



Sygn. akt III KK 130/12

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 30 stycznia 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jacek Sobczak (przewodniczący)

SSN Włodzimierz Wróbel (sprawozdawca)

SSA del. do SN Jacek Błaszczak

Protokolant Jolanta Włostowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Małgorzaty Wilkosz-Śliwy.  
w sprawie R. L. W.

skazany z art. 55 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 30 stycznia 2013 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 24 lutego 2011 r.,

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w G.

z dnia 24 lutego 2010 r.,

**1) uchyla zaskarżony wyrok w zakresie dotyczącym R. L. W. i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym uznając jednocześnie kasację za oczywiście bezzasadną w odniesieniu do sformułowanych w niej zarzutów w punktach 1,2,3,4,6 i 7;**

**2) zarządza zwrot wniesionej od kasacji opłaty w wysokości 750 zł (siedemset pięćdziesiąt).**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego w G. z dnia 24 lutego 2010 r. R. W. skazany został za popełnienie w warunkach ciągu przestępstw (art. 91 § 1 k.k.) czynów zabronionych kwalifikowanych z art. 279 § 1 k.k. oraz o przestępstwa z: art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 270 § 1 k.k., z art. 55 ust. 3 w zw. ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 56 ust. 3 tej ustawy w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k., art. 258 § 3 k.k., 279 § 1 k.k., 298 § 1 k.k. na karę łączną dziewięciu lat pozbawienia wolności.

Wyrokiem Sądu Apelacyjnego z dnia 24 lutego 2011 r. utrzymano wskazany wyżej wyrok skazujący, nie uwzględniając zarzutów apelacji obrońcy R. W.

Kasację od tego wyroku wniósł obrońca skazanego zarzucając temu orzeczeniu:

- 1) uchybienie stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą tj. zarzut naruszenia przepisów postępowania tj. art. 439 § 1 pkt. 10 k.p.k. polegający na utrzymaniu przez Sąd Apelacyjny w mocy wyroku Sądu I instancji, który wydany został z rażąco obrazą przepisu art. 80 k.k. przez niezapewnienie oskarżonemu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2008 r. oraz 1 sierpnia 2008 r. obrońcy, pomimo, iż nakaz taki wynikał z dyspozycji art. 80 k.k.;
- 2) uchybienie stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą tj. zarzut naruszenia przepisów postępowania tj. art. 439 § 1 pkt. 10 k.p.k. przez utrzymanie w mocy przez Sąd Apelacyjny, wyroku Sądu I instancji, który wydany został z rażąco obrazą przepisu art. 80 k.k. polegającą na niezapewnieniu oskarżonemu na rozprawach w dniach 11 czerwca 2008 r., 13 sierpnia 2008 r., 25 sierpnia 2008 r., 19 września 2008 r. obrońcy, pomimo, iż nakaz taki wynikał z dyspozycji art. 80 k.k. - w powyższych rozprawach brali udział aplikanci, a na mocy zarządzenia Prezesa Sądu Okręgowego w G. obowiązującego w tym okresie aplikanci adwokaccy zostali wykluczeni z grona osób dopuszczonych do analizy akt znajdujących się w kancelarii tajnej w Sądzie Okręgowym w G.;
- 3) uchybienie stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą tj. zarzut naruszenia art. 439 § 1 pkt. 10 k.p.k., przez utrzymanie przez Sąd Apelacyjny w mocy wyroku Sądu I instancji, który wydany został z rażąco obrazą przepisu art. 80 k.k. polegającą na niezapewnieniu oskarżonemu na rozprawie w dniu 22 października 2008 r. obrońcy, pomimo, iż nakaz taki wynikał z dyspozycji art. 80 k.k.;

- 4) rażąco naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na treść wyroku tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 2 k.p.k w zw. z art. 6 k.p.k. przez nienależyte rozważenie postawionego w apelacji zarzutu naruszenia prawa do obrony, skutkujące pozornością kontroli apelacyjnej;
- 5) rażąco naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na treść wyroku tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 2 k.p.k w zw. z art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. przez nienależyte rozważenie podniesionego w apelacji zarzutu ujawnienia na rozprawie dowodów, które zostały zebrane w sposób nielegalny, skutkujące pozornością kontroli apelacyjnej;
- 6) rażąco naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na treść wyroku, tj. art. 440 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. przez utrzymanie w mocy rażąco niesprawiedliwego orzeczenia na skutek nieuwzględnienia z urzędu, iż cały skład sędziowski Sądu Okręgowego w G. nie zapoznał się z materiałami zgromadzonymi w kancelarii tajnej tego Sądu;
- 7) rażąco naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na treść wyroku tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 2 k.p.k poprzez nienależyte rozważenie podniesionego w apelacji zarzutu orzeczenia kary rażąco niewspółmiernej/ skutkujące pozornością kontroli apelacyjnej.

Obrońca wniósł o uchylenie orzeczeń obu instancji i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w G. do ponownego rozpoznania.

W swojej odpowiedzi na tę kasację Prokurator Prokuratury Apelacyjnej wniósł o oddalenie kasacji, jako oczywiście bezzasadnej.

#### **Sąd Najwyższy zważył, co następuje.**

Ze wszystkich podniesionych w kasacji obrońcy R. W. zarzutów, tylko jeden, a dotyczący rzetelności kontroli apelacyjnej dokonanej przez Sąd Odwoławczy zasługiwał na uwzględnienie. W pozostałym zakresie kasacja została oddalona, jako oczywiście bezzasadna.

Przed omówieniem powodów uchylenia zaskarżonego wyroku, należy odnieść się do zarzutów, które nie zostały uwzględnione przez Sąd Najwyższy, jako zasadne. Pierwsze trzy zarzuty stawiane wyrokowi Sądu Apelacyjnego dotyczą naruszenia fundamentalnego dla rzetelnego i sprawiedliwego procesu karnego prawa do obrony.

Nie budzi wątpliwości, że w realiach procesowych sprawy R. W., ze względu na zaistnienie przesłanek z art. 80 k.p.k., musiał mieć obrońcę w postępowaniu.

Funkcję tę, jako tzw. obrońcy głównego pełnił przed Sądem I oraz II instancji adw. W. W., który, jak wynika z akt sprawy, wielokrotnie korzystał z pomocy innych adwokatów, bądź aplikantów adwokackich. Autor kasacji zarzucił, że na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2008 r. adw. W. W. zastępował adw. A. C., który w zakreślonym przez Sąd terminie 7 dni nie przedłożył stosownego pełnomocnictwa substytucyjnego upoważniającego go do obrony. Ten formalny brak skarżący utożsamia z brakiem rzeczywistej obrony oskarżonego, świadczonej przez adwokata. Podobnie argumentuje w kontekście rozprawy z dnia 1 sierpnia 2008r., gdy obronę prowadziła apl. adw. J. R., która także została zobowiązana do przedłożenia stosownego upoważnienia w terminie 7 dni. Wymóg ten został ostatecznie spełniony, lecz dokument upoważnienia nosi datę późniejszą niż termin rozprawy (4 sierpnia). Zdaniem skarżącego, oznacza to, że w dacie rozprawy stosunek obrończy nie został nawiązany.

W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano rozróżnienie pomiędzy obroną rzeczywistą, a jedynie formalną obecnością obrońcy na rozprawie, bądź podczas czynności procesowej, gdzie taka obecność jest obowiązkowa (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2011 r. II KO 66/10 OSNKW 2011/6/53, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 czerwca 2010 r. II AKa 146/10 LEX nr 580855). Aby móc mówić o braku rzeczywistej obrony, należałoby stwierdzić, że obrońca faktycznie nie mógł prowadzić obrony w sposób, jaki od niego wymaga tego prawo procesowe, a także normy regulujące wykonywanie zawodu adwokata. W niniejszej sprawie, w odniesieniu do rozpraw z dnia 4 kwietnia oraz 1 sierpnia 2008 r. brak informacji, która chociażby uprawdopodobniała okoliczność, że adw. A. C. oraz apl. adw. J. R. nie posiadali adekwatnej wiedzy o sprawie, czy też nie zostali zaznajomieni z materiałem sprawy. Wobec czego, domniemanie, że obrońca w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 maja 1982 r. -Prawa o adwokaturze wykonuje swoje obowiązki z należytą starannością nie zostało obalone.

Z protokołu rozprawy z dnia 1 sierpnia wynika ponadto, że oskarżony obecny na tym terminie nie sprzeciwił się prowadzeniu obrony przez adw. A. C., który oświadczył, że został upoważniony przez obrońcę głównego oraz, że adw. W. W. w trakcie rozprawy pojawił się i przejął prowadzenie obrony w dalszym toku. Nie ma także jakiegokolwiek wzmianki, by obrońca ten wnosił o powtórzenie czynności procesowej, bądź kwestionował sposób reprezentacji przez substytutę. W orzecznictwie taka praktyka (dość powszechna) nie jest uznawana za naruszenie

prawa do obrony, a w konsekwencji nie stanowi uchybienia z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k. (por. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2003 r. III KK 65/03, OSNKW 2004/1/12).

Gdy zaś chodzi o błędną datę na upoważnieniu do obrony dla apl. adw. J. R., aktualne pozostają rozważania na temat rzeczywistego charakteru obrony. Ponadto na rozprawie w dniu 1 sierpnia nie byli przesłuchiwani świadkowie, ani też nie były podejmowane decyzje, których charakter uniemożliwiał ich powtórzenie, bądź niósł ze sobą nieodwracalne skutki. Uznać, należy, że pomimo formalnej rozbieżności w dacie rozprawy, a upoważnienia, R. W. miał zapewnioną realną obronę na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2008 r., gdyż jego interesy reprezentowała osoba wypełniająca przesłanki obrońcy w rozumieniu art. 82 k.p.k. oraz Prawa o adwokaturze.

Nietrafny jest także kolejny zarzut, jakoby apl. adw. M. W. na rozprawie w dniu 22 października 2008r. nie posiadała umocowania do prowadzenia obrony, gdyż blankiet, jaki został złożony do akt sprawy, a dotyczący jej osoby nosi nazwę „*pełnomocnictwo substytucyjne*”, a nie „*upoważnienie do obrony*” – jest nietrafny.

Zgodnie z art. 82 k.p.k. obrońcą może być jedynie osoba uprawniona do obrony według przepisów o ustroju adwokatury, a więc adwokat oraz w odpowiednim zakresie także aplikant adwokacki (art. 77 ustawy Prawo o adwokaturze) i kwestia ta nie budzi wątpliwości (por. m.in. z dnia 26 października 2011 r. I KZP 12/11, OSNKW 2011/10/90). Podstawa formalna prowadzenia obrony i szerzej – reprezentowania mandanta z punktu widzenia nazewnictwa jest niejednoznaczna. Zgodnie z art. 83 § 2 k.p.k. upoważnienie do obrony może być udzielone na piśmie albo przez oświadczenie do protokołu organu prowadzącego postępowanie karne. Natomiast Prawo o adwokaturze posługuje się różnymi pojęciami mającymi odzwierciedlić nawiązanie stosunku pomiędzy adwokatami, bądź adwokatem i aplikantem (art. 26 – „*decyzja kierownika zespołu*”, „*upoważnienie dla adwokata do prowadzenia sprawy*”, art. 25 ust. 3 „*substytucja*”, art. 37a ust. 1 mówi ogólnie o „*zapewnieniu zastępstwa*”, a ust. 2 o „*decyzji dziekana*”, „*upoważnieniu dla adwokata do prowadzenia sprawy*”, § 13 Regulaminu aplikacji adwokackiej (uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej nr 22/2008 z dnia 14 czerwca 2008 r., obwieszczenie NRA z dnia 22 września 2009 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Regulaminu aplikacji adwokackiej) o „*upoważnieniu*”). Wszelkie dokumenty związane z uprawnieniem określonego podmiotu do

prowadzenia obrony zastępstwie adwokata, muszą być interpretowane zgodnie z art. 118 § 1 k.p.k. wedle treści złożonego oświadczenia. Skoro § 13 Regulaminu aplikacji posługuje się zwrotem „upoważnienie”, to jakkolwiek dokument wskazujący na wolę przekazania prowadzenia obrony aplikantowi przez adwokata należy rozumieć, jako upoważnienie do zastępstwa, o jakim mowa w art. 77 Prawa o adwokaturze i § 13 Regulaminu aplikacji. Podnoszone przez skarżącego różnice w traktowaniu substytucji i upoważnienia do zastępowania adwokata na gruncie ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej w perspektywie art. 83 k.p.k. są całkowicie irrelewantne. Na marginesie wskazać wypada, że pkt. IV Załącznika do ustawy o opłacie skarbowej przewiduje zwolnienie z obowiązku uiszczenia 17 zł opłaty za złożenie dokumentu pełnomocnictwa w sprawie karnej. Z perspektywy tejże ustawy w sferze fiskalnej różnic między omawianymi dokumentami brak. Uznać należy, że na rozprawie w dniu 22 października 2008 r. R. W. posiadał obrońcę w rozumieniu przepisów k.p.k. i brak przesłanek pozwalających na kwestionowanie rzetelności, czy też realności obrony prowadzonej przez aplikantkę adwokacką.

Kolejny stawiany w perspektywie prawa do obrony i bezwzględnej przyczyny odwoławczej zarzut, a dotyczący obecności na rozprawach w dniach 11 czerwca 2008 r., 13 sierpnia 2008 r., 25 sierpnia 2008 r. i 19 września 2008 r. aplikantów adwokackich, którzy nie mieli dostępu do informacji znajdujących się w kancelarii tajnej Sądu Okręgowego w G., także nie jest trafny. W pierwszej kolejności, skarżący, co trafnie wskazuje Prokurator, w odpowiedzi na kasację (s. 8), pomija fakt, że wszelkie materiały związane z czynnościami operacyjnymi prowadzonymi w sprawie, decyzją Komendanta Głównego Policji z dnia 24 grudnia 2006 r. stały się jawne dla stron postępowania (zniesiono klauzulę tajności materiałów KUNDLE od 2 do 9, PATROL 1 i 2). Następnie należy podkreślić, że skarżący nie precyzuje, jakie to materiały przechowywane w kancelarii tajnej (które były jeszcze w roku 2008 objęte stosowną klauzulą) nie zostały udostępnione aplikantom adwokackim zastępującym go w trakcie wskazanych rozpraw (apl. adw. K. S. i Ł. I.). Brak jest, w szczególności, zarysowania jakiegokolwiek potencjalnej korelacji pomiędzy tymi materiałami, a przedmiotem poszczególnych rozpraw. Zwłaszcza, że na terminach 11 czerwca i 13 sierpnia pojawił się obrońca główny adw. W. W. i przejął prowadzenie obrony. Fakt, że nie zadał żadnego pytania wskazuje, że jako osoba posiadająca kompleksową wiedzę w sprawie, obejmującą wszelkie materiały - nie

dostrzegł konieczności uzupełnienia przesłuchań o krytyczne, jego zdaniem elementy stanu faktycznego. Ponadto, na żadnej z omawianych rozpraw nie nastąpiło wyłączenie jawności w trybie przewidzianym art. 360 §1 pkt 3 k.p.k., co utwierdza w przekonaniu, że nie prowadzono na nich postępowania dowodowego obejmującego materiały tajne w rozumieniu odrębnych przepisów. Na koniec tego wątku wskazać należy, że skarżący nie wykazał, iż jakiegokolwiek materiały oznaczone klauzulą determinującą ich przechowywanie w kancelarii tajnej stały się faktyczną podstawą wyrokowania.

Zarzut dotyczący braku zapoznania się ławników z materiałami zgromadzonymi w kancelarii tajnej, także nie jest zasadny. Na płaszczyźnie prawnej, wbrew twierdzeniom skarżącego, ławnicy w zakresie pełnionych funkcji orzeczniczych są uprawnieni do zapoznania się z materiałem dowodowym zawierającym informacje niejawne bez obowiązku posiadania stosownego poświadczenia bezpieczeństwa wydanego na podstawie przepisów obowiązującej w całym okresie orzekania w I instancji ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 ze zm.; dalej u.o.i.n. z 1999 r.) (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2008 r. V KK 146/08 OSNKW 2009/1/9, uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2010 r. I KZP 34/09, OSNKW 2010/3/22). Zgodnie z art. 4 u.o.i.n. z 1999 r. sposób postępowania z aktami spraw zawierających tajemnicę państwową i służbową w postępowaniu przed sądami i innymi organami określają przepisy odrębnych ustaw. Natomiast art. 27 ust. 10 tej ustawy w zakresie udostępniania informacji niejawnych sędziom odsyła do ustawy o ustroju sądów powszechnych. Zgodnie z art. 85 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. -Prawo o ustroju sądów powszechnych (w brzmieniu z okresu postępowania w I instancji) postępowania sprawdzającego przewidzianego w u.o.i.n. z 1999 r. nie przeprowadzało się w stosunku do sędziów. Zaś dopełnieniem tych regulacji w stosunku do ławników jest art. 4 § 2 Prawo o ustroju sądów powszechnych statuujący, jako klauzulę ogólną, że przy rozstrzyganiu spraw ławnicy mają równe prawa z sędziami. Prowadzi to do konkluzji, że ławnicy, na równi z sędziami zawodowymi mają dostęp do akt znajdujących się w kancelarii tajnej. Oczywiście do wyobrażenia jest zarzut naruszenia art. 410 k.p.k. poprzez brak zapoznania się całego składu z kompletem akt sprawy, ale musi on być w jakikolwiek sposób uprawdopodobniony. W niniejszej sprawie zarzut taki został sformułowany, jak się wydaje w konsekwencji niejako

odmiennego poglądu prawnego skarżącego na zakres zastosowania u.o.i.n. z 1999 r. Nawet jednak przy przyjęciu takiego rozumienia art. 27 tej ustawy jak zdaje się to czynić skarżący - nie wykazał on, na jakiej podstawie oparł swoje przekonanie, że ławnicy orzekający w sprawie nie posiadali stosownych poświadczeń.

Przechodząc do zarzutu niepoprawnego rozpoznania apelacji w zakresie ujawnienia na rozprawie dowodów z tzw. podsłuchów, które zebrane zostały bez podstawy prawnej, Sąd Najwyższy stwierdza, co następuje:

Zagadnienia podniesione w kasacji, a dotyczące wykorzystania procesowego zarejestrowanych w toku kontroli operacyjnej rozmów telefonicznych (tzw. podsłuchów) należy rozpatrzyć na dwóch płaszczyznach: prawnej, w zakresie dopuszczalności ich wykorzystania w niniejszej sprawie, oraz faktycznej, w perspektywie ich znaczenia dla poczynionych ustaleń faktycznych.

Sąd Najwyższy w niniejszym składzie podziela pogląd konsekwentnie prezentowany w orzecznictwie, że w postępowaniu sądowym, jako dowód mogą zostać wykorzystane jedynie te materiały pozyskane w trybie art. 19 ustawy o Policji, które dotyczą przestępstw z katalogu zawartego w ust. 1 tego przepisu (por. m.in. uchwała Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 15 listopada 2005 r., SNO 57/05, LEX nr 471928, uchwała Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 27 lipca 2006 r., SNO 35/06, LEX nr 471767, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37 – szeroko komentowane przez glosatorów, uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2011 r., I KZP 32/10, OSNKW z 2011, nr 3, poz. 22, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2012 r., II KK 336/11, OSNKW z 2013 nr 1, poz. 6). Z chronologii przytoczonych powyżej judykatów wynika, iż linia orzecznicza w tym zakresie została zapoczątkowana na długo przed procedowaniem w niniejszej sprawie przed Sądem I instancji.

Nie ma też racji Prokurator w odpowiedzi na kasację, gdy argumentuje, że brzmienie art. 19 ust. 15 ustawy o Policji dotyczy gromadzenia materiałów pozwalających na wszczęcie i prowadzenie w oparciu o nie postępowania o każde przestępstwo. Nie chcąc powtarzać rozbudowanej argumentacji zawartej w przytoczonych powyżej judykatach, podkreślić należy, że kontrola rozmów telefonicznych, jako jeden z najbardziej ingerencyjnych w konstytucyjnie (art. 49 Konstytucji RP) chronione dobra obywatela musi mieć charakter wyjątkowy. Dopuszczalna może być jedynie w przypadkach ściśle wskazanych przez



ustawodawcę. Ów katalog zawarty w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji kreowany powinien być w oparciu o ścisłe przestrzeganie zasady proporcjonalności i poszanowania prywatności jednostki. Skoro ustawodawca posiadający przymiot racjonalności postanowił, mając na uwadze powyższe, zawęzić spektrum typów czynów zabronionych, w stosunku do których kontrola operacyjna może być prowadzona przez Policję, nie ma argumentów (poza celowościowymi) do dowolnego rozszerzania tego katalogu na inne jeszcze przestępstwa. Fakt podobieństwa, czy też podobnego poziomu zagrożenia ustawowego przestępstw zawartych w omawianym katalogu do innych, ustanowionych w naszym porządku prawnym przestępstw nie może przesądzać o odstąpieniu od ścisłej wykładni literalnej art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. To ustawodawca, w oparciu o m.in. test proporcjonalności, doprecyzowuje ten katalog, odbierając w tym zakresie swobodę organom ścigania, bądź sądom. Prokurator niewyjaśnia dlaczego uważa, że postępowanie odmienne, tj. wykorzystywanie procesowe wszelkich materiałów dotyczących wszelkich przestępstw nie jest sprzeczne z Konstytucją RP (s. 7 odpowiedzi). Powołanie się na wykładnię literalną art. 19 ust. 15 ustawy w celu uzasadnienia, że przepis ten nie ma jakiegokolwiek łącznika normatywnego z ust. 1 jest wyrazem błędu niejako pierwotnego, a więc odmówienia katalogowi z tegoż ustępu charakteru ścisłego i wyczerpującego. Taka wykładnia prowadziłaby do uznania, że treść normatywna art. 19 ust. 1 ustawy o Policji ma charakter *de facto* pusty.

Natomiast Sąd Okręgowy w G. kwestiom zakresu prowadzonej w sprawie kontroli operacyjnej i skorelowaniu zarzutów stawianych w akcie oskarżenia z katalogiem przestępstw z art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990r.o Policji mogących stać się dowodem w sprawie, nie poświęca w swoich rozważaniach miejsca. Ten brak, połączony z uwzględnieniem zarejestrowanych rozmów telefonicznych pomiędzy oskarżonymi w sprawie, w procesie ustalania stanu faktycznego relewantnego z punktu widzenia realizacji znamion typów czynów zarzuconych aktem oskarżenia m.in. R. W. podniósł obrońca oskarżonego w swojej apelacji z dnia 10 czerwca 2010r.. Powołał się w tym zakresie się m.in. na postanowienie I KZP 6/07 podkreślając, że co do części czynów tzw. podsłuchy są jedynym dowodem, względnie jedynym obok depozycji (zdaniem autora apelacji o charakterze pomawiającym) D. M.

W uzasadnieniu Sąd odwoławczy odnosi się do tego zarzutu przyznając rację apelującemu, że oprócz przestępstwa udziału w grupie przestępczej – art. 258 k.k. oraz przestępstw z ustawy z dnia o przeciwdziałaniu narkomanii, pozostałe czyny, za które skazany został R. W. nie znajdują się w katalogu art. 19 ust.1 ustawy o Policji. Podkreśla jednak, że owe zarejestrowane rozmowy telefoniczne nie stanowiły „podstawowego” dowodu w sprawie, gdyż taki charakter mają zeznania D. M. (s. 60 uzasadnienia SA). Nawiązuje w tym zakresie do rozważań poczynionych odnośnie analogicznego zarzutu apelacji obrońcy S. Z. (drugiego oskarżonego). Jednak w przypadku tegoż oskarżonego Sąd odwoławczy wskazuje, że dowody z tzw. podsłuchów stanowiły jedynie dowód „uzupełniający”, a dowodami „najważniejszymi” były m.in. opinie biegłych, zeznania D. M., M. B., czy też analizy połączeń pomiędzy oskarżonymi (s. 55 uzasadnienia SA). Z obu tych wypowiedzi wynika, że jednak Sąd Odwoławczy zakłada znaczenie zarejestrowanych w ramach podsłuchu rozmów telefonicznych dla dokonanych ustaleń faktycznych, z tym, że nie jest to znaczenie „podstawowe” (w stosunku do czynów zarzuconych R.W.) lub jedynie uzupełniające ( w stosunku do czynów zarzuconych D.M.).

Zatem w uzasadnieniu Sąd odwoławczy dokonuje pewnej gradacji przydatności poszczególnych dowodów dla potrzeb rekonstrukcji relewantnego stanu faktycznego w niniejszej sprawie. Dzielą się one, wedle przyjętej w tym uzasadnieniu klasyfikacji na „uzupełniające, „podstawowe” i „najważniejsze”. Nie można jednak odnaleźć w lakonicznych wywodach Sądu odwoławczego jakiegokolwiek bliższej, zwłaszcza w perspektywie art. 410 k.p.k. charakterystyki owych pojęć. Zwłaszcza nie jest jasne, czy dowód „uzupełniający”, jest czymś bardziej istotnym niż „podstawowy”, a także, czy dowody „najważniejsze” bierze się pod uwagę w przeciwieństwie do tych, mieszczących się w poprzednich dwóch kategoriach. Nie jest też jasne stanowisko Sądu odwoławczego w przedmiocie dopuszczalności uwzględnienia tzw. podsłuchów w stosunku do typów spoza katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Z jednozdaniowego podsumowania tej kwestii (s. 59 uzasadnienia SA) wydaje się, że Sąd ten popiera tezy zarysowane chociażby w postanowieniu SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 6/07. Jeżeli tak, to tym bardziej komplikujące możliwość odtworzenia toku kontroli apelacyjnej są przytoczone wyżej wywody Sądu Odwoławczego na temat wartości poszczególnych dowodów. Jeśli bowiem zgodnie z orzecznictwem, nie ma prawnej

możliwości wykorzystania procesowego w postępowaniu karnym tychże zarejestrowanych rozmów telefonicznych, jako dowodów (traktowane być powinny jako *non existens*), ewentualne dywagacje na temat ich przydatności w procesie ustalania stanu faktycznego, wydają się być pozbawione znaczenia. Należy przy tym podkreślić, że oparcie ustaleń faktycznych na treści zarejestrowanych w ramach podsłuchu rozmów telefonicznych, wbrew warunkom wynikającym z art. 19 ustawy o Policji, stanowi naruszenie prawa procesowego, i tylko wówczas można przyjąć, że nie ma to znaczenia dla wydanego rozstrzygnięcia, jeżeli inne dowody w sposób samoistny, pozwalają na dokonanie takich właśnie ustaleń (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2012 r., II KK 336/11, OSNKW z 2013 nr 1, poz. 6).

Z tego też powodu, tj. naruszenia standardów kontroli apelacyjnej wyrażonych w art. 457 § 3 i 433 § 2 k.p.k. należało uchylić orzeczenie Sądu odwoławczego w stosunku do R. W. (co do wypracowanego w judykaturze Sądu Najwyższego rozumienia tychże standardów por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2012 r., V KK 304/11, *LEX nr 1163973*, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2012 r. IV KK 361/11, *LEX nr 1163358*).

Podkreślenia wymaga fakt, że analiza uzasadnienia orzeczenia Sądu I instancji nie pozostawia wątpliwości, że Sąd ten prezentując motywy swojej decyzji o uznaniu winnym R. W. praktycznie co do każdego czynu, jako dowód, obok innych źródeł o charakterze osobowym, czy też wykazom logowań telefonów komórkowych powołał nagrania rozmów telefonicznych prowadzonych w ramach kontroli operacyjnej (kryptonim P. i K.). W ponownym postępowaniu, Sąd odwoławczy zobligowany jest do precyzyjnego ustosunkowania się do zarzutów apelacji obrońcy oskarżonego. Zwłaszcza do wyrażenia w sposób wyraźny stanowiska prawnego w sprawie dopuszczalności wykorzystania tzw. podsłuchów, co do przestępstw spoza katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji oraz do oceny, na ile te dowody były koniecznym elementem ustaleń faktycznych, tj. czy ich brak mógł doprowadzić Sąd I instancji do tożsamyh wniosków, co do winy R. W. Ponadto, poddając ten element zarzutu apelacyjnego ocenie, w toku kontroli Sąd musi także sięgnąć do treści i faktycznego zakresu kontroli operacyjnej (P. i K.) wyrażonej w postanowieniu, o jakim mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

