



**Zrzeszenie Prawników Polskich  
Zarząd Główny  
Centrum Ekspertyz Prawnych**

00-028 Warszawa, ul. Bracka 20A tel./fax +4822 827 01 39; 827 01 94

---

dyrektor: dr Waldemar Gontarski, [waldemar.gontarski@onet.pl](mailto:waldemar.gontarski@onet.pl), tel.: 0-605993666

**Opinia prawna**

**dotyczy zapytań:**

- 1) Czy działania podjęte przez Centralne Biuro Antykorupcyjne wobec Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi - były zgodne z prawem, a jeśli nie, to które przepisy prawa zostały naruszone?
- 2) Jakie znaczenie prawne mają materiały zgromadzone w ramach w/w działań?

**opinię sporządzono na zlecenie:**

Kancelarii Sejmu

Warszawa, dnia 13 lipca 2007r.

## **I. Stan faktyczny**

**I.1.** „Operacja specjalna CBA zgodna z prawem” – oficjalna informacja CBA z dnia 11.07.2007, [http://www.cba.gov.pl/news\\_23.html](http://www.cba.gov.pl/news_23.html), odczyt z dnia 13 lipca 2007r.

*„Funkcjonariusze CBA w wyniku operacji specjalnej przeprowadzonej na podstawie art.19 Ustawy o CBA zatrzymali Piotra R. i Andrzeja K., którzy powołując się na wpływy w Ministerstwie Rolnictwa, oferowali odrolnienie kilkudziesięciu hektarów ziemi na mazurach. W zamian żądali 3 milionów złotych łapówki. W połowie maja w gabinecie Andrzeja Leppera odbyło się spotkanie w trakcie, którego Piotr R., został przedstawiony jednemu z wysokich urzędników ministerstwa jako pełnomocnik Wójta Mrągowo do spraw odrolnienia gruntów. Minister rolnictwa polecił podwładnemu, by na bieżąco informował Piotra R o sprawie.*

*Kilka miesięcy temu CBA uzyskało informację, że w środowisku przedsiębiorców pojawiły się osoby składające propozycje odrolnienia dowolnie wskazanych na terenie kraju gruntów rolnych. Osoby te twierdziły, że mogą do tego doprowadzić dzięki posiadanym wpływom w kierownictwie Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi. W wyniku weryfikacji tych informacji ustalono, że propozycje te były składane przez Piotra R. i Andrzeja K. Osoby te oferowały w zamian za korzyści majątkowe odrolnienia dużych obszarów rolnych. Początkowo funkcjonariusze CBA zakładali, że mogą mieć do czynienia z działaniem oszustów chcących wciągnąć w korupcyjny proceder a następnie wyludzić od przedsiębiorców znaczne kwoty finansowe. W wyniku intensywnych działań operacyjnych ustalono jednak, że Piotr R. jest bliskim współpracownikiem Andrzeja Leppera i utrzymuje stałe, bezpośrednie kontakty z osobami należącymi do ścisłego kierownictwa "Samoobrony".*

*W celu potwierdzenia informacji o powoływaniu się na wpływy w Ministerstwie Rolnictwa oraz uzyskania dowodów przestępstwa płatnej protekcji Szef CBA zarządził przeprowadzenie operacji specjalnej. W jej efekcie współpracujący z CBA przedsiębiorca przekazał Andrzejowi K. i Piotrowi R. dokumenty, które miały stanowić podstawę wydania decyzji o wyłączeniu z produkcji rolnej gruntów położonych w gminie Mrągowo. Z treści przygotowanych przez CBA dokumentów wynikało, że odrolnione grunty, będą przeznaczone pod budowę kompleksów mieszkalnych, w których zamieszka, nad samą linią brzegową jeziora kilka tysięcy osób. Dodatkowo część jeziora miała być zasypana pod budowę hotelu o niesprecyzowanej wysokości.*

*Dokumenty te zostały osobiście przekazane do ministerstwa rolnictwa przez Piotra R. i Andrzeja K. W wyniku przeprowadzonych "negocjacji cenowych", podejrzani zgodzili się doprowadzić do wydania przez ministra rolnictwa pozytywnej decyzji w zamian za 3 mil. zł. W połowie maja w gabinecie Andrzeja Leppera odbyło się spotkanie w trakcie, którego Piotr R., został przedstawiony jednemu z wysokich urzędników ministerstwa jako pełnomocnik gminy Mrągowo do spraw odrolnienia gruntów. Minister*

rolnictwa polecił podwładnemu, by na bieżąco informował Piotra R o sprawie.

Zarówno Piotr K. byli przez kilka miesięcy obserwowani. Wszystkie ich kroki były rejestrowane. Materiały audio-wideo zostały przekazane do prokuratury. Wszystkie działania funkcjonariuszy CBA związane z tym śledztwem odbywały się zgodnie z prawem na podstawie art. 19 Ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Artykuł ten precyzuje, że "w sprawach o przestępstwa określone w art. 17 ust. 1, czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz wykrycia sprawców i uzyskania dowodów mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej".

Zgodę na przeprowadzenie wspomnianej operacji specjalnej, podobnie jak w przypadku innych operacji specjalnych realizowanych przez CBA uzyskano od Prokuratora Generalnego.

Piotr Kaczorek

Centralne Biuro Antykorupcyjne”.

**I.2.** Konferencja prasowa ministra sprawiedliwości – prokuratora generalnego Zbigniewa Ziobro, Warszawa 16 lipca 2007r.

„Chodziło o płatną protekcję. Jedne z mężczyzn złożył propozycję osobom, które profesjonalnie zajmują się gruntami. Mówił, że ma wpływy w Ministerstwie Rolnictwa i Ministerstwie Budownictwa i może doprowadzić do odrolnienia gruntów na przykład pod supermarket. Mówił, że interesują go tylko duże grunty...” – powiedział minister sprawiedliwości, „Dziennik” z dnia 17 lipca 2007r.

Ponadto minister Zbigniew Ziobro przyznał, że w ramach przeprowadzanej prowokacji policyjnej, na podstawie art. 24 ustawy o CBA Funkcjonariusze CBA sfałszowali dokumenty dotyczące w/w gruntów pod Mrągowem, w tym podpis wójta gminy Mrągowo.

## **II. Stan prawny**

### **II.1. Prowokacja i podstęp w toku czynności operacyjnych**

Przepisy prawa określające sytuację, kiedy materiały uzyskane w wyniku działań operacyjnych, tj. przed wszczęciem postępowania karnego, mogą być wykorzystywane w procesie karnym jako dowody, w systemie polskim pojawiły się najpierw w ustawach policyjnych w postaci kontroli operacyjnej

(opartej na podstępie) – ustawa z dnia 6 kwietnia 1990r. o Policji<sup>1</sup>, ustawa z dnia 6 kwietnia o Urzędzie Ochrony Państwa<sup>2</sup> oraz ustawa z dnia 12 października 1990r. o Straży Granicznej<sup>3</sup>. Ustawą z dnia 21 lipca 1995r. o zmianie ustaw: o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych, o Policji, o Urzędzie Ochrony Państwa, o Straży Granicznej oraz niektórych innych ustaw<sup>4</sup> - wprowadzono nowe instytucje prawne, też oparte na podstępie<sup>5</sup>:

- prowokację policyjną (art. 19a ustawy o Policji) - w postaci zakupu kontrolowanego („transakcja pozorna”<sup>6</sup>) i łapówki kontrolowanej<sup>7</sup>;

- przesyłkę kontrolowaną (art. 19b ustawy o Policji)<sup>8</sup>.

Art. 19 ust. 1 ustawy o Policji<sup>9</sup> (kontrola operacyjna) stanowi, że przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw:

- 1) przeciwko życiu, określonych w art. 148-150 Kodeksu karnego,
- 2) określonych w art. 134, art. 135 § 1, art. 136 § 1, art. 156 § 1 i 3, art. 163 § 1 i 3, art. 164 § 1, art. 165 § 1 i 3, art. 166, art. 167, art. 173 § 1 i 3, art. 189, art. 204 § 4, art. 223, art. 228 § 1 i 3-5, art. 229 § 1 i 3-5, art. 230 § 1, art. 230a § 1, art. 231 § 2, art. 232, art. 245, art. 246, art. 252 § 1-3, art. 253, art. 258, art. 269, art. 280-282, art. 285 § 1, art. 286 § 1, art. 296 § 1-3, art. 296a § 1, 2 i 4, art. 296b § 1 i 2, art. 299 § 1-6 oraz w art. 310 § 1, 2 i 4 Kodeksu karnego,

---

<sup>1</sup> Dz.U. Nr 30, poz. 179.

<sup>2</sup> Dz.U. Nr 30, poz. 180.

<sup>3</sup> Dz.U. Nr 78, poz. 462.

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 104, poz. 515.

<sup>5</sup> Tak B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności karno procesowych i operacyjnych*, Toruń 2003r., s. 203 i n.

<sup>6</sup> Tak S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wydanie szóste, Warszawa 2002r., s. 395.

<sup>7</sup> Prowokacja policyjna jako zakup kontrolowany i łapówka kontrolowana np. w A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006r., s. 35.

<sup>8</sup> Niektórzy do prowokacji policyjnej zaliczają też przesyłkę kontrolowaną – vide: A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006r., s. 111, przyp. 290.

<sup>9</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2007r., Nr 43, poz. 277 – ze zm.

- 3) przeciwko obrotowi gospodarczemu, określonych w art. 297-306 Kodeksu karnego, powodujących szkodę majątkową lub skierowanych przeciwko mieniu, jeżeli wysokość szkody lub wartość mienia przekracza pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,
- 4) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,
- 5) nielegalnego wytwarzania, posiadania lub obrotu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub substancjami psychotropowymi albo ich prekursorami oraz materiałami jądrowymi i promieniotwórczymi,
- 6) określonych w art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 i Nr 160, poz. 1083 oraz z 1998 r. Nr 113, poz. 715),
- 7) określonych w art. 43-46 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411),
- 8) ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

Instytucję provokacji policyjnej formułuje art. 19a ust. 1 ustawy o Policji – stanowiący, iż w sprawach o przestępstwa określone w art. 19 ust. 1, czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych

wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa 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.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze, o których mowa w ust. 1, mogą polegać także na złożeniu propozycji nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej (ust. 2 art. 19a).

Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji może zarządzić, na czas określony, czynności, o których mowa w ust. 1, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego, którego bieżąco informuje o wynikach przeprowadzonych czynności. Prokurator może zarządzić zaniechanie czynności w każdym czasie (ust. 3 art. 19a).

Prowokację policyjną (zakup kontrolowany i łapówka kontrolowana) do katalogu uprawnień Centralnego Biura Antykorupcyjnego wprowadza art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym<sup>10</sup> - który stanowi, że w sprawach o przestępstwa określone w art. 17 ust. 1, czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz wykrycia sprawców i uzyskania dowodów mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej; w art. 17 ust. 1 w pkt 1 enumeratywnie wymienia się: art. 228-231, 250a, 258, 286, 296-297, 299, 310 § 1, 2 i 4 k.k.

---

<sup>10</sup> Dz.U. Nr 104, poz. 708 – ze zm.

Szef CBA może zarządzić, na czas określony, czynności wymienione w ust. 1, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, którego bieżąco informuje o przebiegu tych czynności i ich wyniku (ust. 2 art. 19).

Czynności określone w ust. 1 nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary (ust. 4 art. 19).

Nie popełnia przestępstwa, kto, będąc do tego uprawnionym, wykonuje czynności określone w art. 19 ust. 1, jeżeli zostały zachowane warunki określone w art. 19 ust. 3 (art. 21).

Jak zwrócono uwagę w judykaturze odnośnie prowokacji policyjnej:

*„Przepis art. 19a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji wprowadził instytucję tzw. ‘zakupu kontrolowanego’ nazywaną też (nieśluszenie) ‘prowokacją policyjną’. Instytucja ta stanowi ustawowy kontratyp w relacji do art. 235 k.k., który to przepis uznaje za czyn bezprawny podstępne zabiegi kierujące przeciwko określonej osobie ściganie o przestępstwo, wykroczenie lub przewinienie dyscyplinarne. Nie ulega zaś wątpliwości, że np. dokonanie w sposób niejawnym nabycia, jak w przedmiotowej sprawie - przedmiotów, którymi obrót jest zabroniony bądź znacznie przez ustawę ograniczony, ma na celu skierowanie przeciwko określonej osobie ścigania o przestępstwo i poprzez niejawnosć sposobu działania jest podstępnym zabiegiem. Jednak podstępnym zabiegiem z woli ustawodawcy. To na skutek zezwolenia zawartego w art. 19a ustawy o Policji czyn taki w warunkach określonych tym przepisem nie stanowi przestępstwa, albowiem cokolwiek jest w jakiegokolwiek ustawie dozwolone lub nakazane, to tym samym nie jest zakazane pod groźbą kary przez ustawę, a więc jest dopuszczalne (por. Ustawa o Policji - komentarz T. Hanausek, a także W. Wolter: Nauka o przestępstwie, PWN Warszawa 1973, s. 163) Celem przeprowadzenia ‘zakupu kontrolowanego’ jest sprawdzenie uzyskanych wcześniej - w drodze czynności operacyjnych - wiarygodnych informacji o*

przestępstwie, wykrycie sprawców i uzyskanie dowodów. Użyte w ustawie sformułowanie ‘uzyskanie dowodów’ w odniesieniu do czynności operacyjno-rozpoznawczych może budzić pewne wątpliwości. Zgodnie bowiem z art. 167 k.p.k. dowody przeprowadza się na wniosek stron, podmiotu określonego w art. 416 albo z urzędu. Przeprowadzenie takie jednak może następować tylko w czasie procesu, albowiem postępowaniem dowodowym jest przebieg procesowy, w czasie którego są zbierane, utrwalane, przeprowadzane oraz oceniane dowody. Nauka procesu karnego jest zgodna co do tego, że w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu, w zakresie odpowiedzialności karnej wykrywanie, zbieranie i wydobywanie dowodów jest obowiązkiem organów procesowych. Organy operacyjno-rozpoznawcze nie są organami procesowymi i nie prowadzą procesu karnego. Wyniki ich pracy nie mogą mieć zatem znaczenia dowodowego. Określenia zatem ustawy, w których mowa o ‘dowodach’ uzyskiwanych czy zabezpieczanych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych należy więc rozumieć jako odnoszące się do ‘informacji mogących mieć znaczenie dowodowe’, tj. takich, które mogą wskazać na kierunek lub sposób uzyskania bądź przeprowadzenia dowodu w toku procesu karnego. To w toku procesu karnego informacje takie mogą nabrać pełnej wartości dowodowej, lecz poza procesem jeszcze dowodami nie są. W ujęciu celów, do których ma zmierzać zakup kontrolowany, ustawodawca pominął cel ‘wykrycia przestępstwa’ i określił go w postaci sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie. Tak więc działania określone w art. 19a omawianej ustawy w każdym przypadku powinny być poprzedzone uzyskaniem wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie, a zatem każde działanie w ramach tego art. 19a powinno być poprzedzone posiadaniem takich informacji i dopiero wówczas może zmierzać do wykrycia sprawców przestępstwa oraz do uzyskania materiałów, które mogą mieć znaczenie dowodowe w przyszłym, procesie. Na przykład znaczenie to może polegać na przesłuchaniu jako świadka policjanta, który dokonał w sposób



*niejawny zakupu przedmiotów, którymi obrót jest zabroniony bądź znacznie przez ustawę ograniczony. Wówczas dopiero zeznania takie będą stanowiły dowód”* - postanowienie SN z dnia 14 stycznia 2004r., IV KK 200/03<sup>11</sup>.

Podstęp jest penalizowany przez powołany w powyższym orzeczeniu art. 235 k.k. Zdaniem doktryny: *„Sedno naganności przestępstwa z art. 235 tkwi w kierowaniu przeciwko określonej osobie ścigania przestępstwa..., ale nie przez fałszywe oskarżenie, tylko przez tworzenie fałszywych dowodów lub inne podstępne zabiegi”*<sup>12</sup>. Dla bytu tego przestępstwa nie ma znaczenia, czy konkretna osoba (skonkretyzowanie osoby jest tutaj warunkiem koniecznym), przeciwko której skierowany jest podstęp, popełniła dany czyn. Ponadto: *„Jeżeli mówimy o tworzeniu fałszywych dowodów lub innych podstępnych zabiegach, to zakładamy pełną świadomość co do fałszywości dowodów lub co do wytwarzania u organu rozstrzygającego fałszywych przesłanek rozumowania. Natomiast nie musi to oznaczać pełnej świadomości sprawcy co do niewinności osoby, przeciwko której ściganie karne jest kierowane. Forma świadomości sprawcy co do poszczególnych znamion może być przecież zróżnicowana”*<sup>13</sup>.

W końcowej części powyżej przytoczonego fragmentu uzasadnienia postanowienia SN z dnia 14 stycznia 2004r., IV KK 200/03 - Sąd najwyraźniej dystansuje się wobec prostej wykładni językowej art. 19a ust. 1 ustawy o Policji (i odpowiednio art. 19 ust. 1 ustawy o CBA), w którym to przepisie jest mowa o „uzyskaniu dowodów”, co zdaniem części doktryny oznacza, iż możliwe jest bezpośrednio włączenie materiałów zgromadzonych w ramach kontroli operacyjnej i prowokacji policyjnej *„w poczet dowodów bez konieczności ich transformowania do procesu karnego poprzez np. przesłuchanie świadka”*<sup>14</sup>. W doktrynie jest wyrażany też pogląd przeciwny. Argumentuje się, że chociaż

---

<sup>11</sup> OSNwSK 2004/1/101

<sup>12</sup> L. Tyszkiewicz (w): *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. O. Górniok, Warszawa 2004r., s. 703.

<sup>13</sup> L. Gardocki, „Glosa do wyroku SN z dnia 9 października 1988 r., V KRN 201/88”, „Państwo i Prawo” Nr 9/1990r.

<sup>14</sup> M. Klejnowska, „Podstęp operacyjny i prowokacja policyjna”, „Prokuratura i Prawo” Nr 3/2004r.

informacje pozyskane w sposób operacyjny „stanowią istotny materiał pierwotny, to jednak muszą być przekształcone w materiał dowodowy z zachowaniem wymogów procesu karnego”<sup>15</sup>. Taki pogląd dominuje wśród przedstawicieli kryminalistyki i tylko wśród nielicznych procesualistów<sup>16</sup>. Zapatrywanie to jednoznacznie podziela Trybunał Konstytucyjny: „Bezpośrednie wykorzystanie rezultatów czynności operacyjnych w procesie jest wykluczone jako ‘wykorzystanie owoców zatrutego drzewa’. Istotną cechą czynności operacyjnych jest również ich poufny lub tajny charakter..., co stanowi przesłankę skuteczności, ale jednocześnie powoduje, że zainteresowany, nie wiedząc o prowadzonej wobec niego kontroli operacyjnej, nie jest w stanie, z przyczyn czysto faktycznych, uruchomić procedur i gwarancji, których wykorzystanie jest zależne od jego wiedzy i inicjatywy. Wspomniane czynności prowadzone są poza procesem, lecz charakteryzuje je związek z procesem karnym i jego celami... Czynności operacyjno-rozpoznawcze jako zespół prawnie określonych w oparciu o wiedzę kryminalistyczną niejawnych działań prowadzonych poza procesem karnym i administracyjnym celem wykrycia, rozpoznawania i utrwalania przestępczej działalności... są konieczną koncesją na rzecz skutecznego zwalczania przestępczości, wiążącą się jednakowoż z ograniczeniem gwarancji dla jednostki, korzystającej z prawa do prywatności i autonomii informacyjnej. Wynika to z pozaprocesowego (pozbawionego wpływu sądu) oraz tajnego i nieformalnego charakteru czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki, nawet te, na które zezwalają ustawy, muszą jednak odpowiadać zakresowo, przedmiotowo i co do sposobu – temu, co mówi sama Konstytucja określająca margines regulacyjny ustawodawcy zwykłego – w momencie gdy zezwala mu poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze na wkroczenie w sferę praw i wolności regulowanych konstytucyjnie. Margines ten określają z jednej

---

<sup>15</sup> A. Żebrowski, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Regulacje prawne*, Kraków 2000r., s. 17.

<sup>16</sup> Por. A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006r., s. 13 oraz piśmiennictwo powołane w przypisie 11 i 12.

strony wspomniane już szczególne regulacje konstrukcyjnie wmontowane w regulacje dotyczące poszczególnych konstytucyjnych praw podmiotowych (np. we wspomnianych już art. 49 i art. 51 Konstytucji), a nadto ogólna klauzula proporcjonalności, wskazana w art. 31 ust. 3 Konstytucji” - wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005r., K 32/04 - wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005r., K 32/04<sup>17</sup>.

Sąd Najwyższy w w/w postanowieniu z dnia 14 stycznia 2004r., IV KK 200/03 - sprzeciwiając się pojęciu „prowokacja policyjna” daje do zrozumienia, że instytucja zakupu kontrolowanego i łapówki kontrolowanej nie może polegać na postawie czynnej wobec przestępstwa, tzn. np. na prowokowaniu przestępstwa (karalne nakłanianie - podżeganie), gdy nie ma jeszcze skryzalizowanego zamiaru u osoby, wobec której prowokacja ma być stosowana; dodajmy: zamiaru, którego realizacja została podjęta, ale w świetle art. 13 par. 1 k.k. (usiłowanie) bez znaczenia jest, czy realizacja została czy nie została doprowadzona do końca. W tym sensie prowokacja nie może mieć charakteru czynnego. Z powyższym poglądem orzecznictwa, opartym na prostej wykładni językowej przepisów głoszących, że prowokacja policyjna powinna być poprzedzona uzyskaniem wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie (czyli o przestępstwie uprzednio popełnionym w jakimkolwiek stadium), współbrzmi następujący, jednolity pogląd doktryny:

*„Zawarty w art. 19a ust. 1 przepis regulujący prawne podstawy zakupu kontrolowanego. pozwala na jego zastosowanie tylko wtedy, gdy organy ścigania uzyskają wcześniej wiarygodne informacje o którymkolwiek z przestępstw wymienionych w art. 19 ust. 1 ustawy. (...)Podstawą zarządzenia kontrolowanego wręczenia lub przyjęcia korzyści jest posiadanie przez organy policyjne wiarygodnych informacji o przestępstwie łapownictwa i braku innych możliwości ich sprawdzenia”<sup>18</sup>.* Jednak w piśmiennictwie bezpodstawnie

---

<sup>17</sup> Dz. U. Nr 250, poz. 2116.

<sup>18</sup> B. Kurzepa, *Podstęp w toku czynności karno procesowych i operacyjnych*, Toruń 2003r., s. 204 i 208; tak też B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2007r., s. 1202; T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, wydanie piąte, Zakamycze 2005r., s. 141; M. Klejnowska, „Podstęp operacyjny i prowokacja policyjna”, „Prokuratura i

zawęza się stosowanie kontrolnej łapówki do dwóch przestępstw: „*Celem czynności jest sprawdzenie uzyskanych wcześniej informacji o przestępstwie z art. 228 lub art. 229 k.k. oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa*”<sup>19</sup>. Z całą pewnością art. 19 ust. 1 ustawy o CBA (tak jak art. 19 ust. 1 ustawy o Policji) pozwala, aby przy pomocy łapówki kontrolowanej weryfikować przestępstwo z art. 230 k.k.

W/w stanowisko judykatury (argumentacja prawnicza) odnośnie biernego charakteru prowokacji policyjnej znajduje bezpośrednie uzasadnienie w tekście prawnym. Ustawodawca nie daje przyzwolenia na kierowanie działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego. Otóż tak, jak w momencie podejmowania decyzji o zastosowaniu prowokacji policyjnej warunkiem koniecznym jest dysponowanie nie jakimikolwiek informacjami o popełnionym już przestępstwie, ale informacjami wiarygodnymi, tak już w fazie stosowania tej przedprocesowej instytucji nieprzekraczalna granica jej legalności zakodowana jest w pierwszej kolejności w słowie „kierowanie” (obowiązujący art. 19 ust. 4 ustawy o CBA i art. 19a ust. 4 w brzmieniu pierwotnym ustawy o Policji). „*Kierowanie działaniami jest bardziej ‘stanowcze’ w porównaniu z ‘propozycją’; ma ‘mocniejszy wydźwięk’. Oznacza wpływ na czyjeś postępowanie i podporządkowanie swej woli. Pojęcia ‘propozycja’ i ‘kierowanie’ nie są więc tożsame. Ustawa o Policji dopuszcza zatem składanie przez tajnego agenta propozycji, co nie oznacza przyzwolenia na poważniejsze formy zachowania, które polegają na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego przez ustawę. Sama propozycja oczywiście nie powinna być nachalna bądź połączona z groźbą bezprawną, czy przymusem fizycznym. Zgodnie z art. 19a ust. 4 ustawy o Policji [w art. 19a ust. 2 o Policji w brzmieniu obowiązującym] wskazane czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą polegać także na złożeniu stosownej propozycji. A zatem*

---

Prawo” Nr 3/2004r.; A. Woźniak, R. Zakrzewski, „Nowelizacja ustawy o Policji - rozszerzenie uprawnień operacyjno-rozpoznawczych”, „Monitor Prawniczy” Nr 1/1996r.

<sup>19</sup> B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności karno procesowych i operacyjnych*, Toruń 2003r., s. 208.

*mogą być stosowane wszelkie 'łżejsze' formy działań agenta, które będą np. tylko jego reakcją (odpowiedzią) na przestępne zachowanie sprawcy... Podobnie na gruncie art. 29 ust. 1 ustawy o ABW oraz AW należałoby przyjąć, że dopuszczalne będą takie 'łżejsze' formy zachowania, które nie polegają na kierowaniu działaniami przestępnymi”<sup>20</sup>.*

Tak pojmowana prowokacja policyjna ma na celu m.in. zaangażowanie się w transakcję pozorną osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa, „które w ten sposób dają się uwikłać w tę operację – zawsze nielegalną – i ułatwiają wykrycie popełnionych przez nie przestępstw”<sup>21</sup>. Dlatego „szczególna forma prowokacji” (zawarta w art. 19a ust. 1 ustawy o Policji) „nie może jednak polegać na nakłanianiu do przestępstwa w celu skierowania przeciwko osobie nakłanianej postępowania karnego”<sup>22</sup>. W przypadku naruszenia przez tajnego agenta tak sformułowanej dyspozycji, występują znamiona niedopuszczalnej prowokacji, o jakiej mowa w art. 24 k.k.

Niczego tutaj nie zmienia wykreślenie (z dniem 19 marca 2002r., przez art. 1 pkt 11 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o Policji, ustawy o działalności ubezpieczeniowej, ustawy-Prawo bankowe, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy-Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną<sup>23</sup>) przepisu zawartego w ust. 4 art. 19a w ustawie o Policji (Czynności określone w ust. 1 nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego ustawą. W odniesieniu do czynów dotyczących przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej nie mogą również polegać na nakłanianiu do udzielenia lub przyjęcia takiej korzyści). Nie ma ustawowego kontratypu wyłączającego odpowiedzialność przedstawicieli organów ścigania z tytułu podżegania (art. 24

---

<sup>20</sup> M. Klejnowska, „Podsluch operacyjny i prowokacja policyjna”, „Prokuratura i Prawo” Nr 3/2004r.

<sup>21</sup> S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wydanie szóste, Warszawa 2002r., s. 395.

<sup>22</sup> A. Marek, *Prawo karne*, wydanie czwarte, Warszawa 2005r., s. 208.

<sup>23</sup> Dz.U. Nr 100, poz. 1084.

k.k.<sup>24</sup> i art. 18 par. 2 k.k.) – to po pierwsze. Po drugie – w art. 19a ust. 2 ustawy o Policji w brzmieniu obowiązującym oraz w art. 19 ust. 3 ustawy o CBA mowa jest jedynie o możliwości złożenia określonej propozycji, w tym propozycji przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej – i takie działania, nawet jeśli realizują czyn zabroniony są dozwolone (zakaz czynnego udziału tajnego agenta w przestępstwie nie jest absolutny), ale tylko taki element czynu zabronionego jest tutaj prawnie dopuszczalny (oczywiście do tego dochodzi jeszcze uprawnienie tajnego agenta do samego przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej, jako łapówki kontrolowanej). Po trzecie – zakaz kierowania zawiera art. 19 ust. 4 ustawy o CBA i art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 24 maja 2002r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu<sup>25</sup>; w prowokacji policyjnej uregulowanej w tej ostatniej ustawie nie ma mowy o możliwości złożenia propozycji, chociaż dopuszczalna jest łapówka kontrolowana (art. 29 ust. 1 *in fine*).

W USA<sup>26</sup>, w przeciwieństwie do starego kontynentu, dopuszczalna jest czynna prowokacja polegająca na tym, że tajny agent w określonych okolicznościach może - co do zasady, a nie tylko wyjątkowo - podzegać do przestępstwa lub w inny sposób aktywnie uczestniczyć w działaniu przestępnym. W systemach europejskich instytucja prawna tajnego agenta uregulowana jest albo ustawowo (Dania, Francja, Niemcy) albo w aktach prawnych niższego rzędu. W części państw tajny agent nie może prowadzić prowokacji policyjnej, np. w Wielkiej Brytanii i w Belgii, a udział w

---

<sup>24</sup> Tak S. Pikulski, „Działania operacyjne Policji”, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” Nr 2/1996r.; M. Klejnowska, „Podsluch operacyjny i prowokacja policyjna”, „Prokuratura i Prawo” Nr 3/2004r.; A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006r., s. 74, przyp. 194.

<sup>25</sup> Dz.U. Nr 74, poz. 676 – ze zm.

<sup>26</sup> Por. S. Pomorski, „Doktrynalne granice prowokacji a doktryna ‘entrapment’”. (Uwagi na tle prawa amerykańskiego)”, „Państwo i Prawo” nr 10/1994r.; T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Wydawnictwo Comer 1996r., s. 206-209.

przestępstwie w obu tych krajach może brać jedynie na zasadzie wyjątku<sup>27</sup>. W doktrynie francuskiej rozróżnia się „*instytucję provocation commision, która ma na celu jedynie zdobycie dowodu na popełnienie przestępstwa oraz tzw. provocation revelation, która polega na tym, że poza dowodami na czyn sprowokowany przez agenta nie uzyskuje się żadnych dowodów świadczących o popełnieniu innych przestępstw. W tym ostatnim przypadku powinno nastąpić nieuchronne ściganie prowokatora*”<sup>28</sup>. Na gruncie polskiego ustawodawstwa spotyka się poglądy, iż w przypadku prowokacji policyjnej (zakup kontrolowany i łapówka kontrolowana) oraz przesyłki kontrolowanej, w przeciwieństwie do pozostałych rodzajów czynności operacyjno-rozpoznawczych, „*działanie uczestniczących w nich funkcjonariuszy operacyjnych ma charakter aktywny*”<sup>29</sup>. Odpada jednak aktywność w zakresie realizowania karalnego stadium czynu zabronionego. „*Nie chodzi przecież o to, żeby funkcjonariusze służb policyjnych organizowali działania przestępcze, kierowali nimi, a następnie podejmowali ściganie osób w działaniach tych biorących udział*”<sup>30</sup>.

Występujące w USA uregulowanie polegające na uczestnictwie tajnego agenta (*undercover agent*) w karalnym stadium czynu zabronionego - tj. uczestnictwie w poważnych przestępstwach, określanych w Wytycznych Prokuratora Generalnego w odniesieniu do tajnych operacji przeprowadzanych przez FBI<sup>31</sup>, jako „delikatne okoliczności” (*sensitive circumstances*) - nie jest charakterystyczne dla systemów *common law*<sup>32</sup>. Judykatura amerykańska dopuszcza tak pojmowaną aktywną prowokację, zwłaszcza w przypadkach

---

<sup>27</sup> Szerzej S. Waltoś, „Tajny agent policji (na obrzeżach odpowiedzialności karnej)”, „Państwo i Prawo” Nr 11-12/1993r.; B. Kurzepa, *Podstęp w toku czynności karno procesowych i operacyjnych*, Toruń 2003r., s. 217.

<sup>28</sup> B. Kurzepa, *Podstęp w toku czynności karno procesowych i operacyjnych*, Toruń 2003r., s. 222, przyp. 449.

<sup>29</sup> A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006r., s. 68.

<sup>30</sup> Tamże, s. 89.

<sup>31</sup> Undercover and Sensitive Operations Unit Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations Revised 11/13/92, <http://www.usdoj.gov/ag/readingroom/undercover.htm>

<sup>32</sup> M.A. DeFeo, "Entrapment as a Defense to Criminal Responsibility: Its History, Theory and Application", (1967) 1 *University of San Francisco Law Review* 243-276.

trudno wykrywalnych przestępstw konsensualnych, np. handel narkotykami, bronią, łapownictwo. Najogólniej mówiąc polega to na "zachęceniu osób podejrzanych o dokonanie przestępstwa do popełnienia nowego czynu, obserwowanego przez policję"<sup>33</sup>. W poszukiwaniu granicy legalnej prowokacji amerykańska judykatura wypracowała doktrynę *entrapment* (ang. prowokacja, pułapka, zasadzka)<sup>34</sup>, która zyskała *imprimatur* (akceptację) tamtejszego Sądu Najwyższego od 1932r. - sprawa *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 441 (1932), chociaż po raz pierwszy SN jednomyślnie zaaprobował wariant subiektywny *entrapment* sześćdziesiąt lat później, w sprawie *Jacobson v. United States*, 112 S. Ct. 1535 (1992)<sup>35</sup>; gdzie powołana została sprawa *Sorrells v. United States*.

Warunkiem wydania wyroku uniewinniającego jest brak predyspozycji osoby nakłanianej do popełnienia przestępstwa przed wejściem w kontakt z tajnym agentem, jeśli zaś sprawca uprzednio predyspozycje takie wykazywał (np. popełniał w przeszłości przestępstwa rodzajowo podobne, ale także wykazuje brak oporu wobec propozycji popełnienia przestępstwa<sup>36</sup>), *entrapment* jako kontratyp nie może być zastosowany. Tak wyznacza się granicę między dozwoloną prowokacją policyjną (*encouragement* – ang. zachęcanie<sup>37</sup>) a formami prawnie zabronionymi (*entrapment*) wg doktryny *entrapment* w wersji subiektywnej (obowiązującej w prawie federalnym i w większości stanów). „*Udowodnienie istnienia predyspozycji do popełnienia przestępstwa: Odróżnienie niewinnych osób nieświadomych zagrożenia od przestępców nieświadomych zagrożenia*”<sup>38</sup> – tytuł tekstu z czasopiśmiennictwa prawniczego, który dobrze oddaje sens moralnych kryteriów, na podstawie których podjęta

---

<sup>33</sup> T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Wydawnictwo Comer 1996r., s. 206; tak też B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2007r., s. 1201.

<sup>34</sup> *Słownik angielsko-polski Cambridge*, Prószyński i S-ka 2003r., s. 454.

<sup>35</sup> <http://www.law.ua.edu/colquitt/crimmain/crimcase/jacobson.htm>

<sup>36</sup> W. H. Johnson III, "Proving a Criminal Predisposition: Separating the Unwary Innocent from the Unwary Criminal", (1993) 43 *Duke Law Journal* 384-423.

<sup>37</sup> *Słownik angielsko-polski Cambridge*, Prószyński i S-ka 2003r., s. 447.

<sup>38</sup> Tamże, 384.



zostaje decyzja o zastosowaniu prowokacji policyjnej w wersji amerykańskiej. Tekst ten rozpoczyna się słowami: *„Amerykański system sprawiedliwości bazuje na przekonaniu, że każdy człowiek jest odpowiedzialny za swoje postępowanie, więc może zostać pociągnięty do odpowiedzialności za czyny, które popełni z własnej, wolnej woli. Obrona w oparciu o entrapment wykorzystuje tę zasadę chroniąc przed skazaniem tych oskarżonych, którzy nie posiadali predyspozycji do popełnienia czynu zabronionego, lecz popełnili przestępstwo jedynie z powodu zachęty ze strony władz. Dla obrony na zasadzie prowokacji ma więc kluczowe znaczenie kwestia predyspozycji”*<sup>39</sup>.

Oto klasyczny przykład cech osoby predysponowanej (głównie recydywisty<sup>40</sup>), wobec której władze uzyskują wyrok skazujący: *„Osoba X była dwukrotnie wcześniej skazana, raz za posiadanie heroiny z zamiarem sprzedaży, oraz raz za posiadanie kokainy. Dodatkowo, X został ostatnio obciążony zarzutem posiadania substancji kontrolowanej. Zgłosił się do niego Y, dobrze znany handlarz narkotyków. Y zaoferował X sprzedaż narkotyków. X zgadza się nabyć znaczną ilość narkotyku od Y...”*<sup>41</sup>. Inaczej mówiąc: *„Obrona na zasadzie prowokacji federalnej charakteryzuje się skupieniem na przewinie oskarżonego. Stara się ona rozróżnić osoby godne potępienia od osób, które takimi nie są. Pod nieobecność okoliczności nadzwyczajnych, taki powinien być cel naszych praw kryminalnych”*<sup>42</sup>.

Z punktu widzenia prawnika wykształconego w kulturze kontynentalnej powstaje pytanie, czy w prawie karnym w ogóle w grę wchodzi cywilistyczna zasada „czystych rąk”, a na dodatek w postaci drastycznej, polegającej na stosowaniu wobec osób „predysponowanych” prowokacji policyjnej w formie podżegania, pomocnictwa czy nawet współsprawstwa lub innego rodzaju sprawstwa). W ten sposób prowokacja policyjna może być stosowana jako

---

<sup>39</sup> Tamże.

<sup>40</sup> R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, wydanie dziewiąte, Warszawa 2007r., s. 244.

<sup>41</sup> W. H. Johnson III, "Proving a Criminal Predisposition: Separating the Unwary Innocent from the Unwary Criminal", (1993) 43 *Duke Law Journal* 384.

<sup>42</sup> R. Park, „The Entrapment Controversy”, 60 *MINN. L. REV.* 163, 271 (1976).

przedsięwzięcie o charakterze wyrywkowej kontroli uczciwości obywateli „predysponowanych”, co jest zabronione w świetle polskich - i szerzej europejskich - regulacji prawnych. Podstawowym warunkiem wyjściowym dla dokonania prowokacji w USA nie musi być nawet wcześniejsze uzyskanie przez policję wiarygodnych informacji o popełnionym przestępstwie w innej sprawie niż ta, w której zdecydowano się na prowokację. U nas policja powinna dysponować wiarygodnymi informacjami o podjęciu zamiaru (popełnienia przestępstwa) zamiaru: 1. którego realizacja została podjęta; 2. w sprawie, w której zastosowano prowokację policyjną, a nie w jakiejś innej sprawie.

Obiektywne i jednolite kryteria oceny policji amerykańskiej ma zapewnić wersja obiektywna *entrapment* odchodząca od braku predyspozycji jako warunku koniecznego wyłączenia odpowiedzialności sprawcy podżeganego przez tajnego agenta. Wg par. 2.13/1/b/ Modelowego kodeksu karnego (opracowanego w 1962r. przez Amerykański Instytut Prawa)<sup>43</sup>, *entrapment* (jako kontratyp) ma miejsce, gdy policja nakłania lub zachęca do popełnienia przestępstwa stosując metody, które stwarzają poważne ryzyko, że takie przestępstwo zostanie popełnione przez osoby skądinąd nieskłonne do jego popełnienia. Nadal jest to test na moralność, ale już nie na moralność sprawcy, tylko metod policyjnych. „*Przyjmuje się, że policja powinna stosować metody ‘godne’ dla organów władzy państwowej, dlatego za niedozwolone uznaje się takie działanie policji, które skłaniałoby do dokonania przestępstwa osobę normalnie unikającą popełnienia przestępstwa i w typowych warunkach zwalczająca pokusy ewentualnych korzyści wypływających z czynów zabronionych*”<sup>44</sup>.

W gruncie rzeczy w obu wersjach chodzi o posłużenie się subiektywną koncepcją przeciętnie uczciwego człowieka, z tą różnicą, że tzw. wersja

---

<sup>43</sup> American Law Institute. *Model Penal Code: Official Draft and Explanatory Notes; Complete Text of Model Penal Code as Adopted at the 1962 Annual Meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962*. Philadelphia: American Law Institute, 1985.

<sup>44</sup> T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Wydawnictwo Comer 1996r., s. 208.

obiektywna skupia się na zachowaniu policji, która decydując się na prowokację za punkt odniesienia powinna wziąć hipotetyczną osobę przeciętną. W systemie polskim czyn zabroniony (bezprawność karna) ma charakter czysto obiektywny, a jedynie wina (art. 1 par. 3 k.k.) opiera się na założeniu, że dobry obywatel nie może popełnić przestępstwa<sup>45</sup>.

Granicą amerykańskiej prowokacji policyjnej ma być test na legalność, w wymiarze najogólniejszym sprowadzający się do argumentacji obrony: Sprawca nie popełniłby przestępstwa bez udziału organów ścigania. I taki test ma uzasadnienie też na gruncie przepisów systemu polskiego. Jednak kryteria stosowania tego testu w USA są daleko nieostre, bo o charakterze pozaprawnym, tj. moralnym, co daje sobie znać przy kontroli sądowej dokonywanej, w przeciwieństwie do rewizji (IV poprawka do Konstytucji USA<sup>46</sup>, *ex post*, a nie *ex ante*<sup>47</sup>). Co ciekawe, ta kontrola praktycznie przeprowadzana jest jedynie na wniosek obrony, która wnosi o zastosowanie kontratypu. Natomiast oskarżyciele kierując się zasadą oportunistyczną nie wnoszą aktu oskarżenia przeciwko tajnym agentom o podżeganie lub inne postacie przestępstwa<sup>48</sup>.

W systemie amerykańskim, inaczej niż w europejskich, dopuszczalne jest stosowanie aktywnej prowokacji polegającej na działalności przestępnej (aktywna prowokacja policyjna), gdy np. w Holandii wprost sformułowano dyspozycję normatywną (regulacje podstawowe) głoszącą, że wolno prowokować jedynie czyn, „na którego popełnienie sprawca się już zdecydował”<sup>49</sup>. Z drugiej strony amerykański system prawa karnego zawiera daleko idące gwarancje dla podejrzanego. Jeśli sprawca był sprowadzony na

---

<sup>45</sup> Por. A. Zol, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. A. Zolla, Zakamycze 2004r. wydanie drugie, s. 42, teza 40.

<sup>46</sup> Szerzej S. Pomorski, „Z problematyki nadzoru sądowego nad legalnością śledztwa w USA, „Państwo i Prawo” Nr 10/1989r.

<sup>47</sup> Por. R. „The Entrapment Controversy” (1976), 60 *Minn. L.R.* 163.

<sup>48</sup> Por. American Law Institute: *Model Penal Code and Commentaries*, Philadelphia 1995, 407.

<sup>49</sup> S. Waltoś, „Tajny agent policji (na obrzeżach odpowiedzialności karnej)”, „Państwo i Prawo” Nr 11-12/1993r.

drogę przestępstwa przez tajnego agenta, powinien zostać uniewinniony, nawet jeśli popełnił zarzucane (i udowodnione mu przy pomocy prowokacji) przestępstwo – tak stanowi doktryna *entrapment*. Ponadto tamtejsza koncepcja „owoców zatrutego drzewa” zabrania sięgania po dowody, „które same nie były objęte zakazem, gdyby nie to, że dotarto do nich właśnie w wyniku przeprowadzenia dowodu objętego zakazem”<sup>50</sup>. Tak daleko idących gwarancji procesowych podejrzany (oskarżony) nie ma w systemach kontynentalnych. Także „w polskiej procedurze karnej wolno np. posłużyć się przed sądem dowodem z właściwości broni palnej znalezionej dzięki przyznaniu się podejrzanego przesłuchiwanego z naruszeniem prawa do swobodnej wypowiedzi”<sup>51</sup> - to po pierwsze, a po drugie - „żaden z nowych kodeksów nie reguluje kwestii dowodu ‘pośrednio skażonego’”<sup>52</sup>.

Wg orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (ETPCz): „...domniemanie niewinności promieniuje na postępowanie przygotowawcze. Chodzi o to, że przeprowadzone w tym postępowaniu dowody nie mogą być wykorzystane na rozprawie, jeśli uzyskano je w sposób naruszający prawo. Wykorzystanie takich dowodów nie tylko narusza art. 6 ust. 1 EKPCz, ale także ust. 2 tego przepisu, bowiem wzruszenie domniemania niewinności wymaga przeprowadzenia dowodu w sposób legalny. Jeśli w postępowaniu przygotowawczym przeprowadzono go inaczej, to tym samym naruszono domniemanie niewinności”<sup>53</sup>. Proces karny, aby spełniał wymogi Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>54</sup>, powinien opierać się na dowodach przeprowadzonych w sposób określony

<sup>50</sup> S. Zabłocki, *Sprawiedliwość proceduralna a współczesne trendy zwalczania przestępczości (na przykładzie zmian w polskiej procedurze karnej)*, (w:) *Prawość i godność. Księga pamiątkowa w 70. rocznicę urodzin Profesora Wojciecha Łączkowskiego*, red. S. Fundowicz, F. Rymarz, A. Gomułowicz, Lublin 2003r., s. 331, przyp. 6

<sup>51</sup> S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wydanie szóste, Warszawa 2002r., s. 360.

<sup>52</sup> Z. Sobolewski, *Kontrowersyjne kwestie zakazów dowodowych w nowym Kodeksie postępowania karnego*, (w:) *Nowe kodyfikacje karne. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Warszawa 1997r., s. 165-166.

<sup>53</sup> P. Hofmański, *Europejska konwencja praw człowieka i jej znaczenie dla prawa karnego materialnego, procesowego i wykonawczego*, Białystok 1993r., s. 289 oraz orzecznictwo i piśmiennictwo powołane w przyp. 694-696.

<sup>54</sup> Dz.U. z 1993r. Nr 61, poz. 284 – ze zm.

przez ustawę (orzeczenie ETPCz w sprawie Engel i inni v. Holandia z dnia 8 czerwca 1976r.). Trybunał zajmował się np. kwestią zakazu dowodowego w przypadku wykorzystania w postępowaniu karnym nagrania magnetofonowego podsłuchanej rozmowy (art. 8 Konwencji – prawo do bardzo szeroko pojmowanego poszanowania życia prywatnego) i czyniło to zarówno w oparciu o art. 6 ust. 1, jak i art. 6 ust. 2 Konwencji<sup>55</sup>. Ten ostatni przepis (wraz z przepisami zawartymi w art. 6 ust. 3 Konwencji) składa się na szczególnie gwarancje postępowania karnego i zawiera zasadę domniemania niewinności (domniemanie to dotyczy wyłącznie czynów zagrożonych karą). W ujęciu konwencyjnym, domniemanie niewinności obala nie jakikolwiek prawomocny wyrok sądowy, tylko udowodnienie „winy zgodnie z ustawą”. Termin „zgodnie z ustawą” oznacza, że o winie nie można mówić, jeśli prawomocny wyrok oparto na ustawowym zakazie dowodowym, czyli na dowodzie nielegalnym. *„Chociaż art. 6 gwarantuje prawo do rzetelnego procesu, nie ustala jednak żadnych zasad dotyczących dopuszczalności dowodów. Należy to głównie do regulacji prawa krajowego. Nie można więc wykluczyć co do zasady i w sposób abstrakcyjny dowodów uzyskanych nielegalnie, pod warunkiem że proces jako całość jest rzetelny”* – np. orzeczenie ETPCz w sprawie Schenk v. Szwajcaria z dnia 22 lipca 1988r. Trybunał argumentował tutaj, że proces jako całość był rzetelny, gdyż: *„W uzasadnieniu wyroku sąd stwierdził, że oparł się na dowodach innych niż taśma, które potwierdziły wynikające z zapisu na niej argumenty świadczące o winie...”*. Dyrektywa całościowego traktowania procesu, a nie jego poszczególnych elementów – jak to przewiduje amerykańska koncepcja „owoców zatrutego drzewa”, należy do jednolitej linii orzecznictwa strasburskiego, wydanego zarówno na podstawie art. 6 ust. 1 (np. orzeczenie ETPCz w sprawie Mantovanelli v. Francja z dnia 18 marca 1997r.), jak i w

---

<sup>55</sup> Szerzej W. Gontarski, „Wybrane zagadnienia procedury karnej w świetle standardów Rady Europy - Opinia prawna”, „Gazeta Sądowa” Nr 5/2004r.

oparciu o szczególne gwarancje procesowe z art. 6 ust. 2 i 3 Konwencji - np. orzeczenie ETPCz w sprawie Vidal v. Belgia z dnia 22 kwietnia 1992r.).

Z punktu widzenia art. 6 ust. 1, 2 i 3 Konwencji (koncepcja całościowa), wprawdzie „skażony bezpośrednio” dowód osobowy (będący produktem przesłuchania niedozwolonego) jest bezwartościowy, ale może doprowadzić do innych, już prawnie wartościowych dowodów („skażonych pośrednio”). Jedynie w tym zakresie, czyli w zakresie bezpośrednim (bezpośrednie skażenie), w systemie polskim i w systemie Rady Europy obowiązuje koncepcja „owoców zatrutego drzewa”. W systemie tym (inaczej niż w USA), podobnie jak w prawie polskim, wadliwość jednej czynności dowodowej nie pociąga za sobą automatycznie wadliwości wszelkich innych czynności<sup>56</sup>. W Europie koncepcja „owoców zatrutego drzewa” nie występuje więc w postaci czystej (zupełnej - amerykańskiej)<sup>57</sup>. Dopuszczalne jest sanowanie<sup>58</sup> postępowania opartego w pewnej fazie na nielegalnym dowodzie, jeśli fakty ujawnione przy pomocy takiego dowodu (choć mają istotny wpływ na wynik sprawy, tzn. bez nich w wyroku nie mogłyby zapaść takie a nie inne rozstrzygnięcie sądowe) zostaną następnie potwierdzone przy pomocy innych, już legalnych (przeprowadzonych zgodnie z ustawą) dowodów<sup>59</sup>.

Czymś logicznym jest zakaz aktywnej prowokacji policyjnej w systemach kontynentalnych, jeśli weźmiemy pod uwagę, że w systemie polskim i w systemach europejskich, w przeciwieństwie do amerykańskiego:

1) Nie występuje daleko idący kontratyp sformułowany przez doktrynę *entrapment* - u nas jeśli sprawca podżegany przez tajnego agenta popełnił przestępstwo, to poniesie odpowiedzialność za swoje przestępstwo, ale pod warunkiem, że zostanie ono udowodnione przy pomocy innych dowodów, niż te

---

<sup>56</sup> Tak S. Waltoś, *Owoce zatrutego drzewa*, Kraków 1978r., s. 196-238.

<sup>57</sup> Por. W. Gontarski, „Wybrane zagadnienia procedury karnej w świetle standardów Rady Europy - Opinia prawna”, „Gazeta Sądowa” Nr 5/2004r.; tenże „Przestępstwo nadużycia władzy przez prokuratora”, „Rzeczpospolita” z dnia 13 grudnia 2004r.

<sup>58</sup> Szerzej S. Waltoś, „Konwalidacja w procesie karnym”, „Nowe Prawo” Nr 4/1960r.; M. Cieślak, „Głosa”, „Państwo i Prawo” Nr 12/1968r.

<sup>59</sup> Tak S. Waltoś, „Swoboda osoby przesłuchiwanej w procesie karnym”, „Państwo i Prawo” Nr 10/1975r.

pochodzące z tej, nielegalnej prowokacji (nielegalnej, bo zakazana jest aktywna prowokacja - tutaj podżeganie). Mało tego - trzeba brać pod uwagę, że na podstawie art. 51 ust. 4 Konstytucji RP z 1997r. stosowanego *self-executing*, każdy ma prawo do żądania usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.

2) Nie obowiązuje też u nas koncepcja „owoców zatrutego drzewa” w postaci czystej.

3) Wreszcie w USA stosowana jest - oparta na tych rozwiązaniach prawnych (doktryna *entrapment* i koncepcja „owoców zatrutego drzewa” w postaci czystej) - idea procesu karnego nie jako procesu wdrażania polityki kryminalnej, lecz mechanizmu rozstrzygnięcia przez sąd (jako niezawisłego arbitra) sporu między stronami<sup>60</sup> (wtedy „*uniewinnienie na podstawie entrapment przestaje się wydawać dziwołagiem, przeciwnie - nabiera sensu jako swoista sankcja procesowa nałożona na bezprawne postępowanie strony sporu*”<sup>61</sup>).

Tak więc niedopuszczalna jest u nas czynna prowokacja policyjna, ale czy dopuszczalne jest wykorzystanie bezpośrednio w procesie karnym dowodu uzyskanego podstępnie w ramach legalnie przeprowadzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych, który świadczy o popełnieniu innego przestępstwa niż to, odnośnie do wykrycia którego pierwotnie czynności te przeprowadzono? Pozytywną odpowiedź na to pytanie dostarczał nieobowiązujący już art. 19 ust. 4 ustawy o Policji (Sąd okręgowy może zezwolić, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, na odstąpienie od zniszczenia materiałów, o których mowa w ust. 3, jeżeli stanowią one dowód lub wskazują na zamiar popełnienia przestępstwa, dla wykrycia którego na podstawie przepisów ustawowych może być prowadzona kontrola operacyjna

---

<sup>60</sup> Szerzej M. Damaski, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven – London 1986.

<sup>61</sup> S. Pomorski, „Doktrynalne granice prowokacji a doktryna ‘entrapment’. (Uwagi na tle prawa amerykańskiego)”, „Państwo i Prawo” nr 10/1994r.

lub czynności operacyjno-rozpoznawcze), wprowadzony ustawą z dnia 27 lipca 2001r. ustawą o zmianie ustawy o Policji, ustawy o działalności ubezpieczeniowej, ustawy-Prawo bankowe, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy-Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną<sup>62</sup>, a uchylony ustawą z dnia 21 lipca 2006 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw<sup>63</sup> W uzasadnieniu projektu tej ostatniej ustawy czytamy: *„Ponieważ wolą projektodawców jest, aby przedmiotowa nowelizacja weszła w życie we wcześniejszym terminie, uzasadnione jest uchylenie w projekcie art. 19 ust. 4 i 18 oraz art. 20 ust. 2. Pozostawienie w mocy ww. przepisów do dnia 22 grudnia 2006 r. doprowadziłoby do sytuacji, w której w tym samym czasie w systemie prawnym funkcjonowałyby dwa przepisy regulujące - co do zasady - te same kwestie (dotychczasowy art. 20 ust. 2 oraz nowo projektowany art. 20 ust. 2a) ”*<sup>64</sup>.

Wcześniej Trybunał Konstytucyjny orzekł o niekonstytucyjności tego art. 19 ust. 4 ustawy o Policji w w/w brzmieniu (z odroczeniem 12-miesięcznym daty wejścia w życie wyroku, tj. do dnia 21 grudnia 2006r.) jako niezgodnego z art. 51 ust. 4 (przepis ten formułuje konstytucyjne prawo podmiotowe m.in. do żądania usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą) w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji - wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005r., K 32/04, w którego uzasadnieniu czytamy: *„O ile więc następcza zgoda sądu na zachowanie materiałów operacyjnych, które skądinąd powinny ulec zniszczeniu, zgodnie z ustawą zwykłą (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji) mogłaby usanować nielegalność wykorzystania procesowego takich materiałów (skoro sąd zezwolił na zachowanie zbioru), o tyle następcza zgoda sądu na zachowanie informacji operacyjnych (art. 19 ust. 4 ustawy o Policji) nie może doprowadzić do ograniczenia czy wyłączenia prawa sformułowanego przez art. 51 ust. 4 Konstytucji. W tym bowiem zakresie ustawodawca zwykły w ogóle nie ma*

---

<sup>62</sup> Dz.U. Nr 100, poz. 1084.

<sup>63</sup> Dz.U. Nr. 158, poz. 1122.

<sup>64</sup> Druk sejmowy Nr 557/V kadencja.



*swobody regulacyjnej*”. Paradoks prawny art. 19 ust. 4 ustawy o Policji polegał na tym, że co prawda dowody zdobyte „przy okazji” mogłyby być wykorzystane procesowo (jako następnie sanowane przez zgodę sądu na zachowanie informacji operacyjnych), ale ustawodawca zwykły nie może pozbawić jednostki prawa żądania - w międzyczasie - zniszczenia tych materiałów, jako zebranych nielegalnie. Jak wyjaśnia TK: „Następcza zgoda sądu przewidziana w art. 19 ust. 4 ustawy o Policji dotyczy ‘zachowania’ materiałów operacyjnych. To umożliwia ewentualne ich dalsze wykorzystanie procesowe, bez narażania się na zarzut korzystania z ‘owoców z zatrutego drzewa’. Nie podobna jednak uznać, że następcza zgoda sądu powoduje, iż nielegalne tymczasowo (brak zgody sądu) prowadzenie działalności operacyjnej może prowadzić do przeformułowania przesłanki wymaganej w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Takie przeformułowanie oznaczałoby, że materiały, w stosunku do których sąd wyraził zgodę na zachowanie, mimo że zostały uzyskane (zgromadzone) bez zgody sądu (co nie ulega wątpliwości), nie zostałyby uznane za ‘zebrane w sposób sprzeczny z ustawą’ z punktu widzenia art. 51 ust. 4 Konstytucji. W takim wypadku bowiem konstytucyjne określenie ‘zebrane w sposób sprzeczny z ustawą’, użyte w tym przepisie, nabrałoby innego, węższego, znaczenia, i to za sprawą art. 19 ust. 4 ustawy o Policji, a więc normy ustawodawstwa zwykłego. Problemem jest bowiem to, że czego innego dotyczy następcza zgoda sądu w art. 19 ust. 4 (zachowania nielegalnie zebranych materiałów), a czego innego przesłanka art. 51 ust. 4 Konstytucji (legalności samego pozyskiwania materiałów jako hipotezy uzasadniającej sprostowanie i usunięcie materiałów zebranych z naruszeniem prawa – w momencie ich zbierania). Zabieg interpretacyjny polegałby tu więc na zwiężającej wykładni pojęcia ‘zebrany w sposób sprzeczny z ustawą’, użytego w art. 51 ust. 4 Konstytucji in fine. Przy tym skutkiem tej interpretacji byłoby ograniczenie zakresu konstytucyjnego prawa podmiotowego do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji, o czym – co do zasady stanowi art. 51 ust. 4 Konstytucji.

*Tak więc w przedstawionym wypadku ujęcie ustawy zwykłej rzutowałoby na zakres pojęcia konstytucyjnego, i to ze skutkiem negatywnym dla zakresu konstytucyjnego prawa jednostki. Dodać należy, że o ile konstytucyjne prawo dostępu do urzędowej informacji (art. 51 ust. 3 Konstytucji) może być ograniczane w ustawie zwykłej, o tyle prawo sformułowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji – odesłania do ustawy zwykłej nie przewiduje i jest ujęte w sposób bardziej rygorystyczny. Zwrócono już na to uwagę w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26 października 2005 r., sygn. K 31/04 (OTK ZU nr 9/A/2005, poz. 103). Z tej też przyczyny nie jest możliwy zabieg interpretacyjny polegający na tym, że następczą zgodę sądu na ‘zachowanie nielegalnie zebranych materiałów operacyjnych’ uzna się za wystarczającą do uznania, że zarazem zostały one w sposób legalny ‘zebrane’ – czego wymaga art. 51 ust. 4 Konstytucji. Jeżeli zaś takie właśnie odczytanie w praktyce zaskarżonego przepisu miałoby służyć jako uzasadnienie odmowy realizacji prawa z art. 51 ust. 4 Konstytucji, to zaskarżony przepis należy uznać za sprzeczny ze wskazanym wzorcem. Wskazany zabieg interpretacyjny oznaczałby bowiem rozszerzającą interpretację art. 19 ust. 3 i 4 ustawy o Policji i jednocześnie powodowałby wykładnię ścieśniającą normy konstytucyjnej art. 51 ust. 4. Byłaby to wykładnia normy konstytucyjnej poprzez ustaloną interpretacyjnie treść normy ustawowej. Sama hierarchia obu ustaw wyklucza dopuszczalność interpretacji tego rodzaju. Jeżeli zaś taką interpretację się odrzuci, wówczas między normą konstytucyjnego wzorca i normą zaskarżoną pojawia się sprzeczność dotycząca pojęcia materiałów zebranych zgodnie z prawem. Z tej przyczyny należy uznać, że art. 19 ust. 4 ustawy o Policji jest sprzeczny z art. 51 ust. 4 Konstytucji. Sformułowanie art. 19 ust. 4 przekracza – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – wymagane granice proporcjonalności na wypadek kolizji wolności/prawa konstytucyjnego i konsekwencji regulacji zawartej w ustawie zwykłej”.*

Ponadto TK zauważył: „Doświadczenia współczesnych państw demokratycznych wskazują, że władza wykonawcza odpowiedzialna za bezpieczeństwo i porządek publiczny, w tym podległe jej podmioty prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawczych, dysponują środkami, których zastosowanie – w imię obrony porządku publicznego – może doprowadzić do zniszczenia instytucji demokratycznych i redukcji praw obywatelskich. Dzieje się tak zarówno dlatego, że poufność i brak zewnętrznej kontroli może prowadzić do nadmiernej autonomizacji czy subiektywizacji samego celu działalności operacyjnej oraz niezachowania w niej należytej wstrzeźliwości przy wkraczaniu w prawa i wolności obywatelskie. Niekiedy zaś sytuacja taka może wynikać z nadmiernie eksponowanych względów ideologicznych czy politycznych w działaniu egzekutywy. Inaczej mówiąc, cecha niejawności kontroli operacyjnej czyni ją podatną na nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie przez legislatora korzystania z wolności obywatelskich, wymaga więc zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności. Będzie tak wtedy, gdy – po pierwsze – wprowadzane ograniczenia będą arbitralne, nieproporcjonalne do ewentualnych zagrożeń i – po drugie – gdy będą one wyłączone (czy to prawnie, czy faktycznie) spod kontroli sprawowanej przez instytucje demokratyczne”.

Dyspozycja art. 19 ust. 4 ustawy o Policji w w/w brzmieniu sprowadzała się do wykorzystania procesowego materiałów zebranych w toku kontroli operacyjnej prowadzonej w zakresie innego przestępstwa niż to, którego dotyczyła zgoda sądu. Prowokacja policyjna, w przeciwieństwie do kontroli operacyjnej, nie jest oparta na kontroli sądowej *ex ante*. Dlatego zakazy odnośnie dowodów uzyskanych w wyniku czynności operacyjnych należy tym

bardziej przenieść na prowokację policyjną, co znajduje ustrojowe uzasadnienie w wskazanej przez TK zasadzie proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Argumentacji dostarcza tutaj następujący fragment uzasadnienia w/w wyroku TK: „*Eksces, polegający na tym, że ‘przy okazji’ zbierania materiału operacyjnie przydatnego kontrola operacyjna zgromadzi także dane dotyczące kwestii prywatnych, obyczajowych – wykraczających poza cel prowadzenia kontroli, oznacza działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkroczenia w sferę prywatności*”.

Na kanwie w/w orzeczenia TK powstaje pytanie, jakie znaczenie prawne mają materiały zgromadzone w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych nie spełniających ustawowych wymogów formalnych, czyli jakie są konsekwencje działania tajnych agentów poza zakresem ustawowych kompetencji? „*Przekroczenie tych uprawnień spowoduje, że mamy do czynienia z czynnością nielegalną (niedopuszczalną)*”<sup>65</sup>. Materiały uzyskane w jej wyniku, jako materiały uzyskane w sposób sprzeczny z ustawą, podpadają pod art. 51 ust. 4 *in fine* Konstytucji (Każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą).

Pod względem teleologicznym prowokacja policyjna od kontroli operacyjnej różni się przede wszystkim tym, że jest stosowana jedynie w celu sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz wykrycia sprawców i uzyskania dowodów, zaś kontrola operacyjna w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw, czyli zakres celowościowy kontroli operacyjnej jest poszerzony o zapobieganie działaniom przestępnym. Przy takim ujęciu normatywnym, wydaje się że kontrola operacyjna, z jej nakierowaniem na zapobieżenie określonym

---

<sup>65</sup> A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006r., s. 39.

przestępstwom, wymaga większych gwarancji dla podejrzanego - i stąd kontrola sądowa *ex ante*. Natomiast prowokacja policyjna, ze względu na jej wyłącznie weryfikacyjny charakter<sup>66</sup>, potrzebuje (proporcjonalnie rzecz biorąc) mniejszych gwarancji – tutaj ustawodawca przewiduje jedynie kontrolę prokuratorską. Z drugiej strony prowokacja, jako bardziej aktywna w stosunku do kontroli operacyjnej, stanowi większą ingerencję w prawa człowieka. Z punktu widzenia *de lege ferenda*, biorąc pod uwagę funkcję gwarancyjną prawa karnego (służy „ochronie jednostki przed arbitralnym postępowaniem organów państwowych”<sup>67</sup>) mającą uzasadnienie ustrojowe w zasadzie konieczności (konieczności ewentualnego ograniczenia wolności/praw konstytucyjnych na wypadek, gdyby miały doznawać one ograniczenia w ustawodawstwie zwykłym), ustawodawca zwykły powinien przewidzieć sądową kontrolę *ex ante* również dla prowokacji policyjnej.

Wg doktryny nawet w przypadku kontroli operacyjnej (z jej profilaktycznym celem) „*musi istnieć całkiem realne, a nie tylko hipotetyczne, niebezpieczeństwo popełnienia jednego z przestępstw wskazanym w powyżej cytowanym przepisie, bądź też musi istnieć realna możliwość wykrycia lub ustalenia sprawców takiego przestępstwa, albo też dostarczenia dowodów jego popełnienia*”<sup>68</sup>. Prowokacja operacyjna nie może być testem na moralność czy praworządność obywateli. „*Zakup kontrolowany według art. 19a PolU jest w najmniejszym stopniu podobny do przedsięwzięcia o charakterze wyrzywkowej kontroli uczciwości obywateli. Podstawowym warunkiem wyjściowym dla dokonania zakupu kontrolowanego jest bowiem wcześniejsze uzyskanie przez policję wiarygodnych informacji o popełnionym przestępstwie - oczywiście w takich samych kategoriach prawdopodobieństwa, jakie przewiduje Kodeks*

---

<sup>66</sup> T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, wydanie piąte, Zakamycze 2005r., s. 141.

<sup>67</sup> L. Gardocki, *Prawo karne*, wydanie dziesiąte, Warszawa 2004r., s. 7.

<sup>68</sup> K. Eichstaedt, „Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym”, „Prokuratura i Prawo” Nr 9/2003r.

*postępowania karnego dla podjęcia akcji ścigania” (...)Podkreślić jednak należy, że – podobnie jak w przypadku przedmiotów przestępstwa tak samo w przypadku łapówki – nie chodzi o sporadyczne sprawdzanie, lecz o potwierdzenie informacji lub zdobycie dowodu wobec osób skorumpowanych<sup>69</sup>.*

Wyjaśnijmy, że obowiązek prawny zawiadomienia o przestępstwie - bez względu na to czy jest to obowiązek prawny, czy społeczny - następuje z chwilą, gdy w świadomości - przedstawiciela instytucji państwowej (samorządowej) lub obywatela - *"uksztaltowało się przekonanie, że zostało popełnione przestępstwo"* - wyjaśnia Sąd Najwyższy (wyrok z 13 stycznia 1962r., III K 989/61). Konieczne jest wskazanie okoliczności uprawdopodobniających zdarzenie, a nie samo przypuszczenie, aczkolwiek już przypuszczenie powinno skłonić do działania mającego na celu dokonanie ustaleń we własnym zakresie, aby wykluczyć lub potwierdzić podejrzenie popełnienia przestępstwa. W przepisie art. 304 § 2 k. p. k. chodzi o faktyczne ułatwienie działań prokuratorowi lub policji, a nie tylko o formalne zawiadomienie. Słowo "niezwłocznie" oznacza więc, że zawiadomić trzeba dopiero po uwiarygodnieniu informacji (dokonaniu ustaleń sprawdzających) lub uświadomieniu sobie (procesy myślowe), że zdarzenie jest przestępstwem. Jak zwraca uwagę SN, trzeba być *"przekonanym, że zarzuty postawione... są prawdziwe"* (wyrok z 16 grudnia 1980 r.; II CR 533/80)<sup>70</sup>.

**Reasumując:** W prawie polskim, podobnie jak w systemach europejskich, a w przeciwieństwie do USA - obowiązuje bierna (weryfikująca) postać prowokacji policyjnej. Aktywność tajnego agenta jest dopuszczalna dopiero po podjęciu przez sprawcę zamiaru przestępnego (bez względu na to, na jakim etapie znajdują się karalne stadia realizacji czynu zabronionego: przygotowanie, usiłowanie, dokonanie), co nie oznacza, że agent ten nie może

---

<sup>69</sup>A. Woźniak, R. Zakrzewski, „Nowelizacja ustawy o Policji - rozszerzenie uprawnień operacyjno-rozpoznawczych”, „Monitor Prawniczy” Nr 1/1996r.

<sup>70</sup>Szerzej W. Gontarski, „Przestępstwo niezawiadomienia o przestępstwie”, „Rzeczpospolita” z dnia 13 stycznia 2003r.

być tylko podżegaczem. Nie może on również realizować czynu zabronionego po podjęciu decyzji (zamiaru) przez kontrolowanego przez niego sprawcę, tzn. agent nie może być też pomocnikiem lub sprawcą (tzn. współsprawcą, sprawcą kierowniczym lub sprawcą polecającym). Od tej zasady ustawodawca wprowadził wyjątek. Tak jak każdy wyjątek, musiał on zostać szczegółowo opisany. Otóż podczas realizowania kontrolnej łapówki funkcjonariusz CBA jest uprawniony wykonywać jeden - ale tylko jeden - element czynu zabronionego, tzn. nakłaniać do udzielenia lub przyjęcia korzyści majątkowej (art. 19 ust. 3 *in fine* ustawy o CBA).

## **II.2. Podżeganie do przestępstwa - art. 18 par. 2 k.k. i art. 24 k.k.**

*„Nowy kodeks pozostaje wierny koncepcji postaci zjawiskowej popełnienia przestępstwa stworzonej przez J. Makarewicza, a nawet tę koncepcję pogłębia. Każda z osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa przez jego wykonawcę (osobę realizującą znamiona czynu zabronionego) popełnia własne przestępstwo, niezależnie od odpowiedzialności wykonawcy i pozostałych współdziałających, a także niezależnie od tego, czy wykonawca dopuścił się w ogóle czynu zabronionego...”* – czytamy uzasadnieniu projektu Kodeksu karnego z 1997r.<sup>71</sup>

Słowem, *„każdy odpowiada za własne przestępstwo w ramach następujących odmian przestępstwa: sprawstwa i współsprawstwa oraz podżegania i pomocnictwa”*<sup>72</sup>; w pierwszych dwóch przypadkach mamy do czynienia ze sprawcą *sensu stricto*, zaś podżegacz i pomocnik to sprawcy *sensu largo*. Dlatego zachowanie sprawcy bezpośredniego nie składa się na znamiona podżegania lub pomocnictwa, czyli dla zrealizowania znamion podżegania lub pomocnictwa warunkiem koniecznym nie jest popełnienie czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę. Stadium zaawansowania działania

<sup>71</sup> Druk sejmowy Nr 1274, druga kadencja.

<sup>72</sup> W. Gontarski, „Pomocnik przestępcy sam się nim staje”, „Rzeczpospolita” z dnia 26 października 2005r.; tenże, „Animo socii - Art. 18 par. 3 Kodeksu karnego”, „Gazeta Sądowa” Nr 12/2004r.

bezpośredniego wykonawcy stanowi okoliczność mającą wpływ na wymiar kary za dokonane podżeganie lub pomocnictwo – w zależności od tego, czy mamy do czynienia z usiłowaniem czynu zabronionego dokonywanego przez bezpośredniego wykonawcę (art. 22 par. 1 k.k.), czy z nieusiłowaniem (art. 22 par. 2 k.k.).

*„Podżegaczem... jest ten, kto umyślnie, i to wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, działa w celu wywołania u innej osoby decyzji dokonania czynu zabronionego, o pomocy (psychicznej) zaś można mówić tylko wtedy, gdy jest ona udzielona osobie, która już ma zamiar popełnienia przestępstwa, a pomocnik tylko ją w tym postanowieniu podtrzymuje (utwierdza), dostarczając środków, udzielając rad lub informacji”* - wyrok SN z dnia 10 maja 1982r., Rw 317/82<sup>73</sup>. Nakłaniać (strona podmiotowa polega wyłącznie na zamiarze bezpośrednim) można jedynie osobę niezdecydowaną. Później zachowanie się nakłaniającego staje się pomocnictwem psychicznym<sup>74</sup>.

*„Zarówno w doktrynie..., jak i w orzecznictwie... konsekwentnie przyjmuje się, że podżeganie ma charakter skutkowy. Wskazuje na to przede wszystkim wykładnia językowa art. 18 § 2 k.k., odwołująca się do określenia znamienia czynności sprawczej czasownikiem ‘nakłania’. Zgodnie z tradycją techniki legislacyjnej stosowaną w polskich kodeksach karnych, począwszy od kodeksu z 1932 r., znamiona czynności sprawczej czynu zabronionego są w przepisach formułowane w trybie niedokonanym, ale ich znaczenie prawne obejmuje skutek, który tą czynnością jest powodowany. Jeśli in concreto skutek nie zostaje zrealizowany, to oznacza, że czyn nie osiągnął stadium dokonania, a sprawca ponosi odpowiedzialność za usiłowanie, ewentualnie za przygotowanie, jeśli ustawa przewiduje karalność tej formy stadialnej. Wyjątkiem w takim pojmowaniu znamienia czynności sprawczej są te typy przestępstw, które penalizują samo podjęcie określonej czynności, np.*

---

<sup>73</sup> OSNKW 1982/10/72

<sup>74</sup> P. Petasz, „Glosa do wyroku SN z dnia 3 kwietnia 2006r., V KK 316/05”, „Gdańskie Studia Prawnicze - Przegląd Orzecznictwa” Nr 1/2007r., przeciwie - orzecznictwo tam powołane.



*posiadanie broni palnej bez zezwolenia (art. 263 § 3 k.k.). Tak więc dla uznania podżegania za dokonane niezbędne jest ustalenie, że został urzeczywistniony skutek nakłaniania przez wzbudzenie u osoby nakłanianej zamiaru popełnienia czynu zabronionego. Jeśli ten rezultat nie został osiągnięty, to nie można przyjąć, że podżeganie weszło w stadium dokonania. W takim wypadku podżeganie kończy się w formie stadialnej usiłowania, gdyż nakłaniający założonego skutku nie uzyskał” - wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2006r., V KK 316/05<sup>75</sup>.*

Jednak każdej formie stadialnej, żeby mogła być karalna, musi towarzyszyć podjęty zamiar sprawcy głównego. W tym sensie nie może być mowy o sprawcy głównym na etapie, gdy działać może jedynie podżegacz, a nie pomocnik. Nakłaniać można tylko osobę niezdecydowaną. *„Biorąc pod uwagę, że wywołanie u innej osoby woli popełnienia czynu zabronionego jest istotą podżegania, uprawnione jest twierdzenie, że zachowanie się podżegacza, nawet już zakończone, który, chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego i nakłaniając ją do tego, nie osiągnął skutku w postaci wywołania u tej osoby zamiaru popełnienia takiego czynu, przybiera klasyczny kształt usiłowania popełnienia przestępstwa w tej postaci” – teza wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 czerwca 2006r., II AKa 135/06<sup>76</sup> - w którego uzasadnieniu czytamy:*

*„Podżeganie nie jest więc w świetle art. 18 § 2 k.k. jedynie technicznym sposobem wykonania czynu zabronionego, lecz odrębnym od sprawstwa przestępstwem sui generis. W tym ujęciu podżeganie nie stanowi realizacji znamion czynu zabronionego określonych w przepisie części szczególnej, lecz charakteryzuje się własną normą sankcjonowaną oraz własną normą sankcjonującą, dla których treść art. 18 § 2 k.k. odgrywa konstytutywną rolę. Oznacza to, że rzeczywiste zachowanie osoby nakłanianej do popełnienia czynu*

---

<sup>75</sup> OSNKW 2006/5/52.

<sup>76</sup> LEX nr 190471.

*zabronionego pozostaje poza znamionami podżegania i nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia popełnienia przestępstwa przez podżegacza... Dla dokonania podżegania wymagane jest jednak w prezentowanym ujęciu nie tylko spełnienie przez podżegacza określonego zachowania (nakłaniania), lecz także powstania określonego rezultatu w postaci nakłonienia innej osoby do popełnienia czynu zabronionego... Wypowiadany w doktrynie, a także w orzecznictwie, pogląd, że dla dokonania podżegania nie jest konieczne 'skuteczne' dokonanie czynności nakłaniania, lecz wystarczające jest samo podjęcie tych czynności przez podżegacza..., można kwestionować przez wzgląd na przyjmowaną przez Kodeks karny technikę legislacyjną, polegającą na określeniu czynności sprawczej czynów zabronionych w trybie niedokonanym (zob. np. art. 278 § 1 k.k., art. 148 k.k.), choć ich kształt stadialny jest odczytywany w formie czynu dokonanego i dopiero zastosowanie art. 13 § 1 k.k. daje podstawę do karalności za zachowanie zmierzające do osiągnięcia skutku... Biorąc pod uwagę powyższe oraz to, że wywołanie u innej osoby woli popełnienia czynu zabronionego jest istotą podżegania, uprawnione jest twierdzenie, że zachowanie się podżegacza, nawet już zakończone, który chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego i nakłaniając ją do tego nie osiągnął skutku w postaci wywołania u tej osoby zamiaru popełnienia takiego czynu, przybiera klasyczny kształt usiłowania popełnienia przestępstwa w tej postaci. Uwzględniając z kolei wykazaną wyżej samodzielność podżegania, jako odrębnego od sprawstwa typu czynu zabronionego, o własnych znamionach ustawowych, brak jest przeszkód do łączenia tego niesprawczego typu czynu zabronionego ze wszystkimi formami zjawiskowymi popełnienia przestępstwa, przewidzianymi w Kodeksie karnym. Przeszkód takich nie można ustalić także na podstawie konstrukcji usiłowania”.*

*Możliwe jest podżeganie do podżegania. „Podżeganie może być popełnione w formie usiłowania, i to zarówno wtedy, gdy usiłujący bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach określonych w przepisach części*

szczególnej kodeksu karnego, jak i wtedy, gdy bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach podżegania” - uchwała (7) SN z dnia 21 października 2003r., I KZP 11/03<sup>77</sup>, w uzasadnieniu której czytamy:

„... w art. 18 k.k. chodzi o pomocnictwo polegające na tym, że pomocnik ‘ulawił’ popełnienie czynu zabronionego, a podżegacz ‘nakłonił do’ popełnienia czynu zabronionego. Skutkiem, przy dokonanym podżeganiu, jest określone zjawisko psychiczne, mianowicie zamiar podżeganego, by popełnić przestępstwo, do którego został nakłoniony. (...) Skoro według art. 13 § 1 k.k. dla zaistnienia usiłowania konieczne są trzy elementy: a/ zamiar popełnienia czynu zabronionego, b/ zachowanie zmierzające bezpośrednio do jego dokonania, c/ brak jego dokonania - to brak jest jakichkolwiek argumentów, by nie uznać za usiłowanie podżegania do zabójstwa np., zdarzenia polegającego na tym, że osoba A nakłaniała osobę B do zabicia osoby C, ale było to nakłanianie bezskuteczne, tzn. nie udało się jej w psychice osoby B wywołać zamiaru zabicia osoby C. Wątpliwości Sądu Okręgowego co do możliwości usiłowania podżegania pozostają jednak w związku z bardziej skomplikowanym układem sytuacyjnym, który zaistniał w niniejszej sprawie. Są one zrozumiałe, skoro przepis o usiłowaniu wymaga, by zachowanie się usiłującego zmierzało bezpośrednio do dokonania. Tymczasem w tym przypadku nakłaniający chciał doprowadzić do popełnienia konkretnego typu przestępstwa, określonego w części szczególnej Kodeksu karnego (fałszywych zeznań) oddziałując na psychikę osoby, która w jego zamyśle miała być pośrednikiem, a dopiero ta osoba miała bezpośrednio poprzez własne zachowanie wywołać u świadka zamiar złożenia fałszywych zeznań. Wymóg ‘zmierzania bezpośredniego’, tak mocno przecież akcentowany w art. 13 § 1 k.k., w sposób oczywisty nie zostaje więc w tej sytuacji spełniony. Z drugiej strony należy zwrócić uwagę na fakt, że w polskim języku prawniczym istnieje od dawna określenie ‘łańcuszkowe podżeganie’ i ‘łańcuszkowe pomocnictwo’, stworzone dla nazwania sytuacji

---

<sup>77</sup> OSNKW 2003/11-12/89.

*polegających na tym, że ktoś 'podżega do podżegania' albo 'pomaga do pomocnictwa'. Pojęciem tym obejmowane są, jak się wydaje także sytuacje mieszane, np. 'podżeganie do pomocnictwa. Koncentrując się w niniejszym postępowaniu na sytuacji - podżegania do podżegania', stwierdzić należy co następuje: W świetle zamieszczonej w art. 18 § 2 k.k. definicji podżegania, kluczowym problemem dla oceny prawnej 'podżegania do podżegania jest interpretacja pojęcia "czyn zabroniony". (...)Stanowisko, że pojęcie 'czyn zabroniony' odnosi się również do czynów zabronionych przez ustawę, jako podżeganie lub pomocnictwo można znaleźć także w wypowiedziach doktryny... W rezultacie więc, skoro:*

- zgodnie z art. 13 § 1 k.k. usiłowanie polega na bezpośrednim zmierzaniu do dokonania czynu zabronionego;*
- pojęcie 'czyn zabroniony' obejmuje również podżeganie;*
- podżeganie może polegać również na nakłanianiu do podżegania, to należy przyjąć, że podżeganie może być popełnione w formie usiłowania, i to zarówno wtedy, gdy usiłujący bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego opisanego w części szczególnej kodeksu karnego, jak i wtedy, gdy bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach podżegania”.*

*Z przestępstwem podżegania mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca główny pod wpływem podżegacza wszedł co najmniej w stadium usiłowania: „Przekonywający jest pogląd uznający podżeganie za przestępstwo skutkowe, którego skutkiem jest wywołanie zjawiska psychicznego w postaci zamiaru bądź decyzji popełnienia czynu zabronionego przez nakłanianego. Przy oparciu się na tej koncepcji skutkowego charakteru przestępstwa podżegania należałoby uznać, że w niniejszej sprawie nie doszło do dokonania przez skazanego przestępstwa, ponieważ jego działanie nie doprowadziło do wywołania skutku - ani w postaci wywołania u określonej osoby zamiaru popełnienia czynu zabronionego, ani przynajmniej do usiłowania jego popełnienia. Tym samym,*

*czyn sprawcy można by rozpatrywać jedynie w aspekcie form stadialnych – usiłowania” - postanowienie SN z dnia 26 stycznia 2007r., I KZP 33/06<sup>78</sup>.*

*„W dzisiejszej dogmatyce prawa karnego dominuje pogląd, że w ujęciu Kodeksu karnego podżeganie (i pomocnictwo) charakteryzuje się własnymi znamionami typu czynu zabronionego, które treściowo różnią się od znamion charakteryzujących sprawcze postaci popełnienia czynu zabronionego. W opisie znamion podżegania wyróżnić można, identycznie jak w przypadku innych znamion czynu zabronionego, elementy określające stronę podmiotową, przedmiot i stronę przedmiotową. Podmiot podżegania określony został przy pomocy słowa ‘kto’, strona podmiotowa ujęta jest w sposób typowy dla zamiaru bezpośredniego przez zwrot ‘chcąc’, strona przedmiotowa zaś ma złożoną strukturę i obejmuje z jednej strony właściwą czynność podżegania, opisaną jako ‘nakłanianie’, z drugiej normatywny punkt odniesienia czynności nakłaniania (jego przedmiot), w postaci konkretnego typu czynu zabronionego określonego przez odpowiedni przepis części szczególnej...” - wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 czerwca 2006r., II AKa 135/06.*

**Reasumując:** Skoro każdy odpowiada za swoje przestępstwo (w ramach następujących odmian: sprawstwo, współsprawstwo oraz podżeganie i pomocnictwo), to test na autonomię działania przestępczego stosujemy też przy ustaleniu, czy mamy do czynienia z prowokacją legalną. Jeśli sprawca nie popełniłby konkretnego przestępstwa bez ingerencji organów ścigania i polega to na tym, że tajny agent ma wpływ na realizację czynu zabronionego w taki sposób, że co najmniej jest podżegaczem, to taka prowokacja policyjna jest nielegalna. Ma ona wtedy charakter nie weryfikujący, lecz współkreujący. Ustawodawca wymaga wyłącznie weryfikującego charakteru prowokacji.

### **II.3. Przygotowanie i usiłowanie – art. 16 k.k. i art. 13 k.k.**

---

<sup>78</sup> OSNKW 2007/2/11.

*Cogitationis poenam nemo patitur* (nikt nie ponosi kary za [swoje] myśli) – Ulpian<sup>79</sup>. W tekstach dotyczących faz popełnienia przestępstwa w rzymskim prawie karnym rozróżnia się *cogitatio* (łac. myśl)<sup>80</sup> od *voluntas* (wola)<sup>81</sup>. „*W omawianych tekstach wydaje się, że te oznaczenia są wyraźnie rozróżnione: cogitatio to jedynie myśl, której realizacji nie podjęto, voluntas to zamiar, którego realizacja została podjęta, ale nie doprowadzona do końca (usiłowanie)*”<sup>82</sup>.

W niniejszej opinii przez podjęcie zamiaru rozumie się *voluntas* w znaczeniu zamiaru, którego realizacja została podjęta, ale bez znaczenia jest, czy realizacja została czy nie została doprowadzona do końca. Chodzi więc o takie znaczenie, które odnosimy do podjęcia zamiaru podjętego przez sprawcę głównego, żeby można było mówić o wystąpieniu pomocnika (art. 18 par. 3 k.k.).

„*Tytułem wstępu warto przypomnieć, że w nauce prawa karnego występuje pojęcie tzw. pochodzenia przestępstwa (iter delicti), to znaczy schematu przedstawiającego stadia czynu przestępnego. Za elementy tego pochodzenia uważa się: a) powzięcie zamiaru (niekaranego nigdy, w myśl zasady cogitationis poenam nemo patitur), b) czynności przygotowawczych (karanych wyjątkowo, gdy ustawa tak stanowi - art. 16 § 2 k.k.), c) usiłowania (z reguły karanego), d) dokonania (zawsze karanego). Nie wszystkie jednak czyny, co jest oczywiste, przechodzą przez pełny 'pochód przestępstwa...' - wyrok SN z dnia 5 grudnia 2006r., III KK 273/06*<sup>83</sup>.

Karalne usiłowanie, jako postać przestępstwa (postać stadialna wyodrębniona w oparciu o zawansowanie, czyli stadium, czynu zabronionego)

---

<sup>79</sup> Przytoczone w: *Digesta Iustiniani*, D.48.19.18; inskrypcja Nr 28 na kolumnach Sądu Najwyższego w Warszawie.

<sup>80</sup> J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997r., s. 164.

<sup>81</sup> Tamże, s. 1001.

<sup>82</sup> *Regulae iuris. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. W. Wołodkiewicza, Warszawa 2001r., s. 65.

<sup>83</sup> OSNKW 2007/1/8.

*„musi być zawsze przygotowaniem określonego czynu zabronionego, a nie w ogóle przygotowaniem ‘jakiegoś’ czynu zabronionego”<sup>84</sup>.*

*„Najtrudniejszym do bliższego określenia i najbardziej kontrowersyjnym elementem definicji usiłowania, odróżniającym ową formę stadialną czynu zabronionego od przygotowania (zazwyczaj niekaranego) jest element ‘bezpośredniości’ Zachowanie sprawcy może być tylko wtedy uznane za usiłowanie, jeżeli zmierza bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego. Pośrednie zmierzanie do dokonania może być co najwyżej przygotowaniem. Rozważając, kiedy taka bezpośredniość zachodzi, a więc gdzie kończy się przygotowanie, a zaczyna dokonanie, należy uwzględnić zarówno definicję usiłowania zawartą w art. 13 § 1 k.k., jak i definicję przygotowania wyrażoną w art. 16 § 1 k.k. Z zestawienia tych dwóch definicji wynika, że zachowanie się sprawcy zmierzające do dokonania przestępstwa ustawodawca uważa za ‘zmierzanie bezpośrednio’ do dokonania, a więc musi ono być potraktowane jako usiłowanie, jeżeli jest ono na drodze do dokonania krokiem dalszym niż określone w art.16 § 1 k.k. ‘tworzenie warunków’ (zob. L. Gardocki: Prawo karne, Warszawa 2003, s. 104). Innymi słowy: to co wykracza poza granice przygotowania czynu zabronionego, nie osiągając punktu jego dokonania, jest usiłowaniem. Zwraca się w nauce uwagę, że między przygotowaniem a usiłowaniem nie istnieje ‘pole niczyje’ (zob. A. Wąsek: Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 1999, s. 194). Przedstawiony punkt widzenia, nawiązujący w gruncie rzeczy do funkcjonującej w doktrynie prawa karnego koncepcji obiektywnej, ale nie w postaci skrajnej, zyskał akceptację judykatury. Wyrazem tego było przedstawione w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2005 r., IV KK 309/04, następujące zapatrywanie prawne: jeżeli w ‘pochodzie przestępstwa’ czyn wykracza poza granice przygotowania (art. 16 k.k.), to stanowi on co najmniej usiłowanie popełnienia tego przestępstwa*

---

<sup>84</sup> A. Zoll, (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, tom pierwszy, red. A. Zoll, wydanie drugie, Zakamycze 2004r., s. 271.

(OSNKW 2005, z. 9 poz. 79)” – w/w wyrok SN z dnia 5 grudnia 2006r., III KK 273/06. Wg doktryny: „*Ponieważ polska konstrukcja usiłowania sprowadza się do czynności bezpośrednio skierowanych do jego dokonania, to a contrario czynność, która pośrednio wiąże się z dokonaniem przestępstwa jest przygotowaniem*”<sup>85</sup>.

Ustawodawca oddziela usiłowanie zwykłe (art. 13 par. 1 k.k.) od nieudolnego (par. 2 art. 13 k.k.). „*Różnica między usiłowaniem zwykłym a nieudolnym polega na tym, że przy usiłowaniu nieudolnym działanie w rzeczywistości wcale nie prowadzi do dokonania przestępstwa, przeciwnie – nie może doprowadzić do dokonania, czego jednak sprawca sobie nie uświadamia*”<sup>86</sup>. Usiłowanie nieudolne polega więc na tym, że dokonanie przestępstwa *ex ante* jest niemożliwe, o czym sprawca nie wie. „*Samo jednak stwierdzenie, że określone zachowanie nosi znamiona nieudolnego usiłowania dokonania czynu zabronionego nie przesądza jeszcze o tym, że sprawca ponosi za nie odpowiedzialność karną. Przestępne są bowiem takie tylko rodzaje usiłowania nieudolnego, na które wskazuje się w art. 13 § 2 k.k., tj.: 1) ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, albo 2) ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego*” - wyrok SN z dnia 11 września 2002r., V KKN 9/01, OSNKW 2002/11-12/102.

Instytucja prowokacji policyjnej nie jest również kontratypem wobec przestępstwa z art. 24. „*Art. 24 n.k.k. zmienia nieco formułę odpowiedzialności tzw. prowokatora, czyniąc go odrębną instytucją prawnokarną, a nie tylko, jak dotychczas, szczególnym typem podżegacza (art. 21 § 3 d.k.k.). Praktyczne znaczenie tej zmiany polega na tym, iż może nim być obecnie nie tylko podżegacz, ale także i sprawca kierowniczy oraz ‘sprawca polecający’, jeśli ich działania wyczerpują również znamię ‘nakłaniania’, co w przypadku tego*

---

<sup>85</sup> G. Rejman, (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999r., s. 582.

<sup>86</sup> I. Andriejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1978r., s. 181.



ostatniego rozumie się samo przez się”<sup>87</sup>. W przypadku łapownictwa niedozwolona prowokacja „polegałaby na umyślnym stwarzaniu sytuacji i warunków wywołujących żądanie łapówki lub na udzieleniu jej w celu późniejszego ujawnienia osoby przyjmującej łapówkę. W myśl art. 24 k.k. prowokator odpowiada jak za podżeganie”<sup>88</sup>. Żeby można było mówić o niedozwolonej prowokacji, prowokatorowi musi towarzyszyć określony cel: „Prowokacją jest działanie podjęte w celu spowodowania popełnienia przestępstwa, aby przeciwko jego sprawcy skierowane zostało postępowanie karne (art. 24 k.k.)” – wyrok SA w Krakowie z dnia 21 września 2000r., II AKa 152/00<sup>89</sup>.

**Reasumując:** Z punktu widzenia *iter delicti* (niekarane powzięcie zamiaru; czynności przygotowawcze - karane wyjątkowo; usiłowanie - z reguły karane; dokonanie - zawsze karane), legalna prowokacja policyjna nie jest dopuszczalna na etapie powzięcia zamiaru jako *cogitatio* (*cogitationis poenam nemo patitur*), który ma być w jej wyniku weryfikowany. Dopuszczalna jest najwcześniej na następnym etapie, tj. na etapie czynności przygotowawczych, ale tylko wyjątkowo, pod warunkiem, że te czynności są one karane (art. 16 § 2 k.k.), zaś co do zasady o legalności prowokacji można mówić dopiero wtedy, gdy jest realizowana na etapie zamiaru rozumianego jako *voluntas* (tj. zamiaru, którego realizacja została podjęta, ale nie doprowadzona do końca). Ponadto z punktu widzenia pojęcia „czyn zabroniony”, w art. 16 § 2 k.k. chodzi o przygotowanie określonego czynu, a nie w ogóle przygotowanie „jakiegoś” czynu zabronionego.

#### **II.4. Tworzenie fałszywych tożsamości w trakcie procesu legendowania czynności operacyjno-rozpoznawczych.**

---

<sup>87</sup> M. Filar, „Podstawy odpowiedzialności karnej w nowym kodeksie karnym”, „Palestra” Nr 11-12/1997r.

<sup>88</sup> M. Subkont, „Z zagadnień odpowiedzialności za łapownictwo w kodeksie karnym z 1997r.”, „Przegląd Sądowy” Nr 5/1998r.

<sup>89</sup> KZS 2000/10/30.

Art. 20a ust. 2 ustawy o Policji – w brzmieniu nadanym przez w/w ustawę z dnia 27 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o Policji, ustawy o działalności ubezpieczeniowej, ustawy-Prawo bankowe, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy-Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną - stanowi, że przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych policjanci mogą posługiwać się dokumentami, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikujących policjanta oraz środków, którymi posługuje się przy wykonywaniu zadań służbowych. W myśl ust. 3, w szczególnie uzasadnionych przypadkach przepis ust. 2 może mieć zastosowanie do osób, o których mowa w art. 22 ust. 1 zd. pierwsze (Policja przy wykonywaniu swych zadań może korzystać z pomocy osób niebędących policjantami). Z kolei art. 3a pkt 1, 2 i 3 precyzuje, iż nie popełnia przestępstwa:

- 1) kto poleca sporządzenie lub kieruje sporządzeniem dokumentów, o których mowa w ust. 2 i 3;
- 2) kto sporządza dokumenty, o których mowa w ust. 2 i 3;
- 3) kto udziela pomocy w sporządzeniu dokumentów, o których mowa w ust. 2 i 3;
- 4) policjant lub osoba wymieniona w ust. 3, jeżeli dokumentami, o których mowa w ust. 2 i 3, posługują się przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Art. 20a ust. 4 zawiera delegację ustawową (Minister właściwy do spraw wewnętrznych określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe zasady i tryb wydawania, posługiwania się, a także przechowywania dokumentów, o których mowa w ust. 2 i 3, uwzględniając rodzaje dokumentów i cel, w jakim są wydawane, organy i osoby uprawnione do wydawania, posługiwania się i przechowywania dokumentów, czas, na jaki wydawane są dokumenty, czynności zapewniające ochronę dokumentów oraz ich sposób przechowywania i ewidencji).

W pierwotnym brzmieniu art. 20a stanowił:

Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych policjanci mogą posługiwać się dokumentami, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikujących policjanta oraz środków, którymi posługuje się przy wykonywaniu zadań służbowych (ust. 2)

W szczególnie uzasadnionych przypadkach przepis ust. 2 może mieć zastosowanie do osób, o których mowa w art. 22 ust. 1 (ust. 3).

Ust. 4 zawierał delegację ustawową (Minister Spraw Wewnętrznych określi szczegółowe zasady i tryb wydawania, posługiwania się, a także przechowywania dokumentów, o których mowa w ust. 2),

Ze względu na treść przepisów zawartych w art. 20a ust. 2 ustawy o Policji i rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 maja 2002 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu wydawania, posługiwania się, przechowywania i ewidencji dokumentów, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikujących policjanta lub osobę udzielającą pomocy Policji oraz środków, którymi posługują się przy wykonywaniu zadań służbowych<sup>90</sup>, wydanego na podstawie ust. 4 art. 20a ustawy o Policji - nie ulega wątpliwości, że chodzi wyłącznie o fałszowanie wszelkich dowodów tożsamości tajnych agentów i np. dowodów rejestracyjnych samochodów lub innych środków. Art. 20a ust. 2 mówi *expressis verbis*, że chodzi jedynie o dokumenty, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikujących policjanta oraz środków, którymi posługuje się przy wykonywaniu zadań służbowych. Natomiast § 2 ust. 4 w/w rozporządzenia precyzuje, że pisemny wniosek o wydanie dokumentu powinien zawierać:

- 1) nazwę jednostki lub komórki organizacyjnej, w której dokument będzie wykorzystywany,

---

<sup>90</sup> Dz.U. Nr 74, poz. 684.

- 2) uzasadnienie potrzeby posiadania dokumentu przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych lub udzielaniu pomocy oraz określenie okoliczności, w jakich będzie wykorzystywany,
- 3) rzeczywiste i fikcyjne dane osobowe użytkownika, w zakresie niezbędnym do opracowania danego rodzaju dokumentu, obejmujące w szczególności:
  - a) imię i nazwisko,
  - b) datę i miejsce urodzenia,
  - c) miejsce zamieszkania i zameldowania,
- 4) inne informacje konieczne do opracowania treści dokumentu,
- 5) potwierdzenie posiadania uprawnień lub kwalifikacji w przypadku występowania o wydanie dokumentu, o którym mowa w § 5,
- 6) potwierdzenie wykonania badań technicznych środka transportu w przypadku występowania o wydanie dokumentu rejestracyjnego,
- 7) aktualny wzór dokumentu,
- 8) kryptonim i numer rejestracyjny teczki obiektu w przypadku występowania o wydanie dokumentów dotyczących obiektu.

Wg ust. 1 § 2 rozporządzenia, w Policji organem uprawnionym do wydawania dokumentów uniemożliwiających ustalenie danych identyfikujących policjanta lub osobę udzielającą pomocy Policji oraz środków, którymi posługują się przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych lub udzielaniu pomocy, a także faktu pełnienia służby, celu, form i metod wykonywania zadań służbowych, zwanych dalej "dokumentami", jest Komendant Główny Policji. Na zasadzie wyjątku fałszować dowody osobiste i rejestracyjne mogą przełożeni tajnych agentów. Ust 5 § 2 rozporządzenia pozwala bowiem, aby w uzasadnionych przypadkach wnioskodawca, o którym mowa w ust. 3 pkt 1 i 2, może wystąpić, z zachowaniem trybu określonego w ust. 2, o upoważnienie go do wydawania określonego rodzaju dokumentu we własnym zakresie. Zaś w ust. 3 pkt 1 i 2 czytamy: Wnioski, o których mowa w ust. 2, składają:

- 1) kierownicy komórek organizacyjnych Komendy Głównej Policji,
- 2) komendanci wojewódzcy Policji.

Słusznie więc w piśmiennictwie prawniczym zwraca się uwagę, że przepis art. 20a ust. 3a „*zezwała policjantowi działającemu ‘pod przykryciem’ na posługiwanie się fałszywym dowodem tożsamości*”<sup>91</sup>. Inaczej mówiąc chodzi o posługiwanie się przez tajnych agentów „*dokumentami, które uniemożliwiają ustalenie ich danych osobowych*”<sup>92</sup>. Jednocześnie w oparciu o sfalszowane dowody tożsamości tajni agenci mogą posługiwać się dokumentami wydanymi przez uprawnione organy, służby, instytucje, organizacje i jednostki organizacyjne, ale na potrzeby czynności operacyjnych tych dokumentów nie można fałszować. Stanowi o tym § 4 rozporządzenia. Przepis ten stanowi: W przypadku potrzeby uzyskania dokumentu od organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego oraz organów, służb i instytucji państwowych uprawnionych do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, a także od zagranicznych i międzynarodowych organizacji, instytucji i jednostek organizacyjnych właściwych do zapobiegania i zwalczania przestępczości, z wnioskiem o wydanie dokumentu występuje Komendant Główny Policji.

Odpowiednikiem przepisów zawartych w art. 20a ustawy o policji są przepisy art. 24 ustawy o CBA. Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych funkcjonariusze CBA mogą posługiwać się dokumentami, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikujących funkcjonariusza oraz środków, którymi posługuje się przy wykonywaniu zadań służbowych (art. 24 ust. 2)

Osoby udzielające CBA pomocy przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych mogą posługiwać się dokumentami, o których mowa w ust. 2 (ust. 3 art. 24); przepis ten reguluje też sytuację podmiotów prawa prywatnego,

---

<sup>91</sup> A. Adamski, „Zakaz dla ścigających i ściganych”, „Rzeczpospolita” z dnia 3 lipca 2004r.

<sup>92</sup> A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006r., s. 68.

bo spośród takiej kategorii mogą się rekrutować osoby udzielające pomocy CBA.

Kontratyp ustawowy sformułowano w ust. 4 art. 24 - w pkt 1, 2, 3 i 4. głoszący, że nie popełnia przestępstwa:

- 1) kto poleca sporządzenie lub kieruje sporządzeniem dokumentów, o których mowa w ust. 2;
- 2) kto sporządza dokumenty, o których mowa w ust. 2;
- 3) kto udziela pomocy w sporządzeniu dokumentów, o których mowa w ust. 2;
- 4) funkcjonariusz CBA lub osoba wymieniona w ust. 3, posługujący się przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych dokumentami, o których mowa w ust. 2.

W świetle ust. 3 art. 24, tajnym agentem może być nie tylko funkcjonariusz CBA, lecz także osoby prywatne działające na ich zlecenie funkcjonariuszy (osoby udzielające CBA pomocy przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych)<sup>93</sup>.

Ust. 5 art. 24 zawiera delegację ustawową (Prezes Rady Ministrów określi, w drodze zarządzenia, szczegółowy tryb wydawania i posługiwania się, a także przechowywania dokumentów, o których mowa w ust. 2 i 3, z uwzględnieniem wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych stanowiących tajemnicę państwową). Ten przepis *in fine* nie dotyczy utajnienia zarządzenia, tylko utajnienia dokumentów wytworzonych na podstawie tego zarządzenia. Falszowane mogą być jedynie dokumenty, o których mowa w art. 24 ust. 2 ustawy o CBA, w przeciwnym razie mamy do czynienia z czynem zabronionym z art. 270 k.k., którego istota polega na tym, że sprawca sporządził dokument przy zachowaniu pozorów, że pochodzi on od innej osoby. *„Artykuł 270 § 1 k.k. przewiduje trzy sposoby dopuszczenia się fałszu materialnego dokumentu: 1) podrobienie dokumentu (nadanie określonego przedmiotowi*

---

<sup>93</sup> Def. „tajnego agenta” w ujęciu komparatystycznym w: S. Waltoś, „Tajny agent policji (na obrzeżach odpowiedzialności karnej)”, „Państwo i Prawo” Nr 11-12/1993r.

pozorów dokumentu autentycznego, podczas gdy w rzeczywistości tak nie jest); 2) przerobienie dokumentu (usunięcie z autentycznego dokumentu części treści i zastąpienie jej inną) - w obu wypadkach warunkiem karalności jest, aby sprawca działał w celu użycia sfalszowanego dokumentu za autentyczny; 3) użycie dokumentu podrobionego lub przerobionego jako autentycznego” - wyrok SN z dnia 17 września 2002r., IV KK 240/02<sup>94</sup>.

„Podstawową metodą interpretacji prawa jest metoda językowa, która tylko wtedy mogłaby być odrzucona, gdyby jej rezultaty prowadziły do absurdalnych wniosków. Nie ma podstaw do takiej konstatacji w toku wykładni językowej przepisu art. 270 § 1 k.k. Przystępstwo materialnego fałszerstwa dokumentu (art. 270 § 1 k.k. in princ) może być popełnione albo przez podrobienie, albo przerobienie dokumentu. (...)W języku polskim przez podrobienie rozumiemy wykonanie imitacji jakiejś rzeczy mającej uchodzić za oryginał; sfalszowanie czegoś; wykonanie drugiego egzemplarza jakiegoś przedmiotu po to, żeby się nim nielegalnie posługiwać [por. M. Szymczak (red.): Słownik języka polskiego, Warszawa 1979, t. II, s. 745]. Natomiast sfalszowanie oznacza między innymi przedstawienie czegoś niezgodnie z prawdą, zniekształcenie (por. Słownik... op. cit. t. I, s. 570). Zaprezentowane znaczenie słowa podrabia jest powszechnie przyjęte w piśmiennictwie. J. Piórkowska-Flieger, w obszernej monografii poświęconej fałszowi dokumentu, w sposób analityczny wyjaśnia, że istota podrobienia dokumentu polega na takim działaniu sprawcy, które powoduje, że z danym przedmiotem lub innym zapisanym nośnikiem informacji związane jest określone prawo albo iż ze względu na zawartą w nim treść stanowi on dowód prawa, stosunku prawnego bądź okoliczności mającej znaczenie prawne. Sprawca może sporządzić taki dokument w całości albo uzupełnić dany przedmiot lub inny nośnik o taki element bądź elementy, które powodują, że z danym przedmiotem albo innym zapisanym nośnikiem informacji wiąże się określone prawo lub ich treść ma

---

<sup>94</sup> LEX 74386

znaczenie prawne. Wprowadzony przez sprawcę element lub elementy przesądzają o tym, że konkretnemu przedmiotowi albo innemu zapisanemu nośnikowi informacji nadawany jest pozór autentycznego dokumentu. Takim elementem może być określony tekst, podpis, pieczęć. Możliwe jest więc podrobienie dokumentu np. przez napisanie całego tekstu dokumentu lub przez uzupełnienie zapisu treści o dodatkowy fragment. Istotne jest, ażeby działanie sprawcy nadało danemu przedmiotowi lub innemu zapisanemu nośnikowi informacji pozór autentycznego dokumentu (J. Piórkowska-Flieger: *Falsz dokumentu w polskim prawie karnym*, Kraków 2004, s. 274). Zdaniem S. Lełental podrobieniem dokumentu jest sporządzenie całego dokumentu albo jego części i tym samym wywołanie wrażenia, że pochodzi on od osoby lub instytucji, w imieniu której został sporządzony. Podrobienie ma miejsce wówczas, gdy sprawca podrobi cały tekst pisemny wraz z podpisem, a także gdy podrobi sam podpis [S. Lełental (w:) Ó. Górniok, S. Lełental, H. Popławski: *Prawo karne. Część szczególna*, Gdańsk 1977, s. 188). (...)Równocześnie komentatorzy podkreślają, że jest obojętne, czy osoba, której podpis podrobiono, istnieje w rzeczywistości, czy też nie istnieje” - chwała SN z dnia 17 marca 2005r., I KZP 20/05<sup>95</sup>.

W myśl art. 10 ust. 1 pkt 2 *in fine* ustawy z dnia 20 lipca 2000r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych<sup>96</sup>, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski", zwanym dalej "Monitorem Polskim", ogłasza się zarządzenia Prezesa Rady Ministrów, wydane na podstawie ustawy. Dodajmy, że zgodnie z art. 93 ust. 3 Konstytucji, zarządzenia te podlegają kontroli pod względem zgodności z powszechnie

---

<sup>95</sup> „Wokanda” Nr11/2005r.

<sup>96</sup> Dz.U. Nr 62, poz. 718 – ze zm.



obowiązującym prawem. Kontroli dokonuje Trybunał Konstytucyjny na podstawie art. 188 ust. 3 Konstytucji<sup>97</sup>.

Podmiotem przepisu zawartego w art. 24 ust. 3 ustawy o CBA mogą być podmioty prawa prywatnego (osoby udzielające CBA pomocy przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, które w myśl tego przepisu mogą posługiwać się dokumentami, o których mowa w ust. 2). Przepis art. 24 ust. 5 (delegacja do wydania zarządzenia, a nie rozporządzenia) należy uznać za sprzeczny z art. 93 Konstytucji. „*Przepis ten stanowi bowiem nie tylko podstawę do wydawania uchwał przez Radę Ministrów oraz zarządzeń przez premiera i ministrów, ale też traktowany być musi jako ustanawiający ogólny - i bezwzględnie wiążący - model aktu o charakterze wewnętrznym. Każdy taki akt może więc obowiązywać tylko jednostki organizacyjne podległe organowi wydającemu ten akt (art. 93 ust. 1), każdy może być wydany tylko na podstawie ustawy (art. 93 ust. 2), każdy podlega kontroli co do jego zgodności z powszechnie obowiązującym prawem (art. 93 ust. 3), żaden nie może stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów (art. 93 ust. 2). Za podstawowy element tego modelu trzeba uznać zakres aktu wewnętrznego, który w żadnym wypadku nie może dotyczyć jakichkolwiek podmiotów, które nie są podległe organowi wydającemu taki akt” – wyrok TK z dnia 1 grudnia 1998r., K 21/98<sup>98</sup>.*

§ 68 ust. 1 Zasad techniki prawodawczej, stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002r.<sup>99</sup> – ustawowe upoważnieniu do wydania rozporządzenia dzieli na obligatoryjne i fakultatywny. W zd. pierwszym ust. 2 § 68 wyjaśniono, że jeżeli do funkcjonowania ustawy jest niezbędne wydanie rozporządzenia, upoważnieniu nadaje się charakter obligatoryjny; jeżeli rozstrzygnięcie co do tego, czy i kiedy

---

<sup>97</sup> Por. J. Jeżewski, *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997r.*, pod red. J. Bocia, Wrocław 1998r., s. 166.

<sup>98</sup> OTK 1998/7/116.

<sup>99</sup> Dz. U. Nr 100, poz. 908.

wydać rozporządzenie, pozostawia się organowi upoważnianemu, upoważnieniu nadaje się charakter fakultatywny – zd. drugie ust. 2 § 68. Wg pkt 1 ust. 3 § 68, jeżeli przepis ma upoważniać do wydania rozporządzenia, a zarazem wyznaczać upoważnianemu organowi obowiązek jego wydania: "... (nazwa organu) określi, w drodze rozporządzenia, ....." (upoważnienie obligatoryjne); jeżeli przepis ma upoważniać do wydania rozporządzenia, a zarazem zapewniać swobodę korzystania z tego upoważnienia: "..... (nazwa organu) może określić, w drodze rozporządzenia, ...." (upoważnienie fakultatywne) - pkt 2 ust. 3 § 68. W/w Zasady nie regulują kwestii obligatoryjności i fakultatywności zarządzeń, więc do zarządzeń stosujemy przez analogię § 68. Aczkolwiek ten podział - z konsekwencją, że bez zarządzenia obligatoryjnego ustawa nie może funkcjonować - wynika przede wszystkim z w/w koncepcji ustawodawcy racjonalnego.

Art. 24 ust. 5 ustawy o CBA zawiera obligatoryjną delegację ustawową - Prezes Rady Ministrów określi, w drodze zarządzenia (a nie może określić), tzn. do funkcjonowania ustawy jest niezbędne wydanie zarządzenia.

**Reasumując:** Pierwotne legendowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym prowokacji policyjnej, polega na tworzeniu fałszywych tożsamości. Ustawa dopuszcza jedynie fałszowanie dowodów tożsamości funkcjonariuszy CBA i dokumentów środków użytych podczas prowokacji policyjnej, np. dowodów rejestracyjnych samochodów, ale nie innych dokumentów. Jednak dotychczas premier nie wykonał obligatoryjnego upoważnienia ustawowego z art. 24 ust. 5 ustawy o CBA, tzn. nie opublikował stosownego zarządzenia określającego szczegółowy tryb wydawania i posługiwania się, a także przechowywania dokumentów pozwalających tworzyć fałszywe tożsamości. Dlatego agenci CBA nie mogą działać pod przykryciem, czyli nie mogą legalnie realizować istoty prowokacji policyjnej, tj. posługiwać się sfalszowanymi dowodami tożsamości i sfalszowanymi dowodami rejestracyjnymi środków komunikacji, ani nie mogą (na podstawie tych

sfalszowanych tożsamości) występować do uprawnionych organów, służb, instytucji, organizacji i jednostek organizacyjnych – o wydanie stosownych dokumentów, wtórnie legendujących czynności operacyjno-rozpoznawcze (wtórne legendowanie, w przeciwieństwie do pierwotnego, oparte jest już na prawdzie).

## II.5. Płatna protekcja – art. 230 k.k.

*„Powoływanie się na swój wpływ w instytucji”*, w rozumieniu art. 230 k.k., to *„nie tylko bezpośrednio oznajmienie, ale i eksponowanie swoim zachowaniem okoliczności, które są w stanie wzbudzić u adresata przekonanie, iż sprawca takie wpływy posiada (np. „nazywanie po imieniu osób, które decydują o danej sprawie, informowanie o takich faktach, które istnienie takiego wpływu mogą sugerować, np. o wspólnej libacji czy wycieczce)”*<sup>100</sup>. Chodzi oto, że *„nawet przy fikcyjności tego stanu rzeczy, samo powoływanie się na wpływy na urzędnika świadczy o tym, że oskarżony godził w autorytet organu władzy państwowej, a więc godził w przedmiot ochrony prawnej art. 38 MKK”* – wyrok SN z dnia 29 września 1959r., V K 1220/59 (art. 38 MKK zawierał odpowiednik art. 230 k.k. z 1997r.). Wpływanie może być więc realne lub fikcyjne; oznajmione bezpośrednio lub wyrażone innym zachowaniem sprawcy.

*„Podjęcie się pośrednictwa, to tyle samo co porozumienie się z inną osobą w sprawie starań, które sprawca poczyni w instytucji, a które miałyby doprowadzić do korzystnego dla osoby zainteresowanej załatwienia sprawy. Porozumienie się to obejmuje również korzyść, którą sprawca za pośrednictwo uzyskuje od razy albo uzyska później (tzw. obietnicę korzyści)”*<sup>101</sup>. W przypadku przestępstwa z art. 230 k.k. *„warunkiem penalizacji jest doprowadzenie innej osoby do udzielenia korzyści albo złożenia jej obietnicy w*

---

<sup>100</sup> O. Górniok, (w) R. Góral, O. Górniok, *Przestępstwa przeciwko instytucjom państwowym i wymiarowi sprawiedliwości. Rozdział XXIX i XXX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000r., s. 100.

<sup>101</sup> I. Andriejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1978r., s. 432.

zamian za pośrednictwo w załatwieniu sprawy”<sup>102</sup>. Co prawda, SN w wyroku z dnia 26 marca 1964r., II K 936/61 – uznał, iż nawet w przypadku nie przyjęcia propozycji mamy do czynienia z przestępstwem płatnej protekcji, ale spotkało się to ze zdecydowaną i uzasadnioną krytyką ze strony doktryny<sup>103</sup>. Uczestnictwo udzielającego korzyści (lub obietnicy) „*jest warunkiem popełnienia przestępstwa, osiąga on – bądź osiągnąć zamierza – z tego przestępstwa jakąś korzyść*”<sup>104</sup>. Przy braku jego zgody „*czyn stanowi usiłowanie*”<sup>105</sup>.

Znamie czynności wykonawczej jest dwuaktowe<sup>106</sup>. W pierwszym akcie sprawca dla realizacji znamion typu czynu zabronionego musi wykonać jedną z trzech alternatywnie określonych czynności (powoływać się na wpływy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi albo wywołując przekonanie innej osoby lub utwierdzając ją w przekonaniu o istnieniu takich wpływów). Akt drugi polega na podjęciu się pośrednictwa w załatwieniu konkretnej sprawy w zamian za korzyść majątkową lub jej obietnicę. Przy tym te oba akty muszą wystąpić łącznie<sup>107</sup>.

„Sprawa” jest elementem centralnym strony przedmiotowej przestępstw płatnej protekcji z art. 230 k.k. (art. 244 k.k. z 1969r., art. 38 m.k.k.). „*Stanowi ona ogniwo łączące wszystkie elementy przestępnego działania przewidzianego w tym przepisie*”<sup>108</sup>. Ten element strony przedmiotowej, w którym jest mowa o „sprawie” należy interpretować właśnie jako konkretną sprawę. Interpretacja

<sup>102</sup> A. Marek, *Prawo karne*, wydanie IV, Warszawa 2003r., s. 626.

<sup>103</sup> Por. w: Z. Radzikowska, „Z problematyki postaci zjawiskowych przestępstwa z art. 38 KK”, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” Nr 2 z 1968r., s. 150.

<sup>104</sup> M. Surkont, *Prawo karne*, Bydgoszcz 2001r., s. 234.

<sup>105</sup> R. Góral, *Kodeks karny. Komentarz praktyczny*, wydanie III, Warszawa 2002r., s. 366.

<sup>106</sup> Tak A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, red. A. Zoll, tom drugi, Zakamycze 1999r., s. 771; A. Barczak-Oplistol, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, red. A. Zoll, tom drugi, wydanie drugie Zakamycze 2006r., s.

976; O. Górniok, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222-316*, red. A. Wąsek, tom drugi, wydanie trzecie, Warszawa 2006r., s. 79.

<sup>107</sup> Tak A. Zoll, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, Zakamycze 1999r., s. 771.

<sup>108</sup> E. Popek, *Przestępstwo płatnej protekcji w ustawodawstwie karnym PRL*, Warszawa 1971r., s. 63.

zmierzająca do ustalenia, że chodzi o niesprecyzowaną sprawę, kłóciłaby się z koncepcją ustawodawcy racjonalnego<sup>109</sup>. Logicznie myślący człowiek może zapłacić określoną kwotę za załatwienie określonej sprawy, np. szybkie odrolnienie określonych gruntów, a nie bliżej niesprecyzowanych „dużych gruntów”, gdy nawet nie wiadomo, jak duże to mają być grunty. Tak to też w sposób jednolity interpretuje doktryna. Drugi akt zachowania się sprawcy płatnej protekcji określa się jako ujawnienie przez sprawcę wobec innej osoby gotowości przyczynienia się do załatwienia „danej sprawy”<sup>110</sup>. Chodzi o załatwienie „jakiejś”<sup>111</sup> konkretnej sprawy. „Sprawą” jest każdy skonkretyzowany przedmiot starań, jakie obywatel podejmuje albo chce podjąć w instytucji wskazanej w akcie pierwszym zachowania przestępnego. Nie jest istotne, w jakim stadium załatwiania sprawa się znajduje w chwili podjęcia się pośrednictwa (tak wyrok SN z dnia 4 lutego 1960r., III K 275/59<sup>112</sup>), ani od tego, by działanie sprawcy miało na celu sprawę słuszną czy niezgodną z prawem (tak wyrok SN z dnia 2 grudnia 1960r., II K 219/59<sup>113</sup>). Przepis o przestępstwie płatnej protekcji nie wymaga, aby sprawa rzeczywiście istniała. Zarówno „wpływ”, „jak i „sprawa” mogą być zmyślane, czyli „oszukańcze”<sup>114</sup>, ale musi to być wpływ w określonej instytucji i sprawa też musi być skonkretyzowana.

Nowela czerwcowa przywróciła właśnie tekst z art. 244 kk. z 1969r. poprzez dopisanie dwóch alternatywnych (obok powoływania się na swoje wpływy) znamion czynnościowych:

- wywołanie przekonania o posiadaniu wpływów w instytucji

---

<sup>109</sup> O konieczności uwzględniania koncepcji ustawodawcy racjonalnego przy interpretacji przepisów prawa: L. Nowak, *Próba metodologicznej charakterystyki prawnoustawstwa*, Poznań 1968r., s. 80-138.

<sup>110</sup> Tak O. Chybiński, *Płatna protekcja*, Warszawa 1967r., s. 18; tenże, *Łapownictwo i płatna protekcja w Kodeksie karnym z 1969r.*, (w:) *Studium prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci profesora W. Świdy*, Warszawa 1969. s. 17; O. Górniok, (w:) *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz do artykułów 222-316*, red. A. Wąsek, tom drugi, wydanie trzecie, Warszawa 2006r., s. 81.

<sup>111</sup> Tak O. Górniok, (w:) *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz do artykułów 222-316*, red. A. Wąsek, tom drugi, wydanie trzecie, Warszawa 2006r., s. 81.

<sup>112</sup> OSPiKA 1961/1/13.

<sup>113</sup> Nie publikowany.

<sup>114</sup> Tak. E. Popek, *Przestępstwo płatnej protekcji w ustawodawstwie karnym PRL*, Warszawa 1971r., s., 64.

- utwierdzenie takiego przekonania już powziętego przez adresata propozycji pośredniczenia w załatwieniu sprawy.

Jednak w tych wszystkich trzech formach konieczna jest określona aktywność ze strony pośrednika<sup>115</sup> - to po pierwsze, a po drugie: nawet przed nowelizacją doktryna interpretowała art. 230 k.k. szeroko: „*Powoływanie się*” jako „*nie tylko bezpośrednio oznajmienie, ale każde zachowanie sprawcy, które zmierza i jest w stanie wywoływać przekonanie, iż takie wpływy posiada, niezależnie od tego, czy adresat tych zabiegów istnienie takich wpływów uprzednio domniemywał czy nie....*”<sup>116</sup>. Dlatego zwracano uwagę, że po wejściu w życie k.k. z 1997r. - „*utrzymany zostanie ten sam obszar penalizacji płatnej protekcji*”<sup>117</sup>.

Ponieważ „powoływanie się na wpływy” jest rozumiane szeroko (nie tylko wprost), więc różnica między tym sformułowaniem a „wywoływaniem przekonania o istnieniu wpływów”, z punktu widzenia penalizacji płatnej protekcji nie ma znaczenia praktycznego. Wszak „wywoływanie przekonania o istnieniu wpływów” odbywać się może poprzez szeroko rozumiane „powoływanie się na wpływy”.

**Reasumując:** O przestępstwie możemy mówić dopiero wtedy, gdy istnieje nie abstrakcyjne, lecz konkretne zagrożenie dla chronionego prawem dobra. W przypadku przestępstwa płatnej protekcji z art. 230 k.k., konieczne jest m.in. znamię czynnościowe w postaci podjęcia się pośrednictwa w załatwieniu konkretnej sprawy, np. odrolnienie konkretnego gruntu rolnego (w zamian za korzyść majątkową lub jej obietnicę). Nie wystarczy istnienie przedmiotu ochrony w postaci np. prawidłowej działalności określonej instytucji państwowej. Do koniecznych znamion czynności wykonawczej należy tutaj bowiem nie tylko powoływanie się na wpływy w konkretnej instytucji, ale także

---

<sup>115</sup> Por. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003r., 1997r., s. 632.

<sup>116</sup> O. Górnik, (w) O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, tom III, Gdańsk 2001r., s. 259.

<sup>117</sup> Tamże.

podjęcie się pośredniczenia w załatwianiu konkretnej („danej”) sprawy. Jeśli określona sprawa pojawia się dopiero w wyniku działań agenta CBA, prowokacja policyjna jest niedopuszczalna. Wtedy nie można mówić o uprzednio istniejącym przestępstwie, które ma być dopiero przez tajnego agenta weryfikowane.

### **III. Odpowiedź na pytanie opinii**

**III.1.a)** Działania podjęte przez CBA wobec MRiRW odpowiadałyby prawu, jeśli przed zastosowaniem przez CBA prowokacji policyjnej (art. 19 ustawy o CBA) określone osoby powołujące się na wpływy w MRiRW podjęłyby się pośrednictwa w załatwieniu konkretnej sprawy. Czyn zabroniony przez art. 230 k.k. jest bowiem dwuaktowy:

- 1) powoływanie się na konkretną instytucję (MRiRW);
- 2) w celu pośredniczenia w załatwieniu konkretnej sprawy (załatwienia odrolnienia konkretnego gruntu rolnego).

Tymczasem CBA oficjalnie przyznaje, że dopiero w wyniku aktywności CBA sprecyzowana została sprawa, która miała być załatwiana w MRiRW, tj. wyłączenie z produkcji rolnej określonych gruntów położonych w gminie Mrągowo. CBA popełniło więc błąd prawny<sup>118</sup>, tzn. nie dostrzegło, iż znamię czynności wykonawczej w przypadku przestępstwa płatnej protekcji jest dwuaktowe. Zastosowana prowokacja policyjna była nielegalna, tj. w grę wchodzi czyn zabroniony z art. 235 k.k.; chyba że w/w oficjalne stwierdzenia CBA są nieprawdziwe, tzn. konkretna sprawa do załatwienia w MRiRW, w przestępstwie weryfikowanym przy pomocy zastosowanej prowokacji, pojawiła się przed włączeniem się CBA.

**III.1.b)** Zastosowane przez CBA działania operacyjno-rozpoznawcze wobec MRiRW były nielegalne również dlatego, że funkcjonariusze CBA – jak twierdzi oficjalnie ta służba – podrobili i posługiwali się sfałszowanymi przez

---

<sup>118</sup> Tak W Gontarski, „Jednoaktówka CBA”, „Gazeta Sądowa” Nr 7-8/2007r.

CBA dokumentami dotyczącymi określonych gruntów pod Mrągowem, w tym sfalszowanym podpisem wójta Mrągowa. Takie działania w dwójnasób wypełniają znamiona czynu zabronionego z 270 § 1 k.k.: 1. podrabianie dokumentu; 2. używanie podrobionego dokumentu jako autentycznego (chyba że znowu informacje podawane przez CBA są nieprawdziwe). Zgodnie z przepisami zawartymi w art. 24 ustawy o CBA, funkcjonariusze CBA (i osoby udzielające CBA pomocy przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych – ust. 3 art. 24) mogliby posługiwać się jedynie sfalszowanymi dowodami swojej tożsamości oraz sfalszowanymi dokumentami użytymi środków, w tym sfalszowanymi dowodami rejestracyjnymi użytymi samochodów (pierwotne legendowanie oparte na nieprawdzie) – ale pod warunkiem, że Prezes Rady Ministrów na podstawie ust. 5 art. 24, zawierającego upoważnienie obligatoryjne, opublikował zarządzenie regulujące tryb wydawania i posługiwania się takimi dokumentami. Premier nie wykonał tej delegacji ustawowej<sup>119</sup>. Jednak nawet gdyby stosowne zarządzenie obowiązywało, to i tak funkcjonariusze CBA nie mogliby posługiwać się sfalszowanymi dokumentami organów administracji samorządu terytorialnego. Z ustawy wynika, że wtórne legendowanie opierać się musi na prawdzie. Ustawa o CBA nie wskazuje okoliczności wyłączających bezprawność z tytułu fałszowania (podrobienia lub przerobienia) innych dokumentów, niż te, o których mowa w ust. 2 art. 24. W przeciwnym razie w grę wchodzi właśnie art. 270 § 1 k.k. Funkcjonariusze CBA mogliby jedynie na podstawie sfalszowanych swoich dowodów osobistych wystąpić do tych organów (administracji samorządu terytorialnego) o wydanie dokumentów potrzebnych do przeprowadzenia prowokacji policyjnej (oczywiście nie informując, że ich dowody są sfalszowane i mają miejsce jakieś czynności operacyjno-rozpoznawcze, które z natury są tajne)<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Tak tamże.

<sup>120</sup> Tak tamże.



**III.2.** Materiały zgromadzone w ramach w/w działań, jako materiały zgromadzone nielegalnie (w sposób sprzeczny z ustawą), na podstawie art. 51 ust. 4 Konstytucji RP z 1997r. stosowanego *self-executing*, podlegają usunięciu na żądanie osoby, której dotyczą. Natomiast ze względu na to, że w systemie polskim (i w systemie Rady Europy) nie obowiązuje w postaci czystej koncepcja „owoców zatrutego drzewa”, dopuszczalne jest sanowanie postępowania opartego w pewnej fazie na nielegalnym dowodzie, jeśli fakty ujawnione przy pomocy takiego (nielegalnego) dowodu zostaną następnie potwierdzone przy pomocy innych, już legalnych dowodów.

**opinię sporządził:**  
dr Waldemar Gontarski