

<http://dx.doi.org/10.16926/gea.2025.02.01.24>

dr hab. Piotr HERBOWSKI, prof. UJD

Uniwersytet Jana Długosza w Częstochowie

ORCID 0000-0002-7736-3614

e-mail: piotr.herbowski@wp.pl

Recenzja książki Piotra Kosmatego
Wpływ pracy operacyjnej na proces karny,
Difin, Warszawa 2025, ss. 206

Na rynku wydawniczym ukazała się monografia naukowa autorstwa P. Kosmatego poświęcona ocenie wpływu, jaki na proces karny wywiera praca operacyjna. Zasługuje ona na uwagę, gdyż jak wskazuje Autor w jej wstępie jest ona efektem wieloletniego procesu zgłębiania tego problemu zarówno w aspekcie teoretycznym, jak i praktycznym.

Założeniem, które przyjęto podczas recenzowania tej książki było odejście od schematycznego powielania sposobu oceny, jaki jest praktykowany w przypadku prac kwalifikacyjnych. Wydaje się, że nie jest on ciekawy poznawczo dla potencjalnych Czytelników, gdyż niejednokrotnie są to w dużym uproszczeniu jedynie streszczenia prac okraszone standardowymi formułkami wymaganymi od recenzentów w przewodach naukowych. O wiele bardziej wartościowa wydaje się ocena spójności poglądów zaprezentowanych w monografii, zrealizowana poprzez analizę tylko kilku wybranych, a jednocześnie kluczowych dla pracy operacyjnej zagadnień. Całościowa analiza wszystkich kwestii poruszonych w monografii zdecydowanie wykraczałaby poza zakres recenzji.

Już pierwsze spojrzenie na spis treści monografii pozwala stwierdzić, że Autor przedmiotem swoich rozważań trafnie uczynił szereg problemów, które nie tylko w ostatnich latach są przedmiotem wielu analiz i dyskusji. Z pewnością jego przemyślenia przedstawione w tym opracowaniu wpisują się w postulowany proces tworzenia podbudowy naukowej dla prawa operacyjnego. Jednak dostrzeżenie tej gałęzi prawa przez szersze grono prawników wymaga jeszcze czasu. Stale rosnąca liczba przepisów regulujących ten obszar działań organów państwowych pozwala stwierdzić, że w polskiej przestrzeni prawnej wykształciła się już samodzielna gałąź prawa, którą można określić mianem prawa operacyjnego.

We wstępie do monografii jej Autor wspomina o trwających intensywnych pracach nad projektem Kodeksu pracy operacyjnej¹ (dalej k.p.o.), który po raz pierwszy w historii ma kompleksowo uregulować tematykę czynności operacyjno-rozpoznawczych. Jednak prace nad takimi projektami, którym przyświecały zbliżone założenia, były już w przeszłości kilkakrotnie podejmowane². P. Kosmaty podkreśla, że pozytywnie ocenia zapisy projektu k.p.o. Jest to o tyle zastanawiające, że wydaje się, że spośród wszystkich dotychczas zgłoszonych projektów ustaw mających regulować czynności operacyjno-rozpoznawcze to wobec projektu k.p.o. praktycy i środowisko naukowe wysunęło najwięcej zastrzeżeń³. Stało się tak chociażby w trakcie konsultacji, jakie zorganizowali twórcy tego projektu, a w których brał udział autor niniejszej recenzji. Uznano wówczas, że zawiera on wiele rozwiązań wątpliwych z punktu widzenia praworządności i efektywności pracy operacyjnej, a przeważającą część proponowanych rozwiązań oceniono negatywnie. W opinii zdecydowanej większości dyskutantów z tego powodu nie miał on szans na osiągnięcie sukcesu legislacyjnego. Pod wpływem dość powszechnej krytyki projektodawcy słusznie uznali w grudniu 2024 r., że dalsze prace nad projektem k.p.o. należy uznać za bezcelowe⁴. Pomimo tego warto odnieść się do niektórych zapatrywań P. Kosmatego dotyczących tego projektu, gdyż może on być w dalszym ciągu przedmiotem ciekawych rozważań naukowych i podstawą do dyskusji o koniecznych zmianach w prawie operacyjnym.

Należy w pełni podzielić pogląd Autora, że pomimo braku legalnej definicji czynności operacyjno-rozpoznawczych wszelkie próby przypisywania im, chociażby częściowo jawnego charakteru, są całkowicie niezgodne z ugruntowanym w literaturze przedmiotu poglądem o ich tajnym charakterze. P. Kosmaty podkreśla jednocześnie, że twórcy projektu k.p.o. postawili sobie ambitny plan stworzenia legalnej definicji tego pojęcia. Trudno więc zgodzić się z efektem ich pracy, gdyż uznali oni, że praca operacyjna jest to zespół czynności lub przedsięwzięć, jawnych i niejawnych. Próbując podważyć fundamentalne założenie o tajności

¹ Projekt Kodeksu pracy operacyjnej z dnia 17.04.2023 r. <https://civitas.edu.pl/wp-content/uploads/2023/05/kodeks-pracy-operacyjnej-projekt-17042023.pdf> [pobrano dn.: 7.07.2024].

² Zob. m.in. P. Herbowski, *Poufne osobowe źródła informacji. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Warszawa 2018, s. 109–126.

³ Zob. E. Gruza, *Pegaz(us) i Hermes – patronami Kodeksu Pracy Operacyjnej*, [w:] K. Juszka, K. Juszka, D. Szydłowski (red.), *Kryminalistyka i prawo. Księga Jubileuszowa Profesora Jerzego Kasprzaka*, Kraków 2024, s. 111–124; P. Opitek, *Miało być lepiej, może być gorzej. Kilka uwag do projektu Kodeksu pracy operacyjnej*, <https://www.prawo.pl/prawo/projekt-kodeksu-pracy-operacyjnej-opinia,526890.html> [pobrano dn.: 8.08.2024]; także P. Herbowski, *Projekt Kodeksu pracy operacyjnej – analiza krytyczna*, [w:] K. Juszka (red.), *Kryminalistyka, prawo i bezpieczeństwo*, Kraków 2025 (oddane do druku).

⁴ I. Kacprzak, *Nie będzie kodeksu pracy operacyjnej. Rząd wprowadza obostrzenia dla służb przez rozporządzenia*, <https://www.rp.pl/sluzby/art41579741-nie-bedzie-kodeksu-pracy-operacyjnej-rzad-wprowadza-obostrzenia-dla-sluzb-przez-rozporzadzenia> [pobrano dn.: 12.02.2025].

czynności operacyjnych, które obowiązują nie tylko w polskiej doktrynie kryminalistycznej, ale również w orzecznictwie, stworzyli wątpliwej wartości kompilację definicji zawartej w policyjnej instrukcji operacyjnej⁵ i propozycji z poprzednich projektów ustaw o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych.

Jak każda gałąź prawa również prawo operacyjne wymaga usystematyzowania i wskazania, z jakich metod i form pracy mogą korzystać funkcjonariusze operacyjni. Omawiając nierozzerwalny związek czynności operacyjno-rozpoznawczych z podstępem Autor trafnie zaznacza, że większość tych czynności nosi jego znamiona. Wskazuje przy tym, jednak bez powołania się na jakiekolwiek źródła naukowe, a więc można przyjąć, że samodzielnie doszedł do tych wniosków, że dotyczy to zarówno czynności operacyjnych uznawanych za formy proste, takie jak: obserwacja, infiltracja środowiskowa, kontrola operacyjna, oraz form złożonych: rozpoznania operacyjnego, inwigilacji i rozpracowania operacyjnego. Absolutnie całkowicie od przypisania niektórych rodzajów działań operacyjnych do form prostych, należy zauważyć, że uznanie za formy złożone rozpoznania, inwigilacji i rozpracowania nie znajduje odzwierciedlenia w teorii pracy operacyjnej. Jeśliby Autor stwierdził, że złożonymi formami pracy są przykładowo omawiane przez niego w monografii transakcja pozorna czy też przesyłka niejawnie nadzorowana, to nie sposób byłoby się z nim nie zgodzić. Tymczasem wymienione przez niego formy złożone są to w istocie sprawy operacyjne a więc procedury gromadzenia i weryfikacji informacji, czyli w dużym uproszczeniu operacyjne odpowiedniki dochodzenia i śledztwa. Potwierdzenie znajduje to także w podziale zaproponowanym przez P. Łabuza, J. Kudłę i T. Safjańskiego, którzy uznają, że sprawy operacyjne prowadzone są obecnie w czterech podstawowych kategoriach – operacyjnego sprawdzenia, operacyjnego rozpoznania, rozpracowania operacyjnego i poszukiwań⁶.

Autor monografii analizując aktualnie obowiązujące rozwiązania prawne związane z nadzorem nad pracą operacyjną kilkakrotnie podkreśla, że prokuratorski nadzór nad transakcją pozorną jest optymalny. Wynika to z tego, że zapewnienie on konieczną elastyczność w działaniu służb. Odrzuca więc postulaty, aby kontrolę nad tą formą pracy powierzyć sądom. Przesadne rozszerzanie wymogu uzyskania nakazu sądowego, by przeprowadzić czynności operacyjne, może jego zdaniem prowadzić do zatarcia jakościowej różnicy między tymi czynnościami a dowodowymi czynnościami procesowymi. Obawia się też iluzorycznej tajności takich działań, które wcześniej zatwierdzi sąd. Należy całkowicie podzielić te merytoryczne argumenty przemawiające za utrzymaniem obecnych rozwiązań

⁵ Por. M. Chrabkowski, *Metody pracy operacyjnej*, [w:] W. Jasiński, W. Mądrzejowski, K. Wiciak (red.), *Przestępczość zorganizowana. Fenomen. Współczesne zagrożenie. Zwalczanie. Ujęcie praktyczne*, Szczepko 2013, s. 495.

⁶ P. Łabuz, J. Kudła, T. Safjański, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze polskich służb ochrony prawa w prawie krajowym i międzynarodowym*, Warszawa 2022, s. 86–87.

prawnych w odniesieniu do nadzoru nad transakcją pozorną. Jednocześnie Autor monografii pozytywnie ocenia rozwiązania znajdujące się w projekcie k.p.o. Obejmują one m.in. rozszerzenie sądowej kontroli na procedurę stosowania kontrolowanej prowokacji operacyjnej, przesyłki niejawnie nadzorowanej oraz pozorowanej działalności przestępczej. P. Kosmaty podkreśla przy tym, że akceptuje takie wzmocnienie nadzoru sądowego nad aktywnością służb, co ma dać poczucie bezpieczeństwa prawnego osobom realizującym te czynności. Trudno więc jednoznacznie stwierdzić, jaka forma nadzoru nad transakcją pozorną i częścią innych złożonych form pracy operacyjnej ma faktyczną akceptację Autora recenzowanej książki, gdyż jest tu dostrzegalna oczywista sprzeczność i obu tych stanowisk nie da się pogodzić.

Zdaniem P. Kosmatego przesyłce niejawnie nadzorowanej z reguły towarzyszy niejawne przeszukanie, będące czynnością operacyjno-rozpoznawczą, jednak pozbawione ustawowej podstawy. Postuluje więc, by ustawodawca wprowadził do przestrzeni prawnej zapis rangi ustawowej będący podstawą do przeprowadzenia takiego niejawnego przeszukania. Szkoda, że w żaden sposób nie rozwinął tego istotnego postulatu, chociażby w podrozdziale zatytułowanym właśnie *Niejawne przeszukanie*. Tymczasem opisuje w nim i wyraża swoją akceptację dla propozycji autorów projektu k.p.o. stworzenia nowej formy pracy operacyjnej w postaci niejawnego przeszukania, wywołującego niewątpliwie najwięcej kontrowersji. Polegać miało ono na niejawnym uzyskaniu dostępu do pomieszczeń mieszkalnych i niemieskalnych oraz środków transportu w celu dokonania lustracji i tymczasowego przejęcia dokumentów, materiałów lub surowców, w celu poddania ich badaniom. Nie miało ono mieć związku z przesyłką niejawnie nadzorowaną i byłoby zastrzeżone wyłącznie dla służb kontrwywiadowczych. Trzeba podkreślić, że projektodawca zdecydował się na wyszczególnienie formy pracy operacyjnej wprost nawiązującej do nielegalnych działań podejmowanych głównie w okresie PRL-u, które wówczas określano mianem tajnego przeszukania⁷. Niestety Autor monografii nie dostrzega możliwości zaistnienia bardzo poważnych naruszeń praw obywatelskich ani też licznych problemów związanych z realizacją tej „nowej” formy pracy.

Za warcie omówienia należy także uznać zapatrywania P. Kosmatego dotyczące stosowania oprogramowania inwigilującego typu Pegasus przez polskie służby policyjne i specjalne. We wstępie do monografii przywołuje on wyrok Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził, iż brak wyposażenia służb państwowych w możliwość korzystania ze zdobyczy nowoczesnej techniki, a nawet

⁷ F. Musiał, *Podręcznik bezpieki. Teoria pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa w świetle wydawnictw resortowych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych PRL (1970–1989)*, Kraków 2007, s. 180–183.

wyposażenie ich w taką możliwość, lecz w niewystarczającym zakresie, może oznaczać niewywiązywanie się państwa z jego konstytucyjnego zadania strzeżenia niepodległości i nienaruszalności terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także zapewnienia bezpieczeństwa obywateli (art. 5 Konstytucji)⁸. Wydaje się, że logiczną konsekwencją przytaczania takiego stanowiska TK powinna być akceptacja dla możliwości stosowania oprogramowania inwigilującego, które służy osiągnięciu celów wskazanych w tym judykacie. Jednak Autor monografii jednoznacznie stwierdza, że podziela pogląd wyrażony w 2023 r. przez Rzecznika Praw Obywatelskich, iż w polskim prawie nie ma takich przepisów, które dopuszczająby wykorzystanie programów inwigilujących. Tymczasem polski ustawodawca m.in. w art. 19 ust. 6 pkt 4 Ustawy o Policji⁹ (dalej UoPol) dopuścił stosowanie kontroli operacyjnej, która może polegać na uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych. Dostrzeżenie podstaw prawnych do stosowania oprogramowania inwigilującego typu Pegasus byłoby dla Autora monografii o wiele łatwiejsze, gdyby dotarł do wartościowych publikacji dotyczących kontroli operacyjnej urządzeń końcowych m.in. autorstwa P. Opitka¹⁰ i T. Łodzian¹¹. Zastrzeżenia może budzić też opieranie się przez P. Kosmatego na ustaleniach poczynionych przez senacką komisję nadzwyczajną¹², które trudno uznać za naukowe. Dotyczy to m.in. powielanego przez Autora twierdzenia o obowiązku uzyskania akredytacji bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego. Nie można jednak zrównywać instytucji pozyskiwania programów komputerowych przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego do realizacji oceny bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych do możliwości użycia takich programów w celu realizacji kontroli operacyjnej. Są to zupełnie inne działania, mające odmienne podstawy prawne¹³. Warto w tym miejscu nadmienić, że aprobujące stanowisko polskiej prokuratury dla stosowania oprogramowania inwigilującego znalazło swój wyraz m.in. w kasacji skierowanej przez Prokuraturę Okręgową w Warszawie do Sądu Najwyższego¹⁴ w sprawie wyroku

⁸ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, LEX nr 1491305.

⁹ Ustawa o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r., Dz. U. z 1990 r., nr 30, poz. 179 z późn. zm.

¹⁰ P. Opitek, *Kontrola operacyjna urządzenia końcowego*, „Prokuratura i Prawo” 2023, nr 4.

¹¹ T. Łodziana, *Kontrola operacyjna oraz użycie systemu Pegasus w Polsce – polemika*, „Palestra” 2022, nr 9.

¹² Senacka Komisja Nadzwyczajna do spraw wyjaśnienia przypadków nielegalnej inwigilacji, ich wpływu na proces wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej oraz reformy służb specjalnych; <https://www.senat.gov.pl/aktualnoscilista/art,15764,komisja-nadzwyczajna-ds-inwigilacji-przyjela-raport-ze-swoich-prac.html>.

¹³ Zob. P. Opitek, *Kontrola operacyjna...*, s. 55–56.

¹⁴ *Sąd nie zbadał, jak działa Pegasus. Oparł się na doniesieniach medialnych*, <https://www.rp.pl/kraj/art39898121-sad-nie-zbadal-jak-dziala-pegasus-oparl-sie-na-doniesieniach-medialnych> [pobrano dn.: 2.01.2025].

Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu¹⁵. Sąd ten opierając się na informacjach medialnych i ustaleniach senackiej komisji odrzucił dowody pochodzące z kontroli operacyjnej urzędów końcowych.

Autor monografii wyraził też swoją akceptację dla poglądu o braku dopuszczalności stosowania systemu Pegasus z uwagi na nieprzydatność na gruncie procesowym. Tym większym zaskoczeniem może być jego ocena rozwiązań dotyczących kontroli operacyjnej zawartych w projekcie k.p.o. P. Kosmaty przytacza treść uzasadnienia do tego projektu¹⁶, gdzie wskazuje się, że uregulowano w nim precyzyjnie zakres stosowania kontroli operacyjnej, eliminując z niego możliwość nieograniczonego stosowania oprogramowania inwigilującego typu Pegasus. Niestety powieliła w ten sposób bezpodstawne twierdzenia twórców projektu k.p.o., którzy utrzymywali, że w art. 26 wprowadzili „nową” formę pracy operacyjnej nazwaną niejawną ingerencją. W istocie jest to inne określenie kontroli operacyjnej urzędów końcowych znajdujące się w art. 19 ust. 6 pkt 4 UoPol. Mamy więc do czynienia jedynie z chęcią odróżnienia się na siłę od obecnych rozwiązań, w ramach których miano stosować oprogramowanie szpiegujące Pegasus. Zasadnie można więc przyjąć, że P. Kosmaty nie akceptuje obecnych podstaw stosowania oprogramowania inwigilującego przez polskie służby, a jednocześnie zgadza się na dopuszczalność dokładnie takich samych działań, tyle że w ramach niejawnej ingerencji. Za potwierdzenie tego można uznać przytoczenie przez niego sformułowań zawartych w Uzasadnieniu projektu k.p.o., zgodnie z którymi: w Ustawie z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze rozszerzono zapis art. 11 § 1 o coroczne informowanie Sejmu i Senatu przez Prokuratora Generalnego o liczbie osób, wobec których stosowano niejawną ingerencję, czyli nową metodę pracy operacyjnej obejmującą wykorzystanie oprogramowania inwigilacyjnego typu Pegasus¹⁷.

Reasumując, praca P. Kosmatego prezentuje szereg zagadnień, które mogą mieć charakter wysoce dyskusyjny. Nie umniejsza to jednak w żaden sposób jej wartości, gdyż naukowa debata dotycząca różnych rozwiązań obowiązujących w prawie operacyjnym jest ze wszech miar potrzebna. Należy mieć nadzieję, że doprowadzi to w przyszłości do zmian obecnych niedoskonałych rozwiązań. Każda monografia poświęcona prawu operacyjnemu służy z pewnością rozwojowi tej nowej dziedziny prawa.

Monografię autorstwa P. Kosmatego można z pewnymi zastrzeżeniami polecić przedstawicielom wszystkich zawodów prawniczych, którzy w swojej praktyce mają styczność z czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. Wynikają one z tego, że trafnych w wielu sprawach poglądów Autora, dotyczących obecnych

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 11 maja 2023 r., sygn. II AKa 480/21.

¹⁶ Uzasadnienie do projektu Kodeksu pracy operacyjnej, s. 69.

¹⁷ Uzasadnienie do projektu..., s. 74.

rozwiązań prawnych, nie da się połączyć z jego akceptacją dla tych zaproponowanych w projekcie k.p.o., które można uznać za wysoce wątpliwe z punktu widzenia praworządności i efektywności pracy operacyjnej.

Szkoda też, że Autor sporadycznie podejmuje dyskusję z utrwalonymi w doktrynie poglądami. Cenne byłyby też propozycje zmian, które należałoby wprowadzić w obecnie obowiązujących rozwiązaniach naukowych i to pole aktywności wydaje się niewykorzystane. Recenzowana pozycja wydawnicza będzie z pewnością też źródłem inspiracji do dalszych eksploracji naukowych. Wynika to z faktu, iż poruszonych zostało w niej wiele kontrowersyjnych zagadnień. Wymagają one niewątpliwie szerszych analiz, które pozwolą na poruszenie wszystkich aspektów z nimi związanych oraz przedstawienie postulatów *de lege lata* i *de lege ferenda*.