

Feliks Prusak

Kontratyp czynności operacyjno-rozpoznawczych

Zeszyty Prawnicze 13/1, 7-35

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

FELIKS PRUSAK

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

KONTRATYP CZYNNOŚCI OPERACYJNO-ROZPOZNAWCZYCH

I. Przedmiotem opracowania jest problematyka istoty, uwarunkowań oraz zróżnicowania konstrukcji kontratypu operacyjnego jako instytucji prawa i procesu karnego. Problematyki tej nie podejmuje się w literaturze z różnych względów, najczęściej z uwagi na nierozpoznane komplikacje konstrukcyjne. Uderzające przy tym jest, że podręczniki akademickie pomijają tę instytucję, chociaż jest to wyjątkowy instrument niezwyklej sprawności proceduralnej¹.

Tytułowy problem wymaga rozważenia kilku zagadnień szczegółowych. W pierwszym rzędzie trzeba rozpoznać istotę, zakres i funkcje czynności operacyjno-rozpoznawczych, jako formułę przedprocesu karnego. Uwzględnić trzeba również założenia materialno-prawnej konstrukcji kontratypu. Odnośne ustalenia wymagają dopiero ujawnienia uwarunkowań nieprzestępności działania funkcjonariusza Policji i służb specjalnych w sferze zachowań operacyjno-rozpoznawczych. Niezbędne jest również wyjaśnienie granic legalności działania wskazanych organów oraz podstawy prawnej uprawniającej je do szeroko rozumianej ingerencji nie tylko w struktury przestępczości, ale również w konstytucyjne prawa i wolności jednostki. Analiza annałów publicystycznych i archiwów prasowych przywołuje wiele

¹ Warto podjąć analizę problemu bezkarności działań operacyjnych, co jest swego rodzaju kontynuacją badania, które pozwala ujawnić więcej ustawowych paradoksów niekaralności przestępstwa. Zob. m. in. F. PRUSAK: *Paradoks bezkarności przestępstwa skarbowego*, «Zeszyty Prawnicze» 10.1/2010, s. 7-49.

niewyjaśnionych przykładów ingerencji organów policyjnych i służb specjalnych w życie obywateli w następstwie czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Analiza ustawowych uwarunkowań konstrukcji kontratypów poszczególnych czynności operacyjno-rozpoznawczych wykazuje, iż istnieje wiele wątpliwości praktycznych i zastrzeżeń teoretycznych. Powoduje to szeroką możliwość powstania prawnie dopuszczalnych kombinacji. Szczególnie widoczne jest to na gruncie unormowań dotyczących zakresu przedmiotowego działania policji i służb specjalnych (ABW, AW, SKW, SWW, CBA) oraz jest to dostrzegalne na podstawie oceny ustawowych dyspozycji co do odnośnych uprawnień do działania w ramach określonych kontratypów, zwłaszcza w kontekście zwrotów niedookreślonych i abstrakcyjnych.

II. Czynności operacyjno-rozpoznawcze, ich zakres oraz stosowane metody, jak również możliwości procesowego wykorzystania ustaleń poczynionych w wyniku tego rodzaju niejawnych działań zawsze wzbudzały wiele wątpliwości procesowych oraz jednocześnie były powodem konfliktów pomiędzy różnymi organami.

Istnieje wiele opinii wśród autorów podejmujących próbę zdefiniowania pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych. Najwcześniej L. Schaff uznał czynności operacyjne za taktyczno-rozpoznawcze czynności pozaprocesowe, które poprzez praktykę organów ścigania zostały ukształtowane jako czynności uzupełniające lub wykonawcze, pełniące funkcje pomocnicze w odniesieniu do czynności procesowych podejmowanych w ramach postępowania karnego².

J. Widacki definiuje czynności operacyjne jako poufne i tajne czynności pozaprocesowe, których celem jest pozyskanie informacji, mających znaczenie prewencyjne wobec dokonania przyszłych przestępstw, bądź niewątpliwie istotne w toku już procesu karnego³. Z kolei prof. M. Cieślak uważa, że pojęcie to powinno być utożsamiane z instru-

² L. SCHAFF, *O niektórych problemach dotyczących zakresu postępowania przygotowawczego*, «NP» 13.12/1957, s. 67.

³ *Kryminalistyka*, red. J. WIDACKI, Katowice 1984, s. 127.

mentami służącymi do uzasadnienia twierdzeń stronom toczącego się postępowania karnego. Przedstawione w ten sposób dowody mogły doprowadzić do ustalenia praktycznych konkluzji⁴.

Inny autor (Z. Uniszewski) uważa, że termin oznacza ogół tajnych przedsięwzięć organów państwa posiadających szereg odpowiednich kompetencji ustawowych, mających na celu pozaprosesowe ujawnienie osób prowadzących działalność niezgodną z prawem, w szczególności przeciwko fundamentalnym interesom państwa i jego obywateli⁵.

Jeszcze inni autorzy pojęcie to definiują jako „wyodrębniony ustawowo i metodologicznie system poufnych bądź tajnych działań organów policyjnych i innych podobnych, wyspecjalizowanych organów państwa”⁶. Praca operacyjno-rozpoznawcza jest tożsamą z pojęciem czynności operacyjno-rozpoznawczych, rozumiana jako uzyskiwanie, gromadzenie, przetwarzanie informacji o osobach, miejscach, środowiskach lub wydarzeniach, które dotyczą lub mogą dotyczyć popełnionych przestępstw.

Z kolei M. Kulicki przez czynności operacyjno-rozpoznawcze pojmuje kompleksowy system dokumentowanych w sposób pisemny (ale nieprotokołowanych i odrębnych od czynności procesowych), niejawnych działań organów ścigania, w szczególności policyjnych, mających na celu rozpoznanie środowiska kryminalnego oraz zmierzający, z wykorzystaniem taktyki i techniki kryminalistycznej, do wykrycia przestępców i popełnionych przez nich przestępstw⁷. Ponieważ są one czynnościami odrębnymi od czynności procesowych, to w stosunku do tych drugich pełnią funkcję pomocniczą poprzez „przedmiotowe i taktyczne ukierunkowanie” ich oraz działań o charakterze prewencyjnym i profilaktycznym⁸.

⁴ M. CIEŚLAK, *Polska procedura karna*, Warszawa 1971, s. 47.

⁵ Z. UNISZEWSKI, *Żargon zawodowy pracowników śledczych i operacyjnych. Problematyka kryminalistyczna*, Wrocław 1999, s. 148.

⁶ P. SZYŃKOWSKI, M. WOJCIECHOWSKI, *Praca operacyjno-rozpoznawcza w Żandarmerii Wojskowej*, Wyższa Szkoła Oficerska, Poznań 1997, s. 17.

⁷ M. KULICKI, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 1994, s. 63-64.

⁸ M. KULICKI, *op. cit.*, s. 69.

Niezależnie, jednak od sposobu definiowania, trzeba przyjąć, że czynności operacyjno-rozpoznawcze stanowią: odrębny system poufnych, bądź tajnych działań policji i służb specjalnych prowadzonych poza procesem karnym oraz zazwyczaj służących (aktualnym, bądź przyszlým) celom tego procesu i wykonywanych dla zapobiegania i zwalczania przestępczości oraz innych prawnie określonych negatywnych zjawisk społecznych.

Cechami wspólnymi wszystkich czynności operacyjno-rozpoznawczych jest ich charakter poufny i tajność działania oraz cel, jakim jest rozpoznanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw o mniejszej lub większej wadze uciążliwości społecznej lub też godzących w bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny, które w konsekwencji służą również do uzyskiwania, weryfikowania, a następnie wykorzystania czynności (nawet w procesie karnym po spełnieniu określonych warunków), jako informacji dowodowych o osobach, ich otoczeniu, stanowiących obiekt zainteresowania podczas prowadzenia omawianych czynności.

Potrzeba zróżnicowania określeń „metoda”, „środek”, „forma”, „czynność” w płaszczyźnie operacyjno-rozpoznawczej wymaga zwrócenia uwagi na to, że pod pojęciem „metoda” należy rozumieć „świadomie i konsekwentnie stosowany sposób postępowania dla osiągnięcia określonego celu; czy też zespołów celowych czynności i środków”⁹. Zaś termin „środek” stanowi coś, co ułatwia działanie, czyli coś, co umożliwia jego wykonanie¹⁰. Natomiast poprzez „formę” należy rozumieć „zewnątrzny kształt, postać, wygląd czegoś, bądź układ skoordynowanych elementów, struktura, ustrój, przejaw, odmiana, bądź też sposób postępowania, bycia, zachowanie się, etykieta, konwenanse¹¹.

W literaturze kryminalistycznej metodą określa się celowo wykorzystywaną kombinację środków i zachowań, które przy zastosowaniu posiadanej wiedzy i zdobytego doświadczenia ułatwiają realizację

⁹ *Słownik języka polskiego*, II, red. M. SZYMCAK, Warszawa 1996, s. 137.

¹⁰ *Słownik języka polskiego...*, II, s. 423.

¹¹ *Słownik języka polskiego...*, II, s. 565.

założonych celów¹², a z kolei „środek” stanowi zwarty element specjalnie stosowany przy realizacji konkretnych zamierzeń, przy czym zazwyczaj są to środki techniczne, ułatwiające pozyskiwanie i zapisywanie informacji (np. urządzenia bezpośredniego podsłuchu, kamery), które mogą być wykorzystane w wypadkach ustawowo określonych.

Wyróżnia się poza tym proste formy oraz złożone formy realizacji tych czynności. W ramach czynności prostych wyodrębnia się m. in. wywiad i obserwację, zaś do złożonych form czynności zalicza się: infiltrację środowiskową, kombinację operacyjną, zakup kontrolowany, przesyłkę kontrolowaną, kontrolę operacyjną, analizę operacyjną, wykorzystanie techniki operacyjnej, wykorzystanie zbiorów informacji, wykorzystanie konsultantów, świadka koronnego, świadka incognito, rozpoznanie operacyjne, inwigilację, rozpracowanie operacyjne¹³. W ramach prostych form czynności wyróżnia się również: wywiad, obserwację, pracę z osobowymi źródłami informacyjnymi, korzystanie z danych ewidencji i zbiorów informatycznych, zakup kontrolowany, stosowanie techniki operacyjnej, zaś do katalogu złożonych form czynności zalicza się: inwigilację, rozpracowanie operacyjne, kombinację operacyjną, infiltrację środowiska przestępczego lub kryminogennego¹⁴.

W literaturze¹⁵ wyodrębnia się różne grupy czynności operacyjno-rozpoznawczych z uwagi na kryterium stosunku do procesowych czynności dowodowych. Będą to czynności, które posiadają w ramach czynności procesowych swoje odpowiedniki. Do nich zalicza się: rozpytywanie, tajne przeszukanie, operacyjny podsłuch czy okazanie operacyjne. Inna grupa czynności charakteryzuje się samodzielnością, bez adekwatnych względem siebie czynności procesowych, a mianowicie należą do niej obserwacja, inwigilacja, wykorzystanie agentury. Jako zupełnie odrębną czynność rozpoznawczo-operacyjną wyróżnia się kombinację operacyjną.

¹² T. HANAUSEK, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 2005, s. 135.

¹³ T. HANAUSEK, *Kryminalistyka...*, s. 136 -152.

¹⁴ *Kryminalistyka...*, s. 138.

¹⁵ T. WIDŁA, *Prawo do prywatności a prowadzenie działalności operacyjno-wykrywczej*, «Humanistyczne Zeszyty Naukowe, Prawa Człowieka» 4/1974, s. 89.

Inną grupę tych czynności cechuje konieczność wykorzystania elementów naukowych czy badawczych. Będą tutaj zaliczane informacje, które są gromadzone przez różne organy, czy podmioty gospodarcze, w szczególności operatorów telekomunikacyjnych, pocztowych czy banki (np. czynność operacyjna przynależna CBA, uzyskiwanie informacji bankowych osoby inwigilowanej). Pozyskiwane informacje w celu zweryfikowania ich rzetelności i wiarygodności (autentyczności) będą podlegały analizom oraz badaniom przez specjalistów w poszczególnych dziedzinach. Zalicza się tutaj pomoc konsultanta, analizę operacyjną, eksperyment oraz uzyskiwanie informacji chronionych tajemnicą pocztową, telekomunikacyjną czy bankową.

Określoną grupę czynności operacyjno-rozpoznawczych charakteryzuje podstępność podejmowanych działań w celu wykrycia faktu popełnienia przestępstwa, w szczególności z wykorzystaniem elementu tajnego agenta funkcjonującego pod tzw. przykryciem. Dla ich realizacji w większości przypadków konieczny jest nadzór, czy infiltracja danego środowiska przestępczego lub nawiązanie bezpośredniej relacji z przestępcą. Będą również wymagały wykorzystania środków technicznych: podsłuchu, podglądu, skanerów, czy też elementów logistycznych, jak wydanie maskujących dokumentów, ukrywających prawdziwą tożsamość agenta, który wniknie w środowisko przestępcze.

Do kategorii czynności operacyjno-rozpoznawczych należy jeszcze zakwalifikować: zakup kontrolowany, grę operacyjną, kontrolowane wręczenie lub przyjęcie korzyści majątkowej, przesyłkę niejawnie nadzorowaną, kombinację operacyjną oraz współpracę agenturalną. Ponadto będzie można tutaj zaliczyć współpracę ze świadkiem koronnym czy też świadkiem incognito.

Znamienne jest tutaj wykorzystanie następujących funkcji czynności operacyjno-rozpoznawczych: rozpoznawczej, wykrywczej, weryfikującej wcześniejsze ustalenia, zapobiegawczej, informacyjnej, dezinformacyjnej, ochronnej oraz zabezpieczającej¹⁶.

¹⁶ T. HANAUSEK, *Zarys taktyki kryminalistycznej*, Warszawa 1994, s. 77.

Funkcja rozpoznawcza służy przepływowi informacji oraz ich odbiorowi w celu wykorzystania wykrywczego czy dowodowego. Wykrywcza funkcja ma na celu ujawnienie zdarzeń i zdobycie informacji w celu postawienia hipotezy co do sprawstwa osoby i określonego zdarzenia. Weryfikacja ma na celu sprawdzanie wiarygodności uzyskiwanych informacji. Funkcja informacyjna jest pomocna we wszystkich etapach działań operacyjno-rozpoznawczych. Dezinformacja jako funkcja czynności operacyjno-rozpoznawczych polega na rozbiciu, rozprężeniu sił przeciwnika poprzez zastosowanie techniki manipulacji tak, aby działania podjęte przez tego przeciwnika podlegały naszej kontroli niejawnej i aby przebiegały zawsze zgodnie z planem¹⁷ (przejawem tego jest podstęp). Z kolei ochronna funkcja polega na zapewnieniu zabezpieczenia przed nieprzewidywalnymi skutkami. Zabezpieczenie informacji i źródeł przejawia się po prostu w obowiązku dokumentacji każdej czynności, wobec której przewidziany jest wymóg jej utajnienia (protokoły, notatki służbowe, tzw. dokumentacyjne środki pomocnicze)¹⁸. Konieczne jest także zabezpieczenie komputerów, serwerów posiadających powyższe informacje przed tzw. hackingiem czy poważniejszymi cyberprzestępstwami.

III. Pojęcie kontratypu w prawie karnym, do języka prawniczego wprowadził W. Wolter, który pod tym terminem rozumie „te i tylko te okoliczności, które, mimo, że czyn wykazuje ustawowe znamiona czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary, jednak powodują, iż czyn nie jest społecznie szkodliwy (ew. jest dodatni), a tym samym bezprawny”¹⁹. Zdaniem tego autora, „Kontratypy nabierają sensu dopiero w powiązaniu z jakimś ustawowym zakazem, neutralizującym ukierunkowanie ustawowego zakazu ku społecznej szkodliwości,

¹⁷ T. HANAUSEK, *Kryminalistyka a praca operacyjna*, «Problemy Kryminalistyki» 189/1988, s. 446.

¹⁸ F. PALKA, *Uwagi w sprawie dokumentacyjnych środków pomocniczych w czynnościach operacyjno i procesowych w sprawach zorganizowanych przestępstw gospodarczych*, «Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Oficerskiej» 3/1980, s. 767.

¹⁹ W. WOLTER, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 164-204.

a tym samym ku społecznemu niebezpieczeństwu”²⁰. Prof. W. Wolter podkreśla nadto, iż to czyn zabroniony przez ustawę wraz z okolicznością wskazaną w zakresie kontratypów, daje rezultat czynu nieprzestępnego, w związku z czym sprawca nie popełnia przestępstwa. Autor ten jednocześnie wywodzi, że nazwa „kontratyp” odnosi się do okoliczności wyłączających przestępność czynu, z uwagi na cechującą owe okoliczności swoistą określoność, podobnie jak ma to miejsce przy różnorodnych typach czynów zabronionych.

Okoliczności wyłączające przestępność czynu, mogą regulować nie tylko ustawy karne, ale także te, które udzielają uprawnień lub nakładają obowiązek „przedsięwzięcia czynu, który byłby czynem zabronionym przez ustawę karną, gdyby sprawca do jego wykonania nie był w warunkach określonych w ustawie uprawniony lub zobowiązany”²¹. Autor wskazuje na wyłączenie te okoliczności, które, mimo, że czyn wykazuje ustawowe znamiona czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary, jednak powodują, iż czyn nie jest społecznie szkodliwym (ewentualnie jest dodatni), a tym samym bezprawny; są to więc okoliczności legalizujące czyn, generalnie uznany jako bezprawny”²².

Kontratyp jest powiązany z przestępstwem, w tym sensie, że, jak sama nazwa wskazuje, jest „kontr-typizacją”, czyli „czynnikiem korygującym” dany czyn zabroniony²³. Innymi słowy, „typ” stanowi odzwierciedlenie pewnej reguły, w myśl której zachowanie „typowe” jest zasadniczo czynem społecznie szkodliwym. Zestawienie kontratypu z konkretnym zakazem ustawowym nadaje mu sens oraz sprawia, iż neutralizuje dany zakaz od społecznej szkodliwości. W konsekwencji powstaje czyn o charakterze nieprzestępnym, którego sprawca „nie popełnia przestępstwa”²⁴.

Tożsamość kontratypów W. Wolter utożsamiał z okolicznościami, które wyłączają społeczne niebezpieczeństwo. Zdaniem T. Kaczmarka

²⁰ W. WOLTER, *Nauka o przestępstwie...*, s. 164-204.

²¹ W. WOLTER, *Nauka o przestępstwie...*, s. 164-204.

²² W. WOLTER, *Nauka o przestępstwie ...*, s. 163.

²³ W. WOLTER, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, «PiP» 19.10/1963, s. 503-504.

²⁴ W. WOLTER, *Nauka o przestępstwie...*, s. 163.

wobec powyższej koncepcji trzeba rozważyć, że pomimo niezwykle trafnych spostrzeżeń W. Woltera co do całości teorii „kontrytypizacji”, to w stosunku do poglądu o możliwości jednoczesnego uchylenia bezprawności działania wraz ze społeczną szkodliwością czynu należy zachować pewien dystans²⁵, bowiem brak w przestępstwie społecznej szkodliwości nie powinien przesądzać o braku bezprawności działania, choć brak społecznej szkodliwości przyczyni się do braku przestępstwa, to jednak w dalszym ciągu dane zachowanie człowieka będzie czynem zabronionym i bezprawnym, gdyż będzie sprzeczne z normą określoną w regulacji karnej. Wówczas więc uchylenie bezprawności danego zakazu może nastąpić na mocy innego przepisu prawnego.

Zdaniem S. Śliwińskiego, „jeżeli kodeks mówi „nie popełnia przestępstwa” to znaczy, że zajmuje się zagadnieniem przestępności czynu, a nie zagadnieniem prawności lub bezprawności czynu”²⁶. Autor ten do okoliczności wyłączających bezprawność czynu zalicza: obronę konieczną, obronę konieczną przeciw rzeczy lub zwierzęciu, stan wyższej konieczności, samopomoc legalną, zezwolenie pokrzywdzonego, zabiegi lecznicze, wykonywanie czynności urzędowej (służbowej), wykonanie rozkazu służbowego, wykonanie prawa karcenia oraz inne przypadki działania zgodnego z prawem.

Z kolei K. Buchała akceptuje pojęcie kontratypów, chociaż jest przeciwny określeniu „okoliczności wyłączających bezprawność”, bowiem może ono sugerować, iż wraz z bezprawnym zachowaniem człowieka wypełniającym znamiona czynu zabronionego następuje wyłączenie jego bezprawności. Współistnienie w systemie prawnym norm sankcjonujących zakaz określonego zachowania jako czynu zabronionego wraz z normami zezwalającymi na podjęcie takiego działania czyni go wewnętrznie sprzecznym. Normy powinny zatem być określane mianem „okoliczności wyłączające możliwość przyjęcia bezprawności czynu”, które są zależne od istnienia czynów zabronionych, z których można wyprowadzić normę zakazującą określonego postępowania.

²⁵ T. KACZMAREK, *O tzw. okolicznościach wyłączających bezprawność czynu*, «PiP» 64.10/2008, s. 26

²⁶ S. ŚLIWIŃSKI, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 147-201.

U podstaw określenia, czy można przyjąć możliwość wyłączenia bezprawności, leżą sytuacje kolizyjne²⁷. Punktem wyjścia dla określenia okoliczności wyłączającej bezprawność jest ocena zakresu czynów spełniających znamiona czynu zabronionego, a następnie generalizacja tych sytuacji kolizyjnych, w których mimo wyczerpania znamion czynu zabronionego, zachowanie nie jest społecznie niebezpieczne. W takiej sytuacji należy wyłączyć możliwość jego penalizacji, co następuje przez legalizację tego zachowania.

Koncepcja kontratypów M. Cieślaka z kolei sprowadza się do tego, że przez pryzmat omawianego pojęcia należy rozumieć „typowe sytuacje wyłączające bezprawność kryminalną”²⁸. Kontratypy odnoszą się do sytuacji faktycznych. Jeśli więc czyn zabroniony, uznany za bezprawny z uwagi na unormowany zakaz karny, zostanie popełniony w sytuacji kontratypowej, to wówczas nie jest on bezprawny kryminalnie. Czyn popełniony w warunkach kontratypu od początku jest pozbawiony cechy bezprawności kryminalnej.

Zdaniem M. Cieślaka każdy kontratyp, podobnie jak czyny zabronione, powinien być określany przez regułę prawną, stanowiącą podstawę jego neutralizującej funkcji wobec bezprawności kryminalnej (np. określenie prawnych obowiązków czy uprawnień). Umożliwia to dostrzeżenie różnicy pomiędzy przepisem określającym kontratyp a czynem zabronionym, pewną kolizję norm, która w konsekwencji rozstrzygana jest na korzyść kontratypu. Jest tutaj odzwierciedlenie podstawowych zasad: *in dubio pro reo* czy zasady subsydiarności prawa karnego²⁹.

Według I. Andrejewa, istnieje różnica pomiędzy przypisaniem sprawcy określonego czynu zabronionego, popełnionego w uzasadnionych okolicznościach wyłączających bezprawność, a stanem, w którym nie doszło do popełnienia czynu bądź takiego czynu w ogóle nie przypisano³⁰. Kontratypy należy utożsamiać z „okolicznościami

²⁷ K. BUCHAŁA, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 270-271.

²⁸ M. CIEŚLAK, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 230.

²⁹ M. CIEŚLAK, *Polskie prawo karne...*, s. 231.

³⁰ I. ANDREJEW, *Rozpoznawanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968, s. 72.

wyluczającymi przestępność czynu”, których realizacja może nastąpić dopiero po wypełnieniu wszystkich pozytywnych znamion czynu. Wówczas przez wskazaną zależność można określić realizację danej okoliczności i uznać dane działanie za „niebędące przestępstwem”³¹. Zdaniem tego autora kontratypy są w pewien sposób wpisane w ustawowe znamiona czynu zabronionego bądź stanowią dodatek, który ujawnia się dopiero w momencie wypełnienia znamion czynu, przy czym, „nie są normami samodzielnyymi”³². Kontratyp należy traktować jako element wyjątkowy.

Odmienną koncepcję w stosunku do stanowiska W. Woltera przedstawił A. Zoll, uznając kontratyp jako kolizję dóbr, stanowiącą podstawę wszystkich kontratypów, a także oddzielając ją od wszystkich innych okoliczności skutkujących wyłączeniem przestępności czynu. Kontratyp nie tylko narusza dane dobro, ale ingeruje w przyjętą regułę postępowania w stosunku do danego dobra³³.

Sytuacja kontratypowa kolizji dóbr będzie polegała na usprawiedliwionym działaniu naruszającym dane dobro, pod warunkiem, że dane działanie będzie miało na celu ochronę innego dobra prawnego. W wyniku usprawiedliwionego zniszczenia dane dobro w dalszym ciągu pozostanie dobrem prawnym o tej samej wartości, albowiem jest to „bilans zysków i strat”, polegający na wyznaczeniu pewnej opłacalności społecznej, u której podstaw leży poświęcenie jednego dobra o społecznej wartości w stosunku do drugiego. Decydującą rolę ma konieczność poświęcenia jednego dobra, wynikająca z braku innej możliwości ratowania dobra oraz hierarchia społecznie akceptowanych wartości. Oceniając wartość danego dobra, należy zawsze brać pod uwagę łączną jego wartość w powiązaniu z innymi dobrami, z którymi stanowi pewien nierozzerwalny zespół³⁴.

³¹ I. ANDREJEW, *Ustawowe znamiona czynu*, Warszawa 1978, s. 128.

³² I. ANDREJEW, *Rozpoznanie znamion przestępstwa...*, s. 72.

³³ A. ZOLL, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 74.

³⁴ A. ZOLL, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu...*, s. 103.

Wskazany autor wyróżnia dwa rodzaje sposobów wyłączenia bezprawności (pierwotną i wtórną)³⁵. „Pierwotny brak bezprawności” polega na „naturalnej” eliminacji bezprawności występującej, gdy czyn nie narusza normy sankcjonowanej, ponieważ nie był tożsamy z atakiem na ochraniające przez nią dobro bądź też nie naruszył obowiązujących reguł postępowania z powyższym dobrem. Autor ten twierdzi, iż nie zostały zrealizowane wszystkie znamiona czynu zabronionego, a w szczególności atak na dobro chronione normą sankcjonowaną bądź też naruszenie reguł określających sposób postępowania z danym dobrem.

„Pierwotny brak bezprawności” należy odróżnić od przypadków kontratypowych, w ramach których następuje „wtórne wyłączenie bezprawności”. Cechą charakterystyczną kontratypów jest naruszenie normy sankcjonowanej, polegającej na naruszeniu lub stworzeniu stanu zagrożenia dla dobra chronionego przez tę normę bądź też czynienie wbrew ustalonym regułom postępowania w stosunku do danego dobra. Kontratypy zaistnieją tylko wtedy, gdy nastąpi wypełnienie wszystkich znamion czynu zabronionego.

Kontratypy posiadają pewną typizację, która w odniesieniu do czynów zabronionych posiada odwrotną funkcję, gdyż kontrtypizacja powinna wskazywać wzorzec, stanowiący uzasadnienie dla wyłączenia bezprawności, a w konsekwencji również karalności, za naruszenie normy sankcjonowanej (wypełnia wszystkie znamiona czynu zabronionego). Na określoność kontratypu powinny się składać opis typowego zachowania stanowiącego wypełnienie znamion czynu (naruszenie normy sankcjonowanej poprzez atak na dane dobro chronione bądź naruszenie reguł postępowania z nim) oraz opis zdarzenia, kiedy powyższe zachowanie będzie usprawiedliwione. Kontratyp powinien być definiowany w odniesieniu do typu czynu zabronionego, jednak jako okoliczność wyłączająca bezprawność, nie zawsze zresztą określana jest w sposób precyzyjny. Część kontratypów uregulowana jest

³⁵ A. ZOLL, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, [w:] K. BUCHAŁA, A. ZOLL, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego*, Kraków 2000, s. 205.

w Kodeksie karnym, zaś inne kontratyty są unormowane w różnych ustawach pozakodeksowych.

Kontratyp powinien być definiowany w odniesieniu do typu czynu zabronionego, jednakże negowany jest pogląd w kwestii utraty sensu przez kontratyp w przypadku niezestawienia go z konkretnym typem czynu przestępnego³⁶.

W odniesieniu do tego problemu T. Kaczmarek uważa, że podjęte w ramach kontratypu zachowanie w odniesieniu do zaatakowanego dobra i reguł prawnych określających sposób postępowania w stosunku do danego dobra nie odróżnia się od zachowania, które uznamy za bezprawne i karalne³⁷. Wypełnienie znamion czynu zabronionego świadczy o tym, iż kontratyty charakteryzują się także naruszeniem normy sankcjonowanej, w szczególności przez unicestwienie lub zagrożenie dobra chronionego przez normę oraz przez uchybienie regułom postępowania z danym dobrem.

T. Kaczmarek nie zgadza się ze stwierdzeniem, iż kontratyty nie ograniczają zakresów nakazów lub zakazów, które w swej treści chronią dobra naruszane w obronie przed działaniem napastnika³⁸. Krytykuje on rozróżnienie przez A. Zolla pierwotnego wyłączenia bezprawności od kontratypów. Powyższa systematyzacja oznacza zrównanie powyższych czynów z czynami, które od samego początku nie naruszają normy sankcjonowanej. Nieuzasadnione jest wyłączenie z kręgu kontratypów, takich czynności, jak: zabiegi lecznicze, działania realizowane w ramach ryzyka codziennego lub też ryzyko sportowe.

Zdaniem A. Zolla odróżnienie powyższych okoliczności od kontratypów wynika z faktu, że ich dokonanie nie zaburza normy sankcjonowanej, gdyż nie naruszają dobra przez nią chronionego, a w konsekwencji nie wypełniają znamion czynu typu zabronionego. Zdaniem T. Kaczmarka z kolei, powyższe okoliczności będą zawsze pozostawały w pewnej relacji z czynem zabronionym przez ustawę karną, gdyż

³⁶ A. ZOLL, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu...*, s. 74.

³⁷ T. KACZMAREK, *op. cit.*, s. 26.

³⁸ T. KACZMAREK, *op. cit.*, s. 27.

istnieje zawsze możliwość wywołania pewnego następstwa, które będzie stanowiło znanie zabronione.

T. Kaczmarek utrzymuje, iż zaprezentowana przez A. Zolla teoria „kolizji dóbr” i zasady społecznej opłacalności, jest uzasadnieniem jedynie dla stanu wyższej konieczności, gdyż przy tzw. kolizji obowiązków, charakterystycznej dla obrony koniecznej, kiedy dwa kolizyjne względem siebie dobra cechuje ta sama wartość, to reguła społecznej opłacalności nie będzie miała zastosowania³⁹.

Teoria kolizji dóbr oraz „bilansu zysków i strat” zaprezentowana przez A. Zolla wzbudziła u niektórych przedstawicieli doktryny negatywne opinie. Pewni autorzy przyjmują, że poprzez pojęcie kontratypu należy raczej rozumieć prawnie określone okoliczności, realizacja których skutkuje wyłączeniem bezprawności działania wypełniającego ustawowe znamiona czynu zabronionego⁴⁰.

Od pojęcia okoliczności wyłączających bezprawność należy odróżnić (art. 1 § 2 kk) znikomą społeczną szkodliwość czynu, której istnienie skutkuje stwierdzeniem, iż dany czyn zabroniony nie stanowi przestępstwa, a sprawcy czynu nie można przypisać winy. Zaistnienie społecznej szkodliwości nie spowoduje uchylenia bezprawności danego czynu. Tym samym nie przyczyni się do jego legalizacji. W konsekwencji czyn zabroniony przestanie być karygodny, ale nadal będzie bezprawny, czyli będzie podlegał ukaraniu.

Kontratyp pozostaje w związku z określonym czynem zabronionym, bowiem bez tego powiązania traci sens i zastosowanie. Wobec niepełnego wyczerpania znamion typu czynu zabronionego (również w postaci stadialnej), nie jest już konieczne dokonanie jego legalizacji na zasadzie kontratypu. Aktualizacja (neutralizującej bezprawność) funkcji kontratypu następuje, gdy przy popełnieniu określonego czynu nastąpi skrzyżowanie znamion tegoż czynu ze znaczeniem określonego kontratypu⁴¹.

³⁹ T. KACZMAREK, *op. cit.*, s. 31.

⁴⁰ A. MAREK, J. SATKO, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Przegląd problematyczny. Orzecznictwo (SN 1918-99), Piśmiennictwo*, Kraków 2000, s. 15.

⁴¹ T. KACZMAREK, *op. cit.*, s. 25.

Dla przykładu, jeszcze M. Filar uważa, że wypełnienie znamion czynu zabronionego, mimo, że wskazuje na stopień bezprawności i stanowi jej warunek konieczny, to nie przesądza o niej całkowicie. Typizacja w przepisie określonego czynu zabronionego jest elementem całości obowiązującego porządku prawnego. W systemie prawnym mogą jednak być unormowane przepisy, których wypełnienie wraz z dodatkowymi warunkami, będzie legalizować zachowanie w kontekście całego porządku prawnego, pomimo, że czyn sprawcy *de facto* wyczerpuje znamiona typu czynu zabronionego zagrożonego pod groźbą kary. Działanie osoby, które jednocześnie wypełnia znamiona czynu zabronionego i znamiona kontratypu, należy uznać za działanie z wyłączoną bezprawnością, a zatem jest ono legalne⁴².

Koncepcja kontratypu jest związana wyłącznie z bezprawnością, „a ich merytoryczny i formalny związek ze społeczną szkodliwością możliwy jest tylko przy przyjęciu takiegoż pomiędzy samą bezprawnością a materialną cechą czynu zabronionego”⁴³. Konsekwencją zaistnienia kontratypu jest stwierdzenie, że popełniony czyn typu zabronionego jest *de facto* zgodny z prawem. Wówczas kształtują się szczególne okoliczności skutkujące uznaniem, iż naruszony zakaz nie będzie sprzeczny z całym porządkiem prawnym, a popełniony czyn nie może być utożsamiany z przestępstwem, a sprawca nie może ponieść kary: „Społeczna szkodliwość nie może wyznaczać bezprawności, lecz również obiektywnie nie może jej obiektywnie wyznaczyć. Przedmiotem oceny społecznej szkodliwości może być jedynie czyn bezprawny. Zatem społeczna szkodliwość nie jest elementem wyznaczającym bezprawność materialną”⁴⁴.

IV. Pojęcie kontratypu czynności operacyjno-rozpoznawczych nie jest ustawowo zdefiniowane, a ponadto nie zostało ono wystarczająco rozpracowane doktrynalnie.

⁴² M. FILAR, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. FILAR, Warszawa 2008, s. 75-77.

⁴³ R. ZAWŁOCKI, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu*, Warszawa 2007, s. 344.

⁴⁴ R. ZAWŁOCKI, *op. cit.*, s. 335.

Problem uzasadnienia prawnego działań o charakterze operacyjno-rozpoznawczym funkcjonariuszy wyspecjalizowanych organów, formacji i służb policyjnych nie jest nowy. Istnieje wiele nie tylko wątpliwości praktycznych i kontrowersji interpretacyjnych, lecz także zastrzeżeń konstrukcyjnych.

Nie wystarcza odwołanie się do konkretnych czynności operacyjno-rozpoznawczych, co do których zostaje wyłączona odpowiedzialność funkcjonariusza. Nie można odrzucić przy tym poglądu, iż kontratyp czynności operacyjno-rozpoznawczych stanowi pewną formę uściślenia pozakodeksowego kontratypu jako działania w ramach uprawnień i obowiązków, albo można zakwalifikować go do odmiany kontratypu stanu wyższej konieczności.

Kontratyp działania w ramach uprawnień i obowiązków, nazywany jest również „realizacją przepisów i wykonywaniem czynności urzędowych”⁴⁵. Kontratyp ten opiera się na trzech elementach: kompetencji, trybie realizacji tych kompetencji oraz przesłankach. Kompetencją będzie (ujęte w sposób generalny i abstrakcyjny), przypisane podmiotowi „prawo do zachowania wyczerpującego znamiona czynu zabronionego”. Elementem konkretyzującym udzieloną kompetencję jest przesłanka, która stanowi prawnie zapisany warunek podjęcia i prowadzenia przez dany podmiot działań. Tryb realizacji zaś należy utożsamiać z procedurą postępowania⁴⁶.

Usprawiedliwienie działania funkcjonariusza publicznego oraz uprawnienie do ingerencji w prawa i wolności musi mieć normatywną rangę ustawową⁴⁷. Działanie w ramach uprawnień stanowi „ogólną okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną, opierającą się na braku sprzeczności wewnątrz danego systemu prawnego”⁴⁸. W sytuacji, gdy określona dziedzina prawa nadaje jednostce uprawnienie

⁴⁵ W. ŚLIWOWSKI, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 167.

⁴⁶ Z. WIERNIKOWSKI, *Działanie w ramach uprawnień*, «PiP» 42.3/1987, Nr 3, s. 82.

⁴⁷ W. WRÓBEL, A. ZOLL, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 373-374.

⁴⁸ L. GARDOCKI, *Prawo karne*, Warszawa 2010, s. 120.

do pewnej formy działania, to jego wypełnienie nie może skutkować odpowiedzialnością karną, a czyn nie może być bezprawny, gdy jest prawnie dozwolony lub nakazany⁴⁹. W takich przypadkach prawo karne powinno pełnić rolę drugorzędną w stosunku do innej, nadającej uprawnienie dziedziny prawa, a w konsekwencji powinno wyłączać bezprawność danego działania⁵⁰.

Należy wyeksponować warunki konieczne do przyjęcia działania w ramach uprawnień i obowiązków. Nadrzędną jest działanie w granicach prawnie unormowanych kompetencji, odpowiadających właściwości rzeczowej i miejscowej działania sprawcy czynu⁵¹. Niezbędne jest zaistnienie przesłanek formalnych i merytorycznych, które będą stanowić podstawę do podjęcia decyzji bądź czynności. Podjęcie działania ma być zgodne z określoną prawnie procedurą⁵² oraz nie może przekraczać wyznaczonych prawem granic⁵³. Motyw działania sprawcy powinien być zgodny z zadaniami, które stanowiły wartość aksjologiczną przy ustanawianiu danego uprawnienia⁵⁴.

Należy z kolei, również odnieść się do koncepcji stanu wyższej konieczności, która przyjmuje formułę legalnego uzasadnienia działań funkcjonariuszy publicznych w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Powstaje pytanie, czy w toku stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych funkcjonariusze w razie ich przekroczenia prawnie mogą się powołać na stan wyższej konieczności. Umożliwienie funkcjonariuszom powoływania się na ten kontratyp wszelako sprawiłoby wyposażenie ich w uprawnienie, które jako pozbawione kontroli mogłoby zbyt głęboko ingerować w prawa i wolności jednostki⁵⁵.

⁴⁹ S. ŚLIWIŃSKI, *op. cit.*, s. 63-64.

⁵⁰ W. WOLTER, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 175.

⁵¹ A. MAREK, J. SATKO, *op. cit.*, s. 40.

⁵² W. WRÓBEL, A. ZOLL, *op. cit.*, s. 374.

⁵³ H. POPLAWSKI, *Działanie w granicach uprawnień i obowiązków jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu*, «NP» 23.12/1967, s. 1615.

⁵⁴ W. WRÓBEL, A. ZOLL, *op. cit.*, s. 374.

⁵⁵ S. WALTOŚ, *Tajny agent policji (na obrzeżach odpowiedzialności)*, «PiP» 48.11/1993, z. 11, s. 28.

Istnieje pogląd aprobujący możliwość uzasadnienia działań funkcjonariuszy publicznych kontratypem stanu wyższej konieczności przy odwołaniu się do wykładni językowej przepisu art. 26 § 1 kk, zgodnie z którym brak jest unormowania określającego krąg podmiotów wyłączonych spod możliwości powoływania się na omawianą okoliczność⁵⁶.

Pogląd o uprawnieniu organów władzy publicznej do uzasadnienia odnośnych działań stanem wyższej konieczności jest krytykowany. Niedopuszczalne przecież byłoby stosowanie przymusu względem obywateli, jako stanu wyższej konieczności uchylającego bezprawność czynu⁵⁷.

Przyzwolenie na uzasadnienie legalności działań wskazanym kontratypem pozostaje w sprzeczności z art. 7 oraz art. 31 Konstytucji RP. Organy władzy publicznej zobowiązane są do działania na podstawie przepisów prawnych wyznaczających zakres kompetencyjny oraz w ich granicach. Brak unormowania zezwalającego będzie równoznaczny z zakazem podejmowania określonej czynności⁵⁸, a prawo stanowi przecież gwarancję ochrony wolności jednostki przed bezprawnym naruszeniem przez władzę publiczną⁵⁹.

Należy odrzucić koncepcję legalizacji działania funkcjonariuszy służb specjalnych i policyjnych na zasadach kontratypu stanu wyższej konieczności. Bardziej precyzyjny będzie kontratyp działania w ramach uprawnień i obowiązków (którego uzasadnienie i granice wyznaczają art. 7 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Przepisy gwarantujące konstytucyjnie prawa i wolności przynależne obywatelowi powinny wyznaczać krąg podmiotów oraz rodzaje okoliczności, wobec których

⁵⁶ P. DANILUK, *Stan wyższej konieczności a legalności działania funkcjonariuszy*, «Wojskowy Przegląd Prawniczy» 1/2007, s. 43.

⁵⁷ A. WĄSEK, [w:] O. GÓRNIOK, S. HOC, M. KALITOWSKI, S. M. PRZYJEMSKI, Z. SIENKIEWICZ, J. SZUMSKI, L. TYSZKIEWICZ, A. WĄSEK, *Kodeks karny. Komentarz do artykułów 1-116*, I, Gdańsk 2005, s. 364.

⁵⁸ K. WOJTYCZEK, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 100.

⁵⁹ E. MORAWSKA, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003, s. 117.

stosowane mogą być ograniczenia. Charakter odnośnych regulacji powinien przejawiać się w precyzyjnych sformułowaniach. Zakres okoliczności podlegających ograniczeniu powinien być odzwierciedleniem istotnych zamierzeń racjonalnego ustawodawcy, tak, aby nie skutkowały powstaniem luzu decyzyjnego przy realizacji ograniczeń w sferze korzystania z praw i wolności jednostki⁶⁰. W każdym razie trzeba ograniczać się jedynie do wskazania odnośnego kontrotypu, którego istotę utożsamia się z kontratypem działania w ramach uprawnień i obowiązków⁶¹.

Przełomowym momentem dla wyznaczenia legalności czynności operacyjno-rozpoznawczych przez określenie prawne takiego działania operacyjnego funkcjonariuszy odnośnych służb stało się jej ukształtowanie na podstawie ustawy z dnia 25 lipca 1995 r. o zmianie ustawy: o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych, o Policji, o Urzędzie Ochrony Państwa, o Straży Granicznej oraz innych ustaw (Dz. U. 1995 Nr 104, poz. 515). Przyjęto, że Policja (wprowadzono art. 144a do ówczesnej ustawy o Policji), Urząd Ochrony Państwa (nowy art. 127a do ówczesnej ustawy o UOP) oraz Straż Graniczna (art. 146a wprowadzony do ówczesnej ustawy o Straży Granicznej) zostały wyposażone w prerogatywy prawa do prowokacji, w tym do zakupu kontrolowanego i tzw. kontrolowanej łapówki. W stosunku do funkcjonariuszy każdego z organów wykonujących poszczególne czynności operacyjno-rozpoznawcze ustanowiono odnośne chroniące ich prawnie kontratypy. Po pewnym okresie analogiczne uregulowania zostały wprowadzone do innych ustaw kompetencyjnych poszczególnych organów bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Obecnie normatywne unormowania kontratypowe w stosunku do konkretnych czynności operacyjno-rozpoznawczych zostały zarezerwowane prócz Policji, dla Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służb Wywiadu Wojskowego oraz Służb Kontrwywiadu Wojskowego i Żandarmerii Wojskowej.

⁶⁰ E. MORAWSKA, *op. cit.*, s. 371-372.

⁶¹ W. WRÓBEL, A. ZOLL, *op. cit.*, s. 374.

Zwalczanie przestępczości (zorganizowanej, przestępczości gospodarczej, przeciwdziałanie terroryzmowi) wymaga na pewno wzmocnionej działalności operacyjno-rozpoznawczej, co usprawiedliwia wyposażenie odnośnych organów w odpowiednie instrumenty do walki z przestępczością.

Kontratypy operacyjne zostały ustanowione w stosunku do czynności operacyjno-rozpoznawczych, których realizacja jest równoznaczna z wypełnieniem znamion czynu zabronionego⁶².

Do katalogu tego rodzaju czynności operacyjno-rozpoznawczych zalicza się m. in. zakup kontrolowany lub tzw. kontrolowaną łapówkę, sporządzanie, pomocnictwo lub posługiwanie się dokumentami, maskującymi prawdziwą tożsamość funkcjonariuszy, tajną współpracę ze środowiskiem dziennikarskim i działanie pod tzw. przykryciem w ramach pełnienia funkcji w organach spółek prawa handlowego, na podstawie ustaw kompetencyjnych poszczególnych służb specjalnych.

Istotą kontratypu operacyjnego będzie zatem legalizacja działania w ramach podejmowanych przez funkcjonariuszy uprawnionych służb czynności operacyjno-rozpoznawczych, których celem będzie zapobieganie, rozpoznawanie i wykrycie przestępstw oraz ściganie ich sprawców.

Brak konstrukcji kontratypów czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz ustanowienie samych uprawnień do wykonywania odnośnych czynności byłoby niewątpliwie przeszkodą ograniczającą skuteczne rozpracowywanie działalności przestępczych. Wówczas nie tyle przekroczenie warunków ustawowych, ale już sama realizacja (nawet zgodna z przepisami danej ustawy) stanowiłaby przestępstwo. Nie można wszelako dopuścić, aby uprawnienie do jawnej realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych zawierającej znamiona przestępstwa wyłączało bezkarność funkcjonariuszy.

Analiza ustawowej konstrukcji kontratypów operacyjnych jako szczególnej formy pozakodeksowych kontratypów działania w ramach uprawnień i obowiązków, wymaga, aby w pierwszej kolejności speł-

⁶² B. KURZĘPA, *Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i operacyjnych*, Toruń 2003, s. 231.

niały one podstawowe założenia działania na podstawie prawa i ściśle w jego granicach.

Kontratypy działania w ramach uprawnień i obowiązków dotyczą szerokich uprawnień zaszeregowanych w całym systemie prawnym (w prawie karnym, w cywilnym i administracyjnym). Argumentem przemawiającym za ich uszczegółowieniem są rezultaty wykładni językowej. Przepisy prawne dotyczące omawianych kontratypów operacyjnych, zawierają określenie „nie popełnia przestępstwa”, czego nie posiadają z kolei pozakodexowe kontratypy działania w ramach uprawnień i obowiązków.

Powstaje pytanie, czy unormowanie w ustawach kompetencyjnych zapisów *nie popełnia przestępstwa...* w stosunku m. in. do czynności zakupu kontrolowanego, przesyłki niejawnie nadzorowanej, kontrolowanej łąpówki czy dokumentów maskujących stanowią okoliczność wyłączającą bezprawność funkcjonariuszy oraz czy można określać je mianem kontratypów. Istotne jest również, czy wtórnie legalizują one przyzwolenia na działania powszechnie uznane za bezprawne, które z uwagi na wyznaczone przez ustawodawcę wartości aksjologiczne (jak bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny oraz ochrona przed zagrożeniami przestępczością i terroryzmem) nie są działaniami społecznie szkodliwymi.

Ustawodawca, reglamentując w ramach przepisów kompetencyjnych Policji oraz służb specjalnych czynności np. łąpówki kontrolowanej, unormował jednocześnie prawne przyzwolenie na dokonanie czynu łąpownictwa biernego (art. 228 kk) lub łąpownictwa czynnego (art. 229 kk), jednocześnie legalizując w ten sposób (pozbawia elementu bezprawności) czyn, który poza prowadzoną operacją byłby przestępstwem. Zatem powstaje pewien paradoks przestępstwa nieprzestępnego, gdyż funkcjonariusz w celu wykrycia przestępstw i ich sprawców prowadzi czynność operacyjną w postaci tzw. łąpówki kontrolowanej, wypełniając jednocześnie znamiona czynu zabronionego z art. 228 kk. Ustawowy zwrot „nie popełnia przestępstwa” nie świadczy o okoliczności wyłączającej bezprawność, natomiast otwarte jest pytanie, czy wystarczającym zabiegiem mogłoby być unormowanie regulacji, które wyłączałyby jedynie karalność bądź winę funkcyjna-

riusza, wyczerpującego przy tym znamiona czynu zabronionego np. nielegalnego handlu bronią.

Nie można zakwalifikować odnośnego kontratypu również jako okoliczności wyłączających karalność. Zwrot „nie podlega karze” przyczyniłby się do narażenia funkcjonariuszy wykonujących czynności operacyjne na popełnienie jawnego przestępstwa i wobec nich jedynie zostanie wyłączone orzeczenie kary.

Kontratypem operacyjnym będzie „okoliczność przyzwalająca na bezprawność”, jak to określił K. Buchała, używając terminu „okoliczności wyłączające możliwość przyjęcia bezprawności czynu”⁶³.

Stosowanie pojęcia „okoliczności wyłączających bezprawność” może sugerować, iż wraz z bezprawnym zachowaniem człowieka wypełniającym znamiona czynu zabronionego następuje wyłączenie jego bezprawności, a w konsekwencji jego legalizacja. Współistnienie w jednym porządku prawnym norm sankcjonujących zakaz określonego zachowania jako czynu zabronionego wraz z normami zezwalającymi na podjęcie takiego działania czyni go wewnątrznie sprzecznym.

Okoliczności kontratypów czynności operacyjno-rozpoznawczych również nie są normami samodzielными, bo są uwarunkowane realizacją wszystkich znamion przestępstwa. Są one po prostu wpisane w ustawowe znamiona czynów zabronionych, bądź też stanowią dodatek, który ujawnia się dopiero w momencie wypełnienia znamion czynu zabronionego, którym w przypadku kontratypów operacyjnych w pierwszej kolejności będzie art. 231 kk (przestępstwo przekroczenia uprawnień), a następnie - inne adekwatne do popełnionych czynów, np. art. 228 i 229 kk (przestępstwa korupcji).

Granicami dopuszczalności legalizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych wypełniających znamiona czynów zabronionych będą zakresy kompetencyjne uprawnionych organów. Za granice kontratypu operacyjnego należy uznać również cele, dla których realizacji zostały ustanowione konkretne czynności operacyjne, np. w przypadku zakupu kontrolowanego jest to sprawdzenie wcześniej posiadanych wiarygodnych informacji.

⁶³ K. BUCHAŁA, *op. cit.*, s. 270.

V. Analiza przepisów wszystkich ustaw organizacyjno-kompetencyjnych policji i służb specjalnych⁶⁴ w kontekście ujawnienia ustawowo dopuszczalnych czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz odpowiadających im odnośnych kontratypów operacyjnych poszczególnych organów pozwala na ujawnianie pewnych nierzadko zaskakujących konstatacji⁶⁵.

Po pierwsze, ustawowe upoważnienie do realizowania szczególnych czynności operacyjno-rozpoznawczych przyznano dziesięciu (10) wskazanym organom, którymi są: Policja, ABW, AW, CBA, Straż Graniczna, Służba Wywiadu Wojskowego, Służba Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmeria Wojskowa, Wywiad skarbowy i Służba Celna.

Po drugie, ustawowo przewidziano następujące piętnaście (15) szczególnych czynności operacyjno-rozpoznawczych, które znajdują się w sferze operacyjnych kompetencji wskazanych organów: 1. Zakup kontrolowany oznaczający dokonanie w sposób nielegalny nabycie, zbycie lub przejęcie przedmiotów pochodzących z przestępstw i ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, 2. Prowokacja przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej, 3. Przesyłka niejawnie nadzorowana, czyli niejawnie nadzorowanie wytwarzania, przemieszczania,

⁶⁴ Zestawienie odnośnej bazy normatywnej obejmuje następujące ustawy: Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tj. Dz.U. 2011 r. Nr 287, poz. 1687 ze zm.), ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tj. Dz.U. 2010 Nr 29, poz. 154 ze zm.), ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tj. Dz.U. 2011 Nr 116, poz. 675 ze zm.), ustawa z dnia 28 września 1991 r. o Kontroli skarbowej (tj. Dz.U. 2011 r. Nr 411, poz. 214 ze zm.), ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tj. Dz.U. 2012, poz. 621 ze zm.), ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. 2001 Nr 123, poz. 1353 ze zm.), ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. Nr 104, poz. 709 ze zm.), ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej (Dz.U. Nr 168, poz. 1323 ze zm.).

⁶⁵ Zestawienie graficzne (w załączeniu) najpełniej odzwierciedla katalog czynności operacyjno-rozpoznawczych w korelacji z przydzielonym ustawowo kontratypem dla funkcjonariuszy danego organu wykonującego czynności.

przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa, 4. Prowokacja złożenia propozycji przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej, 5. Posługiwanie się maskującymi dokumentami, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikacyjnych funkcjonariusza, 6. Tajna współpraca z mediami (nadawcami, redaktorami naczelnymi, dziennikarzami i wydawcami), 7. Tajna działalność agenta w spółkach prawa handlowego, spółdzielniach oraz fundacjach prowadzących działalność gospodarczą, 8. Współpraca z osobami fizycznymi, których dane nie podlegają ujawnieniu, 9. Obserwacja, rejestracja przy użyciu urządzeń technicznych w miejscach publicznych (obrazu zdarzeń i dźwięku towarzyszącemu tym zdarzeniom), 10. Dostęp do danych telekomunikacyjnych i uzyskiwanie danych identyfikacyjnych abonenta oraz billingu telefonicznego, 11. Uzyskiwanie danych dotyczących osób korzystających z usług pocztowych, 12. Uzyskiwanie, gromadzenie, sprawdzanie i przetwarzanie informacji, 13. Blokada rachunku bankowego, 14. Uzyskiwanie danych z przełamaniem tajemnicy bankowej, 15. Zagłuszanie łączności telekomunikacyjnej.

Po trzecie, najszerszy rodzajowo zakres przyzwolenia ustawowego na dokonywanie wskazanych czynności operacyjno-rozpoznawczych posiadają tylko wybrane organy z upoważnieniami śledczymi: Policja, ABW, CBA, Służba Kontrwywiadu Wojskowego i Żandarmerii Wojskowej. Natomiast ograniczone przyzwolenie posiadają: Służba Celna, Agencja Wywiadu, Służba Wywiadu Wojskowego, a także Wywiad Skarbowy.

Po czwarte, kontratyp czynności operacyjno-rozpoznawczych został najszerszej przydzielony jedynie nielicznym i wybranym organom: Policji, CBA, Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Straży Granicznej. Niezależnie jednak od tego imiennego wyposażenia wskazanych organów w uprawnienia do dokonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych nie przyznano ochrony konstrukcją kontratypu dla funkcjonariuszy Służby Celnej i Wywiadu Skarbowego oraz Straży Granicznej i Żandarmerii Wojskowej.

Po piąte, zdecydowana większość czynności operacyjno-rozpoznawczych przewidzianych ustawowo w odniesieniu do prerogatywy operacyjnych odnośnych organów Policji i służb specjalnych, nie

znajduje osłony prawnej w ramach kontratypu. Zastanawiające zatem jest rozwiązanie prawno-polityczne, że ustawy kompetencyjne nakładają na odnośne organy wskazane zadania operacyjne i jednocześnie nie dokonują dla nich symetrycznej osłony prawnej w odniesieniu do tego rodzaju zachowań organów. W nawiązaniu do stwierdzenia braku osłony kontratypowej we wskazanym zakresie pozostaje przyjęć rozwiązanie przez odwołanie się do konstrukcji rozkazu w prawie karnym (art. 318 kk). Zgodnie z tym przepisem, żołnierz dokonujący przestępstwa, które jest wynikiem rozkazu przełożonego, nie popełnia go, chyba, że działając umyślnie, je popełnił. Rozkazem jest polecenie określonego działania lub zaniechania, wydane służbowe żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem (art. 115 § 18 kk). Osoba wydająca taki rozkaz będzie zawsze odpowiadać za sprawstwo polecające (w zakresie odpowiedzialności za czyn zabroniony pod groźbą kary będący wykonaniem rozkazu). W sytuacji, gdy rozkaz nie zostanie wykonany, taka osoba będzie odpowiadać za usiłowanie. Na podobnych zasadach kształtuje się kwestia odpowiedzialności w innych służbach.

JUSTIFICATION IN OPERATIONAL AND RECONNAISSANCE ACTIVITIES

Summary

The subject of this article is justification, the exception to the prohibition of committing an offence or crime, by an officer of a penal prosecution agency undertaking operational and reconnaissance activities to detect a crime and identify its perpetrator. The article describes the essence of the relevant legal structure, the legal factors determining it, and the context of the action the officer may take within the limits of his powers and official duties.

Zestawienie graficzne – załącznik do przypisu nr 64
Kontratypy czynności operacyjno-rozpoznawczych

a) Czynności operacyjno rozpoznawcze, w odniesieniu do których przewidziano kontratyp bezkarności

Rodzaj czynności \ Organ	Organ	Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego	Agencja Wywiadu
Zakup kontrolowany oznaczający dokonanie w sposób niejawny nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione	Art. 19a UoP	Art. 29 UoABWiAW	X
	Art. 144a (KONTRATYP)	Art. 32 (KONTRATYP)	X
Przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej (prowokacja)	Art. 19a UoP (poszerzenie o propozycję przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej)	Art. 29 UoABWiAW	X
	Art. 144a (KONTRATYP)	Art. 32 (KONTRATYP)	X
Przesyłka niejawnie nadzorowana (tj. niejawne nadzorowanie wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa)	Art. 19b UoP	Art. 30 UoABWiAW	X
	Art. 144a (KONTRATYP)	Art. 32 (KONTRATYP)	X
Złożenie propozycji przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej (prowokacja)	Art. 19 UoP	X	X
	Art. 144a	X	X
Posługiwanie się maskującymi dokumentami, które uniemożliwiają ustalenie danych identyfikacyjnych	Art. 20a ust. 2 UoP	Art. 35 ust. 2 UoABWiAW	Art. 35 ust. 2 UoABWiAW
	Art. 20a ust. 3a (KONTRATYP)	Art. 35 ust. 6 (KONTRATYP)	Art. 35 ust. 6 (KONTRATYP)
Tajna współpraca z nadawcami, redaktorami naczelnymi, dziennikarzami i wydawcami	X	art. 153d ust. 1 UoABWiAW	art. 153d ust. 1 UoABWiAW
	X	Art. 153d ust. ust.2 (KONTRATYP)	Art. 153d ust. ust.2 (KONTRATYP)
Tajna działalność agenta w spółkach prawa handlowego, spółdzielniach, fundacjach prowadzących działalność gospodarczą	X	Art. 153a ust. 1 UoABWiAW	Art. 52 ust. 2 UoABWiAW
	X	Art. 153a ust. 2 (KONTRATYP UWARUNKOWANY)	Art. 153a ust. 2 (KONTRATYP UWARUNKOWANY)

X – organ nie jest ustawowo upoważniony do prowadzenia określonej czynności operacyjno-rozpoznawczej

Centralne Biuro Antykorupcyjne	Straż Graniczna	Służba Wywiadu Wojskowego	Służba Kontrwywiadu Wojskowego	Żandarmeria Wojskowa	Wywiad skarbowy	Służba Celna
Art. 19 UoCBA	Art. 9f UoSG	X	Art.33 UoSKWiSWW	Art. 32 UoŻW	X	X
Art. 21 (KONTRATYP)	BRAK KONTRATYPU	X	Art. 35 (KONTRATYP)	BRAK KONTRATYPU	X	X
Art. 19 UoCBA	Art. 9f UoSG	X	Art. 33 UoSKWiSWW	Art. 32 UoŻW	X	X
Art. 21 (KONTRATYP)	BRAK KONTRATYPU	X	Art. 35 (KONTRATYP)	BRAK KONTRATYPU	X	X
X	Art. 9g UoSG	X	Art. 34 UoSKWiSWW	Art. 33 UoŻW	Art. 36ca UoKS	X
X	BRAK KONTRATYPU	X	Art. 35 (KONTRATYP)	BRAK KONTRATYPU	BRAK KONTRATYPU	X
X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X
Art. 24 ust. 2 UoCBA	Art. 9c ust. 2 UoSG	Art. 39 ust. 2 UoSKWiSWW	Art. 39 ust. 2 UoSKWiSWW	Art. 40 ust. 2 UoŻW	Art. 37a ust. 2 UoKS	X
Art. 24 ust. 4 (KONTRATYP)	BRAK KONTRATYPU	Art. 39 ust. 6 (KONTRATYP)	Art. 39 ust. 6 (KONTRATYP)	BRAK KONTRATYPU	BRAK KONTRATYPU	X
X	X	Art. 55 ust. 1	Art. 55 ust. 1 (a contrario)	X	X	X
X	X	Art. 55 ust. 2 (KONTRATYP)	Art. 55 ust. 2 (KONTRATYP)	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X

b) Czynności operacyjno-rozpoznawcze, w odniesieniu do których nie przewidziano kontratywu bezkarności

Rodzaj czynności \ Organ	Policja	Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrzne	Agencja Wywiadu
Kontrola operacyjna	Art.19 UoP	Art. 27 UoABWiAW	X
Współpraca z osobami, których dane nie podlegają ujawnieniu	Art. 22 UoP	Art. 36 UoABWiAW	Art. 36 UoABWiAW
Obserwacja i rejestracja w miejscach publicznych obrazu zdarzeń i dźwięku towarzyszącego tym zachowaniom (przy użyciu środków technicznych)	Art. 15 ust. 1 pkt 5a UoP	Art. 23 ust. 1 pkt 6 UoABWiAW	X
Uzyskiwanie danych identyfikujących abonenta oraz billingu telefonicznego Możliwość dostępu do danych, o których mowa w art. 180c i art. 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004r. – Prawo telekomunikacyjne	Art. 20c UoP	Art. 28 ust. 1 pkt 1 UoABWiAW	X
Możliwość uzyskania danych dotyczących osób korzystających z usług pocztowych oraz danych dotyczących faktu i okoliczności świadczenia usług pocztowych	Art. 20d UoP	Art. 28 ust. 1 pkt 1 UoABWiAW	X
Uzyskiwanie gromadzenie, sprawdzanie i przetwarzanie informacji	Art. 20 UoP	Art. 33 i art. 34 UoABWiAW	Art. 33 i art. 34 UoABWiAW
Możliwość pisemnego żądania blokady rachunku prowadzonego w banku lub w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej na okres 72 godzin od momentu otrzymania żądania, równocześnie występowanie o wydanie postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym	X	X	X
Możliwość uzyskania danych stanowiących tajemnicę bankową (jak również tajemnicę finansową z instytucji finansowych, takich jak banki, podmioty prowadzące przedsiębiorstwa maklerskie, spółdzielcze kasy oszczędnościowo- kredytowe, instytucje ubezpieczeniowe)	Art. 20 UoP	X	X
Zagłuszanie łączności telekomunikacyjnej na danym obszarze	X	X	X

X – organ nie jest ustawowo upoważniony do prowadzenia określonej czynności operacyjno-rozpoznawczej

Centralne Biuro Antykorupcyjne	Straż Graniczna	Służba Wywiadu Wojskowego	Służba Kontrywiadu Wojskowego	Żandarmeria Wojskowa	Wywiad skarbowy	Służba Celna
Art. 17 i art. 20 UoCBA	Art. 9e UoSG	X	Art. 31 UoSKWiSWW	Art. 31 UoŻW	Art. 36c UoKS	X
Art. 25 UoCBA	Art. 9b UoSG	Art. 40 UoSKWiSWW	Art. 40 UoSKWiSWW	Art. 36 UoŻW	Art. 36i UoKS	X
art. 14 ust. 1 pkt 6 UoCBA	art. 11 ust. 1 pkt 7 UoSG	X	art. 29 UoSKWiSWW	X	Art. 36aa UoKS	Art. 75b UoSC
Art. 18 ust. 1 pkt 1 UoCBA	Art. 10b UoSG	X	Art. 32 ust. 1 pkt 1 UoSKWiSWW	Art. 30 ust. 1 pkt 1 UoŻW	Art. 36b ust. 1 pkt 1 UoKS	Art. 75d UoSC (możliwość ządania danych telekomunikacyjnych)
Art. 18 ust. 1 pkt 2 UoCBA	X	X	Art. 32 ust. 1 pkt 2 UoSKWiSWW	X	Art. 36b ust. 1 pkt 2 UoKS	X
Art. 22 ust. 1, art. 22a, art. 23 UoCBA	Art. 9 ust. 1a i art. 10a UoSG	Art. 37 i art. 38 UoSKWiSWW	Art. 37 i art. 38 UoSKWiSWW	Art. 29 UoŻW	Art. 36, Art. 36f UoKS	X
X	X	X	X	X	X	Art. 75e UoSC
Art. 23 UoCBA	Art. 10c UoSG	X	X	X	Art. 33 UoKS	Art. 75 UoSC
X	Art. 10e UoSG	X	X	X	X	X