

**Piotr Pająk**

## **Zagadnienia intertemporalne zakazów dowodowych dotyczących wykorzystywania materiałów kontroli operacyjnej i procesowej**

W pierwszej dekadzie XXI wieku ukształtowała się w orzecznictwie Sądu Najwyższego (SN) teza, zgodnie z którą niemożliwe jest dowodowe wykorzystanie materiałów zebranych w drodze kontroli operacyjnej lub procesowej w postępowaniach o przestępstwa inne niż wymienione w katalogu ustawy kompetencyjnej odpowiedniej służby czy też Kodeksu postępowania karnego. Pierwsze orzeczenie ze wspomnianej linii zapadło przed Sądem Najwyższym, Sądem Dyscyplinarnym 15 listopada 2005 r. Niezwykle istotne w praktyce orzeczniczej było jednak bardzo szeroko komentowane postanowienie SN z 26 kwietnia 2007 r., ostatecznie potwierdzone uchwałą z 23 marca 2011 r.<sup>1</sup>

Uzasadnieniem dla wyrażonego poglądu jest przyjęcie, iż kontrola operacyjna czy też procesowa stanowi drastyczną ingerencję w konstytucyjnie chronione prawa do prywatności (obejmujące także nienaruszalność mieszkania, tajemnicę korespondencji i autonomię informacyjną) i jako taka musi być uznana za instrument wyjątkowy. Dlatego też, skoro ustawodawca wprowadził ścisły katalog przestępstw, w przypadku podejrzenia których można je prowadzić, to nie jest możliwe ich wykorzystanie, jako dowodów materiałów kontroli operacyjnej w postępowaniach o inne przestępstwa. Mimo początkowych wątpliwości, stanowisko Sądu Najwyższego nie budzi obecnie już większych wątpliwości.

---

<sup>1</sup> Por. wyrok SN z 15 XI 2005 r., SNO 57/05, LEX nr 471928; uchwała SN z 27 VII 2006 r., SNO 35/06, LEX nr 471767; postanowienie SN z 26 IV 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007, nr 5, poz. 37; uchwała 7 sędziów SN z 23 III 2011 r., I KZP 32/10, OSNKW 2011, nr 3, poz. 22; postanowienie SN z 10 X 2012 r., II KK 336/11, OSNKW 2013, nr 1, poz. 6.

Nie będę się przy tym odnosił szerzej do kwestii jednolitości wspomnianej linii orzeczniczej. Już treść uzasadnienia uchwały SN z 23 marca 2011 r. w zakresie omówienia przesłanki z art. 59 ustawy o SN dobitnie wskazuje, że mimo licznych judykatów i wypowiedzi doktryny daleko było w tamtym okresie do jednolitości, przede wszystkim w praktyce organów ścigania<sup>2</sup>. Analiza samych przywołanych orzeczeń potwierdza zresztą, że mieliśmy do czynienia z ewolucją pewnego poglądu, a nie pojawieniem się i ugruntowaniem konkretnej tezy (*vide* kwestia tzw. zgody następczej).

Przed pojawieniem się wspomnianych orzeczeń w praktyce nie obowiązywał tak sformułowany zakaz dowodowy i materiały kontroli operacyjnej wykorzystywano tak szeroko, jak tylko pozwalała na to ich treść. Zarówno abstrakcyjny, ustawowy zakres tej instytucji, jak i wyznaczony w konkretnej sprawie treścią postanowienia sądu nie miał znaczenia. Kwestie te zaistniały w orzecznictwie wraz z orzeczeniami Sądu Najwyższego, Sądu Dyscyplinarnego. Następnie doczekały się szerokiego omówienia w wyroku Trybunału Konstytucyjnego (TK) z 12 grudnia 2005 r.<sup>3</sup>, cytowanego następnie niemal bez wyjątku we wszystkich kolejnych orzeczeniach SN. W chwili obecnej na mocy ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 lutego 2011 r.<sup>4</sup>, która weszła w życie w dniu 23 marca 2011 r., wspomniany zakaz zyskał ustawowe określenie w art. 19 ust. 15a ustawy o Policji, zgodnie z którym: „wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot”. Analogiczne uregulowania wprowadzono w przypadku wszystkich służb dysponujących uprawnieniem do prowadzenia kontroli operacyjnej<sup>5</sup>. Również kontrola procesowa rozmów zyskała stosowny zakaz o analogicznej treści w art. 237 § 8 k.p.k.

---

<sup>2</sup> „Praktyka organów nieprokuratorskich, stosujących kontrolę operacyjną, nie bierze pod uwagę poglądu wyrażonego w 2007 r. przez Sąd Najwyższy. Uzasadniając przedstawione zagadnienie, Sąd kasacyjny usystematyzował argumenty mające podważyć jego zasadność, uwzględniając niektóre ze wskazanych wcześniej, a przywołanych przez ten Sąd, krytycznych głosów do postanowienia z dnia 26 kwietnia 2007 r. i zaprezentował swoje uwagi krytyczne. Przedstawione w tym uzasadnieniu niektóre kwestie rzeczywiście nie do końca zostały wyjaśnione w postanowieniu z 2007 r., co daje asumpt do wysuwania różnych zastrzeżeń i rodzi potrzebę ich rozważenia.”

<sup>3</sup> Sygn. K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132.

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 53, poz. 273.

<sup>5</sup> Straż Graniczna, Kontrola Skarbowa, Żandarmeria Wojskowa, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Służba Kontrwywiadu Wojskowego.

W pewnym uproszczeniu można zatem mówić o trzech „stanach prawnych”: pierwszym, sprzed powstania omawianej linii orzeczniczej, drugim, po jej zapoczątkowaniu aż do wprowadzenia stosownych przepisów, i trzecim, obecnym.

Dostrzegam w tym miejscu pewne wątpliwości dotyczące kwestii intertemporalnych. Toczą się jeszcze w naszym kraju postępowania, w przypadku których materiały kontroli operacyjnej były pozyskiwane jeszcze zanim pojawiły się pierwsze wyroki Sądu Najwyższego wprowadzające przytoczony na wstępie zakaz dowodowy. Powstaje zatem pytanie, czy pojawienie się tak sformułowanej normy prawnej w jakiś sposób wpływa obecnie na możliwość wykorzystania materiałów zebranych wcześniej. Czy w chwili wydania pierwszego ze wspomnianych orzeczeń materiały te, zakładając że zawierały informacje wykraczające poza zakres postanowienia o stosowaniu kontroli, utraciły przymiot legalności? Innymi słowy, czy nowa linia orzecznicza ma charakter retroaktywny? Odpowiedź na tak postawione pytanie nie jest prosta i wymaga wielopłaszczyznowej analizy problemu.

Zasada *lex retro non agit*, mimo jej dosłownego wyrażenia jedynie w zakresie prawa karnego w art. 42 ust. 1 Konstytucji, ma niewątpliwie ugruntowaną pozycję w polskim systemie prawa. Dowodzi tego orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego poczynając od pierwszego wyroku do chwili obecnej<sup>6</sup>.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 30 listopada 1988 r.<sup>7</sup> stwierdził, iż „Zasadę niedziałania prawa wstecz TK rozumie szerzej, nie tylko jako zakaz stanowienia norm prawnych, które nakazywałyby stosować nowo ustanowione normy prawne do zdarzeń, które miały miejsce przed ich wejściem w życie i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych (zasada *lex retro non agit* we właściwym tego słowa znaczeniu), lecz także jako zakaz stanowienia intertemporalnych reguł, które mają określić treść stosunków prawnych powstałych pod rządami dawnych norm a trwających w okresie wejścia w życie norm nowo ustanowionych, jeżeli reguły te wywołują ujemne prawne (a w konsekwencji społeczne) następstwa dla bezpieczeństwa prawnego i poszanowania praw nabytych”.

Pierwsze pytanie, jakie nasuwa się po lekturze powyższej definicji, dotyczy charakteru omawianej zmiany. Wszak zgodnie z obowiązującym katalogiem źródeł prawa, orzeczenia sądowe takowych nie stanowią. Nie-

<sup>6</sup> Por. np. wyrok TK z 28 V 1986 r., U 1/86, OTK 1986, s. 32; wyrok TK z 8 III 2005 r., K 27/03, OTK-A 2005, nr 3, poz. 22.

<sup>7</sup> Sygn. K 1/88, OTK 1998, s. 84.

mniej jednak, podążając za sposobem wykładniczym prezentowanym od dziesięcioleci w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) również i w naszym kraju traktuje się je jako ważny element systemu normatywnego. Wychodząc bowiem od zasady zaufania obywateli do państwa, należy wskazać, że naturalne jest zakładanie, iż prawo stanowione interpretowane jest w taki sposób, w jaki czynią to sądy, o ile znajduje ta wykładnia wyraz w ustabilizowanym stanowisku judykatury<sup>8</sup>. Dlatego też Włodzimierz Wróbel podnosi, iż nie można wykluczać spod zakazu retroaktywności zmian następujących w orzecznictwie sądowym. O ile bowiem orzeczenia same nie stanowią aktów prawotwórczych, to pokazują jak interpretowane jest prawo, a przepis bez wykładni wszak nie ma faktycznego znaczenia<sup>9</sup>.

Dlatego też należy przyjąć, że przywoływana nowelizacja z 2011 r. miała charakter bardziej klaryfikacyjny niż normatywny w zakresie, w którym mowa o zakazie wykorzystywania jako dowodu materiałów kontroli operacyjnej czy procesowej jeśli wykraczały one poza ramy postanowienia o stosowaniu każdego z tych środków. Sankcjonowała ona jedynie wypracowaną w orzecznictwie i co ważniejsze ustabilizowaną konstrukcję, na co wskazuje treść uzasadnienia projektu ustawy wprost powołującego się na postanowienie SN z 26 kwietnia 2007 r. (I KZP 6/07). W związku z powyższym zasygnalizowany powyżej podział na trzy „stany prawne” ma pozorny charakter. W istocie bowiem do zmiany normy wskazującej na zakres możliwych do wykorzystania materiałów doszło jeszcze przed wprowadzeniem nowych przepisów do ustaw kompetencyjnych organów ścigania i Kodeksu postępowania karnego w drodze zmiany interpretacji stosownych przepisów.

Przeciw powyższemu twierdzeniu można wysunąć argument, iż *de facto* nie doszło do żadnej zmiany, a wskazane orzeczenia miały jedynie na celu naprawienie dotychczasowej błędnej praktyki. Nie jest to jednak rozumowanie poprawne. Mimo że jest to trudne do zweryfikowania, ośmielę się postawić tezę, iż do ukształtowania omawianej linii orzeczniczej doszło na skutek zmiany aksjologicznej. Odwołując się do wiedzy powszechnej należy stwierdzić, że od początku XXI wieku coraz częściej ukazywały się w naszym kraju publikacje w prasie codziennej i specjalistycznej, odwołujące się do wskazanego problemu. Dopiero w latach dziewięćdziesiątych XX wieku zaczęły się pojawiać pierwsze publikacje wskazujące na

<sup>8</sup> Por. wyrok TK z 13 IV 1999 r., K 36/98, OTK ZU 1999, nr 3, poz. 40, s. 242; wyrok TK z 27 XI 1997 r., U 11/97, OTK ZU 1997, nr 5/6, poz. 67, s. 476.

<sup>9</sup> Por. W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003.

problematykę praw i wolności jednostki w kontekście uprawnień państwa. Przeważały jednak w literaturze prawniczej artykuły o praktycznym zastosowaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych bez pogłębionej refleksji nad ich miejscem w systemie prawa<sup>10</sup>. Przełom wieków był momentem, w którym proporcje te, wraz z ukazywaniem się coraz większej liczby sceptycznych publikacji, zaczęły się odwracać<sup>11</sup>. W szczególności akcentowano, iż krajowe regulacje i praktyka ich stosowania stoją w rażącej opozycji do standardów wypracowanych w orzecznictwie ETPC już w latach osiemdziesiątych. Postulowano także coraz bardziej wąską interpretację omawianych regulacji z uwagi na ich głęboką ingerencję w prawa jednostki. W takim coraz bardziej sprzyjającym klimacie doszło do wydania w 2005 r. dwóch orzeczeń: Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego, które śmiało można nazwać przełomowymi na poziomie krajowym. Pamiętać bowiem trzeba, że orzecznictwo sądowe jest podstawowym źródłem wiedzy o wykładni prawa, a piśmiennictwo (być może poza komentarzami) ma charakter co najwyżej uzupełniający.

<sup>10</sup> Por. S. H o c, *Refleksje na marginesie art. 10 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992, nr 3/4; A. T a r a c h a, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a ochrona praw jednostki*, „Problemy Praworządności” 1988, nr 8/9; S. P i k u l s k i, *Działania operacyjne Policji*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1996, nr 2; R. Z a k r z e w s k i, A. W o ź n i a k, *Nowe metody operacyjnego działania Policji*, „Kontrola Państwowa” 1996, nr 4; H. P r a c k i, *Nowe instytucje prawne w ustawach policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2/3; M. S ł a w i ń s k i, *Zakup kontrolowany – otwarta droga do stosowania*, „Gazeta Sądowa” 1997, nr 22; R. Z a k r z e w s k i, W. J a r o c h, *Dopuszczalność stosowania kontroli korespondencji i podsłuchu*, „Kontrola Państwowa” 1997, nr 1; G. M a z i e j, *Sądy w tajnej pracy policji*, „Gazeta Sądowa” 2000; bardziej sceptycznie w tym okresie S. W a ł t ó s, *Tajny Agent Policji*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 11/12; P. H o f m a ń s k i, *Procesowe środki ścigania przestępczości zorganizowanej*, „Przegląd Policyjny” 1994, nr 2/3.

<sup>11</sup> B. N i t a, *Przedmiotowy zakres podsłuchu procesowego*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 9; A. T a r a c h a, *Ograniczanie praw jednostki w kodeksie postępowania karnego i prawie policyjnym*, „Prokurator” 2002, nr 2; K. E i c h s t a e d t, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9; M. K l e j n o w s k a, *Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3; G. M u s i a l i k - D u d z i ń s k a, *Podsłuch pozaprocesowy (operacyjny) na gruncie znowelizowanej ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 4; M. R o g a l s k i, *Uwagi dotyczące techniki kontroli rozmów w sieci telekomunikacyjnej*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 6; nadal w duchu pragmatyzmu J. K u d ł a, B. K u p i s, *Nowe uregulowania prawne dotyczące polskich działań pod przykryciem*, „Przegląd Policyjny” 2002, nr 3/4; B. K u r z ę p a, *Stosowanie podstępu w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12; J. K u d ł a, Z. B i e l e c k i, *Wybrane aspekty zakupu kontrolowanego w pracy Policji*, „Przegląd Policyjny” 2005, nr 1.

Wskazana zmiana aksjologiczna nie może jednak obejmować przeszłości. Prowadziłoby to bowiem do kontrfaktycznego założenia, że i przed nią nasz system wartości kształtował się w taki sam sposób. Tymczasem nie ma wątpliwości, że w pewnym momencie stan świadomości prawnej, co do tego jak głęboko władze mogą poprzez czynności operacyjne ingerować w prawa obywateli, uległ w naszym kraju zmianie. Jakkolwiek zatem nowy system aksjologiczny zawsze ma tendencje do ingerencji w przeszłość, działania takie są nieuprawnione<sup>12</sup>. Fakt pojawienia się tych myśli w orzecznictwie sądowym należy uznać za moment, w którym zmiana aksjologiczna przerodziła się w normatywną.

Pamiętać jednak należy, że uwagi W. Wróbla czynione są na gruncie prawa karnego materialnego, stąd z pewną dozą ostrożności należy przenosić je na grunt przedstawionego problemu. Jak bowiem wskazywano powyżej, dziedzina ta w samej Konstytucji znajduje już uregulowanie zakazu retroaktywności, powielone następnie w art. 1 § 1 k.k., a nadto uzupełnione regułą intertemporalną z art. 4 § 1 k.k. Co więcej, reguła *lex mitior retro agit* znajduje także odzwierciedlenie w treści art. 15 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz art. 7 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Normy te dotyczą jednak oceny, czy dane zachowanie wypełnia znamiona typu czynu zabronionego i zasad orzekania sankcji karnej, a nie reguł realizacji prawa materialnego w procesie karnym. Do omawianych zasad dotyczących warunków wykorzystania kontroli operacyjnej z całą pewnością nie mogą mieć zastosowania wprost. Mimo atrakcyjności posłużenia się prawnokarną zasadą stosowania ustawy względniejszej, napotyka ono na przeszkody.

Tak samo penalizacja czy depenalizacja, jak i wprowadzenie instrumentów prawnych pozwalających na kontrolę rozmów telefonicznych czy tajne przeszukania mieszkania stanowią ingerencję w sferę praw i wolności. Prawo karne ma za zadanie m.in. ustalić zakres zachowań, w przypadku których należy zastosować wobec jednostki sankcje karne. Chodzi rzecz jasna o aktywności społecznie szkodliwe, a więc naruszające porządek publiczny i bardzo często także prawa innych obywateli. Posługując się zasadą proporcjonalności ustawodawca musi ustalić, jaki zakres zachowań można uznać za karalny i jakie sankcje w ich przypadku dozwolnić, mając na uwadze, że w ten sposób narusza prawa jednostki w celu ochrony wspomnianych wyżej wartości. Z kolei czynności operacyjne ingerujące silnie w prawa jednostki mają zwiększać efektywność procesu ścigania,

---

<sup>12</sup> Por. W. Wróbel, *op. cit.*



a więc w dalszej perspektywie zastosowania norm sankcjonujących prawa karnego materialnego. Mimo iż opisane powyżej konflikty rozgrywają się na różnych płaszczyznach, to nie może być wątpliwości, że zachodzi między nimi pokrewieństwo. W obu przypadkach zachodzi bowiem konflikt pomiędzy prawami indywidualnymi jednostki a porządkiem publicznym i względnie także prawami pokrzywdzonego. Chociaż nie można stosować w powyższym przypadku reguł intertemporalnych prawa karnego materialnego, powyższy wywód w dużej mierze musi znajdować odbicie przy rozstrzyganiu omawianego problemu. Artykuł 42 ust. 1 Konstytucji stanowi wszak rozwinięcie, w żadnej mierze niesprzeczne z regułą *lex retro non agit* wynikającą z art. 2 Konstytucji. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasadnie podnoszony jest także pogląd, iż zasada opisana w pierwszym z powyższych przepisów pokrywa się z wyprowadzoną z zasady demokratycznego państwa prawnego i stanowi jej część składową, a nie normatywne rozwinięcie<sup>13</sup>. Tym samym w perspektywie wykładniczej należy także pozostawić hipotezę stosowania zasady *lex mitior retro agit* wobec podejrzanego odnośnie zakazów dowodowych związanych z kontrolą operacyjną. Pamiętać należy jednak, że nie byłoby to posługiwanie się konstrukcją charakterystyczną dla prawa karnego materialnego, ale niejako stworzenie nowej reguły opartej o analogiczne uzasadnienie.

Jeśli jednak nie można zastosować norm prawa karnego materialnego intertemporalnego, powstaje pytanie, czy mogą w takiej sytuacji znaleźć zastosowanie inne zasady. Skoro problem dotyczy zakazów dowodowych, *prima facie* narzuca się analiza wspomnianych regulacji z punktu widzenia reguł międzyczasowych procedury karnej. I tu jednak od razu pojawia się problem, gdyż przepisy dotyczące kontroli operacyjnej zgodnie z dominującym poglądem doktryny i orzecznictwa nie stanowią regulacji procesowej. Dychotomiczny podział na czynności operacyjno-rozpoznawcze i procesowe stanowi wręcz element wypracowanej w piśmiennictwie definicji tych pierwszych. Pamiętać przy tym należy, że zarówno wspomniana linia orzecznicza, jak i nowelizacja z 2011 r. dotyczyły także czynności procesowej kontroli rozmów opisanej w art. 237 k.p.k. co do charakteru procesowego której panuje zgoda. Oznacza to, że w przypadku kontroli operacyjnej należałoby oprzeć się na zasadzie *lex retro non agit* w jej czystej postaci wywodzącej się z art. 2 Konstytucji. W ustawie nowelizacji

---

<sup>13</sup> Tak wyrok TK z 10 VII 2000 r., SK 21/99, OTK-ZU 2000, nr 5, poz. 144, s. 829; wyrok TK z 30 III 1999 r., K 5/98, OTK-ZU 1999, nr 3, poz. 39, s. 233; odmiennie wyrok TK z 6 VII 1999 r., P 2/99, OTK-ZU 1999, nr 5, poz. 103, s. 564.

jącej, a także w stosownych ustawach kompetencyjnych brak jest bowiem jakichkolwiek przepisów intertemporalnych. W przypadku zaś procesowego utrwalania rozmów odwołać się należy do koncepcji tzw. „chwytania w locie”, a więc prowadzenia w każdym momencie procesu wedle norm aktualnie obowiązujących, o ile nie wprowadzono w tej mierze przepisów intertemporalnych<sup>14</sup>.

Wspomnieć także trzeba o doktrynalnym i orzeczniczym rozróżnieniu na regulacje o charakterze statycznym i kinetycznym<sup>15</sup>. Te pierwsze dotyczą warunków niewadliwości czynności procesowych, a drugie regulują jego bieg. Zmiana procedury dotyka natychmiastowo („chwytania w locie”) toczące się postępowania w zakresie kinetyki procesu. Ważność i skuteczność dokonanych czynności procesowych ocenia się z kolei zawsze na podstawie przepisów obowiązujących w czasie ich dokonywania. Pogląd ten, mimo iż niekiedy wyrażany jako ogólna zasada intertemporalna procesu<sup>16</sup>, ma jednak ograniczony zasięg. Dotyczy bowiem jedynie sytuacji, w których statyka i kinetyka procesu i rozróżnienie skutków jakie dla tych aspektów procesu ma zmiana procedury, wyrażone są w odpowiednich przepisach przejściowych. Uwagi te są zatem zasadne w przypadku przepisów wprowadzających Kodeks postępowania karnego<sup>17</sup>, kompleksowej nowelizacji z 2007 r.<sup>18</sup>, czy też najczęściej w tym kontekście komentowanej nowelizacji usuwającej instytucję nieważności z Kodeksu postępowania karnego<sup>19</sup>. Akty te wyposażone były bowiem w przepisy intertemporalne i to skonstruowane właśnie z uwzględnieniem statyki i kinetyki procesu. Nie mogą one jednak dotyczyć opisywanego problemu, gdyż w przypadku nowelizacji ustaw „branżowych” i Kodeksu postępowania karnego z 2011 r. nie wprowadzono żadnych przepisów przejściowych. Z oczywistych powodów nie może to dotyczyć także przywołanej linii orzeczniczej. Tym samym należałoby przyjąć stosowanie do zmian w zakresie wykorzystania materiałów

<sup>14</sup> Por. T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 68; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 150 i n.

<sup>15</sup> Por. uchwała SN z 30 IX 1998 r., I KZP 14/98, OSNKW 1999, nr 9/10, poz. 42.

<sup>16</sup> Por. M. Rusinek, M. Żak, Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 X 2003 r., sygn. I KZP 27/03, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 4, s. 120 i n.

<sup>17</sup> Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, Dz.U. Nr 89, poz. 556 ze zm.

<sup>18</sup> Ustawa z dn. 29 III 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 64, poz. 432.

<sup>19</sup> Ustawa z dn. 10 I 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadczeniu koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. Nr 17, poz. 155.



kontroli procesowej reguły chwywania w locie. Oceniając zatem dzisiaj sprawy, w których takową prowadzono, należałoby posługiwać się przepisem art. 237 § 8 k.p.k., niezależnie od tego, czy w czasie prowadzenia kontroli rozmów zakaz ten obowiązywał.

Na marginesie wypada także rozważyć, czy wskazane zakazy dowodowe mają charakter statyczny czy dynamiczny. Uwagi te mogą mieć bowiem znaczenie w przypadku przyszłych nowelizacji procedury. Reguły prowadzenia kontroli procesowej wyznaczają ramy jej prowadzenia – są zatem przesłankami ich ważności. Powstaje jednak pytanie, czy omawiany zakaz dowodowy z art. 237 § 8 k.p.k. również jest regulacją procesową o charakterze statycznym. Z jednej strony należy wskazać, że przytoczona linia orzecznicza w sposób jednoznaczny wiąże granice prowadzenia czynności podsłuchu z ich zakresem sformułowanym przez organ wydający postanowienie. Należy jednak dojść do wniosku, że tak sformułowany zakaz nie dotyczy kwestii tego, czy czynność była ważna, ale tego, czy można wykorzystać materiały z czynności dokonanej z przekroczeniem jej granic. Z wadliwości czynności wynika niemożność wykorzystania jej owoców. Oznacza to jednak zachodzenie implikacji pomiędzy powyższymi argumentami a nie ich tożsamość. Kwestia zakazu dowodowego jest zatem sferą procedowania, a więc regulacją o charakterze kinetycznym. W takiej sytuacji należałoby stosować regułę tzw. „chwywania w locie”, czyli przyjąć, że jeżeli w momencie dokonywania czynności kontroli procesowej nawet w przypadku zgromadzenia materiałów wykraczających poza upoważnienie wynikające z zarządzenia a dokonane przed zapoczątkowaniem wspomnianej linii orzeczniczej, nie można ich obecnie wykorzystać. Oznacza to, że zebrane w sposób niezgodny z obecnymi regulacjami materiały kontroli procesowej nie mogą obecnie stanowić dowodu w postępowaniu karnym, a norma wyrażona we wspomnianych orzeczeniach ma charakter retroaktywny. Kwestia ta wydaje się nie budzić wątpliwości w przedmiotowej sytuacji z uwagi na zmianę, która doprowadza do zwiększenia uprawnień oskarżonego. Gdyby jednak nastąpiła zmiana rozszerzająca możliwość stosowania kontroli procesowej (poprzez rozszerzenie ustawowego katalogu), należałoby się zastanowić, czy nie byłoby konieczne wprowadzenie reguł intertemporalnych. Oznaczałoby to bowiem, że w niektórych postępowaniach możliwe byłoby wykorzystanie materiałów zebranych sprzecznie z ustawą. To z kolei byłoby retroaktywnym pogorszeniem sytuacji jednostki, wobec której doszło do nieuprawnionego naruszenia prawa do prywatności.

Wracając jednak do głównego wątku, należy wskazać, że powyższe reguły nie mają zastosowania do czynności operacyjno-rozpoznawczych, gdyż

jak podnosiłem powyżej, nie są one częścią regulacji procesowej. Oznacza to, że do rozważenia kwestii ewentualnego stosowania opisanej wykładni do czynności wykonanych przed jej zaistnieniem należy odnieść regułę wynikającą wprost z art. 2 Konstytucji. Zgodnie z utrwaloną w orzecznictwie TK zasadą *lex retro non agit*, preferowany jest zakaz retroaktywności norm prawnych. Zasada ta jednak nie jest bezwzględna i dopuszcza się od niej wyjątki<sup>20</sup>. Już z przytoczonej na wstępie definicji wynika, że zakaz retroaktywności jest bezwzględny, jeśli miałby uszczuplać prawa i wolności jednostki i pogarszać jej sytuację. Nie może być wątpliwości, że przedstawiona zmiana ma charakter prowolnościowy i rozszerza gwarancje prawa do prywatności. Omawiany zakaz dowodowy stanowi bowiem swoistą sankcję za wykraczającą poza ustawowe upoważnienie ingerencję w sferę prywatności jednostki, powstrzymującą organy państwa od takich działań.

Jednocześnie podkreśla się, że odstępstwo od zasady *lex retro non agit* dopuszczalne jest, gdy „jest to konieczne dla realizacji wartości konstytucyjnej, ocenianej jako ważniejsza od wartości chronionej zakazem retroakcji”<sup>21</sup>. „W wyjątkowych okolicznościach dopuszczalne jest nawet wprowadzenie pewnych odstępstw od zasady *lex retro non agit*, jeżeli przemawia za tym konieczność realizacji innej zasady konstytucyjnej, a jednocześnie realizacja tej zasady nie jest możliwa bez wstecznego działania prawa”<sup>22</sup>.

Nie budzi wątpliwości, że jeżeli mielibyśmy dopuścić retroaktywne działanie omawianych zakazów dowodowych, to czynilibyśmy tak w imię ochrony konstytucyjnego prawa do prywatności. Czy jednak wartości te są istotniejsze od chronionego zakazem retroakcji zaufania obywateli do prawa? Pamiętać przy tym należy, że konflikt ten jest znacząco odmienny od tego, który leży u podstaw samego wprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych do porządku prawnego. Kwestia napięcia pomiędzy obowiązkiem państwa do zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego a prawem do prywatności została w sposób obszerny wyłożona w wyroku TK z 12 grudnia 2005 r.<sup>23</sup> Trybunał przyjął, powołując się także na jednolitą linię Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, że pomiędzy wskazanymi wartościami występuje naturalny i nieusuwalny konflikt. W dzisiejszym świecie państwa nie są w stanie zrezygnować z prowadzenia tajnych czynności ingerujących w prawo do prywatności jednostek. Naruszenia te jednak powinny odpowiadać określonym przesłankom, a ich zakres nie może

<sup>20</sup> Por. wyrok TK z 25 II 1992 r., K 3/91, OTK 1992, cz. I, s. 9.

<sup>21</sup> Wyrok TK z 31 I 2001 r., P 4/99, OTK ZU 2001, nr 1, poz. 5, s. 69.

<sup>22</sup> Wyrok TK z 7 II 2001 r., K 27/00, OTK ZU 2001, nr 2, poz. 29, s. 164.

<sup>23</sup> Sygn. K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132.

naruszać istoty zagrożonych praw. Oznacza to konieczność wprowadzenia gwarancji zarówno materialnoprawnych w postaci odpowiedniego określenia granic wkroczenia służb w prawo do prywatności, jak i proceduralnych, zapewniających, że granice te zostaną zachowane. Wynika to z tego, że są to czynności tajne a ich kontrola sądowa zawsze będzie ograniczona, co otwiera pole do nadużyć. Oceniając konflikt związany z ewentualną retroaktywnością zakazu dowodowego należy pamiętać, że na dalszym planie występuje także i takie napięcie.

Na wstępie należy wskazać, że niewątpliwie stan sprzed wprowadzenia omawianego zakazu dowodowego charakteryzował się większym ograniczeniem prawa do prywatności. Zmiana normatywna polegająca na jego wprowadzeniu spowodowała polepszenie ochrony prawa do prywatności. Ewentualne retroaktywne jej działanie jest konieczne, aby zrównać w ochronie jednostki, wobec których prowadzono kontrolę operacyjną przed zapoczątkowaniem linii orzeczniczej i obecnie. Wydaje się, że kładąc na jednej szali prawo do prywatności jednostki, a na drugiej zaufanie obywateli do państwa, należy uznać, że przechyli się na korzyść tej pierwszej. Wskazać przy tym należy, że tego rodzaju konflikt nie był do tej pory rozpatrywany przez TK i w piśmiennictwie także nie był poruszany. Nie ma jednak wątpliwości, że pewność co do prawa jest jednym z fundamentów zasady demokratycznego państwa prawnego. Ma ona zakotwiczenie w wolności człowieka, wyrażając się w swobodzie planowania swoich działań i określaniu celów. Pewność prawa gwarantuje przewidywalność skutków ludzkiej działalności. Nie jest to jednak wartość absolutna, gdyż po pierwsze, system prawa musi w pewnych sytuacjach ulegać zmianom a ochrona poczucia bezpieczeństwa prawnego też w pewnych sytuacjach musi ustępować w obliczu zagrożenia innych wartości konstytucyjnych<sup>24</sup>.

Oceniając przy tym pewność co do prawa, nie można zapomnieć, że zakaz retroaktywności w zasadzie tyczy się tylko zmian zmniejszających prawa jednostki<sup>25</sup>. Można zatem wskazać, że pewność co do prawa osób wobec których stosuje się kontrolę operacyjną w żaden sposób nie jest zmniejszana skoro na jej skutek nie mogą zostać wobec nich wyciągnięte żadne negatywne konsekwencje. Należy zatem dojść do wniosku, że wspomniany

<sup>24</sup> Por. wyrok TK z 14 VI 2000 r., P 3/2000, OTK-ZU 2000, nr 5, poz. 138, s. 691.

<sup>25</sup> Por. wyrok TK z 30 XI 1988 r., K 1/88, OTK 1988, poz. 6, s. 102; wyrok TK z 15 XII 1997 r., K 13/97, OTK-ZU 1997, nr 5/6, poz. 69, s. 496; orzeczenie TK z 8 XI 1989 r., K 7/89, OTK 1989, poz. 8, s. 121; orzeczenie TK z 8 XI 1994 r., P 1/94, OTK 1994, cz. II, poz. 37, s. 71; wyrok TK z 17 XII 1997 r., K 22/96, OTK-ZU 1997, nr 5/6, poz. 71, s. 511.

konflikt ma charakter pozorny. Wydawać by się mogło, że retroaktywne stosowanie zakazu wykorzystywania materiałów kontroli operacyjnej i procesowej zebranych „poza” upoważnieniem nie napotyka przeszkód jako zmiana „prowolnościowa”.

Należy jednakże odnieść się do podnoszonych coraz częściej argumentów wskazujących na uprawnienia pokrzywdzonego w procesie karnym. Pamiętać bowiem należy, że osoba kontrolowana nie jest jedyną „stroną” tych czynności. Osobami żywotnie zainteresowanymi zakresem zakazów dowodowych są wszak pokrzywdzeni, których prawo do dochodzenia sprawiedliwości jest przez nie w sposób nieunikniony ograniczane. Rozstrzygnięcie tego niewątpliwego konfliktu jest jednak o wiele trudniejsze.

Przywołana linia orzecznicza wraz z wyrokiem TK z 2005 r. w sposób jednoznaczny zidentyfikowała konflikt leżący u podstaw czynności operacyjno-rozpoznawczych. Został on usytuowany na styku wartości indywidualnej, jaką jest prywatność, i wartości zbiorowej w postaci bezpieczeństwa i porządku publicznego. W żadnym z tych orzeczeń nie zwrócono uwagi na prawa pokrzywdzonych. Nie można jednak zapomnieć o silnym zespoleniu, jakie zachodzi pomiędzy zwiększeniem uprawnień państwa w zakresie zachowania porządku publicznego a prawami pokrzywdzonych. Wszelkie ułatwienia w prowadzeniu postępowań karnych, takie jak nowe środki dowodowe muszą w dalszej perspektywie powodować, że osoby dotknięte przestępstwami mają teoretycznie większe szanse na uzyskanie ochrony prawnej w ramach procesu i jego rozstrzygnięcia. Tym samym wydaje się, że nie można o doprecyzowaniu zakresu kontroli operacyjnej i procesowej mówić jako o ograniczeniu praw pokrzywdzonych. Wszak samo wprowadzenie tych instytucji zwiększa zabezpieczenie prawne ofiar przestępstw kosztem prawa do prywatności. Omawiany zakaz dowodowy jest zatem tylko wyłomem na niekorzyść pokrzywdzonych w instytucji ogólnie poszerzającej zakres ich praw<sup>26</sup>.

Powstaje jednak pytanie, dlaczego w omawianej linii orzeczniczej nie identyfikuje się praw pokrzywdzonych a jedynie wartość jaką jest porzą-

---

<sup>26</sup> Należy zaznaczyć, że jest to sytuacja specyficzna, gdyż zakazy dowodowe co do zasady ograniczają zakres dostępnych środków dowodowych. Wynika to z tego, że „klasyczne” dowody, takie jak przesłuchanie świadków czy dokumenty, są w przeciwieństwie do materiałów kontroli operacyjnej i procesowej neutralne w stosunku do praw i wolności obywatelskich. Względnie można je uznać nawet za przejawy prawa do sądu, a zatem za regulacje pozytywne z punktu widzenia praw konstytucyjnych. W ich przypadku zakazy dowodowe stanowią zatem ograniczenie swobód obywatelskich z uwagi na konieczność ochrony innych wartości.

dek publiczny. Możliwe, że jak wskazywałem wyżej, dostrzeżono to silne zespolenie, uznając że wartość jaką jest zachowanie porządku publicznego niejako zawiera w sobie prawa pokrzywdzonych. Oznaczałoby to, że przy rozstrzyganiu powyższego konfliktu już wtedy uwzględniono prawa pokrzywdzonych. Wydaje się to jednak być ogromnym uproszczeniem, a nic w tekstach judykatów przytoczonych na wstępie nie wskazuje na taką interpretację.

Odpowiedzi upatruję w przyjmowanym obecnie rozumieniu prawa do sądu w postępowaniu karnym, które jest indywidualną wartością pokrzywdzonego chronioną konstytucyjnie. W tej kwestii obserwować można z pewnością ewolucję poglądów doktryny i orzecznictwa. Jej wynikiem zdaje się być ogólny trend ustawodawczy, polegający na systematycznym zwiększaniu procesowych uprawnień ofiar przestępstw, który można obserwować w szeregu kolejnych nowelizacji prawa materialnego i procesowego. Nie jest w tej mierze wyjątkiem planowana już od jakiegoś czasu kompleksowa nowelizacja procedury, przygotowywana w łonie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego.

Wskazać zatem należy, że w początkach obowiązywania Konstytucji panowało przekonanie, że pokrzywdzony w postępowaniu karnym nie korzysta z przewidzianego w art. 45 ust. 1 prawa do sądu<sup>27</sup>. Linia ta jednak szybko ustępowała pogładowi, iż pokrzywdzonemu przysługuje swoiste prawo do sądu w sprawach karnych, znacząco jednak odmienne od prawa oskarżonego. Wskazywano, że pokrzywdzonemu nie przysługuje prawo do wszczynania postępowań karnych (poza prywatnoskargowymi), jednak rozstrzyganie odpowiedzialności karnej dotyka jego praw, a zatem jest także jego sprawą. Podkreślano, że pokrzywdzony może swoje uprawnienia realizować także w procesie cywilnym. Zauważono także, iż pokrzywdzony ma również interes niematerialny w ukaraniu sprawcy, którego nie zastąpi ochrona udzielana w postępowaniu cywilnym<sup>28</sup>. Wreszcie w wyroku z 25 września 2012 r.<sup>29</sup>, TK podsumowując i rozwijając dotychczasowe orzecz-

---

<sup>27</sup> Tak. P. Hofmański, *Prawo do sądu w sprawach karnych jako gwarancja ochrony praw człowieka*, w: *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 203; wyrok TK z 2 IV 2001 r., SK 10/00, OTK 2001, nr 3, poz. 52; odmiennie uchwała SN z 20 VI 2000 r., I KZP 14/00, OSNKW 2000, nr 7/8, poz. 59.

<sup>28</sup> Por. wyrok TK z 12 V 2003 r., SK 38/02, OTK-A 2003, nr 5, poz. 38; wyrok TK z 18 V 2004 r., 38/03, OTK A 2004, nr 5, poz. 45; wyrok z 15 VI 2004 r., SK43/03, OTK A 2004, nr 6, poz. 58.

<sup>29</sup> Sygn. SK 28/10, OTK A 2012, nr 6, poz. 96.

nictwo stwierdził, że „sprawa karna jest sprawą oskarżonego. Toczące się postępowanie sądowe w sprawie karnej może jednak dotyczyć różnego rodzaju interesów pokrzywdzonego i dlatego też z chwilą wniesienia aktu oskarżenia przez uprawnionego oskarżyciela staje się również – w pewnym sensie – sprawą pokrzywdzonego. Z tego względu pokrzywdzony może zostać uznany za szczególnego rodzaju podmiot objęty odpowiednimi gwarancjami wynikającymi z konstytucyjnego prawa do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji)”.

Trybunał wskazał przy tym na trzy podstawowe konsekwencje wynikające z powyższego ujęcia. Pokrzywdzony ma prawo do: procedury ukształtowanej zgodnie z zasadami sprawiedliwości, a więc z uwzględnieniem jego słuszych interesów oraz prawa do wysłuchania; wiążącego rozstrzygnięcia uzyskanego bez uzasadnionej zwłoki w sprawie inicjowanej przez oskarżyciela publicznego; rozpatrzenia sprawy przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

Rozwinięciem poprzedniej linii było stwierdzenie, iż pokrzywdzony ma prawo do inicjowania postępowań w swojej sprawie, przy czym realizuje się ono przede wszystkim w procesie cywilnym. Takowego uprawnienia nie ma jednak w przypadku przestępstw ściganych w trybie publicznoskargowym. Pokrzywdzonemu przyznane zostały nadto uprawnienia kontrolne, wyrażające się w możliwości zaskarżania decyzji o umorzeniu postępowania, czy też uprawnieniu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia. Jednak prawo do sądu w procedurze karnej zaczyna chronić ofiary przestępstw od momentu wniesienia sprawy do sądu.

Z powyższego ujęcia wynikają dwie konstatacje. W ujęciu bardziej ogólnym zasadne wydaje się pominięcie w omawianej linii orzeczniczej przy ocenie proporcjonalności kontroli operacyjnej praw pokrzywdzonych. Skoro bowiem, na etapie przed wniesieniem aktu oskarżenia, pokrzywdzony nie korzysta z konstytucyjnego prawa do sądu w procesie karnym, to nie sposób wskazać na to, jakie prawo pokrzywdzonego miałyby być naruszone na rzecz ochrony prawa do prywatności. Dodać przy tym należy, że czynności operacyjno-rozpoznawcze co do zasady prowadzone są jeszcze przed wszczęciem postępowania przygotowawczego. Przyjęty w omawianych orzeczeniach wzorzec kontroli proporcjonalności, polegający na rozstrzygnięciu konfliktu pomiędzy prawem do prywatności a bezpieczeństwem i porządkiem publicznym jest zatem prawidłowy i nie wymaga uzupełnienia o prawa pokrzywdzonych, które jako korelat prawa do sądu na tym etapie jeszcze nie występują.



Inaczej ten problem przedstawia się przy rozstrzygnięciu węższego zagadnienia, a więc problemu intertemporalnego związanego z retroaktywnością zakazu dowodowego. Chodzi bowiem o postępowania, które znajdują się w fazie sądowej, a więc w momencie, w którym pokrzywdzony korzysta już z prawa do sądu i w aktach sprawy zalegają materiały kontroli operacyjnej, które mogą doprowadzić do skazania sprawcy, ale z uwagi na omawianą zmianę normatywną obecnie nie mogłyby stanowić podstawy ustaleń faktycznych orzeczenia<sup>30</sup>. Powstaje pytanie, czy zmiana reguł dowodowych w trakcie postępowania narusza sformułowane powyżej prawo do sądu pokrzywdzonego, a jeśli tak, to czy naruszenie to jest usprawiedliwione. Problem ten okrężną drogą przywołuje ponownie zasadę zaufania obywateli do prawa, tym razem w postaci ochrony praw nabytych. Jego podmiotem jest jednak w tym przypadku pokrzywdzony.

Takie rozwiązanie w mojej ocenie naruszałoby obie powyższe zasady. Do materiałów kontroli operacyjnej znajdujących się w aktach sprawy ma dostęp pokrzywdzony występujący w roli oskarżyciela posiłkowego. Jest to jedna z podstaw prawa do sądu także jako prawa pokrzywdzonego. Dzięki niemu może bowiem w racjonalny sposób dążyć do uzyskania w procesie karnym założonego celu. Może zatem na podstawie akt sprawy formułować swoje stanowisko procesowe, składać wnioski dowodowe czy zadawać pytania świadkom i biegłym. Ma także możliwość zaskarżania orzeczeń, powołując się na te materiały poprzez np. zarzut błędu w ustaleniach faktycznych.

Wprowadzenie w trakcie procesu zmian w tym materiale poprzez eliminację z niego pewnych elementów może prowadzić do całkowitej dezintegracji linii oskarżenia w tym i pokrzywdzonego. Dopuszczenie takiej możliwości powodowałoby, że pokrzywdzony nigdy nie mógłby być pewny, czy przyjęta przez niego taktyka nie zostanie obalona odgórną zmianą reguł procesowych. Dopuszczenie takich zmian w moim odczuciu oznaczałoby zarówno niesprawiedliwe ukształtowanie zasad procedury, jak i naruszenie praw nabytych. Nie zmienia tego moim zdaniem fakt, że kontrola operacyjna czy też procesowa zarządzana jest przed wszczęciem postępowania sądowego i pokrzywdzony nie ma o tym żadnej wiedzy ani nie może też mieć żadnego wpływu. W momencie, w którym akta sprawy trafiają do sądu, składa on oświadczenie o przystąpieniu do sprawy w charakterze oskarżyciela

---

<sup>30</sup> Wydaje się, że jest niemożliwe, aby w obecnej chwili do sądu wpłynął nowy akt oskarżenia zawierający takie materiały, gdyż musiałyby zostać zebrane przed 2005 r. i do tej pory niewykorzystane.

posiłkowego i zaczyna korzystać z ochrony art. 45 ust. 1 Konstytucji. Dochodzi do powstania swoistego stanowiska równości pomiędzy stronami. Pokrzywdzony ma zatem prawo na podstawie tych materiałów dochodzić swoich praw w procesie. Jest to tym bardziej widoczne w sprawach, w których doszło już do przeprowadzenia rozpraw w II instancjach i przed SN i konieczne jest ponowne procedowanie.

Pozostaje zatem odpowiedzieć na pytanie, czy takie naruszenie zasady ochrony praw nabytych i prawa do sądu można uznać za usprawiedliwione. Jak wskazywano powyżej, wprowadzona zmiana normatywna miała na celu lepsze zabezpieczenie prawa do prywatności. W tym przypadku wydaje się, że nie można jednak mówić o jego nieusprawiedliwionym naruszeniu. Nie ma wszak wątpliwości, że wprowadzenie zakazu dowodowego poszerzyło granice tej wolności. Jednak wkroczenie w tę sferę uznajemy za usprawiedliwione, a przed powstaniem omawianej linii orzeczniczej też tak było, tylko że w szerszym zakresie. Przy czym nawet wtedy nie było ono nieograniczone. Podchodząc zatem od drugiej strony do przedstawionego już powyżej problemu, nie można uznać, aby niestosowanie obecnego zakazu z mocą wsteczną naruszało prawo do prywatności. Nie dochodzi w ten sposób do pogorszenia zakresu praw takiego oskarżonego. Byłoby tak, gdyby do zakazów dowodowych stosować zasadę *lex mitior retro agit*. Wydaje się jednak, że w obecnym stanie normatywnym zbyt mało jest racjonalnych argumentów za tym przemawiających. Nawet bowiem zmiana prowolnościowa nie może być uznana za działającą wstecz jeśli narusza prawa innych osób.

To jednak nie koniec problemów, gdyż powyższa argumentacja ma zastosowanie jedynie w przypadku naruszenia praw pokrzywdzonych. Pozostaje jeszcze kwestia tzw. „przestępstw bez pokrzywdzonego”, które ze swej istoty godzą w dobra ponadindywidualne, a także przestępstw, które chronią indywidualne dobra prawne, ale ich dysponent nie jest zainteresowany uzyskaniem ochrony prawnokarnej i nie przystępuje do sprawy jako oskarżyciel posiłkowy. Taka sytuacja powoduje niejako powrót do stanu, w którym rozpatrując retroaktywność zakazu dowodowego powracamy do sytuacji, w której przyjęcie tej koncepcji ma charakter prowolnościowy a nie narusza praw innych jednostek. Jest to oczywiste w przypadku przestępstw bez pokrzywdzonego. Podobnie jest, jeśli chodzi o sprawy, w których pokrzywdzony nie korzysta ze swoich uprawnień do występowania w charakterze strony. Przyjmując, że realizacja praw pokrzywdzonego jest korelatem prawa do sądu, to przy obecnej interpretacji osoba taka pozostaje poza jego ochroną. Nie ma ona zresztą dostępu do akt sprawy i znajdują-

cych się w niej dowodów ani też możliwości uczestnictwa w procesie. Nie można mówić, że w jakimś momencie jej prawo do przyjęcia racjonalnej taktyki procesowej zostaje naruszone, skoro nie jest ona zainteresowana prowadzeniem takowej. W tych przypadkach należałoby dojść do wniosku, że nie ma przeszkód w retroaktywnym stosowaniu omawianych zakazów dowodowych, a ich charakter zwiększający zabezpieczenie wolności jednostki za tym przemawia.

Powyższe rozważania prowadzą zatem do dwoistych wniosków. Powracając do postawionego na samym początku pytania, należy skonstatować, że w toczonych obecnie postępowaniach sądowych, w których materiały kontroli operacyjnej zebrano przed powstaniem linii orzeczniczej statuującej zakaz dowodowy w pewnych wypadkach, możliwe jest ich wykorzystanie także w zakresie wykraczającym poza tę normę. Analiza tej kwestii z uwzględnieniem tylko i wyłącznie uprawnień oskarżonego wskazywałaby na możliwość retroaktywnego działania zakazu dowodowego. Nie naruszałoby to bowiem w żadnej mierze jego uprawnień, a wręcz przeciwnie – zwiększało je. Nie można przy tym uznawać za naruszenie uprawnień odmowy stosowania z mocą wsteczną regulacji korzystniejszych. Przyjęcie jednak retroaktywności zakazu dowodowego uszczuplałoby prawo pokrzywdzonych do rozpatrzenia ich sprawy w sprawiedliwej procedurze oraz zakres ich praw nabytych o ile one jednak istnieją<sup>31</sup>.

W związku z powyższym wydaje się zasadne postulowanie *de lege ferenda* wprowadzenia w tej mierze reguł intertemporalnych. Przeprowadzony wywód wydaje się bowiem stosunkowo skomplikowany i wyprowadzenie z niego nowych norm na zasadzie interpretacji byłoby bardzo mało przejrzyste. Przy tym reguły te mogą mieć zastosowanie tak do przedstawionego problemu, jak i przyszłych mogących się ujawnić przy zmianach zakresów zakazów dowodowych. Wszak zmiany np. katalogów przestępstw w przypadku, w którym można prowadzić kontrolę, już kilkakrotnie następowaly i takich ruchów ustawodawcy można się zapewne spodziewać także w przyszłości. W mojej ocenie badanie tych zaszłości musiałyby zachodzić indywidualnie w każdej sprawie i sąd rozpoznający musiałby ocenić czy wprowadzona zmiana w zakresie zakazu dowodowego jest korzystna dla oskarżonego. Jeśli byłaby niekorzystna, to należałoby przyjmować, że zakres materiału dowodowego możliwego do wykorzystania należy oceniać według starych przepisów. Gdyby zaś była korzystniejsza dla sprawy, to

---

<sup>31</sup> Jak wskazywałem także wyżej, chodzi o sprawy, które w chwili wprowadzenia zakazu dowodowego znajdowały się w fazie postępowania sądowego.

należałoby przyjąć jej retroaktywność pod warunkiem, że nie naruszy to praw pokrzywdzonych. Musiałby wtedy organ orzekający zbadać, czy przestępstwo, co do którego zebrano materiały, godzi w indywidualne dobra i czy pokrzywdzeni zdecydowali się wykorzystywać swoje prawo do działania w charakterze strony postępowania.

Ocena *ad casu* tego rodzaju relacji wydaje się oparta na jasnych kryteriach, a nadto nie jest całkiem obca procedurze karnej. Powyższa koncepcja wyrażona jest poprzez klauzulę generalną, jaką jest „naruszenie praw pokrzywdzonego”. Ustawodawca stara się nimi szafować dość oszczędnie w przepisach procedury karnej regulujących bieg samego procesu. Z podobnymi problemami mierzą się jednak sądy, oceniając np. zakres możliwego zaskarżenia orzeczeń biorąc pod uwagę instytucję tzw. *gravamen*. Proponowana regulacja nie stanowiłaby w tej mierze żadnego wyjątku.

Doprowadza to jednak do konkluzji, iż odpowiedź na postawione na wstępie pytanie będzie różna dla kontroli operacyjnej i procesowej. Powodowałoby to niczym nieusprawiedliwioną różnicę w interpretacji analogicznych zakazów dowodowych. Wydaje się zatem zasadne odejście w przypadku kontroli procesowej od zasady „chwytania w locie” poprzez wprowadzenie także w Kodeksie postępowania karnego odpowiednich reguł międzyczasowych.