

ROMAN ZDYBEL¹

FUNKCJA WYKRYWCZA I DOWODOWA W POSTĘPOWANIU KARNYM. ZARYS PROBLEMATYKI. CZĘŚĆ I

Wstęp

Zagadnienie wyodrębnienia funkcji wykrywczej i funkcji dowodowej w postępowaniu karnym jest niezwykle istotne, bowiem w sposób bezpośredni wpływa na skuteczność zarówno procesu wykrywczego (typowania źródeł dowodowych rzeczowych oraz osobowych), jak i udowodnienia zindywidualizowanego sprawstwa inkryminowanego czynu (podejznanemu, oskarżonemu, skazanemu). Zbieranie i systematyczne weryfikowanie materiału dowodowego w systemowej weryfikacji założonych wersji śledczych (szczególnie w skomplikowanych pod względem przedmiotowo-podmiotowym wielowątkowych śledztw) wymaga permanentnej pracy operacyjno-rozpoznawczej w typowaniu do procesowego wykorzystania źródeł dowodowych. Zatem istotą funkcji wykrywczej dobrze umocowanej w prawie policyjnym i w klauzulowych przepisach wykonawczych jest wspieranie funkcji dowodowej narzędziami pozaprocesowymi. Dlatego też zależność funkcji dowodowej od funkcji wykrywczej we wdrożeniu instrumentów i oprzyrządowania prawnego tożsamego dla tej funkcji jest nie tylko bezsporna, lecz

¹ Dr Roman Zdybel — doktor nauk prawnych. Stopień uzyskany w wyniku obronionej w 2002 r. pracy na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego z nowatorskich metod i środków wykrywczych neutralizujących skalę i dynamikę przestępczości kryminalnej. Specjalizuje się w dowodowym prawie karnym, łącząc bogate doświadczenia zdobyte w organach ochrony prawnej z wymogami aktywności naukowej. Autor czterdziestu prac w tym dwóch publikacji książkowych z zakresu prawa dowodowego (*Funkcja wykrywcza i dowodowa postępowania karnego*, Warszawa 2016, s. 493). Od 2002 r. zatrudniony na etacie starszego wykładowcy prawa w Państwowej Wyższej Szkole Wschodnioeuropejskiej w Przemyślu. Ceniony przez studentów wykładowca (opinia na podstawie Karty Oceny Nauczyciela Akademickiego stanowiącej załącznik do uchwały nr 13/2013 Senatu oraz cyklicznie sporządzanych przez studentów anonimowych ankietach dla Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego).

Adres do korespondencji: <stosunki@pwsu.eu>.

z punktu widzenia prawa dowodowego, w uprawdopodobnieniu we wstępnym (etapowym) postępowaniu karnym, a w postępowaniu jurysdykcyjnym udowodnienia zindywidualizowanego sprawstwa zarzucanego podejrzanemu inkryminowanego czynu, wręcz niezbędna w realizacji dyspozycji art. 2 k.p.k.² Samo oparcie efektów dowodowo-wykrywczych postępowania na izolacyjnej funkcji dowodowej powoduje zmarginalizowanie wysiłków całego postępowania, co skutkuje jego umorzeniem z powodu niewykrycia sprawców oraz przyczynia się do deprecjonowania koniecznego zaufania społecznego do organów ścigania. W literaturze przedmiotu wyodrębnienie funkcji wykrywczej i funkcji dowodowej w postępowaniu karnym nie istnieje, chociaż w skompensowanym i kompatybilnym ustawodawstwie prawa policyjnego, pozostałych organów ścigania oraz powszechnych źródłach prawa regulujących tok i zasady powszechnych jednostek prokuratury taki zarys funkcji da się wyodrębnić i racjonalnie uzasadnić. Jest to zatem wizja autorska, porządkująca obrót prawny w jego praktycznym zastosowaniu, która przyczyniła się do istotnego rozwoju dowodowego prawa karnego.

Istota i znaczenie funkcji wykrywczej w efektywnej neutralizacji skali i dynamiki przestępczości kryminalno-gospodarczej

Zwalczanie i neutralizacja uciążliwej społecznie przestępczości kryminalnej stanowi podstawowy wyznacznik w ustawowych prerogatywach organów ochrony prawnej (ścigania). Stan bezpieczeństwa w ujęciu społecznym oceniany jest w szczególności przez pryzmat skuteczności wykrywczo-dowodowej prowadzonych przez organy ścigania postępowań przygotowawczych. Umarzanie wstępnych postępowań z przyczyn braku ustawowej aktywności i inicjatywy dowodowej degraduje organy ochrony prawnej, aktywizując środowisko kryminogenne w promowaniu negatywnego wzorca naśladowania niewykrytych sprawców. Globalizacja, profesjonalizacja i transgraniczny charakter szczególnie zorganizowanej przestępczości kryminalno-gospodarczej (wyłudzenia VAT na ogromną skalę przez fikcyjne firmy — tzw. słupy) wymaga bezwzględnej synchronizacji ustawowych i klauzulowych rozwiązań prawnych określonych w funkcji wykrywczej z procesowymi uwarunkowaniami funkcji dowodowej. Nieuzasadnione jest twierdzenie prezentowane w literaturze przedmiotu w czysto akademickim rozważaniu, że funkcja wykrywcza i funkcja dowodowa nie są wyodrębnione w literaturze przedmiotu, bowiem nie dotyczą one etapowego postępowania, lecz procesu (postępowania jurysdykcyjnego).

Nadto funkcja wykrywcza nie może być realizowana tylko na etapie postępowania jurysdykcyjnego w zasadzie odwróconej kontradyktoryjności³, bowiem w kognicji sąd do wdrożenia ustawowo dla niej wyprofilowanych rozwiązań ustawowych oraz form i metod zawartych w klauzulowych

² Ustawa z 6 czerwca 1997 r. — Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. DzU z 2018r., poz. 1987 z późn. zm.; dalej jako: k.p.k.).

³ R. Zdybel, *Odwrócona zasada kontradyktoryjności w prawie dowodowym po nowelizacji prawa karnego formalnego*, „Przegląd Policyjny” 2016, nr 4, s. 127–152.

instrukcjach nie jest uprawniony. Takie teoretyczne zawężenie problematyki wykrywalności zindywidualizowanych inkryminowanych czynów dokonanych lub usiłowanych przez sprawców, wyłącznie sprowadzonych do efektywności funkcji dowodowej, niewątpliwie doprowadza do zmarginalizowania całego wysiłku wykrywczego organów ścigania, a tym samym pośrednio stanowi niezamierzone przyzwolenie dla działania skutkowego i bezkarności sprawców. Oczywiście (nie tylko dla prawnika) jest, że instrumenty funkcji wykrywczej mogą być skutecznie i efektywnie wdrożone (zarządzone) tylko przez ustawowo w kognicji umocowane organy śledcze (ścigania) i wyłącznie na etapie wstępnego (etapowego) karnego postępowania przygotowawczego (niektóre wyłącznie za obligatoryjną zgodą uprzednią lub następczą sądu), podczas którego zostaje zweryfikowany w sposób istotny nie tylko zgromadzony materiał dowodowy, lecz ponadto odpowiednie pragmatyczne zaktywizowanie funkcji wykrywczej spowoduje pożądaną i oczekiwany rozwój przedmiotowo-podmiotowy prowadzonego postępowania włącznie z realną możliwością podjęcia uprzednio umorzonych postępowań z powodu niewykrycia sprawców. Realizacja modułu funkcji wykrywczej winna stanowić podstawowe kryterium zadaniowe planu śledztwa (realizacji w nadzorze służbowym przez przełożonych) oraz podstawę do permanentnych weryfikacji założonych wielowątkowych wersji śledczych. Na etapie wstępnego postępowania organ nie rozstrzyga o sprawstwie inkryminowanego czynu zarzucanego sprawcy, w tym przypisanym członkom zorganizowanej grupy przestępczej, lecz zarzut sprawstwa, w postanowieniu o przedstawieniu zarzutu i w prokuratorskiej wizji aktu oskarżenia, za ledwie uprawdopodobnia pod względem dowodowym — nie operacyjnym, zarówno w formach stadialnych, jak i zjawiskowych. Sąd z własnej inicjatywy nie może wyznaczyć wokandy postępowania jurysdykcyjnego bez uprzedniego wniesienia przez uprawnionego oskarżyciela publicznego lub prywatnego aktu oskarżenia, jako szczególnego pisma procesowego inicjującego proces, opartego i popieranego przed sądem na zebranych i zweryfikowanym materialnie dowodowym akt głównych oraz obligatoryjnie przekazanych dowodami rzeczowymi. Podstawowym wyznacznikiem efektywności i skuteczności prowadzonego etapowego postępowania przygotowawczego jest ustalenie motywu działania sprawcy (sprawców) inkryminowanego zdarzenia — zarówno w formie stadialnej, jak i zjawiskowej. Motyw działania sprawcy (sprawców) w wielowątkowych i skomplikowanych pod względem przedmiotowo-podmiotowych śledztwach jest możliwy dopiero po wszczęciu i intensywnym prowadzeniu rozpracowania operacyjnego. Waler czynności operacyjno-rozpoznawczych intensywnie wspierających proces dowodowy postępowania jest niezaprzeczalny, a próba nawet niezamierzonej marginalizacji tych pozaprocesowych czynności (po obligatoryjnej transformacji na zweryfikowane dowody procesowe), z zarzutem, że zostały uzyskane w sposób niehumanitarny, w drodze postępu (prowokacji policyjnej) z naruszeniem praw i wolności człowieka czy ewentualnego dyskrecjonalnego zarzutu rzekomego przekroczenia uprawnień służbowych, w tym spychania ich do dowodów z „zatrutego drzewa”, doprowadza w konsekwencji do marginalizacji wysiłku

wykrywczego postępowania, deprecjacji ustawowych prerogatyw organów ścigania, akceptacji przyzwolenia dla bezkarności przestępców oraz wzrostu radykalizmu społecznego w żądaniu skutecznej eliminacji z przestrzeni publicznej uciążliwego zagrożenia przestępczością pospolitą, w której wykrywalność inkryminowanych czynów przeciwko mieniu z powodu braku wdrożenia należytej intensywności pracy operacyjnej i rozpoznania nie pozwalała odnotować zadawalających społecznie akceptowanych wyników. Zgodzić się natomiast należy z promowaną i rozpowszechnianą tezą prezentowaną w literaturze przedmiotu, że czynności operacyjno-rozpoznawcze funkcji wykrywczej (inwigilacja, podsłuch, kontrola zawartości przesyłek, gry operacyjne, prowokacja policyjna, wywiadownia elektroniczna itp.) bezpośrednio wkraczają w chronioną konstytucyjnie materię praw i wolności obywatelskich oraz ratyfikowane przez Polskę umowy międzynarodowe. Instrumenty prawne funkcji wykrywczej winne zatem być wdrażane celowo, zasadnie, rozważnie oraz legalnie jako ustawowy i klauzulowy instrukcyjny środek nadzwyczajny do skutecznej i efektywnej walki z przestępczością — szczególnie globalną. Dla prakseologicznej efektywności realizacji funkcji wykrywczej niezbędne jest sporządzenie permanentnie kontrolowanego i weryfikowanego przez przełożonych odrębnego, objętego klauzulą i zatwierdzonego przez uprawnionego przełożonego planu czynności operacyjnych. Oczywiście jest, że czynności funkcji wykrywczej nie mogą być prowadzone chaotycznie bez powiązania z prowadzonym równoległe z postępowaniem rozpracowaniem operacyjnym. Nie ma sensu wprowadzać do planu czynności operacyjnych typowania źródeł dowodowych, które nie można w toku czynności procesowych przetworzyć na materiał dowody i pozostawiać go wyłącznie w sferze hipotez. Weryfikacja planu czynności operacyjnych powinna zmierzać w kierunku skutecznego typowania osobowych i rzeczowych źródeł dowodowych pod kątem możliwości przetworzenia na materiał procesowy objętego desygnatami funkcji dowodowej. Materiał operacyjny integralnie związany z postępowaniem przed przekazaniem do czynności procesowych winien być już na tym etapie wstępnie zweryfikowany pod względem przydatności dowodowej.

Niemniej jednak wyższość celów w zakresie niezbędności oraz konieczności zwalczania i neutralizacji przestępczości kryminalno-gospodarczej, przy zastosowaniu instrumentów pozaprocesowych, w pełni usprawiedliwia takie ustawowe prerogatywy działania organów ścigania. Wobec tego podczas postępowania jurysdykcyjnego nie można na poparcie tezy dowodowej aktu oskarżenia, który w istocie jest wizją prokuratora, subiektywnie wyłączyć z katalogu dowodów procesowych, które zostały pozyskane z ich uprzedniego wytypowania w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz po ich obligatoryjnej transformacji zgodnie z zasadami działu V k.p.k na materiał procesowy⁴. Takie decyzyjne czynności wykluczające

⁴ „W granicach swych zadań Policja wykonuje czynności operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-porządkowe w celu: rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń”. Ustawa o Policji z 6 kwietnia 1990 r. (tekst jedn. DzU z 2019 r., poz. 161 z późn. zm.; dalej jako ustawa o Policji), art. 14 ust. 1 pkt 1. „Przy wykonywaniu czynności

lub zawężające (marginalizujące) dowodową wartość zebranego materiału procesowego, w interpretacji niezawisłości sędziowskiej, niewątpliwie prowadzą do istotnego zawężenia pola dowodowego oraz nieuprawnionego stosowania zasady *in dubio pro reo*, w tym przypisywania tak pozyskanym dowodom niekiedy statusu nielegalności i bezprawności w legalności ich pozyskania przez ustawowo uprawnione w kognicji organy ścigania⁵. W trójpodziale władzy sądy powszechne (art. 175 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.⁶), w procesie orzekania o winie i karze, są związane zarówno materiają ustaw zwykłych, w tym regulujących tok oraz zakres prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, (brak jest do tej pory ustawowego uregulowania zasadnie form i metod pracy operacyjnej), jak i materiają ustawy zasadniczej. Na tak określonej płaszczyźnie prawnej nie można wybiórczo interpretować w sądowej wykładni rozszerzającej, stosowanej w toku postępowania jurysdykcyjnego, że zebrane i zweryfikowane dowody procesowe na poparcie tezy dowodowej aktu oskarżenia są bez wartości, co skutkuje ich oddaleniem, a inicjatywa dowodowa stron zmierzająca do wykrycia prawdy materialnej jest niweczona i marginalizowana. W konsekwencji zapada wyrok poprawny pod względem formalno-prawnym, lecz niesprawiedliwy z istotną wadą obrazu prawa dowodowego interpretowanego następnie przez judykaturę jako pomyłki sądowe z nieodwracalnymi skutkami dla pokrzywdzonych po ich uniewinnieniu w warunkach odbywania długotrwałej kary pozbawienia wolności lub stosowania aresztu tymczasowego. Zagadnienie wartości dowodowej (procesowej) uzyskane przy wsparciu instrumentów prawnych funkcji wykrywczej w obecnym niejasnym stanie prawnym winno być przedmiotem pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości

operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego umyślnych przestępstw⁷. Norma prawna zawarta w art. 19 ust. 1 pkt. 1–9 ustawy o Policji w wymienionych enumeratywnie kategoriach przestępstw określa legitymizację Policji do wdrożenia czynności operacyjno-rozpoznawczych funkcji wykrywczej. Analogiczne umocowanie prawne znajduje się w art. 19a ust. 1–9, 16, 19b ustawy o Policji.

⁵ Casus agenta Tomka w zbieraniu w 2007 r. dowodów w ramach ustawowej prowokacji na skorumpowanie wręczonej i przyjętej łapówki z chęcią zysku przez Beatę Sawicką, wówczas posłanki Platformy Obywatelskiej. Sąd Najwyższy, w uzasadnieniu uniewinniającego wyroku z 26 kwietnia 2013 r., stwierdził, że: „Demokratyczne państwo ze swej istoty wyklucza testowanie uczciwości obywateli czy dokonywanie wyrывkowej kontroli tej uczciwości przy użyciu w tym celu tajnych i podstępnych metod, aby sprawdzać ich podatność na korupcję. Oceny czynności operacyjno-rozpoznawczych CBA dokonało w oderwaniu od zebranych dowodów a uzyskany legalny dowód, musiałby zostać zweryfikowany innymi czynnościami”. Wyrok SN nie podważa kompetencji organów śledczych do stosowania prowokacji w celu neutralizacji przestępczości, lecz wskazuje na nieodzowność w dochowaniu rzetelności inwigilacji (prowokacji) z zachowaniem ustawowych przesłanek i reguł prawnych ich dopuszczalności oraz spójności z innym materiałem procesowym. Wyrok Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2013 r., sygn. SNO 2/08 (niepubl.).

⁶ DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483 z późn. zm.; dalej jako: Konstytucja RP.

Unii Europejskiej (dalej jako: TSUE)⁷. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że prakseologiczna aktywizacja funkcji wykrywczej, a także jej zasady i materia z wykorzystaniem pracy operacyjnej winny być kompleksowo uregulowane przyszłą ustawą. Ustawowe uregulowanie tej materii jest konieczne w demokratycznym państwie prawnym, tak samo jak wzmocnienie funkcji wykrywczej niezbędnym zaufaniem społecznym⁸.

Postępowanie karne rozumiane jako samodzielne wstępne stadium procesu karnego stanowi kompatybilny zespół norm prawnych regulujących czynności procesowe oraz zmierzających do materializacji prawa karnego materialnego i formalnego. Zasada legalizmu i równości wobec prawa, obowiązująca w polskim procesie karnym, określona w art. 10 i 60 § 1 k.p.k. jako fundament sprawiedliwego procesu karnego, bez którego nie może funkcjonować demokratyczne państwo prawne, inspirowane organy prokuratury i nadzorowaną Policję do zdynamizowania aktywności wykrywczo-dowodowej oraz wszczęcia i prowadzenia postępowania przygotowawczego w każdym przypadku, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia inkryminowanego czynu. Przez obecny model postępowania karnego należy rozumieć zespół zasadniczych składników strukturalnych określonego układu obejmującego całość wzajemnie powiązanych faktów procesowych wypełniających i inicjujących pierwsze stadium procesu karnego, a przy tym pozwalający na odróżnienie go od innych układów w zakresie unormowania karnego postępowania przygotowawczego⁹. Zatem

⁷ Pytanie prejudycjalne, instytucja z obszaru prawa Unii Europejskiej uregulowana w art. 19 ust. 3 pkt. b traktatu o Unii Europejskiej (DzU z 2004 r., nr 90, poz. 864) uwzględniającego zmiany wprowadzone traktatem z Lizbony, kieruje nie strona, a sąd państwa członkowskiego, ale strona może mieć wpływ na zadane pytania przez sąd krajowy państwa narodowego. Strona może bowiem wnioskować do sądu państwa członkowskiego o skierowanie zapytania do sądu wspólnotowego. Treść tego pytania winna brzmieć następująco: Czy sąd w postępowaniu jurysdykcyjnym, kierując się zasadą swobodnej i nieskrępowanej oceny dowodów, może uznać zgromadzone dowody, przy aktywnym wsparciu funkcji wykrywczej, za uzyskane z naruszeniem prawa i oddalić je jako niehumanitarne podlegające sprawce do popełnienia skutkowego przestępstwa w warunkach ustawowego umocowania organów ścigania do wdrożenia czynności operacyjno-rozpoznawczych? Uzyskana wykładnia TSUE po jej inkorporacji (implementacji) z wewnętrznego porządku prawnego ostatecznie zdefiniowałaby wartość procesową dowodu uzyskanego z typowania źródeł dowodowych funkcji wykrywczej.

⁸ Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014 r. (DzU z 2014 r., poz. 1055, sygn. K 23/11): 1. Przesłanki zarządzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych mają być zdefiniowane ustawowo, precyzyjne i możliwie restrykcyjnie. 2. Ustawa ma rodzajowo określić katalog technicznych sposobów ingerencji w prywatność jednostki. 3. Ustawa ma precyzować maksymalny czas prowadzenia czynności (obecnie trzy miesiące z możliwością przedłużenia na dalszy okres). 4. Ustawa ma regulować procedurę zarządzania czynności, przy czym kompetencje do zarządzania i badania legalności ma mieć organ niezależny (najlepiej sąd). 5. Ustawa ma precyzować zakres wykorzystania zebranych danych, zwłaszcza w procesie karnym jako dowodów.

⁹ R. Koper i in., *Proces karny. Przebieg postępowania. Wydanie II uzupełnione*, Katowice 2012, s. 12.

wiodącym (nadrzędnym i głównym) celem postępowania karnego jest ustalenie (uprawdopodobnienie) materiałem dowodowym, czy czyn zabroniony w subsumcji jako etapu stosowania prawa wyczerpuje znamiona normy prawnej w czasie jej obowiązywania oraz czy daje wystarczającą podstawę orzekania w postępowaniu jurysdykcyjnym o winie i karze sprawcy inkryminowanego zdarzenia (względnie jego warunkowego umorzenia).

Materialnoprawne normy postępowania karnego określają prawa i obowiązki (prawne formy działania) zarówno organów ochrony prawnej (sądu i prokuratora w postępowaniu karnym), jak i pozostałych stron oraz innych uczestników postępowania jurysdykcyjnego. W literaturze prawniczej przyjmuje się tożsamość (synchroniczność) oraz brak wyraźnego rozróżnienia pojęcia procesu karnego i postępowania karnego¹⁰. Dla pełnego obrazu analizy ogólnych funkcji procesowych (norm procedury karnej), wdrożonych zarówno w toku wstępnego postępowania karnego, jak i jurysdykcyjnego, należy dokonać ich kazuistycznego podziału na:

- prakseologiczną (instrumentalną) — określającą możliwość wdrożenia przez uczestnika procesu najprostszej (najskuteczniejszej) drogi realizacji swoich praw w procesie, w tym sporządzenie i popieranie prywatnego aktu oskarżenia w okolicznościach odmowy przez oskarżyciela publicznego (prokuratora) objęciem inkryminowanego zdarzenia dyspozycją art. 60 § 1 k.p.k. ze względu na brak interesu społecznego, który w sposób kazuistyczny w ustawie nie został zdefiniowany i zależy od uznania prokuratorskiego,
- gwarancyjną — w zakresie ochrony podstawowych i nadrzędnych (uniwersalnych) wartości demokratycznego państwa prawnego oraz praw jednostki w procesie,
- regulacyjną (porządkującą) — ustalającą i wyznaczającą sekwencje czynności regulujących prawa i obowiązki uczestników procesu (nadania ram prawnych czynnościom procesowym w odpowiedniej formie),
- materialnoprawną — wywierającą merytoryczny wpływ na realność stosowania prawa karnego materialnego w uwarunkowaniach procedury karnej.

W wyczerpującym wyliczeniu funkcji procesowych trudno się doszukać zarówno stymulacyjnej funkcji wykrywczej przenikającej funkcję dowodową we wstępnej fazie postępowania karnego, jak i mającej następnie bezpośredni wpływ na wszystkie funkcje procesowe realizowane w postępowaniu jurysdykcyjnym (spójności, wiarygodności i koncentracji materiału dowodowego art. 424 § 1 k.p.k.).

W prawnych formach działania organów ścigania (ustawowej legalizacji czynności tożsamej dla wykonania funkcji wykrywczej i dowodowej) znajduje się obowiązek realizacji podstawowych funkcji ścigania w celu zapobiegania przestępczości (neutralizacji jej skali i dynamiki). Tak określone przez ustawodawcę zadania mogą być realizowane poprzez wdrożenie funkcji:

- rozpoznawczej — ukierunkowanej na rozpoznanie zjawisk i środowisk kryminogenno-przestępczych,

¹⁰ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 43.

- wykrywczej — realizowanej w drodze niejawnych czynności operacyjno-rozpoznawczych (pozaprocesowych) ukierunkowanych na ujawnianie źródeł dowodowych, ich weryfikowanie metodami operacyjnymi pod względem przydatności procesowej w realizacji funkcji dowodowej postępowania karnego,
- zapobiegawczej (profilaktycznej) — polegającej na oddziaływaniu prewencji szczególnej oraz ogólnej na potencjalnych sprawców i środowisko kryminogenne.

Funkcja dowodowa etapowego i jurysdykcyjnego postępowania

Wśród kierunków działań organów ścigania jako integralną część w literaturze przedmiotu wymienia się realizację funkcji dowodowej (uprawdopodobnienia materiałem procesowym ustalonych podejrzanych — oskarżonych zindywidualizowanym sprawstwem inkryminowanych czynów) łącznie z pozostałymi funkcjami¹¹. Funkcja dowodowa nie jest realizowania w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych (prostych czy złożonych form pracy operacyjnej), lecz w drodze czynności procesowych (jawnych, realizowanych zgodnie z działem V k.p.k.). Wskazać należy, że funkcja dowodowa przyjmuje dwie formy — uprawdopodobnienia materiałem dowodowym sprawstwa inkryminowanego zdarzenia podejrzanemu i oskarżonemu na etapie wstępnego postępowania karnego oraz udowodnienia w zasadzie odwróconej kontradyktoryjności tegoż sprawstwa w postępowaniu jurysdykcyjnym przed sądem z aktywnym udziałem sądu orzekającego w formie inicjatywy dowodowej. Zaznaczyć należy, że proces wykrywczy *sensu stricto*, niekiedy inicjujący zasadność i celowość wszczęcia wstępnego postępowania przygotowawczego (podjęcia i wznowienia), realizowany jest poprzez uprzednie wdrożenie narzędzi i środków wyłącznie tożsamy dla funkcji wykrywczej jako bardziej skutecznych i efektywnych od ustawowo określonych i przewidzianych dla funkcji dowodowej. W ramach realizacji funkcji wykrywczej postępowania nie gromadzi się wprost materiału dowodowego uprawdopodobniającego zarzucane zindywidualizowane sprawstwo inkryminowanego czynu, lecz intensywnie wykorzystuje się ustalone oraz wskazane (spersonifikowane) rzeczowe i osobowe źródła dowodowe, dokonując ich transformacji zgodnie z zasadami procesowymi (obiektywności, bezstronności i prawdy materialnej) na materiał dowodowy.

Nie można zatem wskazywać i dowodzić, że „najbliższej funkcji wykrywczej jest funkcja dowodowa”¹², bowiem w ten sposób wprowadza się sztuczną rozdzielną (rozłączną) obu tych funkcji dla samodzielnego bytu prawnego. Funkcja wykrywcza jest integralną (nierozłączną), wspomagającą częścią funkcji dowodowej (jej formalnoprawne aspekty

¹¹ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 25.

¹² Tamże.

uregulowane są zarówno w k.p.k., prawie policyjnym oraz ustawodawstwie regulującym zasady działania powszechnych jednostek prokuratury i zajmuje się nimi nauka procesu karnego)¹³, bowiem bez wdrożenia jej aktywnych i prakseologicznych narzędzi oraz efektywnego wspomaganie właściwych tylko dla tej funkcji metod i środków pozyskiwania (ujawniania źródeł dowodowych), aktywizacja pola funkcji dowodowej procesu karnego ulega zmarginalizowaniu (umorzeniu postępowania karnego z powodu niewykrycia sprawców i deprecjacji prawa). Funkcji wykrywczej, co jest błędem, nie można zawęzić, jak czynią to w prezentowanym poglądzie niektórzy teoretycy prawa karnego formalnego, tylko do zagadnień kryminalistyki, bowiem ta samodzielna nauka spełnia istotną rolę i znaczenie, a poprzez stosowaną taktykę i technikę (metodykę) w sposób realistyczny materializuje podmiotową funkcję służebną wobec procesu wykrywczego. Zatem czynności operacyjno-wykrywcze są dodatkowo wzmacniane służebną rolą kryminalistyki, bowiem skomplikowana ekspertyza kryminalistyczna z wykorzystaniem najnowszej wiedzy z wielu dziedzin nauki jest niekiedy jedynym środkiem dowodowym sporządzonym z wykorzystaniem materiału badawczego zabezpieczonego w postaci ujawnionych śladów na miejscu trafnie wytypowanego inkryminowanego zdarzenia.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze jako podstawowe metody wykonania oraz wypełnienia przestrzeni funkcji wykrywczej nie są ukierunkowane wyłącznie i bezpośrednio na gromadzenie dowodów procesowych, lecz jedynie na zbieranie informacji o źródłach dowodowych, które następnie wymagają niezwłocznego, obligatoryjnego „przetworzenia” i „legalizacji” na czynności dowodowe¹⁴. Ten aspekt konieczności i nieodzowności łączenia (symbiozy) metod obu funkcji dla zdynamizowania procesu wykrywczo-dowodowego w aktywizacji jakości oraz spójności pozbawionego luk materiału dowodowego jest nieodzowny i znajduje obecnie oparcie w praktycznej restrukturyzacji wydziałów Policji (łączenia wydziałów kryminalnych i dochodzeniowo-śledczych). Prowadzący postępowanie (śledczy) nie może być pozbawiony aktywnego i permanentnego wsparcia instrumentami funkcji wykrywczej, ukierunkowując materiał wyłącznie na czynności procesowe funkcji dowodowej, względnie zawężając działania w oparciu o pozyskiwane informacje z Krajowego Systemu Informacji Policji¹⁵, ponieważ takie działania o ograniczonym zakresie nie zaktywizują pola dowodowego.

¹³ T. Hanusek, *Zarys kryminalistycznej teorii wykrywania. Pojęcie i przedmiot wykrywania sprawców przestępstw*, t. 1, Warszawa 1978, s. 22; także: S. Pikulski, *Podstawowe zagadnienia taktyki kryminalistycznej*, Białystok 1997, s. 38.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ Krajowy System Informacji Policji — centralna baza danych, w której odnotowane są informacje o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściąganych z oskarżenia publicznego, poszukiwanych bądź usiłujących ukryć swoją tożsamość, zbiory faktów, rzeczy i podmioty. Administratorem systemu jest komendant główny Policji, natomiast sam system obowiązuje na podstawie decyzji nr 220 komendanta głównego Policji z 1 lipca 2015 r. (Dz. Urz. KGP z 2015 r., poz. 45).

W literaturze przedmiotu prezentowany jest pogląd próbujący zanegować tezę autora o istnieniu funkcji wykrywczej, sprowadzając ją do funkcji profilaktycznej nowych (rozbudowanych) czynności operacyjno-rozpoznawczych w związku z dynamicznym rozwojem prawa policyjnego nadającego tym czynnościom wprost status samodzielnego dowodu bez niezbędnej transformacji dokonywanej w ramach funkcji dowodowej (wymogów prawnych gromadzenia i weryfikacji dowodów procesowych)¹⁶. Pogląd ten jest sprzeczny z doktryną, judykaturą, teorią pozyskiwania materiału procesowego, zasadami weryfikacji oraz utrwalania dowodów i znalazł odzwierciedlenie w analizowanych w dalszej części tekstu ustawach pragmatycznych służb mundurowych (Policji), gdzie wyraźnie stwierdzono, że w toku realizacji pozaprocesowych czynności operacyjno-rozpoznawczych są „zbieranie, weryfikowane i utrwalane dowody”¹⁷. W tym duchu niektórzy autorzy, popierając moją tezę o symbiozie funkcji wykrywczej z funkcją dowodową, wykazują i dowodzą, że: „Trudno więc zgodzić się z poglądem ograniczającym funkcję dowodową jedynie do czynności procesowych (dochodzeniowo-śledczych)”¹⁸. Typowe rozważania akademickie niektórych teoretyków prawa, którzy do tej pory nie mieli możliwości praktycznego zweryfikowania wiedzy w toku prowadzonych śledztw, są ukierunkowane na próbę formalnego wyodrębnienia dla niektórych czynności operacyjnych objętych zgodą uprzednią lub następczą sądu, w statusie ustawowego dowodu, argumentując, że czynności te przynależą do funkcji profilaktycznej, pomijając całkowicie pozostałe czynności operacyjne nieobjęte takim nadzorem, a realizowane przez funkcjonariuszy policji kryminalnej w ramach zintegrowanych struktur równoległe lub łącznie z prowadzonym postępowaniem przygotowawczym. Nie można w sposób bezkrytyczny promować (rozpowszechniać) tezy w ujęciu generalnym, przypisując czynnościom pozaprocesowym (operacyjno-rozpoznawczym) z mocy prawa znaczenia dowodu procesowego (zbieranie i utrwalanie materiału dowodowego w postępowaniu przygotowawczym na użytek rozprawy głównej)¹⁹. W obrocie prawa policyjnego na zasadzie wyjątku od reguły wprowadzono w celu walki z zorganizowaną przestępczością „rozszerzone instrumentarium czynności operacyjnych (kontroli operacyjnej)”²⁰, jednakże pod

¹⁶ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty...*, wyd. cyt., s. 27.

¹⁷ Analizowana regulacja prawna została m.in. zawarta w art. 19 ust. 1 i art. 19a ust. 1 ustawy o Policji oraz w art. 325f pkt. 2 k.p.k., gdzie ustawodawca zapewnia nawet, że po wydaniu postanowienia o umorzeniu rejestrowym Policja, na podstawie odrębnych klauzulowych przepisów, prowadzi czynności w celu wykrycia sprawcy i uzyskania dowodów.

¹⁸ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty...*, wyd. cyt.

¹⁹ S. Waltoś, *Model postępowania przygotowawczego na tle prawoporównawczym*, Warszawa 1968, s. 146.

²⁰ Uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstwa, określone w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, przez osobę inną niż objęta postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 ustawy o Policji albo popełnione przez inną osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane

ściśle kontrolą (nadzorem) sądu (zgody uprzedniej lub następczej). Nie ma możliwości, na gruncie prawa dowodowego bezpośredniego, włączenia informacji o źródłach dowodowych pozyskanych w toku realizacji funkcji wykrywczej bez obligatoryjnej transformacji w zasady funkcji dowodowej, względnie ich włączenia w poczet dowodów procesowych bez zgody uprzedniej lub następczej sądu. Funkcja dowodowa, z mocy prawa, wola ustawodawcy, w tych czynnościach operacyjnych jest zatem zachowana i nie podlega żadnemu ograniczeniu na rzecz czynności realizowanych w funkcji wykrywczej.

Wykonywanie czynności operacyjnych nakierowanych na neutralizację skali i dynamiki przestępczości kryminalnej, w niektórych ich aspektach (prowokacji policyjnej), budzi kontrowersje (także etyczne), czy ich zakres nie prowadzi do naruszenia zasad prawa dowodowego (wymuszania sprawstwa czynu)²¹. Zatem jak kształtuje się funkcja wykrywcza na tle innych funkcji procesowych? Funkcje procesowe to stosunki procesowe zachodzące i kształtowane między oskarżycielem, oskarżonym a sądem, wprowadzone do obrotu prawnego współczesnych postępowań karnych. W tak ukształtowanym procesie, przez aktywację funkcji procesowych należy rozumieć i postrzegać rodzaj prawnie usankcjonowanych procedur stron procesu karnego.

W obrocie prawa karnego należy wyróżnić następujące funkcje:

- ścigania karnego — materializowana zarówno na wstępnym etapie postępowania karnego, jak i w procesie jurysdykcyjnym orzekania przed sądem, zmierzająca do wykrycia i ujęcia sprawcy posiadanymi instrumentami prawnymi przez organy ścigania oraz zebrania materiału procesowego warunkującego orzeczenie o winie i karze,
- ochronna — skierowana w narzędziach prawnych na obronę oraz ochronę praw i wolności oskarżonego (interesu), mobilizująca organy ścigania do zwiększonej aktywności dowodowej w warunkach selekcji

w postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem (art. 339 § 1 k.p.k.) pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji). Postanowienie składu siedmiu sędziów z 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/7 (niepubl.). Obecnie przeprowadzenie kontroli operacyjnej dopuszczają, poza regulacjami ustawy o Policji, art. 20 ustawy z 23 listopada 2018 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn. DzU z 2018 r., poz. 2387), art. 17 ustawy z 24 maja 2002 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn. DzU z 2018 r., poz. 2104), art. 9c ustawy z 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. DzU z 2016 r., poz. 1643; dalej jako: ustawa o Straży Granicznej), art. 36c ustawy z 10 września 1999 r. — Kodeks karny skarbowy (tekst jedn. DzU z 2018 r., poz. 1958), art. 31 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jedn. DzU z 2019 r., poz. 687), art. 31 ustawy z 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (DzU z 2019 r., poz. 518).

²¹ Dobre wyniki w zakresie ujęcia sprawców kradzieży samochodów na gorącym uczynku przynosi prowokacja policyjna polegająca na pozostawianiu na wabia kontrolowanego pojazdu w miejscach zagrożonych z włączonymi urządzeniami audio-wideo.

dowodowej procesu kontradyktoryjnego oraz uzyskania przez oskarżonego najkorzystniejszego rozstrzygnięcia,
— orzekania (jurysdykcyjna) — ukierunkowana na obiektywne, bezstronne rozpoznanie oraz weryfikację całokształtu materiału dowodowego, zgromadzonego i zweryfikowanego przez uprawnione ustawowo organy ścigania w postępowaniu karnym, jego ocenę po względem wiarygodności dowodowej w toku rozprawy głównej i ostateczne rozstrzygnięcie o winie lub niewinności oskarżonego.

Zatem czy tak wyprofilowana w obrocie prawnym funkcja wykrywcza postępowania karnego, do której wielokrotnie odwołuje się ustawodawca, nakazując wzmocnić materiał dowodowy, w okolicznościach wyczerpania aktywności i możliwości procesowych funkcji dowodowej, nie przenika wszystkie funkcje prawa postępowania karnego? Funkcji wykrywczej należy dodatkowo przypisać znaczenie mobilizujące organy ścigania — zwłaszcza w kontekście zasady *contessia non est regina probationum*, kiedy samo przyznanie się podejrzanego (oskarżonego) do zindywidualizowanego sprawstwa inkryminowanego czynu jako podstawowego źródła dowodowego może zostać bezsankcyjnie odwołane (art. 175 k.p.k.). Poprzestanie więc w ograniczonej inwencji i inicjatywie dowodowej na tak zgromadzonym niespójnym i ograniczonym materiale dowodowym (bez koniecznej koncentracji) po stronie wzmocnienia innymi osobowymi źródłami dowodowym na poparcie tezy dowodowej aktu oskarżenia spowoduje konieczność zastosowania przez sąd zasady *in dubio pro reo*²². Funkcja wykrywcza (mobilizująca i stymulująca) postępowania karnego w szerszym spektrum jej aktywności nie tylko zapewnia permanentną aktywizację materiału dowodowego lecz, co istotne, daje podstawę do wdrożenia funkcji gwarancyjnej procesu karnego opartej na zasadach *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* oraz *lex severior retro non agit*. Zgodnie ze znowelizowanym art. 2 § 1 pkt. 1 k.p.k. istotą procesu wykrywczo-dowodowego (zarówno na etapie wstępnego postępowania karnego, jak i jurysdykcyjnego oraz sądowej kontroli orzeczeń w toku instancji) jest, aby „sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba, której nie udowodniono winy, nie podniosła tej odpowiedzialności”²³. Ma-

²² Zasada *in dubio pro reo* jest jedną z zasad postępowania karnego (prawa dowodowego) ściśle powiązaną z zasadą domniemania niewinności. Zgodnie z art. 5 § 2 k.p.k. wszelkie niedające się wątpliwości dowodowe zarzucanego sprawstwa inkryminowanego czynu, których nie można usunąć poprzez czynności dowodowe, rozstrzyga się na korzyść oskarżonego i tylko w okolicznościach, kiedy sąd w postępowaniu jurysdykcyjnym podejmie bezskuteczną próbę (próby), także z własnej inicjatywy, dowodowego usunięcia danej wątpliwości w drodze czynności dowodowych. Wskazana zasada znajduje też umocowanie prawne w art. 42 ust. 3 Konstytucji RP oraz w prawie międzynarodowym, tj. w art. 6 ust. 2 konwencji z 4 listopada 1950 r. o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (DzU z 1993 r., nr 61, poz. 284) oraz w art. 14 ust. 2 międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku z 19 grudnia 1966 r. (DzU z 1977 r., nr 38, poz. 167).

²³ Art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.

terializacja tak wskazanej dyrektywy ustawowej możliwa jest tylko poprzez skoncentrowany i zweryfikowany materiał procesowy, w ramach którego funkcja wykrywcza ma istotne, twórcze znaczenie.

Praksologiczna rola i znaczenie funkcji wykrywczej w etapowym postępowaniu karnym

Dokonując wnikliwej analizy funkcji wykrywczej w pierwszym (etapowym) stadium postępowania karnego, ponownie należy zdecydowanie podkreślić, że twierdzenie, iż „najbliższej funkcji wykrywczej w jej służebnej roli zasilania pola dowodowego i weryfikacji materiału procesowego jest funkcja dowodowa”²⁴ jest tezą prawidłową, aczkolwiek dotkniętą systemową wadą interpretacyjną. Funkcja wykrywcza, odwrotnie jak funkcja dowodowa, w oprzyrządowaniu prawnym, zarówno ustawowym, jak i klauzulowych instrukcjach, nie ma bytu wyłącznego i samoistnego (samodzielnego), co oznacza, że poza wyjątkami ściśle określonymi w ustawie o Policji i prawie karnym formalnym (po uzyskaniu zgody uprzedniej lub następczej sądu w warunkach wdrożenia kontroli operacyjnej przez uprawnione ustawowo organy) nie można budować tezy dowodowej aktu oskarżenia w oparciu o podstawę takiego materiału uzyskanego w toku realizacji funkcji wykrywczej. Funkcja wykrywcza etapowego postępowania karnego zawsze nastawiona jest na skuteczną i efektywną neutralizację skali i dynamiki przestępczości o znacznym ciężarze gatunkowym (zawiłych i skomplikowanych pod względem przedmiotowo-podmiotowym śledztw), czyli właściwą tylko dla tej funkcji wyprofilowanymi instrumentami prawnymi. Jeżeli można mówić o bliskości funkcji wykrywczej do funkcji dowodowej, to tylko w aspekcie koniecznej symbiozy w celu nadania i utrzymania właściwego toru (toku) prowadzonego postępowania oraz konstruktywnego uzupełnienia materiału dowodowego w całości kształcie postępowania karnego. Regulacja prawna zdefiniowanego terminu „karnego postępowania przygotowawczego” w źródłach prawa policyjnego nie wzbudza wątpliwości w zakresie konieczności wdrożenia w ramach realizacji funkcji wykrywczej czynności operacyjno-rozpoznawczych. Postępowanie przygotowawcze (karne), w prakseologicznym ujęciu, to nie tylko uporządkowany ciąg czynności procesowych i pozaprocesowych przeprowadzanych przez policjantów w sposób określony w powszechnie obowiązujących przepisach prawa karnego, ale także wiele innych skomplikowanych czynności wymagających wiedzy i doświadczenia, których wyniki mają bezpośredni lub pośredni wpływ na efekty poszczególnych przedsięwzięć procesowych, a tym samym bezpośrednio rzutują na osiągnięcie merytorycznych celów dochodzenia lub śledztwa. W tym aspekcie korespondują rozwiązania prawne zawarte w wytycznych nr 3 komendanta głównego Policji z 30 sierpnia 2017 r. w sprawie wykonywania przez policjantów niektórych czynności dochodzeniowo-śledczych, które obejmują praktyczne

²⁴ T. Hanausek, *Kryminalistyka. Poradnik detektywa*, Katowice 1993, s. 22.

aspekty prowadzenia postępowania przygotowawczego oraz mają szczególny wpływ na poprawność policyjnych czynności dochodzeniowo-śledczych wykonywanych podczas prowadzenia postępowań i czynności zleconych przez prokuratora, sąd lub referendarza sądowego²⁵. Efekty poszczególnych przedsięwzięć procesowych w karnym postępowaniu przygotowawczym są zależne od:

- planowego przebiegu postępowania (pełnej i bezkolizyjnej realizacji czynności zaplanowanych do wykonania w założonych wersjach śledczych),
- zaangażowania do prowadzenia postępowania optymalnej liczby policjantów i udzielenia im wsparcia środkami będącymi do dyspozycji różnych komórek organizacyjnych policji kryminalnej, a także innych służb policyjnych.

Materiały z klauzulowanych czynności pozaprosesowych, zebrane oraz zweryfikowane w ramach funkcji wykrywczej, zawsze podlegają weryfikacji i transformacji w materiale procesowym funkcji dowodowej. Sąd w postępowaniu jurysdykcyjnym (rozprawy głównej) może jedynie „utajnić przewód sądowy”²⁶, jeżeli właściwy organ nie zdejmie klauzuli tajności z tych materiałów. Niemniej jednak sąd jako bezstronny arbiter przy aktywnym udziale stron procesowych (pełnomocników) musi poddać weryfikacji niejawnie materiały zdeponowane w aktach zgodnie z zasadami prawa dowodowego jurysdykcyjnego procesu karnego. Utajnianie procesu winno odbywać się na zasadzie wyjątku od reguły, bowiem ograniczanie zasady jawności zawsze wzbudza podejrzenie, że pozaprosesowe materiały operacyjne, uznane przez sąd w statusie dowodu, na które powołuje się prokurator na poparcie wizji aktu oskarżenia, nie mają żadnej wartości procesowej (nie spełniają standardów dowodów). Proces jurysdykcyjny w odwróconej zasadzie kontradyktoryjności²⁷ i wątpliwej erystyki oskarżyciela publicznego obnaża słabość każdego materiału procesowego, powodując marginalizację całego procesu wykrywczego postępowania karnego oraz obrazę prawa dowodowego²⁸.

²⁵ Dz. Urz. KGP z 2017 r., poz. 59. Wytyczne zostały wydane na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji.

²⁶ Ustawa z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn. DzU z 2019 r., poz. 742); także: A. Herzog, *Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniach dyscyplinarnych prokuratorów*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, s. 87.

²⁷ R. Zdybel, *Odwrócona zasada kontradyktoryjności...*, wyd. cyt., s.127–153.

²⁸ Do tej pory nie ma scentralizowanego nadzoru nad wydziałami przestępczości zorganizowanej prokurator ze strony Prokuratury Generalnej, co znacznie osłabia skuteczność koordynacji czynności wykrywczo-dowodowych prowadzonych postępowań karnych o znacznym ciężarze gatunkowym. Poszczególne wydziały przestępczości zorganizowanej prokurator sprawują nad prowadzonymi śledztwami nadzór formalny, a nie merytoryczny. W obecnej konfiguracji prawnej prokuratury mogą prowadzić odrębne śledztwa o sprawstwo tego samego przestępstwa (wykazany casus zabójstwa gen. Marka Papyły).

Materiały pozaprocesowe uzyskane w realizacji funkcji wykrywczej odgrywają znaczącą rolę na etapie wstępnym postępowania po stronie zasadności jego wszczęcia, jednak w trakcie jego prowadzenia aktywizuje się funkcja dowodowa nakazująca „przetworzenie” materiałów pozaprocesowych (o ile sprostają one wymaganiom dowodów) na materiał procesowy. Nie można zgodzić się z tezą prezentowaną w literaturze przedmiotu, że „funkcja wykrywcza najogólniej rozumiana to zaledwie proces typowania rzeczywistego sprawcy przestępstwa w procesie karnym”²⁹. Dlatego należy zadać pytanie, czy instrumenty prawne funkcji wykrywczej można ukierunkować na wykrycie nierzeczywistego (domniemanego) sprawcy?

Proces ustalania sprawcy przestępstwa w stymulującej funkcji wykrywczej postępowania karnego polega na ustalaniu źródeł dowodowych w celu dowodowej weryfikacji uzyskanych od nich informacji (środków dowodowych). Czynności operacyjno-rozpoznawcze nie mogą pozostać w izolacji i oderwaniu od celów postępowania karnego określonego w art. 2 k.p.k., względnie w jego toku marginalizowane z uwagi, że są one instrumentalnie ustawowo włączone w obszar realizacji funkcji wykrywczej (np. art. 325f § 2 k.p.k. względnie zdefiniowany w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji). „Nie-trafne jest zatem stanowisko rozdzielające obie te funkcje i marginalizujące funkcję wykrywczą wyłącznie czynnościami dowodowymi”³⁰. Idąc tym tokiem rozumowania, należy wskazać na ścisły związek czynności (pozaprocesowych) operacyjno-rozpoznawczych stanowiących podstawowe instrumentarium funkcji wykrywczej jako nieodzownych do wprowadzenia w konglomerat szeroko rozumianego zespołu czynności „ścigania” w znaczeniu także praktycznego wykorzystania zdobyczy kryminalistyki jako służebnej nauki procesu wykrywczo-dowodowego. Zabezpieczone, na miejscu trafnie wytypowanego zdarzenia, kryminalistyczne ślady mają decydujące znaczenie w procesie wykrywczo-dowodowym. Wprowadzony do obrotu prawnego w 2003 r. art. 192a k.p.k. w zakresie wdrożenia badań przesiewowych wprost zmierza do realizacji funkcji wykrywczej (*par excellence*) w procesie karnym, trafnego wytypowania oraz uzyskania nośników śladów porównawczych i porównania ich ze śladami biologicznymi zabezpieczonymi na miejscu zdarzenia w celu zwiększenia rytmiki i efektywności czynności procesowych oraz, co istotne, skierowania postępowania na właściwe tory wykrywcze.

Profesjonalizacja, brutalizacja oraz bezwzględność działania niekiedy w zorganizowanych grupach związków przestępczych sprawców obliguje organy ochrony prawnej do poszukiwania i wdrażania nowych, skutecznych metod i form wykrywczych (kontroli operacyjnej itp.). Nadal rzeczą fundamentalną, jak pokazuje i dowodzi praktyka śledcza, jest profesjonalne, zgodne z zasadami sztuki kryminalistycznej, badanie miejsca zdarzenia pod względem prawidłowego wykrycia i zabezpieczenia śladów oraz dowodów czy też wstępne ich weryfikowanie pod względem istniejącego

²⁹ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty...*, wyd. cyt., s. 28.

³⁰ T. Hanusek, *Zarys kryminalistycznej teorii...*, wyd. cyt., s. 11.

bezpośredniego związku przyczynowo-skutkowego z przebiegiem inkryminowanego zdarzenia. Nie ma bowiem potrzeby dokonywania swoistej inwentaryzacji na miejscu oględzin całej gamy wątpliwych śladów i dowodów, które z jego przebiegiem, skutkami i następstwami nie mają żadnego związku. Procesowe gromadzenie oraz weryfikowanie śladów i dowodów wymaga dogłębnej profesjonalnej wiedzy oraz doświadczenia zarówno z zakresu taktyki i techniki kryminalistycznej, jak i dowodowego prawa karnego. Ignorowanie tych zasad i zastępowanie ich rutyną, materiałem z wątpliwych markowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych policji kryminalnej, pozornym rozpoznaniem posesyjnym dzielnicowych, notatkami służbowymi czy urzędowymi (art. 174 k.p.k.) w celu wykazania iluzorycznej dynamiki i rytmiki prowadzonych czynności postępowań karnych nie tylko w sposób oczywisty deprecjonuje możliwości udowodnienia zarzucanego sprawstwa czynu, ale też aktywizuje środowiska i grupy przestępcze oraz ostatecznie obniża zaufanie społeczne do organów ścigania.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że niezbędna procesowa weryfikacja materiału dowodowego wznaga zastosowanie procedur określonych w dziale V art. 167–241 k.p.k., a merytoryczny nadzór prokuratora nad postępowaniami karnymi prowadzonymi przez Policję i inne uprawnione organy nie może być formalny, okazjonalny czy incydentalny. W przeciwnym razie podejmowanie i wdrażanie merytorycznych procesowych decyzji przez ten organ kończy się z reguły umorzeniem spraw z powodu niewykrycia sprawców czy popieraniem przed sądem aktów oskarżenia na wątpliwym pod względem dowodowym materiale, co obliuguje sąd do wydania wyroków uniewinniających oraz rodzi odpowiedzialność Skarbu Państwa na zasadzie ryzyka w trybie art. 552–559 k.p.k. — polegającej na zasądzeniu odszkodowania i zadośćuczynienia (*damnum emergens, lucrum cessans*) za oczywiście niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie³¹. W demokratycznym państwie prawnym takie postępowanie konstytucyjnych organów jest zjawiskiem niepokojącym i wymagającym wzmocnienia kontroli parlamentarnej — zwłaszcza, gdy usiłuje się zastąpić materiał procesowy materiałem z kontroli operacyjnej niewymagającym wysiłku wykrywczego organów ścigania. Ustawowo legitymizowane czynności operacyjne organów ścigania w typowaniu źródeł dowodowych i uzyskiwaniu materiału procesowego (za uprzednią zgodą sądu) bez wątpienia, co już podnosiłem, ingerują (wkraczają) bezpośrednio w materię konstytucyjną zapewniającą wolność i ochronę tajemnicy komunikowania³².

W praktyce organów ścigania funkcjonuje negatywne przekonanie, że kontrola operacyjna wdrożona w celu realizacji funkcji wykrywczej

³¹ P. Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania*, „Palestra” 2004, nr 7–8, s. 87–103; także: A. Koch, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za spowodowanie niesłusznego pozbawienia wolności*, „Państwo i Prawo” 1979, nr 5, s. 67; A. Sowa, *Przyczyny pomyłek sądowych*, „Palestra” 2002, nr 1–2, s. 138–149; R. Zdybel, *Zatrzymanie osoby w świetle praw i wolności obywatelskich demokratycznego państwa prawnego*, „Przegląd Policyjny” 2006, nr 3, s. 70–92.

³² Art. 49 Konstytucji RP.

stanowi swoiste panaceum na skuteczne ujawnianie i wykrywanie źródeł dowodowych do procesowego wykorzystania, zwłaszcza wówczas gdy służby kryminalne Policji przejawiają małą aktywność operacyjno-rozpoznawczą³³, a dzielnicowi nie są w stanie na podstawie fragmentarycznego rozpoznania osobowo-rzeczowego (posesyjnego) i zaniechania prowadzenia prostych form pracy operacyjnej aktywnie uczestniczyć w procesowej weryfikacji założonych wersji śledczych (typowania sprawców) lub z powodu obłożenia drobnymi dochodzeniami realizować ujętych w planie śledztwa czynności do wykonania³⁴. Prowadzący postępowanie policjant, mając ograniczone możliwości trafnego wytypowania istotnych dla bytu śledztwa zarówno osobowych, jak i rzeczowych źródeł dowodowych, po wyczerpaniu możliwości policyjnej i statystycznej bazy danych czy własnej inwencji i inicjatywy, w przypadku zawilych postępowań o znacznym ciężarze gatunkowym, obawiając się zarzutu przewlekłości czynności i braku rytmiki, podejmuje zastępcze działania mające na celu wdrożenie kontroli operacyjnej w przekonaniu, że te formy właściwie ukierunkują śledztwo. Funkcjonariusz ujawni źródła dowodowe, wytypuje sprawców, a nawet doprowadzi do rozwoju przedmiotowo-podmiotowego sprawy — zwłaszcza podjęcia postępowań umorzonych z powodu niewykrycia sprawców, co niewątpliwie w sposób decydujący wpłynie zarówno na ocenę w rankingu współzawodnictwa jednostki, jak i pozytywne opiniowanie samego policjanta w okresowych sprawozdaniach (odprawach rocznych i awansach).

Zatem czy w tak ujętej prawnej i faktycznej (celowościowej) konfiguracji funkcja wykrywcza ma samoistny (samodzielny) byt wspomagający, skomplikowany charakter procesu dowodowego, czy próba jej wyodrębnienia i naukowa analiza, zdaniem niektórych autorów, sprowadza się wyłącznie do instruktażu dla organów ścigania? Ustawowe instrumenty prawne przewidziane do realizacji funkcji wykrywczej w finalnym aspekcie ujawnienia informacji o źródle dowodowym (osobowym lub rzeczowym środku dowodowym) nie mają bezpośredniego (autonomicznego), bez obligatoryjnego przetworzenia na materiał procesowy, charakteru

³³ W 2012 r. Policja sporządziła ok. 5,9 tys. wniosków o stosowanie działań operacyjnych, a sądy i prokuratury odrzuciły jedynie 239 z tych wniosków jako nieuzasadnione. W 2013 r. na terenie kraju popełniono ponad milion przestępstw kryminalnych warunkujących stosowanie kontroli operacyjnej w ramach realizacji instrumentów prawnych funkcji wykrywczej i ugruntowania materiału procesowego weryfikowanego w ramach funkcji dowodowej. Kontrola operacyjna pozwala na skuteczne rozpoznanie środowisk kryminogennych i spełnia znaczną rolę w procesie wykrywczo-dowodowym. Blankietowość przepisów ustawowych o wdrożeniu kontroli operacyjnej, bez określenia katalogu przestępstw kryminalnych, wymaga nowelizacji z wyraźnym rozgraniczeniem obecnie istniejącej cienkiej granicy pomiędzy inwigilacją a kontrolą operacyjną. Odmienne stanowisko przedstawia Komenda Główna Policji, która neguje określenia zamkniętego katalogu środków technicznych wykorzystywanych w działaniach operacyjnych Policji z uwagi na postęp techniczno-technologiczny.

³⁴ R. Zdybel, *Aktywizacja pracy dzielnicowego w procesie dowodowo-wykrywczym zwalczania i neutralizacji przestępczości pospolitej*, „Przegląd Policyjny” 2012, nr 2, s. 117–138.

dowodowego. Natomiast niektóre czynności operacyjne, na co już zwróciłem uwagę (kontrola operacyjna), uzyskują znaczenie dowodowe po obligatoryjnym uzyskaniu przez organy ścigania sądowej uprzedniej lub następczej zgody na wdrożenie lub kontynuowanie tych czynności (uzyskaniu statusu dowodu). W tym aspekcie funkcja wykrywcza ma częściowy warunkowy dowodowy charakter. Nie można zatem generalizować, że wszystkie czynności pozaprocesowe z istoty rzeczy (*ex post*) przyjmują charakter dowodowy, bowiem są one z założenia dotknięte koniecznością spełnienia warunku transformacji na materiał procesowy (materiał uzyskany w ramach realizacji funkcji wykrywczej, który nie został zweryfikowany, czyli przetworzony na materiał dowodowy, nie ma żadnej wartości procesowej i podlega protokolarnemu zniszczeniu w ciągu pięciu dni od dnia zarządzenia kontroli przez organ Policji, który wnioskuje o zarządzenie kontroli operacyjnej). Czynności operacyjne nie mogą też stanowić alternatywy dla czynności procesowych. Aktualne rozwiązania prawne prawa karnego formalnego nie zawierają żadnej normy określającej zamknięty katalog dowodów uzyskiwanych w wyniku wdrożenia czynności operacyjno-rozpoznawczych. Norma zawarta w art. 51 ust. 1 Konstytucji RP ukierunkowuje czynności funkcji wykrywczej wyłącznie na neutralizację przestępczości kryminalno-gospodarczej i tylko w sprawach o najpoważniejsze przestępstwa (art. 19 ustawy o Policji) z wyłączeniem wykorzystywania tych materiałów w postępowaniu cywilnym czy dyscyplinarnym. Spektrum czynności pozaprocesowych jest znaczne i obejmuje, oprócz zarządzania kontroli operacyjnej, zakup kontrolowany, prowokację policyjną, tajnego agenta, niejawne nadzorowanie przesyłek, podsłuch telefoniczny i elektroniczne środki komunikacji. Istotą realizacji oprzyrządowania prawnego funkcji wykrywczej jest bezpośrednio powiązanie czynności operacyjno-rozpoznawczych z przedmiotem przestępstwa, brakiem możliwości pozyskania informacji o źródłach dowodowych na podstawie kognicji funkcji dowodowej oraz przewidywanej bezskuteczności tej funkcji (subsydiarność). Przesłanką wyrażenia zgody przez sąd na zarządzenie kontroli operacyjnej są niezbędność, zasadność i celowość wykorzystania dla dobra wymiaru sprawiedliwości taktyki i techniki oraz form i metod funkcji wykrywczej, a okoliczności typowania źródeł dowodowych nie mogą być ustalone na podstawie innego dowodu. Zgodnie z art. 19 ust. 15 i art. 19a ust. 7 ustawy o Policji materiały z czynności rozpoznawczych — nie operacyjnych, mogą być w postępowaniu jurysdykcyjnym odczytane na podstawie art. 393 k.p.k. i stać się podstawą ustaleń faktycznych. Czy można postawić tezę o jednolitej funkcji wykrywczo-dowodowej? Na gruncie istniejącego wewnętrznego systemu prawnego prawa karnego należy mówić o dwóch różnych funkcjach materializowanych zadań w oparciu o rozbieżne ustawowe podstawy prawne legitymizujące organy do ich wykonania (prawo policyjne i prawo karne procesowe, Policja i prokuratura). Funkcja wykrywcza, sprawniejsza w instrumentach prawnych od funkcji dowodowej, nie jest nakierowana na wykrywanie dowodów procesowych, lecz informacji o źródłach dowodowych, które pozyskiwane są poprzez odpowiednie prowadzenie w tym kierunku

agentury, tajnych współpracowników względnie osób zaufanych, umieszcwionych (osadzonych), bezpośrednio wprowadzonych w środowiska kryminogenne, a następnie odpowiednio wynagrodzonych za uzyskaną sprawdzoną procesowo informację z wyodrębnionego i przeznaczonego na ten cel funduszu operacyjnego. Natomiast wykrywanie sprawców przestępstw w zakresie realizacji funkcji przygotowawczej wstępnej fazy postępowania (uprawdopodobnienia sprawstwa zarzucanego czynu materiałem procesowym) oraz w procesie jurysdykcyjnym przed sądem jest domeną wyłącznie funkcji dowodowej (weryfikacji procesowej materiału). Zaznaczyć należy, że wykrycie dowodu nie oznacza automatycznej wykrywalności przestępstw, bowiem na proces wykrycia sprawców inkryminowanych zindywidualizowanych czynów składa się cały konglomerat dowodów wzajemnie powiązanych, spójnych i procesowo zweryfikowanych bez luk dowodowych.

Wizja aktu oskarżenia może być oparta na niespójnych wykrytych dowodach procesowych (względnie w części na materiałach operacyjnych bez przetworzenia na materiał procesowy lub uprzedniej, lub następczej zgody sądu), względnie na dowodach poszlakowych tworzących zdaniem oskarżyciela łańcuch niepozwalający na przyjęcie innej niż ujętej w akcie oskarżenia wersji zdarzenia, które przed sądem nie wytrzymują konfrontacji dowodowej. W takich okolicznościach wykryte dowody w procesie kontradyktoryjnej weryfikacji zostają podważone (znielowane) i zmarginalizowane, a oskarżony rzekomo wykryty korzysta z zasady *in dubio pro reo* (uniewinnienie z powodu braku wystarczających dowodów procesowych). Uniewinnienie w postawach wydanego wyroku przez sąd oznacza rozstrzygnięcie, że wniesiony do sądu akt oskarżenia nie wytrzymał konfrontacji dowodowej w zakresie rzekomego zarzucanego sprawstwa oskarżonemu czynu, brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia, zarzucany czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego względnie ustawa stanowi, że sprawca nie popełnił przestępstwa (art. 17 § 1 k.p.k.). Wykrycie dowodów może prowadzić do wykrywalności przestępstw poprzez skazanie sprawcy przez sąd w warunkach wyczerpania inicjatywy dowodowej w zakresie wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy oraz zebrania materiału dowodowego pozwalającego na przypisanie oskarżonemu winy za popełniony czyn (względnie umorzenia postępowania, jeżeli wykryty sprawca w chwili popełnienia czynu był niepoczytalny). Nie podzielam stanowiska, że skazanie sprawcy przez sąd może nastąpić w warunkach braku wykrycia dowodów bezpośrednich wskazujących na popełnienie przez daną osobę przestępstwa, które zostały udowodnione i które powinny tworzyć logiczny ciąg na podstawie wyłącznie faktów zaledwie uprawdopodobniających popełnienie czynu zabronionego w oparciu o materiał pochodzący z zabezpieczonych na miejscu zdarzenia śladów linii papilarnych. Zabezpieczone na miejscu zdarzenia ślady i dowody w postaci wydzielin, wydalin, włosów, włókien, linii papilarnych itp. stanowią podstawowy materiał badawczy dla wydania opinii przez biegłego jako środka dowodowego. Na tym etapie ślady, bez zweryfikowania materiałem dowodowym ich istniejącego związku przyczynowo-skutkowego

z przebiegiem, skutkami i następstwami inkryminowanego zdarzenia, stanowią jedynie ślady obecności nośnika, a nie sprawstwa³⁵. Sąd, wydając zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, musi zwrócić ponadto uwagę na fakt konieczności uwzględnienia całokształtu okoliczności, które wynikają z wykrytych (zweryfikowanych) dowodów zaliczonych przez sąd w poczet materiału dowodowego mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (424 § 1 pkt 1 k.p.k.). Na podstawie prawa dowodowego strony i uczestnicy postępowania odwołują się do różnych argumentów dla podważenia tezy dowodowej aktu oskarżenia i udowodnienia swoich procesowych racji.

Reasumując, funkcja wykrywcza różni się zasadniczo w instrumentach prawnych jej wdrożenia od funkcji dowodowej postępowania karnego, jednak pozostaje z nią w całkowitej symbiozie pod względem realizacji wspólnych dla tych funkcji celów, którymi są wykrycie sprawcy przestępstwa i udowodnienie, na podstawie przygotowanego dla sądu spójnego materiału procesowego, jego winy oraz wymierzenie kary w postępowaniu jurysdykcyjnym. Weryfikacja uzyskanego materiału w drodze czynności operacyjnych stanowi wykładnię nie tylko prawa procesowego, lecz standardów demokratycznego państwa prawnego. W tym zakresie winna być wprowadzona do obrotu prawnego prawa dowodowego wyłącznie, na etapie postępowania przygotowawczego karnego, z zapewnieniem bezwzględnej równości stron procesowych. Obrona podejrzanego (oskarżonego) powinna uzyskać prawo bezkolizyjnego dostępu do całości akt postępowania i ich przekazania po zakończonym postępowaniu przez prokuraturę (przed sporządzeniem przez ten organ wizji aktu oskarżenia) w celu dowodowej weryfikacji pod względem eliminacji luk procesowych (ewentualnego składania wniosków dowodowych o uzupełnienie materiału) i wypracowania (wdrożenia) konstruktywnej linii obrony. Takie umocowanie prawne obrony w obecnym inkwizycyjnym modelu postępowania karnego zagwarantuje oskarżonemu realizację konstytucyjnego prawa do sprawiedliwego wyroku i spowoduje konkretyzację dowodów bez konieczności prowadzenia przewlekłego postępowania jurysdykcyjnego już na wstępnym etapie karnego postępowania przygotowawczego.

Ustawowe funkcje czynności operacyjno-rozpoznawczych w postępowaniu przygotowawczym

Zagadnienie enumeratywnego wymienienia organów upoważnionych do realizacji zadań operacyjno-rozpoznawczych (czynności pozaprocesowych w postępowaniu karnym), zarówno w aspekcie wykonania zadań w ramach materializacji funkcji wykrywczej poszukiwania i typowania źródeł dowodowych do procesowego wykorzystania oraz we wstępnych czynnościach postępowania, jak i przed sądem, zostało już podniesione i omówione w rozdziałach artykułu przy analizie ustaw pragmatycznych

³⁵ R. Zdybel, *Opinia biegłego a materiał postępowania. Wzajemne relacje*, „Przegląd Policyjny” 2003, nr 2, s. 72–82.

tych organów i rozwiązań k.p.k. oraz zadań związanych szczególnie wykonaniem szerokiej problematyki zwalczania i neutralizacji przestępczości.

Zadania te, w umocowaniu ustawowym organów ścigania, ze szczególnym wyeksponowaniem Policji, mogą być realizowane metodami właściwymi dla klauzulowych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Szczególne metody realizacji tych czynności, jak już wcześniej zaznaczyłem, objętych tajemnicą państwową, określają w sposób szczegółowy odpowiednie tajne instrukcje. W przeciwieństwie jednak do analizowanych czynności procesowych, z którymi związane są określone skutki formalno-prawne i które muszą sprostać zasadzie jawności. Czynności operacyjne, szczególnie te złożone w postaci skomplikowanych rozpracowań operacyjnych, muszą z konieczności założeń taktycznych i strategicznych zostać zaplanowane i przeprowadzone w sposób bezwzględnie tajny. W praktyce oznacza to, że funkcjonariusz operacyjny (Policji) pracujący z siecią kontaktowych informatorów i tajnych współpracowników (agentów manewrowych) musi permanentnie przestrzegać zasad tajemnicy państwowej przed dekonspiracją źródeł uzyskiwanych informacji, które są towarami oraz w zależności od wagi i możliwości przetworzenia na materiał dowodowy są opłacane z wydzielonego funduszu operacyjnego.

Czynności operacyjne, oparte głównie o sieć agenturalną, nie są, jak w przypadku czynności procesowych, obwarowane skutkami formalno-prawnymi. Wdrażane są na zasadzie realizacji celów określonych w ustawach i tajnych instrukcjach oraz mogą poprzedzać prowadzone postępowanie przygotowawcze (stanowiąc materiał do jego wszczęcia), być kontynuowane równoległe z tym postępowaniem w ramach realizacji funkcji wykrywczej lub intensywnie prowadzone po jego umorzeniu z powodu niewykrycia sprawców (art. 325f § 2 k.p.k.). W literaturze przedmiotu niektórzy autorzy, nie rozróżniając funkcji wykrywczej od funkcji dowodowej postępowania (łącznie z ustawodawcą), wykazują i dowodzą, że czynności operacyjne przyjmują tylko znaczenie pomocnicze w stosunku do procesu karnego, co świadczy o nieznanym problematyki.

Czynności operacyjne realizowane w ramach funkcji wykrywczej postępowania karnego są nie tylko tożsame wyłącznie dla tego postępowania, ale wręcz niezbędne dla aktywizacji pola dowodowego w realizacji funkcji dowodowej prowadzonego postępowania karnego. Bez kompatybilnej realizacji obu funkcji postępowanie karne przybiera formę swoistej hybrydy i markowania czynności, co nieuchronnie prowadzi do jego marginalizacji i umorzenia z powodu niewykrycia sprawców przestępstw. Zatem pomiędzy realizacją funkcji wykrywczej a funkcji dowodowej istnieje pełna synchronizacja (kompatybilność) i nie ma możliwości, bez szkody dla jakości wszczętego i prowadzonego postępowania przygotowawczego, ich rozdzielenia i zmarginalizowania. Funkcja wykrywcza, dla efektywności prowadzonego wstępnego postępowania, zawsze winna poprzedzać funkcję dowodową.

Kreatywność organów ścigania w realizacji funkcji wykrywczej na poziomie postępowania karnego jest niezwykle istotna i, jak pokazuje doświadczenie ostatniego okresu, rzutuje bezpośrednio na wiarygodność demokratycznego państwa prawnego. Zatem nowy model prokuratury i wspierającej ją Policji winien zostać oparty na kompatybilności oraz odpowiedzialności

za pełną realizację funkcji wykrywczej i funkcji dowodowej oraz, co istotne, umiejscowieniu prokuratury w jej kreatywności dowodowej w sądzie (nowego modelu prokuratury sądowej), a nie, jak obecnie to ma miejsce, w postępowaniu karnym (wykrywczym), na które w efektywności nie ma większego wpływu. Reasumując, nie da się obecnie zdyskredytować funkcjonowania w obrocie prawnym funkcji wykrywczej w etapowym postępowaniu karnym, tylko dlatego, że w literaturze przedmiotu brak jest dotychczas takiego wyodrębnienia oraz, że jest to wizja autorska wynikająca z długoletniej praktyki w organach ochrony prawnej. Wzrastająca rola i znaczenie funkcji wykrywczej w neutralizacji skali oraz dynamiki przestępczości jest niepodważalna i dobrze osadzona w obrocie prawnym oraz w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych organów ścigania. Dla kompleksowego uporządkowania zasady pracy operacyjnej w jednolitym akcie prawnym niezbędna jest aktywność ustawodawcy. Do prostych form czynności operacyjnych zaliczyć należy wywiady środowiskowe i rozpoznanie posesyjne, obserwacje, prowadzenie osób zaufanych, uaktywnianie systemów informatyczno-kryminalnych oraz wykonywanie prostych form pracy operacyjnej przez dzielnicowych. Do katalogu złożonych czynności operacyjnych włączono: inwigilację, rozpracowanie operacyjne, kombinację operacyjną, zakup kontrolowany (prowokację policyjną) oraz agenturę wykonującą pracę na dokumentach legalizacyjnych. Realizacja szczególnie złożonych czynności operacyjnych, w tym z zaangażowaniem agentury manewrowej i celnej, wymaga wysokiego profesjonalizmu funkcjonariuszy służb specjalnych zapatrzonych w wiedzę prawniczą, socjologiczną, psychologiczną itp. Praca ta nacechowana jest znacznym ryzykiem osobistym i jest wysoce stresogenna. Brak profesjonalizmu w pracy operacyjnej funkcji wykrywczej może doprowadzić do zdekonspirowania źródła, zagrożenia jego życia i zdrowia (śmierci cywilnej).

Przekroczenie ściśle określonych prawnych form wykonywania pracy operacyjnej może spowodować zarzut naruszenia prawa przez funkcjonariusza i konieczność poniesienia odpowiedzialności karnej. Łatwość operowania funduszem operacyjnym może wiktymologicznie wpływać na jego zagarnięcie i fałszowanie dokumentacji rozliczeniowej. Funkcja wykrywcza, tak istotna w neutralizacji skali i dynamiki uciążliwej społecznie przestępczości kryminalno-gospodarczej, obwarowana jest szeregiem zabezpieczeń powodujących, że każde zarządzane przedsięwzięcie operacyjne, niezależnie od formy, metody i płaszczyzny działania, wymaga udokumentowania (prowadzenia teczek pracy) i powinno być podporządkowane zasadzie celowości, ekonomiki i obiektywizmowi działań.

Zasada legalizmu (art. 10 i 60 k.p.k.), która w pełni obowiązuje w prawie karnym na gruncie realizacji wieloaspektowych celów pracy operacyjnej, ulega dostosowawczej modyfikacji. Podnoszona specyfika pracy operacyjnej oparta jest w głównej mierze o aktywizację sieci agenturalnej tajnych współpracowników i osób zaufanych. Pozyskiwanie do pracy agentów o określonych możliwościach współpracy i przekazywania informacji jest zagadnieniem trudnym. Podłoże rekrutacji stanowi szerokie spektrum zaspokajania potrzeb materialnych kandydatów, którzy współpracę z Policją, w zakresie

zwalczania i neutralizacji groźniej przestępczości przeciwko życiu, zdrowiu oraz mieniu, traktują jako swoiste wyzwanie i obowiązek społeczny.

Nie każdego kandydata na tajnego współpracownika z dużymi możliwościami umiejscowienia w określonym środowisku interesują względy finansowe. Rekrutacja może więc nastąpić m.in. na dokumentach kompromitujących czy darowaniu określonego czynu karalnego w zamian za podjęcie współpracy. Jakość i efektywność pracy operacyjnej policji kryminalnej jest przedmiotem ustawicznej kontroli przełożonych m.in. poprzez wywoływanie spotkań kontrolnych z prowadzonym przez podwładnego funkcjonariusza agentem. Nie podzielam więc stanowiska, że sfera działań operacyjnych owiana jest wieloma mitami i tajemnicą — w istocie nie ma w niej niczego takiego, czego nie można zobaczyć w filmie kryminalnym³⁶. Takie stanowisko może zająć tylko osoba, która nie ma ugruntowanej wiedzy o materii tych skomplikowanych czynności i ich bezpośredniej przydatności w realizacji funkcji dowodowej oraz możliwości zdekonspirowania źródła i bezpośredniego narażenia go na utratę zdrowia, a nawet życia.

Poważnym mankamentem przyjętej w tych artykułach konstrukcji prawnej jest brak rozróżnienia przez ustawodawcę realizacji funkcji wykrywczej materializowanej w ramach właśnie czynności operacyjno-rozpoznawczych regulowanymi tajnymi przepisami (odrębnymi) od funkcji dowodowej realizowanej zgodnie z zasadami określonymi w dziale V k.p.k. Istotą czynności operacyjno-rozpoznawczych określonych ustawą o Policji jest zdobywanie wiedzy oraz typowanie źródeł dowodowych, a nie „uzyskiwanie i utrwalanie dowodów”³⁷, „uzyskanie dowodów przestępstwa”³⁸ czy „uzyskiwanie dowodów przez Policję na podstawie odrębnych (tajnych) przepisów po umorzeniu postępowania z powodu niewykrycia sprawców i wpisania sprawy do rejestru przestępstw”³⁹. Analogiczne systemowe błędy popełnił ustawodawca w znajdującej się w obrocie prawnym ustawie o Straży Granicznej — przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Straż Graniczną w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz „uzyskania i utrwalenia dowodów”⁴⁰ ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw.

Odcięcie postępowania dowodowego od sukcesywnego dopływu informacji od typowania źródeł dowodowych efektywnie i pragmatycznie realizowanej pracy operacyjno-rozpoznawczej, rozpoznania posesyjnego dzielnicowych czy wymiany informacji operacyjnej pomiędzy innymi organami uprawnionymi ustawowo do takich czynności⁴¹ nieuchronnie prowadzi do jego dowodowej marginalizacji i przejęcia inicjatywy przez świadka koronnego wykorzystującego luki prawne z zamiarem realizacji tylko wiadomych partykularnych celów. Informacje uzyskane w toku czynności

³⁶ Tamże.

³⁷ Art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

³⁸ Tamże, art. 19a.

³⁹ Art. 325f § 2 k.p.k.

⁴⁰ Art. 9e ust. 1 ustawy o Straży Granicznej.

⁴¹ Tamże, art. 9 ust. 1a, art. 9e ust. 1.

procesowych, w zależności od poczucia występującego realnego zagrożenia ze strony pozostałych sprawców grupy, związku przestępczego czy skłonności świadka do konfabulacji, mogą być nacechowane wybiórczością, fragmentarycznością, demagogią, a nawet zaburzeniami osobowości⁴². Celowo pomijane istotne fakty i okoliczności uniemożliwiają identyfikację i rozpoznanie sprawców, odnalezienie miejsca przestępstwa, kryminalistyczne zabezpieczenie śladów oraz dowodów przed ich zatarciem i zniszczeniem, odzyskanie mienia albo wręcz przyczyniają się do pozbawienia logiki, spójności i związku przyczynowo-skutkowego meritum sprawy.

Bez wątpienia umocowanie Policji ustawą pragmatyczną i innych organów do prowadzenia pracy operacyjno-rozpoznawczej (obserwowanie i rejestrowanie przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych, także dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom, upoważnienia ustawowe organów ścigania do zarządzania kontroli operacyjnej, zakupu kontrolowanego czy prowokacji) było realizacją postulatu poszukiwania dalszych, poza świadkiem koronnym demaskującym dowodowo strukturę mafijną grupy przestępczej, sprawstwo kierownicze czy podział zadań, nowych rozwiązań legislacyjnych mających na celu skuteczne zwalczanie przestępczości zorganizowanej o podłożu niekiedy mafijnym⁴³. W postępowaniu dowodowym, przez sformalizowane czynności procesowe, organ prowadzący postępowanie (Policja) nie ma pełnych możliwości zweryfikowania prawdziwości i przydatności dowodowej materiału uzyskanego z przesłuchania świadka koronnego. Istotą gromadzonego i weryfikowanego materiału z czynności operacyjno-rozpoznawczych (kontroli operacyjnej) na etapie realizacji funkcji wykrywczej jest intensywne poszukiwanie i typowanie źródeł dowodowych.

Czynności te mogą być zgrupowane w ramach prowadzonego rozpracowania operacyjnego bądź wdrażane w toku prowadzonego postępowania przygotowawczego. W pierwszym przypadku dają podstawę do wszczęcia postępowania („Jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa”⁴⁴), natomiast w drugim mają aktywnie wspierać realizację funkcji wykrywczej oraz dowodowej postępowania. Materiał operacyjny weryfikuje się w drodze czynności procesowych prawa dowodowego bądź pozostaje bez wartości dowodowej, jeżeli nie można go przetworzyć na materiał procesowy. Wątpliwy i niedopuszczalny w konstrukcji materiału dowodowego jest materiał uzyskany z czynności operacyjno-rozpoznawczych (kontroli operacyjnej bez zgody sądu) i nie przetworzony na materiał procesowy. W tych okolicznościach przyjmuje się zawsze wersję dla sprawcy najbardziej korzystną, chociażby zdarzenie miało odmienny przebieg w następstwach i skutkach, lecz nie udało się tego w sposób wiarygodny udowodnić spójnym materiałem procesowym. Te naczelne zasady prawa dowodowego i praworządności zawsze winne

⁴² J.K. Gierowski, *Zaburzenia osobowości sprawcy w opiniowaniu sądowo-psychiatrycznym*, „Palestra” 2000, nr 5–6, s. 63–73.

⁴³ W. Pływaczewski, *Kryminologiczne i prawne aspekty przestępczości zorganizowanej*, Szczytno 1992, s. 27.

⁴⁴ Art. 303 k.p.k.

przyświecać sądowi przy rozstrzyganiu każdej sprawy⁴⁵. Z perspektywy zdobytych i ugruntowanych cennych doświadczeń organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości w neutralizowaniu przestępczości, w tym zorganizowanej, wynika, że obecnie zagadnieniem całkowicie bezdyskusyjnym jest toczenie w literaturze przedmiotu jałowych sporów akademickich o rzekomo spornej kwestii możliwości bezpośredniego wykorzystania w procesie karnym materiałów z czynności operacyjno-rozpoznawczych⁴⁶.

Źle pojęte bezpośrednie wykorzystanie materiałów z prowadzonego opracowania operacyjnego lub innych form pracy operacyjno-rozpoznawczej regulowanych tajnymi instrukcjami, poprzez ich bezpośrednie włączenie do materiału dowodowego w ustalonych tylko osobowych lub rzeczowych źródłach w tym doniesienia agenta, co w niedalekiej przeszłości legislacyjnej postulowano przez znane autorytety prawa, byłoby ewidentnym naruszeniem nie tylko art. 41 i 42 Konstytucji RP, zasad prawa dowodowego oraz, co istotne, ratyfikowanych przez Polskę umów międzynarodowych (prawa wspólnotowego) inkorporowanych do obrotu prawnego krajowego systemu prawnego. Nie chodzi tu bowiem o bezpośrednie zastępowanie materiału dowodowego (procesowego) materiałem operacyjnym, lecz aktywne wspieranie zarówno czynności procesowych (dowodowych) prowadzonych na miejscu zdarzenia w trybie art. 308 k.p.k., jak i w toku całego prowadzonego postępowania przygotowawczego (wykrywczego) różnymi formami pracy niejawnej.

Zatem kwestia możliwości bezpośredniego wykorzystania i zmateriowania wyników i efektów pracy operacyjnej w celu ustalenia istotnych źródeł dowodowych do procesowego wykorzystania oraz optymalnej weryfikacji założonych wersji śledczych jest nie tylko konieczna, lecz wręcz nieodzowna. Praca operacyjna, podobnie jak kryminalistyka czy inne nauki pokrewne, ma aktywnie wspierać proces dowodowo-wykrywczy, a nie go zastępować, pełniąc wyłącznie dla niego funkcje usługodawcze. Zatem czynności operacyjno-rozpoznawcze można co do istoty podzielić na:

- prowadzone (niezależnie od wszczętego postępowania przygotowawczego), których wyniki jeszcze nie dają podstaw procesowych do wydania postanowienia o wszczęciu śledztwa, pomimo jego weryfikacji przez powołanych konsultantów (przekazania pionowi dochodzeniowo-śledczemu), i uzyskania numeru rejestru śledztw i dochodzeń,
- realizowane równolegle z prowadzonym postępowaniem wraz z opracowaniem i wdrożeniem wspólnych planów operacyjno-śledczych, a także wersji i czynności do wykonania w dopływie materiałów pozaprocesowych systematyzujących czynności procesowe⁴⁷,

⁴⁵ Wyrok Sądu Rejonowego w Przemyślu z 25 maja 2011 r., sygn. II K 248/09, s. 16–17 (niepubl.).

⁴⁶ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty...*, wyd. cyt., s. 13.

⁴⁷ Zarządzenie nr 55 ministra spraw wewnętrznych z 19 lipca 1976 r. w sprawie prowadzenia przez Milicję Obywatelską postępowania przygotowawczego — Instrukcja dochodzeniowo-śledcza Milicji Obywatelskiej (zbiory prywatne autora), § 10 pkt 1. Uchylone zarządzeniem nr 1426 komendanta głównego Policji

- realizowane w operacyjnym zainteresowaniu Policji po umorzeniu postępowania z powodu niewykrycia sprawców (w tym przekazane do trybu rejestrowego art. 325f § 1 i 2 k.p.k.),
- przekazanie materiałów operacyjnych do śledztwa celem jego wszczęcia i prowadzenia oraz procesowego wykorzystania wskazanych i ujawnionych źródeł dowodowych w celu opracowania odrębnego planu. Jeżeli w toku postępowania przygotowawczego przewidywano korzystanie ze środków operacyjnych (kontroli operacyjnej), oprócz planu śledztwa (dochodzenia) sporządzano odrębny plan czynności operacyjnych⁴⁸.

Niektórzy autorzy prezentują pogląd, że „nadanie waloru dowodowego wybranym czynnościom operacyjno-rozpoznawczym spowodowało, że bardzo wyraźna różnica między tymi czynnościami a czynnościami procesowymi uległa zatarciu”⁴⁹. W argumentacji tej tezy przytacza się możliwość, a nawet konieczność zabezpieczenia w czasie czynności operacyjnych przed utratą, zaginięciem lub zniekształceniem ujawnionych dowodów rzeczowych i dokumentów, zapominając o tym, że tak ujawnione dowody należy zabezpieczyć zgodnie z procedurą, prawem dowodowym i zasadami kryminalistyki (art. 143 § 1 pkt 6 — w zw. z art. 308 § 1–3 k.p.k., i § 2 k.p.k. oraz art. 174 k.p.k.), a nie kierować się w tym zakresie wytycznymi tajnych zarządzeń i instrukcji operacyjnych (przy wyłącznej realizacji funkcji wykrywczej). Względnie proponuje się próbę włączenia do katalogu form i metod pracy operacyjnej eksperymentu jako czynności ściśle procesowej określonej w art. 211 k.p.k. Tak prezentowana koncepcja, dość szeroko rozpowszechniana szczególnie w zakresie rzekomej konieczności oraz niezbędności zbierania i ujawniania źródeł dowodowych z kontroli operacyjnej podsłuchów telefonicznych czy przeglądania zawartości korespondencji, w praktyce organów procesowych (prokuratury) pozostaje w kolizji ze znajdującymi się w obrocie prawnym regulacjami. Materiał operacyjny mający niekiedy decydujące i wiodące znaczenie dla procesu dowodowo-wykrywczego z założenia i istoty zawsze w pierwotnej fazie jego gromadzenia i weryfikacji w przyjętych wersjach operacyjnych oraz powołanych konsultantów na tym etapie pozostaje materiałem pozaprocesowym bez nadania mu realizacji funkcji wykrywczej wartości dowodowej.

Materiał operacyjny zebrany w ramach realizacji funkcji wykrywczej postępowania karnego bez wartości procesowej może w istocie takim pozostać, jeżeli:

- nie zostanie zweryfikowany (przetworzony) w toku czynności procesowych, zgodnie z zasadami prawa dowodowego, i procedury nie ujawnia w jego toku źródeł dowodowych (dowody rzeczowe nie zostaną zabezpieczone w sposób procesowy),

z 23 grudnia 2004 r. w sprawie metodyki wykonywania czynności dochodzeniowo-śledczych przez służby policyjne wyznaczone do wykrywania przestępstw i ścigania ich sprawców (Dz. Urz. KGP z 2005 r., nr 5, poz. 16).

⁴⁸ Tamże, § 10 pkt 3.

⁴⁹ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty...*, wyd. cyt., s. 13.

- nie zostanie zalegalizowany decyzją sądu z cechami materiału dowodowego (transformacja procesowa),
- nie uzyskał akceptacji sądu (brak postanowienia) lub o taką legalizację materiału z podsłuchu organ procesowy nie wystąpił.

Kontrola operacyjna zaliczana jest do szczególnych metod pracy operacyjnej⁵⁰, które powinny być poprzedzone pragmatycznymi czynnościami przygotowawczymi i wdrażane, gdy inne czynności (w tym także operacyjno-rozpoznawcze po przetworzeniu na materiał procesowy) nie doprowadziły do systemowego zweryfikowania gromadzonego materiału dowodowego oraz ustalenia istotnych dla bytu postępowania źródeł dowodowych, niezbędnych do ujawnienia i zatrzymania sprawców oraz udowodnienia sprawstwa zarzucanego czynu.

Zatem zarządzana kontrola operacyjna podsłuchu telefonicznego, w związku z bezpośrednim wkraczaniem w materię regulacji konstytucyjnej, pragmatycznych ustaw szczególnych oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁵¹, winna być realizowana z wyłączeniem przypadkowych, okazjonalnych i nacechowanych rutyną działań głównie dla wykazania pozornej rytmiki czynności oraz usprawiedliwienia marazmu inwencji, inercji i braku inicjatywy prowadzącego postępowanie. Końcowym wynikiem wdrożenia niekompatybilnych działań są zmarginalizowanie całego procesu wykrywczego, obraza prawa dowodowego i powstanie podłoża do odpowiedzialności karno-dyscyplinarnej policjanta.

W tych okolicznościach, dla bytu prawnego i stanu faktycznego racjonalnego pragmatyzmu, można mówić już o odrębnym, dobrze osadzonym w krajowym porządku prawnym prawie operacyjnym w jego powszechnych regulowanych źródłach oraz z konieczności i specyfiki regulowanymi pozostałymi tajnymi instrukcjami, zarządzeniami i wytycznymi komendanta głównego Policji. Prawo operacyjne, w określaniu niezbędnych granic oraz prawnych form działania policji kryminalnej i innych organów uprawnionych ustawowo, legitymuje do „gromadzenia, przetwarzania i przekazywania informacji kryminalnych, wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, obserwowania i rejestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych, a w przypadku czynności operacyjno-rozpoznawczych i administracyjno-porządkowych podejmowanych na podstawie ustawy — także i dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom”⁵². Straż Graniczna, co jest niezwykle istotne w zakresie jej ustawowych uprawnień i kompetencji, zgodnie z art. 9 ust. 1 i 1a ustawy o Straży Granicznej, w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania

⁵⁰ J. Kudła, *Wybrane aspekty prawne uzyskiwania przez Policję informacji w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Przegląd Policyjny” 2006, nr 3(83), s. 135–156.

⁵¹ Sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (DzU z 1993 r., nr 61, poz. 284), ratyfikowana przez Polskę 19 stycznia 1993 r., której art. 10 brzmi: „Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwa”.

⁵² Art. 1 ust. 1 pkt 8, art. 14 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 5a ustawy o Policji.

przestępstw w zintegrowanym systemie współpracy i współdziałania także z Policją w neutralizowaniu zagrożeń na zewnętrznej granicy wspólnoty europejskiej w zakresie działań granicznych, wykonuje czynności operacyjno-rozpoznawcze. W tym zakresie może korzystać z informacji o osobie, w tym z danych osobowych uzyskanych przez uprawnione organy, służby i instytucje państwowe w wyniku wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych lub prowadzenia kontroli operacyjnej⁵³.

Nie ulega wątpliwości, że pomimo braku zgodności w literaturze przedmiotu wypracowania jednolitej definicji poszczególnych form i metod pracy operacyjnej⁵⁴ zarządzanie nimi w konkretnych przedsięwzięciach polega na stosowaniu metod inwazyjnych bezpośrednio ingerujących zarówno w sferę praw oraz wolności obywatelskich, jak i życia prywatnego. Zgodnie z regulacją art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, w enumeratywnym katalogu czynów zabronionych wymienionych w pkt.1–8⁵⁵, organ ten ma prawo zarządzić po wykonaniu ściśle określonych w ustawie procedur kontroli operacyjnej. Warunkami koniecznymi i niezbędnymi do wdrożenia tej metody są:

- analiza bezskuteczności dowodowo-wykrywczej dotychczas wykorzystywanych (ujawnionych) w toku czynności procesowych i operacyjno-rozpoznawczych źródeł osobowo-rzeczowych, które nie doprowadziły i nie doprowadzą w przyszłości w terminach określonych w k.p.k. (art. 310 § 1–2) do ujawnienia i zatrzymania sprawców (odzyskania mienia) w toku prowadzonego postępowania przygotowawczego (art. 237 § 1 k.p.k. w zw. z art. 19 ust. 1 pkt. 8 ustawy o Policji),
- dotychczasowe procesowe wykorzystanie źródeł dowodowych (w tym w analizie aspektu wiktymologicznego), które nie pozwalają na merytoryczną weryfikację założonych wersji śledczych z uwagi na wysokie prawdopodobieństwo, że będą one nieskuteczne lub nieprzydatne dla wdrożonego procesu dowodowo-wykrywczego po wszczęciu postępowania (art. 237 § 1 k.p.k.).

Z ustawowego upoważnienia organu procesowego do wdrożenia kontroli operacyjnej wyraźnie wynika, że metoda ta nie może być wdrożona na podstawie dowolności interpretacyjnej prowadzącego postępowanie i bez uprzedniej dogłębnej analizy już zebranego oraz zweryfikowanego pod względem dowodowym i eliminacji luk materiału postępowania. Wysokie ocenne prawdopodobieństwo nieskuteczności i nieprzydatności wdrożonych form i metod w poszukiwaniu nowych źródeł dowodowych musi być poprzedzone procesową analizą całości już zebranego materiału

⁵³ Ustawa o Straży Granicznej.

⁵⁴ R. Netczuk, *Prawo operacyjne. Początek nowej nadziei czy zemsta Sithów?*, „Przegląd Policyjny” 2011, nr 3, s. 81–104.

⁵⁵ Art. 19 ust. 1 ustawy o Policji przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalania dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego umyślnych przestępstw, określonych w pkt. 1–8, może zarządzić, za uprzednią lub następczą zgodą sądu, z wniosku komendanta głównego Policji kierowanego do właściwego prokuratora okręgowego, kontrolę operacyjną.

dowodowego, w tym możliwości jego aktywnego wsparcia czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, rozpoznaniem osobowo rzeczowym (posesyjnym) prowadzonym skutecznie przez dzielnicowego. Zasada starożytnej maksymy rzymskiej *omnia explicas neminem laedis* (wszystko wyjaśniasz, nikomu nie szkodzisz) ma tu pełne zastosowanie⁵⁶.

Zatem pisemny wniosek złożony w trybie art. 19 ust. 1 pkt. 8 ustawy o Policji przez komendanta głównego Policji po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora generalnego i pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego o zarządzenie kontroli operacyjnej już na tym etapie, jeszcze przed wydaniem postanowienia przez właściwy miejscowo ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji sąd okręgowy, winien ulec dogłębnej weryfikacji zarówno pod względem celowości, jak i zasadności, mając na względzie wyczerpanie na tym etapie postępowania wszystkich możliwości dowodowo-wykrywczych. Stagnacja dowodowa bez wdrożenia kontroli operacyjnej warunkuje umorzenie postępowania z powodu niewykrycia sprawców. Ten aspekt winien stanowić osnowę wniosku o wdrożeniu kontroli operacyjnej. Zatem formalnoprawny wniosek o wdrożeniu kontroli operacyjnej winien zostać zweryfikowany przed jego podpisaniem zarówno przez komendanta głównego (wojewódzkiego) Policji, jak i prokuratora generalnego (prokuratora okręgowego) włącznie z analizą akt postępowania i z obligatoryjnym włączeniem planów śledztwa, analizą możliwości wykrywczych dotychczas zebranego materiału oraz zaplanowanymi czynnościami do wykonania, a także przydatności dowodowej uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej materiału (udowodnienia sprawstwa zarzucanego czynu, rozwoju przedmiotowo-podmiotowego spraw czy podjęcia umorzonych itp.).

Kontrola operacyjna zarządzona w ramach funkcji wykrywczej procesu karnego, to środek *quasi ultima ratio*, co oznacza, że należy go stosować ze względu na wkraczanie w materię regulacji konstytucyjnej demokratycznego państwa prawnego (art. 2 i 49 Konstytucji RP) w sposób wyjątkowy i prakseologiczny, zakładając cel postępowania, a następnie dobór środków i metod do jego realizacji.

Kolejny etap weryfikacji prawnych i faktycznych podstaw zasadności złożenia wniosku o wdrożenie kontroli operacyjnej podsłuchu telefonicznego należy do sądu okręgowego⁵⁷.

⁵⁶ Z promulgacji Kodeksu Teodozjusza z 438 r. powtarzany przez senatorów trzynaście razy „dispositiani restrae gratias agimus” (dziękujemy za wasze uregulowania prawne, trzynaście okrzyków senatorów na cześć cesarza). Kodeks Teodozjński cesarza Teodozjusza II został opublikowany konstytucją z 15 lutego 438 r., zawierał rozwiązania prawne ustaw zasadniczych cesarzy chrześcijańskich od cesarza Konstantyna Wielkiego do Teodozjusza II. Kodeks stanowił zbiór praw Cesarstwa Rzymskiego, który składał się z szesnastu ksiąg i ok. 3000 konstytucji. M. Stachyra, *Kodeks Teodozjusza — nowo odkrywane źródło historyczne*, „Przegląd Historyczny” 2006, nr 97/3, s. 311–331.

⁵⁷ Obecnie organy ścigania mają prawo do pozyskiwania bilingów (dostępu do serwerów, wywiadowni elektronicznej) w sprawach o stosunkowo niewielkim

Ustawa o Policji w art. 19 ust. 3 dopuszcza tryb szczególny (incydentalny) wdrożenia kontroli operacyjnej w przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa. W takich udokumentowanych we wniosku przesłankach i okolicznościach komendant główny (wojewódzki) Policji może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego, kontrolę operacyjną. Dokonując szczegółowej analizy prawnej oraz rozwijając wskazane przez ustawodawcę umocowania prawne zarządzenia w trybie szczególnym kontroli operacyjnej, należy wskazać na:

- przypadki niecierpiące zwłoki, w których beczynność dowodowa organu procesowego mogłaby w konsekwencji spowodować nieodwracalną utratę (zniekształcenie lub zniesienie) istotnej dla bytu prowadzonego postępowania i przydatnej dla procesu dowodowo-wykrywczego informacji mogącej zasadniczo zweryfikować zebrany materiał procesowy, założone wersje śledcze i czynności do wykonania, zarówno procesowe jak i operacyjno-rozpoznawcze, przy realizacji wspólnych planów w tym powołanych grup operacyjno-śledczych Policji. Kontrolę operacyjną i utrwalanie rozmów telefonicznych w materializacji przesłanek niecierpiących zwłoki z własnej inicjatywy może zarządzić też prokurator, który obowiązany jest zwrócić się w terminie pięciu dni do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie wydanego przez siebie postanowienia (art. 237 § 2 k.p.k.),
- czynności procesowe realizowane w niezbędnym zakresie na miejscu zdarzenia przez grupę operacyjno-procesową w trybie art. 308 § 1 i 2 k.p.k. dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniekształceniem lub zniesieniem.

Ustawodawca w normie prawnej zawartej w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, dopuszczając w obrocie prawnym stosowanie trybu szczególnego zarządzenia kontroli operacyjnej, nie sprecyzował, o jakich czynnościach organów procesowych niecierpiących zwłoki, które mogłyby spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, mowa. Należy tylko, stosując wykładnię rozszerzającą, domniemywać,

cięższe gatunkowym, jakim są wykroczenia. W regulacjach ustawowych o kontroli operacyjnej podsłuchów nie uwzględniono zakazu dowodowego o podsłuchiwaniu adwokatów, radców prawnych, lekarzy, dziennikarzy, notariuszy i doradców podatkowych. Tym samym, bez uzyskania zgody sądu okręgowego, służby śledcze (organy prokuratury) mogą w drodze swoistej nadinterpretacji prawa poszerzyć zakres kontroli operacyjnej z pominięciem tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej, lekarskiej itp. (w warunkach ochrony prawnej tajemnicy obrońcy, dziennikarskiej, lekarskiej itp.). Aktualny stan prawny stwarza nieograniczone uprawnienia organów śledczych do uzyskiwania od operatorów sieci danych telekomunikacyjnych obywateli, informacji do kogo należy dany numer telefonu komórkowego, wykazu połączeń, danych o lokalizacji telefonu oraz numerach IP komputera, adresu poczty internetowej, numeru konta bankowego lub karty płatniczej (bez zgody sądu). Uzyskane (pobrane) bilingi nie podlegają zniszczeniu, nawet w okolicznościach, kiedy okazały się nieprzydatne. Brak jest regulacji prawnej o informowaniu osoby przez organ procesowy, że w trakcie postępowania karnego korzystano z ujawnionych danych telekomunikacyjnych bez poddania czynności kontroli sądowej, pozbawiając osobę prawa do złożenia takiego pisma procesowego.

że chodzi tu zarówno o czynności operacyjno-rozpoznawcze, jak i dowodowo-wykrywcze (procesowe). Taką samą wykładnię i logikę rozumowania należy zastosować do kontroli operacyjnej zarządzanej w trybie i na zasadach art. 19 ust. 1 pkt. 8 ustawy o Policji (na mocy postanowienia sądu okręgowego). Generalnie ustawodawca nie rozróżnia specyfiki czynności operacyjno-rozpoznawczych od dowodowo-wykrywczych (procesowych).

Przykładem zarządzania kontroli operacyjnej są regulacje zawarte w art. 19 ust. 1 i art. 19a ust. 1 ustawy o Policji, w których ponownie stwierdzono: „Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw (...). W sprawach o przestępstwa określone w art. 19 ust. 1 czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa”, natomiast w materii art. 325f § 1 i 2 k.p.k. wskazano na celowość i zasadność wdrożenia czynności operacyjnych: „jeśli dane uzyskane w toku czynności, o których mowa w art. 308 § 1 k.p.k nie stwarzają dostatecznych podstaw do wykrycia sprawcy w drodze dalszych czynności procesowych, po wydaniu postanowienia o umorzeniu prowadzonego postępowania z powodu niewykrycia sprawcy”. Ponownie należy podnieść, że Policja, na podstawie zarówno odrębnych przepisów klauzulowych, jak i rozwiązań ustawowych, prowadzi czynności operacyjno-rozpoznawcze w celu wykrycia sprawcy i uzyskania dowodów jako zadanie własne. Oczywiście jest, że w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych ani nie utrwała się dowodów, ani tym bardziej dowodów nie uzyskuje się, lecz ustala się jedynie informacje o źródłach dowodowych (osobowych lub rzeczowych) do ewentualnego procesowego wykorzystania⁵⁸. W czynnościach operacyjno-rozpoznawczych realizowana jest funkcja wykrywcza, natomiast w toku postępowania przygotowawczego funkcja dowodowa lub obie te funkcje mogą być połączone w konstrukcji wspólnych planów czynności operacyjno-śledczych (pionów dochodzeniowo-śledczych i kryminalnych). Analogiczne pomieszczenie pojęć przez ustawodawcę występuje w art. 9e ust. 1 pkt. 16 i art. 9f ust. 1 pkt. 5 ustawy o Straży Granicznej.

Operacyjna, zarządzana kontrola podsłuchu telefonicznego jako trybu szczególnego ograniczona jest czasowo (do pięciu dni)⁵⁹. W przypadku nieudzielenia przez sąd okręgowy zgody (w formie postanowienia) na podsłuch, organ zarządzający kontrolę wstrzymuje kontrolę operacyjną, dokonuje protokolarnego, komisyjnego fizycznego zniszczenia materiałów zgromadzonych i opracowanych podczas jej stosowania. Protokół z wykonanej czynności należy zdeponować w aktach kontrolnych prowadzącego postępowanie lub podręcznych prokuratora nadzorującego

⁵⁸ R. Zdybel, *Opinia biegłego a materiał...*, wyd. cyt.

⁵⁹ W zweryfikowaniu ciągu poszlak (w celu udowodnienia sprawstwa oskarżonemu zarzucanego czynu) niezbędny jest dostęp do bilingów oraz danych o logowaniu telefonów, w tym uruchamianych na podstawie karty prepaid.

czynności. Dalsza kontrola operacyjna również ograniczona jest czasowo maksymalnie do trzech miesięcy z możliwością jej przedłużenia na kolejne trzy miesiące na mocy postanowienia sądu okręgowego na piśmenny wniosek komendanta głównego (wojewódzkiego) Policji po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego (art. 19 ust. 8 ustawy o Policji). Obrazę prawa dowodowego w postaci oparcia postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania przez sąd wyłącznie na materiale operacyjno-rozpoznawczym należy bezwzględnie podnieść we wniesionym, na zasadzie art. 252 § 1 k.p.k., do sądu II instancji zażaleniu. W przypadku wniesienia przez prokuratora na takim materiale aktu oskarżenia do sądu, na zasadzie art. 338 § 2 k.p.k., oskarżonemu przysługuje w terminie siedmiu dni (od daty doręczenia aktu) prawo udzielenia pisemnej odpowiedzi z zakwestionowaniem przyjętej przez prokuratora argumentacji dowodowej. To uprawnienie oskarżonego (obrońcy) rzadko w praktyce jest stosowane, co mogłoby nawet skutkować zwróceniem akt prokuratorowi (a ten Policji) do uzupełnienia.

Słowa kluczowe: funkcja wykrywcza, funkcja dowodowa, wstępne etapowe postępowanie przygotowawcze, typowanie źródeł dowodowych, transformacja materiału procesowego

Keywords: detection function, evidential function, preliminary preparatory preparatory step, typing of evidence sources, transformation of process material

Streszczenie: W artykule dokonano nowatorskiego wyodrębnienia funkcji wykrywczej wdrażanej w ramach wstępnego postępowania karnego oraz wskazano na jej aktualne ustawowe umocowanie w prawie karnym formalnym oraz ustawach pragmatycznych organów ścigania. Instrumenty prawne, wdrożone w ramach funkcji wykrywczej oraz oparte na pracy operacyjno-rozpoznawczej, są w dobie globalizacji przestępstw dla typowania źródeł dowodowych wykorzystywanych w ramach realizacji funkcji dowodowej, dla podniesienia efektywności wykrywczo-dowodowej postępowań nieodzowne i konieczne. Sprowadzanie funkcji wykrywczej tylko do nauki kryminalistyki oraz do roli instruktażu dla organów ścigania przez niektórych teoretyków prawa karnego tylko ją nobilituje i aktywizuje. Kompleksowe uregulowanie zasad pracy operacyjnej wymaga aktywności ustawowej.

Summary: The article presents an innovative separation of the detection function implemented as part of the preliminary criminal proceedings and points to its current statutory authorization in formal criminal law and acts of pragmatic law enforcement agencies. Legal instruments implemented as part of the detection function based on operational and reconnaissance work are in the era of globalization of crimes for identifying sources of evidence used in the implementation of the evidential function to raise the effectiveness of the detection and proof of proceedings necessary and necessary. Bringing the detection function to the role of instruction by criminal law theorists for law enforcement agencies only ennobles me. Comprehensive regulation of the operating rules requires statutory activity.