

Joanna Sobejko
Uniwersytet Jagielloński
joanna.matlosz@gmail.com

Wykorzystanie pozyskanych materiałów z czynności operacyjno-rozpoznawczych jako dowód w procesie karnym

The use of materials obtained from operational activities as evidence in a criminal trial

Streszczenie:

Nauka procesu karnego jest zgodna co do faktu, że przestępstwa ścigane z urzędu w zakresie odpowiedzialności karnej należą do obowiązków organów procesowych. Prawo do przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych mają tylko te organy państwowe, którym przepisy właściwej ustawy takie uprawnienia przyznają. Jeżeli zgromadzony na podstawie kontroli operacyjnej materiał ma stanowić dowód w procesie karnym, to muszą zostać spełnione wymogi legalizujące takie działania, jakie nakłada na nie ustawa. Czynności operacyjno-rozpoznawcze powinny być dopuszczalne wyłącznie w uzasadnionych okolicznościach – a ich przekroczenie powinno zaowocować brakiem odpowiedzialności karnej oskarżonego oraz wydaniem wyroku uniewinniającego.

Słowa kluczowe: czynności operacyjno-rozpoznawcze, prowokacja policyjna, dowód w procesie karnym

Summary:

According to the rules governing criminal action offences prosecuted ex officio in the criminal liability are included in the duties of procedural organs. The right to conduct preliminary investigation activities belongs only to the state bodies that received such a right by the law. If the material gathered is supposed to constitute evidence in a criminal trial, then all the requirements set by the law must be met. Preliminary investigation activities should be carried out only in justified circumstances - and breaching them should result in the lack of criminal liability of the accused and passing exculpatory sentence.

Keywords: operational activities, police provocation, proof in a criminal trial

1. Uwagi wstępne

Czynności operacyjno-rozpoznawcze są umocowanymi ustawowo, z reguły niejawnymi działaniami organów państwowych, realizowanymi w celach informacyjnych, prewencyjnych, wykrywczych lub dowodowych (a w przypadku służb wywiadowczych mających ponadto znaczenie polityczne, militarne lub gospodarcze)¹, są bez wątpienia instrumentem stosowanym przez organy ścigania, w celu zwalczania przestępczości. Kwestie dotyczące okoliczności, w których prowokacja powinna być stosowana, przesłanki, granice dopuszczalności, jak również sam charakter dozwolonych działań służb państwowych, pozostają kontrowersyjne, zarówno z moralnego, jak i politycznego punktu widzenia².

W ustawodawstwie brak jest przyzwolenia na kierowanie działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego³. Funkcjonariusz nie może nakłaniać do popełnienia przestępstwa bądź organizować lub kierować działaniami przestępnymi⁴. Czynności operacyjno-rozpoznawcze nie mogą stanowić swoistej pułapki zastawionej na bliżej nieokreślonego sprawcę, którego skutkiem może być popełnienie przestępstwa przez osobę postronną, która dopiero w kontakcie z prowokatorem popełnia przestępstwo. Bez względu na to, czy rozważamy normy polskiego, czy amerykańskiego prawa karnego, należy dostrzec konieczność istnienia podstaw do podjęcia wobec sprawcy działań opartych na podstępnie, tak by stworzyć gwarancję, że przeciętnie uczciwy człowiek, nieświadomy zagrożenia, nie zostanie sprowokowany przez agentów, by popełnić przestępstwo, choć w innych okolicznościach by go nie popełnił⁵.

Informacje uzyskane w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych nie stanowią z automatycznie i z mocy prawa dowodu w postępowaniu karnym. Traktuje się je najczęściej jako informacje o źródle dowodowym, przy czym z reguły konieczne jest podjęcie czynności mających na celu włączenie tych informacji do materiału dowodowego.

¹ J. Widacki, J. Konieczny, T. Widła, *Kryminalistyka*, red. J. Widacki, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 125.

² Ł. Machaj, *Granice prowokacji policyjnej w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego USA*, „Państwo i Prawo”, 2011 nr 5, s. 31.

³ K. Karsznicki, *Kontrowersje wokół ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym*, „Prokuratura i Prawo”, 2010 nr 3, s. 89-90.

⁴ R. Janiszowski-Downarowicz, *Granicedozwolonejprowokacjiwpolskimprawiekarnym*, „Prokuratura i Prawo”, 2009 nr 3, s. 93.

⁵ M. Kołodziejczak, A. Sobiech, *Prawnie dopuszczalne postacie prowokacji*, „Państwo i Prawo”, 2010 nr 11, s. 35.

2. Tryb zarządzania czynności operacyjno-rozpoznawczych

Czynności operacyjno-rozpoznawcze obok czynności administracyjno-porządkowych i dochodzeniowo-śledczych, mogą być stosowane nie tylko przed wszczęciem procesu karnego, ale także w jego trakcie oraz po jego zakończeniu. Zgodnie z obowiązującym prawem czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą przeprowadzać następujące służby:

- Policja – na podstawie ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁶;
- Straż Graniczna – na podstawie ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej⁷;
- Wywiad Skarbowy – na podstawie ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli Skarbowej⁸;
- Żandarmeria Wojskowa – na podstawie ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych⁹;
- Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencja Wywiadu¹⁰ – na podstawie ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu¹¹;
- Służba Kontrwywiadu Wojskowego i Służba Wywiadu Wojskowego – na podstawie ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego¹²;
- Centralne Biuro Antykorupcyjne – na podstawie ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym¹³;
- Centralne Biuro Śledcze Policji¹⁴;

⁶ t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 355.

⁷ t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1402.

⁸ t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 553.

⁹ t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 96.

¹⁰ Wszelkie działania operacyjne Agencji Wywiadu jak również Służby Wywiadu Wojskowego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej mogą być prowadzone wyłącznie w związku z jej działalnością poza granicami państwa, a realizacja tych czynności jest dopuszczalna jedynie za pośrednictwem szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego. Zob. art. 6 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu oraz art. 6 ust. 3 o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego.

¹¹ t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1929.

¹² t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 253.

¹³ t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1411.

¹⁴ Centralne Biuro Śledcze Policji jest jednostką policji podobną do komend wojewódzkich, a komendant Centralnego Biura Śledczego Policji posiada podobne uprawnienia w stosunku do swych podwładnych jak komendanci wojewódzcy. CBŚP zostało powołane na podstawie noweli ustawy o policji z 2014 r., posiadając uprawnienia w zakresie dotyczącym kontroli operacyjnej, czynności

- Biuro Ochrony Rządu¹⁵.

Już sama konstrukcja przepisów ustawy o Policji daje możliwość zarządzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych nie tylko wobec osób fizycznych, ale także osób prawnych oraz innych jednostek. Podstawowym warunkiem podjęcia działań przez funkcjonariuszy jest wcześniejsze uzyskanie wiarygodnych informacji o przestępstwie, ustalenie sprawców oraz uzyskanie dowodów¹⁶, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw enumeratywnie skatalogowanych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Do realizacji tych celów niewystarczającym może się okazać zarządzenie kontroli operacyjnej jedynie wobec osoby fizycznej, jeżeli chociażby działalność przestępcza jest nierozzerwalnie powiązana z działalnością gospodarczą¹⁷.

W przypadku zarządzania kontroli operacyjnej przez funkcjonariuszy Policji, podmiotem uprawnionym do zarządzania kontroli operacyjnej jest sąd okręgowy, działający na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego albo na pisemny wniosek Komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego¹⁸.

Ponadto, w myśl art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, w przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie

kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej, przekazywania prokuratorowi zgromadzonych materiałów. Komendant CBŚP może także występować z wnioskami o udostępnienie danych telekomunikacyjnych oraz danych osób korzystających z usług pocztowych, <http://wpolityce.pl/kryminal/217270-nic-ma-juz-cbs-powstalo-centralne-biuro-sledcze-policji>, [odczyt: 05.10.2015].

¹⁵ Chociaż Biuro Ochrony Rządu nie prowadzi pracy operacyjnej podobnej do innych służb policyjnych czy specjalnych, to jednak ze względu na szczególny jej charakter, i tym samym główne zadanie, czyli zapewnienie ochrony osobom, obiektom oraz urządzeniom, działania związane z korzystaniem z informacji mają również odmienny charakter niż w innych służbach. Biuro Ochrony Rządu może przede wszystkim korzystać z pomocy tajnych współpracowników oraz informacji operacyjnych będących w dyspozycji innych służb policyjnych, które może gromadzić i przetwarzać również bez wiedzy osoby, której one dotyczą. A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 90–91.

¹⁶ B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i operacyjnych*, Toruń 2003, s. 203-208.

¹⁷ K. Z. Eichstaedt, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, Teza 1, „Prokuratura i Prawo”, 2003 nr 9, s. 28-48.

¹⁸ Kontrola operacyjna wkracza w sferę podstawowych praw i wolności obywatelskich. Dokonując interpretacji przepisów dających podstawę do legalnego ograniczania tych praw, należy mieć na uwadze z jednej strony zasadę tzw. życzliwej interpretacji i uwzględnić przy jej stosowaniu zasadę proporcjonalności, a z drugiej należy baczyć, aby wykładnia ta nie prowadziła do rezultatu pozostającego w sprzeczności z Konstytucją RP. Zob. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, OSNKW 2007 nr 5, poz. 37.

dowodów przestępstwa – Komendant Główny Policji lub Komendant wojewódzki Policji może zarządzić (po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego), kontrolę operacyjną, jednocześnie kierując wnioskiem o wydanie postanowienia w sprawie do właściwego miejscowo sądu okręgowego¹⁹.

Po zmianach dokonanych ustawą z dnia 4 lutego 2011 r.²⁰ organ wnioskujący o zarządzenie kontroli operacyjnej obowiązany jest do przedstawienia wraz z wnioskiem materiałów go uzasadniających. Wprowadzenie wskazanego wymogu przedstawienia materiałów jest niewątpliwie zmianą we właściwym kierunku, gdyż stwarza możliwość kontroli przedłożonego wniosku w aspekcie formalnym oraz merytorycznym. Niemniej jednak zobowiązanie jedynie do przedłożenia materiałów uzasadniających wniosek, a nie całości materiałów uzyskanych w danej sprawie operacyjnej, czyni kontrolę merytoryczną z samego już założenia kontrolą niepełną.

Sposób zarządzania czynności operacyjno-rozpoznawczych może polegać również na tym, że służby policyjne wykonują czynności operacyjne takie jak: pomoc tajnego współpracownika, obserwacja, uzyskiwanie, przetwarzanie oraz gromadzenie informacji operacyjnych, które nie podlegają kontroli zewnętrznej, zarówno jeśli dotyczy rozpoczęcia, przebiegu czy samego postępowania w zakresie zgromadzonych materiałów.

Za niedopuszczalne należy uznać wyrażenie tzw. zgody następczej sądu w razie niedochowania przez organ stosujący kontrolę warunkom regulującym przypadek niecierpiący zwłoki. Praca operacyjna niemieszcząca się w katalogu przypadków niecierpiących zwłoki wykracza poza granicę legalności kontroli. Nie tylko naruszenie terminów wystąpienia o wyrażenie zgody, ale także brak uprzednio wydanego w tym zakresie zarządzenia organu niesądowego czy pisemnej zgody właściwego prokuratora składać się będzie na brak przesłanek do stwierdzenia wypadku niecierpiącego zwłoki. W przypadku nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej organ zarządzający ma obowiązek wstrzymać kontrolę operacyjną oraz dokonać protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej przeprowadzenia. Podkreślenia wymaga, również

¹⁹ Należy przyjąć, że wnioski o kontrolę operacyjną w trybie art. 19 ust. 1, art. 19 ust. 3, art. 19 ust. 8 i art. 19 ust. 9 ustawy o Policji może składać Zastępca Komendanta Głównego Policji, Zastępca Komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji albo zastępca komendanta wojewódzkiego Policji, jednak pod warunkiem uzyskania upoważnienia odpowiednio od Komendanta Głównego Policji, Komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji albo komendanta wojewódzkiego Policji. Zob. J. Kudła, *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 stycznia 2016 r.*, sygn. I KZP 12/15 Teza 1, LEX/el. 2016.

²⁰ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2011 r. Nr 53, poz. 273.

kwestia zgody sądu na kontrolę operacyjną, która nie obejmuje gromadzenia „przy okazji” materiałów dotyczących innych przestępstw niż wskazane w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji oraz nie może dotyczyć osób nieobjętych pierwotnym postanowieniem sądu o udzieleniu zgody na kontrolę operacyjną. Informacje, które wykraczają poza granice dopuszczalności zgody sądu na kontrolę operacyjną również powinny zostać zniszczone. Gwarantem jest również przepis art. 51 ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.²¹, zgodnie z którym każdy ma prawo do żądania usunięcia dotyczących go informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.

3. Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych

Żaden z dokumentów rangi ustawy nie reguluje kompleksowo problematyki czynności operacyjno-rozpoznawczych, w szczególności: rodzaju, sposobu, oraz trybu przeprowadzenia. Prawdopodobieństwo przekroczenia granicy między uprawnioną ingerencją przez tajnego agenta i nakłanianiem do przestępstwa jest większe, gdy w prawie krajowym nie ma jasnej i przewidywalnej procedury zezwoleń na tajne operacje, tym bardziej, gdy brak jest właściwego nadzoru²².

Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych, jako określenie ustawowe działalności operacyjnej pojawiło się po raz pierwszy w ustawie z dnia 14 lipca 1983r. o Ministrze Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów²³. W myśl art. 6 tejsze ustawy funkcjonariusze Służby Bezpieczeństwa i Milicji Obywatelskiej: „w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń oraz innych działań godzących w bezpieczeństwo państwa, lub porządek publiczny wykonują czynności: operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-prawne”. Cechą charakteryzującą tamten okres w polskiej doktrynie kryminalistycznej i karnoprocesowej było stanowisko traktowania czynności operacyjnych z dużą rezerwą, nadające im wymiar zdecydowanie subsydiarny, pomocniczy, nieposiadający istotnego znaczenia procesowego²⁴.

²¹ Dz. U. Nr 78, poz. 483.

²² Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 października 2012 r. w sprawach o sygn.: 23200/10, 24009/07 i 556/10, Viktora Veselowa, Maksima Zolotukhina i Igora Druzhinina, LEX nr 1221938, wraz z głosem M. A. Nowickiego, Veselov i inni przeciwko Rosji – wyrok ETPC z dnia 2 października 2012 r., skargi nr 23200/10, 24009/07 i 556/10, w: M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2012*, LEX 2013, s. 163; LEX nr 188806.

²³ Dz. U. Nr 38, poz. 172.

²⁴ L. Schaff, *Zakres i formy postępowania przygotowawczego*, Warszawa 1961, s. 78.

Druga połowa lat 90. XX w. stanowiła okres w kształtowaniu ustawodawstwa policyjnego w kraju, który charakteryzował się wyposażaniem służb operacyjnych w nowe, nieznanne dotychczas narzędzia i instrumenty działania bazujące na prowokacji czy podstępnie²⁵. W tej sytuacji, wartym odnotowania jest fakt, że w dniu 26 stycznia 2007 r. do Sejmu V kadencji został skierowany poselski projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych²⁶, mający na celu ujednoczenie form i metod pracy operacyjnej w jednym akcie prawnym obowiązującym wszystkie organy uprawnione do jego stosowania. Ujednoczony system uprawnień i metod operacyjnych w założeniu miał sprowadzać do bardziej efektywnego nadzoru i kontroli nad służbami uprawnionymi do ich stosowania w praktyce.

Dokument mimo pozytywnego stanowiska Rady Ministrów, wywołał szereg krytyki ze strony podmiotów, którym został przekazany do konsultacji²⁷, ostatecznie nie udało się tego aktu uchwalić. Podsumowując prace nad projektem czynności operacyjno-rozpoznawczych, należy sceptycznie podejść do takiego uszczegółowienia, jakim państwo może posługiwać w procesie zapobiegania, wykrywania przestępstw lub zagrożeń godzących w nasze interesy wewnętrzne lub zewnętrzne. W dzisiejszej dobie rozwoju, uregulowania zawarte w ustawodawstwie, mogłyby okazać się zbyt „mało nowoczesne”, a wiele technik przestałoby obowiązywać w praktyce, więc za rok, a nawet za parę miesięcy, ta unifikacja zostałaby uznana za mało skuteczną. Podstawą tak sformułowanej tezy jest fakt, że obecnie sami jesteśmy inwigilowani, czy to tankujemy paliwo na stacjach, jesteśmy w sądzie, robimy zakupy, czy podejmujemy gotówkę z bankomatu, kamery bacznie śledzą nasz każdy ruch, są nam wykonywane zdjęcia i zapis audiowizualny. Przykładem jednej z nowszych technik, która „wypiera” zapisane w projekcie ustawy są tzw. wektory kierunkowe, określające w którą stronę mamy zwrócić głowę, przedstawiając konsumentom reklamy sklepów niedaleko których się znajdują. Pozostaje nam tylko czekać, aż służby policyjne i specjal-

²⁵ Ustawa z dnia 21 lipca 1995 r. o zmianie ustaw o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych, o Policji, o Urzędzie Ochrony Państwa, o Straży Granicznej oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 104, poz. 51.

²⁶ Druk Sejmowy nr 353 z dnia 7 lutego 2008, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/0EE2EFB34B2B8750C125741A003B1486/\\$file/353.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/0EE2EFB34B2B8750C125741A003B1486/$file/353.pdf), [odczyt: 24.04.2016].

²⁷ Zob. Stanowisko Rady Ministrów wobec poselskiego projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, Pismo z dnia 30 czerwca 2008 r., DSPA-140-87(4)/08; Uwagi Sądu Najwyższego do poselskiego projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, pismo z dnia 19 czerwca 2008 r., BSA II-021-30-08; Opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 13 marca 2008 r. w przedmiocie poselskiego projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, pismo z dnia 18 marca 2008 r., Ps. 68/08.

ne zaczną korzystać z takich właśnie metod. Ponadto, już Helsińska Fundacja Praw Człowieka alarmowała, że brak precyzji powoduje, iż służby w ramach kontroli operacyjnej stosują np. system nawigacji satelitarnej *Global Positioning System* (GPS), bowiem prawo do uzyskiwania bilingów nie zostało ograniczone jedynie do wyjątkowych sytuacji. Niejawna ingerencja w prawa jednostki przybiera postać rutynowego sięgania po dane telekomunikacyjne w związku z prowadzonym postępowaniem. Obecne przepisy nie regulują precyzyjnie celu gromadzenia bilingów.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze same w sobie niezwykle silnie ingerują w podstawowe prawa człowieka zagwarantowane w przepisach krajowych oraz w przepisach międzynarodowych. Przepis art. 17 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r.²⁸, stanowi, że nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię. Ponadto, uregulowania zawarte w art. 7 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 14 grudnia 2007 r.²⁹, gwarantują, że każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się. Karta zawiera klauzulę subsydiarności, dopuszczającą wprowadzenie ograniczeń wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię Europejską lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób. Ewentualna ingerencja w to prawo może odbyć się na zasadach określonych w art. 52 ust. 1, tj. wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności muszą być przewidziane ustawą i szanować istotę tych praw i wolności. Również w Polskim ustawodawstwie zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, dopuszczalna jest możliwość ustawowego ograniczenia korzystania z wolności i praw osób: „gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności praw i innych osób”.

4. Wykorzystanie zdobytych materiałów, jako dowód w procesie karnym

Od wielu lat toczy się spór w nauce o ustalenie ostatecznego zakresu wykorzystania ich wyników w postępowaniu karnym, co znajduje odzwierciedlenie także podczas prac legislacyjnych³⁰. W dalszym toku rozważań, należy rozróżnić czynno-

²⁸ Dz. U. z 1997 r. Nr 38, poz. 167.

²⁹ Dz. Urz. UE 2012 C 326, s. 391.

³⁰ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 350–370.

ści operacyjno-rozpoznawcze od czynności procesowych. Trudności interpretacyjne pojawiają się wówczas, gdy zaciera się równica między procesem karnym a czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. Źródłem prawa dowodowego w sprawach karnych jest ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego³¹ oraz prawo służb policyjnych i specjalnych.

Przede wszystkim, czynności operacyjno-rozpoznawcze:

- nie są przeprowadzane osobiście przez organ procesowy;
- nie dostarczają informacji wykorzystywanych bezpośrednio w procesie jako środek dowodowy, mogą zostać wykorzystane dopiero po procesowym przetworzeniu;
- utrwalane są za pomocą dokumentacji nieprocesowej, np. służbowych notatek, zapisków, w przeciwieństwie od czynności procesowych, gdzie protokół, jest podstawowym dokumentem sprawozdawczym w procesie karnym;
- nie są nie tylko czynnościami procesowymi, ale również nie są czynnościami dowodowymi. Czynności te podejmuje się gdy występuje zaledwie przypuszczenie, że mogło zostać popełnione przestępstwo, a nawet gdy przestępstwa jeszcze nie popełniono, natomiast istnieje dopiero ryzyko jego popełnienia (art. 14 ust. 1 ustawy o Policji).

Podczas prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych nie wolno obchodzić zakazów procesowych, tzw. zakazów bezwzględnych, o których mowa w art. 178 Kodeksu postępowania karnego. W związku z powyższym, problematycznym zdaje się wykorzystanie uzyskanych materiałów, jako dowód w procesie karnym. Albowiem, niezachowanie ustawowych warunków dopuszczalności, które zostały określone w art. 19a ustawy o Policji uniemożliwiają wykorzystanie w procesie uzyskanego w ich trakcie materiału³². Nie można dopuścić do sytuacji w której dopuszczalnym będzie wykorzystanie dowodowe materiałów dotyczących przestępstwa innego niż zostało wskazane w postanowieniu o zarządzeniu kontroli operacyjnej, nawet gdyby należało do wymienionych w katalogu z art. 19 ust. 1 tejże ustawy, ani też materiałów dotyczących innej osoby, niż ta, wobec której zarządzono kontrolę operacyjną³³.

Kolejnym problemem jest pojęcie dowodu, które jest pojęciem wieloznaczeniowym, nieuregulowanym w ustawodawstwie. Dowód w procesie karnym jest nośnikiem informacji o fakcie podlegającym udowodnieniu. Dowodem może być zatem

³¹ Dz. U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.

³² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2011r., sygn. III KK 152/10, OSNKW 2011 nr 1 poz. 8.

³³ K. Grzegorzczak, *Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”, 2008, nr 4, s. 154.

każda informacja, której pozyskanie i wykorzystanie nie zostało zakazane odpowiednimi przepisami prawa. W myśl art. 7 Kodeksu postępowania karnego organy postępowania kształtują swe przekonanie na podstawie przeprowadzonych dowodów, zgodnie ze swobodą oceny z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wiedzy i doświadczenia życiowego, mając wzgląd na zasadę prawdy materialnej oraz zasadę trafnej reakcji karnej.

Naczelną zasadą postępowania dowodowego jest zakaz opierania się na dowodach uzyskanych w warunkach niezgodnych z wymogami określonymi w art. 171 Kodeksu postępowania karnego³⁴. W świetle treści powyższego zapisu, za naruszenie gwarancji zachowania swobody wypowiedzi należy uznać wszelkiego rodzaju sugestie ze strony organów postępowania, mogące wywrzeć wpływ na treść zeznań świadka. Sugestiami takimi mogą być zarówno wypowiedzi osób przesłuchujących, jak i stworzenie sytuacji wpływających na podświadomość osoby przesłuchiwanej, jak również powstanie u przesłuchiwanego przekonania o istnieniu określonych stanów, czy też sytuacji.

Zatem, czynności operacyjno-rozpoznawcze nie mogą polegać na czynnym prowokowaniu do przestępstwa (podżeganiu), gdy brak jest jeszcze konkretnego zamiaru, wobec osoby u której prowokacja ma być zastosowana, tj. zamiaru usiłowania, o którym mowa w art. 13 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny³⁵. Zatem, tak uzyskany materiał nie może zostać wykorzystany jako dowód w procesie.

Nowela z dnia 27 września 2013 r. w istotny sposób przekształciła postępowanie karne. Po dniu 1 lipca 2015 r. weszły zmiany przeobrażające przebieg procesu karnego. Nowum stanowi art. 168a Kodeksu postępowania karnego, który wyraźnie zabrania przeprowadzania i wykorzystywania dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1. Tak przyjęty zapis nie określa ani zakresu przedmiotowego czynów, ani zakresu podmiotowego osób popełniających czyny zabronione przez Kodeks karny w związku z postępowaniem dowodowym, dyskwalifikując jednocześnie dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego, jak również rozszerza i system zakazów dowodowych w postępowaniu karnym. Rodzi się jednak wątpliwość, czy tak sformułowany zakres nie jest zbyt radykalny i nie będzie powodować skutków nieadekwatnych do popełnionego czynu zabronionego, który wyklucza konstrukcję stanu wyższej konieczności.

³⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 4 listopada 2004 r., sygn. II AKa 337/04, [http://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/content/\\$N/15150000001006_II_AKa_000337_2004_Uz_2004-11-04_001](http://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/content/$N/15150000001006_II_AKa_000337_2004_Uz_2004-11-04_001), [odeczyt: 15.12.2015].

³⁵ Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn zm.

Ponadto, ustawodawca nie określił, czy zakaz dotyczy dowodu uzyskanego dla celów postępowania karnego, bezpośrednio za pomocą czynu zabronionego, czy także obejmuje uzyskane dowody pośrednio, a brak takiego zróżnicowania nakazuje przyjąć, że zakaz dotyczy obu kategorii dowodów³⁶. Analizowany przepis art. 168a Kodeksu postępowania karnego nie wprowadza zasady *fruit of the poisonous tree* („owocu zatrutego drzewa”)³⁷, wprowadza tylko i wyłącznie instytucję wykluczenia dowodu, który został przeprowadzony w taki sposób, że wypełniono znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary. Należy zwrócić uwagę, że samo złożenie propozycji w żadnej mierze nie może oznaczać nagabywania, naciskania ani namawiania danej osoby do naruszenia prawa i popełnienia przestępstwa. Czynności te mogą być podejmowane jedynie po wcześniejszym uzyskaniu wiarygodnych informacji o przestępczej działalności konkretnej osoby i mają służyć wyłącznie zdobyciu dowodów przestępstwa, a nie na kreowaniu nowych przestępstw. Funkcjonariusze³⁸, w swych utajnionych działaniach powinni więc być skrupulatni, aby przede wszystkim nie narazić całego postępowania karnego na zarzut nierzetelności i naruszenia prawa³⁹.

5. Ochrona praw jednostki

Zgodnie z art. 23 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny⁴⁰: „dobrami osobistymi są w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska”. Dobra osobiste to

³⁶ Z. Kwiatkowski, *Kilka uwag na tle art. 168a projektu zmian kodeksu postępowania karnego*, w: *Kontradymkoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, Warszawa 2013, s. 205.

³⁷ S. Waltoś, *Głos w dyskusji. Sytuacja procesowa stron w kontradymkoryjnej rozprawie w świetle projektu zmian KPK z 2012 r.*, w: *Kontradymkoryjność w polskim procesie karnym*, red. P. Wiliński, s. 74.

³⁸ W wielu operacjach bazujących na prowokacji kluczowe znaczenie ma udział w niej tajnego agenta, czyli kadrowego funkcjonariusza służb policyjnych lub osoby udzielającej służbom pomocy anonimizującego poprzez tzw. „przykrycie” swoje związki z daną służbą, wchodzącego w interakcję ze środowiskiem przestępczym, w celu uzyskania dowodów świadczących o popełnieniu przestępstwa lub realizującego inne zadania wynikające z kompetencji służb policyjnych. W przedmiocie definicji tajnego agenta policji wyodrębnić należy wyraźny podział poglądów na tle statusu osoby tajnego agenta. Według zwolenników tajnym agentem może być zarówno kadrowy funkcjonariusz, jak i osoba spoza służby, udzielająca pomocy służbom policyjnym. Zob. S. Waltoś, *Tajny agent policji (na obrzeżach odpowiedzialności karnej)*, „Prokuratura i Prawo”, 1993 nr 11–12, s. 23.

³⁹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 października 2014 r. w sprawie Furcht przeciwko Niemcom, skarga nr 54648/09, LEX nr 1522788.

⁴⁰ Dz. U. z 2016 r., poz. 380, z późn. zm.

wartości związane z wewnętrzną stroną życia ludzi, podlegające ochronie cywilnej w razie ich bezprawnego naruszenia lub zagrożenia.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka szczególną uwagę przywiązuje do tego, by działania służb policyjnych i specjalnych stanowiące ingerencję w życie prywatne jednostki opierały się na dostatecznych podstawach prawnych. Istotnym elementem w orzecznictwie jest zasada rzetelnego procesu, która została określona w art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2⁴¹. Przyjęta w Konwencji zasada poszanowania prawa i praworządności stawia państwu obligatoryjny obowiązek strony do ograniczenia działań policji do sytuacji dozwolonych i dostatecznie uzasadnionych przez prawo krajowe.

Niejawny charakter czynności jest przesłanką skuteczności, ale jednocześnie powoduje, że zainteresowany, nie wiedząc o prowadzonej wobec niego kontroli operacyjnej, nie jest w stanie uruchomić procedur i gwarancji, których wykorzystanie jest uzależnione od jego wiedzy oraz inicjatywy. Następca sądowa kontrola nie usprawiedliwia naruszenia przez organy stosujące czynności operacyjno-rozpoznawcze prawa do prywatności poprzez przechowywanie materiałów z podsłuchu, które zostały nielegalnie zdobyte. Następca zgoda sądu na zachowanie materiałów operacyjnych, które skądinąd powinny ulec zniszczeniu, zgodnie z art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, mogłaby uszanować nielegalność wykorzystania procesowego takich materiałów. Następca zgoda sądu na zachowanie informacji operacyjnych, o których mowa w art. 19 ust. 4 ustawy o Policji, nie może doprowadzić do ograniczenia, czy wyłączenia prawa sformułowanego przez art. 51 ust. 4 Konstytucji RP⁴².

W ustawodawstwie krajowym, przyjęto rozdzielenie roli prokuratora, jako organu uczestniczącego w wydaniu przez sąd postanowienia o zastosowaniu kontroli operacyjnej od roli prokuratora, jako organu procesowego, wykonującego czynności i podejmującego decyzje procesowe w trybie Kodeksu postępowania karnego. Należy wskazać, że prokurator nie posiada ani możliwości prowadzenia kontroli operacyjnej, kierowania nią, ani nawet jej inicjowania. Jako organ procesowy korzysta natomiast z materiałów zebranych w wyniku kontroli operacyjnej na zasadach określonych w przepisach procedury karnej. Rolą organów ścigania nie może być prowadzenie do popełniania przestępstw.

⁴¹ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁴² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2005 r., K 32/04, http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_32_04_PL.pdf [dostęp: 23.09.2015].

Nie ulega wątpliwości, że materiały uzyskane w toku przeprowadzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych nie mogą być wykorzystane jako dowód dla celów postępowań innych niż karne, z uwagi na fakt, że wykracza poza zakres, o którym mowa w art. 19 ust. 15 ustawy o Policji. Nie chodzi o to, aby można było przewidzieć, kiedy służby mogą zastosować czynność operacyjno-rozpoznawczą, tak by odpowiednio dostosować swoje zachowanie. Prawo musi dostatecznie określić granice, by zapewnić właściwą ochronę przeciwko ingerencji, która może być uznana za nieodzoną, wtedy gdy przyjęty szczególny system kontroli przez służby, zawiera gwarancje uniemożliwiające nadużycia.

6. Uwagi końcowe

Nie można całkowicie wykluczyć czynności operacyjno-rozpoznawczych. Stanowią one nie tylko niezbędny element zapewnienia efektywnego ścigania przestępstw, ale również zapewniają jakże istotne bezpieczeństwo naszego kraju. Nie można również dopuścić do zmiany charakteru czynności z tajnego na jawne, gdyż ten sposób działania służb jest nieodzownym we współczesnym państwie, a wyrażność tych czynności spowodowałaby nieskuteczność wykonywanych działań. Jednakże, należy znaleźć złoty środek pomiędzy ściganiem przestępstw, a gwarancjami konstytucyjnymi. Kwestią niejasną pozostaje również to, jak obliczać terminy w przypadku, jeśli w trakcie kontroli już trwającej z wnioskiem o jej zarządzenie wystąpi również inna służba należąca do kręgu tych, które w danej sprawie z wnioskiem wystąpić mogą.

Przepisy regulujące kontrolę operacyjną nie udzielają także odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku prawomocnej odmowy zarządzenia kontroli operacyjnej służby mogą, w oparciu o te same przesłanki, wystąpić w odniesieniu do tej samej osoby z wnioskiem ponownym. Nie jest również w pełni jasne to, jaką procedurę, tj. czy kontrolę operacyjną czy procesową należałoby zastosować w przypadku potrzeby zarządzenia podsłuchu w odniesieniu do osoby podejrzanej lub oskarżonego, w sytuacji zapobieżenie popełnieniu przez nią nowego przestępstwa, enumeratywnie wymienionego w art. 237 § 3 Kodeksu postępowania karnego oraz art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Tego rodzaju przypadek mieści się zarówno w dyspozycji art. 237 jak i art. 19 wyżej wskazanych aktów prawnych.

Sytuacja, w każda z służb policyjnych i specjalnych indywidualnie posługuje się szerokim wachlarzem ustawowych, często nieostro i niejednolicie sformułowanych przepisów, rodzi zagrożenie. Dodatkowo każda ze służb interpretuje je szczegółowo w postaci wewnętrznych, niejawnych instrukcji. Taka właśnie sytuacja, w szczegól-

ności rodzi określone negatywne reperkusje i skutki zarówno w zakresie współpracy pomiędzy poszczególnymi służbami, jak i koordynacji działań.

Demokratyczne i praworządne państwo nie może sobie pozwolić na wykorzystanie materiału zdobytego z naruszeniem prawa jako dowód w procesie karnym. Ocena przeprowadzonej czynności musi determinować rozstrzygnięcie o sprawstwie obwinionego w takim sensie, że procesowa dyskwalifikacja uzyskanego w jej toku materiału dowodowego czyni bezprzedmiotową jego ocenę pod kątem wiarygodności oraz przesądza o niewinności, jako dowód pozbawiony wartości i nie mogący zostać wykorzystany w procesie.

Bibliografia:

- Eichstaedt K. Z., *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, „Prokuratura i Prawo”, 2003 nr 9.
- Janiszowski-Downarowicz R., *Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo”, 2009 nr 3.
- Karsznicki K., *Kontrowersje wokół ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym*, „Prokuratura i Prawo”, 2010 nr 3.
- Kołodziejczak M., Sobiech A., *Prawnie dopuszczalne postacie prowokacji*, „Państwo i Prawo”, 2010 nr 11.
- Kurzępa B., *Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i operacyjnych*, Toruń 2003.
- Machaj Ł., *Granice prowokacji policyjnej w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego USA*, „Państwo i Prawo” 2011 nr 5.
- Schaff L., *Zakres i formy postępowania przygotowawczego*, Warszawa 1961.
- Szumiło-Kulczycka D., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.
- Taracha A., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006.
- Waltoś S., *Tajny agent policji (na obrzeżach odpowiedzialności karnej)*, „Prokuratura i Prawo”, 1993 nr 11–12.
- Widacki J., Konieczny J., Widła T., *Kryminalistyka*, Warszawa 2012.