

**NORBERT NOWICKI**

ORCID: 0000-0002-4068-7578

DOI: 10.4467/20801335PBW.21.016.13573

## **Normatywne ujęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych w aspekcie dowodu nielegalnego<sup>1</sup>**

### **Definicja czynności operacyjno-rozpoznawczych**

Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawcze nie zostało zdefiniowane wprost w żadnym akcie prawnym. Pierwsza definicja legalna tej instytucji prawnej pojawiła się w poselskim projekcie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych z 7 lutego 2008 r. (druk sejmowy nr 353). Brzmiała następująco:

(...) czynności operacyjno-rozpoznawcze są zespołem przedsięwzięć, jawnych i niejawnych[,] prowadzonych wyłącznie w celu rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw; odnajdywania osób ukrywających się przed organami ścigania lub wymiarem sprawiedliwości oraz osób zaginionych, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ich zaginięcie jest wynikiem przestępstwa, a także odnajdywania rzeczy utraconych w wyniku przestępstwa lub mających związek z przestępstwem, ustalenia tożsamości osób i zwłok, w przypadku uzasadnionego podejrzenia przestępczego działania.

Prace nad tym aktem prawnym zostały wstrzymane. W związku z tym, aby zdefiniować wskazane pojęcie, należy odwołać się do dorobku doktryny. Przede wszystkim warto podkreślić, że pojęcie „czynności operacyjno-rozpoznawcze” może być zamienne używane z takimi pojęciami, jak: praca operacyjna, działania operacyjne, czynności operacyjne<sup>2</sup>. W literaturze przedmiotu jest kilka definicji czynności

---

<sup>1</sup> Fragment pracy magisterskiej pt. *Prawne granice panoptycznych metod panowania politycznego* (Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii). Autor wykorzystał rozdziały 4 i 5.

<sup>2</sup> Z. Niemczyk, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i możliwość wykorzystania ich rezultatów w postępowaniu karnym*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2013, nr 3, s. 5–6.

operacyjno-rozpoznawczych. Tadeusz Hanausek kwalifikuje je jako (...) *odrębny system poufnych lub tajnych działań organów policyjnych, które prowadzone są poza procesem karnym. Czynności te służą aktualnym lub przyszłym celom tego procesu*<sup>3</sup>. Z kolei Janusz Gołębiewski uważa, że są to (...) *działania, z jednej strony, zmierzające do realizacji określonego zadania, a z drugiej strony do zbierania interesujących informacji*<sup>4</sup>. W *Leksykonie policyjnym* omawiane pojęcie zostało zdefiniowane jako (...) *ogół działań podejmowanych przez wyspecjalizowanych policjantów służby kryminalnej z wykorzystaniem określonych w ustawie o Policji oraz w przepisach wydanych na jej podstawie form, metod i środków pracy operacyjnej*<sup>5</sup>. Celem ich stosowania jest rozpoznawanie i wykrywanie przestępstw oraz zapobieganie im, jak również ściganie ich sprawców.

Podstawą prawną do prowadzenia działalności operacyjnej są przepisy zawarte w ustawach policyjnych i aktach wykonawczych. Należy podkreślić, że czynności operacyjno-rozpoznawcze są czynnościami pozaprocesowymi. W praktyce oznacza to, że nie mają do nich zastosowania przepisy *Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r – Kodeks postępowania karnego*<sup>6</sup> (dalej: *kpk*), a podmiotami legitymowanymi do zarządzania i przeprowadzenia takiej kontroli są wyłącznie organy państwowe wymienione w konkretnej ustawie regulującej kwestie dotyczące działań operacyjnych. Aktywność służb policyjnych w tym zakresie ma charakter autonomiczny w stosunku do podejmowanych czynności procesowych<sup>7</sup>. Mimo że działania operacyjne są realizowane poza postępowaniem karnym, nie wyklucza to wykorzystania materiałów operacyjnych w przyszłości<sup>8</sup>. Chodzi o to, że wyniki czynności operacyjno-rozpoznawczych nie mają bezpośredniego znaczenia dowodowego, w związku z tym nie mogą być wprowadzone wprost do postępowania dowodowego. Mają służyć konkretnemu, obecnemu lub przyszłemu postępowaniu karnemu wszczynanemu na podstawie zebranego materiału operacyjnego. Ponadto mogą być pomocne przy rozpracowywaniu określonych środowisk kryminogennych, nie muszą zatem być związane wyłącznie z konkretnym procesem<sup>9</sup>.

Czynnościom operacyjno-rozpoznawczym przypisuje się następujące funkcje: rozpoznawczą, wykrywczą, dowodową oraz zapobiegawczą. Celem pierwszej z nich jest rozpoznawanie środowisk kryminogennych i przestępczych oraz czynników wpływających na te zbiorowości. Funkcja wykrywcza polega na wykrywaniu czynów zabronionych i ich sprawców, a dowodowa – na udowodnieniu winy i innych określonych

<sup>3</sup> T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1996, s. 96.

<sup>4</sup> J. Gołębiewski, *Praca operacyjna w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej*, Warszawa 2008, s. 19.

<sup>5</sup> W. Pływaczewski, G. Kędzierska, *Leksykon policyjny*, Szczytno 2001, s. 56.

<sup>6</sup> Tekst jednolity: DzU z 2021 r. poz. 534.

<sup>7</sup> R. Teluk, *Inwigilacja i infiltracja jako efektywne metody uzyskiwania informacji operacyjnych na temat środowiska przestępczego lub kryminogennego*, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr 4, s. 179.

<sup>8</sup> Z. Niemczyk, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 6.

<sup>9</sup> E. Wójcik, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich rola w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej*, <http://m.wspia.eu/file/21440/44-WÓJCIK.pdf> [dostęp: 10 XII 2020].

ustawowo znamion popełnionego przestępstwa. Rolą funkcji zapobiegawczej jest zapobieganie określonym zagrożeniom, ewentualnie ich eliminowanie<sup>10</sup>.

## Kontrola operacyjna

Kontrola operacyjna jest jedną z ustawowych metod czynności operacyjno-rozpoznawczych. Jej istota została ujęta w art. 19 *Ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*<sup>11</sup>. Jest to czynność niejawna polegająca na:

- 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych;
- 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne;
- 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej;
- 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych;
- 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek<sup>12</sup>.

Kontrola operacyjna jest zarządzana (...) *w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw*<sup>13</sup> wymienionych we wspomnianym artykule. Zarządzenie kontroli operacyjnej jest więc możliwe wyłącznie w przypadku ściśle określonych przestępstw, enumeratywnie wskazanych w art. 19 ustawy o Policji. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku o sygnaturze AKa 133/16 odniósł się do korzystania z materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej w sprawie o przestępstwa, które nie zostały wymienione w ust. 1 wskazanego artykułu. Orzekł, że jest to niedopuszczalne. Z uwagi na szczególny charakter omawianej regulacji przepisy nie mogą być bowiem interpretowane rozszerzająco<sup>14</sup>.

Oprócz tego we wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej należy wskazać, że środki służące do zapobieżenia przestępstwom oraz wykrycia czynów zabronionych i ich sprawców okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne dla dalszego toku procesu (tzw. klauzula subsydiarności)<sup>15</sup>. *Oznacza to kategoriyczny zakaz stosowania kontroli*

<sup>10</sup> Z. Niemczyk, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...*, s. 6.

<sup>11</sup> Tekst jednolity: DzU z 2020 r. poz. 360, ze zm.

<sup>12</sup> K. Ożóg-Wróbel, *Katalog metod prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012, nr 4, s. 131–133.

<sup>13</sup> Art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

<sup>14</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej: SA) w Warszawie z 13 VI 2016 r., sygn. AKa 133/16, Lex nr 2171252.

<sup>15</sup> K. Ożóg-Wróbel, *Katalog metod...*, s. 131–132.

*operacyjnej, jeżeli nie wyczerpano innych możliwych metod pracy operacyjnej albo też nie wykazano, że inne środki (biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny) będą nieprzydatne*<sup>16</sup>.

W polskim porządku prawnym wyróżnia się dwa rodzaje podsłuchów: procesowy i pozaprocesowy (operacyjny). Uregulowania dotyczące podsłuchu procesowego są zawarte w rozdziale 26 kpk. Zgodnie z nimi po wszczęciu postępowania sąd na wniosek prokuratora może zarządzić kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych<sup>17</sup>. Z kolei w art. 19 ust. 5 ustawy o Policji wprost wskazuje się, że podsłuch operacyjny może zostać zastosowany zarówno przed wszczęciem postępowania, jak i już po jego rozpoczęciu, gdyż zakres podmiotowy zarządzanej kontroli dotyczy osoby podejrzanej lub oskarżonego. W doktrynie istnieje spór na temat prowadzenia podsłuchu procesowego na etapie postępowania przygotowawczego. Przeciwnicy zarządzania kontroli operacyjnej po wszczęciu postępowania zauważają, że prowadzi to do konkurencji między czynnościami operacyjnymi i procesowymi. Innym argumentem krytycznym podnoszonym wobec rozwiązania prawnego z art. 19 ust. 5 ustawy o Policji jest obawa, że działania funkcjonariuszy będą realizowane bez wiedzy prokuratora, czyli gospodarza postępowania przygotowawczego. Może to prowadzić do ingerencji policji w materiał dowodowy zebrany przez prokuratora oraz do niespójności w procesie. W literaturze przedmiotu istnieje również odmienne stanowisko. Część autorów, np. Stanisław Hoc, Romuald Kmiecik, Katarzyna Dudka, nie widzi żadnych przeciwwskazań do prowadzenia podsłuchu operacyjnego w trakcie trwania postępowania przygotowawczego. Przepisy prawne regulujące tę materię nie wykluczają jednoczesnego korzystania z podsłuchu operacyjnego i procesowego. Równoczesne ich stosowanie skutkuje większą skutecznością w wykrywaniu przestępstw<sup>18</sup>.

### **Zakup kontrolowany. Tak zwana kontrolowana łapówka**

Zakup kontrolowany i tzw. kontrolowana łapówka to kolejne metody działań operacyjnych. Reguluje je art. 19a ustawy o Policji. Zgodnie z nim zakup kontrolowany jest związany z (...) *dokonaniem w sposób niejawnym nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione*<sup>19</sup>. Oprócz tego może polegać również na (...) *złożeniu propozycji nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione*<sup>20</sup>. W analogiczny sposób ustawodawca

<sup>16</sup> A. Łyżwa, M. Tokarski, *Art. 19 ustawy o Policji*, w: *Ustawa o Policji. Komentarz*, Ł. Czebotar i in. (red.), Warszawa 2015.

<sup>17</sup> Art. 237 § 1 kpk.

<sup>18</sup> P. Kosmaty, *Podsłuch pozaprocesowy (operacyjny). Czy można stosować podsłuch bez zgody sądu?*, „Prokurator” 2008, nr 2–3, s. 94–95.

<sup>19</sup> Art. 19a ust. 1 ustawy o Policji.

<sup>20</sup> Art. 19a ust. 2 ustawy o Policji.

scharakteryzował tzw. kontrolowaną łapówkę – jako przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej albo złożenie propozycji przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej<sup>21</sup>.

Celem opisanych wyżej czynności operacyjno-rozpoznawczych jest sprawdzenie uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenie sprawców i uzyskanie dowodów przestępstwa<sup>22</sup>. Rozpoczęcie pracy operacyjnej, o której mowa w art. 19a ust. 1 i 2 ustawy o Policji, jest możliwe wyłącznie po uprzednim uzyskaniu wiarygodnych informacji o czynie zabronionym. Zebrane materiały operacyjne mają posłużyć ujawnieniu nie tylko pojedynczego przestępstwa, lecz przede wszystkim całego przestępczego procederu, czyli całokształtu działalności przestępczej sprawcy<sup>23</sup>.

Zakres przedmiotowy zakupu kontrolowanego i tzw. kontrolowanej łapówki jest taki sam jak w przypadku zarządzenia kontroli operacyjnej. To oznacza, że organy Policji mogą prowadzić pracę operacyjną jedynie w przypadku przestępstw enumeratywnie wymienionych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

Z omawianej metody operacyjnej korzysta funkcjonariusz Policji działający pod przykryciem, aby ukryć swoją przynależność służbową, tożsamość oraz intencje. Posługuje się przy tym fałszywymi danymi oraz dokumentami. Zakup kontrolowany i tzw. kontrolowana łapówka są realizowane po uprzednim przeprowadzeniu innych czynności operacyjno-rozpoznawczych, zwłaszcza kontroli operacyjnej. Celem jest sprawdzenie i potwierdzenie wcześniejszych przypuszczeń oraz ustaleń, a także uzyskanie niezbędnych dowodów dla postępowania karnego<sup>24</sup>.

Stosowanie technik prowokacyjnych skutkuje zdobyciem mocnych dowodów popełnienia przestępstwa, zatem art. 19a ust. 6 ustawy o Policji przewiduje, że takie czynności mogą być niejawnie rejestrowane za pomocą urządzeń służących do nagrywania obrazu lub dźwięku. Z analizy wskazanej normy wynika, że nagrywanie obrazu i dźwięku nie podlega rygorowi określonemu w art. 19, w związku z tym decyzję o prowadzeniu kontroli operacyjnej w toku realizacji zakupu kontrolowanego lub tzw. kontrolowanej łapówki może podjąć organ zarządzający omawiane czynności operacyjno-rozpoznawcze<sup>25</sup>.

W doktrynie zwraca się uwagę, że w ustawie o Policji nie określono relacji między kontrolą operacyjną a tzw. kontrolowaną łapówką. Zgodnie z wykładnią celowościową obie metody należy stosować niezależnie od siebie, a nawet zamiennie. To oznacza, że w przypadku gdy zastosowanie kontroli operacyjnej, np. w postaci podsłuchu, okaże się bezskuteczne, można skorzystać z metod określonych w art. 19a ustawy o Policji

<sup>21</sup> Tamże.

<sup>22</sup> K. Ożóg-Wróbel, *Katalog metod...*, s. 135–136.

<sup>23</sup> M. Klejnowska, *Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, teza 5 Lex, <https://sip.lex.pl/#/publication/151037556/klejnowska-monika-podslych-operacyjny-i-prowokacja-policyjna?keyword=Pods%C5%82uch%20operacyjny%20i%20prowokacja%20policyjna&cm=SREST> [dostęp: 10 XII 2020].

<sup>24</sup> K. Ożóg-Wróbel, *Katalog metod...*, s. 135–136.

<sup>25</sup> M. Kołodziejczak, A. Sobiech, *Prawnie dopuszczalne postacie prowokacji*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 11, s. 40.

i odwrotnie. Oprócz tego wskazana metoda może zostać wykorzystana w celu sprawdzenia wiarygodności informacji uzyskanych w ramach podsłuchu operacyjnego<sup>26</sup>.

Przechodząc do warunków, które muszą zostać spełnione, aby przeprowadzenie prowokacji stało się legalne, należy odnieść się do sposobu działania funkcjonariuszy wobec konkretnego sprawcy. Po pierwsze, propozycja złożona w ramach zarówno zakupu kontrolowanego, jak i tzw. kontrolowanej łapówki nie powinna być nachalna bądź połączona z groźbą bezprawną lub jakimkolwiek przymusem fizycznym lub psychicznym<sup>27</sup>. Po drugie, funkcjonariusze realizujący działania operacyjne nie mogą nakłaniać do popełnienia przestępstwa, organizowania albo kierowania działaniami przestępczymi<sup>28</sup>. Naruszenie tych zasad może spowodować odpowiedzialność karną funkcjonariuszy na podstawie art. 24 *Kodeksu karnego*<sup>29</sup> (dalej: kk) oraz będzie skutkować wypełnieniem znamion nielegalnej prowokacji<sup>30</sup>. Oprócz tego zwraca się uwagę, że opisywane metody pracy operacyjnej mogą powodować tzw. sztuczne przestępstwa, przez zachęcenie do popełnienia czynu zabronionego w wyniku stworzenia sprzyjających temu okoliczności<sup>31</sup>.

### Przesyłka niejawnie nadzorowana

Ten rodzaj postępowania został uregulowany w art. 19b ustawy o Policji. Obejmuje ono niejawnie nadzorowanie wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa, jeżeli nie stworzy to zagrożenia życia lub zdrowia ludzkiego, w celu udokumentowania przestępstw, o których mowa w art. 19 ust. 1, albo ustalenia tożsamości osób uczestniczących w tych przestępstwach lub też przejścia przedmiotów. W praktyce Policja posługuje się w tych działaniach podstępem. Polega on na wykorzystaniu (...) *błędno przeświadczenia osób wytwarzających, przemieszczających, przechowujących i dokonujących obrotu przedmiotami przestępstwa, że ich zachowanie pozostaje tajemnicą i nie znajduje się w zainteresowaniu organów ścigania*<sup>32</sup>.

W piśmiennictwie wyodrębnia się następujące rodzaje przesyłek niejawnie nadzorowanych:

- „czyste” – przedmiot przestępstwa w całości lub części został w sposób tajny podmieniony na identyczny albo usunięty;

<sup>26</sup> M. Klejnowska, *Podsłuch operacyjny...*, teza 6 Lex.

<sup>27</sup> Wyrok Sądu Najwyższego (dalej: SN) z 10 X 2007 r., sygn. II KK 387/06, OSNwSK nr 1/2007, poz. 1587.

<sup>28</sup> R. Janiszewski-Downarowicz, *Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 3, s. 93.

<sup>29</sup> *Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny* (t.j.: DzU z 2020 r. poz. 1444, ze zm.).

<sup>30</sup> M. Kołodziejczak, A. Sobiech, *Prawnie dopuszczalne...*, s. 39.

<sup>31</sup> Tamże, s. 43.

<sup>32</sup> A. Biernaczyk, *Zarys problematyki czynności operacyjnych realizowanych w trybie art. 19, 19a i 19b Ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 roku o Policji*, w: *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, L. Paprzycki, Z. Rau (red.), Warszawa 2009, s. 138–139.

- „brudne” – nadzorowanie dotyczy przesyłek w stanie nienaruszonym;
- wewnątrz krajowe – nadzorowanie dotyczy terytorium tylko jednego państwa;
- międzynarodowe „wewnętrzne” – informacje np. o przemyśle uzyskują organy ścigania kraju docelowego, który jednocześnie podejmuje czynności koordynujące operację od kraju nadania (wysyłającego) przez kraje tranzytowe;
- międzynarodowe „zewnątrzne” – informacje o nielegalnej dostawie mają władze innych państw niż docelowe i to one uzgadniają warunki bezpiecznego przebiegu dostawy kontrolowanej do kraju docelowego<sup>33</sup>.

Negatywną przesłanką opisanej metody pracy operacyjnej są wspomniane zagrożenia życia i zdrowia ludzkiego. Należy je rozumieć szeroko – nie tylko jako zagrożenia bezpośrednie, lecz także potencjalne. W przypadku ich zaistnienia Policja ma zakaz korzystania z tej metody operacyjno-rozpoznawczej<sup>34</sup>. W literaturze przedmiotu przesyłkę niejawnie nadzorowaną kwalifikuje się jako odmianę zakupu kontrolowanego, ponieważ ostatni etap realizacji tej metody operacyjnej może przyjąć formę takiego zakupu<sup>35</sup>.

### Tajny agent policji

Pojęcie tajny agent policji nie zostało zdefiniowane w ustawie o Policji. Działania takiego agenta odgrywają bardzo dużą rolę w tych metodach operacyjnych, które opierają się na prowokacji, czyli w zakupie kontrolowanym, kontrolowanej łapówce oraz przesyłce niejawnie nadzorowanej. Praca tajnego agenta polega na wejściu w środowisko przestępcze, z którym wiążą się przedsięwzięcia werbunkowe mające na celu pozyskanie informatorów. Tajnym agentem może zostać funkcjonariusz o ponadprzeciętnych predyspozycjach psychofizycznych. Musi on zostać przeszkolony w zakresie pozyskiwania informatorów i specyfiki funkcjonowania środowisk przestępczych<sup>36</sup>.

### Dowód nielegalny a dowód z czynności operacyjnych

Zagadnienia związane z problematyką dowodów nielegalnych wywołują obecnie duże kontrowersje ze względu na konstrukcję prawną zawartą w art. 168a kpk. Zgodnie z aktualnym brzemieniem tej normy 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 kk, chyba że został on uzyskany w związku

<sup>33</sup> P. Kosmaty, *Przesyłka niejawnie nadzorowana*, „Prokurator” 2010, nr 3, s. 32–33.

<sup>34</sup> Tamże, s. 37.

<sup>35</sup> R. Zakrzewski, A. Woźniak, *Nowelizacja ustawy o Policji – rozszerzenie uprawnień operacyjno-rozpoznawczych*, „Monitor Prawniczy” 1996, nr 1, s. 6.

<sup>36</sup> A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 25, 49–50.

z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności<sup>37</sup>.

Analizując treść art. 168a, należy zauważyć, że ustawodawca nowelizacją z 15 kwietnia 2016 r. dopuścił dowód uzyskany z naruszeniem przepisów oraz dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego określonego w art. 1 § 1 kk. W doktrynie podkreśla się, że wskazana norma umożliwia wykorzystanie dowodów nielegalnych, a ich niedopuszczalność ogranicza wyłącznie do bezdyskusyjnych nadużyć<sup>38</sup>. Za dowód nielegalny na gruncie piśmiennictwa uznaje się dowód, który: a) pochodzi z „nielegalnego źródła”, tzn. został przeprowadzony mimo niedopuszczalności dowodzenia za jego pomocą, b) został pozyskany bez zachowania ustawowych warunków, c) został przeprowadzony niezgodnie z obowiązującymi przepisami karnoprosesowymi w pozostałym zakresie<sup>39</sup>.

W literaturze przedmiotu dotyczącej dowodu nielegalnego istnieje tzw. doktryna owoców zatrutego drzewa. Zgodnie z nią dowód uzyskany za pomocą przestępstwa (dowód pierwotnie nielegalny), jak również pozostałe dowody wynikające z tego czynu zabronionego (dowód wtórnie nielegalny) są niedopuszczalne. Na gruncie polskiego ustawodawstwa ta koncepcja nie została jednak przyjęta, co potwierdza orzecznictwo<sup>40</sup>. W polskiej procedurze karnej można zatem dokonywać ustaleń faktycznych na podstawie dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa. Ten pogląd podzielił Sąd Apelacyjny w Lublinie, który uznał, że (...) *kodeks postępowania karnego hołduje zasadzie swobodnej oceny dowodów, która nakłada na sąd obowiązek dokonania oceny wszystkich dowodów zgodnie z dyrektywami zawartymi w art. 7 k.p.k., także w aspekcie dyrektyw prawidłowej oceny dowodów*<sup>41</sup>. Również Sąd Najwyższy wypowiedział się na temat koncepcji owoców zatrutego drzewa. W postanowieniu z 14 listopada 2006 r. wywnioskował, że (...) *obowiązująca procedura karna nie wprowadza żadnego zamkniętego katalogu dowodów, uznając za takie w zasadzie wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia prawdy, o ile nie jest objęte ściśle określonym zakazem dowodowym. Nieznany jest też tej procedurze zakaz wykorzystania dowodów określanych w literaturze procesowej jako „owoce z zatrutego drzewa”*<sup>42</sup>. Oprócz tego Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z 5 lutego 2008 r. wskazał następującą okoliczność: (...) *nie ulega wątpliwości, że nagranie zostało dokonane bez przewidzianej w tym przepisie zgody sądu, jednakże Kodeks postępowania karnego nie eliminuje dowodów mających cechy „owoców*

<sup>37</sup> M. Florczak-Wątor, *Dopuszczalność wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu nielegalnie pozyskanego. Glosa do wyroku s. apel. z dnia 27 kwietnia 2017 r., II AKa 213/16*, <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publicacje/glosy/dopuszczalnosc-wykorzystania-w-postepowaniu-karnym-dowodu-nielegalnie-386214361> [dostęp: 10 XII 2020].

<sup>38</sup> A. Rychlewska, *O przepisie art. 168a k.p.k. jako przyzwoleniu na korzystanie w ramach procesu karnego z dowodów zdobytych w sposób nielegalny*, „Palestra” 2016, nr 5, s. 14.

<sup>39</sup> C. Kulesza, *Art. 168a*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, K. Dudka i in. (red.), WKP 2018, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587774788/572228> [dostęp: 10 XII 2020].

<sup>40</sup> Wyrok SN z 2 II 2016 r., sygn. IV KK 346/14, Biul. PK 2016/1-3/79-88.

<sup>41</sup> Wyrok SA w Lublinie z 22 I 2013 r., Lex nr 1289474.

<sup>42</sup> Postanowienie SN z 14 XI 2006 r., sygn. V KK 52/06, Lex nr 202271.



zatrutego drzewa”, które podlegają swobodnej ocenie sądu w połączeniu z pozostałymi dowodami<sup>43</sup>. Linia orzecznicza w tej materii nie jest jednak jednolita. W judykaturze istnieje również pogląd, zgodnie z którym dowód uzyskany z naruszeniem prawa ma charakter nielegalny, gdyż ze względów konstytucyjnych nie może stanowić podstawy ustaleń faktycznych. Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy, który w postanowieniu z 30 listopada 2010 r. orzekł, że (...) niezachowanie określonych w art.19a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.) ustawowych warunków dopuszczalności przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych uniemożliwia w procesie karnym wykorzystanie uzyskanego w ich trakcie materiału dowodowego<sup>44</sup>. Podobnie stwierdził Sąd Apelacyjny w Białymstoku: (...) posługiwanie się w procesie dowodami, które stanowią tzw. „owoc zatrutego drzewa”, jest niedopuszczalne: nie spełnia ono podstawowych wymogów konstytucyjnych, narusza prawa obywatelskie i stoi w kolizji z postanowieniami konwencji międzynarodowych, których Polska jest stroną<sup>45</sup>. Ten pogląd podzielił również Sąd Apelacyjny w Krakowie: (...) uzyskanie dowodu z zeznań świadka bez odpowiedniego poinformowania go o jego uprawnieniach (art. 173 § 2 kpk) sprawia, że dowód ten jest wadliwy, a przeto wyrok na takich zeznaniach oparty – nieprawidłowy jako „owoc zatrutego drzewa”<sup>46</sup>.

Analiza literatury przedmiotu oraz judykatury prowadzi do wniosku, że niewielką przewagę ma stanowisko, zgodnie z którym jest możliwe dopuszczanie dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa. Jego zwolennicy twierdzą, że jest to zgodne z brakiem zakazu dowodowego w kpk dotyczącego owoców zatrutego drzewa, dotarciem do prawdy materialnej oraz działaniem organów państwa w granicach i na podstawie prawa. Dopuszczenie dowodów wynikających z doktryny owoców zatrutego drzewa nie wyłącza odpowiedzialności służbowej, dyscyplinarnej oraz karnej funkcjonariusza, który w procesie zdobywania informacji dopuścił się naruszenia prawa<sup>47</sup>. W celu uzupełnienia tego, co zostało wyżej powiedziane, należy wspomnieć o istnieniu pośredniego stanowiska. Zasygnalizował je Sąd Okręgowy w Białymstoku, który orzekł: (...) o tym, czy dowód „pośrednio” skażony zostanie przyjęty i będzie stanowił podstawę ustaleń faktycznych decyduje Sąd, uwzględniając rozmiary przekroczenia obowiązujących zakazów dowodowych, wagę sprawy i wiarygodność pochodzącego z nielegalnego źródła dowodu<sup>48</sup>.

Brzmienie art. 168a kpk wprowadza ogólną zasadę dopuszczenia dowodów pozyskanych z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego

<sup>43</sup> Wyrok SN z 5 II 2008 r., sygn. SNO 2/08, Lex nr 432189.

<sup>44</sup> Postanowienie SN z 30 XI 2010 r., sygn. III KK 152/10, Lex nr 741307.

<sup>45</sup> Wyrok SA w Białymstoku z 18 III 2010 r., sygn. II AKa 18/10, Lex nr 577418.

<sup>46</sup> Wyrok SA w Krakowie z 2 II 1994 r., sygn. II AKr 248/93, Lex nr 28077.

<sup>47</sup> M. Gabriel-Węglowski, *Teoria „owoców zatrutego drzewa” a dopuszczalność przeprowadzania dowodów w postępowaniu karnym*, LEX/el. 2013, <https://sip.lex.pl/#/publication/419618592> [dostęp: 10 XII 2020].

<sup>48</sup> Wyrok Sądu Okręgowego (dalej: SO) w Białymstoku z 26 XI 2009 r., sygn. III KK 224/08, Lex nr 1294013.

z art. 1 § 1 kpk. W związku z tym samo uzyskanie dowodów z naruszeniem prawa nie powoduje ich niedopuszczalności. Wynika to bowiem z konstrukcji komentowanej normy, która zawiera podwójną negację, tj. (...) *dowodu nie można uznać za niedopuszczalny*. Ustawodawca zakazał jednak wykorzystania takiego dowodu, w przypadku gdy został on uzyskany: a) w wyniku naruszenia przepisów postępowania, b) za pomocą czynu zabronionego. Posłużenie się wykładnią językową prowadzi do stwierdzenia, że przywołane przesłanki negatywne mogą wystąpić samodzielnie lub łącznie (alternatywa łączna)<sup>49</sup>. Warto podkreślić, że komentowana materia odnosi się zarówno do przepisów kpk, jak i innych przepisów pozakodeksowych regulujących czynności podejmowane w celu uzyskania dowodów, np. art. 19 ustawy o Policji. Tak wynika z wykładni językowej, gdyż ustawodawca nie dookreślił rodzaju postępowania<sup>50</sup>. Należy również nadmienić, że w omawianej normie stopniuje się naruszenie przepisów podczas uzyskiwania dowodów. Samo naruszenie prawa nie może stanowić bowiem wyłącznej przyczyny niedopuszczalności dowodu. Wspomniana wyłączość dotyczy właśnie stopniowalności naruszenia prawa w procesie uzyskiwania dowodów. Jest to na tyle istotne, że stopniowalność ma wpływ na dopuszczenie samego dowodu oraz jego wiarygodność<sup>51</sup>. Jako przykład może posłużyć przeszukanie w porze nocnej. W literaturze przedmiotu uznaje się, że dowody rzeczowe uzyskane w ramach takiego przeszukania mogą zostać włączone do postępowania. Z kolei dowody rzeczowe pozyskane podczas przeszukania przeprowadzonego pod nieobecność osoby dorosłej nie będą mogły stać się podstawą do ustalenia okoliczności faktycznych<sup>52</sup>. W piśmiennictwie podnosi się, że omawiana norma jest swoistym konsensem pomiędzy całkowitym wyłączeniem a całkowitym przyzwoleniem na wykorzystanie dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa<sup>53</sup>. Wskazany przepis pozwala zatem na stosowanie dowodów uzyskanych wbrew prawu z zastrzeżeniem dwóch wyjątków. Dotyczą one sytuacji, gdy dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. W związku z nieprecyzyjnym sformułowaniem wyjątków określonych w art. 168a w doktrynie pojawił się spór co do zakresu stosowania komentowanej normy. Można wskazać trzy podejścia do tego zagadnienia.

Pierwsze z nich (ujęcie wąskie) jest związane z koniunkcją następujących warunków niedopuszczalności dowodu:

<sup>49</sup> S. Brzozowski, *Dopuszczalność dowodu w kontekście regulacji art. 168a k.p.k.*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 10, s. 63.

<sup>50</sup> S. Brzozowski, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w kontekście art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, nr 1–2, s. 52–59.

<sup>51</sup> K.T. Boratyńska, *Procesowe konsekwencje wyjścia organów postępowania poza granice legalności czynności w nim podejmowanych*, w: *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), Warszawa 2015, s. 150–151.

<sup>52</sup> S. Brzozowski, *Dopuszczalność dowodu w kontekście...*, s. 71.

<sup>53</sup> D. Gruszecka, *W kwestii interpretacji znowelizowanego art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, nr 1–2, s. 60–78;

- 1) dowód został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 kk;
- 2) dowód został uzyskany w związku z pełnieniem obowiązków przez funkcjonariusza publicznego;
- 3) dowód został uzyskany w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności<sup>54</sup>.

W drugim podejściu (ujęcie szerokie) za dowód nielegalny uznaje się:

- 1) dowód uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 2) dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 kk, w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 3) dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 kk, oraz z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 4) dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 kk, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności<sup>55</sup>.

Trzecie podejście wskazuje na niedopuszczalność dowodu, jeżeli został on uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego przy jednoczesnym naruszeniu przepisów Konstytucji RP (np. art. 30, 47, 49, 51)<sup>56</sup>.

Mając powyższe na uwadze, należy ustalić, jaka jest zależność między dowodem nielegalnym a dowodem pozyskany w trakcie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Na wstępie warto zaznaczyć, że zgromadzony materiał operacyjny na gruncie postępowania przygotowawczego ma wyłącznie charakter informacji o przestępstwie. Dowodem w rozumieniu kpk zostanie dopiero po wprowadzeniu go do postępowania. Zatem informacje operacyjne nie stają się automatycznie ustaleniami procesowymi<sup>57</sup>. Omawiana problematyka nie została unormowana w żadnej ustawie z zakresu prawa policyjnego. W związku z tym definicji wspomnianych czynności oraz ich związku z dowodem nielegalnym należy poszukiwać w orzecznictwie. Definicję dowodu uzyskanego w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych, na przykładzie kontroli operacyjnej, podał Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z 23 marca 2011 r.:

Dowodami uzyskanymi w wyniku kontroli operacyjnej, zarządzanej postanowieniem sądu, (...) które pozwalają na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, są jedynie dowody dotyczące przestępstw,

<sup>54</sup> C. Kulesza, *Art. 168a...*

<sup>55</sup> Tamże.

<sup>56</sup> Tamże.

<sup>57</sup> K.J. Pawelec, *Substituowanie dowodowe nielegalnych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zagadnienia podstawowe*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 3, s. 83.

określonych w jej art. (...), które zostały wskazane w postanowieniu o zastosowaniu kontroli operacyjnej lub w postanowieniu o udzieleniu tzw. zgody następczej, w tym wydanej także w toku kontroli operacyjnej, (...) a popełnionych przez osobę, której dotyczyła zgoda pierwotna i osobę, co do której wydano zgodę następczą<sup>58</sup>.

Przesłanki legalności dowodów uzyskanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, na przykładzie kontroli operacyjnej, określił z kolei Sąd Apelacyjny we Wrocławiu. Stwierdził on, że skoro ustawa o CBA (...) *odnośnie kontroli operacyjnej wymaga, już we wniosku do sądu o jej zastosowanie, wskazania zarówno osoby, której ma ona dotyczyć, jak i czynu lub czynów, odnośnie których kontrola ta ma być zastosowana (...), to jedynie w takim właśnie podmiotowym i przedmiotowym zakresie, określonym w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli (...), kontrola operacyjna staje się dopuszczalnym, legalnym wkroczeniem w sferę wolności*<sup>59</sup>. Dowody pozyskane w ramach kontroli zarządzanej przez sąd, ale poza jej granicami, a więc niezgodne z wymogami ustawy, nie są dowodami uzyskanymi legalnie. Druga przesłanka płynąca z tego orzeczenia jest związana z tym, 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<sup>60</sup>.

## **Rola prokuratora i sądu w procesie kontroli operacyjnej**

Uprawnienia prokuratora dotyczące zebranego materiału operacyjnego zostały wskazane przede wszystkim w art. 168b kpk:

Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.

<sup>58</sup> Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 23 marca 2011 r., sygn. I KZP 32/10, OSNKW 2011/3/22.

<sup>59</sup> Wyrok SA we Wrocławiu z 27 IV 2017 r., sygn. II AKa 213/16, Lex nr 2292416.

<sup>60</sup> Tamże.

Wskazana norma, podobnie jak art. 168a, wzbudziła niemałe kontrowersje, ponieważ interpretując ją w sposób literalny, można dojść do wniosku, że to prokurator jest podmiotem decydującym o wykorzystaniu materiału z kontroli operacyjnej, a nie sąd. Postawienie takiej tezy skutkowałoby tym, że w przypadku przekroczenia granic podmiotowych i przedmiotowych zarządzanej kontroli to sąd byłby związany decyzją prokuratora, a nie odwrotnie. Takie rozumienie art. 168b kpk prowadziłoby do sprzeczności, ponieważ podważałoby samodzielność jurysdykcyjną sądu. Ponadto oznaczałoby sprzeczność z art. 352 kpk, zgodnie z którym (...) *przewodniczący składu orzekającego po rozważeniu wniosków stron albo sąd z urzędu dopuszcza dowody, a przewodniczący zarządza ich sprowadzenie na rozprawę*. Sprzeczność dotyczyłaby także art. 368 § 1 kpk, który brzmi: (...) *o przychylnym załatwieniu wniosku dowodowego strony, któremu inna strona nie sprzeciwiła się, rozstrzyga ostatecznie przewodniczący; w innych wypadkach sąd wydaje postanowienie*. Mając powyższe na uwadze, należy podkreślić, że zgodnie z regulacjami kpk decyzja sądu o dopuszczeniu dowodu nie sprowadza się wyłącznie do wyrażenia formalnej zgody na przedłożony wniosek dowodowy, ale polega przede wszystkim na apriorycznej ocenie przydatności, celowości i dopuszczalności wykorzystania przedłożonego materiału operacyjnego. W związku z tym literalny sposób interpretacji komentowanej normy oznaczałby, że art. 352 kpk oraz art. 368 kpk są pozbawione jurydycznego znaczenia, a zarządzenie przewodniczącego lub postanowienie sądu o dopuszczalności dowodu sprowadzałoby się wyłącznie do bezwarunkowej akceptacji przez sąd wniosku prokuratora<sup>61</sup>.

Warto zauważyć, że w art. 168b kpk ustawodawca posłużył się określeniem „decyzja w przedmiocie wykorzystania”. Tymczasem w przepisach dotyczących wprowadzenia dowodu do postępowania ustawodawca używa sformułowania „dopuszczenie dowodu”. Zatem właściwy sens komentowanego rozwiązania polega na tym, że w przypadku przekroczenia granic podmiotowych lub przedmiotowych w trakcie realizacji działalności operacyjnej to prokurator decyduje o zgłoszeniu takiego materiału jako środka dowodowego w akcie oskarżenia<sup>62</sup>. Ten pogląd podzielił Sąd Apelacyjny w Warszawie, wskazując, że decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym ustawodawca zastrzegł dla prokuratora, gdyż wyłącznie prokurator decyduje na etapie formułowania oskarżenia, jakie dowody na jego poparcie przedstawi sądowi. „Wykorzystanie” dowodu w rozumieniu analizowanego przepisu jest równoznaczne z jego zgłoszeniem do przeprowadzenia przed sądem<sup>63</sup>. Zatem decyzja prokuratora w rzeczywistości zastępuje wcześniej obowiązującą (od 11 czerwca 2011 r. do 14 kwietnia 2016 r.) instytucję tzw. zgody następczej sądu na wykorzystanie materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej uzyskanych poza zakresem podmiotowym lub przedmiotowym postanowienia wyrażającego zgodę na jej stosowanie<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 10, s. 108–109.

<sup>62</sup> Tamże, s. 112.

<sup>63</sup> Wyrok SA w Warszawie z 13 VI 2016 r., sygn. II AKA 133/16, Lex nr 2171252.

<sup>64</sup> D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów...*, s. 112.

Innym zagadnieniem budzącym kontrowersje w kontekście art. 168b jest katalog przestępstw, wobec których prokurator może złożyć wniosek dowodowy. Wątpliwości dotyczą tego, czy przestępstwa nieskatalogowane (wobec których stosowanie kontroli operacyjnej nie jest przewidziane) wchodzą w zakres omawianej normy. Przede wszystkim dotyczy to materiałów przypadkowo uzyskanych podczas legalnie zarządzanej kontroli operacyjnej. W tej sprawie wypowiedział się Sąd Najwyższy we wspomnianej już uchwale składu siedmiu sędziów, który zauważył, że użyte sformułowanie „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej” w art. 168b kpk obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji<sup>65</sup>.

W związku z tym, jeżeli w wyniku legalnie prowadzonej kontroli operacyjnej okaże się, że rezultaty działalności operacyjnej przekraczają granice podmiotowe lub przedmiotowe zarządzanej kontroli, prokurator może zawnieioskować w akcie oskarżenia o dopuszczenie tych dowodów, pod warunkiem że dotyczą one zamkniętego katalogu przestępstw zawartego w art. 19 ustawy o Policji. Należy jednak zaznaczyć, że art. 168b nie uprawnia prokuratora do zarządzania kontroli operacyjnej ani do rozszerzenia jej zakresu. Ten przepis ma charakter techniczny i umożliwia prokuratorowi wybranie tych materiałów operacyjnych, na których oprze zarzuty zawarte w akcie oskarżenia<sup>66</sup>. Płyne z tego wniosek, że rolą prokuratora w zakresie postępowania z materiałami operacyjnymi jest sporządzenie aktu oskarżenia, w którym zawnieoskuje o przeprowadzenie dowodów z zebranych materiałów operacyjnych, a ostateczna ich weryfikacja należy do sądu. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Lublinie (...) *uznać zatem wypada, że na etapie postępowania sądowego prokurator może jedynie postulować przeprowadzenie takiego, wykorzystanego we wcześniejszej fazie postępowania, dowodu, zaś do sądu należeć będzie ocena takiego wniosku na gruncie art. 170 § 1 pkt 1*<sup>67</sup>. Ze względu na tę okoliczność sąd nie może oddalić wniosku dowodowego ani go pominąć tylko dlatego, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. Dotyczy to zarówno przeprowadzenia, jak i wykorzystania dowodu<sup>68</sup>. Zatem ocena wniosków dowodowych zawartych w akcie oskarżenia sformułowanym przez prokuratora pod kątem ich nielegalności leży wyłącznie w kompetencji sądu. Nie wymaga się od sądu przeprowadzenia postępowania incydentalnego w celu ustalenia przesłanek wyrażonych w art. 168a. Tym bardziej nie jest wymagany prawomocny wyrok w sprawie o popełnione przestępstwo w celu uzyskania dowodu<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Uchwała SN z 28 VI 2018 r., sygn. I KZP 4/18, Lex nr 2509692.

<sup>66</sup> D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów...*, s. 116.

<sup>67</sup> Wyrok SO w Lublinie z 13 IV 2017 r., sygn. XI Ka 120/17, Lex nr 2282522.

<sup>68</sup> R. Stefański, S. Zabłocki, *Art. 168a, w: Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, R. Stefański, S. Zabłocki (red.), Warszawa 2019.

<sup>69</sup> C. Kulesza, *Art. 168a...*

## Bibliografia

- Biernaczyk A., *Zarys problematyki czynności operacyjnych realizowanych w trybie art. 19, 19a i 19b Ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 roku o Policji*, w: *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, L. Paprzycki, Z. Rau (red.), Warszawa 2009, Wolters Kluwer.
- Boratyńska K.T., *Procesowe konsekwencje wyjścia organów postępowania poza granice legalności czynności w nim podejmowanych*, w: *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), Warszawa 2015, C.H. Beck.
- Brzozowski S., *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w kontekście art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, nr 1–2, s. 52–59.
- Brzozowski S., *Dopuszczalność dowodu w kontekście regulacji art. 168a k.p.k.*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 10, s. 60–74.
- Florczak-Wątor M., *Dopuszczalność wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu nielegalnie pozyskanego. Glosa do wyroku s. apel. z dnia 27 kwietnia 2017 r., II AKa 213/16*, <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publicacje/glosy/dopuszczalnosc-wykorzystania-w-postepowaniu-karnym-dowodu-nielegalnie-386214361> [dostęp: 10 XII 2020].
- Gabriel-Węglowski M., *Teoria „owoców zatrutego drzewa” a dopuszczalność przeprowadzania dowodów w postępowaniu karnym*, Lex 2013.
- Gołębiowski J., *Praca operacyjna w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej*, Warszawa 2008, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne.
- Gruszecka D., *W kwestii interpretacji znowelizowanego art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, nr 1–2, s. 60–78.
- Hanausek T., *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1996, Zakamycze.
- Janiszewski-Downarowicz R., *Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 3, s. 87–97.
- Klejnowska M., *Posłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prawo i Prokuratura” 2004, nr 3, s. 94–110, teza 5, 6 Lex, <https://sip.lex.pl/#/publication/151037556/klejnowska-monika-podsluch-operacyjny-i-prowokacja-policyjna?keyword=Pods%C5%82uch%20operacyjny%20i%20prowokacja%20policyjna&cm=SREST> [dostęp: 10 XII 2020].
- Kołodziejczak M., Sobiech A., *Prawnie dopuszczalne postacie prowokacji*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 11, s. 35–46.
- Kosmaty P., *Przesyłka niejawnie nadzorowana*, „Prokurator” 2010, nr 3, s. 28–42.
- Kulesza C., *Art. 168a*, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, K. Dudka (red.), WKP 2018, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587774788/572228> [dostęp: 10 XII 2020].

- Łyżwa A., Tokarski M., *Art. 19 ustawy o Policji*, w: *Ustawa o Policji. Komentarz*, Ł. Czebotar i in. (red.), Warszawa 2015, Wolters Kluwer.
- Niemczyk Z. *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i możliwość wykorzystania ich rezultatów w postępowaniu karnym*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2013, nr 3, s. 5–21.
- Ożóg-Wróbel K., *Katalog metod prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012, nr 4, s. 113–145.
- Pawelec K.J., *Substituowanie dowodowe nielegalnych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zagadnienia podstawowe*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 3, s. 74–85.
- Pływaczewski W., Kędzierska G., *Leksykon policyjny*, Szczytno 2001, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji.
- Rychlewska A., *O przepisie art. 168a k.p.k. jako przyzwoleniu na korzystanie w ramach procesu karnego z dowodów zdobytych w sposób nielegalny*, „Palestra” 2016, nr 5, s. 11–18.
- Stefański R., Zabłocki S., *Art. 168a*, w: *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, R. Stefański, S. Zabłocki (red.), Warszawa 2019, Wolters Kluwer.
- Szumiło-Kulczycka D., *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 10, s. 107–120.
- Taracha T.A., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, Wydawnictwo UMCS.
- Teluk R., *Inwigilacja i infiltracja jako efektywne metody uzyskiwania informacji operacyjnych na temat środowiska przestępczego lub kryminogennego*, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr 4, s. 177–196.
- Zakrzewski R., Woźniak A., *Nowelizacja ustawy o Policji – rozszerzenie uprawnień operacyjno-rozpoznawczych*, „Monitor Prawniczy” 1996, nr 1.

## Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r.* (DzU z 1997 r. nr 78 poz. 483, ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny* (tj.: DzU z 2020 r. poz. 1444, ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego* (tj.: DzU z 2021 r. poz. 534).
- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji* (tj.: DzU z 2020 r. poz. 360, ze zm.).



## Orzecznictwo

Uchwała SN z 28 VI 2018 r., sygn. I KZP 4/18, Lex nr 2509692.

Wyrok SN z 2 II 2016 r., sygn. IV KK 346/14, Biul. PK 2016/1-3/79-88.

*Uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 23 marca 2011 r.*, sygn. I KZP 32/10, OSNKW 2011/3/22.

Postanowienie SN z 30 XI 2010 r., sygn. III KK 152/10, Lex nr 741307.

Wyrok SN z 5 II 2008 r., sygn. SNO 2/08, Lex nr 432189.

Wyrok SN z 10 X 2007 r., sygn. II KK 387/06, OSNwSK 2007/1/1587.

Postanowienie SN z 14 XI 2006 r., sygn. V KK 52/06, Lex nr 202271.

Wyrok SA we Wrocławiu z 27 IV 2017 r., sygn. II AKa 213/16, Lex nr 2292416.

Wyrok SA w Warszawie z 13 VI 2016 r., sygn. II AKA 133/16, Lex nr 2171252.

Wyrok SA w Lublinie z 22 I 2013 r., Lex nr 1289474.

Wyrok SA w Białymstoku z 18 III 2010 r., sygn. II AKa 18/10, Lex nr 577418.

Wyrok SA w Krakowie z 2 II 1994 r., sygn. II AKr 248/93, Lex nr 28077.

Wyrok SO w Lublinie z 13 IV 2017 r., sygn. XI Ka 120/17, Lex nr 2282522.

Wyrok SO w Białymstoku z 26 XI 2009 r., sygn. III KK 224/08, Lex nr 1294013.

## Abstrakt

Zagadnienia omawiane w niniejszym artykule dotyczą statusu normatywnego czynności operacyjno-rozpoznawczych w kontekście ustawy o Policji oraz kodeksu postępowania karnego. Podjęto próbę wskazania warunków, które rzutują na legalny charakter inwigilacji, a co za tym idzie – na skuteczne wykorzystanie materiału operacyjnego w procesie karnym. W tym celu scharakteryzowano niejawną aktywność Policji, wyszczególniając dopuszczalne metody operacyjne oraz definiując czynności operacyjno-rozpoznawcze w świetle literatury przedmiotu. Aby w pełni zobrazować problematykę poruszoną w artykule, przeanalizowano relację prawną między dowodem nielegalnym, o którym mowa w art. 168a kpk, a dowodem z czynności operacyjno-rozpoznawczych, na przykładzie zarządzanej kontroli operacyjnej. Praktyczny wymiar tych rozważań omówiono z punktu widzenia postępowania dowodowego, z uwzględnieniem ról i obowiązków procesowych prokuratora oraz sądu.

**Słowa kluczowe:** metody operacyjne, doktryna owoców zatrutego drzewa, kontrola operacyjna, zakup kontrolowany.

## **Normative approach to operational and reconnaissance activities in terms of illegal evidence**

### **Abstract**

The issues discussed in this article refer to the normative status of operational and investigative activities in the context of the Police Act and the Code of Criminal Procedure. Namely, an attempt was made to demonstrate the conditions that affect the legal nature of surveillance, and thus the effective use of operational material in a criminal trial. For this purpose, the covert activity of the Police has been characterized by listing acceptable operational methods and defining operational and reconnaissance activities in the light of the literature on the subject. Therefore, in order to fully illustrate the issues discussed, an analysis was conducted of the legal relationship between the illegal evidence referred to in Art. 168a of the Code of Criminal Procedure and the evidence from operational and reconnaissance activities, on the example of an ordered operational control. The practical dimension of these considerations is discussed from the point of view of evidence proceedings, taking into account the procedural roles and responsibilities of the prosecutor and the court.

**Keywords:** operational work, fruit of the poisonous tree doctrine, operational control, sting operation.