

# NIEDOPUSZCZALNOŚĆ DOWODU Z PROWOKACJI POLICYJNEJ W PROCESIE AMERYKAŃSKIM I NIEMIECKIM W ŚWIETLE ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO USA I ETPCz

CEZARY KULESZA \*

DOI: 10.26399/iusnovum.v16.2.2022.12/c.kulesza

## WSTĘP

Tajne operacje z wykorzystaniem prowokacji (*entrapment*) w procesie amerykańskim były prowadzone przez agentów FBI w latach 30. XX wieku i ich znaczenie rosło wraz z rozwojem zorganizowanej przestępczości. W rezultacie z uprawnień do korzystania z prowokacji w latach 70. zaczęły korzystać inne agencje federalne zajmujące się zwalczaniem przestępczości. Na skutek tego w procesie amerykańskim dopuszczalna jest czynna prowokacja, polegająca na tym, że tajny agent w określonych okolicznościach może nakłaniać do przestępstwa lub w inny sposób aktywnie w nim uczestniczyć w działaniu przestępnym, a następnie staje się świadkiem oskarżenia<sup>1</sup>. Celem ujednoczenia praktyki legalnego stosowania tych operacji przez agentów FBI Attorney General wydał w 1981 *Guidelines on FBI Undercover Operations* (wielokrotnie aktualizowane, w tym w 2002 roku w związku z przestępczością terrorystyczną)<sup>2</sup>. Ponieważ instytucja prowokacji nie rozwinęła się w ustawodawstwach stanowych, istotną rolę odgrywa więc Sąd Najwyższy USA, który wytycza w swoim orzecznictwie granice legalności tajnych operacji przede wszystkim na podstawie dyrektyw rzetelnego procesu wynikających z 14. Poprawki do Konstytucji USA. Wraz z rozwojem zorganizowanej przestępczości w Europie pod koniec XX wieku również na tym kontynencie wyposażono poli-

---

\* prof. dr hab., Katedra Postępowania Karnego, Wydział Prawa na Uniwersytecie w Białymstoku, e-mail: c.kulesza@uwb.edu.pl, ORCID: 0000-0003-0509-327X

<sup>1</sup> G.A. Wagner, *United States' Policy Analysis on Undercover Operations*, „International Journal of Police Science & Management” 2007, vol. 9, no. 4, s. 371–379 (tu 372–373).

<sup>2</sup> J.R. Hochberg, *The FBI Criminal Undercover Operations Review Committee*, „United States Attorneys' Bulletin” 2002, vol. 50, no. 2, s. 1–2; J. Sherman, *A Person Otherwise Innocent: Policing Entrapment in Preventative, Undercover Counterterrorism Investigations*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2009, vol. 11, no. 5, s. 1475–1510 (tu 1587–1510).

cje i służby specjalne w uprawnienie do stosowania tajnych operacji specjalnych, w tym prowokacji policyjnej, która jednak w przeciwieństwie do USA ma charakter bierny i z założenia powinna polegać na sprawdzaniu podejrzenia popełnienia przestępstw. Analizą opracowania objęto system niemiecki jako reprezentatywny przykład kontynentalnego systemu inkwizycyjno-kontraduktoryjnego, odróżniający się od systemu amerykańskiego między innymi zasadą legalizmu ścigania i zobowiązaniem sądu do aktywnego dążenia do wykrycia prawdy materialnej. W sferze postępowania dowodowego należy wskazać na brak takich formalnych reguł dowodowych jak „*exclusionary rule*” czy nieobowiązywanie „doktryny owoców zatrutego drzewa”. W analizowanej w opracowaniu kwestii należy podkreślić ustawowe określenie przesłanek dopuszczalności zaangażowania w zwalczaniu przestępczości tajnych agentów policyjnych i informatorów policyjnych. Ponieważ Niemcy ratyfikowały ECHR, więc rzetelność procesu niemieckiego między innymi w sferze stosowania prowokacji policyjnych była przedmiotem wielu orzeczeń ECtHR i dlatego standard strasburski w tej dziedzinie będzie stanowił istotny aspekt przeprowadzonych rozważań.

## I. GRANICE LEGALNOŚCI PROWOKACJI POLICYJNEJ W PROCESIE KARNYM USA

W amerykańskiej doktrynie funkcjonuje reguła o nazwie *entrapment*, odnosząca się do osób, które zostały poddane formom bezprawnej prowokacji. Instytucja ta niejako wyłącza odpowiedzialność karną takich osób. Nie została wprowadzona w formie aktu prawnego, ale od momentu wydania wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w 1932 roku w sprawie *Sorrells vs United States*, 287 U.S. 435, 53 S.Ct.310, 77 Ed. 413 (1932) funkcjonuje jako środek obrony podejrzanego<sup>3</sup>.

W wyroku tym SN USA stwierdził, że „niewłaściwe jest nakładanie sankcji karnych na osobę, która nie byłaby zaangażowana w przestępstwo, gdyby rząd nie usiłował skłonić do takiego postępowania”. Jednakże sędziowie SN USA podzielili się w kwestii, jak rozumieć uzasadnienie obrony przed prowokacją (*entrapment defence*). Niektórzy przyjęli „subiektywne” ujęcie prowokacji, zgodnie z którym oskarżeni powinni mieć możliwość obrony, jeśli potrafią wykazać, że nie mają „predyspozycji” do popełnienia przestępstwa lub przestępstwa, o które zostali oskarżeni. Stanowisko subiektywne opiera się na intuicyjnym założeniu, że działania policji wywołały chęć i zamiar popełnienia przestępstwa i że sprowokowane osoby nie miałyby zamiaru popełnienia przestępstwa, które nie zaistniałoby w wypadku braku tych prowokujących działań policji. Dlatego osoby bez predyspozycji, które uległy policyjnym namowom, powinny zostać uniewinnione, mimo że popełniły przestępstwo, o które zostały oskarżone. Inni sędziowie reprezentowali „obiektywne” ujęcie prowokacji – nie skupia się ono na stanach psychicznych oskarżonego, a zamiast tego koncentruje się na postępowaniu funkcjonariuszy państwa. Z tego względu oskarżony powinien mieć prawo do obrony przed pułapką, jeśli

---

<sup>3</sup> *Sorrells vs United States*, 287 U.S. 435, 441, 53 S.Ct.310, 77 Ed. 413 (1932).

może wykazać, że policja „przekroczyła granicę” od jedynie przedstawienia możliwości popełnienia jednego lub więcej przestępstw do aktywniejszego namawiania lub przekonywania oskarżonego. Z obiektywnego punktu widzenia, niezależnie od tego, czy oskarżony miał predyspozycje do popełnienia przestępstwa, czy też nie, nazbyt natarczywe działania policji uważa się za główny czynnik w dokonaniu czynu przestępstwa. W wypadku braku takich działań policji do przestępstwa by nie doszło, dlatego oskarżony powinien zostać niewinny<sup>4</sup>.

Następny wyrok SN USA w sprawie *entrapment* zapadł dopiero po dwudziestu latach w sprawie *Sherman vs. United States* (356 U.S. 369 (1958))<sup>5</sup>. W sprawie tej uzależniony od narkotyków informator agentów federalnych namawiał Shermana (narkomana po terapii odwykowej) do zdobycia dla niego narkotyków. Następnie Sherman, powróciwszy do nałogu, dokonywał kilkakrotnie transakcji narkotykowych z agentami federalnymi. W rezultacie został oskarżony o złamanie federalnej ustawy narkotykowej i jego sprawa trafiła do sądu przysięgłych, którzy mieli rozstrzygać jego *entrapment defence* na podstawie poglądu SN USA wyrażonego przez większość sędziów tego sądu w sprawie *Sorrells vs United States* w kwestii, „czy informator przekonał niechętną osobę do popełnienia przestępstwa czy też ta osoba [Sherman] miała już predyspozycje do popełnienia przestępstwa”. Sąd przysięgłych skazał Shermana między innymi ze względu na fakt jego wcześniejszej karalności za przestępstwa narkotykowe. Ostatecznie jednak SN w sprawie *Sherman vs. United States* uchylił skazanie, zaś kierujący nim Chief Justice Earl Warren krótko stwierdził, że chociaż organy ścigania mogą i często muszą wykorzystywać „ukrywanie się i strategię” („stealth and strategy”), aby zapobiegać przestępstwom i zatrzymywać sprawców, jednakże „[inny problem pojawia się, gdy przestępczy projekt pochodzi od funkcjonariuszy rządowych i wszczepiają oni w umysł niewinnej osoby gotowość do popełnienia domniemanego przestępstwa i nakłaniają do jego popełnienia w celu wniesienia oskarżenia]”<sup>6</sup>.

W sprawie *Sherman vs. United States* SN USA zaproponował dwustopniowy test zasadności *entrapment defence*: po pierwsze, bada się, czy zaistniała niewłaściwa zachęta rządu, a więc czy rząd „stosuje przesadne metody, która nadmiernie przekonują lub wykorzystuje niekryminalne motywy jednostki”. Po drugie, należy sprawdzić, czy oskarżeni nie byli gotowi i chętni do popełnienia przestępstwa niezależnie od zachęty (*inducement*) rządu.

W sprawie *Jacobson vs. US*, 503 U.S. 540, 112 S. Ct. 1535, 118 L. Ed. 2d 174 (1992)<sup>7</sup> Sąd Najwyższy zasadniczo opowiedział się za subiektywnym ujmowaniem doktryny *entrapment* w sprawach federalnych, którą przyjęło także większość ustawodawstw stanowych. W sprawie tej dwie agencje rządowe w ciągu dwóch lat wielokrotnie podejmowały wysiłki za pośrednictwem pięciu oficjalnych organizacji, aby zbadać gotowość Jacobsona do złamania ustawy o ochronie dzieci z 1984

<sup>4</sup> R.L. Lippke, *A Limited Defense of What Some Will Regard As Entrapment*, „Legal Theory” 2017, vol. 23, no. 4, s. 283–306 (tu 285–289).

<sup>5</sup> *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369, 386 (1958).

<sup>6</sup> J.A. Roth, *The Anomaly of Entrapment*, „Washington University Law Review” 2014, vol. 91, s. 998.

<sup>7</sup> *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540, 548, 112 S. Ct. 1535, 118 L. Ed. 2d 174 (1992).

roku poprzez zamawianie pocztą zdjęć pornograficznych dzieci. Sąd Najwyższy uchylił wyrok skazujący Jacobsona, uznając, że gorliwość w egzekwowaniu prawa nie pozwala agentom rządowym na zainicjowanie przestępstwa, wszczęcie w umysł niewinnej osoby nakazu popełnienia czynu przestępczego, a następnie nakłonienie do jego popełnienia, tak aby rząd mógł go oskarżyć. Trybunał nawiązał do orzeczenia w sprawie *Sorrells vs. US* i przyjął, że na prokuraturze ciąży obowiązek udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że oskarżony był skłonny do popełnienia danego czynu, zanim po raz pierwszy zwrócili się do niego agenci rządowi. W kwestii predyspozycji Trybunał orzekł, że wprawdzie po dwudziestu sześciu miesiącach wielokrotnych wysyłek i wiadomości od agentów rządowych Jacobson w końcu stał się predysponowany do popełnienia zarzucanego przestępstwa, to jednak stwierdził, że rząd nie udowodnił, że predyspozycje Jacobsona były samoistne i nie były wytworem przedłużającej się presji rządu.

Jednakże SN USA w orzeczeniu *Jacobson vs. US* nie wskazał dokładnie, jak należy rozumieć „predyspozycję” i w związku z powyższym w jaki sposób oskarżyciel powinien udowadniać istnienie tych predyspozycji.

Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie sądów amerykańskich, możliwy jest tu wybór między: 1) rozumieniem predyspozycji jako czysto psychicznego stanu chęci (*willingness*) zaangażowania się w przestępstwo przy pierwszej nadarzającej się okazji, albo 2) kiedy predyspozycja oznacza nie tylko chęci, ale także posiadanie umiejętności niezbędnych do popełnienia przestępstwa („*positional predisposition*”).

W związku z tym w orzecznictwie amerykańskich Apelacyjnych Sądów Federalnych sformułowano co najmniej trzy różne standardy potwierdzania predyspozycji do popełnienia przestępstwa<sup>8</sup>.

1. Sąd Apelacyjny I Okręgu w wyroku *United States v. Gendron* (18 F.3d 955, 966 (1st Cir. 1994))<sup>9</sup> przyjął test „zwykłej okazji”, co oznacza, że rząd musi jedynie wykazać, że w wypadku braku zachęty (*inducement*) ze strony rządu oskarżony popełniłby przestępstwo, gdyby miał do czynienia z „zwykłą” zachętą (*inducement*). Sędzia Breyer zasugerował bowiem, że ze standardu określonego w wyroku *Jacobson vs US* wynika jedynie, że rząd nie może, próbując skłonić prowokowaną osobę do popełnienia przestępstwa, konfrontować jej z okolicznościami, które różnią się od zwykłych okoliczności prywatnej zachęty<sup>10</sup>.

2. Sąd Apelacyjny Siódmego Okręgu z kolei przyjął test „pozycyjny”, który wymaga od rządu udowodnienia nie tylko tego, że oskarżony był psychicznie gotowy lub skłonny do popełnienia przestępstwa, ale także, że oskarżony był w stanie popełnić przestępstwo. Takie rozumienie predyspozycji przyjął sędzia tego Sądu R.A. Posner w sprawie *Hollingsworth vs. USA* (27 F3d 1196 (7th Cir 1994))<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> C. Schultz, *Victim or the Crime: The Government's Burden in Proving Predisposition in Federal Entrapment Cases*, „DePaul Law Review” 1999, vol. 48, no. 4, s. 949–987 (tu 967–976).

<sup>9</sup> *United States v. Gendron* (18 F.3d 955, 966 (1st Cir. 1994)).

<sup>10</sup> C. Schultz, s. 982–983

<sup>11</sup> *Hollingsworth v. United States*, 27 F3d 1196, 1215 (7th Cir 1994). Zob. R. McAdams, *Reforming Entrapment Doctrine in United States v Hollingsworth*, „University of Chicago Law Review” 2007, vol. 74, Special Issue, s. 1795–1812.

W orzeczeniu tym oparto się na koncepcji „*positional predisposition*”, co oznacza, że rząd powinien udowodnić, iż na podstawie wykształcenia, umiejętności, doświadczenia lub zawodu wykonywanego przez oskarżonego można zasadnie przyjąć, że byłby on w stanie dopuścić się przestępstwa, nawet gdyby rząd nie nakłonił go do jego popełnienia. Jak wskazuje się w doktrynie, „takie podejście nie tylko skutecznie oddzieli «nieostrożnych niewinnych» od «nieostrożnych przestępców», ale także zapewni, że oskarżeni otrzymają sprawiedliwość”<sup>12</sup>.

3. Jeszcze inne stanowisko zajął Apelacyjny Sąd Federalny IX Okręgu w sprawie *United States v. Thickstun* (110 F.3d 1394 (9th Cir.), 118 S. Ct. 305 (1997))<sup>13</sup>. Przyjęto w nim standard, który wymaga od rządu udowodnienia predyspozycji za pomocą wieloelementowego testu, w którym analizie podlega „(1) charakter i reputację oskarżonego; (2) czy rząd początkowo sugerował przestępstwo; (3) czy oskarżony zaangażowany w działalność zarobkową; (4) czy pozwany wykazywał jakąkolwiek niechęć; oraz (5) charakter zachęty ze strony rządu”. Standard ten był wcześniej stosowany również przez inne sądy<sup>14</sup>.

Autorzy Modelowego Kodeksu Karnego (MPC) zgodzili się natomiast, że „test obiektywny” lepiej pasuje do bardziej postępowego programu przestrzegania i egzekwowania prawa. Gdy stany przyjęły MPC, kilka z nich włączyło „obiektywny test” prowokacji policyjnej do swoich statutów. Kilka stanów, w szczególności Floryda, próbowało zastosować oba testy jednocześnie<sup>15</sup>.

Warto dodać, że w orzecznictwie sądów federalnych uznaje się niekiedy *derivative entrapment defence*, która ma zastosowanie w sytuacji, gdy agent rządowy działa poprzez niczego nie podejrzewającego pośrednika, aby skłonić do popełnienia przestępstwa oskarżonego, który jest właściwym celem<sup>16</sup>.

Mimo stosunkowo restryktywnego orzecznictwa SN USA, opartego na doktrynie *entrapment*, policja często stosuje na obszarach z wysokim poziomem narkomanii programy bazujące na zakupach narkotyków od dilerów i innych osób, a następnie zatrzymuje je, bądź rzadziej sami policjanci sprzedają narkotyki i zatrzymują kupujące je osoby, czy też w dzielnicach szczególnie dotkniętych kradzieżami na przykład policjanci prowadzą lombard i kupują skradzione towary. Niektórzy sędziowie twierdzą nawet, że takie działania policji nie przeciwdziałają przestępczości, lecz wręcz kreują ją. Jednakże wiele sądów akceptuje lub nawet wspiera operacje oparte na prowokacji policyjnej (np. Sąd Apelacyjny w New Jersey w sprawie w sprawie w 1987 r. [N.J. Super. App. Div. 1987, 523 A.2d

<sup>12</sup> C. Schultz, *Victim or the Crime...*, op. cit., s. 986.

<sup>13</sup> *United States v. Thickstun*, 110 F.3d 1394, 1398 (9th Cir.), 118 S. Ct. 305 (1997).

<sup>14</sup> C. Schultz, *Victim or the Crime...*, op. cit., s. 974–975, i podane tam orzecznictwo Sądów Federalnych

<sup>15</sup> D. Stevenson, *Entrapment by Numbers*, „University of Florida Journal of Law and Public Policy” 2005, vol. 16, no. 1, s. 1–76 (tu 10–11).

<sup>16</sup> T.J. Leonardo, *Criminal Law – Derivative Entrapment Defense Applies When Government Agent Acts Through Unsuspecting Middleman to Induce Targeted Defendant – United States v. Luisi*, „Suffolk University Law Review” 2008, vol. 41, no. 2, s. 379–386.

672,678)]<sup>17</sup> utrzymał w mocy wyrok skazujący w sprawie karnej, która rozpoczęła się w wyniku operacji „policyjnego wabika” (*police decoy operation*)<sup>18</sup>.

Warto zauważyć, że przesłanki *entrapment defence* są zgodnie ze specyfiką kontradyktoryjnego amerykańskiego procesu, są weryfikowane przez sąd na wniosek obrony, a ich zaistnienie powoduje mocny skutek w postaci uniewinnienia oskarżonego przede wszystkim na podstawie 14. Poprawki do Konstytucji USA, statuującej dyrektywę *due proces*. Jak się podnosi w komentarzach do tej poprawki, subiektywne ujęcie *entrapment defence* polega na dwustopniowej analizie: „Najpierw pada pytanie, czy przestępstwo zostało zainicjowane przez agenta rządowego. Po drugie, jeśli rząd skłonił oskarżonego do złamania prawa, „prokuratura musi udowodnić ponad wszelką wątpliwość, że oskarżony był skłonny popełnić czyn przestępczy, zanim po raz pierwszy zwrócili się do niego przedstawiciele rządu”. Jeśli można wykazać, że oskarżony był gotowy i skłonny do popełnienia przestępstwa, gdy tylko nadarzyła się ku temu okazja, obrona przez zarzut prowokacji jest bezskuteczna, bez względu na stopień pokusy. Z drugiej strony „[gdy dążenie rządu do skazania prowadzi do zatrzymania obywatela, który w innej sytuacji, gdyby był pozostawiony sam z sobą, przestrzegałby prawa, i prawdopodobnie nigdy by prawa nie naruszył, sądy powinny interweniować”.

## II. GRANICE LEGALNOŚCI PROWOKACJI POLICYJNEJ W SYSTEMIE PRAWNYM NIEMIEC

Jeszcze przed 1990 rokiem niemieckie służby policyjne (przede wszystkim BKA – Federalna Policja Kryminalna Niemiec) posiadały uprawnienie do posługiwania się w swojej pracy operacyjnej tajnymi agentami, którzy – w ramach realizowanych operacji specjalnych – posługiwali się instytucją prowokacji. Natomiast jednolite, uregulowane ustawą o zwalczaniu przestępczości zorganizowanej (OrgKG)<sup>19</sup> uprawnienia służb niemieckich w tym zakresie zaczęły obowiązywać w 1992 roku. W niemieckim ustawodawstwie nie ma legalnej definicji prowokacji i podobnie jak w wypadku innych porządków prawnych określa się raczej charakter prowokacji nielegalnych lub wymogów, które powinna spełnić prowokacja, aby była zgodna z prawem. Samo pojęcie stworzono na podstawie wprowadzonych z dniem 15 lipca 1992 roku do niemieckiego kodeksu postępowania karnego (*Strafprozeßordnung* – StPO) regulacji § 110a–110b oraz § 110c StPO, dotyczących uprawnień funkcjonariusza pod przykryciem (*verdeckter Ermittler*).

Wskazać to należy na § 110a StPO, określający w ust. 1 podstawową przesłankę korzystania w procesie karnym tej instytucji w celu wyjaśnienia okoliczności popełnienia przestępstwa, a mianowicie istnienie uzasadnionej podstawy fak-

<sup>17</sup> *State v. Long*, N.J. Super. App. Div., 523 A.2d, 672,678 (1987).

<sup>18</sup> J.A. Colquit, *Rethinking Entrapment*, „American Criminal Law Review” 2004, vol. 41, no. 4, s. 1389–1437 (tu 1396–1400).

<sup>19</sup> Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Raushgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität, 1992.

tycznej (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*) do przyjęcia, że zostało popełnione przestępstwo o istotnym znaczeniu z katalogu przestępstw: nielegalnego handlu środkami odurzającymi, handlu bronią, fałszowania pieniędzy i środków płatniczych, przestępstwo p-ko bezpieczeństwu państwa, przestępstwo popełnione zawodowo, z nawyknięcia lub w zorganizowanej grupie albo w zorganizowany sposób.

Instytucja tajnych agentów może być także stosowana w sprawach o zbrodnie, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa powrotu do takiego przestępstwa (z § 110a II zd. 1 StPO).

Przepis ten formułuje także klauzulę subsydiarności, gdyż środek ten można stosować tylko wtedy, gdy wyjaśnienie sprawy przy zastosowaniu innych środków byłoby niemożliwe lub znacznie utrudnione<sup>20</sup>. W rezultacie jeżeli działający niejawnie funkcjonariusz policji (NOEP), korzystając z fałszywej tożsamości, dokonuje określonej czynności, przykładowo zakupu pozornego w krótkim czasie, to nie można go uznać za tajnego agenta<sup>21</sup>. Sama zmiana tożsamości nie powinna być więc podstawowym kryterium kwalifikacji funkcjonariusza policji jako tajnego agenta. Wykorzystanie agentów NOEP nie wymaga bowiem spełnienia ustawowych przesłanek przewidzianych dla tajnych agentów korzystających z legendy, a więc mogą oni występować także w sprawach nieobjętych katalogiem z § 110 a I StPO, a ich uprawnienia wynikają z ogólnych uprawnień śledczych policji uregulowanych w §§ 161–163 StPO<sup>22</sup>. Z uwagi na wskazane wyżej przewidziane w StPO ograniczenia w wykorzystywaniu w procesie tajnych agentów policji (VE – § 110 a–110 c), w praktyce procesowej obserwuje się obecnie także angażowanie osób trzecich w charakterze osób zaufanych (*V-Leute*), które za wynagrodzenie angażują się w operacje specjalne, unikając tym samym nadawanie funkcjonariuszom statutu tajnego agenta<sup>23</sup>. Jeśli chodzi o skutki procesowe prowokacji policyjnej dokonanej sprzecznie z wymogami rzetelnego procesu (art. 6 ust. 1 EKPCz), to w orzecznictwie sądów niemieckich wcześniej podkreślano, że orzekający w sprawie sąd powinien wskazać na nielegalność takiego dowodu w uzasadnieniu wyroku, lecz wówczas nie stanowiła okoliczności uwalniającej oskarżonego od odpowiedzialności karnej (negatywnej przesłanki procesu), lecz podstawę złagodzenia tej odpowiedzialności<sup>24</sup>. Taka linia orzecznictwa sądów niemieckich,

---

<sup>20</sup> Compare: B. Schmitt, L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, München 2017, s. 493–495; S. Hegmann, w: J.P. Graf (org.), *Strafprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar*, München 2010, s. 377–378.

<sup>21</sup> B. Schmitt, L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung*, op. cit., s. 496–497; S. Hegmann, w: J.P. Graf (org.), *Strafprozessordnung...*, op. cit., s. 379–380.

<sup>22</sup> C. Roxin, B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, München 2009, s. 278–279.

<sup>23</sup> W literaturze niemieckiej końca XX wieku podnoszono wiele wątpliwości dotyczących zgodności stosowania tej instytucji zarówno w świetle standardu Konstytucji Niemiec (Grundgesetz) i orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, jak i standardu rzetelnego procesu określonego w art. 6 EKPCz – zob. monografię K. Krauß, *V-Leute im Strafprozeß und Menschenrechtskonvention*, Freiburg im Breisgau 1999, s. 31–140.

<sup>24</sup> Zob. np. S. Reindl-Krauskopf, *Strafmilderung bei unzulässiger Tatprovokation*, „Juristische Blätter” 2009, no. 10, s. 664–666.

a szczególnie Federalnego Sądu Najwyższego (BGH), wynikała także z orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (BVerfG), który w znacznej mierze stał na stanowisku sprzecznym z orzecznictwem ETPCz. Sytuacja zmieniła się po wyroku ETPCz z 23.10.2014 r. *Furcht v. Germany* (skarga nr 54648/09)<sup>25</sup> i w obecnej linii orzecznictwa niemieckiego Federalnego Sądu Najwyższego, w tym w wyroku BGH z 10.06.2015 r., przyjmuje się, że: „Nielegalne prowokowanie do popełnienia przestępstwa przez członków organów ścigania lub kontrolowane przez nich osoby trzecie co do zasady stanowi przesłankę umorzenia postępowania”. W tym wyroku BGH (zapadłym na tle stanu faktycznego zakupu kontrolowanego narkotyków dokonanego przez tajnych agentów policji z pomocą osób trzecich) powołano się na orzecznictwo ETPCz i przyjęto, że za nielegalną prowokację należy uważać sytuację, w której zaangażowani funkcjonariusze śledczy, działając w celu udowodnienia tego przestępstwa, czyli w celu uzyskania dowodów przeciwko określonej osobie i wszczęcia postępowania karnego, nie ograniczają się do w dużej mierze biernego ścigania karnego, ale raczej wpływają na daną osobę w taki sposób, że jest ona skłonna do popełnienia przestępstwa, którego bez takiego wpływu nie popełniłaby (wyrok BGH z 10.06.2015 r. – 2 StR 97/14)<sup>26</sup>.

## II. GRANICE LEGALNOŚCI PROWOKACJI POLICYJNEJ W ORZECZNICTWIE ETPCz

Do końca XX wieku ETPCz nie zajmował się zasadniczo szczególnym problemem, czy zeznania konfidentów policyjnych, którzy sprowokowali podejrzanego do popełnienia przestępstwa, podlegają zakazom dowodowym. Za przełomową można tu uznać decyzję z 9 czerwca 1998 r. w sprawie *Teixeira de Castro v. Portugal* (ETPC 25829/94)<sup>27</sup>, w której Trybunał stwierdził, że wyrażone w art. 6 Konwencji ogólne zasady rzetelnego procesu stosuje się we wszystkich rodzajach postępowania, od najprostszych do najbardziej skomplikowanych, także w wypadku przestępczości zorganizowanej<sup>28</sup>. W okolicznościach tej sprawy wnioskodawca F. Teixeira de Castro został nakłoniony przez dwóch tajnych funkcjonariuszy policji do zdobycia od osoby trzeciej, a następnie sprzedaży im trzech porcji heroiny. Trybunał, uznając, że w tej sprawie doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji, przyjął, że policjanci nie działali jako „agenci prowokatorzy” (*agents provocateurs*), lecz sprowokowali przestępstwo, do którego w innej sytuacji by nie doszło<sup>29</sup>. Wskazał też, że organy policji nie miały żadnych przesłanek, aby przypuszczać, że podejrzanym był zamieszany w handel narkotykami: w jego domu nie było narkotyków, został skontaktowany z policją przez osobę trzecią (a ta trzecia z kolei jedynie słyszała o nim od innego pośrednika), nie był karany i z żadnych okoliczności nie wynikało, że

---

<sup>25</sup> *Furcht v. Germany*, n. 54648/09 (2014). Zob. w następnej części artykułu.

<sup>26</sup> BGH 2 StR 97/14, 2014.

<sup>27</sup> *Teixeira de Castro v. Portugal*, n. 25829/94 (1998).

<sup>28</sup> *Ibidem*, § 36.

<sup>29</sup> *Ibidem*, § 33.

miał predyspozycje do popełnienia przestępstwa. Trybunał wysunął z tych okoliczności wnioski, że funkcjonariusze policji nie ograniczyli się do śledzenia działalności kryminalnej Teixeira de Castro w sposób zasadniczo pasywny, lecz wywarli wpływ, aby namówić go do popełnienia przestępstwa. Ponadto ETPCz wskazał, że akcja policjantów nie była zarządzana ani kontrolowana przez sędziego<sup>30</sup>.

Nawiązując do tego orzeczenia, również w doktrynie i orzecznictwie niemieckim przyjęto zasadę, że interes publiczny nie może uzasadniać stosowania środków dowodowych, będących efektem prowokacji policyjnej. Niemiecki Najwyższy Sąd Federalny (BGH) w wyroku z 18 listopada 1999 r. (BGHSt 45, 321) uznał wyraźnie, że doprowadzenie do popełnienia przestępstwa przez kierowanych przez organy państwa konfidentów policyjnych osób niebędących podejrzanymi i początkowo niewyrażających skłonności do przestępstwa, a następnie wykorzystanie tego w procesie karnym prowadzą do naruszenia zasady rzetelnego procesu określonej w art. 6 ust. 1 Konwencji. Ta zasada jest ciągle rozwijana także w orzecznictwie niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego (BVerfG) jako najwyższy nakaz całego prawa karnego procesowego analizowany w kontekście art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1, art. 20 ust. 3, art. 101 ust. 1, art. 103 ust. 1 Konstytucji Niemiec (GG) oraz art. 6 ust. 1 Konwencji<sup>31</sup>. Jak się podkreśla w niemieckich komentarzach do tego orzeczenia, podżeganie kogoś w sposób, za który odpowiada państwo, do popełnienia czynu karalnego, aby następnie go oskarżyć i ukarać właśnie za ten czyn, to nieakceptowalny sposób pokrzywdzenia jego godności ludzkiej i swobody działania – staje się on przedmiotem taktyki zwalczania przestępczości. W materialnym znaczeniu nie toczy się przeciwko niemu żadne praworządne postępowanie przygotowawcze, lecz postępowanie państwa policyjnego, mające na celu wyłączenie podejrzanego osoby z kręgu obywateli<sup>32</sup>.

W orzecznictwie ETPCz odnoszącym się do instytucji agentów policyjnych w procesie niemieckim istotną rolę odegrał wyrok Wielkiej Izby ETPCz z dnia 23 października 2014 r w sprawie *Frucht v. Germany*<sup>33</sup> w której trybunał sformułował kryteria oceny, kiedy działania policji dokonującej zakupu kontrolowanego były pasywne, a kiedy przybrały formę podżegania i prowokacji do przestępstwa. Wskazał, że policyjne podżeganie do przestępstwa występuje wtedy, gdy funkcjonariusze policji nie ograniczają się do badania czynności kryminalnych w zasadniczo pasywny sposób, lecz wywierają na jednostkę wpływ mający skłonić ją do popełnienia przestępstwa, które w innym wypadku nie zostałyby popełnione, tak aby umożliwić ustalenie popełnienia przestępstwa, to jest aby zdobyć materiał dowodowy i wszcząć postępowanie karne. Zdaniem Trybunału pierwsze kryterium (*Substantive test of incitement*) rozstrzygające o tym, czy śledztwo było prowadzone „zasadniczo biernie”, polega na zbadaniu powodów stojących za

<sup>30</sup> Ibidem, § 38.

<sup>31</sup> Por. np. C. Kulesza, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a zasada rzetelnego procesu w orzecznictwie Trybunału w Strasburgu i sądów polskich*, „Przegląd Policyjny” 2008, vol. 90, no. 2, s. 49–67 (tu 52–56).

<sup>32</sup> F. Herzog, *Infiltrativ-provokatorische Ermittlungsoperationen als Verfahrenshindernis*, „Strafverteidiger” 2003, no. 7, s. 410–412.

<sup>33</sup> *Frucht v. Germany* n. 54648/09 (2014), 62–76.

wykorzystaniem niejawnych czynności operacyjnych oraz zachowaniu organów prowadzących takie czynności, a mianowicie czy istniały obiektywne podejrzenia, iż skarżący był zaangażowany w działalność przestępczą lub był skłonny popełnić przestępstwo<sup>34</sup>. ETPCz odwołał się do swojego orzecznictwa przyjmującego, że władze krajowe nie miały dobrego powodu, by podejrzewać osobę o wcześniejsze zaangażowanie w handel narkotykami, gdy osoba ta nie była karana, nie wszczęto przeciwko niej postępowania przygotowawczego i nie istniały żadne czynniki sugerujące, iż była skłonna do zaangażowania się w handel narkotykami przed podjęciem kontaktu z policją. Dodawał, że w zależności od okoliczności konkretnej sprawy, wskazówki mogą stanowić: uprzednia działalność kryminalna lub zamiar popełnienia czynu karalnego – wykazanie się przez skarżącego znajomością aktualnych cen narkotyków oraz możliwość pozyskania narkotyków w krótkim terminie, a także zysk finansowy osiągnięty przez skarżącego przy takiej transakcji. Następnie Trybunał badał kwestię, czy skarżący był poddawany naciskom, by popełnić przestępstwo (test proceduralny). W sprawach narkotykowych stwierdzano, iż porzucenie biernej postawy przez organy ścigania należy wiązać z takim zachowaniem, jak przejmowanie inicjatywy w kontaktach ze skarżącym, ponawianie oferty pomimo wstępnej odmowy, ciągłe pospieszanie, podnoszenie ceny powyżej średniej oraz odwoływanie się do współczucia skarżącego i powoływanie się na symptomy odstawienia. Stosując powyższe kryteria, Trybunał *nałożył* władze ciężar udowodnienia, iż nie miało miejsce podżeganie do przestępstwa, przy zastrzeżeniu, iż twierdzenia skarżącego nie są zupełnie niewiarygodne. W praktyce władze mogą nie wywiązać się z obowiązku udowodnienia, jeżeli nie wydano formalnego zezwolenia i nie prowadzono kontroli niejawnej operacji<sup>35</sup>. Na tle stanu faktycznego sprawy Trybunał zauważył, że w chwili pierwszego kontaktu skarżącego z niejawnie działającymi funkcjonariuszami w listopadzie 2007 roku nie zachodziły żadne obiektywne podejrzenia, iż był on zaangażowany w handel narkotykami, nie był on karany, nie toczyło się przeciwko niemu żadne śledztwo, a policja zainteresowała się nim jako dobrym kontaktem z inną osobą (S.). Badając kwestię, czy skarżący był poddawany niejawnym naciskom, Trybunał, na podstawie dokumentacji zgromadzonej przez sąd okręgowy i wyjaśnienia samego skarżącego, ustalił, iż *funkcjonariusze zadbali o to, by nie proponować konkretnych nielegalnych transakcji handlowych ani konkretnych rodzajów lub ilości narkotyków*, zanim skarżący i S. nie poczynili pierwszego kroku. Trybunał zauważył jednak, że skarżący, po tym, jak skontaktował się z nim 1 lutego 2008 roku niejawnie działający funkcjonariusz P., wyjaśnił mu, iż nie był dłużej zainteresowany udziałem w handlu narkotykami, a mimo to funkcjonariusz ten ponownie skontaktował się ze skarżącym 8 lutego 2008 roku i namawiał go do dalszego aranżowania sprzedaży narkotyków przez S. niejawnie działającym funkcjonariuszom. Tym zachowaniem wymierzonym w skarżącego organy śledcze wyraźnie porzuciły bierne stanowisko i sprawiły, że skarżący popełnił przestępstwo.

---

<sup>34</sup> Ibidem, § 49–52.

<sup>35</sup> Ibidem, § 53.

W świetle całokształtu okoliczności sprawy Trybunał stwierdził więc, iż *środek niejawny w postaci transakcji pozornej wyszedł poza jedynie bierne badanie istniejącej wcześniej działalności kryminalnej i sprowadzał się do policyjnego podżegania w rozumieniu orzecznictwa Trybunału wypracowanego na podstawie art. 6 ust. 1 Konwencji*. Następnie Trybunał zastosował test procesowy i stwierdził, że uzyskane w drodze policyjnego podżegania dowody zostały wykorzystane w późniejszym postępowaniu karnym przeciwko skarżącemu<sup>36</sup>. Za istotne w praktyce niemieckiej należy uznanie przez ETPCz, że złagodzenie przez sąd krajowy wymiaru kary oskarżonemu skazanemu na podstawie dowodu uzyskanego wskutek z nakłaniania go przez tajnych agentów do popełnienia przestępstwa nie jest jednoznaczne z niedopuszczeniem dowodów uzyskanych w wyniku takiego nakłonienia. Z uwagi na powyższe orzeczenie ograniczające się w takiej sytuacji do złagodzenia oskarżonemu kary należy uznać za naruszenie art. 6 EKPCz, a zatem prawa do rzetelnego procesu sądowego<sup>37</sup>.

W wyroku *Furcht vs. Germany* zastosowano test procesowy, w zasadzie nie nawiązując do jego istoty. Szersze rozważania do założeń tego testu zawarto w jednym z ostatnich orzeczeń ETPCz dotyczącym Niemiec, a mianowicie w wyroku z 15 października 2020 roku w sprawie *Akbay and Others v. Germany*<sup>38</sup>. Nawiązując do wcześniejszego orzecznictwa w sprawach<sup>39</sup>, Trybunał podkreślił, że po przeprowadzeniu testu merytorycznego należy przeprowadzić test proceduralny nie tylko w przypadku, gdy pierwszy test potwierdził, że skarżący był przedmiotem podżegania, lecz także gdy ustalenia Trybunału w ramach testu merytorycznego są niejednoznaczne z powodu braku informacji w aktach sprawy, ich nieujawnienia lub sprzeczności w interpretacji wydarzeń przez strony. Trybunał stosuje ten test proceduralny w celu ustalenia, czy sądy krajowe podjęły niezbędne kroki w celu ujawnienia okoliczności spornego zarzutu podżegania i czy w przypadku stwierdzenia podżegania (badź jeśli prokuratura nie obaliła zarzutu podżegania), wyciągnięto zgodne z Konwencją odpowiednie wnioski<sup>40</sup>. Również w tej sprawie Trybunał wprawdzie uznał, że sądy niemieckie zastosowały prawidłową procedurę rozpoznania zarzutu prowokacji, jednakże podobnie jak w sprawie *Furcht vs. Germany* zapadłe orzeczenie ograniczające się sytuacji potwierdzenia zarzutu do złagodzenia oskarżonemu kary uznał za naruszenie prawa do rzetelnego procesu z art. 6 EKPCz<sup>41</sup>.

Warto dodać, że zarówno w sprawach *Furcht*, jak i *Akbay* Trybunał uznał za niezgodne z wymogami rzetelnego procesu dopuszczenie przez sąd dowodu z przyznania się oskarżonego do winy uzyskanego w wyniku bezprawnej prowokacji policyjnej.

---

<sup>36</sup> Ibidem, § 54–59.

<sup>37</sup> Ibidem, § 68–71.

<sup>38</sup> *Akbay and Others v. Germany*, n. 40495/15 and 2 others (2020).

<sup>39</sup> *Matanović v. Croatia*, n. 2742/12 (2017), § 134; *Ramanauskas v. Lithuania* (no. 2), n. 55146/14 (2018), § 62.

<sup>40</sup> *Akbay and Others v. Germany*, op. cit., § 120–124.

<sup>41</sup> *Furcht v. Germany*, op. cit., § 68–71.

Celem znalezienia płaszczyzny porównania z opisanym wcześniej testem subiektywnym przyjętym w procesie amerykańskim należy wyjść poza orzecznictwo ETPCz dotyczące spraw niemieckim i dokonać próby zasadniczych cech materialnego testu podżegania (*substantive test of incitement*), przyjętego także w innych wyrokach ETPCz<sup>42</sup>.

Należy także zwrócić uwagę na orzecznictwo ETPCz odnoszące się do udziału w procesie karnym jako współpracowników policji osób prywatnych, niebędących funkcjonariuszami. Jeśli chodzi o rozpoznawane przez Trybunał w Strasburgu skargi przeciwko Wielkiej Brytanii, to w interesującej nas materii należy wskazać orzeczenie Wielkiej Izby ETPCz z 27 października 2004 roku w sprawie *Edwards and Lewis vs. the United Kingdom*<sup>43</sup>. Podczas rozstrzygania tej sprawy ETPCz nawiązał do orzeczenia w sprawie *Teixeira de Castro*, podkreślając jednak, że nie może stwierdzić, czy skarżący stali się czy nie ofiarami prowokacji policyjnej, gdyż odpowiednie informacje nie zostały ujawnione przez oskarżenie, czego wymagałaby zasada rzetelnego procesu, zawarta w art. 6 § 1 Konwencji. Dlatego też Trybunał nie był w stanie wyważyć pomiędzy interesem publicznym wymagającym utajnienia postępowania a wymogami efektywnej obrony. Przez cały przebieg procesu w różnych instancjach obrona nie mogła ustosunkować się do utajnionych dowodów oskarżenia i skłonić sędziego do wniosku, że wnioskodawcy zostali oskarżeni o „*state created crime* – § 58 uzasadnienia). Dlatego też ETPCz uznał, że procedura zastosowana do rozwiązania problemu ujawnienia dowodów i prowokacji spełniała wymogi zapewnienia kontrydiktoryjnego postępowania i równości broni oraz zawierała gwarancje przestrzegania interesów oskarżonego i stwierdził w sprawie naruszenie art. 6 § 1 Konwencji<sup>44</sup>.

Analiza aktualnego orzecznictwa pozwala na wyodrębnienie między innymi następujących okoliczności badanych w ramach testu materialnego:

- a) Okoliczności związanych z osobą oskarżonego i jego predyspozycjami do popełnienia przestępstwa. W szczególności należy ustalić, czy istniały podstawy do podejrzewania go o przestępstwo, do którego został sprowokowany, a co za tym idzie – czy są dowody na to, że bez działań operacyjnych policji przestępstwo zostałyby popełnione. Trybunał podkreśla, że stan podejrzewania czy predysponowania osoby do popełnienia przestępstwa należy oceniać w odniesieniu do momentu przystąpienia tajnych agentów do działań operacyjnych. Sądy krajowe mogą udowadniać predyspozycje oskarżonego do popełnienia przestępstwa na przykład przez oparcie się na przeszłości kryminalnej oskarżonego oraz czy istnieje wystarczające podejrzenie do zarządzenia działań infiltracyjnych wobec określonej osoby zgodnie z prawem krajowym. Przykładowo w sprawie *Ramauskas v Litwa*<sup>45</sup>, gdzie Trybunał stwierdził naruszenie zasady rzetelnego procesu, uznając przestępstwo korupcyjne

---

<sup>42</sup> Por. A. Lach, *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*. Warszawa 2018, s. 185–195 I powołane tam orzecznictwo ETPCz.

<sup>43</sup> *Edwards and Lewis v. the United Kingdom*, n. 39647/98 and 40461/98 (2004).

<sup>44</sup> *Ibidem*, § 59.

<sup>45</sup> *Ramauskas v. Lithuania* (Grand Chamber), n. 74420/01 (2008), § 62–74.

popęłnione przez prokuratora za sprowokowane przez policję w sytuacji, gdy brak było informacji, aby przyjmował on wcześniej łapówki, a działania podjęła policja z własnej inicjatywy, uzyskując następnie ich zatwierdzenie przez zwierzchników. Z kolei nie stwierdzono naruszenia zasady rzetelnego procesu w sprawie Calabro<sup>46</sup>, gdyż działanie funkcjonariusza pod przykryciem sprowadziło się do poinformowania o gotowości nabycia dużej ilości narkotyków, a następnie sam skarżący skontaktował się z oskarżonym. Za zgodne z zasadami rzetelnego procesu Trybunał uznał także w sprawie Volkov i Adamskiy v. Russia<sup>47</sup> działania funkcjonariuszy Policji, którzy zadzwonili do skarżących i zapytali ich o możliwość zainstalowania określonych programów komputerowych, zaś skarżący z własnej inicjatywy przynieśli nielicencjonowane programy w celu instalacji.

- b) Okoliczności związane z działaniami infiltracyjnymi samych funkcjonariuszy, w tym spełnienie przez nich wymogów stawianych przez prawo krajowe ich wszczęcia i prowadzenia, ich aktywność w nakłanianiu bezpośrednio skarżącego bądź związanych z nim osób. Trybunał podkreśla, że prawo krajowe musi przewidywać precyzyjne i odpowiednie przesłanki zarządzenia czynności operacyjnych z zapewnieniem odpowiedniej kontroli (zalecając kontrolę sądową) (zob. np. Veselow and Others vs. Russia<sup>48</sup>).

II. Odnośnie do testu proceduralnego Trybunał wymaga, aby sądy krajowe efektywnie badały zarzut prowokacji skarżącego, przy zachowaniu jawnej i kontradyktoryjnej procedury oraz zachowaniu gwarancji prawa oskarżonego do obrony. Przykładowo uznawał za nieskuteczną kontrolę sądów w odniesieniu do wielu nielegalnych transakcji sfałszowaną walutą w sprawie Grba vs. Croatia<sup>49</sup>, gdyż ograniczyła się ona do stwierdzenia przez sąd, że nic nie wskazywało na to, że funkcjonariusze podzegli oskarżonego do popełnienia przestępstwa „w tym sensie, iż proponowali mu jakąś korzyść lub przynosili mu prezenty lub tym podobne”. W sprawie tej ECHR nie uznał, że skarżący został niesłusznie skazany za fałszowanie waluty, ale stwierdził, iż tryb postępowania z wykorzystaniem prowokacji policyjnej był nierzetelny, gdyż prowadził do bardziej surowego ukarania skarżącego za wielokrotne popełnienie czynu sfałszowania waluty

W aktualnym ETPCz podkreśla się konieczność łącznego stosowania obu testów (materialnego i proceduralnego), szczególnie w sytuacjach, gdy w danym systemie krajowym brak jest formalnej procedury prowadzenia operacji niejawnych. Przykładowo w sprawie Mills v. Ireland<sup>50</sup> Trybunał, stosując test materialny, stwierdził, iż rola policji była „zasadniczo bierna” i zachowanie policjantów stwarzających skarżącemu „zwykłą okazję” zakupu narkotyków nie przekroczyło granicy prowokacji lub podzegania do popełnienia przestępstwa. ECHR oddalił skargę, przyjmując, że także postępowanie przed sądem I instancji spełniało standard rzetelności,

<sup>46</sup> Calabro v. Italy and Germany, n. 59895 (2002).

<sup>47</sup> Volkov and Adamskiy v. Russia, n. 7614/09, 30863/10 (2015).

<sup>48</sup> Veselow and Others v. Russia, n. 23200/10, 24009/07 i 556/10 (2012) § 126–128.

<sup>49</sup> Grba v. Croatia, n. 47074/12 (2017), § 116–126.

<sup>50</sup> Mills v. Ireland, n. 50468/16 (2017).

gdyż było kontrydiktoryjne, obrońca skarżącego miał możliwość przesłuchania świadków policji i w rezultacie wszystkie istotne informacje na temat przeprowadzenia operacji zakupu kontrolowanego zostały wyjaśnione przed sądem.

## WNIOSKI

Podsumowując rozważania odnoszące się do amerykańskiego procesu karnego, należy zauważyć, że orzecznictwo sądowe dopuszcza aktywne formy prowokacji policyjnej, jednakże bazując na subiektywnym pojmowaniu *entrapment defence* wymaga się, aby działania agentów federalnych bądź policji znajdowały oparcie we wcześniej istniejących predyspozycjach do popełnienia przestępstw istniejących u osób. Predyspozycje te (różnie ujmowane w orzecznictwie sądów federalnych) musiały więc istnieć przed kontaktem agentów z prowokowaną osobą, a działania agentów jedynie je wzmacniały i ostatecznie wywoływały skutek w postaci przestępstwa, o które dana osoba była później oskarżana. W myśl zatem reguły *entrapment* prowokacja jest nielegalna, jeżeli funkcjonariusz służb policyjnych lub federalnych bądź osoba z nim współpracująca, celem pozyskania dowodów na popełnienie przestępstwa, zachęca lub powoduje, że inna osoba podejmuje czynności noszące znamiona popełnienia przestępstwa. W doktrynie podkreśla się jednak trudności, z jakimi spotykają się oskarżeni, którzy jeszcze w stadium posiedzenia sądowego przed rozprawą muszą w wypadku obrony *entrapment* udowodnić, że byli intensywnie prowokowani przez policję lub agentów federalnych do popełnienia przestępstwa. W sytuacji, kiedy pojawiają się znaczące wątpliwości w tym zakresie, na organach ścigania spoczywa obowiązek wykazania, że oskarżony nie był prowokowany do popełnienia czynu zabronionego przez funkcjonariuszy państwowych.

Amerykański system wymiaru sprawiedliwości należy uznać za zawierający daleko idące gwarancje dla oskarżonego, których nie ma w systemach kontynentalnych Europy. Zgodnie z doktryną prowokacji policyjnej, przez którą rozumie się usprawiedliwienie zachowania sprawcy sprowokowane przez tajnego agenta, jeżeli sprawca został sprowokowany do popełnienia przestępstwa przez tajnego agenta w sposób naruszający prawo, należy go uniewinnić, nawet jeśli zarzucane mu (i udowodnione za pomocą prowokacji) przestępstwo zostało popełnione<sup>51</sup>. Co więcej, nie powinniśmy zapominać o amerykańskiej doktrynie „owoców zatrutego drzewa”, która zakazuje stosowania w procesie karnym dowodów nie tylko bezpośrednio nielegalnych, lecz także pośrednich nielegalnych<sup>52</sup>.

Z kolei przeprowadzona analiza orzecznictwa ETPCz uprawnia do stwierdzenia, że przyjęty w ostatnich orzeczeniach materialny test podlegania zawiera w sobie elementy zarówno stworzonego przez SN USA (i rozbudowanego przez

---

<sup>51</sup> Por. W. Gontarski, *Granice legalności prowokacji policyjnej. Glosa do wyroku ETPC z dnia 5 lutego 2008 r.*, 74420/01, LEX/el. 2016.

<sup>52</sup> Por. S. Thaman, *Fruits of the Poisonous Tree in Comparative Law*, „Southwestern Journal of International Law” 2010, vol. 16, no. 2, s. 334–384 (tu 334–337).

sądy federalne) testu subiektywnego *atrapment defence* (predestynacją oskarżonego do popełnienia przestępstwa), jak i testu obiektywnego związanego z oceną intensywności działań policji i agentów federalnych podżegających oskarżonego do popełnienia przestępstwa, o które jest następnie oskarżany. Wydaje się, że standard strasburski w tym zakresie jest bardziej rozbudowany i jak się wydaje, kładący większy nacisk na ocenę działań policji, w szczególności spełniania przez nią ustawowych kryteriów dopuszczalności operacji specjalnych pod przykryciem w tych systemach prawnych, które takie przesłanki przewidują. ETPCz uznaje także za nielegalną prowokację policyjną dokonywaną przez policję wobec oskarżonych za pośrednictwem lub przy pomocy osób trzecich, w szczególności informatorów policyjnych, na przykład V-Leute w Niemczech (zob. np. powołane wcześniej sprawy Teixeira czy Akbay), co w pewnym sensie można odnosić do amerykańskiej doktryny *derivate atrapment defence*. Trybunał podkreśla także rolę mechanizmów kontroli zarządzania tajnych operacji policji, preferując wyraźnie wstępną kontrolę sądu. Jednakże, jak wskazują chociażby sprawy Akbay czy Frucht, nie zawsze sądowa kontrola jest efektywna, co wynika głównie z deficytu wiedzy sędziów o wnioskowanych przez policję operacjach oraz z nieznamomości specyfiki pracy policyjnej.

Podstawowej różnicy między systemem amerykańskim a systemami europejskimi (pomijając oczywiście jakościowe różnice pomiędzy systemami *common law* i *civil law*, przykładowo w dziedzinie prawa dowodowego) w opisywanym zagadnieniu należy szukać w skutkach uznania za nielegalny dowodu z prowokacji policyjnej. Standard strasburski (obowiązujący również w systemie niemieckim) nie zakłada automatycznej eliminacji takiego dowodu, lecz dopuszcza sanowanie negatywnych skutków takiego nielegalnego dowodu w postępowaniu sądowym wtedy, gdy Trybunał uznaje, że „proces sądowy oceniany jako całość był rzetelny”, zwłaszcza gdy dowód z nielegalnej prowokacji nie stanowił istotnej podstawy skazania oskarżonego. Przejawem tej koncepcji procedowania wydaje się właśnie test procesowy, który opiera się z jednej strony zarówno na badaniu rzetelności postępowania sądowego weryfikującego podnoszony zarzut stosowania wobec niego przez policję niedozwolonych metod operacyjnych, z drugiej zaś – na adekwatności skutków stwierdzenia przez sądy zasadności zarzutów. Zgodnie z orzeczeniem ETPCz w sprawie Akbay: „Chociaż Trybunał generalnie pozostawia władzom krajowym decyzję, jaką procedurę należy zastosować, gdy sądy mają do czynienia z zarzutem podżegania, wskazuje jednak, że sądy krajowe rozpatrujące skargę opartą o zarzut prowokacji w sposób zgodny z prawem do rzetelnego procesu, w sytuacji jeśli skarga na podżeganie stanowi merytoryczną obronę, są wówczas zobowiązane do umorzenia postępowania na podstawie przesłanki nadużycia procesowego albo wykluczenia wszelkich dowodów uzyskanych przez prowokację lub wyciągnięcia podobnych konsekwencji procesowych”<sup>53</sup>. W świetle standardu strasburskiego zakaz korzystania z dowodu z nielegalnej prowokacji (podżegania do przestępstwa) nie ma więc charakteru bezwzględny, gdyż jeśli takie naruszenie prawa oskarżonego do rzetelnego procesu nie ma decydującego wpływu na

<sup>53</sup> Akbay and Others, op. cit., § 122.

wynik sprawy, może być skompensowane w postępowaniu sądowym i wówczas skarżący wskutek orzeczenia sądu krajowego adekwatnie kompensującego to naruszenie może „utracić swój status ofiary naruszenia Art. 6 § 1 EKPC”. Natomiast jeśli wskutek nakłaniania dojdzie do naruszenia wolnej woli prowokowanego w postaci pogwałcenia art. 3 Konwencji – automatycznie proces uznaje się za nierzetelny, bez względu na to, czy dowód z tego nakłaniania rozstrzygnął o skazaniu bądź o wymiarze kary<sup>54</sup>. Dodać należy, że najnowsze orzecznictwo ETPCz obejmuje bezwzględny zakaz z art. 3 Konwencji także dowód z wyjaśnień oskarżonego uzyskany za pomocą tortur przez osoby trzecie, niezwiązane z organami ścigania<sup>55</sup>.

## BIBLIOGRAFIA:

- Gontarski W., *Granice legalności prowokacji policyjnej. Glosa do wyroku ETPC z dnia 5 lutego 2008 r.*, 74420/01, LEX/el. 2016.
- Hegmann S., w: J.P. Graf (org.), *Strafprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar*, München 2010.
- Herzog F., *Infiltrativ-provokatorische Ermittlungsoperationen als Verfahrenshindernis*, „Strafverteidiger” 2003, no. 7.
- Hochberg J., *The FBI Criminal Undercover Operations Review Committee*, „United States Attorneys’ Bulletin” 2002, vol. 50, no. 2.
- Krauß K., *V-Leute im Strafprozeß und Menschenrechtskonvention*, Freiburg im Breisgau 1999.
- Kulesza C., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a zasada rzetelnego procesu w orzecznictwie Trybunału w Strasburgu i sądów polskich*, „Przegląd Policyjny” 2008, vol. 90, no. 2.
- Lach A., *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018.
- Lippke R., *A Limited Defense of What Some Will Regard as Entrapment*, „Legal Theory” 2017, vol. 23, no. 4.
- McAdams R., *Reforming Entrapment Doctrine in United States v Hollingsworth*, „University of Chicago Law Review” 2007, vol. 74, Special Issue.
- Reindl-Krauskopf S., *Strafmilderung bei unzulässiger Tatprovokation*, „Juristische Blätter” 2009, no. 10.
- Roth J.A., *The Anomaly of Entrapment*, „Washington University Law Review” 2014, vol. 91.
- Roxin C., Schünemann B., *Strafverfahrensrecht*, München 2009.
- Schmitt B, Meyer-Goßer L., *Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, München 2017.
- Schultz C., *Victim or the Crime: The Government’s Burden in Proving Predisposition in Federal Entrapment Cases*, „DePaul Law Review” 1999, vol. 48, no. 4.
- Sherman J., *A Person Otherwise Innocent: Policing Entrapment in Preventative, Undercover Counterterrorism Investigations*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2009, vol. 11, no. 5.

---

<sup>54</sup> W. Gontarski, *Granice legalności prowokacji policyjnej...*, op. cit.

<sup>55</sup> *Ćwik v. Poland*, n. 31454/10 (2020), § 68.

- Thaman S., *Fruits of the Poisonous Tree in Comparative Law*, „Southwestern Journal of International Law” 2010, vol. 16, no. 2.
- The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*, Thomas Kenneth R. (editor in chief), Washington 2014.
- Wagner G., *United States’ Policy Analysis on Undercover Operations*, „International Journal of Police Science & Management” 2007, vol. 9, no. 4.

## NIEDOPUSZCZALNOŚĆ DOWODU Z PROWOKACJI POLICYJNEJ W PROCESIE AMERYKAŃSKIM I NIEMIECKIM W ŚWIETLE ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO USA I ETPCz

### Streszczenie

Celem artykułu jest dokonanie próby porównania standardu amerykańskiego i standardu europejskiego w zakresie niedopuszczalności dowodów z nielegalnej prowokacji policyjnej. Mimo jakościowych różnic pomiędzy systemem common law i systemem civil law (opisywanym tu na przykładzie Niemiec) w obu systemach uznano prowokację policyjną za efektywną metodę zwalczania przestępczości, jednakże przyjęto różne standardy jej stosowania. W procesie amerykańskim, który dopuszcza aktywne formy prowokacji, Sąd Najwyższy USA i większość sądów federalnych przy ocenie zarzutu obrony stosują subiektywny test obrony opartej na zarzucie prowokacji, koncentrujący się na predyspozycjach prowokowanej osoby do popełnienia przestępstwa. Z kolei wypracowany przez orzecznictwo ETPCz (w tym w sprawach niemieckich) standard oceny dopuszczalności dowodów z nielegalnej (przede wszystkim aktywnej) prowokacji opiera się na stosowaniu dwóch testów: materialnego (badającego zarówno predyspozycje prowokowanej osoby, jak i legalność skierowanej wobec niej działań policji) oraz procesowego, polegającego na weryfikacji rzetelności rozpoznawania przez sądy krajowe zarzutu podżegania przez policję do przestępstwa. Podstawowej różnicy między analizowanymi standardami należy szukać w skutkach nielegalnej prowokacji. W systemie amerykańskim stanowi ona kontratyp odpowiedzialności sprawcy za przestępstwo popełnione wskutek prowokacji, zaś standard strasburski dopuszcza sanowanie negatywnych skutków takiego nielegalnego dowodu w postępowaniu sądowym wtedy, gdy Trybunał uznaje, że „proces sądowy oceniany jako całość był rzetelny”, zaś dowód z nielegalnej prowokacji nie był istotny dla skazania oskarżonego.

Słowa kluczowe: prowokacja, prawo do sądu, Niemcy, USA, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Sąd Najwyższy USA

## INADMISSIBILITY OF POLICE ENTRAPMENT EVIDENCE IN THE US AND GERMAN TRIALS IN THE LIGHT OF THE CASE-LAW OF THE US SUPREME COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

### Summary

The aim of this paper is to compare the American and European standards of the inadmissibility of evidence of unlawful police entrapment. In US criminal procedure, which permits active forms of entrapment, the US Supreme Court and most federal courts apply a subjective test for

the entrapment defense, focusing on the predisposition of the person provoked to commit the crime and, less often, an objective test examining the legality of government agents' actions. The Strasbourg standard (including German cases) is based on two tests: a substantive one (examining both the predisposition of the person being provoked and the legality of the police actions) and a procedural one, which consists in verifying the reliability of the national courts' recognition of the charge of incitement to commit a crime by the police. The basic difference between the analysed standards is to be found in the effects of illegal entrapment. In the US system, it is a justification to the perpetrator's responsibility for a crime committed as a result of entrapment, and the Strasbourg standard allows for sanctioning the negative effects of such illegal evidence to be convalidated in criminal trial when the Court considers that "the trial as a whole was fair".

Keywords: entrapment, fair trial, Germany, USA, European Court of Human Rights, US Supreme Court

Cytuj jako: Kulesza C., *Niedopuszczalność dowodu z prowokacji policyjnej w procesie amerykańskim i niemieckim w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego USA i ETPCz*, „Ius Novum” 2022 (16) nr 2, s. 39–56. DOI: 10.26399/iusnovum.v16.2.2022.12/c.kulesza

Cite as: Kulesza C. (2022) 'Inadmissibility of police entrapment evidence in the US and German trials in the light of the case-law of the US Supreme Court and the ECtHR', *Ius Novum* (Vol. 16) 2, 39–56. DOI: 10.26399/iusnovum.v16.2.2022.12/c.kulesza