

Transakcja pozorna i wykorzystanie jej rezultatów w procesie karnym

ZBIGNIEW NIEMCZYK*

STRESZCZENIE

W niniejszym opracowaniu autor podejmuje się analizy zagadnienia transakcji pozornej i wykorzystania jej rezultatów w procesie karnym. Wykorzystanie tych rezultatów obwarowane jest licznymi warunkami, wymaga umiejętnego zbadania wielu obszarów działania służb uprawnionych do realizacji tego typu czynności i niejednokrotnie budzi poważne wątpliwości interpretacyjne w praktyce prokuratorowskiej i sędziowskiej. Niniejszy artykuł ma na celu przybliżenie tej instytucji, nie tylko przez pryzmat wykładni obowiązujących przepisów, ale także z punktu widzenia istoty transakcji pozornej zakorzenionej w specyfice czynności operacyjno-rozpoznawczych. Poszerzone spojrzenie na proceduralne skutki uchybień związanych z tą problematyką, także przy uwzględnieniu normy wynikającej z art. 168a k.p.k., zostanie zaprezentowane w kolejnej części niniejszej publikacji.

Słowa kluczowe: transakcja pozorna, Kodeks postępowania karnego

WSTĘP

Zdając sobie sprawę z dużych trudności, z jakimi borykają się organy państwa zwalczające przestępczość zorganizowaną oraz poważną korupcję, ustawodawca wyposażył niektóre z nich w specjalne uprawnienia, które mogą służyć skutecznej realizacji tego celu. Mają być one odpowiednim narzędziem w walce z tego rodzaju przestępczością, cechującą się głębokim zakonspirowaniem i – co za tym idzie – trudno wykrywalną.

* Mgr Zbigniew Niemczyk, prokurator Prokuratury Regionalnej w Gdańsku, wykładowca Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury.

Do narzędzi tych należą m.in.: nabycie, zbycie lub przejęcie przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także kontrolowane wręczenie lub przyjęcie korzyści majątkowej. W literaturze przedmiotu można spotkać różne określenia tych działań: począwszy od najtrafniejszej „transakcji pozornej”¹, przez zdecydowanie mniej fortunną „prowokację policyjną”², czy wreszcie po budzący pejoratywne skojarzenia „podstęp”³. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka można z kolei spotkać się z określeniem „eksperyment operacyjny”⁴, co trafnie oddaje istotę podejmowanych czynności polegających przecież na eksperymentalnym sprawdzeniu w drodze operacyjnej informacji o przestępstwie.

Wykorzystanie rezultatów transakcji pozornej w procesie karnym obwarowane jest licznymi warunkami, wymaga umiejętnego zbadania wielu obszarów działania służb uprawnionych do realizacji tego typu czynności i niejednokrotnie budzi poważne wątpliwości interpretacyjne w praktyce prokuratorskiej i sędziowskiej. Niniejszy artykuł ma na celu przybliżenie tej instytucji, nie tylko przez pryzmat wykładni obowiązujących przepisów, lecz także z punktu widzenia istoty transakcji pozornej zakorzenionej w specyfice czynności operacyjno-rozpoznawczych.

I. ISTOTA TRANSAKCJI POZORNEJ

Transakcja pozorna to prawnie dozwolona postać uczestnictwa przedstawicieli organów ścigania lub osób udzielających im pomocy w czynie przestępnym dokonywanym w celu zgromadzenia dowodów popełnienia przestępstwa, do wykrycia którego klasyczne metody są niewystarczające⁵. Działania te stanowią wyższy poziom pracy operacyjnej, wykorzystujący inne czynności realizowane w tej sferze, takie jak: pozyskiwanie wiedzy od osobowych źródeł informacji, kontrolę operacyjną czy obserwację. Transakcja pozorna, wchodząca do kategorii czynności określanych jako tzw. operacje specjalne⁶, stanowi rodzaj wyrafinowanej gry

¹ T. Hanausek, *Kryminalistyka*, Warszawa 2009, s. 117; D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 227.

² S. Pomorski, *Dozwolone granice prowokacji policyjnej a doktryna entrapment (uwagi na tle prawa amerykańskiego)*, PiP 1994, z. 10, s. 27.

³ B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i operacyjnych*, Toruń 2003.

⁴ Wyrok ETPC z 8.01.2013 r., skarga nr 25282/07, *Baltins v. Łotwa*.

⁵ Zob. J. Mąka, *Prowokacja jako narzędzie działania służb policyjnych*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2010, nr 3.

⁶ W Sejmie RP V kadencji trwały prace nad projektem ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, jednak w pewnym momencie ich zaprzestano. Projekt ustawy z 7 lutego 2008 r. (druk sejmowy nr 353) pozostaje jednak ciekawym kompendium wiedzy na temat czynności operacyjno-rozpoznawczych.

prowadzonej przez tajnych agentów i jako taka powinna być poprzedzona tymi właśnie metodami, stanowiąc niejako ich finał i ukoronowanie.

Instytucja ta w polskim ustawodawstwie została uregulowana następującymi przepisami:

- 1) art. 19a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁷,
- 2) art. 29 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁸,
- 3) art. 19 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁹,
- 4) art. 9f ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej¹⁰,
- 5) art. 33 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego¹¹,
- 6) art. 32 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych¹²,
- 7) art. 119 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej¹³,
- 8) art. 11o ustawy z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych¹⁴.

Powyższe regulacje zawierają także podstawy prawne przenoszenia materiałów uzyskanych w rezultacie transakcji pozornej do procesu karnego, odwołując się przy tym do treści art. 393 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego¹⁵. Czynność ta jednak jest obwarowana wieloma przesłankami, a tym samym wymaga wnikliwej i wieloaspektowej analizy transponowanych materiałów, zmierzającej do odpowiedzi na pytanie, czy spełniają one odpowiednie standardy i mogą tym samym stanowić podstawę dokonywania ustaleń faktycznych w sprawie karnej.

Podstawowe zasady związane z zarządzaniem oraz przeprowadzeniem operacji specjalnych określono w przywołanych wyżej ustawach tzw. policyjnych. Szczegóły dotyczące warunków, sposobu przeprowadzenia i udokumentowania omawianych czynności uregulowane zostały z kolei w przepisach wykonawczych wydanych

I tak np. operacja specjalna definiowana jest w nim jako rodzaj szczególnej kombinacji operacyjnej charakteryzujący się wykorzystaniem działań maskujących i policjantów pod przykryciem (art. 4 pkt 14 projektu).

⁷ Dz. U. z 2019 r. poz. 161, ze zm.

⁸ Dz. U. z 2020 r. poz. 27.

⁹ Dz. U. z 2019 r. poz. 1921, ze zm.

¹⁰ Dz. U. z 2019 r. poz. 147, ze zm.

¹¹ Dz. U. z 2019 r. poz. 687.

¹² Dz. U. z 2019 r. poz. 518, ze zm.

¹³ Dz. U. z 2019 r. poz. 768, ze zm.

¹⁴ Dz. U. z 2020 r. poz. 13.

¹⁵ Dz. U. z 2020 r. poz. 30 (dalej: k.p.k.).

na podstawie tych ustaw¹⁶. Warto poza tym nadmienić, że poszczególne służby posiadają także swoje wewnętrzne, niejawne unormowania dotyczące transakcji pozornej.

Rozpoczynając analizę tej instytucji, należy wskazać, że należy ona do kategorii czynności operacyjno-rozpoznawczych będących niejawnymi działaniami uprawnionych służb, nakierowanymi na zapewnienie porządku publicznego i bezpieczeństwa państwa. Czynności te odbywają się poza procesem karnym i pozbawione są typowych dla prawa karnego procesowego gwarancji związanych czy to z informowaniem uczestników o podejmowanych działaniach, możliwością odnoszenia się do dokonywanych ustaleń, czy to z uprawnieniem do zaskarżania określonych rozstrzygnięć. Działania operacyjne, z uwagi na niejawne pozyskiwanie informacji o obywatelach, mogą ponadto niezwykle głęboko ingerować w ich prywatność. Problem ten należy uznać za bardzo doniosły, zważywszy chociażby na treść art. 51 ust. 2 Konstytucji, zgodnie z którym władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Ochrona prywatności jednostki gwarantowana jest także w systemie Rady Europy przez art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: Konwencja), w myśl którego każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Jego istotą jest zapewnienie każdej jednostce sfery prywatności (autonomii) chronionej przed ingerencją zewnętrzną, pochodzącą zarówno od państwa, jak i od podmiotów prywatnych¹⁷. Jako przykłady innych konstytucyjnych praw i wolności potencjalnie zagrożonych przez czynności operacyjno-rozpoznawcze można wymienić: nietykalność osobistą i wolność osobistą (art. 41 ust. 1), wolność przemieszczania się (art. 52 ust. 2), wolność i tajemnicę komunikowania się (art. 49) czy prawo do nienaruszalności mieszkania (art. 50).

¹⁶ W przypadku Policji będzie to rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 2 października 2014 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Policję czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonaniu w sposób niejawny nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej, oraz sposobu przekazywania, przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tych czynności (Dz. U. poz. 1362, ze zm.; dalej: rozporządzenie z 2 października 2014 r.). Podobne przepisy wykonawcze zostały wydane także na podstawie delegacji zawartych w ustawach kompetencyjnych w odniesieniu do innych służb uprawnionych do realizacji transakcji pozornej.

¹⁷ Zob. L. Garlicki, uwaga 21 do art. 8, [w:] *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, L. Garlicki (red.), P. Hofmański, A. Wróbel, Warszawa 2010, s. 491.

W przypadku transakcji pozornej omawiana kwestia nabiera szczególnego znaczenia, ponieważ podejmowane w jej ramach przez organy państwa czynności mają charakter inscenizowania określonych zdarzeń, z wykorzystaniem agentów (funkcjonariuszy lub osób udzielających im pomocy) o fałszywej tożsamości i nieprawdziwym życiorysie, którzy poddają określonej manipulacji rozpracowywaną osobę, poruszając się przy tym w sferze jej prywatności. Prawna dopuszczalność takich działań wynika z założenia, że organy państwa mogą podejmować takie czynności, gdyż prawa i wolności obywatelskie nie mają charakteru bezwzględnego i w określonych sytuacjach mogą być ograniczane. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, jedną z ważnych funkcji demokratycznego państwa prawa jest skuteczne zwalczanie negatywnych zjawisk, które w skrajnym nasileniu mogą godzić w samo istnienie tego państwa¹⁸. W takim zakresie ustawodawca ma nie tylko prawo, lecz także obowiązek zwalczania negatywnych zjawisk przez nadawanie takich uprawnień organom ścigania, które – pozostając w zgodzie z zasadami Konstytucji RP – będą miały bezpośredni wpływ na zwiększenie sprawności skutecznego zwalczania przestępczości. Warunki ograniczania prawa do prywatności ustanawia także art. 8 ust. 2 Konwencji, zgodnie z którym niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z prawa do prywatności, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

Spojrzenie z takiej perspektywy na omawianą instytucję pozwala uchwycić jej dwa istotne aspekty, stanowiące niejako dwie strony medalu. Pierwszy z nich polega na możliwości skutecznego uzyskiwania dowodów w wyniku czynności podejmowanych przez osoby działające „pod przykryciem” i to w ramach hermetycznych środowisk przestępczych. Często owa hermetyczność jest tak duża, że bez wnikięcia w środowisko i zinfiltrowania go od środka jego procesowe „prześwietlenie” jest po prostu niemożliwe. Drugi aspekt związany jest natomiast z poważnym niebezpieczeństwem tkwiącym w możliwości zdeformowania lub wręcz zmanipulowania uzyskiwanych dowodów w wyniku różnych czynników wynikających ze specyfiki działań podejmowanych w toku tego rodzaju niejawnych czynności. Źródła powyższych patologii mogą być różne, począwszy od zdezinformowania organów państwa na samym wstępie (kiedy przez podmioty zewnętrzne przekazywana jest informacja o popełnieniu przestępstwa), a skończywszy na niewłaściwej realizacji zadań przez przedstawicieli organów publicznych. Taki punkt widzenia każe

¹⁸ Zob. wyrok TK z 13.02.2001 r., K 19/99, OTK ZU 2001, nr 2/2001, poz. 30.

przywiązywać dużą wagę do ścisłego przestrzegania warunków wdrażania operacji specjalnej, sposobu jej przeprowadzania, a następnie przenoszenia zgromadzonych materiałów na użytek procesu karnego, ponieważ – jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy – niezachowanie tych ustawowych warunków uniemożliwia wykorzystanie uzyskanych w ten sposób materiałów przed sądem¹⁹.

Podstawa zarządzenia transakcji pozornej uzależniona jest ściśle od wymienionych w ustawach przesłanek, do których należą:

- 1) uzyskanie wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie wymienionym w katalogu określonym w ustawie;
- 2) istnienie faktycznej podstawy sprowadzającej się do możliwości realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych zmierzających do sprawdzenia tych informacji oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów popełnienia przestępstwa.

Kumulatywne zaistnienie wymienionych przesłanek daje odpowiednim służbom możliwość przeprowadzenia w sposób niejawną transakcji pozornej. Ustawy kompetencyjne przewidują jednocześnie regulacje, w myśl których w przypadku uzyskania w efekcie takich działań dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego właściwi szefowie określonych służb przekazują odpowiednim prokuratorom wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania czynności związanych z transakcją pozorną. Tak jak inne dowody, materiały te podlegają następnie swobodnej ocenie zgodnie z kryteriami wskazanymi przez art. 7 k.p.k. Jednak każdorazowo należy ocenić także ich legalność²⁰ w zakresie przesłanek zarządzenia operacji specjalnej, poprawności tej decyzji i wreszcie jej następczej realizacji. Istotne jest bowiem ustalenie zgodności z prawem działań podejmowanych zarówno na przedpolu transakcji pozornej, a więc po uzyskaniu informacji wstępnej o przestępstwie, a jeszcze przed podjęciem decyzji o zarządzeniu operacji, jak i dokonanie takich ustaleń w zakresie samego wydania tej decyzji, a następnie wykonywania na jej podstawie przez funkcjonariuszy pod przykryciem i współdziałające z nimi osoby odpowiednich czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Taka konstatacja ma też swoje silne zakorzenienie w konstytucyjnej zasadzie legalizmu, zgodnie z którą wszystkie organy władzy publicznej mają działać na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji). Odpowiada ona również

¹⁹ Zob. postanowienie SN z 30.11.2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011, nr 1, poz. 8.

²⁰ Element ten jest bardzo mocno podkreślany w orzecznictwie sądowym. Zob. np. postanowienie SN z 30.11.2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011/1/8, w którym wyraził on pogląd, że niezachowanie określonych w art. 19a ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji warunków dopuszczalności przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych uniemożliwia w procesie karnym wykorzystanie uzyskanego w ich trakcie materiału dowodowego.

wymaganiom stawianym przez Trybunał Konstytucyjny, który bardzo wyraźnie podkreślał, że środki niejawnego pozyskiwania informacji powinny być jasno określone przez prawo²¹. Szerszego wyjaśnienia wymaga odniesienie tego poglądu do treści art. 168a k.p.k., o czym będzie mowa w kolejnej części niniejszej publikacji.

II. „PRZEDPOLE” TRANSAKCJI POZORNEJ

W pierwszym rzędzie warto podkreślić, że omawiany przepis posługuje się w zakresie podstaw zarządzenia transakcji pozornej pojęciem uzyskanych „informacji”, a nie „dowodów”. Informacje o przestępstwie są bowiem najczęściej rezultatem przeprowadzonych wcześniej czynności operacyjno-rozpoznawczych i mogą być np. wynikiem uzyskania danych retencyjnych, pochodzić od osobowych źródeł informacji, z kontroli operacyjnej czy z przeprowadzonej obserwacji. Przepis jasno określa też sekwencję wydarzeń: informacje mają być uzyskane „wcześniej”, a więc chronologicznie poprzedzać rozważania związane z zarządzeniem operacji, o której mowa w art. 19a ustawy o Policji.

W podobny sposób do analizowanego problemu odniósł się Sąd Apelacyjny w Katowicach, wskazując na to, że istnieje różnica między „wiarygodnymi informacjami” koniecznymi do zarządzenia operacji specjalnej a dowodami pozwalającymi na wyprowadzanie wniosku o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Najogólniej rzecz ujmując, „wiarygodne informacje” nie muszą przybrać postaci dowodu w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania karnego. Jeżeli takie informacje będą miały wyłącznie charakter operacyjny, to wcale nie musi oznaczać, że nie będą mogły być uznane za wiarygodne w rozumieniu art. 19a ust. 1 ustawy o Policji i umożliwiać zarządzenia operacji specjalnej²².

Ustawa uzależnia przeprowadzenie transakcji pozornej od uzyskania wiarygodnych informacji o przestępstwie, ale nie od uzyskania jakichkolwiek informacji o jakimkolwiek przestępstwie, a jedynie takich, które dotyczą przestępstwa katalogowego, oraz posiadają przymiot wiarygodności. Transakcja pozorna może zostać przeprowadzona jedynie w odniesieniu do określonych przestępstw wymienionych w ustawie. Jak słusznie zauważył Trybunał Konstytucyjny w powołanym wyżej

²¹ Zob. wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 80.

²² Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 15.05.2015 r., II AKa 26/15, Lex nr 1809497. W tym kontekście za zbyt daleko idącą należy uznać następującą wypowiedź R. Zakrzewskiego i A. Woźniaka: „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 postępowania karnego dla podjęcia akcji ścigania” (R. Zakrzewski, A. Woźniak, *Nowelizacja ustawy o Policji – rozszerzenie uprawnień operacyjno-rozpoznawczych*, „Monitor Prawniczy” 1996, nr 1, s. 7).

wyroku z 30.07.2014 r., „(...) aby zachować standard konstytucyjny, nie wystarcza odwołanie się do ogólnych zagrożeń dóbr prawnie chronionych, zwłaszcza przez zwroty niedookreślone. Ustawodawca zobowiązany jest wobec tego zdefiniować zamknięty i możliwe wąski katalog poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki”.

Obowiązujące w Polsce ustawy kompetencyjne, upoważniając określone służby do przeprowadzenia transakcji pozornej i hołdując w sposób precyzyjny powyższym standardom, wymieniają przestępstwa, w związku z podejrzeniem których można zarządzić transakcję pozorną. Najczęściej wspomniane przepisy odsyłają do katalogu poważnych przestępstw będących podstawą zarządzenia kontroli operacyjnej (taką technikę legislacyjną przyjęto np. w ustawie o Policji i w ustawie o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym), choć niekiedy wymienienie katalogu przestępstw następuje bezpośrednio w przepisach regulujących instytucję transakcji pozornej (takie rozwiązanie przyjęto w ustawie o Straży Granicznej).

Ustalenie, czy uzyskana informacja dotyczy przestępstwa katalogowego, jest stosunkowo proste. Sprowadza się bowiem do dokonania na jej podstawie wstępnego zarysu sytuacji faktycznej oraz przyporządkowania jej odpowiedniego przepisu karnego wymienionego w katalogu. Zdecydowanie bardziej złożony jest element następczej oceny prawdziwości uzyskanej informacji, która powinna zmierzać do ustalenia, czy mamy do czynienia z informacją wiarygodną, wątpliwą czy wręcz fałszywą.

Wiarygodna może być jedynie informacja, która została wstępnie zweryfikowana i stała się prawdopodobna w takim sensie, że można stwierdzić istnienie podejrzenia popełnienia przestępstwa przez określone osoby. O zakwalifikowaniu określonych danych do kategorii wiarygodnych informacji będziemy mówić wtedy, gdy można uznać je za prawdopodobne i zasługujące na zaufanie, a rozsądnie oceniający daną sytuację człowiek uzna, że istnieje podejrzenie popełnienia przestępstwa.

Również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka bardzo mocno akcentuje się potrzebę wykazania, że organy policyjne posiadały „dobre powody” do przeprowadzenia operacji albo „ważne podstawy do podejrzeń” wobec określonych osób o udział w przestępstwie²³. Zaiście takich okoliczności jest jednym z elementów uznawania określonych eksperymentów operacyjnych za legalne, a uzyskane w ich wyniku dowody – za spełniające wymogi rzetelnego procesu.

²³ Por. wyroki ETPC z: 23.11.2017 r., skarga nr 47074/12, *Grba v. Chorwacja*, i 23.10.2014 r., skarga nr 54648/09, *Furcht v. Niemcy*.

Podkreślić przy tym jednak należy, że ustawodawca, konstruując omawianą instytucję, nie stawia wymogu posiadania informacji pewnych, ponieważ zapis o „uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacjach o przestępstwie” musi być rozpatrywany w kontekście celu, dla którego zarządza się operację specjalną, a więc sprawdzenia tych informacji, ustalenia sprawców przestępstwa i uzyskania dowodów jego popełnienia. Innymi słowy, ustawodawca zakłada, że informacje te mają niedostateczną wartość procesową, co uniemożliwia na ten moment przeniesienie ich w obszar procesu karnego. Dopiero zrealizowanie skomplikowanego przedsięwzięcia operacyjnego, jakim jest transakcja pozorna, pozwoli na ostateczne sprawdzenie tych informacji, ustalenie kręgu osób zaangażowanych w przestępstwo, uzyskanie stosownych dowodów i wejście w obszar uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa. Ujmując ten problem nieco inaczej, można stwierdzić, że informacja o przestępstwie w pierwszej kolejności powinna być zweryfikowana wstępnie po to, żeby ustalić jej poziom wiarygodności, a w przypadku uznania, że ten poziom pozwala na zakwalifikowanie informacji do kategorii wiarygodnych (choć nie ma podstaw na oczekiwanie, aby ustalenia musiały wykazywać bardzo wysoki poziom prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa), dochodzi do jej ostatecznego zweryfikowania w ramach operacji specjalnej. Ta weryfikacja może zakończyć się dwojako: albo pozytywnie (w przypadku potwierdzenia zaistnienia przestępstwa, co będzie wiązało się najczęściej z realizacją czynności w trybie art. 308 k.p.k. i przekazaniem uzyskanych materiałów operacyjnych do postępowania karnego), albo negatywnie (w przypadku niepotwierdzenia przestępstwa, co z kolei implikować będzie zakończenie operacji specjalnej i wycofanie funkcjonariuszy pod przykryciem). Jednak zarówno w pierwszym, jak i w drugim przypadku osiągnany jest cel w postaci ostatecznego sprawdzenia wiarygodnych informacji. Takie spojrzenie na omawianą instytucję w kontekście wymaganego stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa oraz celu, jakiemu służy, w sposób właściwy pozwala na miarkowanie oczekiwań formułowanych pod adresem służb przystępujących do realizacji tego typu czynności i uwzględnia zarówno treść przepisu art. 19a ustawy o Policji, odpowiedników tego przepisu w innych ustawach kompetencyjnych, jak i realia oraz możliwości, w których służby te funkcjonują.

W tym miejscu należy też dobitnie podkreślić, że stawiane w toku procesu karnego pytanie, czy u podstaw operacji rzeczywiście leżały wiarygodne informacje o przestępstwie, musi uwzględniać stan rzeczy istniejący na moment wydania zarządzenia o jej przeprowadzeniu. Trzeba mieć na uwadze również to, że czynności operacyjno-rozpoznawcze mają swój ograniczony wachlarz metod, zarówno w rozumieniu prawnym, jak i faktycznym.

Proces polegający na ocenie stopnia wiarygodności uzyskiwanych informacji wymaga określonej aktywności funkcjonariuszy nakierowanej na ustalenie, czy

wynikające z niej okoliczności mogły mieć miejsce. Będzie się ona sprowadzała zarówno do fazy statycznej polegającej na analizie samej informacji wstępnej (sygnału), jak i – o ile będzie to potrzebne – do fazy dynamicznej związanej z podjęciem dodatkowych czynności weryfikujących jej prawdziwość.

W pierwszej kolejności analizowane będą tym samym treść informacji oraz okoliczności, w jakich została ona pozyskana, a także oceniane będzie samo źródło, z którego informacja pochodzi²⁴. W dalszej kolejności może być dokonywane konfrontowanie informacji z innymi – istniejącymi już – danymi. Ze sfery statycznej proces oceny może (i niejednokrotnie powinien) wejść w fazę dynamiczną, cechującą się aktywnością operacyjną przybierającą postać określonych, wychodzących poza sferę analizy, czynności operacyjno-rozpoznawczych. Należy przy tym podkreślić, że często obie te fazy realizowane są równoległe.

Podczas dokonywania oceny informacji niewątpliwie pomocne będą kryteria tożsame z tymi, które stosowane są do swobodnej oceny dowodów w procesie karnym, a więc: logika, wiedza i doświadczenie życiowe²⁵. W analizowanym przypadku na plan pierwszy powinny wysuwać się czynności mające na celu możliwe zobiektywizowanie uzyskanych informacji, poprzez zweryfikowanie ich w innych dostępnych źródłach, począwszy od sprawdzeń (np. w bazach policyjnych czy pozapolicyjnych), a skończywszy na wykorzystaniu metod pracy operacyjnej, takich jak: obserwacja, analiza operacyjna dokonywana na podstawie danych retencyjnych, kontrola operacyjna, osobowe źródła informacji czy wreszcie kombinacja operacyjna. Weryfikacja taka powinna mieć charakter rzetelny i kompleksowy, a jej

²⁴ W wytycznych nr 2/2017 Dyrektora Biura Wywiadu i Informacji Kryminalnych Komendy Głównej Policji z 29.06.2017 r. wskazuje się, że dokonując oceny źródła informacji, należy ocenić m.in. jego charakterystykę i dotychczasową wiarygodność. Dodaje się jednak, że wiarygodność źródła nie powinna mieć bezpośredniego wpływu na ocenę informacji.

²⁵ Ciekawe wskazówki w obszarze analizowania informacji operacyjnych zawiera decyzja nr 773 Komendanta Głównego Policji z 19.12.2008 r. w sprawie prowadzenia w Policji zestawu zbiorów informacji „System Informacji Operacyjnych”. Decyzja ta określa zasady prowadzenia Systemu Informacji Operacyjnych na podstawie dokumentów źródłowych, w tym m.in. o meldunków informacyjnych, sporządzanych zapytań / typowania czy komunikatów z obserwacji. W § 7 ujęto dyrektywy, według których powinien postępować policjant sporządzający dokument źródłowy, zgodnie z którymi powinien on kierować się zasadą rzetelnego i kompletnego podania uzyskanych informacji, a także koniecznością ich zweryfikowania w dostępnych policyjnych i pozapolicyjnych zbiorach informacji. W § 9 i 10 nałożono z kolei na policjanta sporządzającego meldunek informacyjny obowiązek dokonania oceny wiarygodności źródła informacji, a także oceny prawdziwości i sposobu uzyskania informacji przekazywanej meldunkiem, a następnie przedstawienia wyników tej oceny za pomocą specjalnych kodów. W przypadku źródła informacji ocena ta może być stopniowana, począwszy od braku wątpliwości co do wiarygodności źródła informacji przez oznaczenie źródeł, które w większości przypadków dotychczas były wiarygodne, następnie przez oznaczenie źródeł, które w większości przypadków dotychczas były niewiarygodne, po źródła, których wiarygodność nie jest znana, bo źródło nie było do tej pory sprawdzane lub sprawdzenie było niemożliwe.

właściwe przeprowadzenie musi uwzględniać także fakt, że transakcja pozorna jest swoistą ostatecznością. Taki pogląd zasługuje na akceptację pomimo tego, że instytucja ta nie posiada zapisanej w ustawie klauzuli subsydiarności, tak jak chociażby kontrola operacyjna²⁶. Sięganie po nią powinno jednak mieć miejsce w przypadku dobrze udokumentowanych podstaw i stanowić *ultima ratio*, a więc mieć zastosowanie wtedy, gdy inne środki nie dają możliwości wiarygodnej weryfikacji danych o przestępstwie²⁷. Zresztą trzeba brać pod uwagę też to, że realizacja tej czynności jest bardzo poważnym przedsięwzięciem logistycznym oraz finansowym, związanym z licznymi niebezpieczeństwami i także z tego powodu należy korzystać z niej w sposób umiarkowany.

Ciekawe przykłady związane z nieprawidłowościami w sferze weryfikacji informacji wstępnej możemy odnaleźć w orzecznictwie sądowym. I tak jednym z powodów uniewinnienia posłanki B.S. w procesie, w którym zarzucono jej korupcję, był brak zweryfikowania przez Centralne Biuro Antykorupcyjne informacji, które miała ona przekazać tajemnemu agentowi, a zgodnie z którymi jeden z samorządowców miał zażądać – pod jego nieobecność – przekazania mu korzyści osobistej. Sąd Odwoławczy, rozpoznając apelację obrońców, doszedł do wniosku, że przeprowadzona następnie operacja była nielegalna, leżące bowiem u jej podstaw informacje nie miały charakteru wiarygodnych²⁸. Punkt ciężkości wyводу został położony na brak właściwego sprawdzenia tej informacji i podkreślenie, że nie została ona uzyskana bezpośrednio od samorządowca żądającego korzyści, tylko od osoby trzeciej. Analogiczne podejście sądy zaprezentowały w sprawie dotyczącej transakcji pozornej zarządzanej na podstawie informacji pochodzącej od pracownika szpitala, który wskazywał, że jeden z lekarzy przyjmuje korzyści majątkowe od pacjentów. Jak wskazał Sąd Najwyższy, „(...) nie sposób nie dostrzec, że funkcjonariusze *a priori* założyli wiarygodność słów W.S. i nie podjęli żadnych czynności weryfikujących ich prawdziwość. Co więcej, prób takich nie podjęli również wobec żadnej z trzech osób wskazanych przez W.S. jako uczestniczących w prowokacji i tego, co te osoby przekazywały. Przede wszystkim te elementy postawy policjantów, wraz z nierzetelnymi informacjami ujętymi w sporządzonym z ich inicjatywy wniosku o zarządzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych, dały podstawy Sądom obu

²⁶ Zgodnie z treścią art. 19 ust. 1 ustawy o Policji kontrola operacyjna może być stosowana wtedy, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne. Inne ustawy kompetencyjne w odniesieniu do kontroli operacyjnej posiadają analogiczne zapisy.

²⁷ Podobnie: D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 232. Autorka w swojej monografii słusznie negatywnie ocenia także zmianę przepisów i wyeliminowanie z nich przewidzianej tam wcześniej wprost klauzuli subsydiarności.

²⁸ Zob. wyrok SA w Warszawie z 26.04.2013 r., II AKA 70/13, Lex nr 1322733.

instancji do oceny, że przeprowadzona w sprawie «prowokacja policyjna» była nielegalna, jako sprzeczna z art. 19a ust. 1 ustawy o Policji²⁹.

Wspomniana złożoność procesu oceny wynika także z realiów pracy operacyjnej, które występują podczas wstępnego weryfikowania informacji o przestępstwie. W szczególności należy wskazać w tym miejscu przynajmniej trzy obszary ograniczeń. Pierwszy z nich związany jest z możliwościami natury faktycznej i prawnej, które sprowadzają się do określonego wachlarza metod czynności operacyjno-rozpoznawczych, którymi dysponuje i które może zastosować określona służba w danej sytuacji zdeterminowanej przez konkretne okoliczności. Drugi obszar wyznaczony jest przez obowiązujący, także na etapie weryfikowania informacji, zakaz podejmowania działań polegających na testowaniu czy też nakłanianiu do popełnienia przestępstw osób w nich wymienionych. Z kolei trzeci z zaszyfrowanych obszarów dotyczy możliwości występowania pewnych ryzyk i niebezpieczeństw, które z jednej strony mogą znacząco ograniczać weryfikowanie informacji o przestępstwie, limitując tym samym możliwość podejmowania określonych działań, z drugiej zaś strony powinny być sygnałem dla zaprzestania rozpoczętych działań i odstąpienia od przeprowadzenia operacji specjalnej.

Najczęściej informacje o przestępstwie będą uzyskiwane, a następnie weryfikowane za pomocą metod pracy operacyjnej, stanowiących zespół powiązanych ze sobą jawnych i niejawnych przedsięwzięć oraz środków zastosowanych w sposób mający doprowadzić do osiągnięcia wyznaczonego celu lub wykonania określonego z założeniami zadania³⁰. Zalicza się do nich m.in.: współpracę z osobowymi źródłami informacji, przedsięwzięcia werbunkowe, obserwację, analizę kryminalną, kontrolę operacyjną czy też kombinację operacyjną. Konkretny układ sytuacyjny determinuje wybór właściwych metod, które można wykorzystać. Niejednokrotnie sięgnięcie po określone czynności operacyjno-rozpoznawcze jest niemożliwe z uwagi na brak pewnych danych (niezbędnych np. do zastosowania kontroli operacyjnej) czy na faktyczną niemożność realizacji określonych przedsięwzięć operacyjnych (np. uwarunkowanie terenowe uniemożliwiające dyskrecjonalne przeprowadzenie obserwacji obiektu).

Prowadząc te rozważania, należy przywołać także kluczową tezę związaną z zarządzaniem transakcji pozornej. Otóż wiarygodne informacje o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez określone osoby muszą być tego rodzaju, by krąg potencjalnych sprawców był oznaczony w takim stopniu, aby nie doszło do swoistego

²⁹ Zob. wyrok SN z 30.11.2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011, nr 1, poz. 8.

³⁰ Zob. M. Chrabkowski, *Metody pracy operacyjnej*, [w:] *Przestępczość zorganizowana. Fenomen. Współczesne zagrożenia. Zwalczenie. Ujęcie praktyczne*, W. Jasiński, W. Mądrzejowski, K. Wiciak (red.), Szczytno 2013, s. 502.

„testowania” osób niemających z przestępstwem nic wspólnego³¹. Lech Gardocki słusznie podkreśla, że zastrzeżenie posiadania wiarygodnych informacji zawiera zakaz prowokacji „na chybił trafił”³². Z tak rozumianego zakazu testowania wynika to, że już na etapie wstępnej weryfikacji informacji podejmowane czynności niejawnie nie mogą polegać na nadmiernej aktywności, w tym np. na zachęcaniu do popełnienia przestępstwa w sytuacji, w której nic by nie wskazywało na to, że bez takich działań przestępstwo zostałoby popełnione³³. Należy mieć świadomość, że jedną z metod pracy operacyjnej stosowanej na przedpolu operacji specjalnych jest kombinacja operacyjna. Polega ona na zaplanowanym i przygotowanym przedsięwzięciu realizowanym przy użyciu pozostałych metod pracy operacyjnej, wykorzystującym błędne przeświadczenie osób, przeciwko którym jest kierowane, co do faktycznego znaczenia zaangażowanych zdarzeń oraz osób w nim występujących, służące osiągnięciu celów pracy operacyjnej³⁴. Między innymi za pomocą tej metody następują próby weryfikacji sygnału o przestępstwie; może ona też stanowić płaszczyznę dotarcia do osób podejrzewanych o popełnienie przestępstw. Realizowany w jej ramach scenariusz oparty na inscenizowaniu określonych zdarzeń, często z udziałem funkcjonariusza pod przykryciem wchodzącego w interakcje z osobami rozpracowywanymi, może zawierać niebezpieczeństwa kreowania określonych sytuacji związanych z zakazaniem nakłanianiem do popełnienia przestępstwa. Niebezpieczeństwo to jest dużo większe w przypadku spraw korupcyjnych, finalizowanych kontrolowanym wręczeniem korzyści majątkowej, niż w przypadku tzw. zakupu kontrolowanego. Wynika to z prostego faktu, że w przypadku korupcji wystarczające do jej wykazania są zazwyczaj wypowiedziane słowa, a w sytuacji kontrolowanego nabycia zakazanych przedmiotów konieczne jest ujawnienie ich posiadania przez sprawców. Innymi słowy, łatwiej osobę bez predyspozycji do popełnienia przestępstwa nakłonić do określonych wypowiedzi, niż do wejścia w posiadanie, a następnie do zbycia określonych przedmiotów.

Realizacja określonych czynności operacyjno-rozpoznawczych, takich chociażby jak: współpraca z osobowymi źródłami informacji, obserwacja czy kombinacja operacyjna, może być związana z określonym ryzykiem. Można do niego zaliczyć

³¹ Zob. M. Kołodziejczak, A. Sobiech, *Prawnie dopuszczalne postacie prowokacji*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 11, s. 35.

³² L. Gardocki, *Różne rodzaje prowokacji*, „Rzeczpospolita” z 13.06.2005 r.

³³ Por. *Teixeira de Castro przeciwko Portugalii*, wyrok z 9.06.1998 r., skarga nr 25829/94. W sprawie tej ETPC zwracał również uwagę, że przed podjęciem takich działań przez policjantów pod przykryciem uczestniczących w prowokacji nie było żadnych podejrzeń co do tego, że oskarżony był zamieszany w jakąkolwiek działalność przestępczą i nie istniały też żadne dowody wskazujące na to, że miał predyspozycje do popełniania przestępstw.

³⁴ Projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, art. 4 pkt 14.

m.in.: 1) ryzyko dekonspiracji, 2) ryzyko dezinformacji przekazywanej celowo organom ścigania czy też 3) ryzyko związane z bezpieczeństwem funkcjonariuszy i osób z nimi współpracujących³⁵. Te elementy mogą ograniczać działania podejmowane przez służby i powodować rezygnację z określonych przedsięwzięć. Ryzyko dekonspiracji może wiązać się np. z przekazaniem określonych informacji o przedsięwzięciu osobom, które mają pomóc wejść funkcjonariuszom pod przykryciem w określony układ sytuacyjny i przyczynić się do zbudowania legendy. Podejmowanie z kolei współpracy z osobowymi źródłami informacji i opieranie się na przekazywanych przez nie danych aktualizuje problem analizy motywów, którymi takie osoby się kierują³⁶. To z kolei niewątpliwie powinno wpływać na ocenę wiarygodności zarówno samego osobowego źródła, jak i treści przekazywanych przez niego informacji. Do wspomnianych motywów zalicza się bowiem, obok postawy obywatelskiej, także takie bodźce, jak: chęć uzyskania gratyfikacji pieniężnej, żądze zemsty, wyeliminowanie osobistego zagrożenia, likwidację konkurencji czy wreszcie zaspokojenie potrzeb własnych lub osób bliskich³⁷. Może to tworzyć realne ryzyko zdeinformowania służb i wykorzystania ich do własnych celów. Z tych też powodów w ramach przeprowadzonego opracowania operacyjnego należy dążyć do uzyskania pełnych informacji o osobie będącej źródłem informacji, jej środowisku oraz motywach, którymi się kieruje, decydując się na współpracę ze służbami. Te kwestie mogą mieć istotne znaczenie dla ustalenia wiarygodności przekazywanych informacji.

W przepisach wykonawczych wydanych na podstawie ustaw kompetencyjnych kwestia podejmowania przedsięwzięć i stosowania środków koniecznych do zapewnienia bezpieczeństwa osobistego funkcjonariuszy i osób z nimi współpracujących wysuwana jest na plan pierwszy³⁸. Należy sobie bowiem zdawać sprawę z tego, że zdekonspirowanie funkcjonariusza pod przykryciem czy osoby udzielającej mu pomocy może wiązać się nie tylko z sytuacją niepożądaną z punktu widzenia interesu i prestiżu służb, a tym samym z poważnymi ograniczeniami w późniejszym wykorzystaniu „spalonych agentów”, lecz także niejednokrotnie – przynajmniej

³⁵ Po zarządzeniu operacji specjalnej dodatkowo, w dużo większym stopniu niż w fazie weryfikacji sygnału o przestępstwie, aktualizuje się problem ryzyka spowodowania strat materialnych. Może tutaj chodzić m.in. o środki materialne, którymi dysponują funkcjonariusze oferujący je jako korzyści materialne w ramach ich kontrolowanego wręczenia lub stanowiące formę zapłaty w związku z dokonywanym zakupem kontrolnym, a także inne szkody spowodowane w wyniku podjętych działań operacyjnych. Możliwość utraty kontroli nad wspomnianymi środkami materialnymi stanowi istotne niebezpieczeństwo, które może wpływać na przebieg całej operacji, w tym także na decyzje związane z odstąpieniem od określonych scenariuszy lub nawet zakończeniem całego przedsięwzięcia.

³⁶ Zob. K. Horosiewicz, *Współpraca policjantów z osobowymi źródłami informacji*, Warszawa 2015, s. 110.

³⁷ *Ibidem*, s. 106-107.

³⁸ Por. np. § 1 ust. 2 rozporządzenia MSW z 2 października 2014 r.

w przypadku niektórych środowisk przestępczych – z bardzo realnym ryzykiem utraty przez nich życia lub zdrowia.

Można też wyobrazić sobie sytuację, kiedy informacja o przestępstwie zostanie uzyskana w ramach prowadzonego postępowania karnego, a jej źródło będzie miało charakter procesowy³⁹. Od taktyki zaplanowanych czynności zależeć będzie wówczas, czy działania weryfikujące tę informację będą odbywały się w toku procesu karnego, czy też wyłącznie na niwie operacyjno-rozpoznawczej. Trudno jednak przyjąć, że czynności przygotowujące zarządzenie transakcji pozornej będą miały szeroki zakres działań procesowych, które siłą rzeczy są mniej dyskrejonalne od działań operacyjnych.

III. ZARZĄDZENIE TRANSAKCJI POZORNEJ

Do podjęcia decyzji o zarządzeniu transakcji pozornej konieczne jest zarówno posiadanie uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie katalogowym, jak i zaistnienie możliwości realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych zmierzających do sprawdzenia tych informacji oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów popełnienia przestępstwa. Powinien tym samym istnieć plan przeprowadzenia operacji specjalnej, sprowadzający się do opracowania legendy, którą można wykorzystać, opracowania roli funkcjonariuszy pod przykryciem lub osób udzielających im pomocy, sposobu nawiązania kontaktu z rozpracowywanymi osobami i schematu następczych działań, które można przeprowadzić w ramach danej sytuacji operacyjnej. Brak tych elementów czyni bezprzedmiotowymi rozważania na temat potencjalnych rezultatów operacji związanych z weryfikacją wiarygodnych informacji, uzyskaniem dowodów i ustaleniem sprawców przestępstwa, ponieważ – aby osiągnąć określony cel – w pierwszej kolejności należy posiadać odpowiednie środki.

Zarządzenie zakupu kontrolowanego lub kontrolowanego wręczenia (przyjęcia) korzyści majątkowej odbywa się bez zgody sądu. Rozwiązanie to należy uznać za dyskusyjne, zważywszy choćby na fakt, że decyzja ta bardzo głęboko ingeruje w sferę prywatności, a realizowane na jej podstawie czynności mają charakter manipulacyjny. Brak decyzji sądowej oznacza, że w grę nie może wchodzić zasada wyrażona w art. 8 § 2 k.p.k., zgodnie z którą prawomocne rozstrzygnięcia sądu kształtujące prawo lub stosunek prawny są wiążące. Skutkuje to tym, że w sytuacji zarządzenia transakcji pozornej nie mamy do czynienia z wiążącym rozstrzygnięciem sądu i sama decyzja oraz warunki, w jakich zostało ono wydane, mogą być skutecznie kwestionowane, czego dowodzi rozległa praktyka orzecznicza.

³⁹ Podobnie: wyrok SA w Katowicach z 11.10.2012 r., II AKa 368/12, Lex nr 1236427.

Podkreślić jednak należy, że w polskim systemie przewidziano kontrolę zewnętrzną transakcji pozornej sprowadzającą się do uzyskania zgody właściwego prokuratora na podjęcie decyzji o jej zastosowaniu. Prokurator uprawniony jest dodatkowo do żądania informacji o przebiegu operacji, a także do zarządzenia zaprzestania podejmowanych działań w każdym czasie. Warunek kontroli, podkreślany w orzecnictwie Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jest tym samym spełniony, choć zgodzić należy się z tymi przedstawicielami doktryny, którzy twierdzą, że właściwsze byłoby powierzenie jej niezawisłym sądom⁴⁰.

Ustawodawca jako decydenta umocował – w zależności od rodzaju służby – Komendanta Głównego Policji (ewentualnie: Komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji, Komendanta Biura Spraw Wewnętrznych Policji albo komendanta wojewódzkiego Policji), Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Komendanta Głównego Straży Granicznej (ewentualnie: Komendanta Biura Spraw Wewnętrznych Straży Granicznej, Komendanta oddziału Straży Granicznej), Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej (lub komendanta oddziału Żandarmerii Wojskowej), Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Szefa Krajowej Administracji Skarbowej i Inspektora Nadzoru Wewnętrznego.

Decyzja o zarządzeniu transakcji pozornej określa jej zakres podmiotowo-przedmiotowy, którego funkcją jest wyznaczenie obszaru, w ramach którego możliwe jest wkroczenie w sferę prywatności. W zakresie przedmiotowym należy w zarządzeniu wymienić rodzaj czynności, jakie mają zostać podjęte w ramach operacji, a więc należy jasno określić, czy będzie to kontrolowane wręczenie (przyjęcie) korzyści, czy też kontrolowane nabycie (zbycie, przejęcie) przedmiotów, czy też wreszcie ewentualnie złożenie propozycji takich działań. Należy ponadto wskazać – poprzez wymienienie kwalifikacji prawnej – jakiego przestępstwa określonego w katalogu danej służby czynności te mają dotyczyć. W ujęciu podmiotowym decyzja powinna z kolei określać, wobec kogo działania operatorów będą podejmowane. Kwestia precyzyjnego ujęcia ram transakcji pozornej jest tym donioślejsza, że polskie ustawodawstwo w przypadku tej instytucji nie zna – tak jak ma to miejsce w przypadku kontroli operacyjnej – regulacji zgody następczej związanej z legalizowaniem informacji (dowodów) uzyskanych niejako przy okazji prowadzonych czynności, poza zakresem wyznaczonym w decyzji o jej zarządzeniu.

Takie wytyczenie ram operacji specjalnej ma fundamentalne znaczenie dla oceny legalności podejmowanych następnie działań i możliwości wykorzystania uzyskanych materiałów w procesie karnym. Wskazany w zarządzeniu kierunek powinien

⁴⁰ Zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 230.

być przestrzegany w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, a jego intencjonalna zmiana nie może być akceptowana. Zamiar podjęcia działań wobec innych osób niż te, które są wymienione w zarządzeniu, lub wyjście poza wyznaczone przez nie ramy przedmiotowe wymagają wydania nowego zarządzenia lub jasnego rozszerzenia jego zakresu podczas przedłużania okresu trwania operacji. Innymi słowy, w kwestii tej powinni się wypowiedzieć ustanowieni przez ustawodawcę decydenci: szef danej służby oraz właściwy prokurator, bo w końcu to od ich zgody zależy możliwość przeprowadzenia operacji wobec określonych osób w związku z podejrzeniem popełnienia przez nie, na podstawie wiarygodnych informacji, określonych przestępstw. Wyraźnie jednak należy zaznaczyć, że chodzi tu o zakaz intencjonalnego wychodzenia przez funkcjonariuszy lub współdziałające z nimi osoby poza zakres decyzji, które mogłyby być poczytywane jako chęć obejścia procedur związanych z wdrażaniem operacji. Inaczej należy spojrzeć na sytuacje niejako niezależne od działań podejmowanych przez służby w ramach transakcji pozornej. Jako przykład można wymienić – występujący szczególnie w praktyce tzw. zakupu kontrolowanego na raty – przypadek związany z dostarczeniem nabywanych przedmiotów przez inną osobę niż wymieniona w zarządzeniu, u której daną rzecz „zamówiono”. Może być to bowiem sytuacja niezależna od aktywności osób realizujących czynności operacyjno-rozpoznawcze, wynikająca z przestępczych powiązań istniejących w rozpracowywanym środowisku. Wydaje się, że aby zapobiegać wątpliwościom, jakie mogą w tym zakresie powstawać, można przyjmować w decyzji o zarządzeniu transakcji pozorną formułę, że podejmowane w jej ramach działania ofensywne będą realizowane wobec osoby określonej przez podanie jej danych, a także wobec „współdziałających z nią osób”. Pamiętać zresztą należy, że jednym z celów transakcji pozornej jest „ustalenie sprawców” rozpracowywanych przestępstw, do czego – w przytoczonym przykładzie – *de facto* dochodzi. Poszukując rozwiązania omawianego problemu, warto przytoczyć ciekawy przykład pochodzący z orzecznictwa. Otóż w jednej ze spraw w zarządzeniu o kontrolowanym wręczeniu korzyści majątkowej wskazano osobę, wobec której zrealizowano następnie odpowiednie czynności operacyjno-rozpoznawcze w ramach operacji specjalnej. Po wręczeniu jej określonej kwoty pieniędzy funkcjonariusze Centralnego Biura Antykorupcyjnego przeprowadzili obserwację tej osoby, która pozwoliła ustalić, gdzie ostatecznie trafiła wręczona korzyść majątkowa. Sądy obu instancji, a następnie Sąd Najwyższy przyjęły, że nie można mówić o nielegalności operacji z tego powodu, że ostateczny odbiorca pieniędzy nie został ujęty w decyzji o zarządzeniu transakcji pozornej, ponieważ wobec niego nie podejmowano żadnych czynności operacyjno-rozpoznawczych w związku z kontrolowanym wręceniem, a uzyskany materiał dowodowy wskazujący na jego udział w korupcji został

uzyskany poprzez zgromadzenie dowodów osobowych i rzeczowych⁴¹. Wydaje się, że w cytowanym orzeczeniu bardzo trafnie ujęto kryterium pozwalające stwierdzić, czy mamy w sprawie do czynienia z wyjściem poza zakres decyzji konstytuującej podejmowane działania operacyjne. Opiera się ono na ustaleniu, czy realizowane w ramach transakcji pozornej czynności operacyjno-rozpoznawcze polegają na opisywanych w decyzji działaniach (np. na kontrolowanym wręczeniu korzyści majątkowej i obserwacji figuranta) i są realizowane wobec osoby wskazanej w zarządzeniu, czy też stanowią wtórny efekt tych działań, przekształcający się w inne czynności (np. w procesowe przeszukanie miejsc, zabezpieczanie przedmiotów i przesłuchania) realizowane wobec innych osób⁴².

W zakresie ustawowego określania ram czasowych transakcji pozornej istnieje zauważalna niejednorodność w regulacjach dotyczących różnych służb. Otóż część z nich posiada określone ustawowo limity czasowe na realizację analizowanych czynności, część natomiast takich ustawowych ograniczeń nie ma⁴³. W przypadku tej pierwszej grupy czynności związane z realizacją transakcji pozornej zarządza się na czas nie dłuższy niż 3 miesiące. Po upływie tego terminu istnieje możliwość jednorazowego przedłużenia stosowania tych czynności na czas nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, jeżeli nie ustały przyczyny ich zarządzenia. Decyzję o przedłużeniu operacji specjalnej podejmuje szef określonej służby, po uzyskaniu pisemnej zgody odpowiedniego prokuratora. W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych pojawią się nowe okoliczności istotne dla sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, organ ten, po uzyskaniu zgody prokuratora, może zarządzić kontynuowanie czynności przez czas oznaczony również po upływie 6 miesięcy. To ekstraordynaryjne przedłużenie powinno ograniczać się do wyjątkowych sytuacji związanych z wystąpieniem okoliczności o obiektywnym charakterze, niezależnym od organów przeprowadzających operację specjalną, oraz związanych z wystąpieniem nowych (a więc nieznanych do tej pory) okoliczności, a do tego mających istotne znaczenie dla sprawy. W żadnym razie nie mogą być podstawą przedłużenia czynności związanych z transakcją pozorną okoliczności związane z opieszałością czy nieudolnością służb, wadliwym planowaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych, niedostatkami organizacyjnymi całego przedsięwzięcia, czy też jego dotychczasowy

⁴¹ Zob. postanowienie SN z 10.12.2013 r., V KK 235/13, Lex nr 1405576.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Regulacje takie mają: Policja, Żandarmeria Wojskowa, Krajowa Administracja Skarbowa, Straż Graniczna, Biuro Nadzoru Wewnętrzznego; z kolei służby takie, jak: CBA, ABW i SKW tego typu ustawowych ograniczeń nie posiadają.

rezultat sprowadzający się do niepotwierdzenia wstępnych informacji o przestępstwie. W dalszym ciągu muszą istnieć przyczyny, dla których operację zarządzono, a dodatkowo jej przedłużenie na okres powyżej 6 miesięcy winno być uzasadnione wystąpieniem nowych, relewantnych z punktu widzenia wdrożenia transakcji pozornej, okoliczności natury fatycznej.

W przypadku służb, które w swoich ustawach nie posiadają wspomnianych ograniczeń czasowych, ich limitowanie następuje wyłącznie na podstawie wydawanych decyzji, które określają czas na przeprowadzenie operacji. Rozsądne miarowanie terminów zostało przerzucone wyłącznie na poziom decydentów, którzy powinni uwzględniać to, że wyposażeni zostali przez państwo w nadzwyczajne środki ingerowania w prywatność obywateli, co już samo w sobie jest wystarczającym powodem do zachowywania umiaru w wykorzystywaniu tego typu narzędzi.

Zarówno brak ostatecznego terminu występującego po przedłużeniu powyżej 6 miesięcy i możliwość przedłużenia na „dalszy czas oznaczony”, jak i występujący w przypadku części służb brak ustawowych rozwiązań limitujących czasowo przeprowadzane operacje muszą budzić poważne wątpliwości natury konstytucyjnej. Skoro istotą przeprowadzenia transakcji pozornej jest sprawdzenie wcześniejszych, wiarygodnych informacji o przestępstwie, to czynności realizowane w jej ramach powinny być zwarte czasowo i nie mogą sprowadzać się do ponawiania propozycji uczestnictwa w przestępstwie. Niejawne działania służb ingerujących w prawa jednostki powinny być limitowane maksymalnym czasem, oznaczonym i posiadającym definitywny charakter. Trybunał Konstytucyjny bardzo wyraźnie w swoich wyrokach podkreślał, że ustawa ma precyzować maksymalny czas prowadzenia niejawnych czynności operacyjno-rozpoznawczych, po upływie którego dalsze ich prowadzenie jest już niedopuszczalne⁴⁴. Podobne wątpliwości zgłaszają także przedstawiciele doktryny, akcentując, że nielimitowane jasnymi terminami, wielokrotne stawianie rozpracowywanej osoby w sytuacji ponawiania propozycji może łatwo przeradzać się w stan niedopuszczalnego nagabywania czy nakłaniania do podjęcia działań przestępnych⁴⁵.

Warto nadmienić, że operacja specjalna może być przerwana decyzją szefa służby, który ją zarządził. W przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie ustaw kompetencyjnych, wskazuje się, że powodem zaprzestania czynności może być trwały brak możliwości ich wykonywania. Właściwy prokurator wydający zgodę na zarządzenie operacji może ponadto zarządzić w każdym czasie zaniechanie

⁴⁴ Por. wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 80.

⁴⁵ Zob. C. Nowak, *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych*, Warszawa 2008, s. 440.

dalszego prowadzenia tych czynności, np. uznając, że doszło do przekroczenia granic dozwolonej prowokacji.

Elementem formalnym zarządzenia o przeprowadzeniu transakcji pozornej jest także jego uzasadnienie, które powinno w sposób jasny przedstawiać powody oraz cele zarządzenia operacji specjalnej. Niewątpliwie powinny znaleźć się tam: opis przestępstwa wraz ze wskazaniem, jakie wiarygodne informacje świadczą o jego popełnieniu, wskazanie okoliczności uzasadniających potrzebę stosowania czynności, a także np. miejsce stosowania czynności oraz informacje o możliwościach technicznych i organizacyjnych stosowania czynności⁴⁶.

IV. REALIZACJA DECYZJI O TRANSAKCJI POZORNEJ

Do powyższych ram proceduralnych dochodzi także jeszcze niezwykle istotny element natury materialnej, o którym już wstępnie była mowa przy okazji analizowania problematyki wstępnego weryfikowania informacji. Chodzi rzecz jasna o zakaz prowokowania do popełnienia przestępstwa rozpracowywanych osób przez funkcjonariuszy pod przykryciem oraz osoby z nimi współpracujące.

Istota omawianych czynności sprowadza się do tego, że uczestniczący w nich operatorzy biorą udział w popełnianiu przestępstwa, jednak z uwagi na to, że czynią to w ramach ustawowych uprawnień, korzystają z kontratypu. Niektóre z ustaw, w tym np. ustawa o Policji w art. 144a, jasno stanowią, że nie popełnia przestępstwa, kto będąc do tego uprawnionym, realizuje czynności związane z transakcją pozorną. Regulacja ta stanowi ustawowy kontratyp w stosunku do przestępstwa typizowanego w art. 235 k.k., obejmujący podmiot uprawniony, wykonujący czynności polegające na dokonywaniu transakcji pozornej. Należy zwrócić uwagę na to, że nie wszystkie ustawy służb policyjnych i specjalnych zawierają ten kontratyp. Takiego rozwiązania nie znajdziemy w ustawach o Straży Granicznej oraz o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, brak tych regulacji jest prawdopodobnie wynikiem zwykłego niedopatrzenia legislacyjnego⁴⁷, choć niektórzy przedstawiciele doktryny zauważają, że odrębne regulacje kontratypowe, takie jak np. wzmiankowany art. 144a, są przepisami zbędnymi, ponieważ uprawnieni funkcjonariusze i współdziałające z nimi osoby siłą rzeczy nie naruszają reguł postępowania z chronionym dobrem

⁴⁶ Por. wzory wniosków o zarządzenie czynności zawarte w przepisach wykonawczych, np. załącznik nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 7.09.2006 r. w sprawie sposobu przeprowadzania przez Centralne Biuro Antykorupcyjne i dokumentowania czynności polegających na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej (Dz. U. Nr 165, poz. 1172).

⁴⁷ Zob. R. Lizak, *Kontrolowane przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej*, WPP 2011, nr 1.

i nie przekraczają norm zakazujących prowokacji, co jest warunkiem wystarczającym dla stwierdzenia, że w grę nie wchodzi odpowiedzialność karna⁴⁸.

Przyznane uprawnienia nie mają jednak nieograniczonego zakresu w obszarze podejmowanych działań. O delimitowaniu ich przez decyzję o zarządzeniu transakcji pozornej mowa była już wcześniej. W tym miejscu warto przytoczyć reguły wynikające z przepisów powszechnie obowiązujących oraz powstałego na ich podstawie orzecznictwa. Niektóre z ustaw kompetencyjnych jasno formułują zakaz kierowania przez funkcjonariuszy i osoby udzielające im pomocy działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary⁴⁹. W literaturze przedmiotu można jednak odnaleźć głosy, zgodnie z którymi tego rodzaju dyrektywa nie oddaje w sposób właściwy i trafny istoty zakazu prowokacji. Zasadnie podkreśla się, że posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „kierowania” może prowadzić do prób łączenia i sankcjonowania granic niedozwolonego podstępów ze sprawstwem kierowniczym w rozumieniu art. 18 § 1 k.k., a takie założenie jest błędne, jako oparte na fałszywej tezie, że funkcjonariusze pod przykryciem sprawują absolutne władztwo nad przebiegiem operacji. W rzeczywistości zdarzenia, do których dochodzi w ramach transakcji pozornej, mają niejednokrotnie nieprzewidywalny charakter, na który uczestniczący w nich funkcjonariusze posiadają ograniczony wpływ⁵⁰. Należałoby tym samym raczej formułować postulat rezygnacji z delimitowania transakcji pozornej na poziomie „kierowania działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego” na rzecz pozostałych form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, w tym podżegania czy też pomocnictwa⁵¹.

W tym kierunku idzie też orzecznictwo sądowe stawiające osobom biorącym udział w operacji specjalnej warunek zasadniczo biernego uczestnictwa w działaniach przestępczych. Kwestia ta musi każdorazowo podlegać szczegółowej analizie, bo jeżeli w jej wyniku miałyby okazać się, że ze strony wyżej wymienionych doszło do postawy zbyt aktywnej, a do popełnienia przestępstwa nie doszłoby bez prowokowania ze strony agentów, to dowody uzyskane w ten sposób muszą być uznane za zdobyte w sposób bezprawny⁵². Istota analizowanego problemu sprowadza się do tego, aby postawa agentów nie przybierała cech nadmiernej aktywności; ich czynności nie mogą polegać na nakłanianiu do popełnienia przestępstwa. Kluczowe

⁴⁸ Zob. M. Szczepański, *Strona podmiotowa prowokacji*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 9.

⁴⁹ Por. np. art. 19 ust. 4 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym i art. 29 ust. 3 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu.

⁵⁰ Zob. J. Mąka, *Instytucja prowokacji w praktyce działania służ policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 2010, z. 1-2.

⁵¹ *Ibidem*, s. 158.

⁵² Zob. postanowienia SN z: 7.04.2010 r., IV KK 71/10, OSNwSK 2010/1/680, i 19.03.2014 r., II KK 265/13, OSNKW 2014/9/71.

w ten sposób staje się ustalenie, czy doszłoby do popełnienia przestępstwa bez impulsu z zewnątrz, jakie nasilenie miał ten impuls oraz jaką pozostawiał swobodę wyboru prowokowanej osobie⁵³. Warto jednak wyraźnie zaznaczyć, że oczekiwania postaw pasywnych nie mogą być zbyt daleko idące. Ustawy kompetencyjne jasno stanowią, że realizacja transakcji pozornej może polegać także na złożeniu propozycji nabycia, zbycia lub przejścia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także na propozycji przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej. Z kolei przepisy wykonawcze wydane na podstawie ustaw kompetencyjnych dotyczące omawianej problematyki jasno stanowią o tym, że czynności polegające na kontrolowanym wręczeniu (przyjęciu) korzyści majątkowej lub zakupie kontrolowanym mogą być poprzedzone, w razie potrzeby, „stosowną do okoliczności propozycją, obietnicą lub negocjacjami”⁵⁴. Czynności te zakładają określoną aktywność, a proponowanie oznacza wręcz zachęcanie kogoś do skorzystania z czegoś⁵⁵. Rzecz jednak w przyjęciu odpowiedniej reguły interpretacyjnej, w myśl której aktywność taka oraz skala inwazyjności podejmowanych działań nie powinny przekraczać pewnych granic, a złożona propozycja czy obietnica może być przez osobę rozpracowywaną przyjęta bądź odrzucona i negocjacje mogą zostać zerwane. Osoba taka musi mieć bowiem swobodę wyboru, a składana propozycja – z samej swojej istoty – nie może być nachalna, połączona z groźbą bezprawną czy przymusem – zarówno fizycznym, jak i psychicznym. W przypadku naruszenia tych reguł przez służbę występują znamiona prowokacji. W tej sytuacji funkcjonariusze, którzy dopuścili się takiego czynu, mogą nawet ponieść odpowiedzialność na zasadach przewidzianych w Kodeksie karnym⁵⁶.

W tym miejscu należy przytoczyć podobnie restrykcyjny kierunek przyjęty w zakresie omawianej problematyki zarysowany w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, pojawiający się przy okazji wykładni art. 6 Konwencji. Otóż przewidziana w nim zasada rzetelności procesu musi oznaczać – w ocenie Trybunału – konieczność pasywnego działania funkcjonariuszy, a możliwość przeprowadzenia kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowych winna być uzależniona od istnienia dowodów wskazujących na udział podejrzanego w działalności przestępczej⁵⁷. Prokurator z kolei ma obowiązek udowodnić, że podejrzany nie był nakłaniany do przestępstwa. Jeżeli tego nie zrobi, do sądu

⁵³ Zob. postanowienie SN z 19.03.2014 r., II KK 265/13, OSNKW 2014/9/71.

⁵⁴ Por. np. § 1 ust. 1 rozporządzenia MSW z 2 października 2014 r.

⁵⁵ *Wielki słownik języka polskiego*, E. Polański (red.), Kraków 2012, s. 665.

⁵⁶ Zob. wyrok SN z 10.07.2007 r., II KK 387/06, OSNwSK 2007/1/1587.

⁵⁷ Sprawa *Teixeira de Castro przeciwko Portugalii* z 9.06.1998 r., skarga nr 25829/94.

należy zbadanie związanych z tym faktów i podjęcie kroków, by ujawnić prawdę. Gdyby twierdzenie podejrzanego, że był nakłaniany do przestępstwa, potwierdziło się, sąd musi wyciągnąć z tego faktu wnioski zgodne z Konwencją⁵⁸. W sprawach narkotykowych podkreślano, że porzucenie biernej postawy przez organy ścigania należy wiązać z takim zachowaniem, jak: przejmowanie inicjatywy w kontaktach ze skarżącym, ponawianie oferty pomimo wstępnej odmowy, ciągle pospieszanie, podnoszenie ceny powyżej średniej oraz odwoływanie się do współczucia skarżącego i powoływanie się na symptomy odstawienia⁵⁹. W innym orzeczeniu Trybunał wskazał na konieczność przeanalizowania zachowania osoby podejrzanego od momentu pierwszego kontaktu z funkcjonariuszami operacyjnymi pod kątem, czy ujawnia ona jakiegokolwiek formy wpływu lub nacisku wywieranego przez Policję⁶⁰.

Kwestia stopnia aktywności funkcjonariusza pod przykryciem regulowana bywa w odmienny sposób w różnych systemach prawnych. W Szwajcarii istnieje ustawowy zakaz ingerowania przez agentów w sferę ogólnej gotowości do popełnienia przestępstwa. Działania służb mają mieć znaczenie podrzędne, czyli muszą ograniczać się jedynie do konkretyzowania u prowokowanego podjętej już decyzji w tym zakresie⁶¹. W systemie niemieckim, analizując zachowania tajnych agentów i osób rozpracowywanych, sięga się natomiast po odpowiedź na pytanie, czy zachowanie prowadzące do popełnienia czynu zabronionego zyskuje taką wagę, że w stosunku do niego zachowanie podejrzanego schodzi na dalszy plan⁶². Z kolei w USA, 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, szczególnie w przypadku poważnych i trudno wykrywalnych przestępstw (handel bronią, narkotykami, korupcja). Zasadniczo rzecz ujmując, działania takie sprowadzają się do zachęcenia osób podejrzanych o dokonanie przestępstwa do popełnienia nowego czynu, obserwowanego przez policję. W poszukiwaniu granicy legalnej prowokacji amerykańska judykatura wypracowała doktrynę *entrapment* (wpędzenie w pułapkę). Warunkiem skutecznej ekskulpacji rozpracowywanej osoby jest brak po jej stronie predyspozycji do popełnienia przestępstwa przed wejściem w kontakt z tajnym agentem, jeśli zaś sprawca uprzednio predyspozycje takie wykazywał (np. popełniał

⁵⁸ Sprawa *Ramanauskas przeciwko Litwie* z 5.02.2008 r., skarga nr 74420/01.

⁵⁹ Zob. wyrok ETPC z 23.10.2014 r., skarga nr 54648/09, *Furcht v. Niemcy*.

⁶⁰ Zob. decyzja ETPC z 10.10.2017 r., skarga nr 50468/16, *Mills v. Irlandia*.

⁶¹ Art. 10 szwajcarskiej ustawy dotyczącej tajnych śledztw (BVE).

⁶² Zob. T. Voller, *Der Staat, als Urheber von Straftaten. Zur Berechtigung des Einsatzes von Lockpitzeln und zur Verwendbarkeit der durch sie geschaffenen Beweise*, Tübingen 1983, s. 22.

w przeszłości przestępstwa rodzajowo podobne, ale także wykazuje brak oporu wobec propozycji popełnienia przestępstwa), *entrapment* jako kontratyp nie może być zastosowany⁶³.

Reasumując – należy raz jeszcze podkreślić, że przydatność transakcji pozornej w wykrywaniu niektórych poważnych przestępstw może być bardzo duża, jednakże wykorzystanie jej rezultatów w procesie karnym uzależnione jest od poprawności podejmowanych działań, zarówno na etapie gromadzenia informacji operacyjnych, jak i w fazie przekształcania ich w materiał procesowy. Poszerzone spojrzenie na proceduralne skutki uchybień związanych z tą problematyką, także przy uwzględnieniu normy wynikającej z art. 168a k.p.k., zostanie zaprezentowane w kolejnej publikacji.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Chrabkowski M., *Metody pracy operacyjnej*, [w:] *Przestępczość zorganizowana. Fenomen. Współczesne zagrożenia. Zwalczanie. Ujęcie praktyczne*, W. Jasiński, W. Mądrzejowski, K. Wiciak (red.), Szczytno 2013.

Gardocki L., *Różne rodzaje prowokacji*, „Rzeczpospolita” z 13.06.2005 r.

Garlicki L., uwaga 21 do art. 8, [w:] *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel (red.), Warszawa 2010.

Hanausek T., *Kryminalistyka*, Warszawa 2009.

Horosiewicz K., *Współpraca policjantów z osobowymi źródłami informacji*, Warszawa 2015.

Kołodziejczak M., Sobiech A., *Prawnie dopuszczalne postacie prowokacji*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 11.

Kurzępa B., *Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i operacyjnych*, Toruń 2003.

Lizak R., *Kontrolowane przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej*, WPP 2011, nr 1.

Mąka J., *Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1-2.

Mąka J., *Prowokacja jako narzędzie działania służb policyjnych*, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego 2010, nr 3.

Nowak C., *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych*, Warszawa 2008.

Pomorski S., *Dozwolone granice prowokacji policyjnej a doktryna entrapment (uwagi na tle prawa amerykańskiego)*, PiP 1994, z. 10.

Szczepański M., *Strona podmiotowa prowokacji*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 9.

Sumiło-Kulczycka D., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.

Tomaszewski T., *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Łódź 1996.

Voller T., *Der Staat, als Urheber von Straftaten. Zur Berechtigung des Einsatzes von Lockpitzeln und zur Verwendbarkeit der durch sie geschaffenen Beweise*, Tübingen 1983.

⁶³ Por. S. Pomorski, *Doktrynalne granice prowokacji a doktryna entrapment (uwagi na tle prawa amerykańskiego)*, PiP 1994, z. 10; T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Łódź 1996, s. 206-209.

Wielki słownik języka polskiego, E. Polański (red.), Kraków 2012.

Zakrzewski R., Woźniak A., *Nowelizacja ustawy o Policji – rozszerzenie uprawnień operacyjno-rozpoznawczych*, „Monitor Prawniczy” 1996, nr 1.

Akty normatywne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, ze zm.).

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 1, poz. 284, ze zm.).

Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2019 r. poz. 161, ze zm.).

Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 147, ze zm.).

Ustawa z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 13).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 30).

Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 518, ze zm.).

Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2020 r. poz. 27).

Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2019 r. poz. 687).

Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 1921, ze zm.).

Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. z 2019 r. poz. 768, ze zm.).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 września 2006 r. w sprawie sposobu przeprowadzania przez Centralne Biuro Antykorupcyjne i dokumentowania czynności polegających na dokonaniu w sposób niejawni nabycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej (Dz. U. Nr 165, poz. 1172).

Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 2 października 2014 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Policję czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonaniu w sposób niejawni nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także na przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej, oraz sposobu przekazywania, przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tych czynności (Dz. U. poz. 1362, ze zm.).

Wytyczne nr 2/2017 Dyrektora Biura Wywiadu i Informacji Kryminalnych Komendy Głównej Policji z 29 czerwca 2017 r.

Decyzja nr 773 Komendanta Głównego Policji z 19.12.2008 r. w sprawie prowadzenia w Policji zestawu zbiorów informacji „System Informacji Operacyjnych”.

Orzecznictwo

Wyrok ETPC z 5.02.2008 r., skarga nr 74420/01, *Ramanauskas przeciwko Litwie*.

Wyrok ETPC z 23.10.2014 r., skarga nr 54648/09, *Furcht v. Niemcy*.

Wyrok ETPC z 8.01.2013 r., skarga nr 25282/07, *Baltins v. Łotwa*.

Wyrok ETPC z 9.06.1998 r., skarga nr 25829/94, *Teixeira de Castro v. Portugalia*.

Wyrok ETPC z 23.11.2017 r., skarga nr 47074/12, *Grba v. Chorwacja*.

Decyzja ETPC z 10.10.2017 r., skarga nr 50468/16, *Mills przeciwko Irlandia*.
Wyrok TK z 13.02.2001 r., K 19/99, OTK ZU 2001, nr 2, poz. 30.
Wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 80.
Wyrok SN z 10.07.2007 r., II KK 387/06, OSNwSK 2007/1/1587.
Wyrok SN z 30.11.2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011, nr 1, poz. 8.
Postanowienie SN z 19.03.2014 r., II KK 265/13, OSNKW 2014, nr 9, poz. 71.
Postanowienie SN z 10.12.2013 r., V KK. 235/13, Lex nr 1405576.
Postanowienie SN z 30.11.2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011, nr 1, poz. 8.
Postanowienie SN z 7.04.2010 r., IV KK 71/10, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 680.
Wyrok SA w Katowicach z 11.10.2012 r., II AKa 368/12, Lex nr 1236427.
Wyrok SA w Warszawie z 26.04.2013 r., II AKa 70/13, Lex nr 1322733.
Wyrok SA w Katowicach z 15.05.2015 r., II AKa 26/15, Lex nr 1809497.

Apparent transactions and use of the their results in criminal proceedings

SUMMARY

In this paper, the author analyses aspects of apparent transactions and the use of their results in criminal proceedings. Use of the results is subject to multiple conditions, requires skilful verification of the multiple areas of operation by the institution authorised to perform such operations and often raises serious interpretation doubts in prosecutors' and judges' practical activities. This article tries to present details of the institution – not only as perceived in the light of interpretation of applicable regulations but also from the perspective of the essence of apparent transactions, apparently embedded in specific features of operational and investigative operations. A broader view of the procedural effects of shortcomings related to those issues, also subject to the provision of Art. 168a of the Criminal Procedure Code, will be presented in a future paper.

Key words: apparent transaction, Criminal Procedure Code