

Rafał Janiszowski-Downarowicz

Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym

Streszczenie

W artykule poruszono problem odpowiedzialności prowokatora, przez dokonanie analizy treści art. 24 k.k. Autor dokonuje oceny zachowań związanych z prowokacją zarówno od strony prawnokarnej, jak i obyczajowo-moralnej. Szczególną uwagę poświęcono granicom dozwolonej prowokacji, wprowadzonej przepisami ustaw określających działalność najważniejszych służb, takich jak: policja, CBA i ABW, z porównaniem procedur innych, wybranych krajów. W publikacji zawarto propozycje zmian obowiązujących przepisów związanych ze sprawowaniem kontroli nad dozwoloną prowokacją, w szczególności w kierunku uniemożliwienia wykorzystywania tej instytucji w rozgrywkach politycznych.

Prowokacja jest określeniem opisującym uzyskanie informacji lub wymuszenie zachowania ofiary przez podstępne i celowe działanie osoby trzeciej. W psychologii prowokacja jest świadomym wymuszeniem określonych zachowań, reakcji lub działań, często agresywnych i nagłych, poprzez oddziaływanie na psychikę, niekoniecznie zgodne z ideologiami lub obranymi przez daną osobę zasadami¹. Etymologia sięga do łacińskiego nazewnictwa: *provocator* – „wywołujący (do walki)” i *provocatio* – „wywołanie” pochodzą od *provocare* „wywoływać; wyzywać”. Prowokacja przyjmuje postać działania negatywnego, wyzywania, umyślnej zaczepki, podstępu, obliczonych na wywołanie u osoby prowokowanej spodziewanych przez sprawcę reakcji, na ogół niezgodnych z zasadami współżycia społecznego z zachowaniami przestępnymi włącznie, o często zgubnych dla osoby prowokowanej następstwach. Nie może, więc dziwić że prowokacja jako zjawisko godne potępienia znajduje miejsce w kodyfikacjach karnych obowiązujących w naszym kraju od kilku dekad.

Rozwiązania dotyczące prowokacji znajdowały się w polskich kodeksach karnych z 1932 r. i z 1969 r. Były zamieszczone jako odrębne paragrafy w przepisach, które regulowały problematykę czynnego żalu w przypadku podżegania i pomocnictwa. Art. 21 § 3 k.k. z 1969 r. i art. 30 § 3 k.k. z 1932 r. statuowały wyłączenie możliwości stosowania do prowokatora do-

¹ [Http://pl.wikipedia.org/wiki/Prowokacja](http://pl.wikipedia.org/wiki/Prowokacja).

brodziejstwa w postaci bezkarności (w wypadku czynnego żalu skutecznego ze strony podżegacza) lub nadzwyczajnego złagodzenia kary albo odstąpienia od wymierzenia kary (w przypadku bezskutecznego czynnego żalu), gdy zapobiegł on dokonaniu czynu zabronionego lub starał się mu zapobiec, ale wcześniej nakłonił sprawcę do dokonania tegoż czynu zabronionego, w celu skierowania przeciwko niemu postępowania karnego². Opisywane przepisy nie pozwalały, aby odpowiedzialności karnej podlegał wyłącznie sprowokowany, ale przenosiły taką odpowiedzialność również na prowokatora, który swoim zamiarem nie obejmował dokonania czynu zabronionego przez sprowokowanego, ale chciał wyłącznie, by ten poniósł odpowiedzialność karną. Przepisy te nie wskazywały jednak, jakiego rodzaju odpowiedzialność karną miałby ponieść prowokator i w zasadzie czyniły go szczególnym typem podżegacza. Ograniczały się jedynie do wspomnianego wyłączenia bezkarności, co było niewątpliwą wadą i luką w zakresie określenia podstaw odpowiedzialności karnej dla tego rodzaju zachowań. Do prowokatora miały zatem zastosowanie przepisy dotyczące karalności podżegacza. Był to błąd ustawodawcy, który nie zadbał o dokładne określenie zasad odpowiedzialności karnej prowokatora. Wydaje się jednak, że pomimo tego braku nie naruszono zakazu stosowania analogii. W doktrynie podżegacza-prowokatora zrównywano z tzw. agentami policyjnymi, którzy chcieli wykazać się sprawnością w ujawnianiu i ściganiu przestępstw. W tym celu najpierw prowokowali do ich popełnienia, niekiedy włącznie z kierowaniem nimi, by potem zapobiec działaniom przestępnym. I tak, prowokator, który np. namawia do fałszowania pieniędzy, a jego jedynym celem jest oddanie fałszerzy w ręce wymiaru sprawiedliwości, zanim wprowadzą do obiegu podrobione środki płatnicze, ze względów moralnych, etycznych nie zasługuje na żadne względy. Jest to zrozumiałe i oczywiste, bowiem w szeroko pojętym interesie społecznym leży unikanie i eliminowanie wszelkich zachowań zmierzających do naruszania norm prawnych, a nie tworzenie fikcyjnych okoliczności w celu pociągnięcia kogoś do odpowiedzialności karnej. Motyw działania prowokatora jest wprawdzie odmienny od pobudek kierujących zachowaniem osób nakłonionych do popełnienia przestępstwa, lecz nie może to wpływać na odmienne uregulowanie tego problemu. Działanie to wynika bowiem z niskich pobudek i jest ukierunkowane na promowanie własnej osoby, która wyróżniła się wykryciem przestępstwa, zapobiegła jego popełnieniu, z tym że było to przestępstwo wcześniej przez nią zainicjowane³. Takie działanie wielokrotnie wynika również ze zwykłej złośliwości czy z chęci wywarcia zemsty na znieprawdzonego człowieku.

² A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, s. 447.

³ G. Rejman (red.), Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 1999, s. 671.

Przepis artykułu 24 k.k. reguluje zagadnienie odpowiedzialności w przypadku działania polegającego na nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, którego celem było skierowanie przeciwko tej osobie postępowania karnego. Jak podkreśla się w orzecznictwie: „Prowokacja jest to działanie podjęte w celu skłonienia innej osoby do popełnienia przestępstwa, aby przeciwko tej osobie skierowane zostało postępowanie karne (art. 24 k.k.). Błędnie używa się w języku potocznym tego określenia odnośnie działania podjętego bez takiego zamiaru polegającego na zachowaniu wyzywającym”⁴. W takiej sytuacji mamy do czynienia z instytucją prowokacji (a także retorsji, która jednak nie jest przedmiotem rozważań niniejszej publikacji) w rozumieniu art. 216 § 3 k.k., art. 217 § 2 k.k., art. 222 § 2 k.k. i art. 226 § 2 k.k. Jest to działanie inicjowane przez drugą stronę czynu zabronionego, a więc przez pokrzywdzonego, który pomimo wyzywającego zachowania nie staje się jednak podmiotem przestępstwa. Poprzez pryzmat jego zachowania ocenia się jedynie motywację, przyczynę późniejszego zachowania sprawcy wymienionych wyżej przestępstw. Ten rodzaj prowokacji nie stanowi kontratywu, nie uchyla bowiem bezprawności czynu, ale kodeks karny daje sądom możliwość nawet odstąpienia od wymierzenia kary.

Unormowanie to wiąże się bezpośrednio z teorią kompensacji winy, ponieważ strony wymierzyły sobie w pewnym sensie sprawiedliwość, a sprawy między nimi zostały już w pewnym stopniu uregulowane. Sprawca poniósł już ujemne konsekwencje swego czynu w postaci naruszenia jego dobra, a ze względu na zachowanie pokrzywdzonego niekonieczne jest dawanie mu satysfakcji poprzez ukaranie sprawcy⁵. Niecelowa byłaby więc ingerencja państwa w tak drobne sprawy, chociaż decyzję w postaci możliwości odstąpienia od wymierzenia kary pozostawiono niezawisłym sądom.

W wypadku nakłaniania innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, nie zostają spełnione podmiotowe przesłanki odpowiedzialności za podżeganie, bowiem prowokator nie działa w celu doprowadzenia do popełnienia przestępstwa przez inną osobę, lecz przede wszystkim w celu stworzenia podstaw skierowania przeciwko niej postępowania karnego. Brak takiego celu działania wyklucza możliwość traktowania go jako prowokacji⁶. Prowokator jako „fałszywy podżegacz” nie pragnie popełnienia przestępstwa, a nawet mu zapobiega poprzez skierowanie postępowania karnego na inną osobę. Celem prowokatora nie jest zatem rzeczywiste dokonanie czynu zabronionego przez osobę nakłanianą. W sferze jego zainteresowania leży rezultat podjętego przez nią przestępnego zachowania, a raczej jego konsekwencje

⁴ Wyrok SA w Krakowie z dnia 1 lipca 2004 r., sygn. II AKa 128/04, KZS 2004, nr 7–8, poz. 47.

⁵ A. Wóbel, Prowokacja i retorsja a sądowy wymiar kary, *Jurysta* 2004, nr 5, s. 38.

⁶ Wyrok SA w Krakowie z dnia 21 września 2000 r., sygn. II AKa 152/00, KZS 2000, nr 10, poz. 30.

w postaci wszczęcia i prowadzenia przeciwko niej postępowania karnego. Biorąc pod uwagę normatywną charakterystykę prowokacji, popełnienie czynu zabronionego przez osobę, przeciwko której prowokator chce skierować postępowanie karne, może być objęte zamiarem bezpośrednim lub zamiarem ewentualnym, chociaż sama czynność prowokowania jest działaniem celowym, a więc objętym zamiarem bezpośrednim. I tu właśnie leży podstawa różnica między podżeganiem a prowokacją. W przypadku podżegania zamiarem nakłaniającego jest bowiem objęte dokonanie przestępstwa przez bezpośredniego wykonawcę. Natomiast w wypadku prowokacji przedmiotem zamiaru jest popełnienie przez osobę, przeciwko której prowokator skierować chce postępowanie karne, przestępstwa w jakiegokolwiek formie stadialnej. W rzeczywistości prowokacja ma na celu doprowadzenie jedynie do usiłowania popełnienia czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, które umożliwić ma prowokatorowi zapobieżenie dokonaniu, np. poprzez zawiadomienie organów ścigania. Stąd też regulacja odnosząca się do prowokacji nie mogła ograniczać się, jak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, jedynie do wyłączenia możliwości stosowania wobec prowokatora instytucji czynnego żalu. Obowiązujący kodeks karny poprawił wcześniejszą, błędną kodeksową regulację odpowiedzialności prowokatora⁷.

W art. 24 k.k. zmieniono zasadniczo formułę odpowiedzialności prowokatora, wychodząc naprzeciw tezom i postulatam zawartym w piśmiennictwie z okresu obowiązywania dwóch poprzednich kodeksów, przez co uczyniono z niego odrębną instytucję prawnokarną. Praktyczne znaczenie zmiany polega na tym, iż może nim być obecnie nie tylko podżegacz, ale także i sprawca kierowniczy oraz „sprawca polecający”, jeśli ich działania wyczerpują również znamię „nakłaniania”, co w przypadku tego ostatniego rozumie się samo przez się⁸.

Przepis art. 24 k.k. określa podstawę odpowiedzialności prowokatora poprzez zwrot „odpowiada jak za podżeganie”. Sformułowanie to nie jest w pełni precyzyjne, gdyż nie określa w sposób jednoznaczny podstawy odpowiedzialności, lecz odnosi się raczej do konsekwencji karnych. Brak tej precyzji jest jednak zrozumiały, skoro intencją ustawodawcy było, aby sprawca prowokacji odpowiadał, jak za podżeganie, to oczywistym jest, że powinien odpowiadać, jak za sprawstwo tego typu czynu zabronionego, do którego popełnienia nakłaniał.

W piśmiennictwie wskazuje się, że sformułowanie „odpowiada, jak za podżeganie” rozumieć należy jako charakterystykę przestępstwa *sui generis*, którego znamiona określone zostały w art. 24 k.k. oraz odpowiednim przepisem określającym znamiona czynu zabronionego objętego zamiarem prowo-

⁷ A. Zoll (red.), Kodeks karny..., s. 448.

⁸ M. Filar, Podstawy odpowiedzialności karnej w nowym k.k., Pal. 1997, nr 11–12, s. 15.

katora. I stąd przyjmuje się, że sformułowanie „odpowiada jak za podżeganie” określa także podstawę ustawowego zagrożenia przewidzianego za prowokację, ponieważ odsyła do podstaw odpowiedzialności za podżeganie, przez co umożliwia stosowanie do prowokacji art. 19 § 1 k.k., nakazującego wymierzyć za podżeganie, a w konsekwencji za prowokację, karę w granicach opisanych wyżej.

Kodeks karny, potępiając prowokację, traktuje ją jako odrębną formę popełnienia przestępstwa, jednak z zastrzeżeniem, że stosuje się do niej zasady dotyczące podżegania, z wyłączeniem przywilejów zawartych w art. 22 k.k. (podżeganie, które nie doprowadza do dokonania przez sprawcę czynu zabronionego) i art. 23 k.k. (czynny żal)⁹. Obok określenia podstaw odpowiedzialności za prowokację przepis art. 24 k.k. nie pozwala więc stosować wobec prowokatora konstrukcji czynnego żalu z art. 23 k.k. oraz art. 22 k.k. Wynika to z opisywanego wyżej odmiennego, niż przy podżeganiu, uregulowania odpowiedzialności za prowokację, w przypadku której nakłanianie nie musi być nakierowane na dokonanie przez bezpośredniego wykonawcę czynu zabronionego, lecz obejmuje także stadia poprzedzające dokonanie, w tym oczywiście usiłowanie. Są to rozwiązania słuszne z uwagi na fakt, że prowokacja, której celem jest doprowadzenie do odpowiedzialności karnej osoby nakłanianej, stanowi przejaw zachowania niemoralnego, ma szczególne cechy szkodliwości społecznej i jako takie w żaden sposób nie uzasadnia możliwości korzystania z dobrodziejstwa czynnego żalu, ani innej konstrukcji dającej podstawę do łagodniejszej odpowiedzialności¹⁰.

Odpowiedzialność za prowokację na zasadach określonych w art. 24 k.k. może być wyłączona, na zasadzie *lex specialis*, przez regulacje zawarte w ustawach szczególnych określających reguły funkcjonowania organów powołanych do wykrywania przestępstw i ścigania ich sprawców. Legalizują one działanie polegające na nabyciu w sposób niejawny lub przejęciu przedmiotów pochodzących z przestępstwa albo na wręczeniu korzyści majątkowej, jeżeli ma to na celu sprawdzenie wiarygodności posiadanych informacji lub uzyskanie dowodów pozwalających na wykrycie sprawców szczególnie groźnych przestępstw. Takimi metodami posługują się od lat Policje wielu krajów. Są one skuteczne zwłaszcza w walce z przestępczością zorganizowaną, handlem bronią i narkotykami, a także korupcją i innymi przestępstwami o dużym ciężarze gatunkowym.

Przedstawione wyżej rozwiązanie może być jednym z dwóch sposobów postrzegania opisanych wyżej przepisów, a więc traktowania ich przez pryzmat tzw. przepisu szczególnego. Można również przyjąć tezę, że stanowią one rodzaj pozakodeksowych kontratypów, albowiem wyłączają one *de facto*

⁹ L. Tyszkiewicz, *Lex Polonica – Komentarze*.

¹⁰ A. Zołł (red.), *Kodeks karny...*, s. 450.

bezprawność zachowań funkcjonariuszy, nie pozwalając jednocześnie na wykorzystanie przeciwko nim zapisu z art. 24 k.k.

W sprawach o przestępstwa określone w art. 19 ust. 1 – zgodnie z art. 19a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji¹¹ – czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej. Czynności operacyjno-rozpoznawcze (...) mogą polegać także na złożeniu propozycji nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej. Podobne, bliźniacze jest brzmienie odpowiednich przepisów w ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (w art. 29), w ustawie o Żandarmerii Wojskowej (w art. 32), w ustawie o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (w art. 19) oraz w ustawie o Straży Granicznej (w art. 9f). Jeżeli chodzi o ostatnią z wymienionych ustaw, dopuszcza ona możliwość zakupu kontrolowanego lub wręczenia kontrolowanej korzyści majątkowej jedynie w sprawach o przestępstwa określone w art. 228 k.k. i 229 k.k., popełnione przez funkcjonariuszy i pracowników Straży Granicznej w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych, a także o przestępstwa z art. 264 § 3 k.k. Każda z wymienionych ustaw określa odmienny katalog przestępstw, do których ścigania został powołany dany organ.

Powyższe czynności operacyjne może zarządzić, odpowiednio do rodzaju służb, Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki Policji, Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej lub komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej, Komendant Główny Straży Granicznej (w sprawach o przestępstwa z art. 228 k.k. i z art. 229 k.k.) lub komendant oddziału Straży Granicznej (w sprawach o przestępstwa z art. 264 § 3 k.k.). We wszystkich tych przypadkach do wszczęcia wymienionych czynności operacyjnych konieczna jest pisemna zgoda właściwego miejscowo prokuratora okręgowego, którego na bieżąco informuje się o ich przebiegu. Prokurator może w każdym czasie zarządzić zaniechanie tych czynności.

W przypadku dwóch pozostałych służb, czynności operacyjne może zarządzić odpowiednio szef ABW i szef CBA. W obydwu przypadkach wymagana jest pisemna zgoda Prokuratora Generalnego, którego również należy informować na bieżąco o przebiegu czynności. W art. 19 ust. 3 ustawy o CBA oraz w art. 29 ust. 3 ustawy o ABW znajduje się zapis, że czynności

¹¹ Dz. U. z 2007 r., Nr 57, poz. 390.

operacyjne nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary.

Instytucja zakupu kontrolowanego, jak i kontrolowane wręczenie lub przyjęcie korzyści majątkowej, oparte są na podstępie. Polegają one na celowym wprowadzeniu w błąd co do rzeczywistego zamiaru nabycia, przejęcia lub zbycia przedmiotów albo świadomym wprowadzeniu w błąd udzielającego lub przyjmującego korzyść co do rzeczywistych intencji partnera czynności, a także co do jego prawdziwej tożsamości. Logicznym jest, że gdyby prowokowany znał prawdziwe zamiary i tożsamość prowokującego go funkcjonariusza, nigdy nie zgodziłby się na przeprowadzenie tego rodzaju transakcji. Powodzenie takiej prowokacji stwarza możliwość uzyskania mocnych dowodów rzeczowych, które z łatwością mogą zostać później wykorzystane w procesie karnym. Ponadto tego typu działania powinny być udokumentowane za pomocą urządzeń rejestrujących obraz lub dźwięk, a w związku z tym, oczywiście po dokonaniu swobodnej oceny tych dowodów przez sąd, nie ma konieczności sięgania po osobowe źródła dowodowe, co niewątpliwie może usprawnić postępowanie karne.

Przepisy cytowanych wyżej ustaw pozwalają na zastosowanie dozwolonej prowokacji tylko w przypadku, gdy organy ścigania uzyskają wiarygodną informację o popełnieniu przestępstwa. Podstawowym warunkiem do wszczęcia tych czynności operacyjnych jest wcześniejsze uzyskanie wiarygodnych informacji o popełnionym przestępstwie, a kryterium oceny jego wiarygodności będzie oparty na kategoriach prawdopodobieństwa, które przewiduje kodeks postępowania karnego. Nieistotny jest sposób pozyskania wiadomości o przestępstwie. Może ona wynikać zarówno z zawiadomienia o popełnieniu czynu zabronionego, jak i ze źródła operacyjnego. Celem czynności będzie więc tylko sprawdzenie tych informacji oraz ustalenie sprawców i uzyskanie dowodów przestępstwa¹².

Wartym podkreślenia jest, że w wypadku działania na podstawie regulacji dopuszczających prowokację niezbędnym warunkiem ich legalności jest brak działania funkcjonariusza stosującego tę metodę w celu skierowania postępowania karnego przeciwko osobie prowokowanej. Funkcjonariusz nie może więc nakłaniać do popełnienia przestępstwa, bądź organizować albo kierować działaniami przestępczymi. Tu właśnie leży granica legalnej, dopuszczanej przez prawo prowokacji. Biorąc pod uwagę, że dopuszczalną prowokację mogą stosować wszystkie ważniejsze służby w naszym kraju, powstaje pytanie, jak daleko zostaną przesunięte jej granice w przyszłości. Czy będzie ona podobna do innych państw europejskich, czy też zostanie ona zbliżona do amerykańskiej doktryny „entrapment”, która dopuszcza by

¹² B. Kurzępa *Podstęp w toku czynności karnoprocesowych i operacyjnych*, Toruń 2003, s. 203–208.

tajny agent podzegał do przestępstwa lub czynnie w nim uczestniczył, by później zostać osobowym źródłem dowodowym w procesie przeciwko osobie, wspólnie z którą popełnił wcześniej przestępstwo. W doktrynie tej, wedle jej wersji subiektywnej, nie bada się gotowości do popełnienia przestępstwa. Bierze się pod uwagę predyspozycje osoby podzeganego do jego popełnienia. Jeżeli sprawca, przed wejściem w kontakt z agentem, nie miał predyspozycji do popełnienia przestępstw, wówczas zgodnie z „entrapment” będzie uniewinniony. Jeżeli jednak wykazuje takie predyspozycje, tzn. popełniał w przeszłości przestępstwa rodzajowo podobne lub chociażby nie przejawia oporu wobec propozycji popełnienia przestępstwa, wtedy „entrapment” nie może być zastosowany jako kontratyp. Natomiast wersja obiektywna tej doktryny odchodzi od braku predyspozycji jako warunku koniecznego do wyłączenia odpowiedzialności karnej. Wedle tej wersji bada się metody, które zastosował agent podczas nakłaniania do popełnienia przestępstwa. Doktrynę „entrapment” stosuje się, jeżeli metody te stwarzają poważne ryzyko, że przestępstwo zostanie popełnione przez osoby w normalnych warunkach nie-sklonne do jego popełnienia. Odnośnikiem nadal pozostaje moralność, ale już nie sprawcy, lecz metod policyjnych. Prowokacja policyjna może więc być stosowana jako wyrwykowe kontrolowanie uczciwości obywateli, bez konieczności wcześniejszego uzyskania wiarygodnych informacji o możliwości popełnienia przestępstwa¹³.

Takie działanie jest niedopuszczalne w naszym systemie prawnym. Prawo do zakupu kontrolowanego, do wręczenia kontrolowanej korzyści – jak już wskazywano – posiadają wszystkie znaczące służby w naszym kraju. Pojawiają się jednak głosy o konieczności rozszerzenia zakresu dopuszczalnej prowokacji jako niezbędnego narzędzia do likwidacji przestępczości.

Podczas analizy kolejnej sprawy nasuwa się wniosek, że problem granic dopuszczalnej prowokacji jest jak najbardziej żywy także w innych krajach europejskich, w tym przypadku w Grecji. Konstantinos Pyrgiotakis złożył skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w przedmiocie skazania go przez sąd w Hani (Kreta) na karę dziesięciu lat pozbawiania wolności oraz grzywnę w wysokości 15.000 euro za udział w handlu narkotykami. Wyrokiem tegoż sądu został on uznany za winnego pośredniczenia w transakcji między funkcjonariuszem Policji, który działał jako zainteresowany zakupem, i handlarzem narkotyków P. Funkcjonariusz ten nie znał skarżącego i nie słyszał, by popełniał on wcześniej przestępstwa. Zgłosił się do skarżącego telefonicznie, prosząc o spotkanie w określonym przez niego miejscu. Spotkanie doszło do skutku. Tam skarżący zamienił parę słów z dilerem i odjechał. Skarżący twierdził ponadto w czasie procesu, że nie znał natury zorganizowanego przez siebie spotkania. Chciał on jedynie wyświadczyć

¹³ W. Gontarski, Jednoaktówka CBA, Gazeta Sądowa 2007, nr 7–8, s. 3.

przysługę znajomemu, który poprosił go o skontaktowanie pewnego kupca (funkcjonariusza) z P. W sprawie Trybunał Praw Człowieka uznał, że to właśnie zachowanie funkcjonariuszy Policji leżało u podstaw popełnienia przez skarżącego przestępstwa i stało się przyczyną skazania.

Ogólne wymaganie sprawiedliwego procesu określone w art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności odnosi się do wszystkich procedur dotyczących ścigania przestępstw, zarówno tych bardziej, jak i mniej poważnych. W żadnym wypadku jednak interes publiczny nie powinien usprawiedliwiać bezkrytycznego użycia dowodów pochodzących z zastosowania prowokacji policyjnej. Nie ustalono przecież w tej sprawie, czy skarżący uprzednio brał udział w handlu narkotykami i nie stwierdzono, by organy dysponowały innymi dowodami, które uzasadniałyby takie podejrzenie. Jedyne dowód na poparcie tego zarzutu stanowił fakt skontaktowania funkcjonariusza Policji z osobą zajmującą się dystrybucją narkotyków. Trybunał ocenił, że w danej sprawie działalność funkcjonariuszy Policji spowodowała popełnienie przestępstwa, i nic w materiale dowodowym nie wskazywało, że bez ich interwencji miałyby ono miejsce. Tym samym należało uznać, że ich zachowanie przekraczało granice zachowania „agentów prowokujących” i powinno być zakwalifikowane jako prowokacja. Takie zachowanie i wykorzystanie jego owoców w procesie karnym może zaprzepaścić sprawiedliwy charakter procesu. Nie powinno się bowiem dopuścić do sytuacji, że policjanci są upoważnieni do wywoływania zaistnienia zamiaru przestępnego. Te rozważania doprowadziły Trybunał do wniosku, że zachowanie funkcjonariuszy Policji w sposób znaczny, o ile nie wyłączny, stanęło u podstaw popełnienia przestępstwa i skazania skarżącego na poważną karę. W efekcie to oni sprowokowali zachowanie przestępcze, które w innych okolicznościach nie miałyby miejsca. Zaowocowało to, w sposób nieodwracalny, naruszeniem sprawiedliwego charakteru procesu karnego¹⁴.

Powołany wyżej przykład świadczy, że nie powinno być mowy o jakimkolwiek rozszerzeniu uprawnień prowokatora. Z punktu widzenia prawnego, a także moralnego, niedopuszczalne jest korzystanie z prowokacji w procesie karnym, a szczególnie wykorzystanie prowokatora-tajnego agenta jako osobowego źródła dowodowego. Rozszerzenie granic prowokacji mogłoby doprowadzić do swojego rodzaju „demoralizacji” służb, które miałyby zbyt szerokie kompetencje. Dałoby to bezsprzecznie możliwość wykorzystywania ich do walki politycznej i mogłoby służyć do usuwania w cień niewygodnych oponentów. I wreszcie dawałoby to możliwość do tworzenia przestępstw „wirtualnych”, które bez udziału określonych czynników mogłyby nigdy nie mieć miejsca. Są to działania niebezpieczne, bowiem gdy postępowanie

¹⁴ Efekty prowokacji policyjnej jako dowód w procesie, Biuro Studiów i Analiz SN – Biuletyn Prawa Karnego 2008, nr 3, s. 54.

służb spada poniżej poziomu dopuszczalnego w uznaniu publicznym, na utratę zaufania narażony jest nie tylko wymiar sprawiedliwości i możliwość prawidłowego wykonywania przezeń swych zadań, ale także jest to ogromne zagrożenie dla konstytucyjnych praw człowieka. Poprzez takie działanie narażony jest porządek demokratycznego państwa i jego instytucji, które powinny stać na straży praworządności.

Biorąc pod uwagę powyższe, należałoby skupić się na zmianie istniejących przepisów o dozwolonej prowokacji, ale nie pod kątem ich ograniczenia czy rozszerzenia. Należy spojrzeć na to zagadnienie przez pryzmat sprawowania kontroli nad sposobem prowadzenia dozwolonej prowokacji. Zmiany powinny dotyczyć również organów, które wyrażają zgodę na wszczęcie takich działań operacyjnych. Pierwszym postulatem *de lege ferenda* jest więc rozdzielenie urzędu Prokuratora Generalnego i Ministra Sprawiedliwości. Przy takim rozwiązaniu Prokuratura mogłaby utrzymać swoje kompetencje w zakresie udzielania zgody i kontrolowania przebiegu przedmiotowych czynności operacyjnych.

Drugim rozwiązaniem, które należałoby rozważyć, prowadzącym do apolitycznego, a przez to prawidłowego funkcjonowania instytucji dozwolonej prowokacji, jest przekazanie powyższych kompetencji niezawisłym sądom. W ciągu ostatnich lat sądy przejęły szereg kompetencji, które wcześniej przysługiwały również prokuratorom, jak chociażby decyzje o stosowaniu tymczasowego aresztowania czy warunkowego umorzenia postępowania karnego. Sprawują również szeroki nadzór nad postępowaniami przygotowawczymi. Warto zatem powierzyć im również sferę decyzyjną w kwestii omawianego tutaj problemu.

Limits of lawful provocation in Polish penal law

Abstract

Analyzing the content of Article 24 of the Penal Code, this article addresses the issue a provocateur's responsibility. The author assesses provocation-related behaviours in light of both criminal law, and moral and social aspects. A particular attention is brought to the limits of lawful provocation, these set forth in acts regulating operations of most important services such as: police, Central Anticorruption Bureau and Internal Security Agency, compared to the procedures in force in other selected countries. Moreover, this article includes proposals for changes to the current regime as regards control over lawful provocation, these changes particularly aiming at preventing the application of the said measure for political machinations.