

Jacek Mąka

## Prowokacja jako narzędzie działania służb policyjnych

W jubileuszowym wydaniu miesięcznika „Prokuratura i Prawo” (styczeń - luty 2010 r.), związanym z 15. rocznicą funkcjonowania czasopisma, ukazał się tekst autora niniejszej publikacji<sup>1</sup> dotyczący niestandardowej metody działania służb policyjnych – prowokacji, czyli stosowania podstępu podczas wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych. W publikacji tej omówiono najistotniejsze elementy charakteryzujące tę instytucję<sup>2</sup>, obejmujące przede wszystkim wykorzystanie tajnego agenta, postaci rodzajowe prowokacji występujących w polskim systemie prawnym, problematykę działań legalizacyjnych i wartość procesową dowodów uzyskiwanych podczas czynności wykonywanych w ramach prowokacji.

Szczególną uwagę poświęcono tu zagadnieniu określenia granic, do jakich służby policyjne mogą się posunąć, próbując zdobyć dowody przestępnej działalności osób, wobec których prowokacja jest stosowana. Metoda ta jest bowiem prawnie dozwoloną postacią uczestniczenia przedstawicieli organów państwa lub osób udzielających im pomocy<sup>3</sup> w czynie przestępnym dokonywanym w celu zgromadzenia dowodów czynów kryminalnych, do wykrycia których metody klasyczne są niewystarczające. W tym znaczeniu prowokacja jawi się jako specjalna instytucja wykorzystywana zarówno na etapie pracy operacyjnej czy przedśledczej, jak i już po wszczęciu postępowania karnego.

<sup>1</sup> J. Mąka, *Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1/2, s. 150 - 175.

<sup>2</sup> W obecnym stanie prawnym uprawnienia w zakresie możliwości stosowania prowokacji, zgodnie z ugrupowaniami określonymi w poszczególnych ustawach kompetencyjnych, posiadają Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego (art. 29), Policja (art. 19a), Straż Graniczna (art. 9f), Służba Kontrwywiadu Wojskowego (art. 33), Centralne Biuro Antykorupcyjne (art. 19) i Żandarmeria Wojskowa (art. 32). Należy mieć przy tym świadomość, iż na zasadach określonych w przepisach art. 6 *Ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu*, a także art. 6 *Ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego* obie agencje wywiadowcze, tj. Agencja Wywiadu i Służba Wywiadu Wojskowego, mogą stosować prowokację ujętą odpowiednio w przepisach art. 27 ustawy o ABW oraz AW, a także art. 33 ustawy o SKW i SWW na polecenie odpowiednio Szefów ABW i SKW.

<sup>3</sup> W świetle obowiązujących regulacji prawnych zawartych w poszczególnych ustawach policyjnych, tajnym agentem, czyli osobą, która może zostać skierowana do przeprowadzenia prowokacji, może być zarówno kadrowy funkcjonariusz, jak i osoba jedynie udzielająca pomocy służbom policyjnym. Takie stanowisko w literaturze prezentują m.in. S. Waltoś w publikacji: *Tajny agent policji (na obrzeżach odpowiedzialności karnej)*, „Prokuratura i Prawo” 1993, nr 11/12, s. 23 i R. Netczuk w: *Tajny agent policji*, „Problemy Prawa Karnego”, Katowice 2001, s. 13 - 131. Na gruncie regulacji obowiązujących w prawie amerykańskim tożsame stanowisko prezentuje Dennis Nicewander (*Entrapment by Dennis Nicewander, Assistant State Attorney*, 17<sup>th</sup> Judicial Circuit, Broward County, Standard Jury Instruction 723 So.2d 123 at 142 (Fla.1998)). Pogląd ten podzielają również niektórzy przedstawiciele literatury niemieckiej (F. Riklin, *Lockpitzelproblematik*, „Recht” 1986, s. 42) i szwajcarskiej (H. Baumgartner, *Zum V-mann – Einsatz unter besonderer Berücksichtigung des Scheinkaufs im Betäubungsmittelverfahren und des Zürcher Strafprozessen*, 1990, s. 28 - 29). Przeciwnicy wymienionej koncepcji (B. Kurzėpa, *Możliwość wykorzystania w procesie karnym informacji uzyskanych przez agenta policyjnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2003, nr 1, s. 27 i D.J. Newman, *Introduction to Criminal Justice*, State University of New York at Albany, Patrick R. Anderson, Florida Southern College, New York, 1981 r., Fourth Edition, s. 188) uważają, że tajnym agentem może być jedynie kadrowy funkcjonariusz służb policyjnych. Przykładem tego rodzaju rozwiązań prawnych są przepisy obowiązujące w Danii, regulowane ustawą wymiarze sprawiedliwości z 1986 r. Zgodnie z zapisem art. 754, tajnym agentem może być jedynie kadrowy funkcjonariusz policji.

Istota rozważań zawartych w miesięczniku „Prokuratura i Prawo” sprowadzała się, poza walorem poznawczym ukazującym stosowanie prowokacji przez służby policyjne, do zaprezentowania polskiego modelu tej instytucji na tle modeli obowiązujących w innych krajach. Kilkunastoletni okres stosowania prowokacji w naszym kraju pozwala na wyciągnięcie pierwszych opiniotwórczych wniosków dotyczących jej znaczenia oraz zakresu stosowania przez polski system prawny.

Jedną z istotniejszych kwestii wynikających z porównania polskich regulacji dotyczących prowokacji z rozwiązaniami innych państw jest to, że nasze rozwiązania prawne są albo bardzo ogólnikowe, w związku z czym skutkują zbytnią dowolnością w stosowaniu przepisów, albo, co gorsza, brak w nich zapisów regulujących stosowanie tej instytucji (jak choćby odnośnie funkcjonowania tajnego agenta czy określenia jej granic). Stosunkowo niewielkie zainteresowanie wymienioną problematyką ze strony doktryny, jak i ubogi zakres orzecznictwa powodują, że instytucja ta, mimo możliwości jakie stwarza, jest w dalszym ciągu marginalizowana.

„Przeгляд Bezpieczeństwa Wewnętrznego”, z uwagi na krąg czytelników, stanowi właściwe forum rozwinięcia rozważań zamieszczonych w miesięczniku „Prokuratura i Prawo”. Odbiorcami treści zawartych w niniejszej publikacji będą przede wszystkim funkcjonariusze, którzy na co dzień wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, a prowokację albo już stosują w praktyce, albo będą to czynić w przyszłości.

## I.

W porównaniu z systemami prawnymi innych krajów, jak choćby z amerykańskim, których akty prawne już od kilkudziesięciu lat zawierają zapisy ułatwiające zwalczanie najgroźniejszych form przestępczości, w tym również przestępczości zorganizowanej<sup>4</sup>, regulacje dotyczące możliwości stosowania prowokacji obowiązujące w naszym kraju mają dość krótką historię. Dla pełniejszego zobrazowania sytuacji w tym zakresie warto wspomnieć, że przykładowo w Niemczech służby policyjne, głównie Federalny Urząd Śledczy (BKA), posiadały uprawnienia związane z posługiwaniem się tajnymi agentami w ramach operacji specjalnych bazujących na prowokacji jeszcze przed 1990 r. W postaci jednolitej, regulowanej ustawą oraz stosownymi zmianami w niemieckim kodeksie postępowania karnego, prerogatywy te zaczęły obowiązywać od 1992 r.<sup>5</sup>

W polskim systemie prawnym instytucja prowokacji została formalnie usankcjonowana w 1995 r., podczas nowelizacji tzw. ustaw policyjnych<sup>6</sup> regulujących działal-

<sup>4</sup> W Stanach Zjednoczonych priorytetowe znaczenie w stosowaniu prawnych instrumentów wyposażających służby policyjne w narzędzia skutecznego przeciwdziałania przestępczości zorganizowanej przypisuje się uchwalonemu w 1970 r. zbiorowi przepisów znanych pod nazwą *Organized Crime Control Act* (OCCA – *Ustawa o przestępczości zorganizowanej*), w literaturze często określanym mianem *The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO – w wolnym tłumaczeniu: *Ustawa o organizacjach skorumpowanych i podatnych na wpływy świata przestępczego*). Szersze odniesienie do powyższej problematyki w doktrynie przedstawił Z. Rau w *Podstawach prawnych zwalczania amerykańskiej przestępczości zorganizowanej – unormowaniach The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 12, s. 75 - 86.

<sup>5</sup> *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*, „BGBW” 1992.

<sup>6</sup> *Ustawa z dnia 21 lipca 1995 r. o zmianie ustaw: o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych, o Policji, o Urzędzie Ochrony Państwa, o Straży Granicznej oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U. z 1995 r. Nr 104, poz. 515).

ność ówczesnego Urzędu Ochrony Państwa, Policji i Straży Granicznej<sup>7</sup>. W ustawach o UOP (art. 10a) oraz o Policji (art. 19a) po raz pierwszy wprowadzono pojęcia nowych, wcześniej nieznanymi, instytucji prawnych, określanych w literaturze jako zakup kontrolowany, kontrolowane wręczenie korzyści majątkowej, łapówka kontrolowana, przesyłka niejawnie nadzorowana lub dostawa kontrolowana<sup>8</sup>, uprawniających wyżej wymienione służby do posługiwania się prowokacją.

Przez pierwsze dwa lata po pojawieniu się wyżej wymienionych ustaw instytucja prowokacji nie mogła być jednak stosowana ze względu na brak przepisów wykonawczych w postaci zarządzeń Ministra Spraw Wewnętrznych oraz Szefa Urzędu Ochrony Państwa. Zostały one wydane dopiero w 1997 r.<sup>9</sup>

Analiza kształtowania się obecnego stanu instytucji prowokacji w polskim systemie prawnym pokazuje, jak istotne było uchwalenie w 2001 r. *Ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych*, na mocy której prawo do stosowania prowokacji uzyskała również Żandarmeria Wojskowa. W 2002 r., w wyniku reformy cywilnych służb specjalnych, zlikwidowano Urząd Ochrony Państwa, powołując na to miejsce dwie nowe instytucje – Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencję Wywiadu, którym również przyznano uprawnienia do posługiwania się instytucją prowokacji w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Z kolei w 2003 r. uchwalona została ustawa o Wojskowych Służbach Informacyjnych<sup>10</sup>, która przyznała tej służbie prawo do stosowania prowokacji w postaci zakupu kontrolowanego, kontrolowanego przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej oraz przesyłki niejawnie nadzorowanej.

W 2006 r., w wyniku kolejnych reform i zmian w systemie organizacji struktur bezpieczeństwa państwa, zlikwidowano Wojskowe Służby Informacyjne, a utworzono Służbę Kontrwywiadu Wojskowego i Służbę Wywiadu Wojskowego, które również uzyskały prawo do stosowania prowokacji (w zakresie obowiązującym do dzisiaj). W tym samym roku powstało Centralne Biuro Antykorupcyjne. Strukturę tę wyposażono w szeroką gamę uprawnień operacyjnych, w tym między innymi w prawo do wykorzystywania instytucji prowokacji.

<sup>7</sup> Uprawnienia Straży Granicznej w zakresie możliwości stosowania prowokacji, w porównaniu do UOP i Policji, były okrojone do możliwości stosowania w trybie art. 9e instytucji tzw. przesyłki niejawnie nadzorowanej.

<sup>8</sup> H. Pracki, *Nowe instytucje prawne w ustawach policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 2/3, s. 36; A. Taracha, *Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe. Wykorzystanie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym*, Kraków 2008, Zakamycze, s. 184.

<sup>9</sup> *Zarządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 15 września 1997 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Policję czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonywaniu w sposób niejawni nabycia 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* (M.P. Nr 68, poz. 669); *Zarządzenie Szefa Urzędu Ochrony Państwa z dnia 10 października 1997 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Urząd Ochrony Państwa czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonaniu w sposób niejawni nabycia 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* (M.P. Nr 77, poz. 735).

<sup>10</sup> *Ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o Wojskowych Służbach Informacyjnych* (Dz.U. Nr 139, poz. 1326).

Reasumując należy zauważyć, że na przestrzeni ostatnich piętnastu lat nastąpił proces stałego, w dużej mierze bezrefleksyjnego, wyposażania w prawo do stosowania prowokacji kolejnych służb policyjnych. W rezultacie w chwili obecnej, zgodnie z obowiązującymi regulacjami, uprawnienie to (w różnym zakresie), łącznie z cywilnymi i wojskowymi służbami wywiadowczymi, posiada osiem różnego rodzaju instytucji w naszym kraju.

Ocena przedmiotowego stanu rzeczy, a zwłaszcza konsekwencje stosowania prowokacji, zostaną zaprezentowane we wnioskach końcowych niniejszej publikacji.

## II.

Z punktu widzenia praktyki operacyjnej, możliwość stosowania prowokacji stanowi o potencjale operacyjnym każdej służby posiadającej uprawnienia do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych. W tym znaczeniu należy uznać, że działania oparte na podstępnie stanowią wyższą kategorię czynności operacyjnych, wykorzystywanych m.in. w pracy z osobowymi źródłami informacji, przy stosowaniu podsłuchu, obserwacji i realizacji innego rodzaju przedsięwzięć operacyjnych. Zastosowanie prowokacji powinno być poprzedzone wyżej wymienionymi czynnościami, stanowiąc niejako ich element końcowy.

Decydujący wpływ na to, że zakup kontrolowany, kontrolowane wręczenie lub przyjęcie korzyści majątkowej czy przesyłka niejawnie nadzorowana, stanowią wyższą kategorię metod pracy operacyjnej, mają cztery czynniki. Po pierwsze, czynności te zostały *expressis verbis* ujęte w ustawach policyjnych i nadano im szczególny walor i znaczenie dowodowe. Po drugie, ich zastosowanie podlega zewnętrznej kontroli w postaci nadzoru prokuratorskiego. Po trzecie, bardziej skomplikowany charakter tych działań ma związek z tym, że stanowią one skoordynowany konglomerat wszystkich istotnych czynności operacyjnych, tj. pracy agenturalnej, stosowania podsłuchu czy obserwacji, wspieranych dodatkowo wykorzystaniem oficera pod przykryciem, czyli tzw. operatora. Ostatnią cechą wyróżniającą prowokację na tle pozostałych czynności operacyjnych jest to, że, zwłaszcza w przypadku przesyłki niejawnie nadzorowanej, instytucja ta ma zasięg pozakrajowy. Dla skutecznego posłużenia się tego typu prowokacją niezbędna jest współpraca międzynarodowa z zagranicznymi służbami policyjnymi.

W praktyce działania polskich służb operacyjnych, wzorowanej na rozwiązaniach państw zachodnich (w tym amerykańskich), realizacja ustawowych prerogatyw w postaci zastosowania zakupu kontrolowanego, przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej czy przesyłki niejawnie nadzorowanej, posiada formalną postać operacji specjalnej. W przypadku Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego jednostką odpowiedzialną za wykonywanie omawianych czynności jest Biuro Operacji Specjalnych – wyodrębniona w tym celu jednostka organizacyjna koordynująca swoje działania z pionami operacyjnymi i śledczym, odpowiedzialnym za realizację uprawnień procesowych w ABW. Zgodnie z obowiązującymi regulacjami zawartymi w przepisie art. 27 ustawy o ABW oraz AW, zakup kontrolowany i kontrolowane przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej podlega określonym ustawowym rygorom. Czynności te nie mogą być podejmowane bez wymaganych przez prawo podstaw w postaci wiarygodnych, czyli uprzednio potwierdzonych, informacji o możliwości zaistnienia przestępstwa. Same zaś działania przeprowadzane w ramach danej operacji specjalnej mają służyć „sprawdzeniu”, które należy rozumieć jako ciąg czynności mających dowieść (w sensie prawnokarnym),

że dana osoba powzięła zamiar popełnienia czynu przestępnego bądź też w czynie przestępnym już uczestniczy<sup>11</sup>.

Zastosowanie prowokacji często stanowi ostateczną możliwość weryfikacji danych uzyskanych w sposób operacyjny. Jednak niedostateczna wartość dowodowa tych informacji, określona w przepisach kodeksu postępowania karnego, uniemożliwia na tym etapie ich waloryzację procesową.

Idea pojawienia się instytucji prowokacji, nie tylko w polskim, ale również i w szeregu innych systemach prawnych, świadczy o sięganiu po środek ostateczny, dalece kolidujący z zasadami opisanymi w procedurze karnej, takimi jak bezpośredniość czy kontradiktoryjność. Można zatem przyjąć, że stanowi ona wyraz determinacji państwa w ściganiu najgroźniejszych postaci przestępczości zorganizowanej, mafijnej i korupcyjnej. Prowokację, jak było wspomniane już wyżej, stosuje się wtedy, gdy klasyczne metody pracy operacyjnej i śledczej okazują się niewystarczające i nieefektywne.

Aparat państwa w postaci służb policyjnych – organów ścigania posługujących się prowokacją – jawi się tu jako „intruz” wkraczający w struktury przestępne, podejmujący próbę rozpoznania ustalonych tu norm i reguł i dążący do skutecznego ich ścigania w wymiarze karnoprocessowym.

### III.

Przedstawiciele organów państwa, czy też funkcjonariusze służb policyjnych stosujący prowokację, są wyłączeni z odpowiedzialności karnej na zasadach określonych w instytucji tzw. kontratypu. Wszystkie służby uprawnione do stosowania podstępu obowiązują analogicznie w tym zakresie zapisy ujęte w poszczególnych ustawach kompetencyjnych regulujących ich działalność. W *Ustawie o ABW oraz AW* powyższą sytuację reguluje przepis art. 32 stanowiący, iż *nie popełnia przestępstwa, kto, będąc do tego uprawnionym, wykonuje czynności określone w art. 29 ust. 1<sup>12</sup>, jeżeli zostały zachowane warunki określone w art. 29 ust. 3<sup>13</sup>, a także kto wykonuje czynności określone w art. 30 ust. 1<sup>14</sup>.*

<sup>11</sup> Osoba zdecydowana na popełnienie przestępstwa określana jest w nauce mianem *omnimodo facturus*. Zob. Z. Landowski, K. Woś, *Słownik cytatów łacińskich*, Kraków 2002, Wydawnictwo Literackie, s. 405; C. Roxin, *Ueber den Tatenschluss*, w: *Gedenkschrift für Horst Schröder*, München 1978, s. 155.

<sup>12</sup> Przepis art. 29 ust. 1 określa ustawowe warunki oraz możliwości realizacji przez ABW tzw. zakupu kontrolowanego oraz kontrolowanego przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej. W postaci literalnej stanowi on, iż „w sprawach o przestępstwa, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 (przepis dot. ustawowych zadań ABW – przyp. aut.), czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz wykrycia sprawców i uzyskania dowodów mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawni nabycia 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”.

<sup>13</sup> Przepis wyżej wymienionego artykułu *Ustawy o ABW oraz AW* określa natomiast ustawowe ramy, określone w doktrynie jako granice prowokacji, do których może posunąć się funkcjonariusz służb policyjnych uczestniczący w czynnościach bazujących na podstępie. *Expressis verbis* stanowi on, iż *czynności określone w ustępie 1 nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary*.

<sup>14</sup> Wymieniony przepis zawiera formalne, ustawowe możliwości i ramy stosowania przez ABW instytucji tzw. przesyłki niejawnie nadzorowanej. Stanowi on, iż „w sprawach o przestępstwa, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2, w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych zmierzających do udokumentowania tych przestępstw albo ustalenia tożsamości osób uczestniczących w tych przestępstwach lub przejęcia przedmiotów przestępstwa, Szef ABW może, przed wszczęciem postępowania karnego, zarządzić niejawnie nadzorowanie wytwarzania, przemieszczania lub przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa, jeżeli nie stworzy to zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego”.

Na marginesie należy zauważyć, iż zapis o bardzo zbliżonej konstrukcji, choć sformułowany bardziej ogólnikowo, zawarto również w litewskiej ustawie regulującej działalność operacyjną służb policyjnych. Przepis art. 18 ust. 2 tej ustawy mówi o tym, że *osoba, która wykonała przewidziane w ustawie czynności operacyjne, zwolniona zostaje od odpowiedzialności prawnej, jeśli nie przekroczyła granic sankcjonowanych w ustalonym trybie czynności*<sup>15</sup>.

Zagadnienie kontratypu jako szczególnej instytucji materialno-karnej wyłączającej odpowiedzialność karną sprawcy czynu przestępnego, zwłaszcza w aspekcie tożsamości znaczeniowej tej normy z przepisem art. 9 § 2 kk oraz konsekwencji karnoprocesowych dla tej instytucji regulowanych przez przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 kpk, opisywano szerzej w związku z rozważaniami dotyczącymi poselskiego projektu ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych<sup>16</sup>.

Ściśle korespondująca z zasadami działania kontratypu (jako przesłanka wyłączająca odpowiedzialność karną funkcjonariuszy) problematyka związana z tzw. granicami prowokacji, limitowaniem aktywności służb policyjnych w tym obszarze czy niedoskonałością obecnych regulacji prawnych w wymienionym zakresie, została szeroko omówiona w publikacji, o której była mowa na wstępie artykułu<sup>17</sup>.

Jak zatem, mając na względzie niedoskonałość obecnych rozwiązań<sup>18</sup>, należy postępować, by minimalizować ryzyko wykraczania funkcjonariuszy poza dozwolone ramy prowokacji, aby nie zyskała ona postaci działań niezgodnych z prawem, a w szczególności – postaci niedozwolonego nakłaniania i podżegania do popełnienia przestępstwa osoby podlegającej prowokacji?

Świadomość braku niezbędnych rozwiązań prawnych powoduje konieczność ustanawiania stosownych rygorów kontrolnych wewnątrz służb stosujących instytucję prowokacji. Jedną z nadrzędnych zasad powinno być obejmowanie szczególnym nadzorem wszelkich form kontaktu kadrowych funkcjonariuszy służb policyjnych, zwanych tajnymi agentami lub operatorami, z osobami podlegającymi prowokacji. Wszelkie spotkania, kontakty, ich przebieg, zakres poruszanych podczas takich spotkań zagadnień, powinny być dokumentowane przy pomocy środków technicznych. Niezależnie od powyższego, tajni agenci winni być związani (z uwzględnieniem oczywistego marginesu autonomii wynikającej z nieprzewidywalności, rozwoju sytuacji, naturalnych emocji towarzyszących kontaktom z przestępcami) stosownymi instrukcjami określającymi zarówno taktykę, jak i zakres ich postępowania podczas kontaktów z osobami prowokowanymi<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 20 czerwca 2002 r. o czynnościach operacyjnych Republiki Litewskiej (Nr IX - 965).

<sup>16</sup> J. Mąka, *Ustawa o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych – czy jest potrzebna w obecnym stanie prawnym w Polsce?*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 4, s. 146 - 147.

<sup>17</sup> J. Mąka, *Instytucja prowokacji...*, s. 155 - 162.

<sup>18</sup> Z formalnego punktu widzenia, jedynie w trzech ustawach regulujących funkcjonowanie ABW, CBA oraz SKW działanie funkcjonariuszy wyżej wymienionych służb w obszarze granic prowokowania określono na poziomie zbliżonym do konstrukcji jednej z form zjawiskowych czynu przestępnego, tj. sprawstwa kierowniczego ujętego w przepisie art. 18 kk. Ustawy kompetencyjne pozostałych służb uprawnionych do posługiwania się prowokacją (Policji, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej) nie zawierają żadnych odniesień w tym zakresie.

<sup>19</sup> Wymóg tego rodzaju nakłada na funkcjonariuszy służb policyjnych uprawnionych do posługiwania się prowokacją między innymi wspomniana ustawa o czynnościach operacyjnych Republiki Litewskiej. Przepis art. 12 ust. 7 tej ustawy obliuguje osobę biorącą udział w prowokacji do zapoznania się i podpisania instrukcji określającej granice czynności polegających na prowokowaniu przed rozpoczęciem czynności mających postać imitacji czynu przestępnego.

Po każdym spotkaniu z osobami, wobec których stosuje się prowokację, funkcjonariusze powinni sporządzać i przedkładać przełożonym pisemny raport dokumentujący jego przebieg. Doświadczenie pokazuje, że forma niezwłocznego składania relacji z przebiegu zdarzeń gwarantuje wiarygodny przekaz. Dokumentacja sporządzana w okresie późniejszym zawsze obciążona jest ryzykiem „przefiltrowania” wiadomości, dopasowywania opisu sytuacji do nowo powstałych okoliczności itp. Przestrzeganie właściwego rygoru i zasad w zakresie dokumentowania działań operacyjnych, a w szczególności czynności opartych na prowokacji, daje możliwość zbadania również ex post wiarygodności danych dotyczących działania służb policyjnych, legalności i zgodności z prawem zastosowanych przez nich metod i sposobów postępowania związanych z zagadnieniem kontratyphu i granicami prowokacji<sup>20</sup>.

#### IV.

Zagadnieniem powiązanim z prowokacją i instytucją prawną kontratyphu jest kwestia granic, do jakich może posunąć się funkcjonariusz lub osoba współpracująca ze służbami policyjnymi, która w ramach operacji specjalnej wykorzystującej prowokację popełnia przestępstwo w celu uwiarygodnienia się przed przestępcami. Tradycyjnie już, podobnie jak i w przypadku wielu innych ważnych i wrażliwych kwestii związanych z działaniami operacyjnymi służb policyjnych w naszym kraju, ustawodawca zdaje się nie zauważać istoty tego problemu. Aktualnie obowiązujące regulacje prawne zawarte w ustawach policyjnych w ogóle się do niego nie odnoszą. Jedynie projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (w przepisie art. 4 ust. 5) zakłada wyłączenie z odpowiedzialności karnej osoby współpracującej lub uczestniczącej z funkcjonariuszem w prowadzeniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, dopuszczającej się czynu zabronionego w trakcie realizacji zadania lub zleconych czynności nie mających na celu popełnienia przestępstwa, gdy swoim działaniem zapobiega innym przestępstwom<sup>21</sup>.

W świetle obowiązującej praktyki kwestia tego, czy kadrowy funkcjonariusz lub osoba współpracująca ze służbami policyjnymi może dopuścić się popełnienia przestępstwa, każdorazowo podlega konsultacji z organami wymiaru sprawiedliwości i prokuratorem nadzorującym przebieg czynności, w ramach których określona służba występuje o zastosowanie zakupu kontrolowanego, kontrolowanego przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej czy przesyłki niejawnie nadzorowanej.

W ustawodawstwach innych państw natomiast problem ten jest zauważany i regulowany. W przywoływanej litewskiej ustawie o czynnościach operacyjnych, w przepisie art. 12. określającym tryb i zasady stosowania prowokacji, ujęto zapis, iż *zabrania się podejmowania działań zgodnych z modelem imitacji czynu przestępnego, jeśli mogą one powodować bezpośrednie zagrożenie dla życia człowieka, zdrowia lub mogą wywołać inne poważne skutki*.

W systemie prawa niemieckiego tajnemu agentowi nie wolno popełniać przestępstwa. Zezwala mu się natomiast na działania w ramach tzw. obrony koniecznej i stanu

<sup>20</sup> W regulacjach prawnych niektórych państw istnieje obowiązek składania raportów przez tajnego agenta. Przykładem takiego rodzaju rozwiązania są przepisy ujęte w prawie szwajcarskim; paragraf 32 zurychskiego kodeksu postępowania karnego nakłada tego rodzaju obowiązek na tajnego agenta lub oficera prowadzącego.

<sup>21</sup> *Projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych*. Druk sejmowy Nr 353.

wyższej konieczności<sup>22</sup>. Generalnie, w ustawodawstwach wielu krajów europejskich, m.in. Holandii i Belgii, dopuszcza się możliwość popełnienia przestępstwa przez tajnego agenta pod warunkiem, że waga tego przestępstwa jest niższej rangi niż to, do którego wykrycia i udowodnienia zmierza w ramach stosowania prowokacji.

W prawie szwajcarskim kwestię karalności tajnego agenta, określanego również jako osoba zaufania, reguluje przede wszystkim znowelizowana w 1973 r. ustawa o środkach odurzających (Betäubungsmittelgesetz – BetmG). Przepis art. 23 ust. 2 powyższej ustawy zakłada niekaralność kadrowego agenta, funkcjonariusza policji, jeżeli na potrzeby prowadzonego dochodzenia sam lub poprzez osoby trzecie przyjął ofertę kupna lub sprzedaży środków odurzających<sup>23</sup>.

Prawo amerykańskie, z uwagi na obowiązującą w nim zasadę oportunistu, stanowi (przynajmniej teoretycznie) płaszczyznę bardziej liberalnego traktowania problemu czynów przestępnych, w których może brać udział agent policji. Zgodnie z wytycznymi Prokuratora Generalnego regulującymi działalność Federalnego Biura Śledczego w zakresie operacji specjalnych, po uzyskaniu zgody agenta specjalnego FBI wyższego szczebla, tajny agent policyjny może uczestniczyć m.in. w czynach stanowiących wykroczenia, w przestępstwie paserstwa, dostarczania substancji farmakologicznych niedostępnych w obrocie powszechnym i wręczania korzyści majątkowych w sprawach podatkowych<sup>24</sup>.

Najdalej, jak się wydaje, posunięte rozwiązania nie ograniczające się jedynie do zagadnienia czynu przestępnego popełnianego w ramach lub w związku z prowokacją, ale w szerszym tego słowa znaczeniu, zawarte są w węgierskiej ustawie o Służbach Bezpieczeństwa Narodowego z 1995 r., w której (w przepisie art. 55 ust. 1) mówi się wprost, że *po uzyskaniu zgody prokuratora wyznaczonego przez prokuratora generalnego narodowe służby bezpieczeństwa mogą uzgodnić z osobą dostarczenie informacji w zamian za zakończenie postępowania karnego, w sytuacji gdy osoba ta dokonała przestępstwa, jeżeli interes narodowy wynikający z działania wyżej wymienionej osoby ma wyższy priorytet, niż wymiar kary*<sup>25</sup>. Zapis ust. 2 tego przepisu stanowi również, iż powyższych ustaleń *nie można czynić z osobami, które popełniły przestępstwa, w wyniku których straciła życie inna osoba*.

Problem udziału tajnego agenta lub osoby współpracującej ze służbami policyjnymi związany z działaniami opartymi na prowokacji posiada wymiar zdecydowanie szerszy niż tylko formalny, dotyczący określenia statusu prawnego funkcjonariusza lub osoby udzielającej pomocy w przedmiotowych czynnościach. Mamy tu bowiem często do czynienia z odwracaniem ról. Zdarza się, że to środowiska przestępne prowokują, poddają testom i sprawdzeniom funkcjonariuszy lub agenturę w celu weryfikacji ich wiarygodności.

Dlatego też bardzo ważny jest właściwy dobór osób na tzw. operatorów. Istotne znaczenie mają tu psychofizyczne predyspozycje tajnych agentów. Jak wspomniano

<sup>22</sup> R. Filipiuk, W. Jasiński, *Przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie w Republice Federalnej Niemiec* (sprawozdanie ze szkolenia przeprowadzonego przez policjantów Federalnego Urzędu Kryminalnego), „Przeгляд Policyjny” 1995, nr 1/2, s. 96.

<sup>23</sup> Wymieniony przepis wskazuje, iż *urzędnik, który w celach postępowania karnego sam lub przez kogoś innego przyjmuje ofertę nabycia środków odurzających, lub osobiście lub poprzez kogoś innego odbiera środki odurzające nie podlega karze, nawet gdy nie ujawnia swojej tożsamości i funkcji*.

<sup>24</sup> W. Jasiński, D. Potakowski, *Uregulowania prawne dotyczące amerykańskich operacji „pod przykryciem”*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 11, s. 83.

<sup>25</sup> *Ustawa CXXV z dnia 19 grudnia 1995 r. o Służbach Bezpieczeństwa Narodowego*.



na wstępie, w świetle obowiązujących w naszym kraju regulacji, w operacjach specjalnych wykorzystujących prowokację mogą brać udział zarówno kadrowi funkcjonariusze służb policyjnych jak i osoby prywatne udzielające im pomocy. Z praktycznego punktu widzenia dyktowanego przede wszystkim względami bezpieczeństwa, wskazane jest, aby jako agentów w tego rodzaju działaniach wykorzystywać przede wszystkim kadrowych funkcjonariuszy służb policyjnych, ze względu na ich odporność na stres i presję. Odpowiedni trening, programy doskonalenia zawodowego, szkolenia jakim poddawani są funkcjonariusze, dają gwarancje profesjonalizmu i, przede wszystkim, bezpieczeństwa osób biorących udział w operacjach specjalnych.

W przypadku osób prywatnych informujących o domniemanym przestępstwie i deklarujących chęć udziału w tego rodzaju operacjach niezbędne jest, aby przed podjęciem decyzji o ich zaangażowaniu wnikliwie i precyzyjnie rozpoznać całą sytuację. Ważne jest na przykład ustalenie, czy dana osoba przed zgłoszeniem się do ABW lub innej służby policyjnej nie uczestniczyła w popełnieniu przestępstwa. Bardzo istotne jest również określenie pobudek kierujących taką osobą. Często bowiem chęć pomocy organom ścigania wynika z uczucia zemsty lub zamiaru osiągnięcia konkretnej korzyści. W praktyce ważne, ale jednocześnie trudne jest instruowanie, a następnie egzekwowanie od osób udzielających pomocy organom bezpieczeństwa konieczności działania w granicach prowokacji prawnie dozwolonej.

## V.

Zagadnienie praworządnego, legalnego i uzasadnionego postępowania organów ścigania podczas stosowania prowokacji ściśle łączy się z konsekwencjami orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, rozpatrującego skargi dotyczące naruszania przepisu art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, który określa warunki rzetelnego procesu sądowego<sup>26</sup>. Z punktu widzenia ABW i innych służb policyjnych, szczególne znaczenie w świetle wykładni orzeczniczej ETPC posiada kwestia granic prowokacji i limitowania ingerencji władzy publicznej w obszary chronione gwarancjami praw człowieka. Stosunkowo niewielka jak dotąd liczba prawomocnie zakończonych w Polsce postępowań karnych dotyczących stosowania prowokacji sprawia, że wyroki ETPC, z powodu braku doświadczeń orzecznictwa krajowego, mogą być wartościową wskazówką dla modus operandi polskich organów w tych sprawach.

Z dotychczas zapadłych orzeczeń na uwagę zasługują spektakularne wyroki w sprawach Teixeira de Castro przeciwko Portugalii<sup>27</sup> oraz Ramanauskas przeciwko Litwie<sup>28</sup>. W obu wyżej wymienionych sprawach Trybunał uznał, iż działania organów ścigania w zakresie stosowania prowokacji policyjnej i przekroczenia jej granic były

<sup>26</sup> Wymieniony przepis art. 6 ust. 1 EKPC stanowi, iż „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości”.

<sup>27</sup> Zob. Teixeira v. Portugal. (1999), 28 E.H.R.R. 101. 4 B.H.R.C. 533.

<sup>28</sup> Zob. Ramanauskas v. Lithuania, (2008), 74420/01.

sprzeczne z prawem w związku z wykroczeniem poza zakres zachowania pasywnego (*in an essentially passive manner*). Zachowania tajnych agentów biorących udział w tych sprawach uznano za posiadające znamiona podżegania do przestępstwa. W rezultacie, oprócz uniewinnienia osób, wobec których zastosowano prowokację, Trybunał nakazał rządowi Portugalii i Litwy wypłacenie im stosownych odszkodowań pieniężnych.

Równie istotne znaczenie poznawcze posiadają wyroki w sprawach Ünel przeciwko Turcji<sup>29</sup> oraz Miliniene przeciwko Litwie<sup>30</sup>. W wymienionych postępowaniach ETPC odrzucił skargi, stwierdzając brak naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC, tj. prawa do rzetelnego procesu.

W postępowaniu Ünel przeciwko Turcji skarżący został zatrzymany w ramach akcji zwalczania korupcji i nadużyć władzy na skutek zawiadomienia złożonego przez osobę trzecią, która poinformowała organy ścigania o wręczeniu skarżącemu korzyści majątkowej. Składający zawiadomienie został uznany winnym czynnego łapownictwa. Po rozpoznaniu sprawy Trybunał nie dopatrywał się w zachowaniu osoby trzeciej, jak również w działaniu służb policyjnych, znamion niedozwolonej prowokacji.

W sprawie Miliniene przeciwko Litwie sąd uznał, że skarżąca (sędzia) oczekiwała wręczenia jej korzyści majątkowej przez osobę prywatną w zamian za pomyślne rozstrzygnięcie sprawy. Inicjatywa kontaktów w tej sprawie została podjęta przez osobę prywatną, która następnie poinformowała o powyższym policję i skorzystała z pomocy organów ścigania przy wręczaniu skarżącej oczekiwanej korzyści. Trybunał uznał, iż zasadnicze znaczenie w tej sprawie miało zachowanie osoby prywatnej. Policja, w ocenie ETPC, raczej „przyłączyła” się do działań przestępczych, niż je zainicjowała.

## VI.

Prowokacja to niestandardowa instytucja prawna dająca nadzieje na skuteczną walkę z przestępczością, zwłaszcza tą najgroźniejszą, związaną z terroryzmem, przestępczością mafijną i korupcją. To narzędzie, które może być bardzo skuteczne, ale też i bardzo groźne, jeśli będzie wykorzystywane w sposób niezgodny z prawem. Stosowaniu tej instytucji, w ocenie autora artykułu, winna zawsze towarzyszyć refleksja dotycząca konieczności i zasadności jej użycia, a także określenia balansu pomiędzy aktywnością i determinacją państwa w zwalczaniu przestępczości, a wartościami i zasadami obowiązującymi w państwie demokratycznym.

Przez lata funkcjonariuszom służb specjalnych w naszym kraju towarzyszyła obawa przed publicznym prezentowaniem swoich myśli i poglądów. Głębszej przyczyny tego stanu rzeczy należy być może upatrywać w wizerunku służb specjalnych jako „twierdzy wiedzy ekskluzywnej”, tj. niedostępnej zwykłemu obywatelowi, poza ustawowo określonymi decydentami uprawnionymi do jej pozyskiwania.

Ekskluzywizm jako wartość sama w sobie powodował, iż również w innych obszarach funkcjonowania niż tylko głęboko utajniona działalność stanowiąca źródło pozyskiwania wiedzy i informacji, służby specjalne i funkcjonariusze w nich zatrudnieni podlegali procesowi alienacji, separacji od otaczającej rzeczywistości, nie związanej już z niejawnym, ustawowo określonym kręgiem podmiotów i procedur. Jednym

<sup>29</sup> Zob. Ünel v. Turkey, (2008), 35686/02.

<sup>30</sup> Zob. Miliniene v. Lithuania, (2008), 74355/01.

ze skutków tej sytuacji było to, że służby specjalne zaczęły stopniowo tracić zdolność wypowiedzania się również na temat zagadnień pozostających w obszarze ich ustawowych kompetencji i zadań. Chodzi tu oczywiście o zdolność wypowiedzania się na tematy mogące być przedmiotem jawnych rozważań, związane z codzienną działalnością służb, tj. z zadaniami wykonywanymi na rzecz bezpieczeństwa państwa i obywateli.

Przedsięwzięte w 2010 r. starania zmierzające do zainicjowania działalności wydawnictwa ABW wychodzą naprzeciw wymienionym potrzebom i oczekiwaniom. „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” stanowi forum wymiany myśli i poglądów, na którym funkcjonariusze ABW (ale również i autorzy spoza naszej służby) mogą prezentować swój punkt widzenia, doświadczenia i wiedzę dotyczącą ogólnie pojętej problematyki bezpieczeństwa.

Niniejsza publikacja odnosząca się do instytucji prowokacji dowodzi tego, iż również problematyka operacyjna, a więc najbardziej strzeżona sfera działalności służb specjalnych, może stanowić przedmiot interesujących i wartościowych rozważań.

Jako funkcjonariusze ABW w naszej codziennej praktyce stosujemy odpowiedzialne i rygorystyczne instytucje prawne, często niedoskonałe, niejasne i nieostre w interpretacji. Posiadamy świadomość wad i ułomności regulacji dotyczących działalności naszej i innych służb policyjnych. Powinniśmy czuć się zobligowani zarówno do dzielenia się naszymi spostrzeżeniami w tym zakresie, jak i wskazywania ustawodawcy wad regulacji prawnych odnoszących się do funkcjonowania naszej instytucji, niosących sobą zagrożenia dla praworządności i bezpieczeństwa państwa. Przypisywana Tacytowi sentencja *Scire volunt omnes, studiis incumbere pauci* wyrażająca w wolnym przekładzie pragnienie posiadania wiedzy przez wszystkich, ale chwalaćca tych nielicznych, którzy podejmują ten trud, niech będzie dla nas wszystkich drogowskazem i zachętą do wysiłku nie tylko zdobywania wiedzy, ale i dzielenia się nią z innymi. Również na łamach „Przeglądu Bezpieczeństwa Wewnętrznego”.

## ABSTRACT

The present reflections are the explication of the Author's views concerning one of the most fundamental legal institutions concerning the area of operational activities in our country – the institution of provocation. In the reflections on the subject, presented in “Prokuratura i Prawo” in 2010, the main focus was on cognitive aspects, characterizing this particular tool of Police activities. The most crucial elements of provocation present in our legislative system were indicated and comparative exegesis of legislative solutions in Poland and other countries was presented. Special attention was paid to restrictions of provocation as a method of law enforcement activity.

The Reader should be aware of the fact that, in comparison with other countries, provocation has a relatively short history concerning the aspect of its practical use of law enforcement institutions. The result of such a situation is a relatively poor national jurisdiction, as well as opinions given in literature. As a result, the fundamental value and intention of the present publication is the intention to popularize knowledge concerning provocation as a tool of Police activities. The aspect of the target Reader – officers of Internal Security Agency and other Police services – plays in this regard a very peculiar role.