

FForum adwokackie

Adam Bułat

MATERIAŁY POZYSKANE W WYNIKU „PROWOKACJI OBYWATELSKIEJ” A RZETELNOŚĆ PROCESU KARNEGO

Przez dziesięciolecia dyskretne utrwalanie dźwięku bądź obrazu przedstawiającego okoliczności związane z popełnianymi przestępstwami stanowiło domenę wyspecjalizowanych jednostek policyjnych oraz służb specjalnych. Tak było, ponieważ tylko wskazane podmioty dysponowały sprzętem technicznym, którego specyfikacja pozwalała na pozyskanie odpowiedniej jakości materiałów (zdjęć, nagrań), które następnie mogły zostać wykorzystane przez oskarżyciela publicznego w postępowaniu karnym jako dowód obciążający oskarżonego. Rozwój technologii cyfrowej oraz powszechny dostęp społeczeństwa do Internetu sprawiły, że obecnie każdy posiadacz smartfona może wykonać wysokiej jakości zdjęcie lub nagranie, a każdy użytkownik Internetu jest w stanie w krótkim czasie nawiązać kontakt z inną osobą korzystającą z sieci.

Celem niniejszego artykułu jest refleksja naukowa nad prawną oraz etyczną dopuszczalnością wykorzystania tego typu środków dowodowych w procesie karnym.

W obecnych czasach zdarza się coraz częściej, że to podmioty nieinstytucjonalne, czyli niezwiązane ze strukturami władzy publicznej, podejmują działania nakierowane na pozyskanie materiałów świadczących o fakcie popełnienia przestępstwa. Jeżeli aktywność taka wiąże się z zastosowaniem podstępu, to z uwagi na jej podobieństwo do dopuszczalnych przez prawo czynności operacyjno-rozpoznawczych przeprowadzanych przez uprawnione służby (nazywa-

nych potocznie „prowokacją policyjną”) określać ją można mianem „prowokacji obywatelskiej”.

Celem niniejszego opracowania jest refleksja naukowa nad prawną oraz etyczną dopuszczalnością wykorzystania tego typu środków dowodowych w procesie karnym. Zaznaczyć przy tym należy, że dowód niedopuszczalny to dowód, którego przeprowadzenie jest niezgodne z obowiązującym prawem, dowód dopuszczalny zaś to każdy inny dowód mieszczący się w granicach prawa¹. Zgodnie z art. 170 § 1 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego², jeżeli przeprowadzenie dowodu jest niedopuszczalne, organ procesowy ma obowiązek oddalić wniosek dowodowy w przedmiocie jego przeprowadzenia.

1. DOPUSZCZALNOŚĆ WYKORZYSTANIA W PROCESIE MATERIAŁÓW POCZĄTKOWYCH Z CZYNNOŚCI OPERACYJNO-ROZPOZNAWCZYCH

W odniesieniu do możliwości wykorzystania w procesie karnym materiałów pochodzących z czynności operacyjno-rozpoznawczych podnosi się, że jest to uwarunkowane zbadaniem przez sąd przeprowadzający postępowanie dowodowe, czy informacje te zostały pozyskane w sposób zgodny z prawem. Brak wypełnienia wskazanego wymogu przesądza o niedopuszczalności takiego środka dowodowego³. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na postanowienie Sądu Najwyższego z 30.11.2010 r., w którym wyraźnie wskazano, że „niezachowanie określonych w art. 19a ustawy z 6.04.1990 r. o Policji⁴ ustawowych warunków dopuszczalności przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych uniemożliwia w procesie karnym wykorzystanie uzyskanego w ich trakcie materiału dowodowego⁵”. Stanowisko to uzasadniono względami gwarancyjnymi, odnoszącymi się do wynikającej z art. 2 Konstytucji RP⁶ zasady demokratycznego państwa prawa, zasady legalizmu obowiązującej na gruncie art. 7 Konstytucji RP, prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a także prawa do rzetelnego procesu mającego swe źródło w art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji praw człowieka⁷. Zaznaczono przy tym trafnie, że „zarówno nagranie dźwięku (...), jak i zeznania osób do tej czynności zaangażowanych i przebieg tej czynności opisujące, były dowodami «skażonymi» pierwotnie, a nie pośrednio, gdyż sama czynność operacyjna wykonana została wbrew prawu”.

Podobne stanowisko zostało wyrażone w szeregu dalszych orzeczeń, co

¹ S. Stachowiak, P. Wiliński (w:) *Polski proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2020, s. 230.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 r.), dalej k.p.k.

³ J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 310–312.

⁴ Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2021 r. poz. 1488).

⁵ Postanowienie SN z 30.11.2010 r. (III KK 152/10), OSNKW 2011/1, poz. 8.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), dalej EKPC.

uprawniało do stwierdzenia, że utrzymała się w tej kwestii jednolita linia orzecznicza⁸. Co więcej, pomimo obecnego brzmienia art. 168a k.p.k. teza ta wciąż jest aktualna. Wykładnia językowa rzeczzonego przepisu pozwala bowiem na stwierdzenie, że „wysłowionym tam zakazem dowodowym objęte są następujące grupy dowodów: 1) uzyskane z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych; 2) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego⁹ w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych; 3) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. i z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych; 4) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”¹⁰.

Do takich samych wniosków, choć motywowanych w nieco odmienny sposób, doszedł Sąd Najwyższy w wyroku z 26.06.2019 r.¹¹, w którym wskazano, że „art. 168a k.p.k. nie może stanowić podstawy do wprowadzenia nielegalnie uzyskanego dowodu do procesu. Na wstępie trzeba podnieść, że w przepisie tym mowa jest o uzyskaniu dowodu z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. Przepisy ustawy o Policji w zakresie, w jakim formułują warunki do wykorzystania procesowego określonych danych uzyskanych z kontroli operacyjnej, mają charakter przepisów materialnych”. W dalszej części uzasadnienia omawianego judykatu podniesiono także, że przeprowadzenie takiego dowodu (tj. materiałów pochodzących z „nielegalnej” kontroli operacyjnej) czyniłoby proces nierzetelnym w rozumieniu standardu z art. 6 ust. 1 EKPC.

Cennych wskazówek odnośnie do możliwości wykorzystania w procesie karnym materiałów pozyskanych przez organy ścigania oraz służby specjalne w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych dostarcza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz). Przypomnieć przy tym należy, że przepisy EKPC, będącej ratyfikowaną umową międzynarodową, stanowią część krajowego porządku prawnego, sama zaś Konwencja ustanawia jedynie minimalne standardy z zakresu ochrony praw człowieka. Normy wynikające

⁸ Zob. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11.10.2012 r. (II AKa 368/18), LEX nr 1236427; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26.04.2013 r. (II AKa 70/13), LEX nr 1322733; wyrok SN z 19.03.2014 r. (II KK 265/13), OSNKW 2014/9, poz. 71; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 22.11.2017 r. (II AKa 224/17), LEX nr 246913.

⁹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.), dalej k.k.

¹⁰ J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym* (w:) *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzcyk, R. Olszewski, Warszawa 2017, s. 362 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 22.11.2017 r. (II AKa 224/17), LEX nr 246913.

¹¹ Wyrok SN z 26.06.2019 r. (IV KK 328/18), OSNKW 2019/8, poz. 46.

z EKPC mają także istotny wpływ na kształt norm wynikających z przepisów Kodeksu postępowania karnego, zgodnie bowiem z założeniami wykładni systemowej interpretując normy prawne, należy je interpretować zgodnie z normami mającymi swe źródło w przepisach hierarchicznie wyższych aktów normatywnych¹². Z opisanych powyżej uwarunkowań systemowych wynika, że jeżeli ETPCz stwierdzi, że dane działanie organów państwa narusza rzetelność postępowania, gwarantowaną przez art. 6 ust. 1 EKPC, to uznać je należy również za niedopuszczalne w polskim procesie karnym. W swojej dotychczasowej praktyce Trybunał wielokrotnie stwierdzał naruszenie wymienionego przepisu przy wprowadzaniu do procesu dowodów pozyskanych w wyniku operacji specjalnych przeprowadzanych z użyciem informatorów policji oraz prowokacji¹³. Przykładowo wskazać należy, że ETPCz za całkowicie bezprawne uznał działania funkcjonariuszy państwa, którzy podżegli wytypowane przez siebie osoby do popełnienia przestępstwa, co w konsekwencji przesądzało o tym, że dowody pozyskane w wyniku takiej „prowokacji” były niedopuszczalne z punktu widzenia rzetelności procesu¹⁴.

Magdalena Matusiak-Frącczak ma podstawie orzecznictwa ETPCz oraz poglądów wyrażonych przez polskie sądy krajowe trafnie wskazała, że nielegalne podżeganie do popełnienia czynu zabronionego zachodzi wtedy, gdy „1) rola tajnych agentów w dokonaniu przez osobę prowokowaną czynu zabronionego jest aktywna, a nie pasywna, 2) prowokowana jest osoba przypadkowa, a służby w momencie rozpoczęcia operacji nie dysponowały wiarygodnymi informacjami o możliwości popełnienia przez tę osobę czynu zabronionego, 3) nie zostały dopełnione ustawowe formalne warunki przeprowadzenia prowokacji”¹⁵.

W świetle przytoczonych poglądów nie ma wątpliwości, że informacje pozyskane w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych, przeprowadzonych wbrew przesłankom warunkującym ich prawną dopuszczalność, nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu karnym.

2. DOPUSZCZALNOŚĆ WYKORZYSTANIA W PROCESIE MATERIAŁÓW POZYSKANYCH PRZEZ TZW. PODMIOTY NIEINSTYTUCJONALNE

Zgodnie z art. 393 § 3 k.p.k. mogą być odczytywane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym, w szczególności

¹² L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 130.

¹³ Zob. A. Lach, *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018, s. 185–195 oraz wskazane tam orzecznictwo.

¹⁴ Zob. m.in. wyrok ETPCz z 9.06.1998 r. w sprawie *Teixeira de Castro przeciwko Portugalii*, skarga nr 258229/94, § 25; wyrok ETPCz z 5.02.2008 r. w sprawie *Ramanauskas przeciwko Litwie*, skarga nr 74420/01, § 73; wyrok ETPCz z 23.10.2014 r. w sprawie *Furcht przeciwko Niemcom*, skarga nr 54648/09, § 64.

¹⁵ M. Matusiak-Frącczak, *Niedozwolona prowokacja jako naruszenie prawa do sprawiedliwego procesu. Glosa do wyroku ETPCz z 23.10.2014 r., 54648/09*, Warszawa 2015, LEX/el.

oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki. *De lege lata* dopuszczalność przeprowadzenia takiego dowodu nie jest warunkowana tym, czy jest to dowód intencjonalny, czyli taki, który powstał dla celów postępowania karnego, czy też jego byt jest całkowicie niezależny od toczącego się (lub mającego się toczyć) procesu. Pamiętać jednak należy, że na mocy art. 168a k.p.k. za niedopuszczalny należy uznać dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego (o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.) w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności.

We współczesnym orzecznictwie wyraźnie zaakcentowano, że przesłanki definiujące legalność czynności operacyjno-rozpoznawczych nie mają zastosowania do działań podejmowanych przez tzw. podmioty nieinstytucjonalne. Jako przykład posłużyć może postanowienie Sądu Najwyższego z 20.10.2016 r.¹⁶, w którym wyraźnie zaznaczono, że przeprowadzenie dowodu z nagrania rozmowy, utrwalonej (nawet potajemnie) przez jednego z jej uczestników, jest w postępowaniu karnym dopuszczalne, ponieważ regulacje określające warunki przeprowadzania czynności operacyjno-rozpoznawczych, a także przepisy Kodeksu postępowania karnego dotyczące kontroli i utrwalania rozmów, nie mają zastosowania względem prywatnego gromadzenia dowodów. W konsekwencji przyjęto, że „utrwalone w taki sposób wypowiedzi powinny być oceniane pod kątem ewentualnych prowokacji lub sugestii stosowanych w toku rozmowy przez nagrywającego, a ocena taka powinna też uwzględniać stan, w jakim znajdował się nieświadomy nagrywania rozmówca. (...) Kwestii wiarygodności dowodu nie można jednak mylić, czy choćby tylko łączyć z kwestią jego dopuszczalności”. Stanowisko to spotkało się z powszechną aprobatą w piśmiennictwie¹⁷. Niemniej jednak warto odnotować, że Radosław Koper w odniesieniu do analizowanej problematyki trafnie zauważył, że „lakoniczność tego unormowania, stanowi «zielone światło» dla podejmowania przez obywateli szerokiej aktywności w przedmiocie nagrywania ich rozmówców i rozpowszechniania następnie treści nagrania przy wykorzystaniu dostępnych powszechnie środków komunikacji elektronicznej. Grozi więc upowszechnieniem się w społeczeństwie praktyki tajemnego nagrywania rozmówców, zarówno w związku z prowadzonym procesem karnym lub bez takiego związku, przy czym bez znaczenia będą tutaj zastrzeżenia natury etycznej, gdyż prawne dopuszczenie takich zachowań stanowi sygnał, że są one aprobowane przez organy władzy publicznej. Oznacza to ryzyko upowszechnienia się w społe-

¹⁶ Postanowienie SN z 20.10.2016 r. (III KK 127/16), OSNKW 2017/2, poz. 10.

¹⁷ Zob. m.in. T. Kanty, *Dopuszczalność przeprowadzenia dowodu z nagrania rozmowy utrwalonej przez jednego z jej uczestników*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017/3 s. 70–77; A. Skowron, *Tzw. dowody intencjonalne w świetle art. 168a k.p.k. Glosa do postanowienia SN z 20.10.2016 r. (III KK 127/16)*, Warszawa 2017, LEX/el.; R. Koper, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Karno z 20.10.2016 r. (III K 127/16)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015/5, s. 52–60; M. Rogalski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Karno z 20.10.2016 r. (III K 127/16)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015/5, s. 60–66.

czeństwie zjawiska «prywatnej inwigilacji» będącej znacznym naruszeniem normy art. 47 Konstytucji RP¹⁸. Swoje wątpliwości wobec obowiązującego modelu uzyskiwania dowodów prywatnych wyraził też Maciej Fingas, który jednocześnie zaznaczył, że zakaz dowodowy z art. 171 § 7 k.p.k. odnosić należy także do oświadczeń pozaprosesowych, co z kolei nakazuje wykluczyć możliwość dowodowego wykorzystania oświadczeń, które nie zostały złożone dobrowolnie. Założenie to ma przeciwdziałać próbom zdobywania przez tzw. podmioty nieinstytucjonalne dowodów za wszelką cenę¹⁹. Analogiczne stanowisko zajął ETPCz w wyroku z 5.11.2020 r. wydanym w sprawie *Ćwik przeciwko Polsce*²⁰, w którym wskazano, że wykorzystanie w procesie karnym dowodów pozyskanych w wyniku pogwałcenia zakazu stosowania tortur bądź niehumanitarnego lub poniżającego traktowania (o którym stanowi art. 3 EKPC), czyni całe postępowanie nierzetelnym w rozumieniu art. 6 EKPC. Reguła ta znajduje zastosowanie zarówno wtedy, gdy opisywanego nadużycia dopuści się funkcjonariusz państwa (co jest oczywiste), jak i wtedy, gdy dowód taki pochodzi od podmiotu nieinstytucjonalnego.

3. CHARAKTER MATERIAŁÓW POZYSKANYCH W WYNIKU „PROWOKACJI OBYWATELSKIEJ”

Materiałami pozyskanymi w wyniku „prowokacji obywatelskiej” będą najczęściej nagrania dźwięku lub obrazu. Nie można wykluczyć także, że przybrać one mogą postać zapisu danych bądź wydruku, na których utrwalona jest wymiana wiadomości z poczty elektronicznej bądź rozmowa przeprowadzona przez prowokatora ze sprawcą za pośrednictwem komunikatora internetowego. Wszystkie te środki dowodowe są dokumentami w rozumieniu art. 393 § 3 k.p.k. i jeżeli zostaną dopuszczone przez sąd, podlegają odczytaniu (bądź ujawnieniu bez odczytywania na podstawie art. 394 § 2 k.p.k.), które może przybrać formę odtworzenia zapisu dźwięku lub obrazu²¹.

W przypadku gromadzenia dowodów przez podmiot nieinstytucjonalny, który przeprowadza „prowokację obywatelską”, pozyskane materiały będą zawsze miały charakter intencjonalny, gdyż z okoliczności ich pozyskania jednoznacznie wynika, że powstały dla celów postępowania karnego.

Organ procesowy przed ich procesowym dopuszczeniem powinien jednak dokładnie zbadać, kto dokładnie był zaangażowany w tego typu działalność i jaki był przebieg zdarzeń zmierzających do pozyskania analizowanego materiału. Jak bowiem wskazał ETPCz w wyroku z 25.10.2007 r. sprawie *Van Vondel*

¹⁸ R. Koper, *Glosa...*, s. 56–57.

¹⁹ M. Fingas, *Prywatne nagranie zawierające oświadczenia uczestników procesu karnego. Zarys problematyki*, „Forum Prawnicze” 2017/3, s. 57.

²⁰ Wyrok ETPCz z 5.11.2020 r. w sprawie *Ćwik przeciwko Polsce*, skarga nr 31454/10, § 88–89.

²¹ M. Klejnowska (w:) *Proces karny. Część ogólna*, red. G. Artymiak, M. Rogalski, Warszawa 2012, s. 370.

*przeciwko Holandii*²², wykorzystanie przez organy ścigania dla celów śledztwa nagrań rozmów telefonicznych, które zostały utrwalone przez osobę prywatną przy użyciu urządzeń technicznych dostarczonych przez organy policyjne, stanowi naruszenie art. 8 ust. 2 EKPC. Zaznaczyć przy tym należy, że działania będące przedmiotem oceny w analizowanym orzeczeniu nie były prowadzone w ramach operacji specjalnej. Z kolei w wyroku wydanym 5.02.2008 r. w sprawie *Ramanauskas przeciwko Litwie*²³ ETPCz jednoznacznie stwierdził, że władze krajowe nie mogą być zwolnione z odpowiedzialności za działania funkcjonariuszy organów ścigania jedynie przez podniesienie, że działali oni „jako osoby prywatne”. W rzeczonej sprawie działający pod przykryciem policjant wraz inną osobą, jeszcze przed uzyskaniem zezwolenia na przeprowadzenie operacji specjalnej, rzekomo z własnej inicjatywy nawiązali kontakt ze skarżącym, a następnie nakłaniali go do popełnienia przestępstwa o charakterze korupcyjnym. Dopiero po wyrażeniu przez skarżącego zgody na przyjęcie łapówki zainicjowano procedurę zmierzającą do przeprowadzenia działań operacyjnych polegających na wręczeniu skarżącemu korzyści majątkowej przez agentów działających pod przykryciem. W opisywanej sprawie stwierdzono, że skorzystanie przez sąd krajowy z materiałów pochodzących z nielegalnych działań pozbawiło proces rzetelności.

Chociaż Trybunał co do zasady uznaje, że państwo nie ponosi odpowiedzialności za działania podmiotów nieinstytucjonalnych, to jakiegokolwiek zaangażowanie organów państwowych w działania osób prywatnych, które przykładowo może przybrać formę udostępnienia specjalistycznych urządzeń do nagrywania dźwięku bądź obrazu, sprawia, że działanie takie będzie można uznać za legalne tylko wtedy, gdy spełnione zostaną ustawowe przesłanki warunkujące przeprowadzenie danych czynności operacyjno-rozpoznawczych i utrwalenie ich rezultatów²⁴. Oznacza to, że mianem materiałów pochodzących z „obywatelskiej prowokacji” określić można jedynie te środki dowodowe, które zostały pozyskane w całości przez podmiot nieinstytucjonalny, bez żadnej pomocy organów państwa.

4. DOPUSZCZALNOŚĆ TZW. DOWODÓW PRYWATNYCH POZYSKANYCH W WYNIKU „PROWOKACJI OBYWATELSKIEJ”

Z poczynionych wcześniej rozważań wynika, że ustawowe przesłanki warunkujące przeprowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz późniejsze wykorzystanie pochodzących z nich materiałów w procesie nie odnoszą się do dowodów pozyskanych przez podmioty nieinstytucjonalne. Dagmara Gruszecka słusznie zauważa, że przyjęcie tak znacznej swobody w odniesieniu do tej grupy dowodów może wywoływać „wątpliwości co do właściwego po-

²² Wyrok ETPCz z 25.10.2007 r. w sprawie *Van Vondel przeciwko Holandii*, skarga nr 38258/03, § 50–54.

²³ Wyrok ETPCz z 5.02.2008 r. w sprawie *Ramanauskas przeciwko Litwie*, skarga nr 74420/01, § 62–65.

²⁴ A. Lach, *Rzetelne postępowanie...*, s. 198–199.

ziomu ochrony własności, prywatności, tajemnicy korespondencji czy innych równie istotnych dóbr prawnych szczególnie podatnych na zagrożenia płynące z prób zdobycia procesowo użytecznych informacji bez liczenia się z prawami innych”²⁵. Z kolei R. Sosik zwraca uwagę na brak merytorycznego oraz psychologicznego przygotowania osób przeprowadzających „prowokację obywatelską” oraz brak podstawy prawnej, która upoważniałaby je do podejmowania takich działań²⁶.

Kwestia dopuszczalności dowodu pochodzącego z nagrania zarejestrowanego w ramach prowokacji dziennikarskiej była przedmiotem rozważań ETPCz zawartych w decyzji z 6.04.2004 r. wydanej sprawie *Shannon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*²⁷. Przedmiotem oceny Trybunału była sytuacja, kiedy skarżący dostarczył narkotyki dziennikarzowi śledczemu, który w ramach przeprowadzonej prowokacji dziennikarskiej stworzył mu ku temu dogodną okoliczność, a następnie przekazał organom ścigania materiały zdobyte w wyniku opisanych działań. Dowody te stanowiły następnie podstawę skazania skarżącego w postępowaniu karnym. Trybunał uznał, że w tym przypadku nie doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia przypomniano, że chociaż kwestia dopuszczalności poszczególnych dowodów jest domeną prawa krajowego, to Trybunał ma obowiązek rozważyć, czy w danym postępowaniu nie doszło do naruszenia rzetelności postępowania, która chroniona jest przepisami Konwencji. Badaniu podlegają zarówno kwestie proceduralne odnoszące się do respektowania praw oskarżonego, jak i wpływ dopuszczenia analizowanego środka dowodowego na poziom rzetelności konkretnego postępowania. Odnosząc się do realiów analizowanej sprawy, zaznaczono, że sąd krajowy rozważył możliwość procesowego wykorzystania kwestionowanych nagrań pod kątem wymagań stawianych przez przepis prawa krajowego – art. 78 ust. 1 ustawy o dowodach policyjnych i dowodach karnych (*Police and Criminal Evidence Act, 1984*²⁸), który stanowi, że „w każdym postępowaniu sąd może odmówić przeprowadzenia dowodów zawnioskowanych przez oskarżyciela, jeżeli uzna, że biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, w tym okoliczności, w których dowody zostały uzyskane, ich dopuszczenie może mieć negatywny wpływ na rzetelność postępowania” (tłum. własne – A.B.). Mając na względzie rzezone standardy, sąd krajowy wskazał, że wbrew twierdzeniom skarżącego dziennikarz przeprowadzający prowokację nie podzegał go do popełnienia przestępstwa, skarżący zaś dobrowolnie, bez wywierania na nim presji, zaferował prowokatorowi dostarczenie porcji kokainy. W konsekwen-

²⁵ D. Gruszecka, *W kwestii interpretacji znowelizowanego przepisu art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017/1–2, s. 69.

²⁶ R. Sosik, *Problematyka stosowania prowokacji w celu ujawnienia przestępstwo o charakterze pedofilskim*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017/4, s. 134.

²⁷ Decyzja ETPCz z 6.04.2004 r. w sprawie *Shannon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 67537/01.

²⁸ Zob. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> (dostęp: 12.08.2022 r.).

cji uznano, że dowód uzyskany w opisanych okolicznościach może stanowić podstawę skazania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt obowiązujących regulacji, zauważyć należy, że w Kodeksie postępowania karnego brak jest przepisu, który wprost zakazuje wykorzystania dowodów, których przeprowadzenie godzi w rzetelność postępowania karnego. Brak ten nie oznacza jednak, że w systemie prawa karnego procesowego taka norma nie obowiązuje. Jak bowiem słusznie wskazuje Arkadiusz Lach, w odniesieniu do dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa „podstawę ogólną wyłączenia dowodów mogłoby stanowić powołanie się na prawo do rzetelnego procesu gwarantowane w art. 6 EKPC. Wykluczenie z procesu dowodu, którego wykorzystanie naruszałoby jego rzetelność, można uznać za realizację prewencyjnej funkcji art. 6 EKPC. Tym samym dowód, którego przeprowadzenie, dopuszczenie lub wykorzystanie naruszyłoby ten przepis, może zostać uznany za niedopuszczalny w rozumieniu art. 170 pkt 1 k.p.k.”²⁹. Podobny pogląd został także wyrażony w orzecznictwie. W szeroko komentowanym w literaturze wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. stwierdzono, że dowód „może zostać uznany za niedopuszczalny, jeżeli został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego przy jednoczesnym naruszeniu przepisów Konstytucji RP (np. art. 30, 47, 49 czy 51). W takiej sytuacji ograniczenie ustawowe wyrażone zwrotem «wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego» (art. 168a k.p.k.) nie ma zastosowania”³⁰.

Na marginesie bieżących rozważań wskazać należy, że aprobatą dla wyrażonego stanowiska oznacza odrzucenie koncepcji *numerus clausus* zakazów dowodowych, która zakłada, że rekonstrukcja zakazu dowodowego jest możliwa jedynie na podstawie przepisu, który wyraźnie ogranicza swobodę dowodzenia oraz opowiada się za niedopuszczalnością domniemywania zakazów dowodowych³¹. Niemniej jednak w dobie multicentrycznego systemu prawa, charakteryzującego się wielością ośrodków decyzyjnych, i to zarówno w sferze stanowienia prawa, jak i jego wykładni w ramach jednego systemu³², gwarancje

²⁹ A. Lach, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa*, „Państwo i Prawo” 2014/10, s. 42.

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. (II AKa 213/19), „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2017/4, s. 3–63. Zob. także glosy do wskazanego orzeczenia: K. Lipiński, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. (II AKa 213/16)*, „Palestra” 2017/10, s. 83–88; Ł. Cora, *Wykładnia dowodu z art. 168a k.p.k. w zgodzie z Konstytucją RP*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2018/3, s. 105–109; M. Florczak-Wątor, *Dopuszczalność wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu nielegalnie pozyskanego. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. (II AKa 213/16)*, Warszawa 2018, LEX/el.

³¹ Zob. m.in. A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004/9–10, s. 45–46 oraz wskazana tam literatura; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 354.

³² E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005/4, s. 2–3.

procesowe wynikające z Konstytucji RP, ratyfikowanych umów międzynarodowych oraz prawa unijnego powinny mieć rangę nadrzędną nad postulatem możliwie najpełniejszej realizacji kodeksowych celów postępowania karnego, co prowadzi do wniosku, że w skrajnych przypadkach podstawą oddalenia wniosku dowodowego może być bezpośrednio przepis znajdujący się w wymienionych źródłach prawa.

Nawiązując do pojęcia „rzetelność postępowania”, zaznaczyć należy, że dotyczy ono przebiegu postępowania (czyli drogi procesowej)³³, a nie jego rezultatu, oraz wskazuje na istotne wartości (reguły rzetelnego procesu), które w jego toku powinny być zrealizowane, aby osiągnięte zostały cele postępowania karnego³⁴. Oceniając materiały zdobyte w wyniku „prowokacji obywatelskiej” przez pryzmat reguł rzetelnego procesu, sąd rozstrzygający w kwestii dopuszczalności zawnioskowanego dowodu powinien każdorazowo zbadać okoliczności jego pozyskania przez osobę podejmującą tego typu działania. W rozumieniu art. 24 k.k. prowokatorem jest osoba, która w celu skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego nakłania ją do popełnienia czynu zabronionego. Zamiarem prowokatora nie jest dokonanie czynu zabronionego przez osobę prowokowaną, tylko skierowanie przeciwko niej postępowania karnego³⁵. Na mocy wskazanego przepisu prowokator za swoje czyny ponosi odpowiedzialność karną taką jak podżegacz.

Stwierdzić zatem należy, że jeżeli działanie osoby przeprowadzającej „prowokację obywatelską” nie wyczerpywało znamion określonych w art. 24 k.k., to pozyskany w jej ramach materiał co do zasady może stanowić dowód w postępowaniu karnym. Aby tak się jednak stało, sąd powinien już na etapie rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku dowodowego zbadać, czy prowokator podzegał oskarżonego do popełnienia czynu zabronionego, czy raczej przyjął postawę bierną, działania oskarżonego były zaś w pełni dobrowolne i wynikały z jego inicjatywy. Rzetelność postępowania zostanie w takim przypadku zachowana, jeżeli na gruncie konkretnego procesu przestrzegane będą prawa oskarżonego, które pozwalają mu m.in. na zapoznanie się z takim dowodem, złożenie stosownych wyjaśnień i wniosków dowodowych, przesłuchanie autora „prowokacji” w charakterze świadka, skorzystanie z pomocy obrońcy.

Z kolei w przypadku zaistnienia przeciwnej sytuacji wniosek dowodowy powinien zostać oddalony na podstawie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. z uwagi na jego niedopuszczalność, która wynika ze względów zarówno prawnych, jak i etycznych. Wyrok wydany na podstawie takiego dowodu nie zasługiwałby bowiem na miano sprawiedliwego, czyli takiego, który jest zgodny „nie tylko z obowiązującym prawem, ale także z systemem aprobowanych i społecznie relewantnych wartości pozaprawnych”³⁶.

³³ P. Wiliński (w:) *Polski...*, red. P. Wiliński, s. 32.

³⁴ J. Skorupka (w:) *Proces karny*, red. J. Skorupka, Warszawa 2017, s. 219.

³⁵ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 210.

³⁶ J. Skorupka, *O sprawiedliwości...*, s. 327.

Powaga wymiaru sprawiedliwości oraz zobowiązania gwarancyjne wynikające z Konstytucji RP (w szczególności z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) oraz ratyfikowanych umów międzynarodowych (w tym w szczególności z art. 6 EKPC) nie pozwalają na to, aby podstawą ustaleń faktycznych czynionych w ramach postępowania karnego były materiały zdobyte w wyniku popełnienia przez podmiot nieinstytucjonalny czynu zabronionego naruszającego w sposób całkowicie bezprawny podstawowe dobra osobiste oskarżonego. Jak już wcześniej wskazano, nawet w ramach legalnych operacji specjalnych, przeprowadzanych na podstawie przepisów rangi ustawowej przez profesjonalne podmioty wyspecjalizowane w zwalczaniu przestępczości, podżeganie do popełnienia czynu zabronionego osoby będącej w zainteresowaniu odpowiednich służb jest metodą prawnie zakazaną. Tym bardziej takich praktyk nie powinny stosować osoby prywatne, działające poza jakimikolwiek ramami prawnymi. Skorzystanie przez sąd z takich środków dowodowych z całą pewnością prowadziłoby do naruszenia rzetelności postępowania, gdyż państwo nie może promować zachowań godzących w wartości chronione przepisami rangi konstytucyjnej oraz konwencyjnej. Sprzeciwia się temu także funkcja gwarancyjna procesu karnego, która ma na celu ochronę praw obywatelskich przed ich bezprawnymi naruszeniami³⁷. Korzystanie przez sądy karne z dowodów zdobytych w dalece nieetyczny sposób nieuchronnie prowadziłoby do popularyzacji „prowokacji obywatelskich”, polegających na podstępny podżeganiu określonych (bądź nieokreślonych) osób do popełniania czynów zabronionych. Oznaczałoby to także aprobatę ustawodawcy dla działań wysoce kryminogennych, implikujących popełnianie czynów zabronionych, do których nigdy by nie doszło bez działania prowokatora³⁸. Zaznaczyć przy tym należy, że w przypadku stwierdzenia niedopuszczalności takiego dowodu fakt popełnienia przestępstwa przez osobę, w którą wymierzona jest „prowokacja obywatelska”, w dalszym ciągu może zostać udowodniony za pośrednictwem innych środków dowodowych, gdyż to normy prawa karnego materialnego, a nie procesowego, decydują o tym, czy dany czyn podlega kryminalizacji.

W ramach podsumowania stwierdzić należy, że chociaż *de lege lata* materiały pochodzące z „prowokacji obywatelskiej”, polegającej na podżeganiu prowokowanego do popełnienia czynu zabronionego, z uwagi na potrzebę zachowania rzetelności postępowania oraz względy sprawiedliwościowe nie mogą zostać użyte w procesie karnym, to kierując się troską o pewność prawa oraz bezpieczeństwo prawne jednostki, należy postulować, aby kwestia ta jednoznacznie została uregulowana w przepisach Kodeksu postępowania karnego.

³⁷ C. Kulesza (w:) C. Kulesza, P. Starzyński, *Postępowanie karne*, Warszawa 2017, s. 11.

³⁸ Zob. wyrok Sądu Rejonowego w Puławach z 16.07.2020 r. (II KK 968/18), LEX nr 3056667.

ABSTRACT

dr Adam Bułat

The author is an assistant professor at the Institute of Law and Economics of the Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz, an advocate (District Bar Association in Bydgoszcz).

**Evidence obtained by private entrapment and fair trial standard
in criminal procedure**

The aim of this article is to answer the question of whether evidence obtained by private entrapment can be used in Polish criminal procedure. The task is not simple in the light of Art. 168a of the Code of Criminal Procedure which provides that evidence is not to be treated as inadmissible exclusively due to the fact that it was gained in violation of procedural law or by commission of a prohibited act referred to in Art. 1 § 1 of the Criminal Code, unless it was gained by a public official in connection with the performance of his/her duties as a result of manslaughter, willful infliction of grievous bodily harm or deprivation of freedom.

The explanation of this problem requires us to consider when the law enforcement authorities are authorized to run special operations and when these actions are illegal. The author analyses the matter of adduction of evidence gained by a "private" subject and describes the types of such evidence.

The author attempts to answer the question by researching the literature, case law, and by linking the problem to the objectives of criminal proceedings.

Keywords: *criminal proceedings, private entrapment, fair trial, human rights*

dr Adam Bułat

ORCID 0000-0002-7012-4207; e-mail: adam.bulat@ukw.edu.pl

Autor jest adiunktem w Instytucie Prawa i Ekonomii Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, adwokatem (Izba Adwokacka w Bydgoszczy).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bojańczyk Antoni, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004/9–10

Cora Łukasz, *Wykładnia dowodu z art. 168a k.p.k. w zgodzie z Konstytucją RP*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2018/3

- Fingas Maciej**, *Prywatne nagranie zawierające oświadczenia uczestników procesu karnego. Zarys problematyki*, „Forum Prawnicze” 2017/3
- Florczak-Wątor Monika**, *Dopuszczalność wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu nielegalnie pozyskanego. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. (II AKa 213/16)*, Warszawa 2018, LEX/el.
- Gruszecka Dagmara**, *W kwestii interpretacji znowelizowanego przepisu art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017/1–2
- Kanty Tomasz**, *Dopuszczalność przeprowadzenia dowodu z nagrania rozmowy utrwalonej przez jednego z jej uczestników*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017/3
- Klejnowska Monika** (w:): *Proces karny. Część ogólna*, red. G. Artymiak, M. Rogalski, Warszawa 2012
- Koper Radosław**, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Kar na z 20.10.2016 r. (III K 127/16)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015/5
- Kulesza Cezary, Starzyński Piotr**, *Postępowanie karne*, Warszawa 2017
- Lach Arkadiusz**, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa*, „Państwo i Prawo” 2014/10
- Lach Arkadiusz**, *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018
- Lipiński Konrad**, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. (II AKa 213/16)*, „Palestra” 2017/10
- Łętowska Ewa**, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005/4
- Matusiak-Frączczak Magdalena**, *Niedozwolona prowokacja jako naruszenie prawa do sprawiedliwego procesu. Glosa do wyroku ETPCz z 23.10.2014 r., 54648/09*, Warszawa 2015, LEX/el.
- Morawski Lech**, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010
- Pohl Łukasz**, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019
- Rogalski Maciej**, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Kar na z 20.10.2016 r. (III K 127/16)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015/5
- Skorupka Jerzy**, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013
- Skorupka Jerzy** (w:): *Proces karny*, red. J. Skorupka, Warszawa 2017
- Skorupka Jerzy**, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym* (w:): *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczyk, R. Olszewski, Warszawa 2017

Skowron Andrzej, *Tzw. dowody intencjonalne w świetle art. 168a k.p.k. Glosa do postanowienia SN z 20.10.2016 r. (III KK 127/16)*, Warszawa 2017, LEX/el.

Sosik Robert, *Problematyka stosowania prowokacji w celu ujawnienia przestępstw o charakterze pedofilskim*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2017/4

Waltoś Stanisław, Hofmański Piotr, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013

Wiliński Paweł (w:) *Polski proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2020