



Sygn. akt V KK 412/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 lipca 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Dariusz Świecki

SSN Andrzej Ryński

Protokolant Anna Kowal

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Bogumiły Drozdowskiej,
w sprawie M. B.

skazanego z art. 258 § 3 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 3 lipca 2013 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońców skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 29 maja 2012 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego

z dnia 20 kwietnia 2010 r.,

uchyla wyrok co do M. B. w zaskarżonej części, tj. co do czynów z pkt I, III, V, VII, IX oraz X aktu oskarżenia, a na podstawie art. 435 k.p.k. w zw. z art. 536 k.p.k. także co do oskarżonego S. S. w odniesieniu do czynów z pkt LI, LII, LIII i LIV aktu oskarżenia i w tym zakresie sprawę obu oskarżonych

przekazuje Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2010 r., Sąd Okręgowy uznał oskarżonego M.

B. za winnego tego, że:

1. w okresie od czerwca 1998 r. do maja 1999 r. w P. kierował zorganizowaną grupą przestępczą w skład której wchodził L. B., N. S., D. N., D. S., A. R. i S. S., przy czym grupa ta miała na celu popełnienie przestępstw związanych z obrotem narkotykami oraz przestępstw przeciwko mieniu, a w szczególności związanych z kradzieżami samochodów, zwrotem bezprawnie zebranych samochodów w zamian za korzyści majątkowe, tj. przestępstwa z art. 258 § 3 k.k. i na podstawie tego przepisu skazał go na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
2. od połowy 1998 r. do 6 maja 1999 r. w P., działając w zorganizowanej grupie przestępczej, wspólnie i w porozumieniu z L. B., N. S. i S. S., uczestniczył w obrocie środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi w postaci amfetaminy, ekstazy, haszyszu, marihuany w nieustalonej ilości, przechowując te środki i substancje - swoim mieszkaniu, przenosząc je w inne miejsca, wydając je lub przekazując informacje co do czasu i miejsca transakcji innym osobom, tj. czynu z art. 56 ust. 1 ustawy z 29 lipca 2005 r. przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 k.k. i za to, na podstawie art. 56 ust. 1 cytowanej ustawy, skazał go na karę 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności, zaś na podstawie art. 33 § 2 k.k. skazał go na karę grzywny w ilości 150 stawek dziennych w wysokości 20 zł każda;
3. w okresie od 17 do 18 września 1998 r. w P., działając w zorganizowanej grupie przestępczej, wspólnie i w porozumieniu z D. W. doprowadził K. W. do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w ten sposób, że zażądał od niego pieniądze w kwocie 30.000 złotych, a faktycznie otrzymał kwotę 29.000 zł; w zamian za zwrot K. W. skradzionego w dniu 17 września 1998 r. na jego szkodę samochodu marki JEEP Cherokee o nr rejestracyjnym [...] wraz ze znajdującymi się w tym pojeździe rzeczami, dokumentami o łącznej wartości 180.000 zł; to jest przestępstwa z art. 286 § 2 k.k. w zw. z art. 65 k.k.

- i na podstawie art. 286 § 2 k.k. skazał go na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w ilości 150 stawek dziennych w wysokości 20 złotych każda;
4. w listopadzie 1998 r. w P., działając w zorganizowanej grupie przestępczej, wspólnie i w porozumieniu z D. N. oraz w celu uzyskania korzyści majątkowej, zażądał od P. S. pieniądze w kwocie 6.000 zł; w zamian za zwrot skradzionego w dniu 25 listopada 1998 r. w P. na jego szkodę samochodu marki Ford Transit nr rejestracyjny [...] o wartości około 25.000 zł; tj. czynu z art. 286 § 2 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i na mocy art. 286 § 2 k.k. skazał go na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, zaś na mocy art. 33 § 2 k.k. wymierzył mu karę grzywny w ilości 150 stawek w wysokości 20 zł każda;
 5. w dniu 4 grudnia 1998 r. w P., działając w zorganizowanej grupie przestępczej, wspólnie i w porozumieniu z D. S., D. N. oraz w celu korzyści majątkowej zażądał od B. W. pieniędzy w kwocie 30.000 zł; w zamian za zwrot skradzionego w dniu 28 listopada 1998 r. w P. na jego szkodę samochodu marki Dodge RAM nr rej. [...] o wartości 90.000 zł; tj. czynu z art. 286 § 2 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i na mocy art. 286 § 2 k.k. skazał go na karę jednego roku i sześciu miesięcy pozbawienia wolności, zaś na mocy art. 33 § 2 k.k. wymierzył mu grzywnę w ilości 150 stawek w wysokości 20 zł każda;
 6. na początku 1999 r. w P., nie mając wymaganego zezwolenia, posiadał 24 sztuki amunicji kal. 9 mm do broni palnej oraz 50 sztuk amunicji kal. 9 mm typu Makarów do broni palnej, tj. przestępstwa z art. 263 § 2 k.k. i na podstawie cytowanego przepisu skazał go na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności;
 7. w okresie od około 12 grudnia 1998 r. do 7 maja 1999 r., działając w zorganizowanej grupie przestępczej, przyjął samochód Mercedes Benz 140C/500 SEC o numerze nadwozia [...] o znacznej wartości 146.700 zł, wiedząc że samochód ten pochodzi z przestępstwa, przy czym wymieniony pojazd był przedmiotem kradzieży w dniu 12 grudnia 1998 roku w P; na szkodę T. I., J. I., J. I. i M. I., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą I. s c, tj. występku z art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 65 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k. skazał go na karę 1 roku

pozbawienia wolności i wymierzył mu grzywnę w ilości 50 stawek dziennych w wysokości 20 złotych każda;

8. od połowy 1998 r. do maja 1999 r., działając w zorganizowanej grupie przestępczej, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu przyjął i ukrył 27 tablic rejestracyjnych o łącznej wartości 750 zł o następujących numerach [...] wiedząc, że pochodzą one z przestępstwa, to jest przestępstwa z art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 k.k. i za to na podstawie art. 291 § 1 k.k. skazał go na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k. orzeczone kary pozbawienia wolności i grzywny połączył, orzekając karę łączną 4 lat pozbawienia wolności i grzywnę w ilości 500 stawek dziennych w wysokości 20 złotych każda.

W oparciu o treść art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu M. B. okres tymczasowego aresztowania od 6 maja 1999 r. do 11 sierpnia 1999 r.

Ponadto w odniesieniu do czynów opisanych w pkt IV i Vi aktu oskarżenia postępowanie karne na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 414 § 1 i art. 101 § 1 pkt 4 k.k. oraz art. 102 k.k. umorzył.

Tym samym wyrokiem został skazany S. S. za to, że:

1. w okresie od czerwca 1998 r. do maja 1999 r. w P. brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnienie przestępstw związanych z obrotem narkotykami oraz przestępstw przeciwko mieniu, a w szczególności z kradzieżami samochodów oraz zwrotem bezprawnie zebranych samochodów w zamian za korzyści majątkowe, tj. przestępstwa z art. 258 § 1 k.k. i na mocy tego przepisu skazał go na karę jednego roku i czterech miesięcy pozbawienia wolności;
2. w dniu 16 września 1998 r. w P., działając w zorganizowanej grupie przestępczej, po uprzednim włamaniu do samochodu Mazda 323 nr rej. [...], o wartości 18.000 zł; zabrał ten pojazd w celu przywłaszczenia na szkodę S. M., tj. przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i na podstawie art. 279 § 1 k.k. skazał go na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

3. w okresie od czerwca 1998 r. do 6 maja 1999 r. w P., działając w zorganizowanej grupie przestępczej wspólnie i w porozumieniu z M. B., N. S. i L. B., uczestniczył w obrocie nieustalonej ilości środków odurzających i substancji psychotropowych, tj. przestępstwa z art. 56 ust 1 ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust 3 cytowanej ustawy skazał go na karę 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 2 k.k. wymierzył grzywnę w ilości 150 stawek dziennych w wysokości 20 złotych;
4. w okresie od 17 września 1998 r. do 18 września 1998 r. w P., działając w zorganizowanej grupie przestępczej wspólnie i w porozumieniu z D. W., doprowadził K. W. do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem w ten sposób, że zażądał od niego pieniędzy w kwocie 30.000 zł; a faktycznie otrzymał od niego pieniądze w kwocie 29.000 zł, w zamian za zwrot skradzionego dnia 17 września 1998 r. na szkodę wyżej wymienionego, samochodu marki Jeep Cheeroke , nr rej. [...], wraz z dokumentami i przedmiotami tam się znajdującymi o łącznej wartości 180.000 zł; tj. przestępstwa z art. 286 § 2 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 2 k.k. skazał go na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
5. w dniu 17 września 1998 r. w P., działając w zorganizowanej grupie przestępczej, wspólnie i w porozumieniu z T. K. zabrał w celu przywłaszczenia z samochodu marki Jeep Cheeroke, nr rejestracyjny [...], dwie kurtki ze skóry o łącznej wartości 700 zł; na szkodę K. W. i S. B., to jest przestępstwa z art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i za to na podstawie art. 278 § 1 k.k. skazał go na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności;
6. w dniu 4 października 1998 r. w P., działając w zorganizowanej grupie przestępczej, w zamiarze, aby D. W. dokonał czynu zabronionego, ułatwił sprawcy jego popełnienie, w ten sposób, że przekazał mu narzędzia przeznaczone do włamania do samochodu, celem dokonania w tym dniu kradzieży samochodu marki BMW 525, tj. przestępstwa z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. skazał go na karę 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzone oskarżonemu S. S. kary pozbawienia wolności połączył i wymierzył karę łączną 3 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności. Ponadto na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 414 § 1 k.p.k. i art. 101 § 1 pkt 4 k.k. oraz art. 102 k.k. umorzył postępowanie przeciwko oskarżonemu S. S. o przestępstwa opisane w akcie oskarżenia w pkt LV i LVI.

Wyrok ten został zaskarżony przez prokuratora oraz obrońcę oskarżonych. Z uwagi na zakres obecnego postępowania kasacyjnego, celowe jest wskazanie tylko na zarzuty apelacji obrońców oskarżonych.

Obrońcy oskarżonych postawili w apelacji szereg zarzutów naruszenia prawa procesowego, zwłaszcza art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., a nadto, błąd w ustaleniach faktycznych polegający na wadliwym ustaleniu, że oskarżeni swoim zachowaniem wyczerpali znamiona przypisanych im czynów, pomimo braku podstaw w materiale dowodowym sprawy oraz rażąca niewspółmierność orzeczonych kar pozbawienia wolności do stopnia zawinienia i społecznej szkodliwości zarzucanych im czynów. W zakresie zarzutów naruszenia prawa procesowego podniesiony został zarzut obrazy art. 237 § 2 k.p.k. poprzez uznanie utrwalonych w sprawie rozmów telefonicznych za dopuszczalny materiał dowodowy w odniesieniu do obu oskarżonych, w sytuacji, gdy przestępstwa te nie zostały objęte katalogiem przestępstw w odniesieniu do których dopuszczalna jest kontrola i utrwalenie rozmów telefonicznych.

Podstawowym wnioskiem skarżących było uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie zmiana wyroku i uniewinnienie obu oskarżonych.

Wyrokiem z dnia 3 lutego 2011 r., Sąd Apelacyjny:

I. w stosunku do oskarżonego M. B. :

1. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:
 - a) uchylił orzeczenie o karach łącznych zawarte w pkt 11 ,
 - b) w pkt 1 wyeliminował z opisu czynu ustalenie, że w skład grupy wchodził L. B., N. S., D. N., D. S., A. R. i S. S. i w to miejsce przyjął, że w skład grupy wchodziły inne osoby,

- c) w pkt 3 przyjął, iż działał wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym S. S. i inną osobą,
 - d) w pkt 5 przyjął, iż działał wspólnie i w porozumieniu z inną osobą,
 - e) w pkt 7 przyjął, że działał wspólnie i w porozumieniu z dwiema innymi osobami,
 - f) w pkt 9 przyjął, że wartość samochodu nie była znaczna co stanowiło przestępstwo określone w art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. skazał go na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33 § 2 k.k. wymierzył mu grzywnę w ilości 50 stawek dziennych w wysokości 20 zł każda.
2. Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu M. B. nowe kary łączne, tj. karę 3 lat i 11 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w ilości 500 stawek dziennych w wysokości 20 zł każda.
 3. Uchylił zaskarżony wyrok w pkt 2 i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu.
 4. W pozostałej części wobec oskarżonego M. B. utrzymano w mocy zaskarżony wyrok.
- II. W stosunku do oskarżonego S. S. :
1. Uchylił zaskarżony wyrok w pkt 65 i na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 414 § 1 k.p.k. umorzył postępowanie wobec oskarżonego S. S. o czyn opisany w pkt XLIX części wstępnej wyroku.
 2. Uchylił zaskarżony wyrok w pkt 66 i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.
 3. Zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:
 - a) uchylił orzeczenie o karze łącznej zawarte w pkt 73;
 - b) w pkt 67 z opisu czynu wyeliminował, że działał w zorganizowanej grupie przestępczej a nadto z podstawy skazania i wymiaru kary wyeliminował art. 65 k.k. oraz obniżył karę pozbawienia wolności do 1 roku i 4 miesięcy;
 - c) w pkt 68 przyjął, że działał wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym M. B. i inną osobą a nadto z opisu czynu wyeliminował, że działał w zorganizowanej grupie przestępczej, a nadto z podstawy skazania i wymiaru kary wyeliminował art. 65 k.k. oraz obniżył karę pozbawienia wolności do 1 roku i 4 miesięcy ;

- d) w pkt 69 przyjął, że działał wspólnie i w porozumieniu z inną osobą a nadto z opisu czynu wyeliminował, że działał w zorganizowanej grupie przestępczej a nadto z podstawy skazania i wymiaru kary wyeliminował art. 65 k.k. oraz obniżył karę pozbawienia wolności do 9 miesięcy;
- e) w pkt 70 przyjął, że działał w zamiarze by inna osoba dokonała kradzieży z włamaniem samochodu a nadto z opisu czynu wyeliminował, że działał w zorganizowanej grupie przestępczej a nadto z podstawy skazania i wymiaru kary wyeliminował art. 65 k.k. oraz obniżył karę pozbawienia wolności do 1 roku i 2 miesięcy.

4. W pozostałej części wyrok wobec S. S. utrzymał w mocy.

5. Na podstawie art. 85 i art. 86 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu S. S. karę łączną w wysokości 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności.

Kasacje od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego złożyli obrońcy M. B. i S. S. Zarzucając rażące i mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji w brzmieniu na dzień 18 maja 1998 r. - przez zaakceptowanie błędnego poglądu, że utrwalone rozmowy telefoniczne w odniesieniu do przestępstw nie objętych zarządzeniem o kontroli rozmów telefonicznych ani zgodą następczą stanowią legalny materiał dowodowy, wnieśli o uchylenie wyroku sądu odwoławczego w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Po rozpoznaniu tych kasacji Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 2 marca 2012 r., sygn. akt V KK 270/11, uchylił zaskarżony wyrok co do M. B. w części odnoszącej się do czynów z art. 258 § 3 k.k., art. 286 § 2 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. (pkt I.1 i 4) i do orzeczenia o karach łącznych (pkt I.2) oraz co do S. S. w części odnoszącej się do czynów z art. 279 § 1 k.k., art. 286 § 2 k.k., art. 278 § 1 k.k. i art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. (pkt XII.3. i 4.0 i do orzeczenia o karze łącznej (pkt XII.5.) i sprawę w tym zakresie przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy w postępowaniu odwoławczym Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 29 maja 2012 r., orzekł co następuje:

„ I. w stosunku do oskarżonego M. B.:

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- a) uchyla orzeczenie o karach łącznych zawarte w pkt 11 i zaliczeniu tymczasowego aresztowania zawarte w pkt 12,
 - b) w pkt 1 eliminuje z opisu czynu ustalenie, że w skład grupy wchodziłi [...] i S. S. i w to miejsce przyjmuje, że w skład grupy wchodziły inne osoby,
 - c) w pkt 3 przyjmuje, iż działał wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym S. S. i inną osobą,
 - d) w pkt 5 przyjmuje, iż działał wspólnie i w porozumieniu z inną osobą,
 - e) w pkt 7 przyjmuje, że działał wspólnie i w porozumieniu z dwiema innymi osobami,
 - f) w pkt 9 przyjmuje, że wartość samochodu nie była znaczna co stanowiło przestępstwo określone w art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. skazuje go na karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33 § 2 k.k. wymierza mu grzywnę w ilości 40 (czterdzieści) stawek dziennych w wysokości 20 zł każda,
2. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k. wymierza oskarżonemu M. B. nowe kary łączne i tak karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w ilości 400 (czterysta) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na 20 zł; (dwadzieścia) każda,
3. w pozostałej, podlegającej zaskarżeniu, części wobec oskarżonego M. B. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok,
- II. w stosunku do oskarżonego S. S.:
1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:
 - a) uchyla orzeczenie o karze łącznej zawarte w pkt 73;
 - b) w pkt 67 z opisu czynu eliminuje, że działał w zorganizowanej grupie przestępczej a nadto z podstawy skazania i wymiaru kary eliminuje art. 65 k.k. oraz obniża karę pozbawienia wolności do 1 (jednego) roku i 4 (czterech) miesięcy;
 - c) w pkt 68 przyjmuje, że działał wspólnie i w porozumieniu z oskarżonym M. B. i inną osobą a nadto z opisu czynu eliminuje, że działał w zorganizowanej grupie przestępczej, a nadto z podstawy skazania i wymiaru kary eliminuje art. 65 k.k. oraz obniża karę pozbawienia wolności do 1 (jednego) roku i 4 (czterech) miesięcy;

d) w pkt 69 przyjmuje, że działał wspólnie i w porozumieniu z inną osobą a nadto z opisu czynu eliminuje, że działał w zorganizowanej grupie przestępczej a nadto z podstawy skazania i wymiaru kary eliminuje art. 65 k.k. oraz obniża karę pozbawienia wolności do 9 (dziewięciu) miesięcy;

e) w pkt 70 przyjmuje, że działał w zamiarze by inna osoba dokonała kradzieży z włamaniem samochodu a nadto z opisu czynu eliminuje, że działał w zorganizowanej grupie przestępczej a nadto z podstawy skazania i wymiaru kary eliminuje art. 65 k.k. oraz obniża karę pozbawienia wolności do 1 (jednego) roku i 2 (dwóch) miesięcy,

2. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierza oskarżonemu S. S. nową karę łączną w wysokości 2 (dwóch) lat i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności,

3. w pozostałej części wobec oskarżonego S. S. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok,

4. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zalicza oskarżonemu S. S. na poczet wymierzonej powyżej w pkt II.2 kary łącznej pozbawienia wolności okres tymczasowego aresztowania od dnia 6.05.1999 r. do 11.08.1999 r.”

Kasacje od tego wyroku wnieśli obrońcy obu skazanych i zarzucając wyrokowi rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 19 ust. 1 ustawy o Policji w brzmieniu na dzień 18 maja 1998 r. poprzez brak zweryfikowania wadliwego stanowiska Sądu I instancji i zaakceptowanie rozstrzygnięcia, którym utrwalone rozmowy telefoniczne uznane zostały za legalny materiał dowodowy służący ustaleniu sprawstwa M. B. i S. S. w odniesieniu do przestępstw, które nie zostały objęte zarządzeniem kontroli rozmów telefonicznych ani nie została względem nich wydana w tym przedmiocie zgoda następcza.

Podnosząc taki zarzut skarżący wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Prokurator Prokuratury Apelacyjnej wniósł o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnych.

Skazany S. S. cofnął kasację, a postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy kasacyjnej Sąd Najwyższy kasację co do tego skazanego pozostawił bez rozpoznania.

Występujący na rozprawie prokurator Prokuratury Generalnej wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w odniesieniu do skazanego M. B., a na podstawie art. 435 k.p.k. co do S. S. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi II instancji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się zasadna. Przyznać należy co do zasady rację skarżącemu, że Sąd II instancji dopuścił się rażącego naruszenia prawa aprobeując rozstrzygnięcie, w którym materiały zebrane w czasie kontroli operacyjnej prowadzonej wobec obu skazanych w zakresie przestępstw określonych w katalogu zawartym w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, w brzmieniu obowiązującym w roku 1998, zostały wykorzystane jako materiał dowodowy do skazania za inne przestępstwa, które w tym katalogu się nie mieściły. W związku z tak sformułowanym zarzutem stwierdzić należy na wstępie, że zakresem zaskarżenia kasacją nie mógł zostać objęty czyn z art. 263 § 2 k.k. (pkt VIII a. o.) przypisany skazanemu M. B., a to dlatego, że poprzedni wyrok Sądu II Instancji w tym zakresie nie został uchylony przez Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 2 marca 2012 r. (sygn. akt V KK 270/11); jest to zresztą zrozumiałe, albowiem co do tego czynu materiały niejawne nie stanowiły podstawy czynionych ustaleń faktycznych, a skazanie oparto jedynie na protokole przeszukania garażu, w trakcie której to czynności zabezpieczono amunicję oraz przyznaniu się M. B. do tego przestępstwa (zob. str. 58-59 oraz 268-269 uzasadnienia Sądu I instancji). Co więcej, także w treści apelacji pomimo, iż wskazano jako zaskarżone rozstrzygnięcie ujęte w pkt 8 wyroku, które odnosiło się do przestępstwa z art. 263 § 2 k.k., to żaden z zarzutów tej apelacji nie dotyczył tego przestępstwa, do czego przekonuje także uzasadnienie skargi odwoławczej, a zwłaszcza strony od 15 do 18.

Przed przeprowadzeniem dalszych wywodów w tym zakresie konieczne jest przybliżenie kilku kwestii, które mają wpływ na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy. Pierwsza z nich to oczywiście problem czasu i zakresu prowadzonych czynności operacyjnych – podsłuchu telefonicznego, wobec obu skazanych. Otóż wobec M. B. zarządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z sierpnia 1998 r. – w uwzględnieniu wniosku opartego na podejrzeniu popełnieniu przestępstwa z art. 19 ust. 1 pkt 5

ustawy o Policji – dalej jako ustawy o Policji lub u. P., (wskazano we wniosku tylko przepisy ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii - uw. SN) - zezwalało na stosowanie podsłuchu na okres 2 miesięcy. Stosowanie kontroli wobec tego skazanego przedłużono kolejnym zarządzeniem Ministra w odniesieniu do wskazanych w nim przestępstw z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (decyzja z października 1998 r. przedłużająca podsłuch na kolejne 2 miesiące). Z kolei wobec S. S. pierwsze zarządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych zezwalające na stosowanie podsłuchu na okres 3 miesięcy wydane zostało w maju 1998 r. i dotyczyło przestępstw wskazanych w przepisach art. 19 ust. 1 pkt 5, 9 i 10 u. P., przy czym wprost wskazano także przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Przedłużenie stosowania podsłuchu na okres 2 miesięcy nastąpiło na skutek kolejnego zarządzenia MSW z sierpnia 1998 r., przy czym we wniosku o przedłużenie tej czynności wskazano tylko na przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Wobec obu tych skazanych nie był stosowany podsłuch procesowy, co trafnie ustalił Sąd II instancji.

Kwestia druga musi dotyczyć sposobu wprowadzenia tych materiałów do postępowania karnego. Otóż materiały zgromadzone w trakcie tych czynności operacyjnych zostały przekazane przez Ministra Spraw Wewnętrznych do dyspozycji prokuratora decyzjami z dnia 18 marca 1999 r. (decyzja nr 83) oraz z dnia 6 marca 2000 r. (decyzja nr 64), bez jakichkolwiek zastrzeżeń co do zakresu przedmiotowego ich wykorzystania. W oparciu o te decyzje Prokurator Generalny pismem z dnia 23 marca 1999 r. przesłał je właściwej prokuraturze celem wszczęcia i przeprowadzenia postępowania karnego o przestępstwa z art. 43 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii a także inne czyny. Zatem już w marcu 1999 r. te materiały niejawnie znalazły się w dyspozycji prokuratora, który uczynił z nich materiał dowodowy, w oparciu o który najpierw wszczął śledztwo, a dalszej fazie materiały te wykorzystał procesowo.

W tych okolicznościach należało określić, jak oceniać zgodność z prawem tych czynności operacyjnych oraz zakres i możliwość wykorzystania materiału, który został w wyniku tego podsłuchu zebrany, albowiem kwestia ta jest kluczowa w kontekście zarzutu kasacji. Z uzasadnienia wyroku sądu *ad quem* wynika, że sąd ten uznał, iż same czynności operacyjne, których efektem były określone materiały,

były zgodne z przepisami prawa wówczas obowiązującymi (str. 19 uzasadnienia). Kolejnym elementem rozważań było to, w jakim zakresie materiał zebrany w czasie kontroli operacyjnej może być wykorzystany w procesie karnym. Ten aspekt sprawy jawi się jako najistotniejsze dla rozstrzygnięcia skargi kasacyjnej, a zatem wymaga bliższego przedstawienia argumentacji Sądu II instancji. Rozważając ten problem sąd odwoławczy zauważył, że w zarządzeniach o kontroli operacyjnej brak było odniesień do zarzutów z art. 286 § 2 k.k., art. 291 § 1 k.k., art. 279 § 1 k.k., art. 278 § 1 k.k. czy też z art. 258 § 3 k.k. wobec M. B. Dalej zaś wskazał, że te przestępstwa nie należały do katalogu z art. 19 ust. 1 u. P. w wersji obowiązującej w dacie wydawania przedmiotowych zarządzeń, a jedynie art. 258 k.k. był w nim ujęty (art. 19 ust. 1 pkt 9 u. P.), zaś wobec „usunięcia” poprzednim wyrokiem Sądu II instancji z kwalifikacji prawnej czynu z art. 291 § 1 k.k. przepisu art. 294 § 1 k.k. (czyn w pkt 9 co do M. B.) bezprzedmiotowe jest rozważanie czy do tego czynu mógł mieć zastosowanie art. 19 ust. 1 pkt 6 u. P.

Na tle takich konstatacji sąd odwoławczy wskazał, że zgoda na zastosowanie podsłuchu wobec obu skazanych dotyczyła innych czynów niż te, które są przedmiotem niniejszej sprawy (str. 20). Aprobując argumentacją zawartą w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. (I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37) oraz w uchwale z dnia 23 marca 2011 r. (I KZP 32/10, OSNKW 2011, z. 3, poz. 22) podkreślił, że to właśnie na skutek tych orzeczeń dokonano z dniem 11 czerwca 2011 r. zmian w ustawie o Policji, które dotyczyły tzw. zgody następczej. Wywodząc z tej nowelizacji wniosek, że poprzednio nie było możliwości uzyskania tzw. zgody następczej, chociażby do przestępstw objętych katalogiem z art. 19 ust. 1 u. P., wskazał na treść art. 19 ust. 4 u. P. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. (Dz. U. Nr 100, poz. 1084), który to przepis w okresie od 19 marca 2002 r. do 19 września 2006 r. dawał podstawę sądowi okręgowemu do wydania zezwolenia – na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora – na odstąpienie od zniszczenia materiałów, o których mowa w art. 19 ust. 3 u. P., jeżeli stanowią one dowód lub wskazują na zamiar popełnienia przestępstwa, dla wykrycia którego na podstawie przepisów ustawowych może być prowadzona kontrola operacyjna lub czynności

operacyjno-rozpoznawcze. W przepisie art. 19 ust. 4 u. P. upatrywał więc podstawy do przyjęcia, że istniała możliwość wykorzystania bezpośredniego w procesie karnym dowodu uzyskanego w ramach podsłuchu operacyjnego, który to dowód świadczył o popełnieniu innego przestępstwa niż to, do wykrycia którego podsłuch był zarządzony (str. 22). Sąd odwoławczy stwierdził dalej, że przepis ten dawał możliwość posłużenia się dowodem uzyskanym przy okazji podsłuchu operacyjnego prowadzonego do innego przestępstwa, dla wykazania popełnienia w zasadzie każdego przestępstwa, albowiem w tym czasie prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych nie było ograniczone. Kończąc swój wywód Sąd ten podniósł, że w tej sprawie istniała możliwość wykorzystania materiałów uzyskanych w drodze kontroli operacyjnej i to mimo tego, że przestępstwa przypisane oskarżonym nie należały do katalogu z art. 19 ust. 1 lub nie zostały ujęte w zarządzeniu MSW. Po tym stwierdzeniu przedstawił także uwagi odnoszące się do orzecznictwa Trybunału Strasburskiego (dalej także jako ETPCz) i możliwości wykorzystania dowodów uzyskanych niezgodnie z ustawą.

Po przedstawieniu tych uwag celowe jest wskazanie dlaczego zarzut kasacji jest trafny. Pierwsza uwaga jaka nasuwa się w związku z wywoдем Sądu II instancji to stwierdzenie, że pomimo deklarowania aprobaty dla poglądów prezentowanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego co do możliwości wykorzystania dowodów zgromadzonych w czasie podsłuchu operacyjnego tylko w odniesieniu do przestępstw zawartych w katalogu o którym mowa w art. 19 ust. 1 u. P., Sąd ten uznał, iż jednak przepis art. 19 ust. 4 stanowił w tym zakresie upoważnienie do wykorzystania każdego dowodu uzyskanego przy okazji podsłuchu, nawet dla postępowania karnego dotyczącego przestępstwa tzw. nie katalogowego (nie wymienionego w art. 19 ust. 1 u. P.). Druga uwaga dotyczy stanu prawnego. Nietrudno zauważyć, że oceniając legalność czynności operacyjnych Sąd II instancji wyraził trafny pogląd, iż istotny jest stan prawny obowiązujący w czasie stosowania kontroli operacyjnej i przedstawił wprost tekst obowiązującej wówczas ustawy o Policji (str.17-19). Dla ustalenia, że jednak dowody uzyskane w czasie tego podsłuchu mogą być wykorzystane co do każdego innego – także nie katalogowego – przestępstwa, posłużył się jednak przepisem art. 19 ust. 4 u. P., który w tym czasie przecież nie obowiązywał. Przepis art. 19 ust.

4 został wprowadzony do ustawy o Policji od dnia 19 marca 2002 r. (Dz. U. z 2001 r., Nr 100, poz.1084 – art. 1 pkt 11) razem z przepisami, które wprowadziły sądową kontrolę nad kontrolą operacyjną, zaś przestał obowiązywać w dniu 20 września 2006 r. (Dz. U. z 2006, Nr 158, poz.1122 - art. 1 pkt 10b). Zestawienie okresu w którym podsłuch wobec obu skazanych był stosowany z czasem obowiązywania tego przepisu wskazuje, że odwoływanie się do normy w nim zawartej jest chybione, skoro nie mogła ona wpływać na ocenę czynności realizowanych przed czasem jej obowiązywania. Co więcej, aby odwołać się w takim ujęciu do normy zawartej w tym przepisie, pomijając trafność jej odkodowania (co będzie przedmiotem uwag w dalszej części uzasadnienia), musiałby zostać spełniony warunek wydania przez sąd okręgowy zezwolenia na odstąpienie od zniszczenia takich materiałów zebranych bez pierwotnej zgody na podsłuch. Tylko wówczas bowiem powstawałaby sytuacja, w której można byłoby prowadzić prawne rozważania co do możliwości oparcia się na takich dowodach, które dotyczą przestępstwa tzw. pozakatalogowego, w układzie w którym dowody te zostały uzyskane zostały w czasie podsłuchu prowadzonego w stosunku do przestępstwa katalogowego. Tymczasem takiej zgody w tej sprawie nie było. Nie można w takiej sytuacji wyłączać stosowania art. 19 ust. 1 u. P. w oparciu o hipotezę, która nie mogła zostać spełniona w czasie stosowania podsłuchu. Jeśliby nawet założyć, w oderwaniu od treści innych przepisów ustawy o Policji, tj. art. 19 ust. 2 i 3, że jest możliwe zalegalizowanie takich materiałów w wyniku wydania postanowienia w oparciu o przepis art. 19 ust. 4, już po wejściu w życie tego przepisu i w oderwaniu od czasu stosowania podsłuchu (zob. art. 19 ust. 3 u. P.), to przecież i takiego postanowienia nie wydano. Z tych zatem powodów przepis art. 19 ust. 4 u. P. nie mógł stanowić podstawy do przyjęcia, że materiały uzyskane w czasie trwającego w 1998 r. podsłuchu operacyjnego mogą być wykorzystane w odniesieniu do każdego przestępstwa, a więc także przestępstwa pozakatalogowego. Przyznać należy także, że z tego powodu rozważania zawarte w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2012 r., sygn. akt V KK 270/11, a odnoszące się do art. 19 ust. 4 u. P. nie mogą być zaaprobowane, a dla Sądu II instancji wiążące nie były.

Kończąc wywód w tym zakresie trzeba jedynie wskazać, że zdaniem Sądu Najwyższego orzekającego w tym składzie, odczytanie w treści art. 19 ust. 4 u. P.

zezwoleń na możliwość wykorzystania każdego dowodu – a więc i dowodu na popełnienie przestępstwa tzw. pozakatalogowego – uzyskanego w czasie trwania kontroli operacyjnej prowadzonej bez wstępnej zgody sądu, w postępowaniu karnym, jest zupełnie chybione. Nie można odkodować treści normy tylko na podstawie reguł wykładni językowej. Przepis art. 19 ust. 4 u. P. nawiązuje wprost do materiałów uzyskanych w wyniku podsłuchu, co do którego sąd nie wydał zgody następczej, gdy podsłuch był stosowany w przypadku niecierpiącym zwłoki, a więc jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa. Fakt posłużenia się w art. 19 ust. 3 u. P. tylko określeniem „przestępstwa” nie może skutkować pominięciem w procesie odkodowania normy reguł wykładni systemowej i funkcjonalnej. Stosując wykładnię systemową w formule argumentum a rubrica wskazać należy, że przepis art. 19 ust. 3 określa wyjątek od przepisu art. 19 ust. 1 u. P. przez to, iż zezwala w określonej sytuacji, na prowadzenie kontroli operacyjnej bez wstępnej zgody sądu, a za pisemną zgodą prokuratora; przepis ten, w końcowej części (zdanie drugie) określa także konsekwencje niewyrażenia przez sąd późniejszej (następczej) zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej. Nie sposób twierdzić, że w tym trybie można również prowadzić kontrolę operacyjną w odniesieniu do przestępstw spoza katalogu określonego w ust. 1 tego przepisu, albowiem prowadziłoby to realizowania kontroli operacyjnej w sposób praktycznie nieograniczony; byłoby to więc obejście przepisu art. 19 ust. 1 u. P. i zaprzeczenie jego celu, jakim było ograniczenie stosowania kontroli operacyjnej, a więc ingerencji w wolność komunikowania się, tylko w odniesieniu do przestępstw uznanych za najpoważniejsze. Ponadto należy pamiętać, że jedną z dyrektyw wykładni systemowej jest to, by tak interpretować przepis prawa, aby nie prowadzić do sprzeczności z innymi przepisami (L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 129-130), a do takiej sprzeczności by doszło w relacji pomiędzy przepisem art. 19 ust. 1 a ust. 3 tego przepisu u. P. Ponadto trzeba mieć na uwadze i to, że w przypadku regulacji, które ograniczają prawa i wolności obywatelskie należy prowadzić wykładnię tych przepisów w sposób ścisły, a w przypadku wątpliwości co do treści normy w nich zawartej należy stosować regułę *in dubio pro libertate* (np. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 stycznia 2005 r., Ts 109/04,

OTK-B 2005/1/38; L. Morawski, op. cit. , s.163-164). Podobnie rzecz się przedstawia w odniesieniu do art. 19 ust. 4 u. P. Skoro podsłuch w trybie określonym w art. 19 ust. 1 i ust. 3 mógł być stosowany tylko w odniesieniu do któregoś z przestępstw określonych w katalogu z art. 19 ust. 1, to nie sposób przyjąć, bez naruszenia reguł wykładni systemowej oraz funkcjonalnej, że w trybie z art. 19 ust. 4 u. P. sąd mógł także zezwolić na zachowanie dowodów świadczących o popełnieniu jakiegokolwiek przestępstwa (por. K. Grzegorzczuk, glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, WPP 2008, nr 4, s. 154-158). Stanowisko co do tego, że zebrane w trakcie podsłuchu operacyjnego dowody popełnienia innego przestępstwa można wykorzystać (w przypadku stosownej zgody sądu) tylko w odniesieniu do tzw. przestępstw katalogowych z art. 19 ust. u. P., konsekwentnie jest zajmowane przez orzecznictwo Sądu Najwyższego, począwszy od postanowienia w sprawie I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37 (np. postanowienie SN z dnia 10 października 2012 r., II KK 336/11, OSNKW 2013, z.1, poz. 6; w sprawach dyscyplinarnych stanowiska takie zajmowano wcześniej - zob. uchwała SN z dnia 15 listopada 2005 r, SNO 57/05; z dnia 27 lipca 2006 r., SNO 35/06). Co więcej, chociaż stanowisko takie zaprezentowano po raz pierwszy na tle u. P. w sytuacji, gdy już wprowadzono sądową kontrolę nad stosowaniem podsłuchu (tj. od dnia 19 marca 2002 r.), to także przed tą datą, a zatem i w czasie stosowania podsłuchu wobec obu skazanych (1998 r.), stan prawny uniemożliwiał wykorzystanie dowodów zgromadzonych podczas podsłuchu operacyjnego do postępowania karnego, którego przedmiotem miałyby być przestępstwa z poza katalogu, o którym mowa w art. 19 ust. 1 u. P.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że w ustawie o Policji w wersji obowiązującej do dnia 18 marca 2002 r. Minister Spraw Wewnętrznych mógł zarządzić stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób tajny informacji oraz utrwalanie dowodów w dwóch sytuacjach. Pierwsza opisana została w art. 19 ust.1 i ten tryb wymagał uprzedniej pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, by następnie Minister mógł zarządzić, na czas określony, stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób tajny informacji oraz utrwalanie dowodów co do przestępstw umyślnych, ściganych z oskarżenia

publicznego a wymienionych w art. 19 ust.1. Druga sytuacja została wskazana w art. 19 ust. 2 u. P. i dotyczyła możliwości zarządzenia stosowania takich środków w przypadku niecierpiącym zwłoki, bez uprzedniej zgody Prokuratora Generalnego, ale z obowiązkiem zwrócenia się do Prokuratora Generalnego o wyrażenie zgody w ciągu 24 godzin, co można określić jako zgoda następcza. Przepis ten wprawdzie nie wskazywał wprost na to, w odniesieniu do jakich przestępstw może nastąpić zatarcie dowodów, ale pomijając już poczynione powyżej rozważania na tle art. 19 ust. 4 u. P., rzecz ta stawała się oczywista w kontekście regulacji określonej w art. 19 ust. 5 u. P. Otóż przepis ten wprost wskazywał, że w przypadku potwierdzenia informacji o przestępstwie określonym w ust. 1 minister przekazuje Prokuratorowi Generalnemu materiały uzyskane w wyniku czynności, o których mowa w ust. 1 i 2, z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego (podkr. SN). Zatem z tej regulacji wynikało, że zawarte w ust. 2 art. 19 u. P. określenie „przestępstwa” bez jego dodatkowego doprecyzowania, może dotyczyć tylko przestępstwa katalogowego, a zatem wymienionego w art. 19 ust.1. Tylko więc wówczas, gdy materiały takie potwierdziły informacje o przestępstwie art. 19 ust. 1 u. P. mogły one zostać przekazane Prokuratorowi Generalnemu z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. Pozostałe materiały zebrane w czasie stosowanego podsłuchu, a więc nie stanowiące informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa z art. 19 ust. 1 u. P., np. zdobyte w trakcie podsłuchu, ale dotyczące innych przestępstw niż z art. 19 ust. 1 nie mogły zostać przekazane Prokuratorowi Generalnemu i podlegały bezwarunkowemu zniszczeniu (arg. ex art. 19 ust. 5 i ust. 6).

Z rozważań tych więc w sposób oczywisty wynika, iż pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny nie mógł zostać zaaprobowany, jako że w sposób rażący naruszał treść art. 19 ust. 1 u. P. Trzeba jednak ustosunkować się również do tego argumentu sądu *ad quem*, z którego wynika, że dowód nawet uzyskany w sposób sprzeczny z ustawą może być wykorzystany w procesie, jeśli nie prowadziło to do naruszenia prawa oskarżonego do rzetelnego procesu (wywody na str. 22-23). Odnosząc się do tej argumentacji wskazać na wstępie należy, że odwoływanie się do orzecznictwa ETPCz na tle art. 6 Konwencji było zbędne, skoro Sąd II instancji stwierdził, iż przepis prawa polskiego, tj. art. 19 ust. 4 u. P. dawał prawną możliwość wykorzystania zebranych materiałów niejawnych do pociągnięcia

oskarżonych do odpowiedzialności karnej za przestępstwa nie ujęte w katalogu z art. 19 ust. 1. Niezależnie od tego trzeba stanowczo stwierdzić, że podstawowym obowiązkiem sądu dotyczącym zebranych w sprawie dowodów jest dokonanie oceny, czy dowody te zostały uzyskane zgodnie z prawem. Stwierdzenie, że dowody zebrano z naruszeniem ustawowych reguł, bądź wbrew zakazom dowodowym, musi skutkować przyjęciem, iż taki dowód nie może stanowić przedmiotu oceny sądu (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2009 r., III KK 58/09, OSNKW 2010, z.3, poz.28; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 18 maja 2009 r., II AKa 122/08, Lex 513128). Wyjątku w tym zakresie nie może stanowić odwołanie się do reguł rzetelnego procesu wypracowanych przez EKPCz na gruncie art. 6 EKPC. Przypomnieć bowiem należy, że sama Konwencja (EKPC) nie określa zasad dopuszczalności dowodów, pozostawiając tę kwestię wyłącznie regulacjom krajowym (M. A. Nowicki, EKPC. Orzecznictwo, tom 1. Prawo do rzetelnego procesu sądowego, 2001, s. 41; M. Wąsek - Wiaderek, Zagadnienia prawa dowodowego w orzecznictwie Trybunału Strasburskiego, w: Zagadnienia prawa dowodowego, red. J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki 2011, s. 41 i wskazane tam także orzeczenia). Trybunał Strasburski nie zajmuje się błędami faktycznymi lub prawnymi, których popełnienie zarzuca się sądom krajowym, a nadto nie rozstrzyga, czy określone rodzaje dowodów – a więc np. dowody uzyskane sprzecznie z prawem – mogą być dopuszczalne, a jedynie odpowiada, czy postępowanie traktowane jako całość, włącznie ze sposobem w jaki materiał dowodowy został pozyskany, było rzetelne (zob. np. Welke i Białek przeciwko Polsce, wyrok z dnia 1 marca 2011 r., skarga 15924/05; Schenk przeciwko Szwajcarii, orzeczenie z dnia 12 lipca 1988 r., A.140, skarga 10862/84). Jedynie w zakresie w jakim dowody uzyskano wskutek przełamania zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, to dowody takie są oceniane przez Trybunał w zakresie ich dopuszczalności i skutków ich wykorzystania (por. M. Wąsek- Wiaderek, op. cit. str. 41). Należy zatem odwrócić postrzeganie wskazanego problemu. Gdyby na gruncie niniejszej sprawy sąd odwoławczy – z obrazą prawa krajowego – dopuścił dowód z podsłuchu procesowego i poddał go ocenie (tak się zresztą stało), a więc niejako „zalegalizował” go w procesie karnym, to w przypadku skargi do ETPCz z reguły możliwe byłoby w takim układzie

stwierdzenie naruszenia art. 8 Konwencji (prawo do poszanowania życia prywatnego i swojej korespondencji), ale to nie prowadzioby co do zasady do naruszenia rzetelności postępowania, jeśli zachowano by określone wymogi przeprowadzenia takich dowodów, które zresztą trafnie wskazał Sąd II instancji na stronie 23 uzasadnienia (zob. także M. Wąsek-Wiaderek, op. cit. s. 43-47 i wskazane konkretne orzeczenia). Sposób oceny postępowania przez ETPCz odnośnie dowodów uzyskanych w wyniku podsłuchu operacyjnego w aspekcie rozpoznawania sprawy w zakresie zachowania prawa do rzetelnego procesu (art. 6 EKPC), nie może stanowić dla sądów krajowych „przepustki” dla wprowadzenia do procesu karnego dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem. Z tego też powodu także ta argumentacja nie mogła zostać zaakceptowana przez Sąd Najwyższy.

Konieczne staje się zatem ustosunkowanie do tego, co w kasacji określono jako wykorzystanie rozmów telefonicznych w odniesieniu do tych przestępstw, które – jak wskazano w zarzucie – nie zostały objęte zarządzeniem kontroli rozmów telefonicznych. W części wstępnej uzasadnienia określono, jaki zakres przedmiotowy miały wydane zarządzenia przez Ministra Spraw Wewnętrznych (MSW). Wskazano także dalej, że dysponentem materiałów uzyskanych w wyniku podjętych czynności operacyjnych podsłuchu telefonicznego był MSW. Natomiast w tym trybie to Prokurator Generalny pełnił tę rolę, którą obecnie pełni sąd okręgowy, tj. wydawał zgodę na podsłuch, kontrolując legalność złożonego wniosku i zgodność podsłuchu z przepisami prawa. Ostatecznie, w przypadku potwierdzenia informacji o przestępstwie określonym w art. 19 ust. 1 Minister Spraw Wewnętrznych przekazywał Prokuratorowi Generalnemu materiały z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego (art. 19 ust. 5). Prawdą jest, że w czasie kiedy podsłuch był stosowany, Minister nie wydawał uzupełniających (następczych zarządzeń) odnośnie tych przestępstw, które mieściły się w katalogu z art. 19 ust. 1 u. P., ale które nie były wskazane w wydanych zarządzeniach o stosowaniu podsłuchu ani też nie występował o takie zgody do Prokuratora Generalnego; chodzi tu o przestępstwo z art. 258 § 3 k.k. czy art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 294 §1 k.k. odnośnie M. B. (co do S. S. kwestia ta nie ma znaczenia wobec tego, że co do czynu z art. 258 §1 k.k. wskazano w zarządzeniu pkt 8 art. 19 ust. 1 u. P. –

odpowiednik art. 276 d. k.k., a po drugie, co do tego czynu nastąpiło już prawomocne umorzenie postępowania - uw. SN). Należy jednak dostrzec, że w niniejszej sprawie stosowano tryb określony w art. 19 ust.1 u. P., a MSW był podmiotem określającym, które materiały potwierdzające informacje o przestępstwie określonym w ust. 1 u. P. zostaną przekazane Prokuratorowi Generalnemu celem wszczęcia postępowania (art. 19 ust. 5 u. P.). Z ówczesnej regulacji ustawowej, jak też z orzecznictwa Sądu Najwyższego lub sądów powszechnych, nie wynikało, aby w przypadku uzyskania w trakcie stosowanego podsłuchu informacji o możliwości popełnienia innego przestępstwa z art. 19 ust. 1 u. P. niż to, które określono w zarządzeniu MSW, należało wystąpić do Prokuratora Generalnego w trybie analogicznym, jak w art. 19 ust. 2 u. P. Pogląd taki zarysował się dopiero wyraźnie w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. (I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5, poz. 37), a i wówczas wzbudzał kontrowersje w piśmiennictwie (por. np. glosy A. Lacha oraz B. Sitkiewicza – Prok. i Pr. 2007, nr 10). Skoro zatem w trakcie legalnego podsłuchu stosowanego wobec M. B. oraz S. S., zebrane zostały także materiały wskazujące na popełnienie innych przestępstw z art. 19 ust. 1 u. P., niż określone w wydanych na podstawie art. 19 ust. 1 zarządzeniach MSW, to nie było przeszkód, tak w ustawie o Policji w brzmieniu wówczas obowiązującym (art. 19 ust. 5), jak też w ustawie procesowej, aby zebrane i przekazane w całości, a więc także **co do tych innych przestępstw katalogowych**, dowody wykorzystać w postępowaniu karnym. Podkreślić należy także, że nawet sytuacja, w której kwestia tzw. zgody następcej pojawiła się w obszarze prawnym w sposób frontalny w roku 2007, nie dawała jakichkolwiek możliwości, choćby z uwagi na etap postępowania karnego (akt oskarżenia wniesiono w roku 2004), do wdrożenia trybu konwalidowania braku tzw. zgody następcej. Ważkie znaczenie w kontekście wyrażonej powyżej tezy jest i to, że przecież to ostatecznie Prokuratorowi Generalnemu, a więc podmiotowi, który w trybie u. P. wydawał zgodę na podsłuch, wszystkie materiały niejawnie z realizowanego podsłuchu operacyjnego przekazano, a ten z kolei przekazując je wszystkie do właściwej prokuratury z poleceniem wszczęcia śledztwa nie wyłączył z ich zakresu tych, które dotyczyły także innych przestępstw katalogowych (nie wyłączył również co do przestępstw nie katalogowych). Można to zatem

jednoznacznie odczytać jako zabieg legalizujący te materiały w ówczesnym stanie prawnym, a więc decyzję równoważną dla tzw. zgody następczej.

Odmienne, jak wykazano we wcześniejszej części uzasadnienia, rzecz natomiast przedstawiała się w odniesieniu do tych materiałów niejawnych, które wskazywały na popełnienie przestępstw pozakatalogowych. Stosownie do treści art. 19 ust. 6 u. P. powinny one być zniszczone i nie mogły zostać wykorzystane. Jedyną, acz zasadniczą trudnością, było wówczas precyzyjne oddzielenie takich informacji, tak, aby nie dotyczyły one w żaden sposób przestępstwa z katalogu określonego w art. 19 ust. 1 u. P. Trudno nie zaznaczyć, iż nierzadko taki zabieg jest bardzo utrudniony lub może być niemożliwy, co nie pozwala jednak na wykorzystanie procesowe takich materiałów.

Mając zatem na uwadze powyższe rozważania należało zaskarżony wyrok uchylić, a na podstawie art. 435 k.p.k. w zw. z art. 536 k.p.k. także w odniesieniu do S. S., który wprawdzie skutecznie cofnął własną kasację (postanowienie wydane w trakcie rozprawy kasacyjnej o pozostawieniu jej bez rozpoznania), ale co do którego zaistniały te same względy (wręcz ten sam zarzut), które przemawiały za uwzględnieniem kasacji (por. wyroki SN: z dnia 29 czerwca 1976 r., VI KRN 90/76, OSNKW 1976, z.10-11, poz.125; z dnia 9 lipca 1982 r., III KR 149/82, OSNPG 1983, z.1, poz.10). Zakres przedmiotowy uchylenia zaskarżonego wyroku odnośnie czynów obu oskarżonych wynika z ustalenia opartego na analizie uzasadnień obu wyroków, a zwłaszcza wyroku Sądu I instancji, co do tego, do jakich czynów materiał niejawny (z podsłuchu operacyjnego) stanowił bazę dowodową, która była poddana analizie pod kątem ustaleń faktycznych co do popełnienia tych czynów.

Rzecz Sądu II instancji będzie zatem odniesienie się do wniesionej apelacji po raz kolejny i rozważenie, w kontekście wiążących zapatrywań zawartych powyżej co do niemożności procesowego wykorzystania materiałów z podsłuchu operacyjnego w odniesieniu do przestępstw pozakatalogowych (art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.), na ile eliminacja tych dowodów z bazy dowodów, na której oparto skazanie obu skazanych, skutkuje trafnością ocen co do sprawstwa poszczególnych czynów (co do M. B. – czyny z art. 286 § 3 k.k. [pkt III, V i VII: odpowiednio strony uzasadnienia - 15-17, 21-13 oraz 244; 25-26 i 237; 27-28, 249 -250], czyn z art. 291 § 1 k.k. [pkt X: strona 34 i 133 oraz 256], zaś co do S. S. co

do czynów z art. 279 § 1 k.k. [pkt LI i LIV], 286 § 2 k.k. [pkt LII] oraz art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. - pkt LIII). Ponadto należy zasygnalizować, że w odniesieniu do przestępstwa przypisanego M. B. w pkt IX, to wprawdzie z przyczyn procesowych nie jest możliwe przyjęcie, iż przestępstwo paserstwa dotyczy mienia znacznej wartości w rozumieniu art. 294 k.k., ale w dacie przekazywania materiałów niejawnych oceny takie nie mogły być znane, co powinno stanowić przedmiot rozważań w kontekście art. 19 ust. 1 pkt 6 u. P.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku.