

Sygn. akt I KZP 17/13

POSTANOWIENIE

Dnia 28 listopada 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Grzegorzczak (przewodniczący)

SSN Krzysztof Cesarz

SSN Andrzej Ryński (sprawozdawca)

Protokolant Ewa Sokołowska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Generalnej Beaty Mik
w sprawie W. K.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 28 listopada 2013 r.,

przedstawionego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Okręgowy w S.,
postanowieniem z dnia 5 września 2013 r., zagadnienia prawnego wymagającego
zasadniczej wykładni ustawy:

„Czy zainstalowanie w pojeździe osoby będącej przedmiotem zlecenia detektywistycznego urządzenia GPS związanego z obserwacją osoby jest czynnością dopuszczalną w myśl art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 12, poz. 110), czy też jest czynnością operacyjno-rozpoznawczą przewidzianą w art. 7 wymienionej ustawy zastrzeżoną dla innych upoważnionych organów?”

postanowił:

odmówić podjęcia uchwały.

UZASADNIENIE

Przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie

prawne wyłoniło się w następującej sytuacji procesowej.

W dniu 21 września 2011 r. do Sądu Rejonowego w O. wpłynął subsydiarny akt oskarżenia podpisany przez pełnomocnika A. S., w którym oskarżono W. K., prowadzącego w dacie analizowanego zdarzenia Agencję Detektywistyczną „W.” z siedzibą w G., o to, że w bliżej nieustalonym dniu, jednak nie później niż w dniu 13 października 2010 r., w O., w celu uzyskania informacji o osobie, do której nie był uprawniony, założył urządzenie elektroniczne w postaci lokalizatora GPS w samochodzie Toyota Yaris o nr rej. [...] na szkodę oskarżycielki, to jest o przestępstwo określone w art. 267 § 3 k.k. (k. 3-5).

Sąd Rejonowy, wyrokiem z dnia 28 marca 2013 r., uniewinnił oskarżonego W. K. od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Od powyższego wyroku apelację wniosła oskarżycielka posiłkowa subsydiarna, która zaskarżonemu orzeczeniu zarzuciła (pisownia oryginalna zachowana):

1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, dotyczący przekonania Sądu pierwszej instancji, iż w niniejszej sprawie ustalony czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego;

2) obrazę przepisów prawa materialnego, która miała wpływ na treść orzeczenia – art. 267 § 3 k.k. – wskazując na niewłaściwą interpretację normy wskazywanego przepisu poprzez przyjęcie, iż informacja o położeniu samochodu o numerze rejestracyjnym [...] gromadzona przez oskarżonego W. K. nie stanowi znamion czynu zabronionego określonego w powyższym przepisie, podczas gdy oskarżony nie był osobą uprawnioną do gromadzenia takiej kategorii informacji;

3) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia poprzez naruszenie art. 7 k.p.k. poprzez dowolną ocenę dowodów, a w szczególności dowolne, nie mające oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym, a wynikające z okoliczności sprawy, przyjęcie, że ujawniony w samochodzie oskarżycielki posiłkowej przedmiot nie jest „innym urządzeniem” w rozumieniu art. 267 § 3 k.k. i nie służy do uzyskania nieuprawnionego dostępu do informacji, mimo, że został zainstalowany w samochodzie oskarżycielki posiłkowej w celu bieżącego monitorowania jej drogi przemieszczania się i aktualnego miejsca pobytu, tak by odbiorca sygnału, wbrew woli pokrzywdzonej, w każdym czasie mógł

znać jej miejsce pobytu, do czego nie był uprawniony.

Rozpoznając ten środek odwoławczy, Sąd Okręgowy w S. powziął wątpliwości sformułowane w treści przekazanego zagadnienia prawnego.

W piśmie z dnia 16 października 2013 r. prokurator Prokuratury Generalnej wniosła o odmowę podjęcia uchwały.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

W doktrynie procesu karnego i bogatym orzecznictwie Sądu Najwyższego na gruncie art. 441 k.p.k. wskazuje się, że przekazanie Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy uzależnione jest od spełnienia kilku warunków. Po pierwsze, musi wyłonić się ono przy rozpoznawaniu środka odwoławczego przez sąd. Po drugie, w zagadnieniu takim musi wystąpić istotny problem interpretacyjny związany z wykładnią przepisu, który w praktyce sądowej jest rozbieżnie interpretowany albo też przepisu, który sformułowany jest wadliwie lub niejasno. Po trzecie, w sprawie takiej musi zachodzić konieczność dokonania „zasadniczej wykładni ustawy”, czyli sytuacja, w której przepis taki umożliwia rozbieżne interpretacje, co byłoby niekorzystne dla funkcjonowania prawa w praktyce. Po czwarte, między przedstawionym zagadnieniem prawnym a dokonanymi w sprawie ustaleniami faktycznymi musi zachodzić związek, który oznacza, że wyjaśnienie wątpliwości interpretacyjnych musi być niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy (zob. R. A. Stefański, Instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego w sprawach karnych, Kraków 2001, s. 254-261, 352-371) zaś przekazanie zagadnienia prawnego, jako stanowiące wyjątek od określonej w art. 8 § 1 k.p.k. zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, musi być poprzedzone przez sąd pytający dokonaniem próby usunięcia podniesionych wątpliwości interpretacyjnych w drodze wykładni operatywnej (R. A. Stefański, *op. cit.*, s. 357).

Niedopuszczalne jest sięganie po tego rodzaju instytucję wtedy, gdy pytanie odrywa się od realiów danej sprawy lub gdy sąd odwoławczy dostatecznie nie zgłębił łączących się z pytaniem obiektywnie występujących problemów ze sfery faktów lub prawa. Przedmiotem pytania prawnego nie mogą być również kwestie związane z ustaleniami faktycznymi, oceną dowodów czy też dotyczące możliwości zastosowania określonej normy do ustalonego w sprawie stanu faktycznego. Tryb

wskazany w art. 441 k.p.k. nie służy także temu, by sądy odwoławcze, przy pomocy Sądu Najwyższego, upewniały się co do prawidłowości przyjmowanego przez nie stanowiska interpretacyjnego (zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 29 października 2012 r., I KZP 11/12, OSNKW 2012, z. 12, poz. 124, z dnia 30 września 2010 r., I KZP 17/10, OSNKW 2010, z. 10, poz. 88, z dnia 29 marca 2006 r., I KZP 58/05, LEX 180755, z dnia 29 września 2004 r., I KZP 22/04, R-OSNKW 2004, poz. 1691, z dnia 7 września 2000 r., I KZP 27/00, LEX 146182).

Tak określonych wymogów nie spełnia przekazane przez Sąd Okręgowy w S. zagadnienie prawne, choć rzeczywiście – wyłoniło się ono przy rozpoznawaniu środka odwoławczego.

Przede wszystkim należy wskazać, że Sąd odwoławczy nie podjął jakiegokolwiek próby interpretacji stosownych przepisów ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (Dz. U. z 2002 r., Nr 12, poz. 110 ze zm.; dalej powoływana także jako u.u.d.), w tym przede wszystkim wskazywanego w pytaniu prawnym art. 7 tejże ustawy. Sąd pytający przedstawił ogólne i skrótowe rozważania dotyczące okoliczności tej sprawy, w tym charakteru urządzenia lokalizacyjnego i znaczenia jego wykorzystania w sprawie rozwodowej, konstatując, że „Użycie urządzenia GPS oraz metody pozwalającej na niejawne śledzenie danej osoby za pośrednictwem urządzeń technicznych na odległość może być uznawane za czynność przewidzianą w art. 7 ustawy o usługach detektywistycznych, zastrzeżoną jedynie dla upoważnionych organów na mocy odrębnych przepisów” (s.5). To zdecydowanie za mało, tak w kontekście poprawnego procesu interpretacyjnego, jak i dopuszczalności odstąpienia od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego (art. 8 § 1 k.p.k.) na rzecz przekazania Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy (art. 441 § 1 k.p.k.). Już ta okoliczność, sama w sobie, jest podstawą do odmowy podjęcia uchwały, choć nie jest ona przyczyną wyłączną.

Po drugie, Sąd odwoławczy oczekuje od Sądu Najwyższego, że ten udzieli odpowiedzi na pytanie, jak rozstrzygnąć określoną sprawę. W przekazanym pytaniu prawnym nie idzie bowiem w istocie o interpretację określonego przepisu czy przepisów ustawy, ale o dokonanie subsumcji – oceny, czy ustalony w sprawie stan faktyczny podpada pod normę prawną, którą należałoby zrekonstruować w oparciu

o art. 45 w zw. z art. 7 i art. 2 ust. 1 pkt 1 u.u.d. Widoczne jest to już w treści sformułowanego pytania: „Czy zainstalowanie w pojeździe osoby będącej przedmiotem zlecenia detektywistycznego urządzenia GPS związanego z obserwacją osoby jest czynnością dopuszczalną (...), czy też jest czynnością operacyjno-rozpoznawczą przewidzianą w art. 7 w/wymienionej ustawy zastrzeżoną dla innych upoważnionych organów”. Nie chodzi więc o abstrakcyjne ustalenie treści sformułowania zawartego w art. 7 (czynność operacyjno-rozpoznawcza zastrzeżona dla innych upoważnionych organów na mocy odrębnych przepisów), ale o to, czy taką czynnością jest w okolicznościach konkretnej sprawy posłużenie się przez detektywa lokalizatorem GPS.

Poza tym, sprawa w stanie, w jakim została przekazana Sądowi Najwyższemu, pozwala zasadnie postawić pytanie o dopuszczalność przedstawienia zagadnienia prawnego. Wątpliwości te (choć w różnym zakresie i o różnym znaczeniu oraz o innych konsekwencjach) można przedstawić w trzech punktach:

1) skuteczne nabycie przez pokrzywdzoną statusu oskarżycielki posiłkowej subsydiarnej, w kontekście wymogów formalnych jej subsydiarnego aktu oskarżenia wskazanych w art. 55 § 2 k.p.k., które determinowały dopuszczalność postępowania karnego (art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., ale z zastrzeżeniem art. 439 § 2 k.p.k.)

2) dopuszczalność zastosowania w niniejszej sprawie art. 45 w zw. z art. 7 u.u.d. z uwagi na sformułowane w apelacji zarzuty i treść art. 434 § 1 k.p.k.

3) kwestia pokrzywdzenia przestępstwem stypizowanym w art. 45 u.u.d. jako determinująca możliwość skorzystania z prawa do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wymogów formalnych wniesionego w tej sprawie subsydiarnego aktu oskarżenia, wskazać należy, że powtórnym – w rozumieniu art. 55 § 1 k.p.k. – postanowieniem z dnia 24 czerwca 2011 r. umorzono postępowanie karne w sprawie ujawnionego dnia 13 października 2010 r. założenia, w celu uzyskania nieuprawnionej informacji, przedmiotu w kształcie pudełka przymocowanego do samochodu osobowego marki Toyota Yaris użytkowanego przez A. S., tj. czynu określonego w art. 267 § 3 k.k. (k. 64-65 akt postępowania

przygotowawczego). Postanowienie to doręczono pokrzywdzonej w dniu 29 czerwca 2011 r.

Z akt sprawy II K .../11 Sądu Rejonowego wynika, że pokrzywdzona pierwotnie wniosła osobisty akt oskarżenia przeciwko W. K. o przestępstwo z art. 267 § 3 k.k. objęte uprzednio wskazanym wyżej postępowaniem przygotowawczym w sprawie 1 Ds. .../11, nazywając go prywatnym i tak też sprawa ta została zarejestrowana, pomimo treści art. 118 k.p.k. Akt oskarżenia wniesiony przez pokrzywdzoną w sprawie II K .../11 został nadany w dniu 27 lipca 2011 r. i wpłynął do Sądu Rejonowego w dniu 28 lipca 2011 r. Następnie, zarządzeniem z dnia 29 sierpnia 2011 r., pokrzywdzona została wezwana do usunięcia braków formalnych aktu oskarżenia, który został ostatecznie uznany przez Przewodniczącego wydziału za subsydiarny akt oskarżenia wniesiony z brakami formalnymi. Zarządzenie to A. S. otrzymała w dniu 13 września 2011 r. W konsekwencji subsydiarny akt oskarżenia podpisany przez adwokata i datowany na dzień 17 września 2011 r., a wniesiony w dniu 20 września 2011 r., w którym zarzucono oskarżonemu W. K. popełnienie czynu, którego opis i kwalifikacja odpowiadają „poprzedniemu” aktowi oskarżenia z dnia 27 lipca 2011 r., dochowuje terminu określonego w art. 55 § 1 k.p.k.

Natomiast istnieją bardzo poważne wątpliwości co do tego, czy wniesiony obecnie akt oskarżenia, choć podpisany przez adwokata, został przez niego sporządzony, o czym świadczy porównanie pierwotnego („prywatnego”) i obecnego („subsidiarnego”) aktu oskarżenia.

Teza ta znajduje uzasadnienie w szeregu podobieństw obydwu pism procesowych – taki sam układ w odniesieniu do autora, adresata aktu oskarżenia, wskazania i charakterystyki oskarżonego, opisu czynu i jego kwalifikacji, wskazania trybu postępowania i uzasadnienia; przy czym podobieństwa te są tak dalece identyczne, że można stwierdzić, z pewnością stuprocentową, iż zostały one w subsydiarnym akcie oskarżenia, „sporządzonym” i podpisanym przez adwokata, przepisane – do tego stopnia, że adwokat, która podpisała akt oskarżenia, nie zechciała w jego uzasadnieniu nawet zmienić występujących w pierwotnej wersji zwrotów sformułowanych przez pokrzywdzoną w odniesieniu do niej samej (zob. poprawiony akt oskarżenia, s. 2, wers 8 od góry i 13-10 od dołu strony).

Z kolei różnice mają jedynie charakter formalny - poprawiony akt oskarżenia zawiera informację o reprezentacji pokrzywdzonej przez adwokata I. S., tym razem poprawną nazwę aktu („subsydiarny” zamiast „prywatny”); do aktu oskarżenia zostały też dołączone załączniki w postaci listy osób podlegających wezwaniu na rozprawę i innych dowodów, których przeprowadzenia na rozprawie głównej żąda oskarżyciel (s. 3), a także pełnomocnictwo.

Poza tym, powyższe wątpliwości znajdują potwierdzenie w technice pełnomocnika „sporządzenia” subsydiarnego aktu oskarżenia – uzasadnienie skargi subsydiarnej nie do końca odpowiada bowiem wymogom wskazanym przez ustawodawcę w art. 332 § 2 k.p.k. Uzasadnienie takie powinno przytaczać fakty i dowody, na których oskarżenie się opiera, a w miarę potrzeby także wyjaśniać podstawę prawną oskarżenia i omawiać okoliczności, na które powołuje się oskarżony w swej obronie, przy czym w tej sprawie uzasadnienie aktu oskarżenia nie musiało zawierać tej ostatniej części, ponieważ postępowanie przygotowawcze nie przeszło do fazy *in personam*.

W pisemnych motywach skargi brak jest natomiast odwołania do treści poszczególnych dowodów, czy to już przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym, czy to takich, które dopiero miałyby zostać przeprowadzone w postępowaniu przed sądem, nie mówiąc o wskazaniu ich źródła w aktach postępowania przygotowawczego, jeżeli dowód taki został już przeprowadzony. Co więcej, uzasadnienie to odwołuje się do relacji jednego z policjantów o rozmowie z oskarżonym W. K., w którym ten ostatni miałby przyznać się do umieszczenia w samochodzie pokrzywdzonej lokalizatora GPS, nie wskazując czy chodzi o zeznania świadka (*nota bene*, funkcjonariusz policji nie został wskazany w załączniku do aktu oskarżenia jako świadek, którego wezwania na rozprawę żąda oskarżyciel). W uzasadnieniu brak także odwołania do zeznań pokrzywdzonej, a jej samej nie powołuje się w załączniku jako świadka podlegającego wezwaniu.

Należy także wskazać, choć uzasadnienie prawne nie jest obligatoryjnym elementem uzasadnienia skargi oskarżycielskiej, że ustawa przewiduje zawarcie również i takiej części w subsydiarnym akcie oskarżenia - w miarę potrzeby (art. 332 § 2 k.p.k. w zw. z art. 55 § 2 k.p.k.). W tej sprawie, z uwagi na jej charakter, użyte urządzenie, jak i występowanie prywatnego detektywa jako oskarżonego,

takie uzasadnienie prawne powinno się znaleźć, zwłaszcza że w tym postępowaniu istniały wątpliwości co do tego, czy oskarżony miał uprawnienia do dokonywania takich czynności, czy mógł się posługiwać takim urządzeniem i – w końcu – czy mógł zbierać takie informacje o pokrzywdzonej. Tych wszystkich wątpliwości uzasadnienie aktu oskarżenia nie wyjaśnia.

Pierwotnie wniesiony akt oskarżenia zawierał wady, które – w ramach sporządzenia przez fachowego pełnomocnika – mogły i powinny zostać usunięte. Wady te, w połączeniu z identyczną treścią merytoryczną obydwu aktów oskarżenia, pozwalają na wysnucie wniosku, że analizowany subsydiarny akt oskarżenia, pierwotnie wniesiony jako prywatny, nie był efektem samodzielnego wkładu intelektualnego odrębnego fachowego podmiotu i nie został sporządzony przez adwokata lub radcę prawnego, jak tego wymaga art. 55 § 2 k.p.k., albowiem spełnieniem tego wymogu nie może być wprowadzenie tylko niewielkich zmian o charakterze formalnym. Z utrwalonego stanowiska Sądu Najwyższego wynika, że przymus adwokacko - radcowski, polegający na procesowym wymogu sporządzenia objętych tym przymusem pism procesowych, w tym subsydiarnego aktu oskarżenia, nie jest dopełniony, jeżeli rola przedstawiciela procesowego stron sprowadza się jedynie do przepisania pisma samej strony z dodaniem jedynie w jego nagłówku i zakończeniu danych owego reprezentanta (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2013 r., sygn. SDI 8/13, OSNKW 2013/9/80 i powołane w jego uzasadnieniu orzeczenia Sądu Najwyższego oraz Sądów Apelacyjnych).

Przewidziany w art. 55 § 2 k.p.k. przymus adwokacko – radcowski, jest szczególnym warunkiem skuteczności subsydiarnego aktu oskarżenia. Zatem, wniesienie tego rodzaju skargi bez zachowania tego wymogu i uzupełnienia braku formalnego w tym zakresie, nie wywołuje skutku prawnego oraz wiąże się z koniecznością umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. Z uwagi jednak na wydany w niniejszej sprawie przez Sąd Rejonowy wyrok uniewinniający, a także treść art. 439 § 2 k.p.k., okoliczność ta może nabrać znaczenia dopiero wówczas, gdyby zaszła konieczność uchylecia wyroku. Z powodów określonych w art. 439 § 1 pkt 9-11 k.p.k. wyrok można uchylć bowiem tylko na korzyść oskarżonego (jednym z takich powodów jest natomiast brak skargi

uprawnionego oskarżyciela – art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.).

W tej sytuacji, wobec omówienia pierwszej wątpliwości, należy przejść do drugiej, a mianowicie dopuszczalności zastosowania w niniejszej sprawie art. 45 w zw. z art. 7 u.u.d., których w istocie dotyczy przekazane zagadnienie prawne. Jeżeli bowiem po zbadaniu przez Sąd odwoławczy wystąpienia w tej sprawie negatywnej przesłanki procesowej określonej w art. 17 § 1 pkt. 9 k.p.k. okazałoby się, że przepisu tego nie można w niniejszej sprawie zastosować, to wątpliwości interpretacyjne, nawet jeżeli byłyby uzasadnione, miałyby charakter abstrakcyjny, co także przemawiałoby przeciwko podjęciu uchwały.

Wskazana kwestia aktualizuje się z uwagi na sformułowane w apelacji (pkt 1.A. lit. a-c, s. 1-2, k. 227-228, t. II akt głównych) zarzuty i treść art. 434 § 1 k.p.k. Przy tym, w subsydiarnym akcie oskarżenia nie kwalifikowano zarzucanego oskarżonemu czynu z art. 45 u.u.d., a obecnie Sąd Okręgowy w S. nie wskazuje na art. 440 k.p.k., jako podstawę do możliwości sięgnięcia po ten właśnie przepis.

We wniesionym środku odwoławczym, zarzuca się: naruszenie przepisów prawa materialnego (art. 267 § 3 k.k.), prawa procesowego (art. 7 k.p.k.) i błąd w ustaleniach faktycznych. Nie sformułowano natomiast zarzutu naruszenia art. 45 u.u.d., co oznacza, że ewentualne naruszenie tego przepisu, nawet jeżeli miało miejsce, pozostawać może poza kognicją Sądu odwoławczego, a to z uwagi na zakaz *reformationis in peius* określony w art. 434 § 1 k.p.k.

Jednak nie jest wykluczone, chociaż ostateczna decyzja w tej mierze i jej uzasadnienie powinno należeć do Sądu Okręgowego w S., uznanie przy zastosowaniu art. 118 § 1 i 2 k.p.k., z uwagi na treść uzasadnienia apelacji, że formułuje ona, choć w sposób daleki od procesowej poprawności, zarzut naruszenia art. 45 u.u.d.

I tak, skarżący odwołuje się do poglądów piśmiennictwa wyrażonych na gruncie art. 45 u.u.d. i sformułowania „czynności ustawowo zastrzeżone dla organów i instytucji państwowych”, wskazując, że są to czynności operacyjno-rozpoznawcze Policji, ABW i in., podejmowane w ramach kontroli operacyjnej, które to czynności dokonane zgodnie np. z art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 ze zm.) nie stanowią przestępstwa

określonego w art. 267 § 3 k.k. Rozważania autora apelacji prowadzą go do konstatacji, że „oskarżony nie posiadał legalnej możliwości zbierania danych dotyczących położenia samochodu” oraz wniosku, iż w niniejszej sprawie winien znaleźć zastosowanie kumulatywny zbieg podstaw karnych - art. 267 § 3 k.k. oraz art. 45 ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych.

Powyższe okoliczności pozwalają więc być może na ocenę, że – choć uczyniono to wyjątkowo nieporadnie – zarówno zażalenie, jak i obecnie apelacja zawierają zarzut naruszenia art. 45 u.u.d., co powoduje, że wątpliwości interpretacyjne związane z treścią tego przepisu nie mają li tylko charakteru abstrakcyjnego.

Przechodząc do trzeciej okoliczności podającej w wątpliwość możliwość podjęcia uchwały, a mianowicie kwestii pokrzywdzenia przestępstwem stypizowanym w art. 45 u.u.d. jako determinującej dopuszczalność skorzystania z prawa do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia. Przyjmując, przy zastosowaniu art. 118 k.p.k., że oskarżycielka zarzuciła naruszenie art. 45 u.u.d., należy sobie postawić pytanie o dobro chronione tym właśnie przepisem, a w konsekwencji także o krąg pokrzywdzonych takim przestępstwem; jeżeli uznać by bowiem, że czyn zarzucany oskarżonemu miałby wypełnić tylko znamiona określone w tym przepisie ustawy, a przedmiotem ochrony ustawodawca nie uczynił dobra indywidualnego, oskarżycielka posiłkowa subsydiarna traciłaby prawo do skargi subsydiarnej, a postępowanie karne, wobec braku skargi uprawnionego oskarżyciela podlegałoby – co do zasady – umorzeniu.

Ustawa o usługach detektywistycznych zawiera jedynie trzy artykuły, w których ustawodawca stypizował przestępstwa, które mogą być popełnione albo przez wykonującego usługi detektywistyczne detektywa, albo przez przedsiębiorcę, który w ramach działalności gospodarczej świadczy takie usługi. Ustawodawca zgrupował je w Rozdziale 5., zatytułowanym „Przepisy karne”. W piśmiennictwie wskazuje się, że przedmiotem ochrony tych przepisów jest należyty poziom świadczonych usług detektywistycznych, interes wymiaru sprawiedliwości, bezpieczeństwo publiczne i bezpieczeństwo obywateli oraz prawo do dysponowania informacją (G. Gozdór, Usługi detektywistyczne. Komentarz, Warszawa 2006, s. 193), a w odniesieniu do stypizowanego w art. 45 u.u.d.

przestępstwa przywłaszczenia metod i środków – szeroko rozumiane prawo do dysponowania informacją, rozumiane jako ochrona prawa do wyłączności w dostępie do informacji i prawa do tajemnicy przekazu informacji (*ibidem*, s. 197, tenże, Przepisy z ustawy o usługach detektywistycznych, Prok. i Pr. 2005, nr 6, s. 86).

Tak określony zakres dóbr chronionych art. 45 u.u.d. nie wydaje się jednak prawidłowy. Wskazywane w literaturze prawo do dysponowania informacją (rozumiane jako wyłączność w dostępie do informacji i tajemnica przekazu informacji) jest przedmiotem ochrony innych przepisów karnych (art. 265 – art. 269b k.k.) i ustanawianie dodatkowej ochrony w przepisach ustawy o usługach detektywistycznych byłoby niecelowe, zważywszy na zakres przedmiotowy samej ustawy (która nie reguluje wszak kwestii związanych z ochroną informacji, a jedynie z usługami detektywistycznymi). W dodatku, oznaczałoby to także, skoro zakres ochrony miałby być analogiczny, to i zakres zabronionych zachowań musiałby pokrywać się (w części wskazanej w art. 45 u.u.d.) z tymi określonymi w powołanych wyżej przepisach Kodeksu karnego. To w konsekwencji oznaczałoby, że pomiędzy art. 45 u.u.d. a art. 265 – art. 269b k.k. zachodziłby pomijalny zbieg przepisów ustawy. To nakazywałoby postawić pytanie o sens wprowadzania regulacji zawartej w art. 45 u.u.d.

Jeżeli natomiast w art. 45 u.u.d. upatrywać ochrony szerszego zakresu informacji przed większym katalogiem zachowań niż określone w Rozdziale XXXIII Kodeksu karnego, to oznaczałoby, że osoba, będąca przedmiotem zainteresowania detektywa korzysta z pełniejszej ochrony prawnokarnej niż każda inna osoba przed tożsamymi rodzajowo zachowaniami jakiegokolwiek innej osoby, niewykonywającej czynności detektywistycznych. Taki wniosek nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w przepisach ustawy o usługach detektywistycznych.

W takiej sytuacji należy uznać, że przedmiotem ochrony przestępstwa stypizowanego w art. 45 u.u.d. jest prawidłowe wykonywanie usług detektywistycznych, zapewniające ogólnie pojęte bezpieczeństwo publiczne i wyłączność państwa w możliwości stosowania niektórych metod i czynności operacyjno-rozpoznawczych. Tak określony zakres dóbr chronionych powoduje – z uwagi na brak ochrony interesu indywidualnego – że niemożliwe jest

pokrzywdzenie, w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k., takim przestępstwem osoby fizycznej, chyba że czyn wypełniać będzie zarazem znamiona przestępstwa określonego także w innym przepisie karnym, ustanawiającym ochronę dobra indywidualnego (np. art. 267 § 3 k.k.). Już od dawna podnosi się bowiem, że do kręgu pokrzywdzonych można zaliczyć tylko taki podmiot, którego dobro prawne zostało działaniem przestępnym naruszone wprost, a nie za pośrednictwem godzenia w inne dobro (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2010 r. sygn. IV KK 316/09), a krąg ten ograniczony jest zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współkaranych (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., I KZP 26/99, OSNW 1999, z. 11-12, poz. 69 i powołane tam orzecznictwo).

Dlatego też, Sąd Okręgowy zobowiązany będzie ocenić, czy ustalone zachowanie oskarżonego wypełniało znamiona określone w przepisach karnych. Jeżeli takim przepisem byłby jedynie art. 45 u.u.d., to oceny wyroku Sądu pierwszej instancji powinno dokonać się z uwzględnieniem postawionego w akcie oskarżenia zarzutu, rodzajem zapadłego rozstrzygnięcia, a także treści art. 17 § 1pkt 9 k.p.k. i art. 439 § 2 k.p.k.

Mimo braku podstaw do podjęcia uchwały co do istoty zagadnienia podniesionego w przekazanym Sądowi Najwyższemu pytaniu prawnym, uznano za wskazane zwrócenie uwagi na podnoszone w tej sprawie kwestie ograniczeń w zakresie metod i środków stosowanych przy wykonywaniu usług detektywistycznych przewidzianych w art. 45 u.u.d. w zw. z art. 7 u.u.d., z uwagi na występujące w praktyce problemy związane z oceną działań detektywa, które mogą skutkować w sferze naruszeń prawa karnego

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ustawa o usługach detektywistycznych w sposób niezwykle szeroki określa zakres przedmiotowy informacji, które mogą być przez detektywa pozyskiwane – do nich należą, stosownie do art. 2 ust. 1 tej ustawy – informacje o osobach, przedmiotach i zdarzeniach. Ich uzyskiwanie, przetwarzanie i przekazywanie może odbywać się jednak w formach i zakresach niezastrzeżonych dla organów i instytucji państwowych na mocy odrębnych przepisów (art. 2 ust. 1 *in fine* u.u.d.). Przy tym, katalog rodzajowy takich informacji, określony w kolejnych punktach art. 2 ust. 1,

ma jedynie charakter przykładowy, a to z uwagi na posłużenie się przez ustawodawcę formułą „w szczególności”. To w świetle tego unormowania postrzegać należy sformułowanie zawarte w art. 267 § 3 k.k. „uzyskania informacji, do której nie był uprawniony”. Nawiasem mówiąc, całkowicie chybione są supozycje pełnomocnika oskarżycielki posiłkowej subsydiarnej, jakoby „sprawa rozwodowa”, a ściślej informacje dotyczące jednego z małżonków na potrzeby takiej sprawy, nie miałyby być objęte treścią art. 2 u.u.d. (s. 5 uzasadnienia apelacji, k. 231). Pomijając już wspomnianą okoliczność, że wymieniony katalog ma charakter egzemplifikacyjny, sformułowanie „w sprawach wynikających ze stosunków prawnych dotyczących osób fizycznych”, zawarte w art. 2 ust. 1 pkt 1 u.u.d., nawiązuje do wszelkich stosunków prawnych dotyczących osób fizycznych, a więc – *lege non distinguente* – także prawnorodzinnych czy prawnomalżeńskich.

Ustawodawca nie zawęży więc rodzaju informacji, jakie mogą być przez detektywa uzyskiwane. Wprowadza natomiast ograniczenia w sposobie ich uzyskiwania. Do nich należą także ograniczenia wskazane art. 2 ust. 1, art. 7 i art. 45 u.u.d., ale nie są one najważniejsze. Głównym wyznacznikiem działalności detektywistycznej jest bowiem art. 11 ustawy, w którym, w punkcie 1, ustawodawca zastrzega, by detektyw, przy wykonywaniu czynności, przestrzegał przepisów prawa, nakazując mu jednocześnie odmowę ich wykonania w razie niezgodności z prawem lub etyką. Ustawodawca, przy tym, nie zawęży owej bezprawności jedynie do bezprawności karnej, co oznacza, że czynność podejmowana przez detektywa powinna być zgodna z przepisami każdej gałęzi prawa, w tym prawa karnego, cywilnego czy administracyjnego. Wykonując czynności, detektyw powinien więc respektować zakazy i nakazy od tak podstawowych i ogólnych, jak chociażby sformułowany w art. 342 k.c. zakaz samowolnego naruszania posiadania (obejmujący różne postaci interferencji – od wyzucia z posiadania po wtargnięcie w sferę władztwa – zob. np. J. Ignatowicz, Ochrona posiadania, Warszawa 1965, s. 201-202), po zakazy szczegółowo określające czynności zabronione, opisane jako czynności sprawcze przestępstw stypizowanych chociażby w Rozdziale XXXIII Kodeksu karnego (Przestępstwa przeciwko ochronie informacji). Dodatkowo, detektyw w wykonywaniu czynności powinien kierować się szczególną starannością, by nie naruszyć wolności i praw człowieka i obywatela (art. 6 *in fine* u.u.d.). W tym

kontekście warto wskazać, że nawet w miejscach publicznych nie można w każdym wypadku mówić o braku prawa do prywatności (w pewnych jego aspektach). W zależności od zastosowanych metod i środków, czasu ich stosowania i intensywności może dochodzić do naruszenia art. 8. Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i to także w aspekcie działalności organów państwa, co stwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z dnia 2 września 2010 r., w sprawie Uzun przeciwko Niemcom (nr skargi 35623/05, §§ 43-48). Orzeczenie to zostało wydane w związku z faktem, że w samochodzie osoby kontaktującej się ze skarżącym zainstalowano urządzenie GPS i wykorzystywano je przez okres 3 miesięcy, do czasu zatrzymania skarżącego. ETPC stanął na stanowisku, że obserwacja przy pomocy lokalizatora GPS, choć musi być odróżniana od innych form obserwacji audiowizualnej (które z zasady w większym stopniu mogą prowadzić do naruszenia życia prywatnego z uwagi na możliwość ujawnienia tą drogą zachowania osoby, jej opinii czy uczuć), może także prowadzić do naruszenia życia prywatnego (§ 52 – w tej konkretnej sprawie Trybunał uznał, że do takiego naruszenia doszło, chociaż nastąpiło ono w zgodzie z prawem, w rozumieniu art. 8 § 2 EKPC - §§ 64-74, bowiem stosowanie lokalizatora GPS było uzasadnione). Należy zauważyć, że w Niemczech przyłączenie przez funkcjonariuszy urządzenia GPS do samochodu i jego wykorzystywanie do obserwacji wymaga zarządzenia Federalnego Prokuratora Generalnego.

Nie bez racji pozostaje także argument prokurator Prokuratury Generalnej podniesiony w odpowiedzi, że w określonych okolicznościach (z uwagi na intensywność stosowania metody, uznawanej za dopuszczalną) określone zachowania detektywne, w innych wypadkach legalne, mogą stanowić przestępstwo tzw. stalkingu (art. 190a k.k.) albo wykroczenie złośliwego niepokojenia (art. 107 k.w.).

W tym kontekście, „czynności ustawowo zastrzeżone dla organów i instytucji państwowych” (o jakich mowa w art. 45 u.u.d.), rozumiane jako „środki techniczne oraz metody i czynności operacyjno-rozpoznawcze, zastrzeżone dla upoważnionych organów na mocy odrębnych przepisów” (art. 7 u.u.d.) stają się jednym z ważnych ograniczeń w wykonywaniu czynności detektywistycznych. Przy tym, ani sama ustawa o usługach detektywistycznych, ani jakikolwiek inny akt

prawny tej rangi, nie definiuje pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych, choć polski ustawodawca upoważnia niektóre służby do podejmowania się takich czynności (np. art. 14 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. z 2011 r., Nr 287, poz. 1687 ze zm., art. 21 ust. 1 i art. 22 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm., art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz. U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675 ze zm., art. 36 ust. 4 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, Dz. U. z 2011 r., Nr 41, poz. 214 ze zm., art. 25 pkt 1 i art. 26 pkt 1 ustawy z dnia 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz. U. Nr 104, poz. 709 ze zm., art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz. U. z 2013 r., poz. 568 ze zm., art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. z 2012 r., poz. 621 ze zm.).

Jednak, niezależnie od tego, jak rozumieć pojęcie samych czynności operacyjno-rozpoznawczych (zob. np. A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 46-91, D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karego*, Warszawa 2012, s. 104-114 i powołana tam literatura), ustawodawca tylko niektóre z nich postanowił uregulować w przepisach prawa (w zakresie kontroli operacyjnej zob. np. art. 19 ust. 1 i 6 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji). Żadna z takich regulacji nie zawiera sformułowania, by określone w nich poszczególne czynności operacyjno-rozpoznawcze miały być „zastrzeżone” dla tych właśnie służb państwowych (G. Gozdór, *Usługi*, *op. cit.*, s. 75-86, tenże, *Przestępstwa*, *op. cit.*, s. 88). Pojawia się więc pytanie, co należy rozumieć pod pojęciem „czynności zastrzeżonych dla odpowiednich organów”.

Termin ten należy interpretować w kontekście art. 7 Konstytucji, stanowiącego, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Zatem, sformułowanie „czynności zastrzeżone dla odpowiednich organów”, obejmuje swoim zakresem wyłącznie działania organów władzy publicznej podejmowane w granicach ustawowego upoważnienia. Z tego powodu, owo zastrzeżenie należy rozumieć jako dopuszczenie przez ustawodawcę (przy

spełnieniu określonych przesłanek) stosowania przez odpowiednie organy środków, metod i czynności, które – w braku takiego upoważnienia – stanowiłyby zachowania nielegalne, a wręcz przestępne. Skoro bowiem ustawodawca dopuszcza możliwość stosowania takich metod środków i czynności przez określone służby, i to w dodatku nie zawsze, a tylko w razie zaistnienia szczegółowo określonych okoliczności, to w żadnej mierze nie można przyjąć, że takie środki, metody czy czynności miałyby być powszechnie dostępne dla każdego detektywa – czy szerzej, każdej osoby. Poza tym, z uwagi na to, co powiedziano wyżej, przepisy przewidujące możliwość przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych mają charakter kontratypowy (zob. także G. Gozdór, *Usługi*, *op. cit.*, s. 79). Oznacza to, że w ich braku zachowania funkcjonariuszy poszczególnych służb pozostawałyby bezprawne – tak, jak pozostają bezprawne zachowania detektywa stosującego takie właśnie środki, metody czy czynności.

Art. 7 u.u.d. jest więc niczym więcej, jak uszczegółowieniem reguły wyrażonej w art. 11 pkt 1 i art. 6 u.u.d.

Podsumowując trzeba stwierdzić, że **czynności operacyjno-rozpoznawcze zastrzeżone dla upoważnionych organów i instytucji państwowych na mocy odrębnych przepisów, w rozumieniu art. 45 w zw. z art. 7 u.u.d., to takie czynności operacyjno-rozpoznawcze, które zostały wprost wymienione przez ustawodawcę w ustawach i dla których określił on przesłanki warunkujące ich podjęcie przez te organy i instytucje.**

Wobec powyższego, przy rozstrzygnięciu czy czynność posłużenia się lokalizatorem GPS, której w ramach wykonywania usług detektywistycznych podjął się oskarżony, należy do jednej z zastrzeżonych (w powyższym rozumieniu) dla organów państwa czynności operacyjno-rozpoznawczych, a w szczególności, czy stanowi kontrolę operacyjną, trzeba mieć na uwadze dyspozycję art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o Policji zastrzegającego stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie dla Policji, przy spełnieniu przesłanek wskazanych w art. 19 cyt. ustawy umożliwiających podjęcie tego rodzaju działań. Warto również zauważyć, że użyte w tym przepisie pojęcie „środki techniczne umożliwiające uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie” obejmuje swoim zakresem

wszystkie dostępne środki techniczne, które służą do prowadzenia kontroli operacyjnej. (zob. także W. Kozielowicz „Środek techniczny umożliwiający uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie – kilka uwag o wykładni art. 19 ust.6 pkt.3 ustawy o Policji w: A. Pache, Z. Rau, M. Węgrowski (red.), Nowoczesne systemy łączności i transmisji danych na rzecz bezpieczeństwa. Szanse i zagrożenia, Warszawa 2013, s. 941 - 952).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak na wstępie.