



You have downloaded a document from
RE-BUS
repository of the University of Silesia in Katowice

Title: Uprawnienia przysługujące podmiotom, wobec których zastosowano podsłuch elektroniczny w świetle prawa niemieckiego

Author: Gabriela Musialik-Dudzińska

Citation style: Musialik-Dudzińska Gabriela. (2001). Uprawnienia przysługujące podmiotom, wobec których zastosowano podsłuch elektroniczny w świetle prawa niemieckiego. "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" (2001, z. 3, s. 81-98).



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIwersYTET ŚLĄSKI
W KATOWICACH



Biblioteka
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego

GABRIELA MUSIALIK-DUDZIŃSKA

UPRAWNIENIA PRZYSŁUGUJĄCE PODMIOTOM, WOBEC KTÓRYCH ZASTOSOWANO PODSŁUCH ELEKTRONICZNY W ŚWIETLE PRAWA NIEMIECKIEGO

1. UWAGI WSTĘPNE

Na gruncie ustawodawstwa niemieckiego funkcjonuje zarówno procesowy, jak i pozaprocesowy podsłuch elektroniczny, tj. podsłuch, którego przedmiotem są słowa wypowiedziane niepublicznie w mieszkaniu lub poza nim, niezależnie od ruchu telekomunikacyjnego. Podstawę prawną stosowania podsłuchu procesowego stanowią § 100c ust. 1 pkt 2 StPO (dotyczy rozmów prowadzonych poza mieszkaniem) oraz § 100c ust. 1 pkt 3 StPO (odnosi się do rozmów prowadzonych w mieszkaniu). Unormowań dotyczących pozaprocesowej inwigilacji rozmów poszukiwać natomiast należy w federalnych ustawach: o Federalnym Urzędzie do Spraw Ochrony Konstytucji (BVerfSchG)¹, o Federalnej Służbie Wywiadowczej (BND-G)² oraz o Wywiadzie Wojskowym (MAD-G)³, a także w obowiązujących w poszczególnych krajach związkowych ustawach policyjnych.

Aby uniknąć chaosu terminologicznego oraz uszanować specyfikę języka prawnego i prawniczego naszych zachodnich sąsiadów należy podkreślić, że ani we wskazanych aktach normatywnych, ani w literaturze dotyczącej omawianej problematyki nie znajdziemy tak rozpowszechnionego w innych krajach pojęcia „podsłuch elektroniczny”. W odniesieniu do kontroli i utrwalania rozmów prowadzonych poza mieszkaniem funkcjonują takie określenia jak: „zastosowanie środków technicznych” czy też „gromadzenie danych przy pomocy środków technicznych”. Z kolei inwigilowanie rozmów odbywających się w mieszkaniach oznacza się zbiorczym terminem „zamach podsłuchowy” (Lauschangriff), który obejmuje:

- 1) „wielki podsłuch” (grosse Lauschangriff) – polegający na akustycznej obserwacji zdarzeń w mieszkaniach podczas nieobecności w nich funkcjonariusza służb państwowych;
- 2) „mały podsłuch” (kleine Lauschangriff) – sprowadzający się do utrwalania wyłącznie słów wypowiedzianych w mieszkaniach w obecności tajnego agenta.

¹ Bundesverfassungsschutzgesetz z dnia 20 grudnia 1990 r. opublikowana w BGB1. I 1990, s. 2970.

² Gesetz über den Bundesnachrichtendienst z dnia 20 grudnia 1990 r., opublikowana w BGB 1.I 1990, s. 2979.

³ Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst z dnia 20 grudnia 1990 r., opublikowana w BGB 1.I 1990, s. 2977.

Podśluch elektroniczny w obu wskazanych wyżej postaciach stanowi niezwykle dotkliwą formę ingerencji organów państwowych w prawa i wolności jednostki, a mianowicie w: godność ludzką, prawo do nieskrępowanego rozwoju osobowości, prawo do prywatności oraz nienaruszalności mieszkania. Aby ów inwazyjny charakter podśluchu zrównoważyć, ustawodawca niemiecki, zarówno federalny, jak i krajowy, przyznał osobom, wobec których tę metodę pozyskiwania informacji zastosowano, określone uprawnienia. Należą do nich:

- 1) prawo do uzyskania informacji o zastosowaniu podśluchu elektronicznego;
- 2) prawo do uruchomienia kontroli zgodności z prawem oraz sposobu wykonania decyzji o zastosowaniu podśluchu elektronicznego;
- 3) prawo dochodzenia roszczeń odszkodowawczych.

Szczegółowe zaprezentowanie ich polskiemu czytelnikowi wydaje się być celowe, gdyż obecnie w naszym kraju toczy się dyskusja wokół problemu pogodzenia dopuszczalności stosowania podśluchu przez organy ścigania z respektem dla podstawowych praw i wolności człowieka, tym ostrzejsza, że polskie unormowania pozostawiają w tym zakresie wiele do życzenia.

2. PRAWO DO UZYSKANIA INFORMACJI O ZASTOSOWANIU PODSŁUCHU ELEKTRONICZNEGO

A. Procesowy podśluch elektroniczny

Podmiotom, wobec których zastosowano podśluch elektroniczny w mieszkaniu lub poza nim przysługuje prawo do uzyskania informacji o poddaniu ich akustycznej inwigilacji. W myśl § 101 ust. 1 StPO zostaną one jednak o tym fakcie powiadomione dopiero wówczas, gdy będzie to mogło nastąpić bez stwarzania zagrożenia dla realizacji celów postępowania, bezpieczeństwa publicznego, życia lub zdrowia ludzkiego, jak również możliwości dalszego wykorzystania działającego niejawnie, zakonspirowanego funkcjonariusza. O braku zagrożenia dla realizacji celów postępowania nie można mówić dopóty, dopóki podśluch elektroniczny stwarza szansę pozyskania i zabezpieczenia środków dowodowych. Dlatego w większości wypadków zawiadomienie o podśluchiowaniu i utrwalaniu słów wypowiedzianych niepublicznie następuje dopiero po upływie terminu, na jaki je zarządzone. Konieczne jest podkreślenie, że musi mieć ono miejsce zawsze, nawet gdyby podśluch nie przyniósł zamierzonych efektów, tzn. nie przyczynił się do wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy lub wykrycia miejsca pobytu obwinionego.

Szczegółne uregulowanie dotyczy wielkiego podśluchu. Jeżeli poinformowanie osób zainteresowanych o posłużeniu się nim nie nastąpi w ciągu 6 miesięcy od zakończenia inwigilacji, to dalsze odraczanie wykonania tego obowiązku wymaga zatwierdzenia przez sąd. Przed wniesieniem aktu oskarżenia decyduje o tym, z urzędu lub na wniosek prokuratora, wskaza-

na w § 74a GVG⁴ szczególna izba karna sądu krajowego (Sonderstrafkammer), nazywana również izbą ochrony państwa (Staatschutzkammer). Tworzy się ją przy sądach krajowych, w których okręgach mają swoje siedziby wyższe sądy krajowe. O tym, która ze szczególnych izb karnych jest właściwa w konkretnym przypadku, decyduje siedziba prokuratury prowadzącej postępowanie przygotowawcze.

Po wpłynięciu skargi zasadniczej odroczenie realizacji obowiązku informacyjnego należy do kompetencji sądu właściwego do rozpoznania sprawy. Decyzja o wstrzymaniu zawiadomienia podjęta przez sąd orzekający w danej sprawie może budzić, jak słusznie podnosi się w literaturze, istotne zastrzeżenia natury konstytucyjno-prawnej. Organy procesowe uzyskują w takiej sytuacji uprzywilejowaną pozycję w stosunku do innych uczestników postępowania, a zwłaszcza oskarżonego i jego obrońcy, gdyż w przeciwieństwie do nich mają świadomość istnienia istotnego dla sprawy materiału dowodowego. Dlatego postuluje się, przynajmniej wówczas, gdy materiały uzyskane przy pomocy akustycznej inwigilacji wskazywałyby na możliwość uwolnienia oskarżonego od ciężącego na nim zarzutu popełnienia czynu katalogowego, przedstawienie mu ich⁵.

Określając krąg podmiotów, które powinny zostać powiadomione o stosowaniu podsłuchu elektronicznego, ustawodawca posłużył się pojęciem „uczestnicy” (Beteiligte). Uczestnikiem w rozumieniu § 101 ust. 1 StPO jest każdy, w czyje prawa zasadnicze dokonano ingerencji na skutek zastosowania środków technicznych umożliwiających podsłuchiwanie i utrwalanie słów wypowiedzianych niepublicznie. W przypadku podsłuchu elektronicznego poza mieszkaniem uczestnikami będą jedynie osoba-cel oraz rozmawiający z nią partner. Przy wielkim podsłuchu do tej kategorii należy również zaliczyć wszystkie osoby przebywające w inwigilowanym mieszkaniu, a w sytuacji z § 100c ust. 1 zd. 5 StPO – także posiadacza mieszkania⁶.

Biorąc pod uwagę literalne brzmienie § 101 ust. 1 StPO trzeba byłoby przyjąć, że konieczne jest poinformowanie wszystkich podmiotów, które znalazły się w zasięgu procesowego podsłuchu elektronicznego. Gdyby część z nich nie była znana prokuratorowi, który jest zobowiązany do dokonania powiadomienia, powinien on podjąć działania mające na celu ich identyfikację oraz odnalezienie. Granicą tego obowiązku winna być jedynie faktyczna niemożność ustalenia tożsamości⁷. J. Welp podkreśla, że taki totalny obowiązek informacyjny mógłby stanowić skuteczną barierę psychologiczną, ograniczającą częstotliwość sięgania po podsłuch, zwłaszcza w przypadkach, gdy stosowanie go wiązałoby się z ingerencją w prawa zasadnicze osób trzecich nie mających żadnego związku z czynem katalogo-

⁴ *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ustawa Prawo o ustroju sądów), w brzmieniu z dnia 9 maja 1975 r., opublikowana w BGBI. I 1975, s. 77.

⁵ G. Nack, *Beschlagnahme, Überwachung des Fernmeldeverkehrs, Rasterfandung Einsatz technischer Mittel, Einsatz Verdeckter Ermittler and Durchsuchung*, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, red. G. Pfeiffer, München 1999, s. 479.

⁶ *Ibidem*, s. 478; H. J. Rudolphi, *Beschlagnahme, Überwachung des Fernmeldeverkehrs, Rasterfandung, Einsatz technischer Mittel, Einsatz Verdeckter Ermittler und Durchsuchung*, in: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Neuwid, Kristel, Berlin 1994, s. 119.

⁷ H. J. Rudolphi, *Beschlagnahme ...*, op. cit., s. 120.

wym będącym przedmiotem postępowania⁸. Gdyby bowiem podmiot podejmujący decyzję o wykorzystaniu podsłuchu elektronicznego uświadomił sobie, że w zasadzie cały wysiłek organów ścigania zostanie skierowany nie na wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy i ujęcie sprawcy, ale na identyfikację i powiadamianie dziesiątek lub nawet setek osób, na pewno byłby zdecydowanie bardziej powściągliwy.

Ze względu na zbyt duże obciążenie związane z zawiadomieniem wszystkich faktycznych uczestników podsłuchu w rozumieniu § 101 ust. 1 StPO, większość przedstawicieli doktryny i praktyki uznaje za wystarczające poinformowanie tylko tych osób, których personalia i miejsce pobytu są znane, a nawet wyłącznie obwinionego, gdyż osoby trzecie utrzymujące z nim kontakty i tak dowiedzą się o zastosowaniu akustycznej inwigilacji, w związku z toczącym się przeciwko obwinionemu postępowaniem karnym⁹.

O ile ze względów pragmatycznych można zaakceptować ograniczenie ciężącego na prokuratorze obowiązku informacyjnego do znanych uczestników podsłuchu elektronicznego, o tyle absolutnie nie do przyjęcia jest uznanie za wystarczające powiadomienia wyłącznie obwinionego. Przede wszystkim stanowisko to pozostaje w jaskrawej sprzeczności z dosłownym brzmieniem § 101 ust. 1 StPO. Poza tym argument, że osoby trzecie utrzymujące kontakt z obwinionym i tak dowiedzą się o zastosowaniu podsłuchu, w związku z prowadzonym przeciwko niemu postępowaniem, jest zasadny tylko w odniesieniu do podmiotów pozostających z nim we względnie stałych relacjach, interesujących się jego losem. W stosunku do osób stykających się z obwinionym przypadkowo, nie mających żadnego związku z czynem katalogowym, który dał asumpt do sięgnięcia po podsłuch, a niekiedy nawet nie znających tożsamości obwinionego, traci on rację bytu. Jest bowiem mało prawdopodobne, by powzięły one wiadomość o pociągnięciu go do odpowiedzialności karnej. Zastosowanie tego poglądu w praktyce spowodowałoby więc pozbawienie wskazanej grupy podmiotów prawa do dowiedzenia się o dokonaniu ingerencji w ich prawo do prywatności oraz prawo do samookreślenia informacyjnego, a także możliwości uruchomienia kontroli decyzji o zastosowaniu podsłuchu.

W ścisłym związku z § 101 ust. 1 StPO pozostaje unormowanie zawarte w ust. 4 tego przepisu. Wynika z niego, że decyzje oraz inne materiały dotyczące podsłuchu elektronicznego stosowanego na podstawie § 100c ust. 1 nr 2 i 3 StPO są przechowywane i zabezpieczane przez prokuraturę. Do akt sprawy są włączane dopiero po spełnieniu warunków określonych w ustępie 1. Mechanizm ten ma zapobiegać zbyt wczesnemu powzięciu przez obrońcę, w drodze przejrzenia akt sprawy, wiadomości o stosowaniu podsłuchu, co mogłoby uniemożliwić osiągnięcie stawianych przed nim celów. Trzeba jednak zdać sobie sprawę z tego, że w skrajnych przypadkach stosowanie § 101 ust. 4 StPO może spowodować, iż materiały pochodzące

⁸ Cyt. za W. Joecks, *Die strafprozessuale Telefonüberwachung*, „Juristische Arbeitsblätter” 1983, H. 2, s. 61.

⁹ K. Meyer, *Beschlagnahme, Überwachung des Fernmeldeverkehrs und Durchsuchung*, in: *Die Strafprozessordnung und des GVG. Grosskommentar. Erstes Buch: Allgemeine Vorschriften*, red. E. Löwe, W. Rosenberg, Berlin-New York 1976, s. 95; T. Kleinknecht, K. Meyer, *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, München 1991, s. 348 - 349; G. Nack, op. cit., s. 478.

z podsłuchu pozostaną tajne dla sądu i pozostałych uczestników postępowania przez cały czas trwania procesu¹⁰.

B. Pozaprosesowy podsłuch elektroniczny

Zbliżone do unormowania zawartego w § 101 ust. 1 StPO regulacje, dotyczące obowiązku poinformowania uczestników podsłuchu elektronicznego o fakcie poddania ich akustycznej inwigilacji, zawierają zarówno krajowe ustawy policyjne, jak i ustawa o Federalnym Urzędzie do Spraw Ochrony Konstytucji. Zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 1 BVerfSchG, znajdującym odpowiednie zastosowanie do działań Federalnej Służby Wywiadowczej i Wywiadu Wojskowego, w przypadku korzystania z wielkiego podsłuchu konieczne jest, po zakończeniu ingerencji, zawiadomienie osób nią dotkniętych. Może ono jednak nastąpić dopiero wówczas, gdy ujawnienie stosowania podsłuchu nie zagrozi celowi, który miał być przy jego pomocy osiągnięty.

Na gruncie ustawy policyjnej obowiązującej w Nadrenii-Westfalii¹¹ policja, po zakończeniu stosowania podsłuchu elektronicznego, ma obowiązek zawiadomić o korzystaniu z tej metody pozyskiwania informacji osoby, przeciwko którym była ona wymierzona, gdy tylko może to nastąpić bez naruszenia celu gromadzenia danych. Poinformowanie nie dochodzi do skutku jedynie wówczas, gdy z powodu tego samego stanu faktycznego zostało wszczęte przeciwko adresatowi podsłuchu prewencyjnego postępowanie karne (§ 18 ust. 5 PolGNW).

Nieco szerszy katalog okoliczności, od których uzależniony jest moment czasowy dokonania powiadomienia, zawiera ustawa policyjna Bawarii¹². Jej art. 34 ust. 5 stanowi, że obowiązek ten należy zrealizować, jeżeli nie zagrozi to: celowi stosowania podsłuchu, bezpieczeństwu publicznemu, bezpieczeństwu niejawnie działającego funkcjonariusza policji oraz możliwości jego dalszego wykorzystania.

Z kolei ustawy obowiązujące w Kraju Saary¹³, Badenii-Wirtembergii¹⁴ i Hesji¹⁵ wskazują więcej przyczyn wyłączających obowiązek informacyjny. Należy do nich nie tylko wszczęcie postępowania karnego przeciwko osobie dotkniętej podsłuchem (HSOG nie wyklucza w tym przypadku poinformowania, lecz uzależnia czas jego dokonania od decyzji prokuratora – § 15 ust. 7 zd. 3), lecz również: sytuacja, gdy nie dokonano żadnego nagrania obejmującego dane osobowe, albo gdy nagrania i materiały obejmujące informacje uzyskane przy pomocy podsłuchu zostały zniszczone niezwłocz-

¹⁰ Por. M. Lemke, *Beschlagnahme, Überwachung des Fernmeldeverkehrs, Rasterfandung, Einsatz technischer Mittel, Einsatz Verdeckter Ermittler und Durchsuchung*, in: M. Lemke, K. P. Julius, Ch. Krehl, H. J. Kurth, E. C. Rautenberger, D. Temming, *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, Heidelberg 1999 s. 325.

¹¹ *Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (PolGNW)*, opublikowana w GVB1 NW 1990, s. 580.

¹² *Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei – Polizeiaufgabengesetz – PAG*, opublikowana w Bay. GVB1 1990, s. 397.

¹³ *Saarländisches Polizeigesetz – SPolG*, opublikowana w Amtsbl. 1989, s. 1750.

¹⁴ *Polizeigesetz Baden-Württemberg*, opublikowana w GB1. BW 1992, s. 1.

¹⁵ *Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung – HSOG*, opublikowana w He. GVB1. I 1990, s. 197.

nie po jego zakończeniu (na gruncie HSOG wyłączenie to dotyczy tylko podsłuchu elektronicznego poza mieszkaniem) oraz upływ 5 lat od zaprzestania akustycznej inwigilacji.

Spśród okoliczności, których zaistnienie zwalnia organy policji od obowiązku poinformowania o stosowaniu podsłuchu elektronicznego pewne wątpliwości budzą: zniszczenie nagrań niezwłocznie po zakończeniu inwigilacji oraz upływ czasu. W odniesieniu do pierwszej z nich źródłem zastrzeżeń jest fakt, iż niewykorzystanie danych dla celów odparcia niebezpieczeństwa grożącego określonym dobrom prawnym nie jest równoznaczne z brakiem ingerencji w prawa zasadnicze osoby podsłuchiwanej. Naruszenie przysługującego jej prawa do prywatności, do samookreślenia informacyjnego oraz – w przypadku wielkiego podsłuchu – nienaruszalności mieszkania następuje bowiem już z chwilą uruchomienia urządzeń technicznych. Stąd powinna być ona powiadamiana o inwigilacji, gdyż umożliwi jej to ewentualne wniesienie skargi w przypadku niezgodnych z prawem poczynañ organów ścigania.

W odniesieniu do upływu czasu jako okoliczności wyłączającej obowiązek informacyjny podnieść należy, że nie wyklucza on, ani nawet nie łagodzi intensywności ingerencji w szeroko pojętą prywatność jednostki. Za wprowadzeniem tej przesłanki przemawia w zasadzie jedynie to, że po upływie pięciu lat od zastosowania podsłuchu osoby nim dotknięte mogą podchodzić do działań policyjnych nieco mniej emocjonalnie, a duża rozpiętość czasowa, z uwagi na zatarcie w pamięci szeregu szczegółów, mogłaby uniemożliwić dokonanie efektywnej kontroli zasadności posłużenia się podsłuchem elektronicznym dla celów prewencyjnych.

W związku z obowiązkiem informacyjnym realizowanym w odniesieniu do pozaprocesowego podsłuchu elektronicznego trzeba zwrócić uwagę na jeszcze jedną istotną kwestię. Zdecydowana większość ustaw policyjnych stanowi, że dotyczy on każdej osoby (jede Person) objętej zasięgiem tej metody pozyskiwania danych. Stąd absolutnie nie można uznać za wystarczające zawiadomienia wyłącznie wichrzyciela, czyli osoby, która spowodowała niebezpieczeństwo, bądź tylko niektórych osób będących celami podsłuchu.

3. PRAWO DO URUCHOMIENIA KONTROLI ZGODNOŚCI Z PRAWEM ORAZ SPOSOBU WYKONANIA DECYZJI O ZASTOSOWANIU PODSŁUCHU ELEKTRONICZNEGO

A. Procesowy podsłuch elektroniczny

A.1. Podsłuch elektroniczny poza mieszkaniem

W odniesieniu do podsłuchiwania i utrwalania słów wypowiedzianych niepublicznie poza mieszkaniem § 100d StPO nie zawiera żadnych szczególnych unormowań dotyczących kontroli zgodności z prawem oraz sposobu wykonania decyzji o zastosowaniu tego środka wykrywczego. Dlatego ko-

nieczne jest odwołanie się do innych unormowań StPO regulujących ochronę prawną przed procesowymi ingerencjami w prawa zasadnicze. Jest to o tyle trudne, iż są one rozsiane po całej ustawie karnoprocesowej, a sądy posługują się nimi w sposób bardzo niejednolity.

Na postanowienie sądu nakazujące stosowanie podsłuchu elektronicznego poza mieszkaniem oraz zatwierdzające zarządzenie prokuratora lub urzędnika pomocniczego prokuratury wydane w przypadku nie cierpiącym zwłoki, przysługuje zażalenie na podstawie § 304 StPO. Trzeba przy tym pamiętać o istotnym ograniczeniu prawa skargi wynikającym z § 304 ust. 4 StPO. Według tego przepisu nie podlegają w ogóle zaskarżeniu postanowienia i zarządzenia BGH, a rozstrzygnięcia wyższego sądu krajowego działającego jako sąd pierwszej instancji są zaskarżalne tylko w wyliczonych w ustawie przypadkach. Dodatkowe bariery wprowadza § 305 StPO w odniesieniu do decyzji sądu właściwego do rozpoznania sprawy. Zażalenie nie przysługuje, jeżeli ich zadaniem jest przygotowanie wyroku i mogą być zaskarżone wraz z nim.

Zażalenie wnosi się do sądu, którego sędzia wydał sporne postanowienie (uwzględni on zażalenie zmieniając zaskarżoną decyzję, albo przekaże je w terminie trzech dni sądowi wyższej instancji), a w przypadkach pilnych od razu do sądu wyższej instancji.

Brak w doktrynie niemieckiej zgodności co do tego, czy zażalenie na podstawie § 304 StPO przysługuje wyłącznie od nie wykonanych postanowień sądowych, czy również od takich, których realizacja została zakończona. T. Kleinknecht i K. Meyer są zdania, że zażalenie może być skutecznie wniesione dopóty, dopóki trwa podsłuchiwanie i utrwalanie słów wypowiedzianych niepublicznie poza mieszkaniem. Po zakończeniu inwigilacji jest ono prawnie niedopuszczalne¹⁶. Podobne stanowisko zajmuje BGH twierdząc, że zażalenie zmierzające do ustalenia bezprawności zakończonego, karnoprocesowego ograniczenia praw konstytucyjnych jest w zasadzie niedopuszczalne i to również wówczas, gdy sędzia – co w przypadku podsłuchu elektronicznego stanowi regułę – nie wysłuchał uprzednio osoby dotkniętej inwigilacją. Tylko w przypadku „rażącej samowoli” sędziego orzekającego lub niebezpieczeństwa powtórnej, bezprawnej ingerencji BGH dopuszcza, w drodze wyjątku, prawo skorzystania z zażalenia¹⁷. Odmienny pogląd prezentuje H. J. Rudolphi. Uznaje, że nie ma żadnych przeszkód ku temu, by podmiot dotknięty podsłuchem wystąpił z żądaniem zbadania zgodności z prawem dokonanej w jego sferę prywatności ingerencji również po jej zakończeniu¹⁸.

Federalny Trybunał Konstytucyjny pierwotnie zaakceptował stanowisko BGH. W postanowieniu z dnia 11 października 1978 r. dokonał wykładni przepisów dotyczących zaskarżalności decyzji sędziowskiej o przeprowadzeniu przeszukania, ustalając, że nie należy rozpoznawać zażalenia opartego

¹⁶ T. Kleinknecht, K. Meyer, op. cit., s. 348.

¹⁷ Cyt. za K. Amelung, *Ochrona prawna przed karnoprocesowymi ograniczeniami praw konstytucyjnych w RFN*, w: K. Amelung, K. Marszak (red.), *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym. Problem karnoprocesowych ograniczeń praw obywatelskich*, Katowice 1990, s. 139.

¹⁸ H. J. Rudolphi, *Beschlagnahme...*, op. cit., s. 113.

na naruszeniu przepisów prawa karnego procesowego (tzw. „przekroczenie procesowe”) i wniesionego po zakończeniu przeszukania. Swój pogląd uzasadnił poprzez odwołanie się do szczególnego charakteru postępowania karnego. Po pierwsze wskazał, iż prawu karnemu procesowemu obce są rozstrzygnięcia wyczerpujące się w następczym stwierdzeniu sprzeczności z prawem zrealizowanego już środka przymusu. Zadaniem mechanizmów kontrolnych jest usuwanie aktualnych, trwających uciążliwości oraz przyznanie osobie zainteresowanej możliwości spowodowania zakończenia ingerencji. Po drugie podkreślił, że gdyby sędziowskie postanowienia i zarządzenia z reguły podlegały zaskarżeniu zażaleniem również po ich wykonaniu, spowodowałyby to znaczne, dodatkowe obciążenie sądów i utrudniło sprawne prowadzenie postępowania. Dlatego jedynie w wyjątkowych wypadkach, np. z uwagi na niebezpieczeństwo powtórnej ingerencji lub bardzo poważne naruszenie prawa, dopuszczalne jest uwzględnienie interesu prawnego w następczym stwierdzeniu niezgodności z prawem zastosowanego środka¹⁹.

Obecnie BVerfG odstąpił od tego poglądu. Uznał, iż jest on nie do pogodzenia z art. 19 ust. 4 GG, gwarantującym prawo do efektywnej i pozbawionej luk ochrony prawnej przeciwko aktom władzy publicznej.

Nie ma wątpliwości, iż jest to zasadny punkt widzenia. Poprzednie stanowisko czyniło z przepisów normujących mechanizmy kontrolne martwą literę prawa. W praktyce nie miały one żadnego znaczenia, gdyż poinformowanie o stosowaniu podsłuchu następuje z reguły dopiero po zakończeniu akustycznej inwigilacji.

Od wydanych w przypadkach nie cierpiących zwłoki zarządzeń prokuratora lub urzędników pomocniczych prokuratury o zastosowaniu podsłuchu elektronicznego poza mieszkaniem można, stosując odpowiednio § 98 ust. 2 zd. 2 StPO²⁰, odwołać się do sądu powiatowego lub sądu prowadzącego postępowanie. Jak długo akustyczna inwigilacja trwa, tak długo właściwy do jej zarządzenia organ sądowy może zostać wezwany przez osobę dotkniętą podsłuchem do podjęcia stosownej decyzji w przedmiocie dopuszczalności lub sposobu wykonania środka.

Również w tym przypadku powstał problem czy, a jeżeli tak to kto, może dokonać następczego stwierdzenia niezgodności z prawem podsłuchu elektronicznego zarządzanego przez prokuratora lub urzędnika pomocniczego prokuratury. StPO nie zna przewidzianej w § 28 ust. 1 zd. 4 EGGVG²¹ tzw. skargi ustalającej, funkcjonującej również na gruncie § 113 ust. 1 zd. 4 VwGO²². Jednak w literaturze zdecydowanie dominuje pogląd o dopuszczalności analogicznego stosowania § 98 ust. 2 zd. 2 StPO. Kontrolę dokonywaną w trybie tego przepisu postrzega się bowiem jako bar-

¹⁹ Cyt. za K. Schroth, *Der Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, „Strafverteidiger” 1999, H. 2, s. 118.

²⁰ § 98 StPO dotyczy zajęcia przedmiotów. W zdaniu drugim ustępu drugiego przyznano osobie zainteresowanej prawo żądania w każdym czasie wydania decyzji sędziowskiej.

²¹ *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz* (Ustawa Przepisy wprowadzające prawo o ustroju sądów) opublikowana w RGB1. 1877, s. 77. § 28 ust. 1 zd. 4 stanowi, że jeśli środek zastał zrealizowany, wówczas sąd wypowiada się w przedmiocie wniosku stwierdzając, że środek był sprzeczny z prawem, jeżeli wnioskodawca ma uzasadniony interes w takim stwierdzeniu.

²² *Verwaltungsgerichtsordnung* (Kodeks postępowania administracyjnego), opublikowany w BGB1. I 1960, s. 17.

dziej efektywną i wszechogarniającą aniżeli ta, którą realizuje wyższy sąd krajowy na mocy § 23 i nast. EGGVG²³.

Kolejną kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest ustalenie, czy obok kontroli obejmującej pierwszy etap korzystania ze środka przymusu, jakim jest podsłuch elektroniczny, tj. etap decyzyjny, funkcjonuje możliwość zbadaania zgodności z prawem czynności wykonawczych realizowanych przez prokuraturę i jej urzędników pomocniczych. Według dotychczasowego orzecznictwa BGH procesowa kontrola sposobu realizacji środków przymusu była niedopuszczalna. Jeżeli osoba, wobec której środki te zastosowano, zamierzała zakwestionować sposób ich wprowadzenia w życie, musiała korzystać z § 23 i nast. EGGVG, jako stworzonych specjalnie w odniesieniu do środków organów wykonawczych. Pod wpływem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego BGH zmodyfikował swoje stanowisko. Uznał, iż źródło wystarczającej ochrony prawnej stanowi odpowiednio stosowany § 98 ust. 2 zd. 2 StPO²⁴.

Obok zaprezentowanych mechanizmów kontroli procesowej osobom, których prawa zasadnicze zostały naruszone w ramach toczącego się postępowania karnego oddano do dyspozycji jeszcze jeden środek prawny – skargę konstytucyjną, rozpoznawaną przez Federalny Trybunał Konstytucyjny. Definiuje się ją jako środek prawny, na podstawie którego obywatel lub inny podmiot prawny może zwrócić się do sądu konstytucyjnego o udzielenie mu ochrony w związku z naruszeniem jego praw konstytucyjnych przez organ państwowy albo inną władzę publiczną²⁵.

Przedmiotem skargi konstytucyjnej mogą być zarówno orzeczenia sądowe, jak i inne decyzje zapadające w procesie oraz czynności faktyczne organów ścigania pod warunkiem kumulatywnego zaistnienia następujących przesłanek:

- 1) działanie bądź zaniechanie władz publicznych (pojęcie to obejmuje wszystkie organy postępowania karnego, tj. sądy, prokuraturę, policję) musi dotyczyć praw zagwarantowanych w art. 1 - 19, 20 ust. 4, 33, 38, 101, 103 i 104 ustawy zasadniczej;
- 2) skarżący obowiązany jest wykazać, że został bezpośrednio dotknięty naruszeniem swych konstytucyjnie gwarantowanych praw; nie jest wystarczające twierdzenie, że istnieje potencjalna możliwość ingerencji;
- 3) konieczne jest uprzednie wyczerpanie drogi prawnej, tj. wykorzystanie przewidzianej ustawą możliwości odwołania się do sądu; tylko wyjątkowo dopuszczalna jest rezygnacja z obowiązku zrealizowania tego warunku – dotyczy sytuacji, gdy sprawa ma znaczenie ogólne, albo gdy zwłoka mogłaby spowodować poważne następstwa dla skarżącego²⁶.

Z uwagi na wymóg zrealizowania ostatniej ze wskazanych przesłanek powstała wątpliwość co do zakresu dopuszczalności skargi konstytucyjnej przeciwko decyzjom innym aniżeli orzeczenia oraz przeciwko czynnościom

²³ K. Schroth, op. cit., s. 118 - 119.

²⁴ Ibidem, s. 120; P. Hofmański, *Ochrona praw człowieka. Studium z zakresu ochrony prawnej przed ingerencjami w prawa uczestników procesu karnego*, Białystok 1994, s. 189.

²⁵ B. Nita, *Trybunał Konstytucyjny a proces karny*, Kraków 1999, s. 130.

²⁶ Ibidem, s. 131 - 132; P. Hofmański, op. cit., s. 195 i n.

faktycznym organów ścigania. Wobec poddania ich generalnej kontroli sądowej – zgodnie z treścią art. 19 ust. 4 GG – została ona jednak rozważana²⁷.

Wśród orzeczeń trudności w praktyce wywołały orzeczenia incydentalne. Próbując je rozwiązać BVerfG wypracował kryterium wywoływanych przez nie samoistnych skutków prawnych. W rezultacie uznał za dopuszczalne skargi przeciwko takim decyzjom procesowym, które powodują wprawdzie skutki o charakterze przemijającym, ale określają w sposób jednoznaczny sytuację oskarżonego, innych uczestników postępowania, czy też osób trzecich podlegającą ochronie w zakresie praw zasadniczych. Stąd za zaskarżalne w drodze skargi konstytucyjnej uznano zainstalowanie stanowiska inwigilacyjnego oraz gromadzenie danych (podobnie jak: doprowadzenie, areszt śledczy, zatrzymanie, przeszukanie ciała, przeszukanie lokalu, podsłuch telefoniczny, przepadek przedmiotów)²⁸.

Uwzględnienie przez BVerfG skargi wymierzonej przeciwko decyzji o zastosowaniu środka przymusu, jakim jest podsłuch elektroniczny może prowadzić bądź do jej uchylecia – gdy ingerencja nadal trwa – bądź do stwierdzenia niekonstytucyjności akustycznej inwigilacji, która została już wcześniej zakończona. Ze względu na treść § 101 ust. 1 StPO regułą będzie ograniczenie się Federalnego Trybunału Konstytucyjnego do ustalenia sprzeczności z Konstytucją podsłuchiwanie i utrwalania słów wypowiedzianych niepublicznie, co może jednak w przyszłości ułatwić dochodzenie roszczeń odszkodowawczych.

Przysłowiową ostatnią deską ratunku, po wyczerpaniu wszystkich dostępnych środków prawnych przewidzianych przez ustawodawstwo krajowe, jest uruchomienie procedur kontrolnych realizowanych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka.

A.2. Podsłuch elektroniczny w mieszkaniu

W odniesieniu do wielkiego podsłuchu, ze względu na szczególną intensywność ingerencji w konstytucyjnie chronione prawa zasadnicze, przewidziano w § 100d ust. 6 StPO odrębny tryb postępowania. Przepis ten przyznaje obwinionemu, a w przypadkach określonych w § 100c ust. 2 zd. 5 StPO również posiadaczowi mieszkania objętego podsłuchem, prawo zwrócenia się do sądu z żądaniem zbadania zgodności z prawem postanowienia o zastosowaniu podsłuchu elektronicznego, jak również sposobu wykonania tej decyzji. Wniosek w tym przedmiocie może być złożony zarówno w trakcie realizacji, jak i po zakończeniu wielkiego podsłuchu. Oznacza to, że zostaje wyłączona droga prawna przewidziana w § 23 EGGVG.

Nie będącym posiadaczami mieszkania osobom trzecim, które znalazły się w zasięgu wielkiego podsłuchu prawo złożenia wniosku w trybie § 100d

²⁷ P. Hofmański, op. cit., s. 199.

²⁸ Ibidem, s. 200.

ust. 6 StPO nie przysługuje. Mogą one jednak, jeżeli wykażą istnienie interesu prawnego, wnieść zażalenie na podstawie § 304 ust. 2 StPO²⁹.

Legitymacja do rozpoznania wniosku o dokonanie kontroli zgodności z prawem zarządzenia i wykonania akustycznej inwigilacji mieszkań jest uzależniona od stopnia zaawansowania procesu. Przed wniesieniem aktu oskarżenia do sądu przysługuje ona szczególnej izbie karnej sądu krajowego, w którego okręgu ma siedzibę prokuratura prowadząca postępowanie przygotowawcze. Oczywiście izba orzeka w przedmiocie wniosku w innym składzie imiennym aniżeli ten, który wydał postanowienie o zastosowaniu podsłuchu. Po rozpoczęciu postępowania właściwy jest sąd rozpoznający sprawę. Zgodnie z § 100d ust. 6 zd. 3 StPO może on wypowiedzieć się co do zgodności z prawem decyzji o uruchomieniu podsłuchu również po zakończeniu postępowania. Jak się wydaje uregulowanie to powinno również dotyczyć sposobu przeprowadzenia inwigilacji, zwłaszcza z uwagi na treść § 101 ust. 1 StPO. Podkreśla się jednak, że w przedmiocie zgodności z prawem zarządzenia wielkiego podsłuchu sąd właściwy do rozpoznania sprawy winien wypowiedzieć się najpóźniej w momencie wyrokowania ze względu na to, iż od jego stanowiska w tej kwestii zależeć będzie możliwość wykorzystania pochodzącego z podsłuchu materiału dowodowego³⁰.

Od decyzji wydanej po rozpoznaniu wniosku, o którym mowa w § 100d ust. 6 StPO, przysługuje zażalenie na zasadach ogólnych. Poza tym osoba, której prawa zasadnicze zostały naruszone na skutek wykorzystania wielkiego podsłuchu może wnieść skargę konstytucyjną (co do warunków dopuszczalności – pkt A 1.), a w ostateczności zwrócić się do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

B. Pozaprocessowy podsłuch elektroniczny

W przypadku podjęcia decyzji o zastosowaniu pozaprocessowego podsłuchu elektronicznego przez organ sądowy – co przewiduje zdecydowana większość krajowych ustaw policyjnych w odniesieniu do wielkiego podsłuchu – znajdują zastosowanie mechanizmy kontrolne przewidziane w odrębnych przepisach. Tylko niektóre ustawy policyjne, np. § 39 ust. 2 w zw. z § 15 ust. 5 zd. 2 HSOG, odsyłają do odpowiedniego stosowania w tym zakresie ustawy o sprawach z zakresu dobrowolnego poddania się jurysdykcji sądowej. W pozostałych wypadkach wchodzić będą w grę przepisy § 23 i nast. EGGVG.

Nieco trudniejsze jest ustalenie, jak kształtuje się ochrona przeciwko środkom gromadzenia informacji, m.in. przeciwko podsłuchowi elektronicznemu, zastosowanym na podstawie własnej decyzji organów policyjnych.

Przepisy prawa policyjnego nie zawierają żadnych szczególnych unormowań dotyczących tej problematyki. Pociąga to za sobą konieczność każdorazowego wyboru właściwej drogi prawnej spośród trzech możliwych,

²⁹ G. Nack, op. cit., s. 473.

³⁰ Ibidem, s. 473; M. Lemke, op. cit., s. 320 - 321.

przewidzianych przez: kodeks postępowania karnego, ustawę – Przepisy wprowadzające prawo o ustroju sądów oraz kodeks postępowania administracyjnego.

Mechanizmy kontrolne przewidziane w StPO, a zwłaszcza w § 98 ust. 2, należy z góry wykluczyć, gdyż znajdują one zastosowanie jedynie w przypadkach, gdy policja działa jako organ procesowy. Traktuje się ją wówczas jako „przedłużone ramię prokuratury”³¹.

Do dyspozycji pozostaje zatem § 23 EGGVG oraz § 40 i nast. VwGO. Na pierwszy rzut oka nasuwa się proste rozwiązanie. Ponieważ na podstawie § 23 EGGVG wyższe sądy krajowe badają zgodność z prawem środków stosowanych przez organy wymiaru sprawiedliwości – pod warunkiem, że przepisy szczególne nie przewidują w tym zakresie właściwości innego sądu – norma ta znajduje zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy policja posługuje się środkami o charakterze represyjnym. Jeżeli istotą jej działań jest prewencja, kontroli dokonuje się w oparciu o § 40 i nast. VwGO. To jasne, z punktu widzenia teorii kryterium zawodzi w praktyce i to z dwóch powodów. Po pierwsze, środki policyjne mają z reguły charakter dwufunkcyjny, tzn. zależnie od okoliczności mogą być wykorzystywane zarówno dla celów prewencyjnych, jak i represyjnych. Po drugie, obywatele muszą mieć możliwość ustalenia, jakie instrumenty prawne przysługują im przeciwko środkom policyjnym, których stali się adresatami. Jeżeli cel korzystania z podsłuchu elektronicznego nie jest im znany w ogóle, albo orientują się co do niego tylko ogólnikowo, takie ustalenie jest niewykonalne³².

Próbę rozwiązania problemu wyboru właściwej drogi prawnej stanowią ukształtowane w literaturze i orzecznictwie dwa kierunki interpretacji. Doktryna posługuje się kryterium „rozgraniczenia funkcjonalnego”, którego podstawą jest zamieszczone w § 23 EGGVG określenie „środki organów wymiaru sprawiedliwości” (*Massnahme der Justizbehörden*). W ramach pojęcia „organy wymiaru sprawiedliwości” mieszczą się, zdaniem zwolenników tej koncepcji, wyłącznie sądy i prokuratury. Stąd wniosek, że § 23 EGGVG dotyczy jedynie środków przez nie stosowanych. Policja – nawet wówczas, gdy w przypadkach nie cierpiących zwłoki działa zamiast sędziego czy prokuratora – nie jest organem wymiaru sprawiedliwości a zatem podlega kontroli dokonywanej na podstawie § 40 ust. 1 VwGO³³.

Orzecznictwo zdecydowanie preferuje koncepcję „rozgraniczenia materialnego” opartą na założeniu, że nie tylko sądy i prokuratury, lecz również działająca w ich miejsce policja, są organami wymiaru sprawiedliwości. Policja może więc funkcjonować albo jako organ wymiaru sprawiedliwości, albo jako organ administracyjny, co oznacza, że ochrona przed stosowanymi przez nią środkami może być oparta bądź na § 23 EGGVG, bądź na § 40 ust. 1 VwGO. Decydującą rolę przy rozgraniczeniu tych norm odgrywa punkt ciężkości środka. Jeżeli policja działa w przeważającym zakresie w sferze ścigania karnego, wówczas właściwe są wyższe sądy krajowe.

³¹ P. Hofmański, op. cit., s. 189.

³² Ch. Gusy, *Polizeirecht*, Tübingen 1996, s. 258 - 259.

³³ Ibidem, s. 259.

Jeśli wykazuje aktywność na obszarze odparcia niebezpieczeństwa – sądy administracyjne. Doprecyzowując to stanowisko zaproponowano ograniczenie ochrony przewidzianej w § 23 EGGVG tylko do:

- 1) środków sądowych i prokuratorskich, o ile brak mechanizmów kontrolnych przewidzianych przez StPO;
- 2) środków policyjnych stanowiących wykonanie decyzji sędziowskich lub prokuratorskich³⁴.

Oba wskazane kierunki interpretacyjne, choć oparte na odmiennych założeniach prowadzą do tego samego wniosku. Działania policji polegające na podjęciu oraz wykonaniu decyzji o zastosowaniu środków technicznych umożliwiających podsłuchiwanie i utrwalanie słów wypowiedzianych niepublicznie w mieszkaniu lub poza nim podlegają kontroli o charakterze administracyjnoprawnym, realizowanej w oparciu o § 40 ust. 1 VwGO. Stanowią bowiem jedną z form realizacji samoistnych uprawnień policji w zakresie pozyskiwania danych oraz służą celom prewencyjnym, a mianowicie odparciu niebezpieczeństwa dla określonych w ustawie dóbr prawnych.

Te same reguły postępowania dotyczące wyboru właściwej drogi prawnej odnoszą się do podsłuchu elektronicznego stosowanego przez Federalny oraz Krajowe Urzędy do Spraw Ochrony Konstytucji, Federalną Służbę Wywiadowczą oraz Wywiad Wojskowy.

4. PRAWO DO DOCHODZENIA ROSZCZEŃ ODSZKODOWAWCZYCH

Podstawową normą prawną umożliwiającą dochodzenie roszczeń odszkodowawczych, obowiązującą zarówno w odniesieniu do metod procesowego, jak i pozaprosesowego gromadzenia danych, jest § 839 BGB. Normuje on odpowiedzialność państwa w sytuacjach, gdy określona osoba, wykonująca powierzoną funkcję publiczną, narusza w sposób zawiniony ciążący na niej względem osoby trzeciej obowiązek służbowy i powoduje w ten sposób szkodę.

Z § 839 BGB wynika, iż uruchomienie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa wymaga kumulatywnego zaistnienia następujących przesłanek:

- 1) powodujące szkodę działanie lub zaniechanie musi być zrealizowane przy wykonywaniu powierzonej funkcji publicznej;
- 2) winno nastąpić naruszenie ciążącego na funkcjonariuszu wobec osoby trzeciej obowiązku służbowego;
- 3) uchybienie obowiązkowi musi być zawinione;
- 4) pomiędzy zachowaniem funkcjonariusza a wyrządzoną szkodą winien zachodzić związek przyczynowy.

Spełnienie wymogu wykonywania funkcji publicznej nie budzi w przypadku organów sądowych, prokuratorskich, policyjnych, jak również służb specjalnych żadnych wątpliwości. Pewien problem może powstać jedynie

³⁴ Ibidem, s. 260 - 261.

w przypadkach, gdy nie sam funkcjonariusz, lecz upoważniona przezeń do określonych działań osoba powoduje szkodę. Orzecznictwo oraz część przedstawicieli doktryny stoi na stanowisku, że co do zasady odpowiedzialność państwa jest wówczas wyłączona. Tylko wyjątkowo, gdy funkcjonariusz ma tak duży wpływ na bezpośrednio wykonującą czynność, iż może być on uznany za „narzędzie urzędu publicznego” uznaje się, iż zachowanie takie mieści się w ramach pojęcia „wykonywanie funkcji publicznej”³⁵.

Do obowiązków służbowych ciężących na funkcjonariuszu publicznym należy przede wszystkim przestrzeganie norm prawnych. Przy czym o obowiązku nakierowanym na osobę trzecią można mówić wówczas, gdy naruszony przepis prawa ma za zadanie ochronę interesów poszkodowanego. W przypadku prawa procesowego i szeroko pojętego prawa policyjnego stanowi to regułę. Te gałęzie prawa służą bowiem nie tylko realizacji interesu publicznego, polegającego na zapobieganiu naruszeniom abstrakcyjnie postrzeganych dóbr prawnych, lecz również ochronie indywidualnych obywateli. Dotyczy to zarówno materialno-prawnych przesłanek stosowania poszczególnych środków policyjnych bądź procesowych, jak i uregulowań formalno-prawnych dotyczących właściwości. Jeżeli np. policja – nie przestrzegając norm ustalających reguły postępowania – dokona ingerencji w chronione przez § 823 BGB prawa obywateli (np. stosując wielki podsłuch na podstawie decyzji kierownika jednostki policji a nie, jak tego wymaga ustawa zasadnicza i ustawy zwykłe, na mocy postanowienia sędziowskiego), to dopuszcza się zachowania stanowiącego delikt w rozumieniu prawa o czynach niedozwolonych, co uzasadnia wystąpienie z roszczeniem odszkodowawczym. Do kategorii obowiązków służbowych ciężących na funkcjonariuszach wobec osób trzecich zalicza się także wymóg respektowania zasady proporcjonalności, a zwłaszcza tej jej dyrektywy, która zakazuje powodowania dolegliwości niewspółmiernych do zamierzonego skutku. Jej korzenie tkwią bowiem w unormowaniach dotyczących praw zasadniczych jednostki³⁶.

Naruszenie rozumianego w sposób wyżej wskazany obowiązku służbowego winno być dokonane umyślnie lub nieumyślnie. O umyślności – zgodnie z § 276 ust. 1 BGB – można mówić wówczas, gdy funkcjonariusz ma świadomość i wolę spowodowania sprzecznego z prawem skutku. Zachodzi ona również wówczas, gdy sprawca przynajmniej liczy się z możliwością uchybienia obowiązkowi, a mimo to działa. Nieumyślnie działa funkcjonariusz, który uwzględniając wymaganą staranność, powinien przewidzieć naruszenie obowiązku służbowego. Miernik zawinienia ma na gruncie § 276 ust. 1 zd. 2 BGB charakter obiektywny. Bierze się pod uwagę nie zachowanie konkretnego funkcjonariusza, który wyrządził szkodę, lecz „przeciętnego, przestrzegającego obowiązków urzędnika”. Stąd nieznanomość przepisów nie prowadzi do wyłączenia odpowiedzialności. Tylko w przypadkach wątpliwego stanu prawnego możliwa jest ekskulpacja³⁷.

³⁵ F. Rachor, *Ausgleichs- und Ersatzansprüche des Bürgers*, in: H. Lisken, E. Denninger, *Handbuch des Polizeirechts*, München 1992, s. 648.

³⁶ *Ibidem*, s. 685 - 686.

³⁷ *Ibidem*, s. 687.

Funkcjonariusze działający nieumyślnie korzystają, w myśl § 839 ust. 1 zd. 2 BGB z bardzo istotnego przywileju. Mogą być brani pod uwagę jedynie wówczas, gdy poszkodowany nie jest w stanie zaspokoić swojego roszczenia w innym trybie. Zasadność tego unormowania jest jednak poddawana w wątpliwość, zwłaszcza z uwagi na treść art. 34 GG. Dlatego orzecznictwo systematycznie ogranicza zakres jego stosowania.

W zakresie związku przyczynowego funkcjonuje teoria adekwatności. W pierwszej kolejności bada się zatem, czy naruszenie obowiązku służbowego było warunkiem koniecznym (*conditio sine qua non*) zaistnienia szkody. W razie pozytywnych ustaleń w tym przedmiocie rozważyć należy, czy szkoda jest typowym, oczekiwanym w zwykłej kolejności rzeczy, a nie występującym tylko w ramach zupełnie wyjątkowego zbiegu okoliczności, następstwem uchybienia obowiązkowi.

W oparciu o § 839 BGB można dochodzić zarówno naprawienia szkód majątkowych, jak i zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Odszkodowanie przyznawane jest zawsze w pieniądzu i obejmuje pełne wynagrodzenie szkody (*Schadenersatz*), tzn. usunięcie wszelkich „gospodarczych” następstw sprzecznego z prawem działania lub zaniechania funkcjonariusza publicznego³⁸. Należy jednak uwzględnić przyczynienie się poszkodowanego (§ 254 BGB).

Zgodnie z § 852 BGB roszczenia przysługujące z tytułu naruszenia obowiązku służbowego przez funkcjonariusza publicznego przedawniają się z upływem 3 lat.

Niezależne od zawartych w BGB unormowań ogólnych podstawy roszczeń odszkodowawczych przewidują: ustawa z dnia 8 marca 1971 r. o odszkodowaniu z tytułu stosowania środków ścigania karnego (*Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen – StrEG*³⁹) oraz ustawy policyjne poszczególnych krajów związkowych.

Zakres podmiotowy StrEG jest bardzo wąski. Obejmuje wyłącznie osoby, którym w postępowaniu karnym postawiono zarzut popełnienia przestępstwa. Pozostałym uczestnikom procesu pozostaje jedynie możliwość wkroczenia na drogę procesu cywilnego.

Ustawa pozwala na dochodzenie roszczeń z tytułu szkód wyrządzonych:

- 1) wykonaniem orzeczonego w wyroku kar i środków zabezpieczających;
- 2) zastosowaniem innych, enumeratywnie wyliczonych w § 2 ust. 2 i § 3 StrEG, środków ścigania karnego (należą do nich m.in. tymczasowe aresztowanie, a także zrealizowane przez policję zabezpieczenie, zajęcie i przeszukanie).

Obwiniony, który poniósł szkodę na skutek wykonania orzeczonych wyrokiem kar lub środków zabezpieczających może wystąpić z żądaniem jej wyrównania jedynie wówczas, gdy orzeczenie zostało uchylone lub zmienione na jego korzyść w drodze wznowienia postępowania. W przypadku środków wyliczonych w § 2 ust. 2 i § 3 StrEG przesłanką roszczeń odszkodowawczych jest uniewinnienie obwinionego, umorzenie postępowania, albo

³⁸ Ibidem, s. 689.

³⁹ BGB1. I 1971, s. 157.

odmowa wszczęcia przez sąd postępowania głównego. Rozstrzygnięcie stwierdzające ich istnienie jest dokonywane z urzędu, a zamieszczane w wyroku lub postanowieniu kończącym postępowanie jurysdykcyjne (§ 8 StrEG). Jeżeli prokuratura umorzyła postępowanie – właściwy jest sąd powiatowy działający nie z własnej inicjatywy, lecz na wniosek zainteresowanego (§ 9 StrEG).

Wydanie decyzji ustalającej istnienie roszczeń odszkodowawczych związanych z zastosowaniem środków ścigania karnego nie powoduje automatycznie wypłaty określonej sumy pieniężnej. Nastąpi ona, jeżeli uprawniony podmiot w ciągu sześciu miesięcy wystąpi ze stosownym żądaniem (§ 10 StrEG).

Wszystkie ustawy policyjne zawierają niemal identyczne unormowania dotyczące roszczeń obywateli o naprawienie szkody, która została spowodowana zastosowaniem środków policyjnych. Są one zróżnicowane w zależności od tego, czy posłużenie się przez policję określonymi metodami działania było zgodne z prawem, czy też nie.

Regułą jest, że stosowne odszkodowanie przysługuje:

- 1) każdej osobie nie będącej wicherzycielem, która poniosła szkodę na skutek zgodnego z prawem uczynienia jej adresatem środków policyjnych (określa się ją mianem „nie odpowiedzialnego uczestnika”⁴⁰);
- 2) osobom, które za zgodą policji dobrowolnie współdziałały z nią w wykonywaniu jej zadań lub oddały do dyspozycji stanowiące ich własność rzeczy.

Tylko wyjątkowo ustawy policyjne przyznają możliwość wystąpienia z roszczeniem także osobom trzecim nie będącym uczestnikami we wskazanym wyżej rozumieniu. Szkada jest w ich przypadku absolutnie nie zamierzonym, ubocznym efektem działań policji.

Podkreślenia wymaga, że w przypadku zgodnej z prawem aktywności organów policyjnych prawa do żądania odszkodowania nie ma wicherzyciel, a więc podmiot odpowiedzialny za spowodowanie niebezpieczeństwa. Zasada ta doznaje jednak wyjątku. Dotyczy on tzw. pozornych wicherzycieli, tzn. osób, które – jak ustalono *ex post* – nie spowodowały niebezpieczeństwa dla korzystających z ochrony dóbr prawnych, ale pierwotnie wywołały u działających w sposób prawidłowy i wyważony organów policji wrażenie zagrożenia. Roszczenie odszkodowawcze nie przysługuje im jedynie wtedy, gdy sprokurowali oni wrażenie niebezpieczeństwa umyślnie lub nieumyślnie. W tym drugim przypadku wymaga się zaistnienia ciężkiego niedbalstwa. Pod tym pojęciem rozumie się niezwykle intensywne lekceważenie obowiązku staranności, który rozsądny człowiek znajdujący się w identycznym położeniu wykorzystałby do uchronienia się przed szkodą mogącą wyniknąć ze zgodnego z prawem działania policji. Pozorni wicherzyciele, którzy nie naruszyli obowiązku staranności, korzystają z roszczeń odszkodowawczych na mocy przepisów dotyczących nie odpowiedzialnych uczestników⁴¹.

⁴⁰ Ibidem, s. 675.

⁴¹ Ibidem, s. 677 - 678; zob. także Ch. Gusy, op. cit., s. 250.

Możliwość wystąpienia z roszczeniem z tytułu szkody wywołanej zgodnym z prawem zastosowaniem środków policyjnych zostaje wyłączona jeżeli:

- 1) środki zostały użyte celem ochrony osoby poszkodowanego lub jego majątku;
- 2) poszkodowany uzyskał odszkodowanie w innym trybie (nie wystarczy możliwość skierowania roszczenia do osoby trzeciej – musi ono zostać zrealizowane).

W przypadku sprzecznych z prawem działań policyjnych prawo do odszkodowania przysługuje każdemu, kto poniósł szkodę z tego tytułu, a więc zarówno wiczarzycielowi, jak i nie odpowiedzialnym uczestnikom oraz osobom trzecim. Muszą jednak wystąpić łącznie następujące przesłanki:

- 1) zastosowanie środka policyjnego; musi się on mieścić w zakresie ustawowych kompetencji organów policyjnych, natomiast forma aktywności nie ma żadnego znaczenia; w grę wchodzi zarówno akty administracyjne, jak i akty realne;
- 2) sprzeczność z prawem wykorzystanego środka; nie ma żadnego znaczenia, czy określona metoda postępowania była w ogóle niedopuszczalna, czy też nie mogła być wdrożona przeciwko tej osobie, którą dotknęła;
- 3) zaistnienie szkody;
- 4) związek przyczynowy między szkodą a sprzecznym z prawem posłużeniem się środkiem policyjnym;
- 5) brak innych możliwości uzyskania odszkodowania⁴².

Nie jest konieczne wykazanie winy funkcjonariusza. Stąd wniosek, że odpowiedzialność jest oparta na zasadzie ryzyka.

Zarówno w przypadku zgodnego, jak i sprzecznego z prawem zastosowania środków policyjnych, odszkodowanie obejmuje w zasadzie tylko szkody majątkowe. Dochodzenie zadośćuczynienia za doznaną krzywdę jest z reguły niedopuszczalne. Tylko nieliczne ustawy policyjne przewidują taką możliwość, ograniczając ją do przypadków: pozbawienia wolności, spowodowania uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia (np. § 65 ust. 2 HSOG).

Odszkodowanie przysługuje wyłącznie w pieniądzu (może przybrać również postać renty lub świadczenia kapitałowego). Przywrócenie stanu poprzedniego nie jest przewidziane. W przeciwieństwie do odszkodowania unormowanego przez BGB ma ono charakter kompensacyjny, a nie restytucyjny, tzn. obejmuje tylko wyrównanie rzeczywistej szkody (damnum emergens). Przy ustalaniu jego wysokości uwzględnia się wszystkie okoliczności konkretnego przypadku, m.in. rodzaj i rozmiar szkody oraz przyczynienie się poszkodowanego (np. § 65 ust. 5 HSOG). Przedawnienie roszczeń odszkodowawczych następuje z upływem 3 lat od dowiedzenia się przez poszkodowanego o szkodzie oraz o zobowiązaniu do jej naprawienia podmiocie, a niezależnie od faktu uzyskania takiej wiedzy – z upływem 30 lat od zdarzenia powodującego szkodę.

Dla roszczeń odszkodowawczych opartych na unormowaniach zamieszczonych w ustawach policyjnych otwarta została droga postępowania przed sądami powszechnymi. Kto jest jednak ich adresatem?

⁴² Por. Ch. Gusy, op. cit., s. 254 - 255.

Nie można się w tym przypadku posłużyć określeniem „odpowiedzialność odszkodowawcza państwa”, gdyż służby policyjne pozostają w gestii poszczególnych krajów związkowych. Dlatego prawo policyjne reguluje, przeciwko komu należy wystąpić z powództwem. Generalnie obowiązek odszkodowawczy ciąży na korporacji, w której służbie działa funkcjonariusz stosujący środek. W przypadku funkcjonariuszy policji krajowej jest to oczywiście kraj związkowy. Od tej zasady przewidziano wyjątki. Pierwszy z nich dotyczy tzw. policyjnego wsparcia wykraczającego poza granice określonego kraju związkowego. Jeżeli funkcjonariusz będący członkiem formacji policyjnych jednego kraju związkowego – respektując prawne zasady współdziałania – podejmuje aktywność w innym kraju związkowym, to stosowane przez niego środki są traktowane jako środki tej korporacji, w której obszarze właściwości miejscowej i rzeczowej działał. Poszkodowany musi więc wystąpić z roszczeniem przeciwko temu krajowi związkowemu, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące szkodę. Drugi wyjątek sprowadza się do przypadków, gdy policjant działa dla innej korporacji aniżeli jego korporacja macierzysta.

THE RIGHTS OF PARTIES, WHO HAVE BEEN ELECTRONICALLY BUGGED
IN THE LIGHT OF GERMAN LAW

S u m m a r y

According to German legislation there function both procedural and extra-procedural electronic bugging, that is bugging, whose objects are statements made not in public, in a flat or outside it, regardless of the telecommunication traffic. Drawing upon the legal norms in operation, the author discusses some basic rights granted to the parties subject to acoustic invigilation and, above all, the right of obtaining information about the use of electronic bugging. Further on, the author deals with the right, granted to every citizen, to commission the control of accordance with the law and the way the directive of bugging was executed – both in a flat and outside it. The last section of the paper is devoted to the right of pursuing claims for indemnity at instances, where bugging was being used against the law, violating the service duty or by parties not entitled to it.