

A. Rzepliński

Sprawa Lüdi przeciwko Szwajcarii (wyrok z dnia 15 czerwca 1992 roku (seria A 238, 17/1991/269/340))

Sprawa, którą przedstawiam w obecnym zeszycie „Prokuratury i Prawa”, ilustruje jeden z najważniejszych i jednocześnie najtrudniejszych problemów współczesnej polityki karnej: dopuszczalności używania przez policję operacyjnych metod działania w śledztwie oraz zakresu stosowania tych metod - zwłaszcza w początkowej fazie śledztwa - w sprawach o dużym ciężarze gatunkowym; działań operacyjnych w tym sensie, że polegających na aktywnym zbieraniu przez policję, we wszczętej już sprawie karnej, przy pomocy podstępów i pod kontrolą sędziego śledczego dowodów popełnienia zbrodni, w tym dowodów popełnienia jej przez konkretną osobę, np. handlu narkotykami, bez wiedzy tej osoby. Fakt wszczęcia śledztwa i nadzór nad nim niezależnego od policji organu pozwala wykorzystać następnie zebrane w ten sposób wszystkie lub niektóre dowody w procesie sądowym. Z tego względu sprawa Lüdi przeciwko Szwajcarii jest nie tylko interesująca dla naszego Czytelnika ale i bardzo aktualna.

*

Ustalenia co do faktów.

Pan Ludwig Lüdi, obywatel Szwajcarii, mieszkał w Röschenz w kantonie berneńskim.

W 1983, w czasie pobytu w Niemczech, został oskarżony o handel narkotykami. 30 listopada 1983 roku Wydział Karny Sądu Okręgowego w Stuttgarcie postanowił o zawieszeniu postępowania z powodu szeregu problemów proceduralnych, w tym interwencję nieujawnionego agenta niemieckiego (V-Mann). Na skutek zażalenia prokuratora, 23 maja 1984 roku Federalny Sąd Najwyższy (Bundesgerichtshof) postanowił przekazać ponownie sprawę temu samemu Sądowi w Stuttgarcie, który postanowił odroczyć rozpoznanie sprawy *sine die* z tej racji, że oskarżony i współoskarżony, zwolnieni z aresztu śledczego 2 września 1983 r., powrócili do Szwajcarii.

Działanie nieujawnionego agenta oraz zatrzymanie skarżącego się.

marca 1984 policja niemiecka poinformowała policję kantonu berneńskiego, że w czasie pobytu w areszcie śledczym L. Lüdi się poprosił współziomka o pożyczkę 200.000 SF w celu zakupu około 5 kg kokainy w Szwajcarii. Tego też dnia szwajcarski sędzia śledczy Sądu Powiatowego (Amtsgericht) w Laufen wszczął postępowanie przygotowawcze w celu uzyskania kolejnych informacji o tej transakcji i przejęcia narkotyków. Policja kantonu berneńskiego, za zgodą sędziego śledczego oraz za zezwoleniem Wydziału Oskarżeń Sądu Apelacyjnego (Obersgericht) (stosownie do art. 171.b. kantonalnego K.p.k.) rozpoczęła monitorowanie rozmów telefonicznych wnioskodawcy. 20 czerwca Izba Oskarżeń postanowiła o przedłużeniu kontroli rozmów telefonicznych do dnia 15 IX 1984 r.

Ponadto, Policja w Laufen oraz Wydział Specjalny ds. Narkotyków zdecydowały, że zaprzysiężony oficer policji kantonu berneńskiego, działający pod pseudonimem ‘Toni’, powinien włączyć się do akcji jako potencjalny nabywca kokainy. Całą akcję nadzorował komendant kantonalny policji. O planie działania powiadomiony został powiatowy sędzia śledczy w Laufen.

Według oświadczenia rządu szwajcarskiego, ‘Toni’ był w 1978 roku absolwentem dwudniowego kursu dla funkcjonariuszy kantonalnych odpowiedzialnych za walkę z handlem

narkotykami. W czasie kursu zwracano uwagę na granice, w jakich ich niejawnie działania mogą być podjęte oraz na odpowiednie przepisy prawa. Krótko przed podjęciem przedmiotowej akcji przełożeni przypomnieli ‘Toniemu’ o nieprzekraczalnych granicach jego działań.

Skarżący się spotkał się z ‘Tonim’ kilkakrotnie: 19 i 21 marca, 15 maja oraz 5 i 14 VI 1984 r., zawsze z inicjatywy tego drugiego z tej racji, że nie znał jego prawdziwego nazwiska, adresu i numeru telefonu. Lüdi został zatrzymany 1 VIII 1984 r. pod zarzutem nielegalnego handlu narkotykami. Tego samego dnia sędzia śledczy polecił przerwać podsłuch telefonu skarżącego się. Sędzia śledczy poinformował skarżącego się, w piśmie z dnia 22 VIII 1984 r. o założeniu podsłuchu jego telefonu w okresie od 15 III do 2 VI 1984 r.

Według raportów ‘Toniego’, p. Lüdi przyrzekł mu sprzedaż, jako pośrednikowi, 2 kg kokainy wartej 200.000 SF oraz, że pożyczyl 22.000 SF od trzeciej osoby na zakup kokainy lub innego narkotyku.

VIII 1984 r. w czasie przeszukania mieszkania skarżącego się policja znalazła na wielu przedmiotach ślady kokainy i haszyszu.

IX 1984 r. sędzia śledczy Sądu Powiatowego w Laufen postanowił zwolnić skarżącego się z aresztu, kierując się „obszernym przyznaniem się do podstawowych zarzutów, co w konsekwencji wyeliminowało ryzyko matactwa lub uchylania się od wymiaru sprawiedliwości”.

X 1984 roku, stosownie do wyników śledztwa, policja berneńska wniosła akt oskarżenia.

Postępowanie przed Sądem Powiatowym w Laufen.

VI 1985 roku Sąd Powiatowy w Laufen uznał skarżącego się winnym popełnienia siedmiu przestępstw przeciwko Federalnej ustawie o środkach odurzających (Betäubungsmittelsgesetz)¹ i skazał go na karę trzech lat pozbawienia wolności. W celu

¹ Przepisy tej ustawy mające zastosowanie do niniejszej sprawy brzmią następująco:

Art. 19.1. Kto bez zezwolenia uprawia alkaloidy lub konopie w celu wyrobu środków odurzających;

kto bez zezwolenia wytwarza, sporządza wyciągi, przetwarza bądź poddaje obróbce;

kto bez zezwolenia przechowuje, przesyła, importuje bądź eksportuje środki odurzające lub przewozi je w tranzycie;

każdy, kto bez zezwolenia oferuje, rozprowadza, sprzedaje w hurcie lub w detalu, pośredniczy, zaleca, poszukuje zbytu lub przenosi środki odurzające;

kto czyni przygotowania do opisanych wyżej czynów;

każdy kto finansuje nielegalne handel środkami odurzającymi lub służy jako pośrednik w takich operacjach, oraz

każdy kto publicznie zachęca do używania środków odurzających lub publicznie ogłasza o możliwości nabycia lub używania tych środków,

jeżeli działa umyślnie podlega karze pozbawienia wolności lub grzywnie. W sprawach większej wagi kara pozbawienia nie może być niższa niż 1 rok z możliwością jednoczesnego orzeczenia kary grzywny do 1 miliona franków.

2, W sprawach szczególnej wagi jeżeli sprawca:

a. wiedział lub musiał być świadomy, że przedmiotem przestępstwa są środki odurzające, które mogą stworzyć zagrożenie dla zdrowia znacznej liczby ludzi;

utrzymania w tajemnicy danych osobowych, sąd nie przesłuchał jako świadka oskarżenia 'Toniego' - tajnego agenta. Sąd uznał, że taśmy z nagrań rozmów telefonicznych oraz raporty tajnego agenta świadczą bezspornie, iż p. Lüdi nawet bez działania agenta policji miał zamiar zajmować się pośrednictwem w dużych transakcjach narkotykowych.

Postępowanie przed Sądem Apelacyjnym Berna.

Pan Lüdi złożył apelację przeciwko przypisaniu mu wyrokiem dwóch z siedmiu czynów, tj. usiłowania dostarczenia agentowi 'Toniemu' kokainy oraz usiłowania nabycia kokainy lub innego narkotyku przez poszukiwanie pożyczkodawcy pieniędzy na sfinansowanie transakcji.

października 1985 roku Pierwsza Izba Sądu Apelacyjnego Berna utrzymała w mocy wyrok Sądu Powiatowego. Sąd Apelacyjny również nie wezwał w charakterze świadka tajnego agenta. Sąd ten uznał, że dowody przedstawione sądowi I instancji potwierdzają treść raportów agenta „Toniego”, w szczególności co do przebiegu wydarzeń. Jest zatem oczywiste, czego skarżący się nie podważał, że usiłował on sprzedać agentowi „Toniemu” 2 kg kokainy, nawiązał kontakt z M. a następnie z B., podróżował do Ticino i do Włoch, przygotowywał spotkania między „Tonim” a możliwym nabywcą. Po początkowym bagatelizowaniu faktów, p. Lüdi zdecydował się przyznać do winy, co nastąpiło częściowo po przedstawieniu mu nagrań z jego rozmów telefonicznych oraz oświadczenia M. Ustalone zostało ponad wątpliwość, że to p. Lüdi pierwszy wspomniał S. o nabyciu kokainy.

Sąd Apelacyjny rozważył argument podniesiony przez skarżącego się, że przepisu art. 23.2 Federalnej ustawy o środkach odurzających nie stosuje się do działania agenta 'Toniego'. Sąd stwierdził, że sam fakt, iż skarżący się planował poważną transakcję narkotykową przed pierwszym spotkaniem z tajnym agentem powoduje, że ma do niego zastosowanie art. 19 tej Ustawy. Ponadto szczegółowy raport z rozmów telefonicznych wykazał niezbicie, że p. Lüdi w sposób ciągły (*beharrlich*) i z własnej inicjatywy próbował handlować narkotykami oraz, że w tym celu miał zamiar zaangażować 'Toniego' jako „bankiera” ponieważ sam nie posiadał wystarczającego kapitału.

Postępowanie przed Sądem Federalnym (Bundesgericht).

Pan Lüdi wniósł dwie skargi kasacyjne, konstytucyjną i karną, do Sądu Federalnego z prośbą o unieważnienie wyroku. Skargi oparł na twierdzeniu, że nastąpiło naruszenie jego prawa do poszanowania życia prywatnego (art. 8 Konwencji). W pierwszym rzędzie podniósł, że kontrolowanie jego rozmów telefonicznych nie było „zgodne z prawem” i nie było usprawiedliwione na podstawie ust. 2 tego przepisu - jako, że był podejrzany jedynie o zamiar popełnienia przestępstwa. Po drugie, zdaniem skarżącego sprzeczne z prawem było użycie tajnego agenta, który - jego zdaniem - nakłaniał go do handlu narkotykami. Twierdził nadto,

b. działał w grupie przestępczej zorganizowanej w celu nielegalnego handlu środkami odurzającymi;

c. osiągnął znaczny obrót lub zysk z zawodowego handlu środkami odurzającymi.”.

Art. 23.1. Jeżeli funkcjonariusz odpowiedzialny za wykonywanie tej ustawy popełni przestępstwo umyślne określone w art. 19 - 22 podlega karze odpowiednio zaostrzonej.

2. Funkcjonariusz, który dla celów śledczych osobiście lub w imieniu innej instytucji przyjmuje środek odurzający lub osobiście bądź w imieniu innej instytucji wchodzi w posiadanie takich środków nie podlega karze nawet jeżeli nie ujawnił on wówczas swoich danych osobowych lub statusu”.

że nagrania rozmów telefonicznych nie powinny być zaliczone do materiału dowodowego, a oparcie skazania jedynie na treści raportów agenta, bez wezwania go w charakterze świadka naruszyło jego prawo do obrony gwarantowane w art. 6 Konwencji.

kwietnia 1986 roku Sąd Federalny - działając jako sąd konstytucyjny - odrzucił skargę kasacyjną z następujących względów²:

Skarga kasacyjna podnosi zarzut polecenia inwigilowania rozmów telefonicznych. Było to niezgodne z prawem dlatego że, po pierwsze K.p.k. nie zezwala na podsłuchiwanie w fazie 'ogólnych działań śledczych policji' oraz że postępowanie przygotowawcze zaczęło się jedynie dla pozorów. Po drugie skarżący się podnosi, że kantonalna procedura karna nie dopuszcza prewencyjnego inwigilacji telefonicznej i że w jego sprawie nie chodziło o przestępstwo już popełnione, ale o sprawdzenie, że mogło być popełnione.

Zgodnie z art. 171.b. berneńskiego K.p.k. (StrV)³ sędzia śledczy może zarządzić kontrolę korespondencji, rozmów telefonicznych i telegramów podejrzanego 'o ile usprawiedliwia to waga przestępstwa lub szczególne okoliczności albo gdy przestępstwo będące przedmiotem śledztwa zostało popełnione za pośrednictwem telefonu'. Nie budzi wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie podsłuchu rozmów telefonicznych została zarządzana przez organ uprawniony i na podstawie art. 171.c tego K.p.k. Wbrew twierdzeniom skazanego, prawo kantonalne nie zabrania takiego podsłuchu w fazie wstępnych działań śledczych, nie wynika to Kodeksu ani nie zostało udowodnione przez skazanego. Kontrola rozmów telefonicznych jest, stosownie do okoliczności, często stosowana jest właśnie na początku śledztwa. Z tego

² Wg. treści wyroku ogłoszonego w „Annuaire Suisse de droit international” 1987, ss. 229-230 oraz 232-234.

³ Przepisy K.p.k. szwajcarskiego prawa karnego mające zastosowanie do niniejszej sprawy brzmią następująco:

Berneński K.p.k.

„Art. 171b.1. Sędzia śledczy może zarządzić kontrolowanie korespondencji, przesyłek, korespondencji i komunikacji telegraficznej podejrzanego jeżeli uzasadnia to powaga przestępstwa lub jego szczególne okoliczności lub jeżeli przestępstwo popełnione zostało przy pomocy telefonu.

Art. 171.c.1 Sędzia śledczy przedstawia kopię zarządzenia wraz z krótkim uzasadnieniem oraz akta sprawy Izbie Oskarżeń w ciągu 24 godzin od wydania tego zarządzenia.

2. Zarządzenie obowiązuje na czas nie dłuższy niż 3 miesiące, można je przedłużyć nie dłużej niż o 3 miesiące. Sędzia śledczy przedstawia zarządzenie o przedłużeniu terminu do aprobaty Izby Oskarżeń na 10 dni przed upływem tego terminu.

3. Sędzia śledczy przerywa zarządzoną kontrolę z chwila gdy staje się ona niekonieczna bądź z chwilą upływu terminu”.

Szwajcarski kodeks karny

„Art. 24.1. Kto nakłania inną osobę do popełnienia przestępstwa, jeżeli zostało ono popełnione, podlega karze takiej jak sprawca przestępstwa.

2. Kto usiłuje nakłonić inną osobę do popełnienia zbrodni podlega karze przewidzianej za jej usiłowanie.

Art. 32. Nie stanowi przestępstwa czyn nakazany przez ustawę lub wynikający z obowiązku urzędowego lub zawodowego lub który ustawa określa przez jako dozwolony bądź niekaralny.”

punktu widzenia nie wykazano, że zarządzenie sędziego śledczego mógł naruszać Konstytucję albo że było ono dowolnym stosowaniem prawa kantonowego.

Nie zachodzi potrzeba badania, czy w świetle art. 171.b przedmiotowego K.p.k. kontrola rozmów telefonicznych oraz inne środki regulowane przez ten Kodeks stosuje się wyłącznie do przestępstw już popełnionych, co wykluczałoby możliwości inwigilacji prewencyjnej, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie, że przestępstwo mają być właśnie popełnione. Według przepisu 19.1.16 Ustawy o środkach odurzających osoba, która podejmuje jakieś działania w celu w handlu, transportu lub przechowywania takich środków już popełnia przestępstwo. Zachowanie p. Lüdi'ego w świetle raportu policji niemieckiej, to jest jego poszukiwanie pieniędzy dla zakupu partii kokainy, stanowiło już przestępstwo w świetle tego przepisu. Istniały zatem już wówczas podstawy prawne do wszczęcia sprawy i inwigilacji rozmów telefonicznych. Zarządzenie wydano stosownie nie tylko do znanego policji szwajcarskiej faktu popełnienia przestępstwa oraz działań śledczych w tej sprawie. Co więcej, nie do utrzymania byłaby interpretacja przez analogię przepisu art. 171.b K.p.k. jako podstawy prawnej także dla środków prewencyjnych, gdzie ich przedsięwzięcie wynika z powagi lub szczególnych cech danego przestępstwa, którego popełnienie się przewiduje. Podśluch telefoniczny zarządzony w rozpatrywanej sprawie na podstawie uzasadnionego podejrzenia bez wątpienia nie był nadużyciem prawa.

Użycie tzw. tajnego agenta nie jest wyraźnie przewidziane w szwajcarskiej procedurze karnej, dominuje jednak opinia, że jest ono w zasadzie dopuszczalne, o ile szczególna natura danego przestępstwa usprawiedliwia zastosowania działań niejawnych a tajny agent ma ujawnić działalność przestępczą w zasadniczo bierny sposób bez wpływu na pojawienie się woli popełnienia przestępstwa oraz nakłaniania do czynu przestępnego. Dodać należy, że szwajcarskie ustawodawstwo federalne (art. 23.2. Ustawy o środkach odurzających) dopuszcza wyraźnie użycie tajnego agenta w postępowaniu karnym w sprawie handlu narkotykami.

Dopuszczalne jest, co do zasady, oparcie skargi kasacyjnej na zarzucie wobec użycia tajnego agenta policji jako naruszenia reguły państwa prawnego. Trzeba brać bowiem pod uwagę, że środek taki stanowi poważną ingerencję w życie prywatne i w wolność osobistą danej osoby. W państwie prawnym naruszenie tych praw jest dopuszczalne tylko na podstawie wystarczająco wyraźnym zezwoleniu przez przepis ustawy.

Podstawy prawne wykorzystania tajnego agenta nie były jeszcze dyskutowane w szwajcarskim orzecznictwie i w literaturze i nie zostało ono wyraźnie uznane za ograniczenie praw z punktu widzenia zasady państwa prawnego. Środek taki należy uznać za kontynuację i rozszerzenie uzasadnienia ustawowego dla podsłuchu telefonicznego i podobnych środków śledczych. Podczas gdy środki przymusu stosowane w procedurze karnej (takie jak zatrzymanie, przeszukanie pomieszczenia itd.) wyraźnie skierowane są przeciwko woli osoby której dotyczą i której legalne prawa podlegają ochronie - to podsłuch rozmów telefonicznych, komunikacji pocztowej i telegraficznej bez wiedzy osoby zainteresowanej, gdy poufność użycia tych środków we wszczętym postępowaniu karnym chroniona jest prawo, rodzi pytania na nieco innym poziomie: wolność osobista osoby zainteresowanej nie jest wówczas ograniczona ani nie musi ona znosić jakichś innych środków przymusu, to jednak osoba taka nawiązuje kontakty z nieznanym jej partnerem, którego unikałaby gdyby wiedziała, że pracuje on na rzecz prowadzonego śledztwa. Jeżeli tajny agent podejmuje działania jedynie w celu upewnienia się przestępstwo zostało popełnione i które zaistniałoby w ten czy podobny sposób nawet bez jego interwencji, użycie go jest bez wątpienia

nieusprawiedliwione. Z drugiej strony, niedopuszczalne byłoby aby tajny agent przejawiał inicjatywę i prowokowałby działanie przestępcze które inaczej w ogóle nie zaistniałoby; władze śledcze w żadnym przypadku nie mogą prowokować popełnienia przestępstwa w celu uzyskania podstawy do oskarżania przestępców, których gotowość popełnienia przestępstwa, prawdopodobnie istniejąca choć ukryta, nie została bez tego zmanifestowana. Jeżeli tajny agent przyspiesza popełnienie przestępstwa przez daną osobę, choć nie sposób uznać go za bezpośredniego inicjatora lub podżegacza, ale niemniej zachowuje się w sposób, że inaczej, według późniejszej oceny, przestępstwo byłoby mniej szkodliwe lub mniej poważne bez takiego „udziału” tajnego agenta - to sąd orzekający winien wziąć to pod uwagę.

Tajne działania śledcze nie godzą w prawa podstawowe chronione przez Konstytucję Federalną (lub Konwencję Europejską). Osoba, której działania te dotyczą zachowuje wolność podejmowania decyzji oraz zachowania się wobec tajnego agenta, jest ona, jednakże, wprowadzona w błąd co do osoby negocjującego partnera oraz jego kontaktów z policją. Prawo konstytucyjne nie chroni przestępcy przed podjęciem wobec niego działań tajnego agenta policji w celu obserwacji nielegalnego zachowania się. Podobnie art. 8 Konwencji europejskiej nie daje przestępcy ochrony przed niejawnymi czynnościami śledczymi. Do kompetencji ustawodawcy należy zdecydować czy metody śledcze tajnych agentów powinny być, z powodu niewątpliwego ryzyka nadużyć, regulowane przez prawo i czy przepisy prawa zapobiegałyby jakimkolwiek nadużyciom lepiej niż czyni to obecnie orzecznictwo. Stosownie do obowiązującego prawa konstytucyjnego i sądowego, użycie tajnego agenta jest dozwolone w granicach wykreślonych przez ogólne zasady państwa prawnego a nie wyrażone w szczegółowych przepisach ustaw. Istnieją ponadto, nawet bez myśli, że konieczne byłoby ustawowe uregulowanie, inne środki śledcze - jak np. stała inwigilacja podejrzanego, które mogą poważnie wpłynąć na życie prywatne oraz prowadzić do niepożądanych przez zainteresowaną osobę rezultatów.

Jeżeli, zatem, prawo nie określa w tym przypadku podstawy użycia tajnego agenta, nie jest konieczne badanie czy art. 23.2 Ustawy o środkach odurzających mógłby być rozważany jako wystarczająca podstawa ustawowa w sytuacji braku odpowiednich przepisów w kantonalej procedurze karnej. Sformułowanie tego przepisu pokazuje, że nie odnosi się on do postępowania karnego, ale że stanowi zasadę prawa materialnego, co nie musi być tu rozważane, podobnie jak i okoliczności powodujące uchylenie karalności, gdy działania tajnego agenta stanowią znamię przestępstwa.

Działanie tajnego agenta ‘Toniego’ nie wychodzi, z dwóch powodów, poza granice wykreśloną powyżej - to jest niejawnych działań śledczych akceptowalnych w ramach państwa prawnego:

Prowadzenie śledztwa w sprawach dotyczących przestępstw narkotycznych często, z powodu charakteru tych czynów, prowadzone jest przy wykorzystaniu tajnego agenta. Jest tak właśnie dlatego, że w takich przypadkach metoda ta dowodzi jej konieczności i skuteczności. Z chwilą otrzymania raportu o sprecyzowanym podejrzeniu, że p. Lüdi ma zamiar handlować kokainą, nie było nieproporcjonalnym użycie funkcjonariusza policji jako rzekomego nabywcy. Działanie takie nie stanowi dowolnej interpretacji kantonalej procedury karnej ani nie było naruszeniem ustawy zasadniczej lub chronionych przez Konwencję europejską praw człowieka.

Na podstawie oświadczeń stron i po rozważnej ocenie dowodów w tej sprawie Sąd dochodzi do przekonania, że Lüdi zainicjował rozmowy ze Schneiderem o handlu kokainą a następnie również spontanicznie zaoferował ‘towar’ zainteresowanemu tym ‘Toniemu’, który skontaktował się z Lüdi’em aby zorientować się, jak rzecz się przedstawia. To wszystko

oznacza, że strona skarżąca wyrok dopuściła się przestępstwa. Lüdi z własnej woli uzyskał kontakt z prawdopodobnymi dostawcami oraz próbował pozyskać gdziekolwiek pieniądze na tę transakcję. Ponieważ nie miał numeru telefonu do 'Toniego', musiał czekać na telefon od niego. Zasadniczym pytaniem jest to, że 'Toni' działał w tej sprawie jako podżegacz, czy też występując jako rzekomy handlarz jedynie przyczyniał się do zbadania zaangażowania się Lüdi'ego w handel kokainą.

W skardze kasacyjnej wywodzi się, że ponieważ sądy orzekające nie wezwały i nie przesłuchiwały w charakterze świadka tajnego agenta 'Toniego', bez znaczenia były jego pośrednie lub bezpośrednie oświadczenia. . Jeżeli uzna się, że wykorzystanie tajnego agenta jest usprawiedliwione w interesie publicznym w walce z handlem narkotykami, na tyle skutecznej, na ile to możliwe, oznacza to, iż identyfikacja i metody śledcze takich agentów nie mogą być łatwo ujawniane w postępowaniu karnym. Dalsze wykorzystanie tych agentów byłoby wskutek tego uniemożliwione. Utrzymanie niejawności tajnych agentów nie narusza samo przez się zasad procedury karnej ani praw konstytucyjnych. Jest sprawą sądu karnego ocena dowodów i decydowanie jakie znaczenie może mieć poleganie w danej sprawie na pisemnych oświadczeniach tajnego agenta bez wzywania go na rozprawę i przesłuchania na okoliczności sprawy. Podejrzenia, że Lüdi podjął działania przygotowawcze do popełnienia przestępstwa ustalono w wyniku podmuchu jego rozmów telefonicznych, własnych jego wyjaśnień oraz zeznań świadków. To że sąd karny przyjął, wbrew wywodom skarżącego, iż rola tajnego agenta była mniej aktywna, to uczynił tak na podstawie oceny całokształtu materiału dowodowego w sprawie.”.

Odwrotnie tymczasem orzekła Izba Kasacyjna Sądu Federalnego, która uchyliła zaskarżony wyrok. Sąd ten stwierdził, że Sąd Powiatowy w Laufen, skazując skarżącego się nie wziął wystarczająco pod uwagę znaczenia zachowania się tajnego agenta dla tej sprawy oraz, że Sąd Apelacyjny w Bernie nie wziął pod uwagę wyniku postępowania karnego przeciwko skarżącemu się przed sądem niemieckim oraz nie uwzględnił faktu, iż nie był on dotychczas karany. Sąd Federalny przekazał sprawę do ponownego rozpoznania sądowi Apelacyjnemu w Bernie.

II 1987 r. Sąd Apelacyjny w Bernie złagodził karę do 18 miesięcy pozbawienia wolności, zawieszając jej wykonanie na 3 lata. Nakazał również, aby p. Lüdi kontynuował na wolności podjęte w areszcie leczenie przeciwuzależnieniowe. Za podstawę orzeczenia Sąd ten wziął, w tym względzie, zachowanie się tajnego agenta 'Toniego' oraz orzeczenie sądowo-psychiatryczne, wg. którego oskarżony dopuścił się przestępstwa będąc pod działaniem kokainy a zatem w warunkach ograniczonej poczytalności.

*

Postępowanie przed Komisją Europejską.

IX 1986 r. p. Lüdi złożył skargę do Komisji. jej przedmiotem było podsłuchiwanie jego rozmów telefonicznych, manipulowanie nim przez tajnego agenta. Twierdził on, że stanowiło to naruszenie jego prawa do życia prywatnego (art. 8). Utrzymywał także, że skazanie go oparte zostało na raportach tego agenta, którego sąd nie wezwał na przesłuchanie w charakterze świadka - naruszało to jego prawo do uczciwego procesu (art. 6 § 1) oraz jego prawo do zadawania pytań temu świadkowi (art. 6 § 3 lit. d).

Ustalanie faktów co do prawa i okoliczności sprawy trwało w Komisji niemal cztery lata. 10 V 1990 r. Komisja uznała skargę za dopuszczalną (sygn. 12433/86). 9 XII 1990 r. Komisja

sporządziła swoją opinię (art. 31) i przyjęła, iż w sprawie tej naruszony został przepis art. 8 (10 głosów za, przeciw 4) oraz przepis art. 6 § 3 lit. d w zw. z art. 6 § 1 (13 głosów za, przeciw 1).

Rząd Szwajcarii przedstawił Europejskiemu Trybunałowi opinię, że „w sprawie tej, jeżeli chodzi o uznanie wnioskodawcy za ‘ofiara’, nie nastąpiło naruszenie art. 8 Konwencji lub art. 6 § 3 lit. d. w zw. z art. 6 § 1”

Rząd stwierdził, że art. 23.2. był brany pod uwagę przez sądy kantonalne i przez Sąd Federalny, które uznały, iż przepis ten dopuszcza jedynie pasywną postawę tajnych agentów, którzy ponoszą ryzyko odpowiedzialności karnej w przypadku podżegania lub prowokacji. Co więcej, wykorzystanie takich agentów może być zarządzone tylko w przypadkach zbrodni zorganizowanego handlu narkotykami.

*

Wyrok Trybunału Europejskiego z 15 VI 1992 r.⁴

„Co do prawa.

Rząd argumentował, jeszcze w postępowaniu przed Komisją, że wyrok Sądu Apelacyjnego w Brnie z 17 II 1987 r. przesądził, że p. Lüdi nie może być uznany za ofiarę w myśl art. 25 § 1 Konwencji. Wymierzona mu kara została złagodzona do granic sugerowanych przez obrońcę wnioskodawcy.

Wnioskodawca podważał ten argument, podobnie jak Komisja, która zauważyła, że wyrok Sądu Apelacyjnego oparty był wyłącznie raportach tajnego agenta oraz na opinii sądowo-psychiatrycznej. .

Termin „ofiara” użyty w przepisie art. 25 Konwencji określa osobę bezpośrednio dotkniętą działaniem lub zaniechaniem, nawet gdy nie da się stwierdzić szkody; zaistnienie szkody jest istotne tylko w kontekście art. 50 Konwencji. A zatem złagodzenie kary nie likwiduje statusu skazanego jako ofiary, chyba że fakt naruszenia Konwencji zostanie przyznany przez władze danego kraju wprost lub w treści zajętego przez nie stanowiska oraz gdy następnie wyrównają one wyrządzaną szkodę

(patrz: wyrok z dn. 15 VII 1982 r. w sprawie Eckle przeciwko Niemcom).

Tymczasem w rozpatrywanej sprawie z orzeczeń sądów szwajcarskich, a w szczególności Sądu Federalnego, wynika, że wnioskodawca był przedmiotem działań tajnego agenta oraz że władze tego kraju dalekie były od przyznania iż działania te stanowiły naruszenie prawa. W tym zakresie sprawa wymaga rozpoznania. Trybunał Europejski jednomyślnie uznał, że wnioskodawca był ofiarą art. 25 § 1 Konwencji.

Zarzut naruszenia art. 6 Konwencji

Pan Lüdi skarży się na podwójne naruszenie przepisu art. 8, wg. którego:

⁴ Treść wyroku za „European Court of Human Rights. Case of Lüdi v. Switzerland”, Strasbourg, 15 June 1992, Seria A-238, 17/1991/269/340), §§ 31-53. (Wszystkie podkreślenia i teksty w ramkach są moje - przyp. A.Rz.).

Każdy ma prawo do poszanowania swego życia prywatnego i rodzinnego, swego mieszkania i swej korespondencji.

Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności bądź ochronę praw i wolności innych osób⁵.

Po pierwsze przez zbyt długie wykorzystywanie tajnego agenta 'Toniego', który poprzez osobisty kontakt i używanie podstępu, dążył do uzyskania informacji i wpływu na zachowanie się wnioskodawcy. Drugie naruszenie miało wynikać z faktu używania przez agenta urządzeń technicznych w celu uzyskania dostępu do domu wnioskodawcy oraz rejestrowania rozmów, które były prowokowane podstępnie i w celu uzyskania pożądanых informacji. W każdym z tych przypadków nastąpiło zdaniem wnioskodawcy naruszenie jego prawa do poszanowania życia prywatnego, naruszenie nieusprawiedliwione, bowiem sprzeczne z prawem.

W opinii Komisji podsłuch rozmów telefonicznych nie stanowił naruszenia Konwencji. Zaangażowanie do śledztwa tajnego agenta zmieniło jednakże zasadniczo bierny charakter działań przez wprowadzenie do podsłuchu rozmów telefonicznych nowego czynnika - słów wypowiedzianych w wyniku relacji jakie tajny agent nawiązał z wnioskodawcą. A zatem zaistniała odrębna forma ingerencji w życie prywatne wnioskodawcy, która wymagała odrębnego usprawiedliwienia w świetle art. 8 ust. 2 Konwencji. Oznacza to, że działania 'Toniego' nie miały wystarczającej podstawy w obowiązującym prawie szwajcarskim.

Rząd Szwajcarii odrzucił takie rozumowanie Komisji. Jego zdaniem należało w pierwszym rzędzie rozważyć dopuszczalność użycia tajnego agenta a następnie badać, czy podsłuchiwanie rozmów telefonicznych z udziałem tego agenta było tego rodzaju, że czyniło już ten podsłuch - hipotetycznie legalny - sprzecznym z warunkami przepisu art. 8 Konwencji.

Europejski Trybunał stwierdził, że wszczynając postępowanie karne przeciwko wnioskodawcy w dn. 15 III 1984 r. sędzia śledczy Sądu Powiatowego w Laufen zarządził jednocześnie podsłuchiwanie jego rozmów telefonicznych. Izba Oskarżeń Sądu Apelacyjnego dla kantonu berneńskiego zatwierdziła ten środek a następnie zatwierdziła przedłużenie jego stosowania.

Nie ma wątpliwości, że podsłuch rozmów telefonicznych stanowił ingerencję w życie prywatne p. Lüdi i w jego prawo do korespondencji. Taka ingerencja nie stanowi naruszenia Konwencji, o ile zgodna jest z warunkami określonymi w ust. 2 art. 8.

W tym punkcie Sąd zgadza się z Komisją. podsłuch został zarządzony na podstawie przepisów art. 171b oraz 171c K.p.k. obowiązującego w kantonie berneńskim, który zezwala na stosowanie tego środka także w postępowaniu przygotowawczym, gdy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że przestępstwo zostało popełnione.

⁵ Podaję wg. tekstu Konwencji zamieszczonego w: „Prawa człowieka a policja. Wybór dokumentów Rady Europy i ONZ”, pod. red. A. Rzeplińskiego, nakł. Centrum Szkolenia Policji, Legionowo 1992.

Z drugiej strony Trybunał zgadza się z rządem szwajcarskim, że w niniejszej sprawie użycie tajnego agenta nie powodowało, samodzielnie lub w połączeniu z podsłuchem rozmów telefonicznych, ingerencji w życie prywatne w myśl treści art. 8. Działania ‘Toniego’ miały związek z transakcją pięcioma kg kokainy. Władze kantonalne, ostrzeżone przez policję niemiecką, wybrały zaprzysiężonego policjanta do infiltrowania działań prawdopodobnie dużej sieci handlarzy zamierzających przerzucić znaczną ilość narkotyków do Szwajcarii. Celem operacji było zatrzymanie tych handlarzy w momencie przejęcia przez nich narkotyków. W tym celu ‘Toni’ skontaktował się z wnioskodawcą, który powiedział że jest przygotowany do sprzedania mu 2 kg kokainy wartej 200 tys. SF.

Wnioskodawca musiał być zatem świadomy, że angażował się w działanie przestępne, sprzeczne z art. 19 Ustawy o środkach odurzających i że następstwem tego stworzył ryzyko natknięcia się na działanie tajnego agenta policji, którego zadaniem byłoby ujawnienie całej transakcji.

A zatem Trybunał Europejski, jednomyślnie, nie stwierdził naruszenia przepisu art. 8 Konwencji.

Zarzut naruszenia art. 6 §§ 1 i 3 lit. d.

Wnioskodawca podniósł, że nie zapewniono mu uczciwego, w świetle przepisów Konwencji, procesu. Oto treść tych przepisów:

Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd .o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej.

Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do:

przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach, jak świadków oskarżenia.

Wnioskodawca utrzymywał, że skazanie zostało oparte przede wszystkim na raporcie tajnego agenta oraz stenogramach jego rozmów telefonicznych z tym agentem, chociaż w żadnym stadium sprawy karnej nie miał możliwości konfrontacji z tym agentem. Sądy szwajcarskie, odrzucając jego wniosek przesłuchania ‘Toniego’ w charakterze świadka pozbawiły go możliwości ustalenia, do jakiego stopnia działania ‘Toniego’ wpłynęły i wyznaczyły jego zachowanie się, a więc kwestii, która wg. Sądu Federalnego był zasadnicza oraz była przedmiotem sporu. Odmowa wezwania ‘Toniego’ uniemożliwiła sądom szwajcarskim wyrobienie sobie opinii w kwestii wiarygodności tajnego agenta.

Dopuszczalność środków dowodowych jest wyznaczona przede wszystkim przez prawo krajowe i powszechnie uznaną zasadę bezpośredniości. Trybunał Europejski przyjął, że jego zadaniem było upewnienie się czy postępowanie karne w tej sprawie, w tym stadium postępowania dowodowego, było uczciwe. Wymogi art. 6 § 3 określają szczególny aspekt prawa do uczciwego procesu gwarantowany w § 1 tego przepisu, a zatem Trybunał zdecydował rozpatrzyć skargę z punktu widzenia obu tych przepisów łącznie.

Trybunał uznał iż aczkolwiek ‘Toni’ nie składał zeznań w sądzie, jego osobę należy rozważać, zgodnie z celami określonymi w art. 6 § 3 lit. d Konwencji, jako świadka. Szczególną wagę Rząd szwajcarski przywiązywał do dwóch okoliczności. Po pierwsze skazanie wnioskodawcy nie było oparte wyłącznie na raportach ‘Toniego’, ponieważ sądy opierały się głównie na przyznaniu się do winy wnioskodawcy oraz na wyjaśnieniach współoskarżonych. Po drugiej decyzja o otrzymaniu w tajemnicy danych agenta wynika z

potrzeby dalszego jego wykorzystania w infiltrowaniu handlarzy narkotykami oraz ochrony informatorów policji.

W podzielanej przez Trybunał opinii Komisji wiadomo, że p. Lüdi przyznał się do winy po okazaniu mu stenogramów jego rozmów telefonicznych i że był on pozbawiony w kolejnych stadiach procesu skutecznych środków badania oraz przedstawienia zarzutów wobec tego dowodu. Trybunał przyjął, że aczkolwiek sądy szwajcarskie nie opierały swoich orzeczeń wyłącznie na pisemnych raportach ‘Toniego’ to jednak odegrały one rolę w ustaleniu faktów, które doprowadziły do skazania.

Stosownie do utrwalonego orzecznictwa Trybunału, wszystkie dowody muszą być przedstawione w obecności oskarżonego w publicznym procesie z możliwością przedstawienia im przeciwnych argumentów. Istnieją wyjątki od tej zasady, choć nie mogą one naruszać prawa do obrony; co do zasady przepis art. 6 § 3 lit. d. wymaga aby oskarżony dysponował odpowiednimi i właściwymi środkami zakwestionowania przedstawionych dowodów, zadania pytania świadkom w momencie konfrontacji lub w późniejszym stadium procesu.

(Patrz wyrok z 26 IV 1991 r. w sprawie Asch przeciwko Austrii).

Sądy szwajcarskie, zarówno Powiatowy w Laufen jak i Apelacyjny w Bernie, odrzuciły wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka tajnego agenta ‘Toniego’, uznając, że jego anonimowość musi być zachowana. Sąd Federalny podtrzymał tę decyzję przez przyjęcie, że ‘identyfikacja i metody śledcze takich agentów nie mogą być łatwo ujawniane w postępowaniu karnym’.

Trybunał Europejski stwierdza, że w przedmiotowa sprawa różni się od sprawy Kostovski przeciwko Holandii oraz Windisch przeciwko Austrii (wyroki z dn. 20 XI 1989 r. oraz dn. 27 IX 1990 r., Seria A poz. 166 i 186), gdzie skazania oparte były na zeznaniach złożonych przez anonimowych świadków. W tej sprawie chodzi o osobę zaprzysiężonego policjanta, którego funkcję w śledztwie znał sędzia śledczy. Co więcej, wnioskodawca poznał rzeczonego agenta, jeżeli nawet nie w jego rzeczywistej roli, to co najmniej jego wygląd fizyczny, jako iż miał z nim pięć spotkań.

Jednakże, ani sędzia śledczy, ani sądy orzekające nie były w stanie lub nie zechciały przesłuchać ‘Toniego’ jako świadka i przeprowadzić konfrontacji, co poddałby jego oświadczenia przeciwnym twierdzeniom p. Lüdi’ego, a nadto - ani p. Lüdi, ani jego obrońca nie mieli ani razu w postępowaniu karnym sposobności zadania pytań ‘Toniemu’ oraz podważenia jego wiarygodności. A można to było uczynić w sprawie o handel narkotykami bez identyfikacji agenta i narażania na szwank uprawnionego interesu władz policyjnych, tak aby mogły one chronić tego agenta i wykorzystać go ponownie w innej sprawie.

A zatem, prawo do obrony było w tej sprawie ograniczone w sposób, który nie zapewniał wnioskodawcy prawa do uczciwego procesu. Doszło zatem do naruszenia przepisów art. 6 § 3 lit. d. w zw. z art. 6 § 1 Konwencji (8 głosów za i 1 przeciwko⁶).

⁶ W sporządzonej, jak zawsze w takich przypadkach i załączonej do tekstu wyroku Trybunału, odmiennej opinii, sędzia dysydent, Franz Matscher, Austriak, napisał, że „podziela wagę przykładaną przez większość sędziów do ochrony prawa do obrony, które może być

Zastosowanie art. 50 Konwencji.

Stosownie do tego przepisu:

Jeżeli Trybunał stwierdził, że decyzja lub środek zastosowany przez władzę sądową lub inną władzę Wysokiej Układającej się Strony jest częściowo lub całkowicie sprzeczny z zobowiązaniami wynikającymi z niniejszej Konwencji oraz jeśli prawo wewnętrzne Strony pozwala tylko na częściowe usunięcie konsekwencji tej decyzji lub zastosowanego środka, Trybunał orzeka, gdy zachodzi potrzeba, odpowiednie zadośćuczynienie pokrzywdzonej Stronie.

Powołując się na ten przepis p. Lüdi wnosił o zwrot kosztów procesu, tj. 5.592 SF w związku ze skargą konstytucyjną do Trybunału Federalnego, 13.168,20 SF w związku postępowaniem przed Komisją Europejską oraz 11.420,40 SF w związku z postępowaniem przed Trybunałem, wliczając w to sumę 3.000 SF jako wynagrodzenie dla prof. Krauss'a.

Z kolei Rząd Szwajcarii oświadczył, że jest gotowy zwrócić sumę 2.688 SF w związku z kosztami postępowania wnioskodawcy przed Sądem Federalnym i odrzucił pozostałą część żądania w tym przedmiocie jako nieuzasadnioną. Co do kosztów postępowania przed organami Konwencji uznał, że należy ocenić całość kosztów w świetle złożoności tej sprawy, która była większa niż w innych sprawach rozstrzyganych przez Trybunał. Rząd ten kwestionował wysokość roszczenia wnioskodawcy, w tym potrzebę konsultowania sprawy przez prof. Krauss'a i stwierdził, że jest przygotowany na zapłacenie 10.000 SF.

naruszone przez działanie 'anonimowych' świadków, którzy nie są następnie wzywani przez sąd w charakterze świadków. Tak było w sprawach Kostovski'ego oraz Windisch'a. Ale w tej sprawie rzecz ma się inaczej. Wynika to jasno z dokumentów sprawy, niepodważalny jest fakt przyznania się do winy p. Lüdi'ego oraz wyjaśnienia współoskarżonych. Prawdą jest, że przyznanie się do winy uzyskano dzięki działaniom tajnego agenta 'Toniego', ale nie może to wykluczać możliwości wykorzystania stwierdzonych w ten sposób faktów. Uznaję także, że użycie tajnego agenta lub innego podstępny przez policję, chociaż całkowicie legalne (w ramach określonych granic), nie jest czymś 'eleganckim', to jednakże w walce przeciwko pewnym typom przestępczości - takim jak handel narkotykami czy terroryzm - co należy do najważniejszych zadań policji działającej w interesie społeczeństwa, jest często jedyną metodą, która stwarza możliwość ustalenia sprawców zbrodni i rozbicia grupy przestępczej, która ze swej strony używa wszelkich dostępnych metod działania. Tak więc każdy, kto bierze udział w działaniach zorganizowanej grupy przestępczej naraża się na ryzyko użycia przeciwko niemu podstępu.

Oczywiste jest, że nawet przestępca, ujęty dzięki jednej z takich podstępnych metod ma prawo do uczciwego procesu, którego jedną z podstawowych zasad jest możliwość przedstawienia przed sądem, w rozsądny sposób, wszystkich argumentów obrony. Jednakże jeżeli osoba taka przyznała się do winy, ocena tego faktu staje się częścią swobodnej oceny dowodów, co jest prawem i obowiązkiem sądu orzekającego. W takich przypadkach odrzucenie przez sąd wniosku o wezwanie tajnego agenta jako dodatkowego świadka nie może być kwestionowane przez Trybunał Europejski, szczególnie że świadek ten nie przyczyniłoby się w ogóle do lepszego wyjaśnienia faktów kwestionowanych przez oskarżonego.

To powoduje, że moim zdaniem nie jest konieczne rozważanie, co się sugeruje, w rzeczy samej nierealistycznie, że sądy szwajcarskie mogły przesłuchać tajnego agenta w charakterze świadka bez narażania go na ujawnienie.

Konkludując, nie uznaję, że w przedmiotowej sprawie nastąpiło naruszenie prawa do obrony”.

Biorąc pod uwagę złożoność sprawy, delegat Komisji Europejskiej uznał za usprawiedliwioną treść żądania wnioskodawcy.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności Trybunał jednomyślnie uznał za odpowiednie zasądzić 15.000 SF tytułem zadośćuczynienia".

Literatura:

„European Court of Human Rights. Case of Lüdi v. Switzerland”, Strasbourg, 15 June 1992, Seria A-238, 17/1991/269/340), ss. 23.