

PIOTR PAJAŁ

KILKA UWAG O ISTOCIE I KONSTYTUCYJNOŚCI PROWOKACJI POLICYJNEJ

Instytucja zakupu kontrolowanego i łapówki kontrolowanej, nazywana również prowokacją policyjną, należy już niemalże do kanonu środków zwalczania przestępczości. Nie tak odległe wydarzenia, dotyczące stosowania tej metody operacyjnej wobec posłanki Beaty Sawickiej¹, a zwłaszcza postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 21 października 2008 r., nakazujące prokuraturze ponowne wszczęcie śledztwa z zawiadomienia oskarżonej, dotyczącego przekroczenia przez funkcjonariuszy CBA swoich uprawnień przy prowadzeniu akcji², są dobrym pretekstem do przyjrzenia się na nowo tej instytucji. Ponieważ postępowanie przygotowawcze nadal jest w toku, jedyne informacje, dotyczące przedmiotowej sprawy, na jakie mogę się powołać w niniejszym artykule, pochodzą z doniesień prasowych. Dlatego też przedstawione stany faktyczne będę traktował bardziej jako hipotetyczne niż realne. Nie stanowi to jednak przeszkody w dokonaniu analizy omawianej instytucji z punktu widzenia przepisów.

Problemem może być jednak duża niejednorodność omawianych regulacji. Uprawnienie do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, polegających na stosowaniu zakupu kontrolowanego bądź łapówki kontrolowanej, posiadają obecnie: Policja, Straż Graniczna (SG), Żandarmeria Wojskowa (ŻW), Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW), Służba Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) i Centralne Biuro Antykorupcyjne (CBA). Mimo iż istota tych działań w przypadku każdej z wymienionych służb jest taka sama, to ustawy regulujące te działania wykazują pewne różnice. Ich omówienie w żaden sposób nie zmieściłoby się w ramach tego

¹ Por. np. „Newsweek” 2007, nr 46, s. 84 i n.

² „Gazeta Wyborcza” 2008, nr 247, s. 7.

artykułu, dlatego też postaram się zająć kwestiami dla nich wspólnymi, a mianowicie istotą tej instytucji, a także oceną jej konstytucyjności, ewentualne różnice jedynie sygnalizując, gdy będzie to konieczne.

Wszystkie ustawy regulujące instytucję prowokacji policyjnej, tak obowiązujące, jak i uchylone, ujmują lub ujmowały tę metodę operacyjną w niemal ten sam sposób: jako „czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia (wykrycia) sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia (zbycia) lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej”³.

Konstrukcja przepisu sprawia, że wiarygodne informacje o popełnieniu przestępstwa stają się podstawową przesłanką, uprawniającą do podjęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych, zaś ich sprawdzenie — celem i zarazem istotą omawianej instytucji. Niektórzy autorzy twierdzą, że jest to taki sam stopień prawdopodobieństwa, jaki przewiduje Kodeks postępowania karnego dla podjęcia akcji ścigania⁴. Pogląd ten jest jednak odosobniony i nie daje się obronić. Słusznie wskazuje Henryk Pracki, że czynności te można podejmować w sytuacji, gdy nie ma jeszcze uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa, a więc progu prawdopodobieństwa wymaganego przez Kodeks postępowania karnego z 1997 r. dla podjęcia akcji ścigania⁵. Monika Klejnowska podkreśla, że nie mogą być to jakiegokolwiek,

³ Art. 19a ustawy o Policji z dn. 6 IV 1990 r. (Dz.U. Nr 30, poz. 179), art. 9f ustawy o Straży Granicznej z dn. 12 X 1990 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 462), art. 32 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych z dn. 24 VIII 2001 r. (Dz.U. Nr 123, poz. 1353), art. 29 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu z dn. 24 V 2002 r. (Dz.U. Nr 74, poz. 676), art. 19 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dn. 9 VI 2006 r. (Dz.U. Nr 104, poz. 708), art. 33 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego z dn. 9 VI 2006 r. (Dz.U. Nr 104, poz. 709), art. 10a ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa z dn. 6 IV 1990 r. (Dz.U. Nr 30, poz. 180), art. 28 ustawy o Wojskowych Służbach Informacyjnych z dn. 9 VII 2003 r. (Dz.U. Nr 139, poz. 1326).

⁴ R. Zakrzewski, A. Woźniak, *Nowe metody operacyjnego działania Policji*, „Kontrola Państwowa” 1996, nr 4, s. 124 i n.

⁵ H. Pracki, *Nowe instytucje prawne w ustawach policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2/3, s. 41.

lecz wiarygodne informacje. Powinny one dotyczyć nie tylko samego zdarzenia przestępnego, ale także określać, choćby ogólnie, krąg potencjalnych sprawców. W innym wypadku prowokacja nabrałaby charakteru testowania niewinnych obywateli, nie mających nic wspólnego z przestępstwem⁶. Przesłanką stosowania zakupu kontrolowanego lub łapówki kontrolowanej jest więc stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, który należałoby umieścić na „osi prawdopodobieństwa” pomiędzy wiarygodnymi informacjami o popełnieniu czynu zabronionego a podejrzeniem popełnienia przestępstwa.

Prowadzi to nieuchronnie do pytania o czas stosowania czynności prowokacji. Henryk Pracki wskazuje, że zgodnie z regułą interpretacyjną *a minori ad maius*, skoro można je prowadzić, gdy nie zachodzi jeszcze uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, to tym bardziej można, gdy już osiągnie się ten pułap. Ponadto autor ten wskazuje na brak wyraźnego stwierdzenia, że czynności te prowadzi się przed wszczęciem postępowania karnego⁷. Ostrożniej wypowiada się M. Klejnowska, komentując wypowiedź H. Prackiego. Co do zasady przyznaje mu rację, zastrzegając jednak, że w sytuacji, gdy postępowanie karne już się toczy, czynności prowokacji policyjnej powinny być stosowane tylko wtedy, gdy bez ich pomocy nie da się przeprowadzić czynności procesowych, a ponadto, gdy organ prowadzący postępowanie karne jest w stanie całkowicie samodzielnie podjąć decyzję co do ich przeprowadzenia. Twierdzenie to autorka słusznie argumentuje koniecznością zapewnienia organom procesowym niezależności w podejmowaniu decyzji dotyczących materiału dowodowego⁸. Ten pogląd nawiązuje do kształtu zakupu kontrolowanego i łapówki kontrolowanej z lat 1995–2001, kiedy to instytucja ta miała ustawowo zapisany charakter subsydiarny. Obecnie takiej regulacji nie ma, należy jednak pamiętać, że udzielanie zgody na prowadzenie prowokacji objęte zostało kontrolą prokuratorską, co (zakładając ścisłą współpracę w ramach tego urzędu) powinno zapewniać dysponentowi postępowania przygotowawczego, jakim jest prokurator, pełną kontrolę nad stosowaniem tych czynności w ich trakcie.

Uważam, że powyższe stanowisko zawiera błąd. Odnosząc się do powoływanego argumentu *a minori ad maius*, należy stwierdzić, że mimo iż jego zastosowanie ma sens, gdy porównamy poziomy prawdopodobieństwa uprawniające do prowadzenia czynności prowokacji policyjnej, to nie

⁶ M. Klejnowska, *Podsluch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 103.

⁷ H. Pracki, *op. cit.*, s. 39 i n.

⁸ M. Klejnowska, *op. cit.*, s. 108.

uwzględnia celu prowadzenia czynności. Prawdą jest, że jeśli ustawa wymaga pewnego stopnia prawdopodobieństwa do podjęcia danej czynności, to można ją uruchomić tym bardziej, jeśli ten stopień jest wyższy od wymaganego. Jednak w tej sytuacji nie ma potrzeby sprawdzania wiarygodnych informacji, gdyż ten proces już nastąpił. Mimo iż poziom prawdopodobieństwa informacji o przestępstwie uprawniałby (na zasadzie *a minori ad maius*) do wszczęcia czynności prowokacji, to względy celowościowe przemawiają za odstąpieniem od ich prowadzenia. Oznaczałoby to niemożność prowadzenia prowokacji w trakcie trwania postępowania przygotowawczego i sądowego, które toczą się zawsze w sytuacji, gdy o *quantum* wiedzy organów możemy z pewnością powiedzieć, że jest sprawdzone w stopniu większym niż miałyby to miejsce przed czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi.

Trzeba jednak pamiętać, że prowokacja policyjna jest też prowadzona w celu wykrycia lub ustalenia sprawców. Jakkolwiek cel ten jest drugorzędny w stosunku do celu polegającego na sprawdzeniu wiarygodnych informacji o przestępstwie, nie można go pominąć, ponieważ jest swego rodzaju dookreśleniem celu głównego. Dlatego też uważam, że ostateczną granicą będzie moment ustalenia czy wykrycia sprawcy w znaczeniu postawienia zarzutów. Oczywiście czasem ten moment będzie się zbiegał z rozpoczęciem śledztwa lub dochodzenia, ale mogą też zajść sytuacje, w których prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych dopuszczalne będzie także w postępowaniu przygotowawczym, aczkolwiek tylko w fazie *ad rem*.

Kolejnym argumentem dla takiej interpretacji jest treść przepisów, mówiących o konsekwencjach potwierdzenia się posiadanych wcześniej przez organy wiarygodnych informacji. W sytuacji takiej przesyła się akta i materiały prokuraturze z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. Pokazuje to dobitnie, jakie miejsce nasze ustawodawstwo przewiduje dla czynności zakupu kontrolowanego i łapówki kontrolowanej. Mają to być czynności prowadzone przed postępowaniem karnym. Dopiero ich pozytywne zakończenie powinno być impulsem do rozpoczęcia procesu karnego. Oczywiście od tej zasady dopuszczalne mogą być wyjątki, jednak powinny być — moim zdaniem — ograniczone do minimum między innymi dlatego, iż w toku tych czynności osoby, wobec których są prowadzone, nie korzystają z gwarancji, jakie stwarza prawo procesowe dla uczestników czynności procesowych.

Gdyby czynności operacyjno-rozpoznawcze dopuścić w trakcie postępowania przygotowawczego, mogłoby to doprowadzić do sytuacji, w których organy procesowe, chcąc uniknąć wiążących ich norm Kodeksu postępowania karnego, przeprowadzałyby czynności procesowe w formie

operacyjno-rozpoznawczych. Prowokacja policyjna co prawda nie posiada odpowiednika w Kodeksie postępowania karnego, ale jest przecież rodzajem czynności operacyjno-rozpoznawczych. Dlatego też uważam, że ogólna zasada niestosowania tychże działań w trakcie procesu karnego powinna stosować się również do tej instytucji.

Wracając jednak do istoty — sprawdzanie wiarygodnych informacji o popełnieniu przestępstwa ma polegać na zainscenizowaniu sytuacji wypełniającej znamiona przestępstwa. Mam poważne wątpliwości, czy jest to sposób adekwatny do celu.

Wiarygodne informacje to poziom prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego mniejszy niż ten, jaki jest wymagany do uruchomienia postępowania przygotowawczego. W takim razie możliwe jest ubieganie się przez odpowiednie służby o pozwolenie na prowadzenie powyższych czynności, jeśli docierają do nich nawet dość mgliste pogłoski o przestępczej działalności. Może też chodzić o całkiem pewne informacje, ale uzyskane od osoby, która przekazała je np. pod warunkiem nieujawniania jej tożsamości w postępowaniu. Choć oczywiście tego typu obietnica nie pociąga za sobą żadnych skutków prawnych, to funkcjonariusze, chcący zachować dobry kontakt ze swoimi informatorami, raczej nie będą skłonni jej łamać. Z moralnego punktu widzenia należy ocenić pozytywnie takie zachowanie. Tak w przypadku pogłosek, jak i pewnych informacji organy prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawcze otrzymują pewien zakres informacji, które jednak nie uprawniają ich do wszczęcia akcji ścigania. Aby to zrobić, poziom prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego musi osiągnąć lub przekroczyć „uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa”⁹. Do tego konieczne jest zatem potwierdzenie uzyskanych wiadomości i być może odkrycie innych faktów związanych z potencjalnym przestępstwem. Do tego celu tradycyjnie służyły czynności operacyjno-rozpoznawcze, czego refleks odnajdujemy właśnie w zwrocie: „zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie”, jaki znajdujemy w każdym przepisie regulującym prowokację policyjną. Zakup kontrolowany ma więc dostarczyć informacji o potencjalnie popełnionych wcześniej przestępstwach. I tutaj pojawia się problem, ponieważ prowokacja polega na sprokurowaniu nowego przestępstwa. Powstaje pytanie, w jaki sposób dowody na popełnienie przestępstwa sprowokowanego przez funkcjonariuszy mają jednocześnie być dowodami na popełnienie czynów zabronionych, co do których posiadano wiarygodne informacje?

⁹ Por. art. 303 k.p.k.

Byłoby tak, gdyby w trakcie dokonywania np. łapówki kontrolowanej funkcjonariusz uzyskał nieformalne przyznanie się do wcześniejszych przestępstw. Problematyczną kwestią jest tutaj stosunkowa nierealność takiej sytuacji. Oczywiście można sobie wyobrazić skorumpowanego urzędnika czy dealera narkotyków, którzy wykonując czynności związane z popełnianymi przez siebie przestępstwami, dzielą się informacjami o swojej działalności z każdym klientem, ale takie sytuacje należą jednak raczej do rzadkości. Prowokacja policyjna odbywa się w warunkach niejawności, gdzie obie strony zainteresowane są utrzymaniem transakcji w tajemnicy. Dodam jeszcze, że strony te zazwyczaj doskonale zdają sobie sprawę z przestępności swoich działań i odnoszą się do siebie zapewne z dużą dozą ostrożności i nieufności.

Może być i tak, że prowokacja policyjna dostarczy nam pewnych dowodów co do czynu sprowokowanego, a jedynie poszlak, dotyczących poprzednio popełnionych czynów. Czy słabe poszlaki, dotyczące wcześniejszych przestępstw, w połączeniu z dowodami przestępstwa sprowokowanego wystarczą do wszczęcia postępowania karnego co do wszystkich tych czynów? Czy można uzupełniać łańcuch poszlak w ten sposób?

W procesie karnym sąd dysponujący poszlakami musi wykluczyć wszystkie prawdopodobne hipotezy, płynące z posiadanych poszlak i wykazać ponad wszelką wątpliwość, że tylko jedna z nich mogła mieć miejsce. Dopóki istnieją choćby dwie konkurencyjne hipotezy, nie można uznać żadnej z nich za prawdziwą. Nie można skazać nikogo na podstawie poszlak, które mogą być wyjaśnione w inny sposób, niż przez hipotezę, że oskarżony popełnił zarzucany mu czyn¹⁰. Jest tak dlatego, że sędzia wydający wyrok skazujący musi być praktycznie pewny, że oskarżony popełnił czyn zabroniony. Jednak do uruchomienia postępowania karnego konieczny jest stopień prawdopodobieństwa dalece niższy od tego, jaki konieczny jest do skazania, a prowokacja wszak ma dać podstawy do tej właśnie decyzji procesowej.

Oznaczałoby to jednak, że prokurator wydający postanowienie o przedstawieniu zarzutów osobie X, przeprowadzałby wnioskowanie według schematu: X sprowokowany przez funkcjonariusza popełnił przestępstwo, zatem X jest osobą podatną na przestępne propozycje, a zatem istnieje duże prawdopodobieństwo, że popełnił przestępstwa, o które go nieformalnie podejrzewamy. W ten sposób wirtualnie podwyższony zostałby stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, o którym mieliśmy

¹⁰ Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2002, s. 223.

do tej pory jedynie wiarygodne informacje, bez żadnego dodatkowego empirycznego potwierdzenia tych faktów. W pewnym sensie wracalibyśmy do sposobu myślenia charakterystycznego dla prawa karnego sprawcy. Przesłanką uruchomienia postępowania karnego, co do potencjalnych przeszłych przestępstw, byłoby wnioskowanie z cech osobowych sprawcy.

Naruszałoby to zasadę prawdy materialnej, wyrażoną w art. 1 § 2 k.p.k., w myśl której podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne. Rozstrzygnięciem takim jest oczywiście postanowienie o uruchomieniu postępowania karnego, które nie może zostać wydane na podstawie ustaleń „z sufitu”, lecz w sytuacji, gdy organ ścigania uzyska „uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa”. Takie podejrzenie musi wynikać z zebranych informacji, a nie być w całości wynikiem pracy umysłowej funkcjonariuszy. Nie jest więc istotne, z jakim rozstrzygnięciem procesowym mamy do czynienia. Tak wydanie wyroku, jak i postanowienia o wszczęciu akcji ścigania wymaga podstaw faktycznych, a takimi nie są informacje o innych przestępstwach. Nie jest również istotne, jaki stopień prawdopodobieństwa chcemy uzyskać, dlatego że z logicznego punktu widzenia nawet wyrok skazujący nie musi charakteryzować się stu-procentową pewnością, ponieważ bardzo rzadko jest to w ogóle w praktyce możliwe¹¹. Poza tym, samo powyższe wnioskowanie obarczone jest dwoma błędami. Po pierwsze, ze zdania: X popełnił przestępstwo, nie wynika logicznie zdanie: X ma skłonność do popełniania przestępstw. Potwierdzają to chociażby statystyki recydywy, które dowodzą, że tylko część sprawców powraca na drogę przestępstwa. Aby powiedzieć, że ktoś ma skłonność do popełniania przestępstw z pewnością konieczne jest przeprowadzenie bardziej skomplikowanego wnioskowania, o ile takie wnioskowanie w ogóle jest możliwe. Po drugie, również ze zdania: X ma skłonności do popełniania czynów zabronionych, nie wynika, że popełnił lub też istnieje choćby podejrzenie popełnienia przez niego wcześniejszych przestępstw. Wszak osoba mająca skłonności do łamania prawa, jakkolwiek nieostre byłoby takie określenie, nie może być z tego tytułu uznawana za sprawcę wszystkich czy nawet pewnego rodzaju przestępstw. Trzeba też pamiętać, że system prawa karnego obowiązującego w Polsce nie przewiduje żadnej przesłanki przypisania czynu, odnoszącej się do osoby sprawcy. Takowe przesłanki istnieją np. w postaci dyrektyw sądowego wymiaru kary, wspomnianej recydywy czy też w przypadku instytucji prawa karnego wykonawczego. Zawsze jednak odnoszą się do sytuacji, w której czyn zostaje przypisany sprawcy

¹¹ S. Wałtoś, *Proces karny — zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 215 i n.

i zostaje on uznany winnym jego popełnienia. Prowokacja policyjna odbywa się zawsze na wcześniejszym etapie.

Instytucja ta zawiera zatem bardzo poważną wewnętrzną sprzeczność pomiędzy swoim celem a metodą dochodzenia do niego. Być może prowokacja ma spełniać rolę zastępczego karania w sytuacji, gdy niemożliwe jest uzyskanie dowodów popełnienia czynów, co do których służby zajmujące się ściganiem, posiadają wiarygodne informacje, lecz nie dowody. W sytuacji, gdy niemożliwe byłoby pociągnięcie do odpowiedzialności karnej ze względu na deficyt dowodów, organy tworzyłyby przestępstwa za pomocą swoich działań i dzięki temu udałoby się zastosować sankcje wobec podejrzanych o poważne przestępstwa. Rozwiązanie takie musi oczywiście budzić intuicyjny opór.

Na osobne rozważenie zasługuje sytuacja, w której w wyniku prowokacji policyjnej uzyskamy pewność, że dana osoba nie popełniła przestępstw, o które jest podejrzewana, ale popełniła te, do których została sprowokowana przez funkcjonariuszy. Paradoksalnie prowokacja policyjna spełnia wtedy swe zadanie, gdyż dokonuje sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie. Tyle tylko, że ta weryfikacja wypada negatywnie.

Przepisy o zakupie kontrolowanym bądź łapówce kontrolowanej przewidują, w sytuacji potwierdzenia wcześniejszych wiarygodnych informacji, przesłanie akt prokuratorowi z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. Brak jednak przepisów regulujących sytuację przeciwną. Należałoby interpretować *a contrario*, że skoro weryfikacja wypadła negatywnie, to przesłanie akt prokuratorowi jest niemożliwe i następuje przerwanie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Jest to oczywiście o tyle problematyczne, że nie ma *de lege lata* przewidzianego początku czy końca takich czynności. Co więcej interpretacja taka, z punktu widzenia językowego, dozwolona byłaby tylko w przypadku najnowszych ustaw¹², które jako przesłankę wnioskowania o wszczęcie postępowania karnego statuują potwierdzenie informacji. W starszych ustawach¹³ przesłanką wszczęcia ścigania jest uzyskanie dowodów bez sprecyzowania, do jakich czynów się odnoszą. Zatem możliwe byłoby przesłanie akt tylko na podstawie dowodów na popełnienie przestępstwa, do którego sprawca był sprowokowany. Jednak taka sytuacja rodziłaby dużą niekonsekwencję w systemie prawa, gdyż służby, takie jak CBA, ABW i SKW, miałyby wtedy mniejsze uprawnienia niż Policja

¹² Ustawy o ABW, SKW, CBA.

¹³ Ustawy o Policji i o Straży Granicznej.

czy SG. Czynności zakupu kontrolowanego bądź łapówki kontrolowanej są bardzo podobnie uregulowane w przypadku każdej z uprawnionych do ich prowadzenia służb. Ponadto ich istota w każdym przypadku jest właściwie identyczna. Skoro więc w nowszych ustawach znajdujemy inny zwrot niż w starszych, należy się zastanowić nad tym, jakie znaczenie legislator chce nadać tej instytucji. Analizując przecież po raz kolejny cel prowadzenia czynności prowokacji policyjnej, dochodzimy do wniosku, że nowsza wersja przepisów, regulujących skutki potwierdzenia informacji, jest bardziej adekwatna.

Ustawodawca w podobnych przepisach posługuje się różnymi zwrotami i na gruncie zasad wykładni językowej należałoby stwierdzić, że w takim razie chciał w różniących się przepisach zawrzeć co innego. Ale trzeba pamiętać o regule harmonizacji kontekstów, która nakazuje w procesie wykładni brać pod uwagę inne przepisy prawne, wolę prawodawcy i cel regulacji¹⁴. Wspominałem już, że cel regulacji wprowadzających prowokację policyjną jest na gruncie wszystkich ustaw taki sam. Również analiza konstrukcji tych przepisów na gruncie różnych ustaw wskazuje jedynie na drobne, techniczne różnice. Uzasadnienia projektów i stenogramów z posiedzeń komisji, opracowujących projekty ustaw, regulujących interesujące nas instytucje, nie zawierają właściwie żadnych danych na temat przepisów ustalających konsekwencję potwierdzenia informacji, będących podstawą uruchomienia prowokacji. Tym samym wydaje mi się, że omawianym przepisom, regulującym przesłanki przesłania akt czynności prowokacji, powinniśmy nadać takie samo znaczenie.

Powstaje tylko pytanie, które ze znaczeń w tej sytuacji będzie bardziej adekwatne. Możemy bowiem uznać, że wszystkie służby powinny przesyłać całość materiałów w przypadku, gdy uzyskamy dowody jedynie na przestępstwo, do którego sprawca został sprowokowany lub też, że w takiej sytuacji powinno się zaniechać takiej czynności.

Należy zwrócić uwagę na pewną dynamikę woli ustawodawcy, który w ustawach nowszych wprowadza inne zwroty. Oczywiście nie może to prowadzić do derogacji starych przepisów, ale jest cenną wskazówką interpretacyjną. Lech Morawski wskazuje, że do aktów prawnych nieco starszej daty lepiej jest stosować wykładnię obiektywną, a więc nawiązującą do woli współczesnego ustawodawcy¹⁵. Wskazywałoby to na preferencje interpretacji starszych zwrotów w świetle nowych.

¹⁴ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2002, s. 172.

¹⁵ *Ibidem*, s. 179.

Nie można również pominąć kwestii gwarancyjnych związanych z interpretacją. W pierwszej sytuacji będziemy interpretować literalnie przepisy dotyczące uprawnień Policji, SG i ŻW, a rozszerzając przepisy dotyczące CBA, ABW i SKW. W drugiej zaś posłużymy się zawężającą interpretacją uprawnień tych pierwszych służb i literalną wykładnią przepisów dotyczących grupy drugiej. Ponieważ przepisy określające ingerencję służb publicznych w prawa i wolności jednostki należy interpretować zawsze zawężająco, opowiadam się za drugą interpretacją.

Powyższe argumenty skłaniałyby mnie do przyjęcia wykładni zakazującej przesyłania akt z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego w sytuacji, gdy nie potwierdzą się wcześniejsze wiarygodnie informacje o przestępstwie, a uzyska się dowody jedynie na przestępstwo, do którego obywatel został sprowokowany.

Argumentacja ta niestety „rozbija się” o dwie bariery, jakimi są: zasada legalizmu i obowiązek instytucji państwowych i samorządowych zawiadomiania o przestępstwach, o których dowiedziały się w związku ze swoją działalnością. Co do zasady legalizmu trzeba pamiętać, że nie jest to zasada bezwzględna i § 2 przepisu wysławiającego tę regułę wskazuje, że możliwe są od niej wyjątki, ale muszą być określone w ustawie lub umowie międzynarodowej. W ustawach regulujących zakup kontrolowany i łapówkę kontrolowaną takiego przepisu jednak nie znajdziemy. Nie jest więc możliwe, aby organ procesowy, dysponujący dowodami na przestępstwo niejako przez siebie sprokrowane, mógł odstąpić od ścigania osoby sprowokowanej.

Tym samym dochodzę do wniosku, że konieczne byłoby wyraźne ustawowe stwierdzenie, zakazujące organom ścigania prowadzenia postępowania co do tego fragmentu zachowania sprawcy, które jest wynikiem działań państwa poprzez jego funkcjonariuszy. Konieczność taka odnosi się zarówno do sytuacji sprowokowania obywatela, który wcześniej nie popełnił czynów, o które organy go podejrzewały, jak i w sytuacji, gdy podstawy prowadzenia prowokacji okazały się być prawdziwe. Spowodowałyby to w przypadkach potwierdzenia wcześniejszych informacji o przestępstwie ograniczenie ścigania, a w sytuacji, gdy weryfikacja tych informacji okazałaby się negatywna, wyłączenie akcji ścigania.

W wyroku z 15 października 2002 r. Trybunał Konstytucyjny rozpatrzył skargę konstytucyjną, dotyczącą naruszenia godności ludzkiej przez prze-

pisy Kodeksu postępowania karnego¹⁶. W orzeczeniu tym zawarto istotną tezę, dotyczącą godności ludzkiej w kontekście stanowienia i wykonywania prawa: „Co do samej zasady godność ludzka może być traktowana jako samoistny wzorzec konstytucyjny, także w przypadku skargi konstytucyjnej. Na tle art. 30 Konstytucji sytuacja, w której człowiek stawałby się wyłącznie przedmiotem działań podejmowanych przez władzę, byłby »zastępowalną wielkością«, a jego rola sprowadzałaby się do czysto instrumentalnej postaci lub zarzut »ustawowego uprzedmiotowienia-urzeczowienia« — mogą być uznane, co do zasady, za naruszenie godności”.

Jak zauważyłem powyżej, z ogólnego ujęcia przesłanek prowokacji policyjnej płynie wniosek, że służby państwowe, posiadając wiarygodne informacje o przestępstwie, mogą przeprowadzić akcję polegającą na sprowokowaniu działania przestępnego przez obywatela, co do którego te informacje nie są prawdziwe. Jednym słowem, może się zdarzyć, że prowokacja policyjna spowoduje popełnienie przestępstwa przez osobę do tej pory całkowicie praworządną. Obecna konstrukcja przepisów nie stawia żadnych przeszkód w skazaniu takiej osoby. Stajemy więc przed sytuacją, w której państwo daje impuls w stronę członka społeczeństwa mogący ukierunkować go na drogę przestępstwa, a następnie karze go za podjęcie złej decyzji.

Choć kwestia ta jest najbardziej widoczna w przypadku prowokacji osób, które nie popełniły wcześniej przestępstwa, zachowuje także aktualność w innych przypadkach. Zwłaszcza wtedy, gdy rozważamy używanie zakupu kontrolowanego jako instrumentu „zastępczego karania”, które uważam za całkowicie niedopuszczalne ze względu na zasadę domniemania niewinności i powiązaną z nią zasadę *i dubio pro reo*.

Kwestią zasadniczą jest ustalenie, czy takie działanie można uznać za przedmiotowe traktowanie jednostki, za jej „urzeczowienie”, czy też traktowanie jako „zastępowalnej wielkości”. Niewątpliwie mamy do czynienia z sytuacją, w której jednostka staje się przedmiotem prawnych działań organów państwa. Nie wie jednak o tych działaniach i nie ma na nie żadnego wpływu. Co więcej, możliwa jest sytuacja, w której jednostka taka nigdy nie dowie się o działaniach, wobec niej podjętych — jeśli okaże się, że jest całkiem niewinna i nie uda się też jej sprowokować do popełnienia żadnego czynu zabronionego. W sytuacji zaś skazania takiej osoby za przestępstwo, do którego została sprowokowana, nie jest już istotne, czy zostanie też skazana za podejrzwane czyny wcześniejsze, czy też nie. Istotne jest to, że cały „proces” zostaje zapoczątkowany impulsem pochodzącym od państwa

¹⁶ Sygn. akt: SK 6/02, OTK-A 2002, nr 5, s. 65.

i zakończony również przez państwo. W literaturze można spotkać się ze stwierdzeniem, że państwo nie powinno chronić obywatela przed skutkami podejmowanych przez niego decyzji w sytuacjach, które i tak napotkałby na swojej drodze. Czy oznacza to jednak, że może takie sytuacje tworzyć? Czy stworzenie takiej sytuacji, a następnie karanie obywatela za podjęcie złej decyzji nie powoduje „wciskania” go w tryby jakiejś maszyny, której przecież nie może ze swojego punktu widzenia ogarnąć?

Z jednej bowiem strony wydaje mi się jasne, że mamy tu do czynienia z wtłoczeniem obywatela w ramy jakiejś procedury, w której nie ma on właściwie żadnych uprawnień. Z drugiej jednak przesłanki „uprzedmiotowienia”, które powodowałyby naruszenie godności ludzkiej, są na tyle nieokreślone i zależne od konkretnego przypadku, że podanie jednoznacznego stwierdzenia na podstawie abstrakcyjnych rozważań jest po prostu niemożliwe¹⁷. Wrażenie zachodzenia takiego procesu i naruszenia godności ludzkiej może być w konkretnych przypadkach bardzo silne. Gdyby prokuratura, a następnie sąd uznały, że *modus operandi* agentów rozpracowujących podejrzanych był zgodny z prawem, należałoby się zastanowić nad konstytucyjnością tego prawa.

Pytanie o możliwość tworzenia sytuacji kryminogennych w celu zwalczania przestępczości można by właściwie sprowadzić do pytania — czy państwo może „kusić do złego”? Pytanie to nieprzypadkowo jest zbieżne z pytaniem, jakie stawiają prowokowane osoby, próbując się dowiedzieć, czy funkcjonariusze służb odpowiedzialnych za ściganie przestępstw mają prawo używać wobec nich takich metod.

Prowokacja policyjna jest drastyczną ingerencją w prawa i wolności jednostki, a konkretnie w prawo do prywatności. Dlatego też trzeba rozważyć, czy ta ingerencja jest proporcjonalna i spełnia wymogi art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Po pierwsze ograniczenie takie musi być ujęte w akcie o randze ustawy, co w przypadku prowokacji policyjnej niewątpliwie występuje. Po drugie musi ono spełniać wymogi zasady proporcjonalności, która jest głównym składnikiem wspomnianego przepisu Konstytucji.

W myśl orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, dla oceny, czy doszło do naruszenia zasady proporcjonalności, a tym samym zakazu nadmiernej

¹⁷ Por. wyrok TK z 15 X 2002 r., SK 6/02, OTK-A 2002, nr 5, s. 65.

ingerencji, należy odpowiedzieć na trzy pytania: „1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela”¹⁸.

Co do pierwszego pytania jestem zdecydowany postawić odpowiedź negatywną ze względu na wewnętrzną sprzeczność regulacji, którą omówiłem powyżej. Fakt popełnienia jednego przestępstwa nie jest potwierdzeniem popełnienia wcześniej innego czy nawet takiego samego czynu. Tego typu wnioskowanie byłoby sprzeczne z podstawowymi założeniami prawa karnego czynu i urągałoby zasadom logiki, jakimi powinny kierować się organy procesowe w swoim działaniu. Inną kwestią jest — moim zdaniem — faktyczna skuteczność tej instytucji. Niestety nie istnieją żadne opracowania pokazujące jej zastosowanie czy skuteczność liczoną np. w liczbie spraw zakończonych skazaniem. Wydaje mi się jednak, że sama faktyczna skuteczność danej metody nie może przemawiać w tej sytuacji jako argument wspierający konstytucyjność. Podążając tym tropem, można by zapewne uzasadnić potrzebę przywrócenia tortur do procesu karnego.

Prowokacja policyjna jest przede wszystkim instytucją służącą zwalczaniu przestępczości, co wpisuje się w wymienioną w konstytucyjnym katalogu wartość, jaką jest porządek publiczny. Trzeba też wziąć pod uwagę, że przestępczość może naruszać prawa i wolności innych osób, a więc zakup kontrolowany chroni potencjalnie także te interesy. Wreszcie, biorąc pod uwagę przestępstwa, których podejrzenie jest przesłanką uruchomienia prowokacji przez takie służby jak ABW czy SKW, trzeba stwierdzić wprost, że instytucja ta może również chronić bezpieczeństwo samego państwa jako całości. Nie ma wątpliwości, że warunek, związany z ochroną właściwego dobra, jest spełniony przez przepisy regulujące prowokację policyjną.

Pozostaje już tylko rozstrzygnąć czy ta ochrona jest konieczna. Pod pojęciem konieczności rozumie się tak w orzecznictwie, jak i w doktrynie poza dosłownym znaczeniem tego zwrotu także osiągnięcie efektów danej regulacji środkami jak najmniej ingerującymi w prawa i wolności jednostki¹⁹. Niestety ustalenie zamysłów ustawodawcy jest niemal niemożliwe w tej mierze.

W uzasadnieniu projektu nowelizacji m.in. ustawy o Policji i UOP z 1995 r., która wprowadziła do naszego porządku prawnego (po raz pierw-

¹⁸ Por. wyrok TK z 12 XII 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, s. 132.

¹⁹ Por. wyrok TK z 12 I 2000 r., P 11/98, OTK 2000, nr 1, s. 3.

szy po upadku komunizmu) instytucję prowokacji policyjnej, możemy wy-
czytać, że te „rozwiązania prawne są podyktowane koniecznością wyposa-
żenia organów ścigania w skuteczny instrument walki z najgroźniejszymi
społecznie formami przestępczości zorganizowanej”. Uzasadnienie projektu
nowelizacji ustawy o SG, która wprowadziła zakup kontrolowany do arse-
nału środków operacyjnych tej służby, stwierdza tylko, że „projekt przewi-
duje przyznanie Straży Granicznej uprawnienia do prowadzenia tzw. zaku-
pu kontrolowanego [...]”. Dalej następuje jedynie krótki opis wprowadzo-
nej regulacji. Odnośnie ŻW, która uzyskała uprawnienia do prowadzenia
prowokacji wraz z ustaleniem jej podstawy ustawowej w 2001 r., czytamy
w uzasadnieniu, że „żandarmeria jest formacją rodzajowo zbliżoną m.in. do
Policji i Straży Granicznej. Zbieżność tych formacji wymaga, aby — po-
dobnie jak one — posiadała odrębne umocowanie ustawowe, symetryczne
wobec regulacji odnoszących się do innych podobnych formacji”. Nieco
wcześniej znajdujemy stwierdzenie, że podstawa ustawowa działania ŻW
jest konieczna, ponieważ działalność tej służby wkracza w sferę elemen-
tarnych praw i wolności obywatelskich, a te mogą być ograniczane tylko
na zasadach art. 31 ust. 3 Konstytucji. Projektodawca nie podążył jednak
za tą myślą i pozostawił nas tylko z tym jednym zdaniem w tej kwestii.
W uzasadnieniu do projektu ustawy o ABW z 2002 r. nie znajdziemy rów-
nież ani słowa o prowokacji policyjnej, a jedynie kilka bardzo ogólnych zdań
dotyczących czynności operacyjno-rozpoznawczych w ogólności, odwołu-
jących się do przepisów statuujących uprawnienia Policji w tej materii. Tym
bardziej kuriozalne wydaje się stwierdzenie z uzasadnienia ustawy o SKW,
które stwierdzają analogiczność swoich rozwiązań z przepisami ustawy
o ABW. Pozytywnym zaskoczeniem pomiędzy tymi mocno lakonicznymi
— żeby nie powiedzieć nieistniejącymi — uzasadnieniami, wydaje się
pierwszy rzut oka umotywowanie projektu ustawy o CBA. Dowiadujemy
się, że dzięki możliwości tajnego utrwalania i dokumentowania indywidu-
alnych zachowań korupcyjnych czynności te dostarczają niepodważalnych
dowodów, niezbicie świadczących o przestępnej działalności sprawcy. Pro-
jektodawca wywodzi, że skoro uprawnienia takie posiadają: Policja, SG,
ABW, WSI, a nawet wywiad skarbowy (co akurat nie jest prawdą) i ŻW,
to tym bardziej musi je posiadać CBA. Projektodawca wskazuje, że rów-
nież nie umknął mu problem proporcjonalności takiej ingerencji w prawa
i wolności obywatelskie i podaje powód, dla którego taka interwencja jest
konieczna. Powodem tym jest jednak raczej nieokreślone „zjawisko korup-
cji, które bez wątpienia stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa i porządku
publicznego, jak i realizacji praw i wolności obywatelskich”. Analiza ste-

nogramów z posiedzeń komisji sejmowych opracowujących te projekty, również nie daje poszukiwanej odpowiedzi.

W tej perspektywie ciekawe jest spostrzeżenie Trybunału Konstytucyjnego omawiającego zasadę proporcjonalności na gruncie art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Trybunał podkreśla, że co do celu nie wystarcza samo werbalne powołanie się na taki cel, aby skutecznie legitymizować ograniczenie²⁰. Niestety taki właśnie charakter noszą uzasadnienia projektów omawianych ustaw i traktujące o nich publikacje.

W orzeczeniu z 21 kwietnia 2004 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „samo kryterium »konieczności«, łączące się z zasadą proporcjonalności oznacza, że ustawodawca chcąc osiągnąć założony cel winien wybierać najmniej uciążliwe środki doń prowadzące. Oznacza to, że jeśli ten sam cel można osiągnąć stosując środki w mniejszym stopniu ograniczające prawa i wolności, to zastosowanie środka uciążliwszego stanowi wykroczenie ponad »konieczność«, a zatem jest naruszeniem Konstytucji”²¹. Oznacza to obligatoryjność przeprowadzenia dogłębnej analizy konieczności wprowadzania danej regulacji i dobierania metod jak najmniej uciążliwych dla obywateli. Niestety muszą stwierdzić, że takie analizy nie zostały w ogóle poczynione przez projektodawców, a przynajmniej w trakcie uchwalania omawianych ustaw nie dali oni tego po sobie poznać. Próżno też ich poszukiwać pośród tekstów naukowych. Przekonanie o tym, że prowokacja policyjna jest potrzebna, a wręcz nieodzowna zdaje się tak absolutne, że nikt nie dopuszcza nawet myśli przeciwnej. Uważam, że w przypadku tak drastycznej ingerencji ustawodawcy w prawa i wolności jednostki, konieczna jest dogłębna analiza z rozpatrzeniem możliwych alternatyw i faktycznej konieczności wprowadzania takiej instytucji.

Tym samym należy się zastanowić, czy w dobie intensywnego rozwoju techniki takie metody powinny występować w arsenale środków organów ścigania. Rozwój techniki podsłuchów czy miniaturowych kamer poszedł tak daleko, że być może byłyby one wystarczające dla rejestrowania działalności przestępczej bez udziału funkcjonariuszy w tym procederze. Infiltracja środowisk przestępczych przez agentów jest częstokroć konieczna w walce z terroryzmem czy przestępczością zorganizowaną. Zapewne agenci tacy muszą brać udział w niektórych przedsięwzięciach przestępnych, ale czy muszą też dokładać „coś od siebie”? Czy aby na pewno istnieje

²⁰ Wyrok TK z 12 XII 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, s. 132.

²¹ Orzeczenie z 21 IV 2004 r., K 33/03, OTK-A 2004, nr 4, s. 31.

taka konieczność? Z uzasadnień poszczególnych ustaw wynika, że istnieje. Niestety nie wiadomo, jakie są powody takiego stanu rzeczy. Nikt nie próbował chyba nawet zastanawiać się nad tym, czy rozbudowanie regulacji, dotyczących stosowania środków technicznych, nie byłoby wystarczające i nie pozwalałoby na obycie się bez prowokacji policyjnej. Dlatego też uważam, że instytucja ta narusza składową zasady proporcjonalności, jaką jest konieczność wprowadzania ograniczenia prawa i wolności w demokratycznym państwie prawnym.

Zwolennicy tej instytucji twierdzą, że zakup kontrolowany nigdy nie prowadzi do prowokowania niewinnych obywateli, a ma jedynie zwalczać groźnych przestępców. Nie mam zastrzeżeń do tego skądinąd szczytnego celu, ale widzę w tej metodzie duże zagrożenie. Jak już zauważyłem, konstrukcja instytucji prowokacji policyjnej powoduje, że może być stosowana stosunkowo szeroko, zwłaszcza wobec osób, które nie popełniły czynu zabronionego. I choć nie będzie mieć ona charakteru wyrывkowej kontroli społeczeństwa, gdyż wiarygodne informacje o przestępstwie muszą zawierać określenie kręgu potencjalnych sprawców, to może dotknąć osoby absolutnie niewinnej. W tej sytuacji konieczne jest ustanowienie odpowiednich gwarancji materialnoprawnych i proceduralnych. Regulacja materialnoprawna powinna obejmować określenie dokładnych granic ingerencji organów w prawa i wolności jednostki. Proceduralna zaś — określać m.in. nadzór organów zewnętrznych nad stosowaniem instytucji, zasady wyrażania zgody na jej przeprowadzenie, przesłanki i procedury legalizacji poprzez organ zewnętrzny zainteresowanemu, a także kwestię udostępniania zainteresowanemu w jakimś zakresie wiedzy o kontroli i jej rezultatach²². Polska regulacja zakupu kontrolowanego i łapówki kontrolowanej zawiera większość odpowiednich regulacji, ale brak jest przepisów określających dostęp do danych zgromadzonych w trakcie pracy operacyjnej. Podmiotu, wobec którego stosuje się prowokację policyjną, nie informuje się o tym fakcie przed jej rozpoczęciem ani w jej trakcie, co jest oczywiste ze względu na jej tajny charakter. Nie istnieje jednak przepis, który nakazywałby organom powiadomienie takiej osoby *post factum*. Uważam, że jest to istotny mankament tej regulacji, który powoduje, że gwarancje proceduralne w przypadku osób, co do których stosowano prowokację policyjną, a które nie popełniły żadnego czynu zabronionego, faktycznie nie istnieją. Osoby te mogą nawet nigdy nie dowiedzieć się, że podobne działania miały wobec nich miejsce. Tym samym nie mogą uruchomić procedur chroniących ich interesy. Brak

²² Wyrok TK z 12 XII 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, s. 132.

tej gwarancji jest kolejnym argumentem wskazującym na nadmierność ingerencji ustawodawcy w prawa i wolności osobiste w przypadku instytucji zakupu kontrolowanego. Podobne uchybienie legislacyjne zarzucił ustawodawstwo Bułgarii Europejski Trybunał Praw Człowieka²³ (ETPC).

Pozostał ostatni warunek zasady proporcjonalności — adekwatność nałożonych ciężarów w stosunku do efektów regulacji. Odpowiedź na to pytanie nie jest możliwa bez głębszej analizy praktyki działania instytucji prowokacji. Nie powstało też do tej pory żadne inne opracowanie na ten temat. Również brak raportów rządowych, dotyczących stosowania środków operacyjnych, został napiętnowany przez ETPC. Skoro jednak odpowiedź na dwa pierwsze pytania dotyczące warunków proporcjonalności jest negatywna, poszukiwanie odpowiedzi na pytanie trzecie można chwilowo odłożyć.

Prowokacja policyjna zdaje się naruszać zarówno zasadę proporcjonalności ograniczeń praw i wolności, jak i godność człowieka. Ponadto jest to instytucja wewnętrznie sprzeczna, niezgodna ze standardami prawnymi naszego kraju.

Czy istnieje jednak możliwość, że ta instytucja jest rzeczywiście konieczna? Czy zagrożenia XXI w. mogą spowodować, że te sfery, które uważaliśmy za nienaruszalne okażą się już takimi nie być, a granice ingerencji państwa w prawa i wolności jednostki będziemy skłonni przesunąć dalej niż dotychczas? Prowadzi to do coraz częściej stawianego pytania — ile wolności jesteśmy skłonni oddać w zamian za ochronę?

²³ Por. też wyrok ETPC — *The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev v. Bulgaria* (skarga nr 62540/00).

