

Transakcja pozorna i wykorzystanie jej rezultatów w procesie karnym – część II

ZBIGNIEW NIEMCZYK*

STRESZCZENIE

W poprzednim numerze „Kwartalnika Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” ukazała się pierwsza część publikacji dotyczącej problematyki transakcji pozornej. Przedstawiono w niej podstawy zarządzania tego rodzaju czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. Omówiono sposób ich realizacji oraz związane z tym ryzyko, skupiając się zasadniczo na zagadnieniach występujących przed przekazaniem uzyskanych materiałów do postępowania karnego. Przedmiotem niniejszego artykułu będą zagadnienia związane z formułą przekazania na użytek procesu karnego dokumentacji zgromadzonej w trakcie realizacji transakcji pozornej, obszarami jej oceny, procesowym „przetwarzaniem” materiałów, a także oceną skutków uchybień, do których może dochodzić podczas zarządzania, przeprowadzania operacji specjalnych, a następnie przenoszenia ich rezultatów do procesu.

Słowa kluczowe: transakcja pozorna, Kodeks postępowania karnego

I. KATEGORIE MATERIAŁÓW POCHODZĄCYCH Z TRANSAKCJI POZORNEJ PRZEKAZYWANYCH DO PROCESU KARNEGO

Ustawodawca założył możliwość przekazywania materiałów uzyskanych w wyniku przeprowadzenia transakcji pozornej właściwemu prokuratorowi. Ustawy kompetencyjne nie są tutaj jednolite. Niektóre z nich określają, że przekazanie to następuje w celu wszczęcia postępowania karnego lub wykorzystania w już toczącym się

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

postępowaniu karnym (o ile mają znaczenie dla tego postępowania)¹, inne z kolei używają określenia, że przekazanie następuje w przypadku potwierdzenia informacji o przestępstwie². Widać tutaj dość istotną różnicę: w pierwszym przypadku można wyprowadzić prosty wniosek, że zarządzenie lub realizowanie transakcji pozornej możliwe jest także po wszczęciu postępowania przygotowawczego, skoro jej rezultaty mogą być przekazywane do toczącego się (a więc już wszczętego) postępowania, w drugim przypadku wyprowadzenie tego rodzaju konstatacji nie jest już tak oczywiste. W doktrynie, która dostrzega związane z tym wątpliwości pojawiające się podczas dokonywania wykładni literalnej i prawnoporównawczej różnych ustaw kompetencyjnych, zasadniczo można znaleźć poglądy, zgodnie z którymi prowadzenie transakcji pozornej możliwe jest także po wszczęciu postępowania karnego³. Zaznaczyć jednak należy, że w praktyce znakomita większość transakcji pozornych zarządzana jest przed wszczęciem postępowania karnego i uzyskane w jej trakcie materiały, w połączeniu z czynnościami przeprowadzonymi w trybie art. 308 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (dalej: k.p.k.)⁴, stanowią podstawę do wszczęcia postępowania przygotowawczego⁵.

Ustawy kompetencyjne stanowią przy tym bardzo wyraźnie, że przekazanie to powinno dotyczyć „wszystkich materiałów” zgromadzonych podczas wykonywania czynności transakcji pozornej. Powinno więc obejmować ich komplet, począwszy od zarządzenia operacji, po jej zakończenie. Użycie tego określenia jest równoznaczne z wprowadzeniem wyraźnego zakazu selekcjonowania przekazywanych materiałów, co ma swoje silne zakorzenienie w obowiązujących w procesie karnym zasadach prawdy materialnej i samodzielności jurysdykcyjnej sądu. Rozpoznając sprawy zgodnie z kodeksem postępowania karnego, należy bowiem dążyć do ustalenia tego, co naprawdę zaszło i jak w rzeczywistości wyglądają fakty podlegające następnie ocenie prawnej. Wybiórcza i niepełna interpretacja niektórych tylko okoliczności – a do takiej mogłoby dojść w przypadku nieprzekazania

¹ Por. np. art. 19a ust. 7 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2020 r. poz. 360), art. 9f ust. 6 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2020 r. poz. 305), art. 11o ust. 8 ustawy z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 13).

² Por. np. art. 19 ust. 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 1921, ze zm.), art. 29 ust. 4 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2020 r. poz. 27).

³ Zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 235.

⁴ Dz. U. z 2020 r. poz. 30.

⁵ W przypadku, kiedy zgromadzone materiały nie zawierają danych pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu.

wszystkich materiałów – stanowiłaby zaprzeczenie naczelnej zasady procesowej określonej w art. 2 § 2 k.p.k. Istotne jest także to, że sąd karny zgodnie z dyrektywą wyrażoną w art. 8 § 1 k.p.k. samodzielnie rozstrzyga zagadnienia faktyczne i prawne oraz nie jest związany rozstrzygnięciami innego organu. Nabiera to szczególnego znaczenia w kontekście oceny stanowiska wyrażonego przez uprawniony, niesądowy organ o zasadności przeprowadzenia transakcji pozornej.

Wyjątkiem od tak rozumianej reguły przekazywania kompletu zgromadzonych materiałów może być jedynie – wynikająca z przepisów prawa – niemożność przekazania pewnego zakresu informacji z uwagi na obowiązującą ochronę szczegółowych form, zasad i organizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych lub ochronę danych osób udzielających pomocy w związku z takimi czynnościami⁶. Podkreślić jednak należy, że korzystanie z tych wyjątkowych regulacji nie może wypaczać istoty zasady przekazywania do procesu karnego wszystkich materiałów i tamować możliwości właściwej oceny zasadności i legalności transakcji pozornej. Przepisy wyjątkowe, stanowiące odstępstwo od zasad, nie mogą być interpretowane rozszerzająco i muszą się ograniczać wyłącznie do ściśle określonych przez prawo okoliczności. Wypada zauważyć, że w omawianym zakresie istnieją procedury umożliwiające uzyskanie danych, objętych takimi ekstraordynaryjnymi okolicznościami, przez sąd lub prokuratora w szczególnie uzasadnionych przypadkach, a zwłaszcza wtedy, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego w związku z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych⁷. Na koniec należy także podkreślić, że analizując problematykę przekazywania materiałów operacyjnych do procesu karnego, z pola widzenia nie powinna zniknąć możliwość zastosowania określonych instytucji kodeksu postępowania karnego, w tym np. przepisów dotyczących świadka *in cognito* i ich zastosowania w zakresie anonimizacji danych osób udzielających pomocy służbom realizującym czynności operacyjno-rozpoznawcze.

Przepisy ustaw kompetencyjnych wymieniają szefów służb, którzy są władni podjąć decyzję o zarządzeniu transakcji pozornej. Stosowne pisma przekazujące materiały powinny być także dołączane do akt sprawy, jako dokumenty potwierdzające zachowanie właściwego trybu przewidzianego prawem.

Dokumentacja wytworzona podczas realizacji transakcji pozornej, a następnie przekazywana właściwemu prokuratorowi w celu wszczęcia postępowania karnego (wykorzystania w toczącym się postępowaniu), została określona w przepisach

⁶ Por. np. art. 20b ust. 3 i 22 ust. 1 ustawy o Policji.

⁷ Por. art. 20b ust. 1 pkt 2 i 22 ust. 1a-1b ustawy o Policji.

wykonawczych wydanych na podstawie delegacji zawartych w poszczególnych ustawach kompetencyjnych. W jej skład zasadniczo wchodzić będą:

- 1) dokumenty obejmujące proces decyzyjny związany z zarządzaniem i przedłużeniem operacji: wniosek uprawnionego szefa służby do odpowiedniego prokuratora o wyrażenie zgody na przeprowadzenie czynności, decyzje (zarządzenia) prokuratora o wyrażeniu zgody, wnioski i odpowiednie decyzje związane z przedłużeniem czynności;
- 2) notatki służbowe sporządzane w trakcie realizacji czynności, obejmujące: numer sprawy, jej kryptonim, oznaczenie organu i osób przeprowadzających czynność, rodzaj czynności, czas, miejsce i sposób jej przeprowadzenia, dane osoby (osób), wobec której przeprowadzana jest transakcja, opis i oznaczenie przedmiotów i korzyści majątkowych nabywanych, zbywanych lub wręczanych podczas czynności;
- 3) materiały związane z niejawną rejestracją czynności, na którą składać się będą nośniki z utrwalonym obrazem lub dźwiękiem, decyzje w przedmiocie zarządzania kontroli operacyjnej, a także sporządzone w związku z tym dokumenty opisujące zarejestrowane wydarzenia (komunikaty, notatki, stenogramy);
- 4) dokumentacja ekspercka, którą tworzą opis wyników badań, jakim zostały poddane przedmioty przejęte (przekazane) podczas czynności, w tym badań identyfikujących właściwości fizykochemiczne lub inne cechy, istotne ze względu na cel czynności albo rodzaj przedmiotów, a także wyniki badań mających na celu ujawnienie śladów kryminalistycznych na tych przedmiotach;
- 5) informacje (sprawozdania) obejmujące opis wyników przedsięwziętych czynności, zawierające dane o ujawnionym przestępstwie, a także o osobie (osobach) biorącej w nim udział.

Powyższe materiały w momencie ich przekazywania właściwemu prokuratorowi mają – w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych⁸ – charakter niejawny. W praktyce przekazywane dokumenty oznaczone są najczęściej klauzulą „poufne”⁹, choć mogą oczywiście zdarzać się sytuacje związane z naniemieniem wyższej klauzuli niejawności („tajne”, „ściśle tajne”). Sytuacja taka ma swoje podstawy zarówno w przepisach ustaw kompetencyjnych i wydanych na ich podstawie

⁸ Dz. U. z 2019 r. poz. 742.

⁹ Zgodnie z art. 5 ust. 3 pkt 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „poufne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli lub ściganie sprawców przestępstw i przestępstw skarbowych oraz organom wymiaru sprawiedliwości.

rozporządzeń, które jasno określają niejawną sposób przeprowadzanych czynności, jak i w samej istocie tego rodzaju działań sprowadzających się przecież do zakonspirowania ich przed osobami rozpracowywanymi (fałszywa tożsamość agentów, działania oparte na tzw. legendzie, ukryta rejestracja zapisu obrazu lub dźwięku).

Okoliczność związana z niejawnym charakterem przekazywanych materiałów sama w sobie oczywiście nie uniemożliwia wykorzystania ich w postępowaniu karnym, jednak znacząco je utrudnia. W takiej sytuacji bowiem procedowanie z nimi powinno odbywać się jedynie w kancelarii tajnej, co może stanowić pewien problem organizacyjny dla organu procesowego, nie tylko w zakresie związanym z przetwarzaniem informacji (konieczne są bowiem specjalne certyfikowane komputery), lecz także np. w związku z przeprowadzaniem ekspertyz na podstawie uzyskanych nośników zapisu dźwięku i obrazu (możliwe wobec tego są opinie np. z zakresu fonoskopii, antropologii czy też tłumaczenia z języków obcych). Utrzymywanie klauzul tajności może przede wszystkim wpływać jednak na ograniczenie prawa do obrony. Podejrzany i obrońcy nie mogą na swój użytek skopiować niejawnych materiałów, a sporządzenie odpisów, jakkolwiek możliwe w obecnym stanie prawnym, nie zakłada „wynoszenia” ich poza obręb prokuratury czy też sądu¹⁰. Brak takich materiałów stanowi znaczące ograniczenie podczas przygotowywania strategii obrony, począwszy od analizy materiałów pod kątem sformułowania wniosków dowodowych, na sporządzaniu środków odwoławczych skończywszy. O wadze prawa do obrony świadczą m.in. zapisy art. 6 ust. 3 pkt b i pkt c Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹¹ (dalej: Konwencji), zgodnie z którymi powinno być ono zagwarantowane w taki sposób, aby oskarżony posiadał odpowiedni czas i możliwości do przygotowania obrony. Również orzecznictwo Sądu Najwyższego kwestię tę ujmuje w sposób bardzo kategoryczny i zmierzający do niemożności ograniczania tego prawa¹². Dlatego też odpowiednim postulatem

¹⁰ Por. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 września 2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (Dz. U. poz. 1733). W § 6 ust. 2 i 3 wskazano, że jeżeli osoba uprawniona o to wnosi, należy polecić założenie trwale oprawionego zbioru dokumentów do sporządzenia notatek i określić jego klauzulę tajności odpowiadającą najwyższej klauzuli tajności udostępnianych dokumentów, akt lub przedmiotów. Trwale oprawiony zbiór dokumentów do sporządzania notatek z dokumentów i akt oraz do przejrzania przedmiotów oznaczonych klauzulą tajności, zwany dalej „zbiorem dokumentów”, tworzy się odrębnie dla każdej osoby uprawnionej, a także przechowuje się i udostępnia w kancelarii tajnej albo w innych pomieszczeniach sądu lub prokuratury zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych.

¹¹ 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 61, poz. 284).

¹² Por. wyrok SN z 14.02.2001 r., V KKN 395/98, Lex nr 52027.

jest występowanie przez prokuratora (w ostateczności przez sąd na etapie postępowania jurysdykcyjnego) do właściwych organów (Komendanta Głównego Policji, komendantów wojewódzkich, Szefa CBA, Szefa ABW itd.) o zniesienie nałożonych na dokumenty klauzul niejawności. Mimo że prokurator i sąd są w tym zakresie jedynie wnioskodawcami, to jednak samo zainicjowanie takiej procedury wskazuje na respektowanie przez organy procesowe prawa do obrony oraz wykorzystanie istniejących możliwości prawnych.

Fundamentalne znaczenie dla sposobu wykorzystania przekazywanych materiałów mają zapisy wspomnianych ustaw. Wskazują one *explicite* na art. 393 § 1 k.p.k., na podstawie którego należy procedować w przedmiocie tych materiałów w postępowaniu sądowym. Zgodnie z jego treścią w toku przewodu sądowego wolno odczytywać m.in. wszelkie dokumenty urzędowe złożone w postępowaniu przygotowawczym lub sądowym. Odczytywanie dokumentów odbywa się na wniosek strony, która nie miała możliwości zapoznania się z ich treścią, lub gdy sąd uzna to za niezbędne (art. 394 § 2 k.p.k.). Dokumenty podlegające odczytaniu, które nie zostały odczytane, ujawnione są bez odczytania z chwilą zamknięcia przewodu (art. 405 § 3 k.p.k.), o czym zamieszcza się wzmiankę w protokole rozprawy (art. 405 § 4 k.p.k.). W zależności od charakteru przekazywanych materiałów mogą one podlegać także odtworzeniu (art. 393a w zw. z art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k.), co będzie miało miejsce w przypadku – często występujących w związku z realizacją transakcji pozornej – zarejestrowanych zapisów obrazu lub dźwięku.

Pierwsza ze wspomnianych kategorii materiałów przekazywanych na użytek procesu karnego, obrazująca proces decyzyjny związany z zarządzeniem i przedłużeniem operacji, ma istotne znaczenie w kontekście ustalenia, czy transakcja pozorna odbyła się na podstawie zgody właściwych organów, w jaki sposób była uzasadniona, czy podejmowane w jej ramach czynności miały miejsce w terminach przewidzianych w stosownych zarządzeniach, a także czy podejmowane działania mieściły się w wyznaczonym przez nie zakresie podmiotowo-przedmiotowym¹³. W tym obszarze oceniane będą także informacje o wynikach czynności, które szefowie służb kierują do właściwych prokuratorów.

Przechodząc do drugiej grupy dokumentów, należy zauważyć, że podstawową formą dokumentowania przez funkcjonariuszy działań pod przykryciem są sporządzane przez nich notatki służbowe opisujące poszczególne czynności realizowane

¹³ Kwestie te zostały szerzej opisane w pierwszej części artykułu *Transakcja pozorna i wykorzystanie jej rezultatów w procesie karnym*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2020, nr 1.

w ramach operacji specjalnej, w tym spotkania z rozpracowywanymi osobami¹⁴. Elementy, które powinna zawierać wspomniana notatka, są jasno określone w przepisach wykonawczych regulujących sposób przeprowadzenia i dokumentowania omawianych czynności. Notatki sporządzane w ramach operacji specjalnej mogą być odczytywane na rozprawie w trybie art. 393 § 1 k.p.k., z tym jednak ważnym zastrzeżeniem, że stosuje się do nich ograniczenia wynikające z kodeksu postępowania karnego, takie chociażby, jak zakaz zastępowania treścią pism, zapisków lub notatek urzędowych wyjaśnień podejrzanego i zeznań świadka (art. 174 k.p.k.). Wzmiankowane notatki dowodzą jedynie, że przeprowadzono daną czynność operacyjno-rozpoznawczą, jak to uczyniono i co uzyskano w jej rezultacie¹⁵. Warto ponadto zaznaczyć, że notatka dowodzi co najwyżej tego, iż sporządził ją określony funkcjonariusz, podając w niej określone informacje. Nie przesądza ona natomiast o tym, że opisane w niej zdarzenia w rzeczywistości miały miejsce i w takim znaczeniu nie może stanowić podstawy do dokonywania ustaleń faktycznych związanych z rozpoznawaniem czynem, a jedynie może być komunikatem o istnieniu określonego źródła dowodowego¹⁶. To z kolei stwarza możliwość przesłuchania w charakterze świadka autora notatki lub osoby w niej wskazanej. Dopiero taka „waloryzacja” materiału operacyjnego w postaci notatki w materiał procesowy daje podstawę do dokonywania ustaleń faktycznych na podstawie zeznań osoby umocowanej do działań w ramach transakcji pozornej. W przypadku funkcjonariuszy pod przykryciem zasadą jest przeprowadzenie czynności przesłuchania w trybie art. 184 k.p.k., a więc jako świadków *in cognito*. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposobu postępowania z protokołami z zeznań tego świadka¹⁷ zawiera szczegółowe reguły dotyczące procedury stosowanej także w zakresie przesłuchania jako anonimowych świadków osób wykonujących czynności w ramach transakcji pozornej. Wymieniają one również specyficzne elementy wniosku o zastosowanie instytucji

¹⁴ Por. np. § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia 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 niejawnym 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.).

¹⁵ Zob. T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 2014, s. 1319.

¹⁶ Por. wyrok SA w Warszawie z 22.12.2005 r., II AKa 396/05, Apel. W-wa 2006/1/5.

¹⁷ Dz. U. z 2019 r. poz. 110.

z art. 184 k.p.k., posługiwanie się przez niego nadanym numerem ewidencyjnym oraz określają miejsce jego przesłuchania poza siedzibą sądu lub prokuratury.

Na doniosły aspekt związany z możliwością przesłuchania funkcjonariusza przeprowadzającego operację oraz zadawania mu pytań przez oskarżonego i obrońcę zwracał uwagę wielokrotnie Europejski Trybunał Praw Człowieka, podkreślając przy tym, że czynność taka jest ważnym elementem kontroli szczególnie podczas formułowania zarzutu przekroczenia granic prowokacji¹⁸.

Poza notatkami sporządzanymi przez funkcjonariuszy pod przykryciem, kolejnym istotnym sposobem dokumentowania omawianych czynności jest dokonywany przy użyciu urządzeń technicznych niejawni zapis obrazu lub dźwięku. Przepisy ustaw stanowią o takiej możliwości, przy czym część ustaw jasno odsyła w tym zakresie do przepisów o kontroli operacyjnej, inne zaś – w tym np. ustawa o Policji – takiej regulacji nie zawierają¹⁹. Ta ostatnia sytuacja rodzi pewne wątpliwości przenoszące się na praktykę oraz rozbieżne poglądy w literaturze przedmiotu. Otóż, zdaniem niektórych, rejestracja w przypadku operacji prowadzonych przez Policję ma charakter autonomiczny – decyzję o jej zarządzeniu podejmuje ten sam organ, który wydał zarządzenie przeprowadzenia danych czynności operacyjno-rozpoznawczych: Komendant Główny Policji, Komendant Centralnego Biura Śledczego Policji albo komendant wojewódzki Policji, po uzyskaniu zgody właściwego miejscowo prokuratora²⁰. Są też zdania zgoła odmienne, wskazujące na to, że – pomimo pewnej niejednorodności w ustawach kompetencyjnych – nie można skutecznie bronić poglądu, zgodnie z którym brak wyraźnego przywołania przepisów o kontroli operacyjnej może świadczyć o możliwości zrezygnowania z określonej tam procedury, opartej na decyzji sądowej²¹. Wskazuje się, że sam fakt, iż rejestracja – tożsama z podsłuchem operacyjnym – odbywa się dla celu innego niż kontrola operacyjna przedsięwzięcia, nie może przesądzać o jej innym

¹⁸ Por. wyrok ETPCz z 23.11.2017 r., 47074/12, *Grba v. Chorwacja*.

¹⁹ Por. np. art. 20 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, w którym ustala się, że przy wykonywaniu czynności transakcji pozornej „może być stosowana kontrola operacyjna na zasadach określonych w art. 17”. Podobnie art. 31 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu oraz art. 36 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2019 r. poz. 687, ze zm.). Z kolei podobne regulacje jak w przypadku ustawy o Policji, gdzie brak jest jasnego odesłania do przepisów o kontroli operacyjnej, zawierają m.in. ustawa z dnia 19 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2020 r. poz. 305) i ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 431).

²⁰ Z. Gądzik, *Komentarz do art. 19a ustawy o Policji*, Lex/el., podobnie: M. Klejnowska, *Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 106.

²¹ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności...*, s. 243.

traktowaniu²². Fundamentalny jest tu także argument, że w jednym i drugim przypadku dochodzi do głębokiej, niejawnej ingerencji w prawa jednostki, a omawiane niejawne działania mieszczą się w definicji kontroli operacyjnej, odbywającej się za zgodą sądu, a polegającej m.in. na uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne²³.

Dowody rzeczowe uzyskiwane w związku z czynnościami podejmowanymi w ramach transakcji pozornej mogą być uzyskiwane już na etapie czynności operacyjno-rozpoznawczych albo – w wyniku ich przeprowadzenia – w ramach procesowych czynności w niezbędnym zakresie (art. 308 k.p.k.). Niewątpliwie ta druga sytuacja jest bardzo czytelna z punktu widzenia procesu karnego: zabezpieczenie przedmiotów udokumentowane jest stosownym protokołem oględzin, przeszukiwania lub zatrzymania rzeczy, następnie przedmioty poddawane są ekspertyzom w myśl przepisów rozdziału 22 k.p.k. Bardziej złożony jest przypadek, kiedy przejęcie (wydanie) przedmiotów następuje na etapie transakcji pozornej, jeszcze przed jej zakończeniem²⁴. Właściwe i niebudzące wątpliwości udokumentowanie za pomocą notatek określających, kto, kiedy, co i od kogo przyjął (co komu przekazał), ma istotne znaczenie dla późniejszego porządku procesowego. Precyzyjny i rozbudowany powinien być w szczególności opis i oznaczenie przedmiotów (korzyści majątkowych) będących przedmiotem transakcji pozornej. Kwestia ta bowiem może mieć zasadnicze znaczenie dla odpowiedzialności karnej rozpracowywanych osób i właściwe udokumentowanie faktycznego związku pomiędzy tymi osobami a przedmiotami jest niezwykle istotne. Odpowiednie oznaczenie tych przedmiotów odgrywa ponadto ważną rolę w kontekście możliwych ekspertyz operacyjnych mających na celu wykazanie ich cech i właściwości.

Problematyka ta wiąże się ściśle z przenoszeniem do procesu dokumentacji eksperckiej, na którą składa się opis wyników badań, jakim zostały poddane przedmioty przejęte podczas czynności, w tym badań identyfikujących właściwości fizykochemiczne lub inne cechy, istotne ze względu na cel czynności albo rodzaj przedmiotów, a także wyniki badań mających na celu ujawnienie śladów kryminalistycznych na tych przedmiotach. Istotne jest, aby badania te odpowiadały warunkom, jakie ekspertyzom stawia kodeks postępowania karnego – aby były wykonane przez osoby posiadające wiedzę specjalistyczną w sposób metodologicznie

²² Zob. *tamże*, s. 243.

²³ Por. art. 19 ust. 6 pkt 2 ustawy o Policji (tożsame zapisy dotyczące pojęcia kontroli operacyjnej zawarte są także w innych ustawach kompetencyjnych).

²⁴ W praktyce dochodzi do tego szczególnie w przypadku próbnego zakupu mniejszej ilości określonego towaru, np. narkotyków lub broni. Ten próbny zakup może bowiem stanowić potwierdzenie, że określone osoby mają faktycznie dostęp do zakazanych przedmiotów i jest wstępem do ustalenia warunków dużej transakcji.

właściwy dla danej dziedziny badań. Często związane jest to z posiadaniem odpowiedniego zaplecza techniczno-naukowego, na które mogą składać się zarówno właściwe pomieszczenia, w których dokonuje się badań, jak i sprzęt oraz środki, przy pomocy których te badania się realizuje. W praktyce dąży się jednak, o ile to możliwe, aby przedmioty (ślady) zostały ponownie przebadane w toku procesu przez biegłych na zasadach przewidzianych w kodeksie postępowania karnego. Gwarancje, jakie w tym zakresie dla uczestników procesu karnego przewiduje ten akt prawny, w znaczący sposób neutralizują niebezpieczeństwa związane z wydaniem specjalistycznej *quasi*-opinii w fazie czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Należy podkreślić, że bezpośrednie przekazanie materiałów do postępowania przygotowawczego nie zwalnia organów procesowych z podejmowania dalszych, odpowiednich czynności, dostosowujących je do reguł procesu. I tak, zapisy obrazu lub dźwięku powinny być protokolarnie odtworzone (art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k.), z kolei przekłady zapisów rozmów są załącznikami do protokołu (analogia do art. 147 § 3 k.p.k.). Sposobem przeprowadzania dowodu rzeczowego są jego oględziny, które także wymagają formy protokołu (art. 143 § 1 pkt 3 k.p.k.)²⁵. Ustalenie tego, że zabezpieczone przedmioty posiadają określone cechy i właściwości, powodujące że ich posiadanie bez wymaganego zezwolenia jest zakazane oraz że ujawnione ślady kryminalistyczne pochodzą od pewnych osób, będzie z kolei wymagało powołania w toku procesu biegłych i uzyskania od nich stosownych opinii (art. 193 i art. 194 k.p.k.).

II. PROCESOWE SKUTKI UCHYBIEŃ ZWIĄZANYCH Z ZARZĄDZANIEM I PRZEPROWADZANIEM TRANSAKCJI POZORNEJ

Rozpoczynając wywody w tym zakresie, należy zauważyć, że skala naruszeń związanych z zarządzeniem i przeprowadzaniem transakcji pozornej może być szeroka i może dotyczyć jej różnych etapów. Istotne jest jednak to, że powstałe uchybienia mogą mieć charakter stopniowalny: począwszy od tych najpoważniejszych, których stwierdzenie skutkuje odrzuceniem rezultatów czynności i niemożnością ich wykorzystania w procesie karnym, a skończywszy na naruszeniach mniej poważnych, które tak daleko idących konsekwencji nie powodują.

Najwłaściwszym kryterium pozwalającym rozstrzygnąć, z którą sytuacją mamy do czynienia, jest odwołanie się do standardów konstytucyjnych oraz

²⁵ Jak wskazał SA w Poznaniu w wyroku z 13.12.2012 r., II AKa 252/12, Lex nr 1392005, przekłady słowne zapisów rozmów nie stanowią samoistnego ani pierwotnego dowodu, na którym sąd może poprzestać. Przekłady te mogą zostać wprowadzone do procesu, ale obok treści zarejestrowanych rozmów. Aby więc nie doprowadzić do obrazu art. 410 k.p.k., ich odtworzenie (czyli ujawnienie) musi znaleźć odzwierciedlenie w treści protokołu.

konwencyjnych, w tym do zasad rzetelnego procesu. To ostatnie pojęcie, mające swoje zakotwiczenie w art. 6 Konwencji, rozumiane jest jako zespół reguł normujących proces, w którym jego uczestnicy mają możliwość ochrony swoich praw²⁶. Istotny jest w nim sposób procedowania, w trakcie którego powinny być respektowane określone zasady, kluczowe do tego, by postępowanie było uczciwe²⁷. Proces w związku z tym musi być zorganizowany w taki sposób, aby żadna ze stron nie miała powodów do podniesienia zarzutu, że padła ofiarą nieuczciwej gry²⁸.

Takie podejście do analizowanego problemu będzie także spójne z normą wyrażoną w art. 168a k.p.k., zgodnie z którą dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny²⁹ (dalej: k.k.), chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności.

W doktrynie karnoprocesowej zarysował się spór co do tego, czy do materiałów uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych zastosowanie ma reguła wyrażona w art. 168a k.p.k.³⁰. Wątpliwości w tym zakresie można odnaleźć także w orzecznictwie sądowym³¹ i z całą pewnością można uznać, że problem ten należy do stosunkowo złożonych, a tym samym wymaga wnikliwej analizy.

W istocie należy odpowiedzieć na pytanie, czy naruszenia związane z zarządzaniem, przeprowadzaniem transakcji pozornej, a następnie przenoszeniem jej rezultatów do procesu karnego będą mieściły się w zakresie pojęciowym terminów

²⁶ P. Wiliński, *O koncepcji rzetelnego procesu*, [w:] *Rzetelny proces karny. Materiały konferencji naukowej. Trzebiezowice 17-19 września 2009 r.*, J. Skorupka, W. Jasiński (red.), Warszawa 2010, s. 174.

²⁷ Zob. *tamże*, s. 26.

²⁸ Zob. A. Jakubiak-Mirończuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzygnięcie sporów sądowych*, Warszawa 2008, s. 66.

²⁹ Dz. U. z 2019 r. poz. 1950, ze zm.

³⁰ W piśmiennictwie prawniczym wyrażono w tej kwestii stanowisko pozytywne (zob. S. Brzozowski, *Dopuszczalność wykorzystania dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w kontekście art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, nr 1-2, s. 55), ale można też znaleźć polemizujące z nim stanowisko negatywne, wskazujące, że art. 168a k.p.k. dotyczy czynności procesowych, a nie czynności operacyjno-rozpoznawczych ujętych w ustawie o Policji (zob. R.A. Stefański, [w:] R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2019, s. 64).

³¹ W tym zakresie por. postanowienie SN z 26.06.2019 r., IV KK 328/18, OSNK 2019/8/46. W tym orzeczeniu SN wskazał także, że art. 168a k.p.k., regulujący wprowadzenie nielegalnie uzyskanego dowodu do procesu, odnosi się jedynie do dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. Uregulowanie to nie stanowi podstawy do procesowego wykorzystania danych uzyskanych podczas kontroli operacyjnej prowadzonej z naruszeniem warunków do wykorzystania procesowego takich danych, sformułowanych w ustawie o Policji, a mających swe źródła w przepisach o charakterze materialnym.

„uzyskiwanie dowodów” oraz „naruszenie przepisów postępowania”, o których mowa w art. 168a k.p.k.

Odpowiadając na tak postawione pytanie, należy na wstępie przyjąć, że poza sporem jest teza, zgodnie z którą zmaterializowane efekty transakcji pozornej mogą mieć istotne znaczenie procesowe.

Większe wątpliwości budzi jednak kwestia, czy materiały uzyskane w wyniku zastosowania transakcji pozornej mogą być traktowane jako dowody. W tym miejscu należy zacząć od przypomnienia, że pojęcie „dowodu” ma charakter wieloznaczny. Mieszczą się w nim zarówno źródło dowodowe, środek dowodowy, jak i sposób przeprowadzenia dowodu, czynności procesowej, faktu dowodowego czy ostatecznego wyniku procesu myślowego³². Niewątpliwie materiały operacyjne przekazywane do procesu karnego nie mogą być utożsamiane z dowodami np. w rozumieniu czynności procesowych, ponieważ powstają one poza procesem karnym i inna jest ich specyfika. Nie można ich powstawania łączyć z tym obszarem, a dla zafunkcjonowania w ramach procesu wymagają dodatkowego przetworzenia procesowego (np. protokolarnego odtworzenia utrwalonych zapisów). Materiały takie są jednak dowodem w znaczeniu pewnych faktów dowodowych (okoliczności, które należy udowodnić) czy też źródłem informacji o tych faktach. Mogą być one także traktowane jako dowód w znaczeniu ostatecznego wyniku procesu myślowego rozumianego jako przekonanie o zaistnieniu określonej okoliczności³³. Dokonując wykładni literalnej ustaw kompetencyjnych, zauważymy zresztą, że niektóre z nich wyraźnie przywołują pojęcie „dowodu” w odniesieniu do materiałów z transakcji pozornej, które pozwalają na wszczęcie postępowania karnego lub mają znaczenie dla toczącego się postępowania³⁴. Jasno też stanowią, że zgromadzone materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu³⁵. Do kategorii dowodów odwołują się też przepisy ustaw kompetencyjnych w zakresie podstaw zarządzania transakcją pozornej, wskazując, że jednym z jej celów ma być uzyskanie dowodów.

³² Zob. T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998, s. 414.

³³ Zob. *tamże*, s. 414-415.

³⁴ Por. art. 19a ust. 7 zd. 1 ustawy o Policji: „W przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP, Komendant BSWP albo komendant wojewódzki Policji przekazuje prokuratorowi okręgowemu, o którym mowa w ust. 3, wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania czynności, o których mowa w ust. 1 i 2”.

³⁵ Por. art. 19a ust. 8 ustawy o Policji.

Kolejna kwestia związana jest z rozstrzygnięciem, czy dowody pochodzące z transakcji pozornej uzyskane zostały na podstawie odpowiednich przepisów postępowania karnego.

Niewątpliwie sekwencje zdarzeń opisane w ustawach kompetencyjnych związane z zarządzaniem transakcji pozornej, realizacją tego zarządzenia i przekazywaniem uzyskanych rezultatów do postępowania karnego stanowią materię proceduralną. Nie są to oczywiście przepisy postępowania karnego, gdyż powyższa procedura ulokowana jest poza procesem karnym, ale mamy tutaj do czynienia z ustawowym określeniem sposobu działania właściwych organów państwowych, a więc z „przepisami postępowania”. Artykuł 168a k.p.k. nie stawia warunku, że chodzi w nim tylko o przepisy postępowania karnego, używa bowiem określenia „przepisy postępowania”. Zresztą analizowane postępowanie dotyczące transakcji pozornej określone w ustawach kompetencyjnych nakierowane jest na uzyskiwanie dowodów, co stanowi dodatkowy argument przemawiający za tezą, że objęte jest ono normą z art. 168a k.p.k. Naruszenie tych przepisów będzie miało miejsce w sytuacji niezgodności przebiegu podejmowanych działań z wymogami proceduralnymi określonymi w przepisach, która może polegać na zaniechaniu nakazów ustawowych (np. na nieuzyskaniu zgody właściwego prokuratora na zarządzenie czynności), jak i na działaniu wbrew określonym w przepisach zakazom (np. wbrew zakazowi kierowania przez funkcjonariuszy i osoby udzielające im pomocy działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary).

Dodatkowo spojrzenie na problematykę takich materiałów przez pryzmat art. 168a k.p.k. jest zasadne także z uwagi na ujęcie w tym przepisie tematyki dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego. Oczywiście należy się zgodzić z tezami judykatury wskazującymi na to, że czynności operacyjno-rozpoznawcze mają swoje oparcie w przepisach prawa normujących poszukiwanie i uzyskiwanie dowodów. Tym samym, jeżeli wykonywane są w ramach uprawnień i obowiązków przez funkcjonariuszy publicznych, nie mogą być uznawane za bezprawne, a tym bardziej za uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 2 k.k.³⁶ Jednak dość łatwo wyobrazić sobie sytuację, kiedy przekroczenie granic prowokacji może aktualizować odpowiedzialność karną opisaną czy to w art. 231 § 1 k.k., czy też w art. 239 k.k. i tym samym sięgnięcie po regułę wyrażoną w art. 168a k.p.k. jest nieodzowne.

Powyższe argumenty przemawiają za tezą, że w przypadku przeniesienia efektów czynności operacyjno-rozpoznawczych do procesu karnego mogą one być oceniane na płaszczyźnie normy wyznaczonej przez art. 168a k.p.k.

³⁶ Por. wyrok SA w Białymstoku z 29.09.2016 r., II AKa 97/16, Lex nr 2208315.

Jak trafnie wskazuje się w literaturze przedmiotu, norma ta stanowi swoistą klauzulę uadekwatniającą przesłanki niedopuszczalności dowodu w postępowaniu karnym³⁷. Można ją traktować w kategoriach uelastycznienia kryteriów oceny dowodów w sposób korelujący ze wskazaniem art. 7 k.p.k. Należy się zgodzić przy tym z poglądami doktryny, zgodnie z którymi prawodawca – postulując ocenę dopuszczalności dowodu z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy – nie tyle nakazał dowodowe wykorzystanie materiałów uzyskanych z naruszeniem prawa, ile wprowadził mechanizm pozwalający orzekającemu w sprawie sądowi na wykluczenie dowodu wówczas, gdy przemawiać za tym będą naruszenia prawa poważniejszego rodzaju. Organy postępowania karnego zyskały zatem instrument pozwalający na – używając uproszczenia – konfrontowanie dobra wymiaru sprawiedliwości z tymi dobrami, które zostały naruszone w wyniku naruszenia przepisów postępowania lub czynu zabronionego oraz swobodną – choć nie dowolną, poddawaną bowiem kontroli instancyjnej – ocenę istotności naruszenia przepisów postępowania dla dopuszczalności dowodu.

Istota proponowanej interpretacji art. 168a k.p.k. opiera się na „wyłączności” naruszenia przepisów postępowania lub prawa karnego materialnego jako podstawy niedopuszczalności dowodu (przepis stanowi bowiem, że dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego)³⁸. Gdyby bowiem uznać, że przepis w jego brzmieniu obowiązującym od 15 kwietnia 2016 r. stanowi jedynie proste zaprzeczenie poprzedniej regulacji, nakazując *de facto* dowodowe wykorzystanie informacji zdobytych niezgodnie zarówno z prawem materialnym, jak i procesowym, słowo „wyłącznie” byłoby zupełnie zbędne. Przy takiej wykładni podstawowe staje się pytanie, co miałyby być owym naddatkiem, dodatkowym powodem przemawiającym za niedopuszczalnością dowodu. Odpowiadając na nie, należy podzielić pogląd, zgodnie z którym w tym właśnie zakresie należy odwołać się do wartości o charakterze konstytucyjnym i konwencyjnym³⁹, jak również do standardu rzetelnego procesu karnego⁴⁰. Istotę omawianego zagadnienia trafnie ujął także Sąd Najwyższy, wskazując, że art. 168a k.p.k. nie może stanowić podstawy prawnej przeprowadzenia dowodu uzyskanego

³⁷ Zob. K. Lipiński, *Klauzula uadekwatniająca przesłanki niedopuszczalności dowodu w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 11.

³⁸ Zob. *tamże*.

³⁹ Odwoływanie się do tych wartości aktualne było zresztą również wobec poprzedniego brzmienia art. 168a k.p.k. Zob. T. Razowski, *Materialne i procesowe problemy interpretacji art. 168a k.p.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 2.

⁴⁰ Zob. *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, J. Skorupka (red.), Warszawa 2009.

z naruszeniem prawa, jeżeli czyniłoby to proces nierzetelnym w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji⁴¹.

Zgodzić należy się również z tym, że inne rozumienie przepisu – w szczególności takie, które nakazywałoby bezrefleksyjne wykorzystywanie środków dowodowych uzyskanych zarówno z naruszeniem przepisów postępowania, jak i prawa karnego materialnego – byłoby niedopuszczalne ze względów systemowych. Nie bacząc na racje o charakterze konstytucyjnym czy konwencyjnym, przyjęcie, że naruszenie przepisów postępowania nie wyklucza wykorzystania środka dowodowego dla zrekonstruowania stanu faktycznego, musiałoby prowadzić do wniosku, że wszelkie przewidziane w kodeksie postępowania karnego zakazy dowodowe przestają pełnić swoją funkcję. Artykuł 168a k.p.k. sanowałby bowiem każdorazowe złamanie owych zakazów, prowadząc do ich praktycznego demontażu⁴². Dodatkowo należy podkreślić, że nadal względną przyczyną odwoławczą jest naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na treść orzeczenia, o bezwzględnych przyczynach odwoławczych skutkujących uchyleniem orzeczenia nawet w tym miejscu nie wspominając.

Warto też w kontekście dalszych wywodów zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu projektu zmian kodeksu postępowania karnego w zakresie dotyczącym art. 168a czytamy m.in.: „W tym stanie rzeczy celowe jest ocenianie każdej sytuacji *in casu*, z uwzględnieniem wszystkich aspektów sprawy, w oparciu o ogólnie przyjęte zasady w dorobku orzecznictwa i doktryny w perspektywie ostatnich kilkudziesięciu lat”⁴³.

Wracając do rozważań związanych z transakcją pozorną i ponownego spojrzenia na tę instytucję przez pryzmat standardów konwencyjnych i konstytucyjnych, stwierdzić należy, że istnieją elementy kreujące swoiste linie demarkacyjne operacji specjalnej, poza którymi realizowane działania stanowić będą poważne naruszenie prawa godzące w wartości konstytucyjne i konwencyjne. Zaliczymy do nich:

- 1) zarządzenie transakcji pozornej przez uprawniony organ po uzyskaniu odpowiednich zgód prokuratorskich (brak jest również podstaw do jej kontynuowania po wycofaniu akceptacji przez decydentów wskazanych przez ustawodawcę: szefa danej służby lub prokuratora);

⁴¹ Postanowienie SN z 26.06.2019 r., IV KK 328/18, OSNK 2019/8/46. W tym orzeczeniu SN wskazał także, że art. 168a k.p.k., regulujący wprowadzenie nielegalnie uzyskanego dowodu do procesu, odnosi się jedynie do dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. Uregulowanie to nie stanowi podstawy do procesowego wykorzystania danych uzyskanych podczas kontroli operacyjnej prowadzonej z naruszeniem warunków do wykorzystania procesowego takich danych, sformułowanych w ustawie o Policji, a mających swe źródła w przepisach o charakterze materialnym.

⁴² Zob. K. Lipiński, *Klauzula...*

⁴³ Uzasadnienie druku sejmowego Sejmu VIII kadencji nr 207, s. 13-14.

- 2) realizowanie transakcji pozornej w zakresie podmiotowo-przedmiotowym wyznaczonym przez zarządzenie połączone z zakazem intencjonalnego wychodzenia poza wyznaczone w ten sposób ramy;
- 3) wcześniejsze w stosunku do wydania zarządzenia uzyskanie wiarygodnych informacji o przestępstwie katalogowym;
- 4) funkcjonujący przed zarządzeniem operacji i po jej zarządzeniu zakaz prowokowania osoby rozpracowywanej do popełnienia przestępstwa⁴⁴.

Podstawowym skutkiem przekroczenia tak wyznaczonych granic demarkacyjnych będzie to, że osiągnięte rezultaty nie będą mogły zostać wykorzystane w procesie karnym. Podejście takie wynika z potrzeby ścisłego przestrzegania warunków realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych, jako działań głęboko ingerujących w fundamentalne prawa i wolności jednostki, funkcjonowania organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa oraz potrzeby hołdowania wytworzonym przez ustawodawcę zasadom kontrolnym.

Z całą pewnością za nielegalnością operacji specjalnej będzie przemawiał brak spełnienia podstawowych warunków związanych z ustawową procedurą jej zarządzenia: musi bowiem istnieć decyzja właściwego szefa służby, zaakceptowana przez prokuratora. Transakcja pozorna realizowana bez tych zgód nie ma swoich prawnych podstaw. Interpretacja przeciwna byłaby sprzeczna z treścią art. 7 Konstytucji, zgodnie z którym organy władzy publicznej mają działać na podstawie i w granicach prawa. Decyzja o zarządzeniu transakcji pozornej określa jej zakres podmiotowo-przedmiotowy – jego funkcją jest wyznaczenie obszaru, w którego ramach możliwe jest wkroczenie w sferę prywatności poprzez określenie osoby rozpracowywanej oraz wskazanie rodzaju czynności, jakie mają wobec niej zostać podjęte. Zamiar podjęcia działań wobec innych osób czy też innych czynów, niż te wymienione w zarządzeniu, wymaga wydania nowego zarządzenia lub jasnego rozszerzenia jego zakresu podczas przedłużania okresu trwania operacji. Rzecz nie jest jednak już tak oczywista, jeżeli realizacja transakcji jest dynamiczna i stanowi efekt zmieniającego się układu operacyjnego, o czym niżej. Z tych też powodów należy mówić o zakazie intencjonalnego wychodzenia poza ramy podmiotowo-przedmiotowe, rozumianym jako konieczność uzyskiwania zgód poszerzających ten zakres, o ile jest to możliwe w danym konkretnym układzie sytuacyjnym.

W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Sądu Najwyższego nie budzi wątpliwości ulokowanie początkowej strefy granicy legalności

⁴⁴ Dokładniejsze omówienie tych zagadnień zawarto w pierwszej części niniejszego artykułu. W tym miejscu przedstawienie tej problematyki ma jedynie charakter podsumowujący.

transakcji pozornej w obszarze konieczności posiadania przez właściwe organy wiarygodnych informacji o przestępstwie. Ich brak powinien być równoznaczny z niemożnością zarządzania operacji, a w przypadku pogwałcenia tej zasady i wdrożenia takich czynności ich rezultaty nie mogą być brane pod uwagę przy dokonywaniu ustaleń faktycznych w procesie karnym. Kolejnym elementem o fundamentalnym znaczeniu jest zakaz dowodowy polegający na niedopuszczalności wykorzystania dowodów uzyskanych wskutek wadliwie przeprowadzonej transakcji pozornej, która polegała na podżeganiu osoby rozpracowywanej do popełnienia czynu zabronionego. Zwraca na to uwagę Sąd Najwyższy, ale również bardzo dobitnie podkreśla to Europejski Trybunał Praw Człowieka w kontekście art. 6 Konwencji, stawiając ten problem na równi z niedopuszczalnością dowodowego wykorzystania oświadczeń uzyskanych od osobowego źródła przy użyciu tortur czy nieludzkiego lub poniżającego traktowania⁴⁵. Dla pełnego wyjaśnienia skutków naruszenia tego zakazu warto przytoczyć reprezentatywne stanowisko Trybunału wyrażone w wyroku *Ramanauskas v. Litwa*: „(...) jeżeli oskarżony zarzuca, że był nakłaniany do popełnienia przestępstwa, sąd karny musi przeprowadzić staranne badanie materiału dowodowego zawartego w aktach, gdyż warunkiem rzetelności postępowania w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji jest, aby wszystkie dowody uzyskane w rezultacie policyjnego podżegania były wyłączone”⁴⁶.

W zakresie powyższych czterech elementów możemy mówić więc o zakazach, których złamanie powoduje niemożność wykorzystania całości zgromadzonych materiałów w procesie karnym. Wszystkie one mają bowiem na tyle fundamentalne znaczenie, że przyjęcie przeciwnego stanowiska godziłoby w istotę rzetelnego procesu oraz zasadę legalizmu działania organów państwa.

Mniej wyraziście przedstawia się rzecz w przypadku wyjścia poza ramy czasowe wyznaczone w zarządzeniu. Operacja specjalna niewątpliwie powinna mieścić się w ich granicach. Sytuację realizowania kontrolowanego wręczenia (przyjęcia) korzyści majątkowej lub zakupu kontrolowanego po czasie wyznaczonym w odpowiednich zgodach z powodzeniem można porównywać do stosowania kontroli operacyjnej, realizowanej po czasie wynikającym z właściwego postanowienia. Jednak w tym przypadku skutek nie jest tak dalekosiężny jak w sytuacji wyznaczonej przez elementy określone wcześniej jako „linie demarkacyjne” transakcji pozornej. W sytuacji przekroczenia ram czasowych w pierwszej kolejności należałoby

⁴⁵ Zob. M. Wąsek-Wiaderek, *Model zakazów dowodowych z perspektywy Konwencji i orzecznictwa ETPCz*, [w:] *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, J. Skorupka, A. Drozd (red.), Warszawa 2015, s. 23.

⁴⁶ O wyłączeniu z dalszego procedowania materiału uzyskanego w wyniku prowokacji ETPCz orzekł także w § 69 wyroku wydanego w sprawie *Furcht v. Niemcy*.

rozważyć wyłączenie ze sfery dokonywania ustaleń faktycznych materiałów uzyskanych po czasie wyznaczonym w zarządzeniu lub przedłużeniu transakcji. Trudno byłoby bowiem dezawuować całą operację tylko dlatego, że część np. niezbyt istotnych działań została podjęta po czasie określonym w decyzji. W drugiej kolejności należałoby odpowiedzieć na pytanie, na ile działania podjęte po czasie wpłynęły na całą sytuację, w tym na zachowania i decyzje podejmowane przez osoby rozpracowywane, co może mieć miejsce w przypadku kontynuowania operacji i jej późniejszego przedłużenia.

Analizując omawianą problematykę, możemy sobie wyobrazić także inne, mniej istotne naruszenia zasad związanych z przeprowadzeniem transakcji pozorowanej, których zaistnienie nie będzie prowadziło do tak poważnych i automatycznych konsekwencji, ale może stać się przyczynkiem do każdorazowej ich oceny w świetle realiów konkretnej sprawy. Zaliczymy do nich z pewnością naruszenia zasad porządkowych, związanych czy to z formą decyzji, czy to z jej wydaniem w przypadku braku przedłożenia właściwym organom kompletnej dokumentacji, mimo istnienia warunków materialnych do jej wydania⁴⁷. Jeszcze inne uchybienia mogą być wynikiem rozwijającej się sytuacji operacyjnej i niemożnością natychmiastowego uzyskania stosownych decyzji. Jako przykład można podać reakcję operatorów na pojawienie się nowego figuranta, niewymienionego w decyzji o zarządzeniu czynności (w tym także w formule „innych współdziałających osób”), i podjęcie wobec niego działań operacyjnych o charakterze ofensywnym, a tym samym wciągnięcie go do gry. Czasami brak takiej reakcji może spowodować wręcz zdekonspirowanie podjętych działań. Między innymi w tym kontekście, a także biorąc pod uwagę inne realia sprawy związane z oceną intencjonalności działań agentów, możliwością wdrożenia innych rozwiązań czy też konwalidowania działań w wyniku uzyskania późniejszego stanowiska decydentów, należy ocenić taką sytuację i odpowiedzieć na pytanie, czy uzyskane w ten sposób materiały mogą posłużyć jako dowód w procesie. Do naruszenia standardów operacji specjalnej może dojść także w sferze wykorzystania podsłuchu dokumentującego jej przebieg. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka patrzy na ten problem mniej radykalnie niż na podżeganie do przestępstwa podczas eksperymentu operacyjnego, postulując każdorazowo odpowiedź na pytanie, czy uzyskany w wyniku naruszenia zasad dowód był jedynym lub głównym dowodem obciążającym oskarżonego oraz czy pozyskanie dowodu nie naruszyło prawa osoby rozpracowywanej do ochrony

⁴⁷ Zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności...*, s. 151.

przed przymuszeniem do samooskarżenia⁴⁸. Analiza taka, poszerzona o inne ujawnione kwestie proceduralne, powinna zmierzać do ustalenia, czy procesowe wykorzystanie dowodu, zdobytego z naruszeniem prawa do prywatności, nie narusza prawa oskarżonego do rzetelnego procesu rozumianego jako całość. Niewątpliwie szczegółowej oceny wymagać będzie także, sprzeczna z treścią ustaw kompetencyjnych, sytuacja związana z nieprzekazaniem do postępowania karnego wszystkich materiałów uzyskanych w związku z zarządzeniem transakcji pozornej. Punkt ciężkości powinien w tym zakresie znajdować się w dążeniu do wyjaśnienia przez organy postępowania karnego, powodów zaistnienia takiego stanu rzeczy, ewentualnie żądania uzupełnienia materiałów.

III. PODSUMOWANIE

Reasumując, należy raz jeszcze podkreślić, że przydatność transakcji pozornej w wykrywaniu niektórych przestępstw może być bardzo duża. Procesowe wykorzystanie jej rezultatów wymaga jednak zarówno skrupulatnego przestrzegania procedur z ustaw kompetencyjnych na etapie gromadzenia i przekazywania materiału operacyjnego, jak i zastosowania odpowiednich reguł z kodeksu postępowania karnego w momencie przekształcania go w materiał procesowy. Czynności operacyjno-rozpoznawcze tego rodzaju powinny być prowadzone przez doświadczonych funkcjonariuszy służb, o wysokich kwalifikacjach i odpowiednich predyspozycjach psychofizycznych. Niezwykle istotną rolę odgrywa tutaj czynnik wewnętrznej kontroli w ramach danej służby: operatorzy muszą być nie tylko znakomicie przygotowani do realizacji swoich zadań, lecz także właściwie nadzorowani przez przełożonych w trakcie wykonywania tych czynności. Ważne znaczenie ma również czynnik kontroli zewnętrznej: niezależny prokurator w sposób rzetelny i właściwy powinien oceniać przedkładane mu materiały i rozważnie podejmować decyzje. Z kolei na etapie postępowania karnego sprawami z wykorzystaniem rezultatów transakcji pozornej powinni zajmować się dobrze przygotowani prokuratorzy i sędziowie, znający specyfikę pracy operacyjnej oraz umiejętnie stosujący zasady przetwarzania jej efektów na użytek procesu karnego. Ujawnienie naruszenia zasad realizacji operacji specjalnej musi być związane z każdorazową oceną tych uchybień. Złamanie podstawowych i fundamentalnych zasad takich działań będzie się wiązać z koniecznością odrzucenia uzyskanych materiałów i niemożnością dokonania na ich podstawie ustaleń faktycznych w procesie karnym. Jeżeli jednak stwierdzone uchybienia nie wykraczają poza wspomniane granice demarkacyjne

⁴⁸ Zob. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 10.03.2009 r. w sprawie *Bykov v. Rosja*, skarga nr 4378/02; też: wyrok z 15.1.2015 r. w sprawie *Dragojević v. Chorwacja*, skarga nr 69955/11.

transakcji pozornej, należy ustalić stopień tego naruszenia, jego wpływ na całość operacji oraz finalnie odpowiedzieć na pytanie, jak rzutuje ono na całość rzetelnego procesu.

Na końcu należy zauważyć, że procedowanie na podstawie rezultatów transakcji pozornych należy niewątpliwie do zadań złożonych i zazwyczaj trudnych. Z jednej strony bowiem prokurator czy sędzia muszą wykazać się dużą wiedzą na temat realizowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym także umiejętnością dostrzeżenia związanych z tym ryzyk i ograniczeń. Z drugiej zaś strony ich rola musi się sprowadzać do bardzo wnikliwej i rzeczowej oceny rezultatów tych czynności dokonanej zgodnie ze standardami, jakie w tym zakresie stawia wymiarowi sprawiedliwości demokratyczne państwo prawa.

BIBLIOGRAFIA

- Brzozowski S., *Dopuszczalność wykorzystania dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w kontekście art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, nr 1-2.
- Gądzik Z., *Komentarz do art. 19a ustawy o Policji*, Lex/el.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998.
- Jakubiak-Mirończuk A., *Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów sądowych*, Warszawa 2008.
- Klejnowska M., *Podśluch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3.
- Lipiński K., *Klauzula uadekwatniająca przesłanki niedopuszczalności dowodu w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 11.
- Razowski T., *Materialne i procesowe problemy interpretacji art. 168a k.p.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 2.
- Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, Skorupka J. (red.), Warszawa 2009.
- Stefański R.A., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, Stefański R.A., Zabłocki S. (red.), Warszawa 2019.
- Szumiło-Kulczycka D., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.
- Wąsek-Wiaderek M., *Model zakazów dowodowych z perspektywy Konwencji i orzecznictwa ETPCz*, [w:] *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych w procesie karnym*, Skorupka J., Drozd A. (red.), Warszawa 2015.
- Wiliński P., *O koncepcji rzetelnego procesu*, [w:] *Rzetelny proces karny. Materiały konferencji naukowej. Trzebiezowice 17-19 września 2009 r.*, Skorupka J., Jasiński W. (red.), Warszawa 2010.

Apparent transactions and use of the results thereof in criminal proceedings – part II

SUMMARY

The previous issue of the *Quarterly of the National School of Judiciary and Public Prosecution* contained the first part of the article, concerning the issue of apparent transactions. It specified the basis for managing such operational and investigative actions, a discussion concerning the way to implement it and the related risks, with

the focus put basically on issues that arise before the collected materials are forwarded to judicial proceedings. This article covers the issues related to the provision for criminal trials of documentation collected during the execution of apparent transactions, areas to be reviewed, procedural “processing” of the materials as well as assessment of the effects of shortcomings that may arise during the management, execution of special operations and subsequent transposition of the results to the trial.

Key words: apparent transaction, Criminal Procedure Code.

