

Kamila Zimoń
doktorantka
Katedra Prawa Karnego Porównawczego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warszawski

Autoreferat
rozprawy doktorskiej

Granice „prowokacji” policyjnej w świetle międzynarodowych i krajowych standardów zwalczania korupcji

Promotorka: prof. dr hab. Eleonora Zielińska
Katedra Prawa Karnego Porównawczego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warszawski

Recenzenci:

prof. dr hab. Ryszard A. Stefański
Wydział Prawa i Administracji
Uczelnia Łazarskiego w Warszawie

dr hab. prof. UMCS Ewa Kruk
Katedra Postępowania Karnego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet
Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

Warszawa, 6 listopada 2023 r.

1. Uzasadnienie wyboru tematu rozprawy

Zagadnienie korupcji doczekało się w literaturze wielu opracowań, w których podejmowano próby definicji tego rodzaju przestępstwa, omówienia poszczególnych jego odmian oraz przyjętych zasad odpowiedzialności. W znacznej części tych publikacji sygnalizowano także trudności dowodowe pojawiające się w związku ze ściganiem i karaniem przestępstw korupcyjnych. Na forum, zarówno krajowym jak i międzynarodowym, już dawno stwierdzono, że łapownictwo należy do przestępstw szczególnie trudnych do udowodnienia. Ujawnianie i zbieranie dowodów w sprawach o korupcję, która z natury jest przestępstwem utajonym, stanowi zadanie niezmiernie złożone. Charakter procedury korupcyjnej jest lustrzany, gdyż prawie zawsze angażuje dwie strony, które w myśl przepisów karnych popełniają przestępstwa korupcji czynnej albo korupcji biernej, w zależności od pełnionej funkcji i odgrywanej roli. Z pomocą w przełamywaniu solidarności sprawców przestępstw korupcyjnych i ściganiu korupcji biernej, tzw. urzędniczej, w tym również płatnej protekcji biernej, przyszły stosowne rozwiązania prawne, w postaci np. różnych klauzul niekaralności. Okazało się jednak, że klauzule te często nie są wystarczające dla skutecznego ścigania korupcji, w związku z tym w niektórych uregulowaniach międzynarodowych, a także w ustawodawstwach wielu krajów, biorąc pod uwagę dużą społeczną szkodliwość przestępczości tego rodzaju, dopuszczono prawnie stosowanie specjalnych technik śledczych, w tym tzw. prowokacji policyjnej przybierającej postać łapówki kontrolowanej. Aby jednak dowód uzyskany w wyniku takiej prowokacji mógł zostać zaliczony do materiałów sprawy karnej, zastosowanie tego środka musi spełniać określone warunki, które albo są określone wprost w prawie, albo wynikają z orzecznictwa sądów międzynarodowych lub krajowych. Niezastosowanie się do tych wymogów przez organy ścigania grozi bowiem ryzykiem podniesienia zarzutu, że proces był nierzetelny, co może prowadzić do odrzucenia uzyskanego w ten sposób dowodu i nawet uniewinnienia osoby winnej. Ten procesowy aspekt zwalczania przestępczości korupcyjnej w postaci granic dopuszczalności prowokacji policyjnej nie doczekał się w polskiej literaturze karnistycznej kompleksowego opracowania. Stąd potrzeba zajęcia się przedmiotowym tematem.

Prowokacja policyjna w postaci kontrolowanej łapówki jest jedną z najskuteczniejszych metod ujawniania dowodów popełnienia przestępstw korupcyjnych, gdyż polega na przyłapaniu kogoś na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa, które w innym razie nie zostałyby najprawdopodobniej udowodnione. Jednakże, aby takie działania służb były prawnie

skuteczne, muszą być właściwie stosowane, czego warunkiem jest, by podlegały odpowiednim regulacjom, oraz skutecznemu nadzorowi i kontroli.

2. Cel rozprawy i zasadnicze tezy

Celem pracy jest zbiorcze przedstawienie warunków prawnych dopuszczalności stosowania tzw. prowokacji policyjnej w postaci wręczenia łapówki kontrolowanej w oparciu o analizę uregulowań prawnych, dotyczących tej specjalnej techniki śledczej oraz obowiązujących w tym zakresie wymogów i standardów międzynarodowych i krajowych, wynikających z orzecznictwa sądowego, a także ocena z tej perspektywy uregulowań polskich i praktyki ich stosowania oraz przedstawienie kierunków ewentualnych zmian. Wyraźne określenie warunków dopuszczalności prowokacji policyjnej ułatwi organom ścigania przestrzeganie obowiązujących standardów i przyczyni się do tego, by uzyskany w ten sposób dowód mógł być wykorzystany w procesie karnym. Temu celowi podporządkowane są następujące cele szczegółowe rozprawy, które obejmują: 1. Wskazanie typowych, w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, naruszeń gwarancji rzetelnego procesu, skutkujących dyskwalifikacją skazujących wyroków sądów krajowych z powodu zastosowania nielegalnej prowokacji policyjnej; 2. Opracowanie na tej podstawie zestawu standardów działań policyjnych związanych ze stosowaniem tzw. prowokacji policyjnej oraz dokonanie oceny przestrzegania tych standardów na podstawie wybranego orzecznictwa krajowego; 3. Określenie możliwych przyczyn naruszeń związanych z nieprzestrzeganiem standardu związanego ze stosowaniem w Polsce „prowokacji policyjnej” oraz propozycje zmierzające do ich wyeliminowania lub ograniczenia.

Przeprowadzona wstępnie analiza obowiązujących przepisów oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach dotyczących naruszenia prawa do rzetelnego procesu karnego w wyniku tzw. prowokacji policyjnej (art. 6 EKPC), a także wybranych orzeczeń Sądu Najwyższego oraz sądów apelacyjnych pozwoliła na sformułowanie następujących tez, które powinny zostać zweryfikowane lub sfalsyfikowane w niniejszej rozprawie: 1. Krajowe przepisy ustawowe dotyczące uprawnień operacyjno-rozpoznawczych służb (ustawa o Policji, ustawa o ABW i inne) nie określają wszystkich wymaganych zasad postępowania w związku z tzw. łapówką kontrolowaną; 2. Przepisy wykonawcze dotyczące sposobu przeprowadzania i dokumentowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, zmierzających do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji

o przestępstwie, wykrycia sprawców oraz uzyskania dowodów - *de facto* nie wypełniają w pełni blankietu ustawowego; 3. Przyczyną naruszeń gwarancji rzetelnego procesu poprzez działania służb w ramach „prowokacji policyjnej” może być brak stosownych przepisów wykonawczych odnoszących się do standardów wynikających z EKPC oraz orzecznictwa ETPC (a co za tym idzie – częsty brak wśród funkcjonariuszy stosujących te techniki specjalistycznej wiedzy na temat standardów obowiązujących w świetle ww. Konwencji i orzecznictwa wydanego na jej tle); 4. Niedookreślenie standardów dotyczących stosowania tzw. prowokacji policyjnej w przepisach wykonawczych sprzyja nadużyciom przy korzystaniu z tego środka przez uprawnione służby, co może prowadzić do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby niewinnej czy powodować uniknięcie odpowiedzialności przez osobę najprawdopodobniej winną popełnienia przestępstwa, wobec której nieprawidłowo zastosowano ten środek. W konsekwencji może to stać na przeszkodzie osiągnięciu celów postępowania przygotowawczego oraz prowadzić do naruszenia zasady prawdy materialnej; 5. Polski Sąd Najwyższy oraz Sądy Apelacyjne, w odróżnieniu od niektórych sądów pierwszej instancji oraz organów ścigania, stosują prawidłowo standardy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie granic dozwolonej „prowokacji policyjnej” oraz prawa do rzetelnego postępowania, o czym świadczy treść wyroków i innych rozstrzygnięć korygujących dostrzeżone uchybienia; 6. Obowiązanie art. 168a kpk, skutkujące możliwością dopuszczenia dowodów będących tzw. owocami zatrutego drzewa, może mieć niekorzystny wpływ na stopień przestrzegania przez funkcjonariuszy policji i innych służb standardów obowiązujących przy tzw. prowokacji policyjnej i prowadzić do rozbieżności w zakresie stosowania prawa przez władzę wykonawczą i sądowniczą.

3. Metody badawcze, zakres analizy

W rozprawie wykorzystano metodę prawnoporównawczą, zestawiając przepisy oraz orzecznictwo wypracowane na tle EKPC w zakresie objętym przedmiotem rozprawy z systemem prawa polskiego. Uwzględniono też rozwiązania prawne oraz orzecznictwo sądowe wypracowane w wybranych krajach europejskich oraz USA. Badanie w zakresie polskich uregulowań prowadzono przy wykorzystaniu analizy dogmatycznej obowiązujących przepisów, w oparciu o literaturę przedmiotu oraz przy wykorzystaniu orzecznictwa sądowego.

W pracy nie odniesiono się ani do krajowych, ani do zagranicznych danych statystycznych dotyczących samego zjawiska korupcji, ani też do częstotliwości stosowania

tzw. łapówki kontrolowanej w związku z tego rodzaju przestępczością, gdyż uznano to za niecelowe z punktu widzenia tez badawczych, a także z uwagi na brak porównywalnych danych statystycznych. Komisja Europejska, wypowiadając się na temat zwalczania korupcji w UE, stwierdziła m.in., że porównanie danych na temat postępowań karnych w takich sprawach jest bardzo trudne z dwóch względów. Po pierwsze, w państwach członkowskich nie istnieje jednolita definicja korupcji jako czynu przestępczego, co prowadzi do różnych sposobów ewidencjonowania przestępstw z nią związanych. Po drugie, ze względu na różnice w stosowanych zasadach postępowania karnego, na przykład w odniesieniu do wymogów dotyczących gromadzenia dowodów, korupcja może podlegać ściganiu na podstawie przepisów dotyczących innych przestępstw, co uniemożliwia uzyskanie pełnych danych statystycznych.

Praca dotyczy ściśle określonych rozwiązań służących ściganiu korupcji, zatem nie ma na celu np. analizowania rozmaitych definicji korupcji, sposobów typizowania związanych z nią przestępstw czy grożących za nią sankcji. Temu zagadnieniu poświęcona została już, jak wspomniano, znaczna część literatury przedmiotu. W rozprawie ograniczono się do zagadnień procesowych i skoncentrowano na problemie prowokacji policyjnej, dekodując i analizując obowiązujące w tym zakresie standardy.

Tak zarysowane ramy niniejszej pracy nie pozwalają na wyczerpanie problematyki wszystkich rodzajów specjalnych technik dochodzeniowych ani nawet wszystkich rodzajów tzw. prowokacji policyjnej. Przedmiotem szczegółowej analizy były tylko granice i warunki dopuszczalności stosowania tzw. łapówki kontrolowanej. Z tego względu innymi rodzajami prowokacji policyjnej, takimi jak np. zakup kontrolowany, zajęłam się tylko w takim zakresie, w jakim wypracowane w związku z tym środkiem standardy postępowania mają zastosowanie w odniesieniu do łapówki kontrolowanej.

4. Struktura pracy i jej zawartość treściowa

Rozprawa składa się z 6 rozdziałów. Rozdział I zawiera wprowadzenie do problematyki, określa cel rozprawy i zasadnicze tezy, zakres poruszanych w rozprawie zagadnień oraz metody badawcze zastosowane w pracy.

W rozdziale II zaprezentowałam problematykę dotyczącą specjalnych technik/metod dochodzeniowych (*special investigative techniques/measures* - dalej: „SIT”), w ramach których mieści się również stosowanie tzw. prowokacji policyjnej. Organizacje takie jak: ONZ, Rada Europy, czy Unia Europejska zauważają istniejące trudności w uzyskaniu dowodów, które

mogą prowadzić do ścigania i ukarania osób, które popełniły m.in. przestępstwa korupcyjne, dopuszczają czy wręcz zalecają przyjęcie przez poszczególne kraje środków ustawodawczych i innych, koniecznych, dla ułatwienia gromadzenia dowodów, włącznie z zastosowaniem specjalnych technik śledczych, co jednocześnie stanowi wyraz determinacji w ściganiu przestępczości korupcyjnej pomimo tego, że większość tych technik poważnie ingeruje w prawa człowieka. Akty prawa międzynarodowego nie precyzują wprost granic stosowania poszczególnych specjalnych technik, a decyzje co do dopuszczenia w krajowym systemie prawnym poszczególnych technik pozostawiają państwom, z jednym istotnym zastrzeżeniem, aby w przypadku ich wprowadzenia, otoczono stosowanie SIT tyłoma zabezpieczeniami i gwarancjami, ile może być wymaganych w związku z koniecznością ochrony praw człowieka i podstawowych wolności, w szczególności aby zagwarantowane zostało prawo do obrony oraz prawo do rzetelnego procesu. W tym rozdziale dokonano analizy rekomendacji Rady Europy w sprawie specjalnych technik dochodzeniowych, które stanowią kompleksowe podejście do wykorzystania SIT w związku ze wszystkimi formami poważnych przestępstw. Zdefiniowano te techniki jak również określono ogólne granice dopuszczalności ich stosowania, konkretne warunki ich użycia oraz obowiązki państw w zakresie zapewnienia stosownych regulacji krajowych i przestrzegania praw człowieka w związku ze stosowaniem SIT. Zwrócono szczególną uwagę na dyrektywę 2014/41/UE w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych, która dotyczy wszystkich czynności dochodzeniowych mających na celu gromadzenie materiału dowodowego. W dyrektywie tej wskazano zasady obowiązujące przy stosowaniu Europejskiego Nakazu Dochodzeniowego (END). Określone w dyrektywie dochodzenie niejawne zaimplementowano w polskiej procedurze karnej, nadając mu nazwę czynności operacyjno-rozpoznawczych. Zatem, wydaje się, że Polska posiada odpowiednie ramy prawne do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym również łapówki kontrolowanej w ramach END. W rozdziale tym zaprezentowano również rozwiązania antykorupcyjne promowane przez różne organizacje międzynarodowe o zróżnicowanych mechanizmach prawnych. Dodatkowo zwrócono uwagę na kompleksowe i systemowe podejście tych organizacji do rozwiązań podnoszących standardy funkcjonowania sądownictwa, prokuratury i organów ścigania, wskazujące m.in. na konieczność zapewnienia tym organom wymaganej niezależności i odpowiednich warunków pracy. Wskazano ponadto na konieczność zrozumienia powiązań zmiennej płci z korupcją, czego przejawem powinno być dążenie do zachowania zrównoważonej reprezentacji pod względem płci w sferze publicznej, w tym w organach ścigania.

W rozdziale III zaprezentowano w sposób problemowy wypracowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu standardy przeprowadzania tzw. prowokacji policyjnej. Omówiono w związku z tym najistotniejsze naruszenia gwarancji rzetelnego procesu zagwarantowanego w art. 6 § 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, skutkujące dyskwalifikacją wyroku skazującego opartego na dowodach uzyskanych w wyniku niespełniających tych standardów prowokacjach policyjnych. Szczególną uwagę poświęcono przesłankom i kryteriom - pozwalającym na określenie warunków legalności stosowania łapówki kontrolowanej. W tym celu zaprezentowano wybrane orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, na podstawie których scharakteryzowano standardy działań służb państwowych stosowania tzw. prowokacji policyjnej w postaci łapówki kontrolowanej oraz wskazano kryteria oceny dopuszczalności dowodów uzyskanych w wyniku kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej, w szczególności odnoszące się do charakteru i przyczyn podejmowanych czynności, stanu wcześniejszej wiedzy o przestępstwie, umocowania i pozycji osób uprawnionych do podejmowania działań, czasu wkroczenia w symulowany proceder przestępczy, maksymalnych granic czasowych stosowania działań w związku z wymogiem zachowania przez funkcjonariusza postawy biernej i zakazu wywierania wpływu na popełnienie większego przestępstwa niż osoba zamierzała uprzednio popełnić. Przedmiotem analiz był ponadto standard zapewnienia gwarancji prawa do rzetelnego procesu w postaci sądowej kontroli prowokacji policyjnej, oznaczający m.in. prawo osoby poddanej tzw. prowokacji policyjnej do podniesienia w trakcie procesu zarzutu niedozwolonego policyjnego podżegania, przy założeniu, że ciężar udowodnienia braku podżegania spoczywać będzie na oskarżycielu, a w razie stwierdzenia, że miała miejsce prowokacja policyjna oceniona jako niedozwolone podżeganie, wszelkie dowody uzyskane w jej wyniku muszą zostać wykluczone z materiałów sprawy. Przeprowadzona analiza pozwoliła na wskazanie poszczególnych kryteriów pozwalających odróżnić prowokację policyjną naruszającą art. 6 ust. 1 EKPC od dozwolonego zachowania w zakresie stosowania legalnych metod tzw. prowokacji, a także zaprezentować test strasburski pozwalający odróżnić legalną prowokację od zabronionego podżegania.

Rozdział IV poświęcony został rozwiązaniom prawnym dotyczącym prowokacji policyjnej w Polsce. Prezentowanie polskich rozwiązań prawnych w odniesieniu do badanej tematyki rozpoczęto od przepisów Konstytucji wyznaczających nie tylko dopuszczalne granice wkraczania w prawa człowieka, ale również pozycję prawa międzynarodowego i ponadnarodowego w polskim systemie prawnym oraz wynikające stąd konsekwencje, m.in. w postaci obowiązku stosowania przez wszystkie organy stosujące prawo wykładni

prokonstytucyjnej. Analizie poddane zostały ponadto podstawy prawne stosowania przez uprawnione służby instytucji „kontrolowanego wręczenia lub przyjęcia korzyści majątkowej” oraz związane z nimi wybrane zagadnienia prawa karnego materialnego i procesowego. W rozdziale tym, w obszarze prawa procesowego, analizie poddano także zakaz dowodowy określony w art. 168a kpk oraz amerykańską doktrynę owoców zatrutego drzewa i regułę wyłączenia dowodów.

Rozdział V zawiera wybrane orzecznictwo polskich sądów, które na tle badanych spraw wypowiedziały się na temat prowokacji policyjnej. Polska posiada szereg doświadczeń w stosowaniu prowokacji policyjnej w postaci łapówki kontrolowanej, w tym również przykłady nielegalnego jej stosowania. Podkreślenia wymaga, że SN w uzasadnieniach swoich wyroków szczegółowo i obszernie wskazał na granice legalnego stosowania łapówki kontrolowanej, nawet nieraz szerzej niż zrobił to ETPC. Szczególną uwagę poświęcono orzeczeniu SN z dnia 19 marca 2014 r. II KK 265/13, w którym na tle badanej sprawy wymieniono nowe zachowania świadczące o przekroczeniu granic legalnej prowokacji, dopełniające ukształtowane przez lata standardy strasburskie.

W rozdziale VI dokonano podsumowania rozważań oraz zbiorczo przedstawiono wnioski płynące z przeprowadzonych analiz. Zawarłam w nim ocenę obowiązujących w Polsce regulacji w zakresie łapówki kontrolowanej, wskazałam typowe przejawy przekraczania granic łapówki kontrolowanej przez sądy niższych instancji oraz przedstawiłam *postulaty de lege ferenda*.

5. Wyniki analiz i wnioski

Z przeprowadzonych analiz wynika, że orzeczenia ETPC wyraźnie wskazują kryteria pozwalające odróżnić nielegalną prowokację policyjną od dozwolonego zachowania w zakresie stosowania metod tzw. prowokacji.

Badania wyroków polskich sądów (apelacyjnych i SN) pozwoliły stwierdzić, że strasburskie orzeczenia bezpośrednio oddziałują na praktykę wymiaru sprawiedliwości. Sądy te często powoływały się na międzynarodowe standardy prowokacji i uznawały, że wyraźne wskazanie jej dozwolonych granic stanowi skuteczną barierę przed arbitralnością organów państwa. Z analizowanego orzecznictwa krajowego wynika, że sądy apelacyjne i SN często wskazywały też, że z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP koresponduje gwarancja prawa do rzetelnego postępowania, wynikająca z art. 6 § 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jednak sądy rozpatrujące daną sprawę w I instancji nie zawsze stosowały wypracowane

standardy międzynarodowe i konstytucyjne. Gdy standardy nie zostały zastosowane przez sądy niższych instancji, sądy odwoławcze zwracały uwagę na niedopuszczalność takich praktyk i szczególnie uzasadniały swoją ocenę danej prowokacji jako nielegalnej i konieczność niezaliczenia takich dowodów do materiału sprawy z uwagi na potrzebę zachowania gwarancji rzetelnego procesu. Wytykały też nieraz sądom I instancji, że nie wyraziły stanowiska, co do dopuszczalności wykorzystania w procesie karnym dowodów uzyskanych w wyniku bezprawnej „prowokacji policyjnej”. SN np. kilkakrotnie krytykował „nadaktywność” funkcjonariuszy i podkreślał, że państwo nie ma prawa przy użyciu tajnych i podstępnych metod zastawiać pułapki na obywatela, który dopiero w zetknięciu z funkcjonariuszem po raz pierwszy popełnia przestępstwo, ponadto zaznaczał, że istotne są zarówno powody jak i okoliczności przeprowadzenia prowokacji policyjnej, a w szczególności to, czy funkcjonariusze wywierali jakiegokolwiek naciski na osoby prowokowane.

Polskie uregulowanie kwestii dopuszczalności dowodów z tzw. zatrutego drzewa, w którym mieszczą się dowody uzyskane w wyniku przekroczenia granic tzw. prowokacji policyjnej, prowadzi do rozbieżności w orzecznictwie sądowym, które można dostrzec w szczególności w wyrokach sądów I instancji, które potem zwykle w wyniku kontroli instancyjnej są uchylane bądź zmieniane. W wyrokach sądów odwoławczych podkreślano, że nie jest możliwe zaakceptowanie stanu, w którym funkcjonariusze państwa mogliby gromadzić materiał dowodowy wbrew obowiązującemu prawu, w wyniku czego obywatele mogliby, zgodnie z literą prawa, ponieść odpowiedzialność karną na podstawie tego materiału. W przypadku uznania, że nastąpiło nielegalne policyjne podżeganie, sądy apelacyjne i SN wyłączały uzyskane w wyniku takiej prowokacji dowody, z uwagi na potrzebę zachowania gwarancji rzetelnego procesu, a nieraz również wyraźnie wytykały sądom I instancji, że zabrakło im stanowczości i konsekwencji w wykluczeniu dowodów uzyskanych w wyniku bezprawnej „prowokacji policyjnej”.

Podkreślano, że w ramach kontrolowanego złożenia propozycji przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej niedopuszczalny jest podstęp polegający na aktywnym, manipulacyjnym i czynnym zachowaniu funkcjonariuszy. W przypadku złożenia propozycji korupcyjnej osoba prowokowana musi mieć swobodę podjęcia decyzji, czy łapówka może zostać przez nią przyjęta lub odrzucona. Na podstawie analizy orzecznictwa można stwierdzić, że instytucja łapówki kontrolowanej bywała też środkiem służącym do niedozwolonego „testowania uczciwości obywateli”. Jedną z przyczyn tych nieprawidłowości może być istnienie art. 168a kpk, którego obecna treść nie daje gwarancji niewprowadzania do postępowania karnego materiałów pochodzących z tzw. zatrutego drzewa, w tym uzyskanych w wyniku przekroczenia

granic prowokacji w postaci łapówki kontrolowanej. Stosowanie się do standardów granic dopuszczalnej ingerencji władzy w prawa człowieka i warunków legalności prowokacji policyjnej, w sytuacji gdy procesowe uregulowania krajowe nie są z nimi w pełni kompatybilne, stanowi praktyczny dowód uznania przez SN i sądy apelacyjne wyższości norm prawa międzynarodowego, a także wyraz stosowania wykładni prokonwencyjnej oraz prokonstytucyjnej.

Analiza krajowych ustaw i rozporządzeń dotyczących prowokacji policyjnej w postaci tzw. łapówki kontrolowanej, jak również orzecznictwa w tym zakresie, ujawniła szereg niejasności tych regulacji oraz luk mogących powodować wątpliwości interpretacyjne, co przemawia za rozważeniem zmian obowiązującego prawa w tym obszarze. Regulacje te powodują, że jej adresaci mogą mieć problemy z ich właściwym stosowaniem, a warto też podkreślić, że w praktyce nie są nimi wyłącznie funkcjonariusze danej służby, ale również osoby działające w porozumieniu z nimi. Status tych ostatnich nie został precyzyjnie określony, co nie tylko nie zapewnia tym osobom poczucia bezpieczeństwa prawnego, ale również nie wskazuje granic ich dozwolonych zachowań i w związku z tym wymaga pilnej interwencji ustawodawcy. Analizy wykazały, że ustawowe przepisy w szczególności nie precyzują dopuszczalnych granic zachowania funkcjonariuszy ani osób z nimi współpracujących. W aktualnym porządku prawnym brak jest ponadto kontratypu wyłączającego bezprawność symulacji czynu przestępczego podejmowanego przez osoby niebędące funkcjonariuszami, gdyż kontratypy wyłączenia bezprawności działania w ramach uprawnień dotyczą wyłącznie funkcjonariuszy. Krytycznie należy ocenić też fakt, że instytucja tzw. łapówki kontrolowanej została uregulowana w polskich ustawach pragmatycznych w jednym przepisie z tzw. zakupem kontrolowanym, chociaż stanowi szczególną metodę pracy operacyjnej, która ma wyraźnie odmienną naturę od innych metod i szczególne znaczenie dowodowe. Budzi to liczne wątpliwości, np. w przypadku jakich przestępstw może mieć ona zastosowanie, czy do wszystkich wymienionych w przepisie określającym zakres stosowania prowokacji policyjnej, czy tylko do przestępstw korupcyjnych. Również polskie przepisy wykonawcze są niezwykle ubogie w treść i zawierają szereg niejasności oraz luk mogących powodować poważne wątpliwości interpretacyjne. Na przykład pomimo tego, że kontrolowane wręczenie łapówki ma służyć weryfikacji uzyskanych wcześniej informacji o korupcji, a nie testowaniu uczciwości osób, to przepisy nie zawierają precyzyjnych wskazówek, co to oznacza w praktyce. Wątpliwości wzbudza kwestia, jakie kryteria i narzędzia ma zastosować funkcjonariusz dla oceny wiarygodności informacji. Przeprowadzona analiza obowiązujących przepisów w tym obszarze wykazała także, że ich ujęcie w poszczególnych ustawach pragmatycznych jest różne,

co nie zawsze jest uzasadnione. Specyfika działania poszczególnych służb przemawia za zróżnicowanym ujęciem katalogu przestępstw, które upoważniają dany organ do zastosowania określonej metody, inne zaś różnice uregulowań nie mają, jak się wydaje, uzasadnienia merytorycznego. Ponadto, zastrzeżenia budzi użyta w tych ustawach terminologia, niezgodna z zasadami prawidłowej legislacji. Zgodnie z jej zaleceniami, w celu zapewnienia stabilności i spójności systemu w danej dziedzinie prawa, należy posługiwać się określeniami, które zostały użyte w ustawie dla niej podstawowej, w szczególności w ustawie określonej jako „kodeks” lub „prawo”. Takimi ustawami podstawowymi są w omawianej dziedzinie kk i kpk. Zatem skoro ustawy pragmatyczne i wydane z ich delegacji rozporządzenia wykonawcze stanowią część dziedziny prawa karnego, to powinny używać terminów i określeń kodeksowych. Tak jednak nie jest. Przykładowo kpk posługuje się takimi terminami, jak „uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa”, „uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa” czy też „istnienie uzasadnionej podstawy do przyjęcia” lub „uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo”. Ustawodawca jednak, wprowadzając do poszczególnych ustaw procedurę łapówki kontrolowanej, użył zwrotu „uzyskane wcześniej wiarygodne informacje o przestępstwie”. Podobnie, terminologia użyta dla określenia czynności sprawczych łapówki kontrolowanej przewidziana w analizowanych pragmatykach służbowych jest inna od występującej w przestępstwach korupcyjnych z kodeksu karnego lub ustaw szczególnych, a powinna być taka sama. W omawianych ustawach mówi się np. o „wręczeniu” korzyści”, a w kk o jej „udzieleniu”. W ustawach pragmatycznych o „propozycji” przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej, a w kk o „obietnicy”. Takie zróżnicowanie nie ma uzasadnienia merytorycznego.

Zdarza się także, że treść aktów wykonawczych wykracza poza upoważnienie wynikające z delegacji ustawowej, czego przykładem może być to, że w niektórych rozporządzeniach przy łapówce kontrolowanej wprowadzono możliwość prowadzenia przez funkcjonariusza przy składaniu propozycji korupcyjnej „negocjacji”, o których nie ma mowy w ustawach. Jest to o tyle niebezpieczne, że niesie ze sobą ryzyko aktywnego oddziaływania przez funkcjonariusza na psychikę i procesy decyzyjne osoby, której złożono propozycję korupcyjną. Stosowanie takiej pozaustawowej formy czynności sprawczej, której nie dopuszczają ani ustawy pragmatyczne, ani przepisy ustaw podstawowych, może skutkować przekroczeniem dozwolonych granic stosowania łapówki kontrolowanej i jest niewątpliwie sprzeczne ze strasburskimi standardami prowokacji policyjnej. Ponadto, w poszczególnych rozporządzeniach wykonawczych do ustaw pragmatycznych zostały podane różne desygnaty nazwy „korzyść majątkowa”, co również wydaje się być nieuzasadnione.

Z przeprowadzonych analiz wynika, że w tym obszarze przyczyną naruszeń gwarancji rzetelnego procesu mogą być nie tylko luki prawne, niedoskonałości proceduralne i wynikające z nich brak wiedzy, ale również funkcjonujące rozwiązania instytucjonalne dotyczące niezależności czy specjalizacji organów zajmujących się ściganiem korupcji, w szczególności nadzorujących i kontrolujących łapówkę kontrolowaną. Niedostatki regulacji skutkują często brakiem wiedzy wśród funkcjonariuszy na temat obowiązujących standardów i to zarówno tych międzynarodowych, jak i tych wypracowanych przez SN i sądy odwoławcze. Może to wynikać z tego, że popełnione przez funkcjonariuszy błędy znajdują odbicie dopiero w treści sentencji wyroku i jego uzasadnieniu, w którym sąd wyjaśnia, dlaczego w danej sprawie doszło do uznania przekroczenia granic dopuszczalności stosowania łapówki kontrolowanej. Taki wyrok pozostaje w aktach sprawy, do których funkcjonariusze służb nie mają z reguły rutynowego dostępu, więc nie zawsze istnieje możliwość uczenia się na własnych błędach. Aby temu zaradzić, konieczne jest więc *de lege lata* prowadzenie specjalnych szkoleń w tym obszarze dla wszystkich funkcjonariuszy i organów stosujących SIT, aby byli świadomi popełnianych błędów i ich źródeł, a *de lege ferenda* doprecyzowanie obowiązujących przepisów, tak aby wypracowane w orzecznictwie standardy znalazły odzwierciedlenie w regulacjach prawnych adresowanych do funkcjonariuszy.

W celu poprawy aktualnego stanu prawnego do rozważenia jest dokonanie albo zmian i uzupełnień w poszczególnych ustawach pragmatycznych albo uregulowanie tej problematyki w jednej ustawie. Moim zdaniem bardziej właściwe byłoby *de lege ferenda* przyjęcie w Polsce wspólnej horyzontalnej ustawy określającej warunki dopuszczalności stosowania przez służby policyjne specjalnych czynności operacyjno-rozpoznawczych, ze szczegółowym uregulowaniem również łapówki kontrolowanej. Spójne, kompletne i przejrzyste określenie warunków i zasad stosowania łapówki kontrolowanej usprawni przestrzeganie obowiązujących standardów i zachowanie granic dozwolonych zachowań, co zwiększy możliwość skutecznego wykorzystania w procesie karnym uzyskanego w ten sposób materiału dowodowego. W szczególności, ustawa taka powinna regulować zasady stosowania łapówki kontrolowanej, jak również granice dozwolonego zachowania osób w niej uczestniczących i w razie ich zachowania gwarantować im bezkarność. Powinna określać wymogi odnoszące się do posiadania specjalistycznej wiedzy, umiejętności i specjalnych kompetencji przez funkcjonariuszy stosujących prowokację oraz regulować kwestię właściwego sprawowania nadzoru i kontroli nad wdrożeniem i przebiegiem procedury. W związku z tym *de lege ferenda* proponuję m.in.:

- zsynchronizować siatkę pojęciową i terminologię stosowaną w łapówce kontrolowanej z ustawami podstawowymi, w szczególności wprowadzić ujednolicony zestaw czynności sprawczych poprzez użycie adekwatnych znamion czasownikowych, które są stosowane w definicjach przestępstw korupcyjnych zawartych w kk oraz przepisach karnych innych ustaw, co oznacza zamianę dotychczas stosowanego w ustawach wyrazu „wręczenie” na wyraz „udzielenie”, użycie zamiast określenia „złożenie propozycji”, określenia „złożenie obietnicy”;
- wytyczyć właściwość rzeczową poszczególnych służb uprawnionych do jej stosowania wraz z precyzyjnym katalogiem przestępstw, co ma fundamentalne znaczenie dla oceny legalności podejmowanych czynności, przyjmując, że czynności sprawcze łapówki kontrolowanej powinny odnosić się do zachowań korupcyjnych wskazanych przestępstw;
- wskazać warunki dopuszczalności stosowania łapówki kontrolowanej w postaci łącznego wystąpienia przesłanek takich jak:
 - uzyskanie informacji o przestępstwie,
 - weryfikacja prawdziwości tej informacji (przy określeniu możliwych czynności ukierunkowanych na to sprawdzenie),
 - skonkretyzowanie celu stosowania łapówki kontrolowanej;
- dookreślić granice dozwolonych zachowań poprzez odwołanie się do zasad np. niezbędności, proporcjonalności, adekwatności i odpowiedniości, wskazanie maksymalnego czasu trwania tej czynności dopuszczalnej liczby prób konkretnych zachowań symulowanej korupcji;
- wskazać przykładowo niedozwolone zachowania funkcjonariuszy takie jak:
 - uporczywe, wielokrotne nakłanianie do przyjęcia lub wręczenia łapówki mimo początkowej odmowy,
 - organizowanie albo kierowanie działaniami przestępnymi,
 - podżeganie do popełnienia przestępstwa,
 - zachowanie się w sposób nachalny, natrętny bądź połączony z groźbą bezprawną, przymusem fizycznym lub psychicznym,
 - prowadzenie prowokacji o charakterze manipulacyjnym przy aktywnym oddziaływaniu na psychikę sprawcy, poprzez kreowanie więzi osobistych, emocjonalnych, z osobą prowokowaną, pod pozorem potrzeby zdobycia jej zaufania, stosowanie groźby, szantażu, wzbudzania litości, wykorzystywanie słabości czy kulturowych zależności;

- określić status osób współpracujących z funkcjonariuszami przy przeprowadzaniu łapówki kontrolowanej, w tym uregulować zakres dopuszczalnego zachowania tych osób oraz wprowadzić kontratyp wyłączający bezprawność czynu dla takiej osoby;
- uregulować zakres uprawnień i obowiązków podmiotów/organów zarządzających, nadzorujących i kontrolujących łapówkę kontrolowaną (w tym rozważenia wymaga wprowadzenie już na etapie postępowania przygotowawczego kontroli sądowej);
- zmienić art. 168 a kpk przez przyjęcie zasady wykluczenia z procesu owoców zatrutego drzewa.

Profesor Ewa Łętowska przypomina, że prawo to nie tylko przepis, ale mechanizm wykreowany przez przepis, który czasem jest tak skonstruowany, że nie działa, bo w jakiejś innej ustawie czegoś zabrakło lub źle ją wdrożono. Jeżeli ustawa reguluje daną kwestię, to powinna być obudowana odpowiednimi instrumentami gwarancyjnymi. Winna mieć ścieżki dojścia, zoperacjonalizowane cele i narzędzia, dzięki którym ma działać. Z tego też względu proponowanym zmianom prawa powinny m.in. towarzyszyć zmiany instytucjonalne, zwłaszcza w zakresie usytuowania prokuratury w strukturze organów państwowych, gwarantujące prokuratorom i organom ścigającym korupcję niezależność, wolność od nacisków politycznych oraz konfliktów interesów.