te instytucje procedury karnej w pierwszej kolejności mają za zadanie zabezpieczać procesowe interesy postępowania i jego uczestników. Nota bene argument odnośnie do wnikliwej analizy można obrócić i skierować do wytwórcy materiałów, aby tenże przeanalizował je pod kątem zasadności utrzymywania klauzuli tajności, zanim przekaze je prokuratorowi w trybie art 19 ust. 15 ustawy o Policji. I w razie niestwierdzenia w nich przez wytwórcę wrażliwych informacji, materiały kontroli winy zostać przekazane na potrzeby postępowania karnego po uprzednim zniesieniu klauzuli tajności, czyli jako dowody jawne.

Mając w polu widzenia wartości rzetelnego procesu, w podsumowaniu powyższych rozważań należy sformułować postulat, aby materiały kontroli operacyjnej przekazywane prokuratorowi w trybie w trybie art 19 ust. 15 ustawy o Policji co do zasady nie były chronione klauzulą tajności. Przemawiają za tym nie tylko opisane systemowe ramy procesu karnego, ale także obowiązujące szczegółowe regulacje prawne. Abstrahując od kategorii elastycznych ocen przez pryzmat art. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych co do wagi informacji chronionych, należy zasygnalizować, że *de lege* lata formalną przesłankę przekazania w trybie art 19 ust. 15 ustawy o Policji materiałów kontroli operacyjnych jako materiałów jawnych, można

<sup>40</sup> P. Łabuz, *Udostępnienie i odtajnienie materiałów niejawnych uzyskanych w wyniku stosowania kontroli operacyjnej przez służby policyjne*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 1(27), s. 35-36.

<sup>41</sup> *Ibidem*, s. 34.

odczytać z treści wspomnianego na wstępie przepisu art. 19 ust. 6 tej ustawy. Przepis ten stanowi, że 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. Uzyskiwane i utrwalane treści, obrazy, dźwięki nie podlegają ochronie klauzulą tajności przez wzgląd na nie same, lecz z powodu niejawnego prowadzenia kontroli operacyjnej, co nie wyklucza rzecz jasna sytuacji, kiedy w wyniku kontroli operacyjnej zostaną zebrane materiały wymagające dodatkowej ochrony taką klauzulą, o czym mowa dalej. Interpretacja art. 19 ust. 6 ustawy o Policji oparta na wykładni językowej nie pozostawia najmniejszych wątpliwości w tym zakresie, to jest, że niejawność należy odnosić do czasu prowadzenia kontroli operacyjnej i nawet nie ma potrzeby uzasadniać ustawowych racji, które stoją za takim rozwiązaniem. Ale zarazem konstatacja ta oznacza, że z mocy omawianej regulacji brak jest podstaw do ochrony materiałów zebranych w wyniku kontroli operacyjnej, po jej zakończeniu.

Zachowanie klauzuli tajności na materiałach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, przez wzgląd na interesy państwa, może znajdować uzasadnienie w przypadku jej zastosowania w odniesieniu do określonej kategorii przestępstw, np. z Rozdziału XVII Kodeksu karnego. Spotykanym również w praktyce powodem, który ewentualnie mógłby uzasadniać zachowanie tajności materiałów kontroli jest zarejestrowanie na nagraniach rozmów czy obrazów policjantów działających pod przykryciem, a dokumentujących ich kontakty z rozpracowywanymi sprawcami przestępstw. Chodzi o sytuacje, kiedy kontrola operacyjna poprzedza lub prowadzona jest równoległe do czynności polegających na prowokacji policyjnej, np. zakupie kontrolowanym. W razie powodzenia takiej prowokacji zgromadzone w ten sposób materiały będą dowodami w postępowaniu karnym, tym samym, zważywszy na ryzyko ujawnienia stosowanych przez policjantów działających pod przykryciem metod pracy operacyjnej czy szerzej dobro ich samych<sup>42</sup>, należałoby zachować powściągliwość w znoszeniu klauzuli tajności z materiałów zebranych podczas takiej specyficznej kontroli.

<sup>42</sup> Policjanci działający pod przykryciem występują w postępowaniach zainicjowanych prowokacją policyjną w roli świadków anonimowych, dlatego też samoistną podstawę ochrony okoliczności umożliwiających ich identyfikację stanowi przepis art. 184 § 1 i § 2 k.p.k., w tym podstawę dla ochrony ich wizerunku i głosu. Konsekwentnie zatem, ich wizerunki na nagraniach winny ulec zacenieniu, a głosy zniekształceniu, także te, które utrwalono – co nie jest spotykane w praktyce – w ramach kontroli operacyjnej w postaci podsłuchu telefonicznego.

Przedstawione wyżej przykładowe sytuacje konieczności ochrony materiałów kontroli operacyjnej klauzulą tajności ilustrują wagę spraw rzeczywiście uzasadniających ograniczenie wzmiankowanych wcześniej zasad procesu karnego i jednocześnie unaoczniają absurdalność takiej ochrony, gdy tego rodzaju materiały odnoszą się do masowej i pospolitej przestępczości.

Podsumowując, skoro istnieją zakorzenione w normach konstytucyjnych, europejskich i ustawowych zasady obligujące do respektowania wartości rzetelnego procesu karnego, nie sposób akceptować praktyki (niestety utrwalonej) przekazywania na potrzeby postępowania karnego materiałów zebranych w wyniku zakończonej kontroli operacyjnej jako chronionych klauzulą niejawności, tym bardziej że rezygnacja z tej ochrony *de lege lata* znajduje umocowanie w art. 19 ust. 6 ustawy o Policji.

## BIBLIOGRAFIA

### LITERATURA

- Boniec-Błaszczuk Daria, *O jawności i relacjonowaniu rozprawy głównej w świetle ustawy nowelizującej kodeks postępowania karnego z 10 czerwca 2016 r.*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2017, nr 4(25), [https://wroclaw.sa.gov.pl/wss/n\\_25.html](https://wroclaw.sa.gov.pl/wss/n_25.html)
- Grajewski Jan, Paprzycki Lech K., Płachta Michał, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Kraków 2003.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, red. Dariusz Świecki, LEX/el. 2022,
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Zbigniew Gostyński, t. 2, Warszawa 1998.
- Łabuz Paweł, *Udostępnienie i odtajnienie materiałów niejawnych uzyskanych w wyniku stosowania kontroli operacyjnej przez służby policyjne*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 1(27).
- Ozimek Artur, *Sprzeciw prokuratora w przedmiocie wyłączenia jawności – zagadnienia teoretyczne i praktyczne*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 3.
- Pracki Henryk, *Nowe instytucje prawne w ustawach policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2–3.
- Skorupka Jerzy, *Czas jako czynnik determinujący przebieg postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2.
- Szumilo-Kulczycka Dobrosława, *Dostęp w procesie karnym do materiałów objętych klauzulą tajne lub ściśle tajne*, <https://iws.gov.pl/analizy-i-raporty/raporty/prawnokarne> 2018.
- Teluk Rafał, *Nieodtajnienie materiałów niejawnych jako przyczyna zwrotu sprawy do uzupełnienia*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10.
- Zimna Małgorzata, *Wyłączenie jawności rozprawy jako gwarancja ochrony interesów uczestników postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 9.

### AKTY NORMATYWNE

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 02.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, ze zm.).
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzona w Rzymie dnia 04.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami 3,5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 264).
- Ustawa z dnia 06.04.1990 r. o Policji (tekst jednolity Dz.U. z 2021 r., poz. 1882, ze zm.).
- Ustawa z dnia 12.10.1990 r. o Straży Granicznej (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r., poz. 1061, ze zm.).
- Ustawa z dnia 21.07.1995 r. o zmianie ustaw: o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych, o Policji, o Urzędzie Ochrony Państwa, o Straży Granicznej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1995 r. Nr 104, poz. 515).
- Ustawa z dnia 06.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r., poz. 1138, ze zm.).

Ustawa z dnia 06.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r., poz. 1375, ze zm.).

Ustawa z dnia 25.06.1997 r. o świadku koronnym (tekst jednolity Dz.U. z 2016 r., poz. 1197).

Ustawa z dnia 27.07.2001 r. o zmianie ustawy o Policji, ustawy o działalności ubezpieczeniowej, ustawy – Prawo bankowe, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz.U. z 2001 r. Nr 100, poz. 1084).

Ustawa z dnia 24.05.2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r., poz. 557, ze zm.).

Ustawa z dnia 09.06.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r., poz. 1900).

Ustawa z dnia 05.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jednolity Dz.U. z 2019 r., poz. 742, ze zm.).

Ustawa z dnia 11.03.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 437).

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20.02.2012 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (Dz.U. z 2012 r., poz. 219).

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 09.09.2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (Dz.U. z 2017 r., poz. 1733).

## ORZECZNICTWO

Orzeczenie SA w Szczecinie z dnia 06.11.2014 r., II AKa 198/14, LEX nr 1678029.

Postanowienie SN z dnia 30.09.2009 r., I KZP 13/09, LEX nr 522824.

Postanowienie SA w Warszawie z dnia 9.10.2012 r., II S 58/12, LEX nr 1220706.

Uchwała SN z dnia 23.03.2011 r., I KZP 32/10, LEX nr 738186.

Uchwała SN z dnia 28.06.2018 r., I KZP 4/18, LEX nr 250969.

Wyrok SA w Lubnie z dnia 05.10.2005 r., II AKa 218/05, LEX nr 166006.

Wyrok SA w Białymstoku z dnia 04.10.2007 r., II AKa 165/07, LEX nr 339371.

Wyrok SA w Lublinie z dnia 22.11.2012 r., II AKa 249/12, LEX nr 1237274.

Wyrok SA w Białymstoku z dnia 16.01.2014 r., II AKa 260/1, LEX nr 1422328.

Wyrok SA w Szczecinie z dnia 30.10.2014 r., II AKa 188/14, LEX nr 1668654.

Wyrok SA w Szczecinie z dnia 03.03.2016 r., II AKa 10/16, LEX nr 2025626.

Wyrok SA w Krakowie z dnia 16.05.2017 r., II Aka 45/17, Lex 2519007.

Wyrok SA w Katowicach z dnia 27.07.2018 r., II AKa 248/18, LEX nr 2612791.

Wyrok SA w Poznaniu z dnia 20.12.2018 r., II AKa 18/18, LEX nr 2714725.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27.11.2019 r., II AKa 152/19, LEX nr 2764877.

Wyrok SN z dnia 10.06.2008 r., III KK 30/08, LEX nr 1614958.



## Operational Control Material in a Fair Criminal Trial: Public or Classified?

### SUMMARY

The purpose of this article is to determine whether the use of operational control materials as trial evidence, with due regard to their secrecy protected under a 'classified' clause, consequently results in a fair criminal trial. Reflections on this subject, also against the background of selected court decisions, have been illustrated with examples of a destructive impact of secrecy of operational control materials on the implementation of the principles of speed and openness of the criminal procedure and respect for the right to defence. At the same time, the admissible ways of solving the dilemmas arising at this level, consisting in the initiatives used by the procedural bodies aimed at removing secrecy clauses from the discussed materials, were presented in an approving light. Above all, however, in this context the author made an attempt to demonstrate that evidence based on operational control materials does not, in principle, deserve any special protection in a criminal trial and, except for a few cases, it should *de lege lata* be public. Finally, the theses presented in the article call into question, on the basis of the applicable legal regulations, the current practice in the field of providing operational control materials labelled as classified for the purposes of criminal proceedings.

**Key words:** operational control, secrecy clause, confidentiality clause, secret, confidential, classified, fair trial