

Sygn. akt III KK 127/16

POSTANOWIENIE

Dnia 20 października 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Stanisław Zabłocki (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Rafał Malarski

SSA del. do SN Jacek Błaszczyk

Protokolant Jolanta Włostowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej J.Rucińskiej

w sprawie P. C.

skazanego z art. 228 § 4 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 20 października 2016 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w L.

z dnia 26 listopada 2015 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 26 stycznia 2015 r.

**oddala kasację i obciąża skazanego kosztami sądowymi
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

P. C.został oskarżony o to, że:

I. w okresie od stycznia 2003 r. daty bliżej nieustalonej do 27 marca 2007 r. w K., jako Burmistrz Miasta K., reprezentując Miasto K. w jednoosobowej spółce komunalnej – K. Przedsiębiorstwie Energetyki Ciepłej sp. z o. o., uzależnił wykonanie czynności służbowej tj. pozostawienie na stanowisku desygnowanych przez niego członków rady nadzorczej wskazanej spółki, a mianowicie D. S., K. K. i W. T. od comiesięcznego oddawania mu części diet, w łącznej wysokości 500 zł miesięcznie, otrzymywanych przez wymienionych z tytułu zasiadania w radzie

nadzorczej KPEC sp. z o. o., a w szczególności po 200 zł miesięcznie od D. S. oraz po 150 zł miesięcznie od K. K. i W. T., po czym we wskazanym wyżej okresie czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, wielokrotnie przyjął z tego tytułu od D. S., K. K. i W. T., za pośrednictwem ustalonych osób korzyść majątkową w postaci pieniędzy w łącznej kwocie nie mniejszej niż 19 500 zł, czyniąc sobie z tego przestępstwa stałe źródło dochodu, to jest o czyn z art. 228 § 4 k.k. w zw. art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.;

II. w okresie od stycznia 2008 r., daty bliżej nieustalonej do 4 marca 2008 r. w K., jako Burmistrz Miasta K., działając na szkodę Miasta K., przekroczył swoje uprawnienia jako organ prowadzący szkoły Miasta K., w ten sposób, że wydał dyrektorom szkół Miasta K., a mianowicie P. M., dyrektorowi Publicznego Gimnazjum, J. D., dyrektorowi Szkoły Podstawowej [...], R.N., dyrektorowi Szkoły Podstawowej [...], W. D., dyrektorowi Szkoły Podstawowej [...], polecenie wyjazdu do Austrii na szkolenie i zapłaty za nie z będącego w ich dyspozycji funduszu na szkolenie nauczycieli, pomimo tego, że wiedział, iż żadnego szkolenia nie będzie, a jednocześnie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działając wspólnie i w porozumieniu z R. S. i M. S., w ramach podziału ról, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, po uprzednim wprowadzeniu w błąd P. M., dyrektora Publicznego Gimnazjum, J. D., dyrektora Szkoły Podstawowej [...], R. N., dyrektora Szkoły Podstawowej [...], W. D., dyrektora Szkoły Podstawowej [...], M. P., zastępcę dyrektora Zespołu Szkół [...] oraz pracowników K. Ośrodka Edukacji i Nauki, co do faktycznego charakteru wyjazdu w dniach 23 - 29 lutego 2008 r. do Austrii, pięciokrotnie doprowadził wymienione wyżej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem wskazanych wyżej placówek edukacyjnych w łącznej wysokości 20 643 zł poprzez zapłatę wskazanej sumy tytułem udziału wymienionych dyrektorów szkół w szkoleniu, przy czym P. C. osobiście uzyskał korzyść majątkową w kwocie 2 949 zł, stanowiącej refundację kosztów wyjazdu jego i jego żony A. C., zaś R. S. i jego żona M. S. po 1 474, 50 zł stanowiącej refundację kosztów ich udziału w wyjeździe, to jest o czyn z art. 231 § 2 k.k. w zb. z art. 286 § 1 k.k. w zw. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;

III. w lutym i marcu 2008 r., dat dziennych bliżej nieustalonych, w K., działając w celu osiągnięcia korzyści, majątkowej, po uprzednim wprowadzeniu w błąd

Przewodniczącego Rady Miasta K. oraz ustalonych pracowników Urzędu Miasta K. co do służbowego charakteru wyjazdu do Austrii w dniach 23 - 29 lutego 2008 r., doprowadził ustalonych pracowników Urzędu Miasta K. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem Miasta K. poprzez wypłatę na jego rzecz nienależnej mu kwoty 142,37 zł tytułem diet za podróż służbową, tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k.

Sąd Rejonowy w K., wyrokiem z dnia 26 stycznia 2015 r. w sprawie II K .../11, orzekł w następujący sposób:

I. oskarżonego P. C. uznał za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w pkt I. wyczerpującego dyspozycję art. 228 § 4 k.k. w zw. art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 228 § 4 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego P. C. grzywnę w wymiarze 150 (stu pięćdziesięciu) stawek dziennych, ustalając na podstawie art. 33 § 3 k.k. wysokość stawki dziennej na kwotę 30 (trzydziestu) złotych.

II. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego P. C. przepadek równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa przypisanego mu w pkt. I. w kwocie 19.500 (dziewiętnastu tysięcy pięciuset) złotych;

III. na podstawie art. 41 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego P. C. zakaz zajmowania stanowisk kierowniczych w administracji publicznej na okres 3 (trzech) lat;

IV. oskarżonego P. C. w ramach czynu zarzucanego mu w pkt. II. uznał za winnego tego, że w okresie od stycznia 2008 roku, daty bliżej nieustalonej do 4 marca 2008 roku w K., jako Burmistrz Miasta K., działając na szkodę interesu publicznego - interesu Miasta K., przekroczył swoje uprawnienia jako organ prowadzący szkoły Miasta K., w ten sposób, że wydał dyrektorom szkół Miasta K., a mianowicie [...], polecenie wyjazdu do Austrii na szkolenie i zapłaty za nie z będącego w ich dyspozycji funduszu na szkolenie nauczycieli, pomimo tego, że wiedział, iż żadnego szkolenia nie będzie, a jednocześnie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, działając wspólnie i w porozumieniu z ustalonymi osobami w ramach podziału ról, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, po uprzednim wprowadzeniu w błąd P.M. , dyrektora Publicznego

Gimnazjum, J. D., dyrektora Szkoły Podstawowej [...], R. N., dyrektora Szkoły Podstawowej [...], W. D., dyrektora Szkoły Podstawowej [...], M. P., zastępcę dyrektora Zespołu Szkół [...] oraz pracowników K. Ośrodka Edukacji i Nauki, co do faktycznego charakteru wyjazdu w dniach 23 - 29 lutego 2008 roku do Austrii, pięciokrotnie doprowadził wymienione wyżej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem wskazanych wyżej placówek edukacyjnych w łącznej wysokości 20.643 złotych poprzez zapłatę wskazanej sumy tytułem udziału wymienionych dyrektorów szkół w szkoleniu, przy czym P. C. osobiście uzyskał korzyść majątkową w kwocie 2.949 złotych, stanowiącej refundację kosztów wyjazdu jego i jego żony A. C., to jest popełnienia przestępstwa wyczerpującego dyspozycję art. 231 § 2 k.k. w zb. z art. 286 § 1 k.k. w zw. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to, przyjmując za podstawę wymiaru kary art. 231 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył oskarżonemu karę roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego P. C. grzywnę w wymiarze 120 (stu dwudziestu) stawek dziennych, ustalając na podstawie art. 33 § 3 k.k. wysokość stawki dziennej na kwotę 30 (trzydziestu) złotych;

V. na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego P. C. obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem przypisanym mu w pkt. IV. poprzez zapłatę:

1. kwoty 17.694 złotych (siedemnaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt cztery złote) na rzecz Gminy Miasto K.;
2. kwoty 2.949 złotych (dwa tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć) na rzecz Starostwa Powiatowego w K.;

VI. oskarżonego P. C. uznał za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w pkt. III. wyczerpującego dyspozycję art. 286 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 286 § 1 k.k. wymierzył mu karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego P. C. grzywnę w wymiarze 60 (sześćdziesięciu) stawek dziennych, ustalając na podstawie art. 33 § 3 k.k. wysokość stawki dziennej na kwotę 30 (trzydziestu) złotych;

VII. na podstawie art. 46 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego P. C. obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem przypisanym w pkt. VI. poprzez zapłatę na rzecz Gminy Miasto K.;

VIII. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k. orzeczone wobec oskarżonego P. C. w pkt. I., IV. i VI. kary pozbawienia wolności i grzywny połączył i jako karę łączną wymierzył oskarżonemu kary łączne 3 (trzech) lat pozbawienia wolności oraz 250 (dwieście pięćdziesiąt) stawek dziennych grzywny, ustalając na podstawie art. 33 § 3 k.k. wysokość stawki dziennej grzywny na kwotę 30 (trzydziestu) złotych.

Apelację od powyższego orzeczenia wniósł obrońca oskarżonego P. C., który zaskarżając je w całości na korzyść oskarżonego, w oparciu o art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1, 2, 3 i 4 k.p.k. zarzucił mu:

w zakresie czynu wskazanego w pkt. I. zaskarżonego wyroku:

1) obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., art. 366 k.p.k., art. 92 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. i art. 4 k.p.k. poprzez:

a) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, jednostronną, dowolną i powierzchowną ocenę dowodów, sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, z rozstrzygnięciem niedających się usunąć wątpliwości na jego niekorzyść, oparcie wyroku jedynie na części materiału - niekorzystnej dla oskarżonego, skutkujące nieobdarzeniem wiarą wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadków [...], jak również bezkrytycznym obdarzeniem wiarą i przecenieniem zeznań świadka [...] oraz opinii biegłych, w szczególności opinii biegłego J. R., co w konsekwencji doprowadziło do poczynienia przez Sąd ustaleń skutkujących uznaniem oskarżonego za winnego w zakresie zarzutu z art. 228 § 4 k.k., choć żaden ze świadków nie zeznał w toku postępowania, że oskarżony uzależniał wykonanie - niesprecyzowanej - czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy lub takiej korzyści żądał oraz, nie zeznał by składki były przekazywane na rzecz oskarżonego, a nieuiszczanie tychże składek skutkowało odwołaniem z funkcji członka rady nadzorczej spółki komunalnej;

b) nieuwzględnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy, ujawnionych w toku postępowania, w szczególności zbagatelizowania wątku „politycznego” sprawy - poprzez wyeliminowanie okoliczności podnoszonych i ujawnionych w toku procesu, t.j.:

- podjętych działań zmierzających do zdyskredytowania Burmistrza Miasta K. – P. C. w oczach opinii publicznej oraz wytoczenia przeciwko niemu zarzutów karnych,
- wciągnięciu w powyższe działania osk. K. K. i zmanipulowanego przedstawienia go jako osoby płacącej składki na rzecz P. C., choć według wyjaśnień osk. K. przekazywał on składki na cele organizacyjne (polityczne, wyborcze) do rąk D. S., nie zaś na rzecz osk. C.;

- podjętych przez D. S. działań mających na celu przedstawienie, że pobierane przez niego od osk. K. i innych składki na cele organizacyjne (polityczne), które nie zostały rozliczone - i niewykłuczone że zatrzymywane przez D. S. - zdaniem jego miały charakter łapówki rzekomo przeznaczonej dla P. C. za pozostawienie w składzie rady nadzorczej spółki komunalnej, co służyć miało wyeliminowaniu oskarżonych z życia publicznego i zawodowego, jakkolwiek takie działanie poza zamierzonym zaszkodzeniem oskarżonym, stanowić miało obronę przed zarzutem zatrzymania tych pieniędzy dla siebie, czemu D.S. chciał zaprzeczyć dokonując nielegalnych nagrań ze sprowokowanymi i zmanipulowanymi wypowiedziami osób nagrywanych, w tym oskarżonego K.;

- aktywnego uczestnictwa w inicjowaniu postępowania karnego przeciwko oskarżonym C. i K. przez przeciwników politycznych burmistrza w osobach J. S., który z innymi politykami odbywał nieformalne spotkania u ówczesnego szefa prokuratury oraz D. S. - początkowo kolegi politycznego oskarżonych, a następnie sympatyka politycznego św. J. S., przez niego popieranego i w efekcie powołanego przez aktualnego burmistrza z tego obozu politycznego na członka rady nadzorczej spółki komunalnej, jako jedyny b. członek PO;

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść tego orzeczenia, polegający na przyjęciu, że oskarżony P. C. zwrócił D. S. uwagę na konieczność przekazywania mu części diet otrzymywanych z tytułu zasiadania w radzie nadzorczej w postaci płacenia comiesięcznych składek (s. 2 uzasadnienia) oraz ustaleniu, że oskarżony P. C. sugerował, iż w przypadku

niepłacenia składek rada nadzorcza zostanie wymieniona (s. 3 uzasadnienia), podczas gdy w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie można poczynić tego rodzaju ustaleń, a w szczególności na takie ustalenia nie pozwalają zeznania zaangażowanego politycznie świadka D. S., który kilkakrotnie zeznając w toku niniejszego postępowania zeznawał sprzecznie, zaprzeczał swoim wcześniejszym zeznaniom lub nie potrafił wskazać wprost na jaki cel miały być przeznaczone „składki”;

3) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść tego orzeczenia, polegający na przyjęciu, że pozostawienie na stanowisku desygnowanych członków rady nadzorczej wskazanej spółki było wykonaniem czynności służbowej, która uzależniona była od comiesięcznego oddawania części diet otrzymywanych z tytułu zasiadania w radzie nadzorczej, co zdaniem Sądu polegać miało na rzekomym sugerowaniu, iż odmowa przekazania kwot spowoduje odwołanie, jakkolwiek brak jest podstaw do takiego ustalenia;

4) obrazę prawa materialnego - t.j. art. 228 § 4 k.k. - poprzez jego wadliwą wykładnię, prowadzącą do uznania, że czynnością służbową, której wykonanie miało być uzależnione od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy lub takiej korzyści żądania - w rozumieniu art. 228 § 4 k.k. - jest pozostawienie na stanowisku desygnowanych członków rady nadzorczej - podczas gdy:

- zarówno powołanie na członka rady nadzorczej kapitałowej spółki prawa handlowego, jak i jego pozostawienie w składzie rady oraz odwołanie przysługuje zgromadzeniu wspólników spółki, jako organowi spółki i stanowi czynność z zakresu prawa spółek handlowych, leżącą w sferze uprawnień wynikających z prawa własności, a nie w sferze imperium przysługującego burmistrzowi jako organowi władzy samorządowej, a zatem nie może być traktowane jako czynność służbowa wykonana w związku z pełnieniem funkcji publicznej

5) obrazę prawa procesowego mającą wpływ na treść orzeczenia, t.j. art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. w związku z naruszeniem w postępowaniu zasad wyrażonych w art. 2, 7 i 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Podstawowych Praw i Wolności, tj. zasady demokratycznego państwa prawa, zasady, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach

prawa, oraz prawa do rzetelnego i sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy - przez uznanie za dowód w procesie karnym materiału dowodowego uzyskanego z niezachowaniem reguł rzetelnego i uczciwego procesu, zasady równości broni, t.j. na podstawie nielegalnie pozyskanych nagrań, w których wypowiedzi były przedmiotem manipulacji i nielegalnej prowokacji;

II. w zakresie czynu wskazanego w pkt II. zaskarżonego wyroku:

6) obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., 92 k.p.k. i art. 4 k.p.k. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, jednostronną, dowolną powierzchowną ocenę dowodów, sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego skutkującą przecenieniem zeznań świadków [...] przy jednoczesnym zbagatelizowaniu zeznań świadków [...], co konsekwencji doprowadziło do poczynienia przez Sąd ustaleń skutkujących uznaniem oskarżonego za winnego w zakresie czynu określonego w art. 231 § 2 k.k. w zbiegu z art. 286 § 1 k.k.

- w zakresie czynu wskazanego w pkt. 1.III zaskarżonego wyroku:

7) obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, a mianowicie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., 92 k.p.k. i art. 4 k.p.k. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, jednostronną, dowolną powierzchowną ocenę dowodów, sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego bezkrytycznym obdarzeniem wiarą zeznań świadków [...], co w konsekwencji doprowadziło do poczynienia przez sąd ustaleń skutkujących uznaniem oskarżonego za winnego w zakresie czynu określonego w art. 286 § 1 k.k.

nadto – „z najdalej posuniętej ostrożności procesowej” - w odniesieniu do orzeczonych kar jednostkowych (pkt I, IV i VI wyroku), jak również wymierzenia kary łącznej (pkt VIII) według zasady częściowej absorpcji, w oparciu o art. 438 pkt 4 k.p.k. apelujący temu wyrokowi zarzucił:

8) rażącą niewspółmierność orzeczonych wobec P. C. kar jednostkowych, tj. kary 2 lat pozbawienia wolności oraz grzywny, kary roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz kary grzywny, kary 8 miesięcy pozbawienia wolności oraz kary grzywny, a także orzeczonej na podstawie zasady częściowej absorpcji kary łącznej, tj. kary 3 lat pozbawienia wolności oraz kary grzywny przez przyjęcie, że

kary jednostkowe, jak i kara łączna są adekwatne do zarzuconych mu czynów oraz poprzez niezastosowanie wobec oskarżonego P. C. środka probacyjnego wskazanego w art. 69 k.k., podczas gdy okoliczności podmiotowe i przedmiotowe oraz pozytywna prognoza na przyszłość uzasadniają orzeczenie kar z warunkowym zawieszeniem ich wykonania.

W konkluzji apelacji obrońca oskarżonego P. C. na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. i 437 § 2 k.p.k. wniósł o:

- 1) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I. instancji do ponownego rozpoznania,
ewentualnie
- 2) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów,
ewentualnie z ostrożności procesowej
- 3) zmianę wyroku w zakresie orzeczonych kar jednostkowych poprzez ich wydatne obniżenie, z równoczesną zmianą wyroku w zakresie kary łącznej z zastosowaniem zasady pełnej absorpcji i orzeczenie kary łącznej z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności.

Sąd Okręgowy w B., po rozpoznaniu wyżej wymienionego środka odwoławczego oraz apelacji wniesionej na korzyść oskarżonego K. K., wyrokiem z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie XI Ka .../15, zaskarżone orzeczenie utrzymał w mocy i obciążył oskarżonych kosztami procesu poniesionymi w postępowaniu odwoławczym. Od P. C. zasądzone na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1900 zł tytułem opłat oraz kwotę 20 zł tytułem zwrotu wydatków.

Od wyroku sądu odwoławczego kasację na korzyść skazanego P. C. wniósł jego obrońca, który zaskarżając powyższe orzeczenie – w zakresie dotyczącym P. C. – w całości na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. w związku z art. 526 § 1 k.p.k. zarzucił mu:

- a) rażąco naruszenie prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 366 k.p.k. i art. 7 k.p.k. i 4 k.p.k. - objawiające się w nieuwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy - nienależytego rozpoznania zarzutu apelacji z zakresie „wątku politycznego” sprawy podnoszonego przez obronę w toku procesu, co w konsekwencji doprowadziło do

zbagatelizowania w/w wątku - nieodniesienia się do okoliczności niecodziennego procedowania w zakresie niniejszej sprawy, polegającego na spotykaniu się ówczesnego Prokuratora Apelacyjnego z wpływowymi politykami partii opozycyjnej do partii skazanego w zakresie przedmiotowej sprawy oraz błędnej oceny zeznań świadka J. S. oraz świadka D. S. - prowokatora i przeciwnika politycznego skazanego C. - który to świadek już w toku sprawy zmienił sympatie polityczne na rzecz ugrupowania politycznego będącego w opozycji do partii skazanego C., co spowodowało złożenie przez niego niezgodnych z rzeczywistością zeznań obciążających byłego burmistrza K. - P. C.;

b) rażące naruszenie prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegające na nienależytym ustosunkowaniu się przez Sąd odwoławczy do zarzutów apelacji dotyczących wadliwej oceny dowodów w szczególności w zakresie zeznań świadków [...] - sprowadzające się do ogólnikowego odwołania się do trafności ocen przyjętych przez Sąd I. Instancji w w/w zakresie;

c) rażące naruszenie prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. oraz 393 § 3 k.p.k. i art. 7 k.p.k. oraz 410 k.p.k. w zw. z art. 2, 7, 45 i 47 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Podstawowych Praw i Wolności, tj. zasady demokratycznego państwa prawa, zasady, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa oraz prawa do rzetelnego i sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy - poprzez wadliwe rozpoznanie zarzutu apelacji dotyczącego zaliczenia w poczet materiału dowodowego sprawy nielegalnie pozyskanych nagrań przez D. S., których przedmiotem były zmanipulowane wypowiedzi uzyskane w drodze nielegalnej prowokacji;

d) rażącą obrazę prawa materialnego - t.j. art. 228 § 4 k.k. - poprzez jego wadliwą wykładnię, prowadzącą do uznania, że czynnością służbową, której wykonanie miało być uzależnione od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy lub takiej korzyści żądania - w rozumieniu art. 228 § 4 k.k. - jest pozostawienie na stanowisku desygnowanych członków rady nadzorczej, zaś zbieranie składek na cele organizacyjne/polityczne (o czym w zeznaniach

obdarzonego przez sąd wiarą świadka S. - k. 8036-8037, 8049, 8130) - stanowić by miało korzyść majątkową w rozumieniu art. 228 § 4 k.k. podczas gdy:

- zarówno powołanie na członka rady nadzorczej kapitałowej spółki prawa handlowego, jak i jego pozostawienie w składzie rady oraz odwołanie przysługuje zgromadzeniu wspólników spółki, jako organowi spółki i stanowi czynność z zakresu prawa spółek handlowych, leżącą w sferze uprawnień wynikających z prawa własności, a nie w sferze imperium przysługującego burmistrzowi jako organowi władzy samorządowej, a zatem nie może być traktowane jako czynność służbowa wykonana w związku z pełnieniem funkcji publicznej, a nadto zbieranie składek na cele polityczne/organizacyjne nie mieści się w pojęciu korzyści majątkowej w rozumieniu art. 228 § 4 k.k.;

e) rażąco naruszenie prawa procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. oraz 410 k.p.k. w zw. z art. 366 k.p.k. i art. 7 k.p.k. i 4 k.p.k. polegające na nienależytym ustosunkowaniu się przez Sąd odwoławczy do zarzutów apelacji dotyczących wadliwej oceny dowodów w szczególności zeznań świadków [...] - sprowadzające się do ogólnikowego odwołania się do trafności ocen przyjętych przez Sąd I. Instancji w zakresie dotyczącym charakteru wyjazdu służbowego do Austrii.

W konkluzji kasacji, obrońca skazanego P. C., na podstawie art. 537 k.p.k. wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w zakresie dotyczącym tego skazanego, a ewentualnie także wyroku Sądu Rejonowego w K. w w/w zakresie i przekazanie sprawy - odpowiednio - właściwemu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Zarówno Prokurator Okręgowy, jak i pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego – Gminy Miasta K., w złożonych na piśmie odpowiedziach na kasację wnieśli o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja wniesiona przez obrońcę skazanego P. C. nie zasługiwała na uwzględnienie. Nietrafne okazały się bowiem wszystkie podniesione przez skarżącego zarzuty. Stopień niezasadności zarzutów podniesionych w kasacji był

przy tym zróżnicowany. I tak, zarzuty z pkt. a, b oraz e kasacji były bezzasadne w takim stopniu, który pozwalałby na oddalenie kasacji w trybie art. 535 § 3 k.p.k., jako oczywiście bezzasadnej. Zatem w tym zakresie uzasadnienie postanowienia zostanie ograniczone do przypomnienia kilku fundamentalnych reguł obowiązujących w postępowaniu kasacyjnym, bowiem - co do zasady - Sąd Najwyższy zwolniony jest, z uwagi na treść wskazanego wyżej przepisu prawa, od uzasadniania postanowienia o oddaleniu kasacji w tych jej częściach lub w odniesieniu do takich zarzutów, które są oczywiście bezzasadne. Posługując się regułą interpretacyjną *a maiori ad minus* w orzecznictwie dawno już wyjaśniono, że skoro powyższy przepis daje podstawę do odstąpienia od sporządzenia pisemnego uzasadnienia orzeczenia w takiej części, w jakiej kasacja była wręcz oczywiście bezzasadna, to tym bardziej pozwala na sporządzenie - w takim samym zakresie - uzasadnienia w formie uproszczonej, wskazującej jedynie na istotę rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego. Zdaniem Sądu kasacyjnego, wystarczy zatem w odniesieniu do zarzutów z pkt a, b oraz e skargi wskazanie na to, że stanowiły one powtórną, i to nie zawierającą żadnych nowych wątków w porównaniu z tymi, które zostały już przedstawione w skardze apelacyjnej, polemikę z ocenami dowodowymi poczynionymi przez Sąd *meriti*, skontrolowanymi i zaaprobowanymi przez Sąd *ad quem*. Powracając np. do polemicznych ocen dotyczących zeznań świadków [...], w aspekcie przypisania czynu zarzucanego skazanemu P.C. w pkt I aktu oskarżenia, Autor kasacji nie baczy na to, iż zeznania wszystkich tych świadków zostały poddane, z zachowaniem zasady bezpośredniości, ocenom Sądu I instancji, a z ocen tych Sąd ten dokładnie „rozliczył się” na k. 9-22 uzasadnienia swego wyroku. Kwestionowanie tak dokonanej oceny w zwykłym środku odwoławczym było dobrym prawem obrońcy. Niemniej jednak stwierdzić należy, że już na tym etapie postępowania obrońca stanowisku Sądu przeciwstawił jedynie swoje odmienne preferencje ocenne, co nawet w zwykłym środku odwoławczym jest dalece niewystarczające dla skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia art. 7, 410, 366, 92 oraz art. 5 § 2 i 4 k.p.k. Sięgając do wręcz elementarnych reguł, przypomnieć należy, że o naruszeniu art. 92 i 410 k.p.k. można mówić jedynie wtedy, gdy swymi rozważaniami, ustalając podstawę faktyczną wyroku, sąd objął okoliczności nigdy nie ujawnione w trakcie przewodu sądowego albo gdy okoliczności ujawnione

pominał w rozważaniach nad podstawą faktyczną wyroku. Nie stanowi zaś uchybienia wyżej wymienionym przepisom stan, w którym wszystkie ujawnione okoliczności zostały rozważone, tyle tylko, że niektóre z nich zostały ocenione odmiennie niż postulowała to którakolwiek ze stron postępowania. O naruszeniu zasady swobody ocen, a więc art. 7 k.p.k., nie może zaś być mowy wówczas, gdy strona ogranicza się do wskazania, że dany dowód (grupa dowodów) uznany przez sąd za zasługujący na wiarę i wykorzystany przy ustalaniu podstawy faktycznej orzeczenia, nie znajduje potwierdzenia w innym dowodzie (grupie dowodów), który z kolei, zdaniem strony, powinien służyć za podstawę ustaleń faktycznych, jako bardziej, zdaniem tej strony, wiarygodny. Skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia art. 7 k.p.k. wymaga bowiem wykazania, że ocena dokonana przez sąd jest sprzeczna z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego, że nie została poprzedzona ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy, bądź że argumentacja zaprezentowana przez sąd za tak dokonanym wyborem pozostaje w sprzeczności z zasadami logiki. Jak już wyżej stwierdzono, obrońca skazanego P. C. takiego wywodu w skardze apelacyjnej nie zaprezentował, ograniczając się do wskazania możliwości ocen odmiennych, co nie równa się - jak to wyżej stwierdzono za ustalonym, jednolitym orzecznictwem Sądu Najwyższego i sądów powszechnych - wykazaniu, iż oceny organu procesowego naruszają dyrektywy określone w art. 7 k.p.k. i wkraczają w rejony całkowitej dowolności. Dawno już też zaakceptowano w judykaturze (a zapatrywanie to podzielane jest w piśmiennictwie), że waga zasady obiektywizmu, sformułowanej w art. 4 k.p.k., nie przesądza o tym, iż zarzut obrazy tego przepisu, tak zresztą, jak i zarzut obrazy każdej innej normy o charakterze ogólnym (np. art. 2 § 2 k.p.k.), może sam przez się stanowić podstawę apelacji lub kasacji. Powtórzenie wszystkich tych zarzutów w kasacji było metodologicznie wadliwe ze względu na to, że kasacja może być wnoszona jedynie od prawomocnych wyroków sądów odwoławczych, kończących postępowanie, nie mogą zaś być w drodze kasacji kwestionowane wyroki pierwszoinstancyjne i nie jest funkcją kontroli kasacyjnej ponowne – niejako „dublujące” kontrolę apelacyjną – rozpoznawanie zarzutów stawianych wcześniej przez skarżącego orzeczeniu sądu I instancji. Trzeba przyznać, że Autor kasacji dostrzegając to uwarunkowanie starał się przekonać

Sąd kasacyjny, że wniesiony przezeń nadzwyczajny środek zaskarżenia nie stanowił próby uruchomienia trójinstancyjnej kontroli odwoławczej, z jednej strony próbując nawiązać do koncepcji tzw. efektu przeniesienia błędu z orzeczenia pierwszoinstancyjnego do orzeczenia sądu *ad quem* (zob. k. 6 uzasadnienia kasacji), z drugiej zaś strony uzupełniając w pkt a, b oraz e kasacji zarzuty już wcześniej wysunięte w środku zwykłym o twierdzenie, że nie zostały one należycie rozpoznane przez Sąd odwoławczy, a tym samym naruszone zostały przez ten ostatni organ także i przepisy art. 433 § 2 oraz art. 457 § 3 k.p.k. Także i ten sposób argumentacji okazał się oczywiście bezzasadny. Wystarczy wskazać, że skoro w realiach niniejszej sprawy nie był - z przytoczonych wyżej powodów - zasadny zarzut naruszenia omówionej wyżej grupy przepisów (to jest art. 4, 7, 366 i 410 k.p.k.) przez Sąd *meriti* (w konsekwencji zarzuty takie nie mogły okazać się skuteczne w zwykłym postępowaniu odwoławczym), to tym bardziej nie można twierdzić, iż uchybienia takie przeniknęły do orzeczenia Sądu *ad quem* i że błędami takimi ma być rzekomo obarczone także i to ostatnie, stanowiące pole zaskarżenia kasacyjnego. Jeśli zaś idzie o przytoczenie w tym kontekście, jako naruszonych przepisów, art. 433 § 2 i 457 § 3 k.p.k., stwierdzić należy, że aczkolwiek uzasadnienie wyroku sądu *ad quem* mogło, a nawet powinno być w pewnych zakresach mniej lakoniczne i bardziej wnikliwe (do zagadnienia tego wypadnie jeszcze powrócić w dalszej części uzasadnienia), to jednakże spełnia ono podstawowe standardy przewidziane przepisami procedury karnej i z całą pewnością owa skrótowość nie mogła mieć istotnego wpływu na treść wyroku Sądu Okręgowego. Rację ma, rzecz jasna, obrońca, gdy w płaszczyźnie teoretycznej stwierdza, że z przepisów art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. wynika, iż Sąd odwoławczy zobowiązany jest do niepomijania żadnego z zarzutów podniesionych w środku odwoławczym oraz do rzetelnego ustosunkowania się do każdego z nich. Rzecz jednak w tym, iż po przejściu na płaszczyznę praktyczną obrońca nie wskazał takiego zarzutu, do którego Sąd Okręgowy w ogóle się nie ustosunkował (tak więc nie można podzielić twierdzenia o naruszeniu art. 433 § 2 k.p.k.), zaś zarzucając nadmierną skrótowość wypowiedziom Sądu *ad quem* obrońca nie wziął pod uwagę tego, iż zgodnie z utrwalonymi i w tej kwestii poglądami orzecznictwa i piśmiennictwa w zakresie stopnia szczegółowości uzasadnienia wyroku Sądu

odwoławczego obowiązek tego Sądu kształtuje się w sposób zróżnicowany. Zależy on od racjonalnie pojętych potrzeb i jest często funkcją stopnia szczegółowości i precyzji motywów pisemnych sporządzonych przez Sąd I instancji. Ujmując zagadnienie od nieco innej strony, granice rzeczowej potrzeby - w zakresie każdego określonego, a kwestionowanego w środku odwoławczym zagadnienia - wyznacza przede wszystkim zawartość uzasadnienia wyroku Sądu *a quo* oraz treść zarzutów apelacji. Jeśli jest ono przekonujące, a uwagi przeciwstawione w apelacji linii argumentacji zaprezentowanej w uzasadnieniu wyroku Sądu *a quo* mają charakter dowolnej polemiki, wówczas Sąd *ad quem* zwolniony jest od powtarzania zapatrywań już raz wyrażonych i wystarczające jest, że - aprobując je - odwoła się do poglądów zawartych w motywach orzeczenia kontrolowanego. Nie zmienia powyższych reguł to, że apelacja zawiera bardzo obszerne wywody i skoncentrowana jest na wielu szczegółach sprawy. Przeciwnie, w sytuacji, gdy apelacja zostanie sporządzona w niezwykle drobiazgowy sposób, a bardzo rozbudowane jej uzasadnienie w wielu momentach zaciera istotę stawianych zarzutów, wówczas taki sposób redakcji środka odwoławczego nie może obligować Sądu odwoławczego do równie kazuistycznego odpierania wszystkich, najdrobniejszych nawet zarzutów i do ustosunkowywania się do każdej, nawet całkowicie ubocznej, kwestii tam zasygnalizowanej. Zatem fakt, że Sąd odwoławczy w swoim uzasadnieniu, odmawiając słuszności kolejnym zarzutom, czyni to w wielu miejscach w sposób zbiorczy, ogólny, nie odnosząc się *expressis verbis* do wskazywanych przez obrońcę wyrwanych z kontekstu pewnych faktów, okoliczności, czy zaledwie strzępów informacji, nie czyni jeszcze zasadnym zarzutu niedostatecznej kontroli odwoławczej (por. z poglądem wyrażonym w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2009 r., II KK 276/08, Lex Nr 491347). Znakomitym przykładem mogą być w tej mierze wątki tematyczne, do których Autor kasacji powraca w zarzutach z pkt a oraz pkt e skargi. To, dlaczego Sąd I instancji nie podzielił linii obrony związanej z twierdzeniem o istnieniu po stronie św. D. S. „motywacji politycznych” i dlaczego przyjęta została inna motywacja, która skłoniła tę osobę do ujawnienia przestępstwa, zostało przez organ *a quo* szczegółowo wyjaśnione zarówno w tej partii motywów pisemnych, która poświęcona jest analizie wiarygodności zeznań kluczowego świadka (k. 9-12

uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego w K.), jak i raz jeszcze, już w szerszym kontekście i w nawiązaniu do treści innych źródeł dowodowych, w tej partii tych motywów, które poświęcone są zeznaniom świadków [...]. W sytuacji, gdy obrońca nie przedstawił w apelacji żadnych nowych argumentów (to jest takich, do których Sąd *meriti* dotąd nie ustosunkowałby się), całkowicie wystarczające było takie odniesienie się do tej materii organu kontrolnego, jakie zawarte zostało na k. 8652 verte (karty uzasadnienia Sądu odwoławczego nie są numerowane, dlatego też Sąd kasacyjny odwołuje się w tym miejscu do numeracji ciągłej akt). Podobnie, jedynie krótkiego komentarza ze strony Sądu kasacyjnego wymaga materia, do której powraca obrońca w zarzucie z pkt e skargi w kontekście oceny dowodów, która doprowadziła do przypisania - w prawomocnym wyroku - P. C. przestępstw zarzucanych mu w pkt II i III aktu oskarżenia. Ocenie zeznań świadków [...] Sąd I instancji poświęcił wystarczającą uwagę (k. 22 i nast. uzasadnienia wyroku Sądu *a quo*), co najistotniejsze oceniając je na tle całego szeregu zeznań innych świadków, uczestników wyjazdu „szkoleniowego” (cudzyśłów nieprzypadkowy – uwaga SN) do Austrii. Wyrwanie z kontekstu fragmentów zeznań tych świadków, nieuwzględnianie ich rzeczywistej treści i bazowanie na wyrażonych przez nich ocenach, które miały się z realiami wynikającymi nawet z opisu wydarzeń dokonanego przez tych samych świadków, nie jest metodą, która może okazać się skuteczna na etapie wnoszenia zwykłego środka odwoławczego, a tym bardziej kasacji. W konsekwencji, Sąd kasacyjny stwierdził - po analizie tej części uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego, która zawarta jest na k. 8654 verte – 8655 akt sprawy - że i w tym zakresie dokument sprawozdawczy spełnia standard minimalny określony w art. 457 § 3 k.p.k., co czyni kasację i w zakresie zarzutu z jej pkt e oczywiście bezzasadną.

Szerzej, jak to już wcześniej zasygnalizowano, zostaną omówione zarzuty z pkt c oraz d kasacji. Zarzuty te odnoszą się do tej części prawomocnego wyroku skazującego, w której przypisano P. C. popełnienie przestępstwa zarzucanego mu w pkt I aktu oskarżenia. Szczegółowe rozważania mające na celu wyjaśnienie, z jakich przyczyn Sąd Najwyższy nie podzielił przytoczonej w nadzwyczajnym środku zaskarżenia, a odnoszącej się do tych kwestii, argumentacji, należy rozpocząć od omówienia zarzutów dotyczących naruszeń prawa procesowego, których - zdaniem

skarżącego - miał dopuścić się Sąd odwoławczy rozpoznając apelację w zakresie zarzutów dotyczących czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie I wyroku Sądu Rejonowego w K. Zarzuty te są bowiem ściśle związane z postępowaniem dowodowym, którego sprzeczne z przepisami prawa procesowego przeprowadzenie miało - w ocenie obrońcy P. C. - skutkować poczynieniem wadliwych ustaleń faktycznych, a w konsekwencji doprowadzić do przypisania oskarżonemu przestępstwa wypełniającego znamiona czynu określonego w art. 228 § 4 k.k. Uznanie za słuszne tych zarzutów powodowałoby zatem, że zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego musiałby zostać oceniony jako przedwczesny. Należy pamiętać, że rozpoznawanie zarzutu obrazy prawa materialnego ma rację bytu wyłącznie wtedy, gdy nie dojdzie do skutecznego zakwestionowania treści poczynionych przez sąd ustaleń faktycznych albo procesowej prawidłowości trybu dochodzenia do tych ustaleń. Naruszenie prawa materialnego polega bowiem na jego wadliwym zastosowaniu lub niezastosowaniu w orzeczeniu, które zostało oparte na trafnych i niekwestionowanych ustaleniach faktycznych (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2013 r., III KK 17/13, LEX nr 1311644 i cały szereg innych judykatów).

W nawiązaniu do zarzutu z pkt c, w pierwszej kolejności należy stwierdzić - w związku ze wskazaniem przez Autora kasacji na to, iż Sąd Okręgowy uchybił przepisowi art. 433 § 2 k.p.k. przy rozpoznawaniu zarzutu zawartego w pkt I.5 zwykłego środka odwoławczego - że Sąd *ad quem* nie naruszył art. 433 § 2 k.p.k. także w odniesieniu do sformułowanych uprzednio w apelacji zastrzeżeń co do wykorzystania w postępowaniu karnym nagrań dokonanych przez D. S. Przepis art. 433 § 2 k.p.k. nakazuje sądowi odwoławczemu, poza ustawowo określonymi wyjątkami (np. art. 436 k.p.k.), rozważenie wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w środku odwoławczym, ale też Sąd w niniejszym postępowaniu uczynił to także i w związku z treścią zarzutu z pkt I.5 apelacji. Jak już to przyznano we wcześniejszym fragmencie pisemnych motywów postanowienia wydanego przez Sąd Najwyższy - a uwaga ta dotyczy także tej części uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego, w których poruszana jest problematyka dopuszczalności wykorzystania rozmów utrwalonych przez D. S. – motywy pisemne sporządzone przez Sąd *ad quem* nie są obszerne i dogłębne. Niemniej jednak, nie została w nich

pominięta kwestia podnoszona przez skarżącego we wskazanym wyżej zarzucie apelacji, a dopiero taki stan uzasadniałby twierdzenie o naruszeniu art. 433 § 2 k.p.k. Przypomnieć zatem należy, w związku z zarzutem z pkt. I.5 apelacji, dotyczącej skazanego P. C., w którym wskazano na naruszenie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., że Sąd Okręgowy podał (k. 8653 akt sprawy), iż „...w obowiązującym porządku prawnym nie występuje zakaz nagrywania rozmowy, w której się uczestniczy (nawet bez wiedzy rozmówcy) ani wykorzystywania takiego nagrania jako dowodu” Sąd ten odniósł się więc merytorycznie do podnoszonego w zwykłym środku odwoławczym zarzutu, wskazując, że przeprowadzenie takiego rodzaju dowodu nie naruszało art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Nie odpowiada prawdzie także i sformułowane w uzasadnieniu kasacji (k. 11 nadzwyczajnego środka zaskarżenia) stwierdzenie, jakoby Sąd odwoławczy nie odniósł się „do kwestii uznania D. S. jako osoby wykonującej czynności operacyjno-rozpoznawcze w rozumieniu art. 19 - 19a ustawy o Policji”. Z innego fragmentu wyводу Sądu Okręgowego (zawartego na przywołanej już wyżej k. 8653 akt sprawy) wynika, iż Sąd ten dostrzegł argumentację obrońcy, poddał ją ocenie, tyle tylko, że ostatecznie nie podzielił zapatrywań apelującego. Lakonicznie, ale trafnie, Sąd odwoławczy wskazał, że „przywołane w apelacji przepisy oraz orzeczenia dotyczą innych sytuacji, a mianowicie nagrań dokonywanych przez funkcjonariuszy służb państwowych lub z ich inspiracji w związku z prowadzonymi działaniami operacyjnymi”. Zatem, wbrew zarzutowi zawartemu w kasacji, Sąd Okręgowy wprost odniósł się do uchybienia, które zostało sformułowane w formie zarzutu w zwykłym środku odwoławczym, jak i do leżącej u jego podstaw argumentacji. Uznał jednak, że obowiązujące w Polsce przepisy, dotyczące prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych przez funkcjonariuszy służb państwowych, w tym dopuszczające możliwość stosowania i wykorzystania podsłuchu, nie mają zastosowania do potajemnego nagrywania rozmowy przez jednego z rozmówców (do zagadnienia tego Sąd Najwyższy powróci w szerszym wywodzie w dalszej części niniejszego uzasadnienia). W konsekwencji stanął na stanowisku, że regulacje określające podmiotowe i przedmiotowe przesłanki dopuszczalności przeprowadzenia takich nagrań (podsłuchu), jak i ich procesowego wykorzystania w postępowaniu karnym, nie

mogą być stosowane dla oceny legalności i dopuszczalności procesowego wykorzystania czynności „prywatnego” nagrania rozmowy.

W pkt c kasacji został nadto sformułowany zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 170 § 1 pkt 1 i art. 393 § 3 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. Ten z kolei zarzut odnosi się do dwóch płaszczyzn z zakresu prawa dowodowego i oparty został się na argumentacji dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, Autor kasacji wskazał, powtarzając w tej mierze stanowisko zawarte w apelacji, że samo nagrywanie rozmów przez D. S. było niezgodne z prawem i w tej mierze odwołał się - jak to już wyżej wskazano - do przesłanek dopuszczalności podejmowania przez różnego rodzaju służby państwowe czynności operacyjno-rozpoznawczych. Po drugie, w kasacji przyjęto, że dowodowe wykorzystanie nagrań było niedopuszczalne z uwagi na to, iż stanowiły one dokument prywatny, który nie mógł zostać wykorzystany w postępowaniu karnym. W tej ostatniej mierze obrona odwołuje się, rzecz jasna, do treści art. 393 § 3 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. Już w tym miejscu zasygnalizować trzeba, że środek odwoławczy został, co prawda, wniesiony przed dniem 1 lipca 2015 r., jednak Sąd Okręgowy sprawę rozstrzygał już po tej dacie. Do tej właśnie problematyki intertemporalnej przyjdzie jeszcze powrócić w dalszej części niniejszego uzasadnienia. Już w tym miejscu należy natomiast zauważyć, że na naruszenie przepisu art. 393 § 3 k.p.k. nie wskazywano *expressis verbis* w zwykłym środku odwoławczym, a zatem twierdzenie, iż nieprzeanalizowanie także i przez pryzmat tego przepisu dopuszczalności dowodu z nagrań dostarczonych przez św. D. S. naruszało art. 457 § 3 k.p.k., jest oczywistym nieporozumieniem. Sąd odwoławczy nie miał nie tylko obowiązku, ale i możliwości ustosunkowywania się do zarzutu, którego w środku odwoławczym, i to sporządzonym przez podmiot fachowy, wprost nie wysłowiono. Autor kasacji nie wskazuje zaś na to, że niepodjęcie tej problematyki przez Sąd *ad quem* z urzędu prowadziło do utrzymania w mocy orzeczenia rażąco niesprawiedliwego (nadzwyczajny środek zaskarżenia nie nawiązuje w żadnym z zarzutów, w tym także zawartym w pkt c, do treści art. 440 k.p.k.).

Przechodząc do oceny rzekomego naruszenia przez Sąd odwoławczy art. 457 § 3 k.p.k. – tym razem w kontekście zgłoszonego w apelacji zarzutu obrazy art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. – raz jeszcze lojalnie należy przyznać, że uzasadnienie wyroku

Sądu *ad quem* jest i w tym zakresie skrótowe i niepogłębione. Nie można jednak uznać, aby naruszało ono istotę wymogów stawianych uzasadnieniu orzeczenia sądu odwoławczego, określonych w art. 457 § 3 k.p.k. Pozwala ono na merytoryczną weryfikację prawidłowości zajętego przez Sąd Okręgowy stanowiska o braku naruszenia art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Co więcej, wskazanie w uzasadnieniu wyroku Sądu odwoławczego na to, że zagadnienie procesowej dopuszczalności dowodu z nagrań poczynionych przez św. D. S., dopuszczonego i przeprowadzonego przez Sąd I instancji, lokować należy w sferze dopuszczalności tzw. dowodów prywatnych, skłoniło, zapewne, obronę do podniesienia w kasacji zarzutu naruszenia dodatkowego przepisu (art. 393 § 3 k.p.k.), który nie był wskazany w *petitum* apelacji ani też zarzutu jego naruszenia nie można było wywodzić, nawet przy zastosowaniu art. 118 k.p.k., z uzasadnienia zwykłego środka odwoławczego.

Oceniając w szczególności pierwsze z podniesionych naruszeń przepisów prawa procesowego, to jest art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., ale już nie w połączeniu z rzekomym pogwałceniem art. 457 § 3 k.p.k., ale przy zastosowaniu koncepcji „zaabsorbowania” do orzeczenia Sądu *ad quem* określonego uchybienia mającego miejsce na forum Sądu *a quo*, należy przypomnieć, że obrona upatruje pogwałcenia tego przepisu w „zaliczeniu w poczet materiału dowodowego nielegalnie pozyskanych przez D. S. nagrań, których przedmiotem były zmanipulowane wypowiedzi uzyskane w drodze nielegalnej prowokacji”. Nielegalność zachowania D. S. miała, z kolei, zdaniem obrony, wynikać z tego, że świadek ten, nie będąc osobą uprawnioną do dokonywania czynności operacyjnych, o których mowa w art. 19-19a ustawy o Policji, w sposób bezprawny, bo wbrew powołanym przepisom, dokonał nagrania prywatnych rozmów, jakie prowadził z innymi osobami. Zdaniem obrony, tylko funkcjonariusz, i to przy spełnieniu wymogów zawartych w ustawie o Policji miałby prawo do bezkarnego korzystania ze środków kontroli operacyjnej. Tak rozumianemu zarzutowi naruszenia art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. nie można jednak w żadnym wypadku przyznać racji i to z dwóch podstawowych powodów, które należy w tym miejscu omówić szerzej, mając na względzie lakoniczność argumentacji przedstawionej przez Sąd odwoławczy. Po pierwsze, Autor kasacji nadal w sposób nieuprawniony utożsamia i

przyjmuje, że działania organów państwowych i osób prywatnych powinny być traktowane w taki sam sposób (ten aspekt został podniesiony w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Sądu *ad quem*, ale skarżący najwyraźniej tego nie dostrzegł albo też postanowił podtrzymać w kasacji pogląd odmienny, nie próbując jednak przeciwstawić zapatrywaniu wyrażonemu w prawomocnym wyroku jakiegokolwiek nowej argumentacji). Po drugie, w kasacji nie dostrzega się różnicy między utrwaleniem rozmowy przez osobę trzecią, podmiot zewnętrzny w stosunku do interlokutorów (t.j. niebiorący udziału w rozmowie) od sytuacji, gdy takiego utrwalenia (nawet potajemnego) dokonuje jeden z uczestników rozmowy. Autor kasacji nie podjął w sporządzonej skardze (*notabene*, nie uczynił tego także uprzednio w apelacji) choćby próby wyjaśnienia, z jakich to powodów upatruje potrzeby stosowania wobec osób prywatnych, utrwalających rozmowy, w których te osoby prywatne biorą udział, właśnie przepisów o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych. Wobec powyższego należy podkreślić, że nagranie rozmowy przez jednego z jej uczestników (niezależnie od tego, czy za wiedzą i zgodą drugiego uczestnika, czy bez takiej wiedzy i zgody) nie może być żadną miarą porównywane z dokonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych, czy też procesowych, w postaci kontroli i utrwalania rozmów przez odpowiednie organy państwa. Działania tych ostatnich musiały zostać uregulowane w sposób pełny i wyczerpujący z uwagi na funkcjonującą w polskim systemie prawa zasadę legalizmu, określoną w art. 7 Konstytucji RP, zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Z kolei, z faktu, że taka specyficzna regulacja funkcjonuje w porządku prawnym w odniesieniu do organów państwowych, nie wynika, iż osoby prywatne wyłączone są w zupełności z poszukiwania i utrwalania dowodów. Dlatego należy raz jeszcze podkreślić, że powoływane w kasacji przepisy art. 19 i art. 19a ustawy o Policji nie odnoszą się do działalności osób prywatnych, tak jak nie mają do nich zastosowania również i przepisy Rozdziału 26 k.p.k. (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2006 r., V KK 52/06, Lex Nr 202271; a w piśmiennictwie A. Bojańczyk: *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, *Palestra* 2004, nr 9-10, s. 48 - 49). Dokonując nagrań, których dotyczą niniejsze rozważania, D. S. działał jako osoba prywatna (nie był

funkcjonariuszem publicznym, w szczególności funkcjonariuszem Policji), nie mogły więc mieć zastosowania, przy analizie jego zachowania, przepisy art. 19-19a ustawy o Policji.

W sprawie niniejszej w ogóle nie mieliśmy do czynienia z podsłuchem, albowiem utrwalenia (potajemnego, co należy oczywiście przyznać) rozmów dokonał jeden z uczestników tych rozmów (D. S.), a nie osoba trzecia, będąca niejako „na zewnątrz” procesu komunikowania się interlokutorów. Tego rodzaju prywatne nagranie, dokonane przez jednego z rozmówców, nie może być uznane za naruszające tajemnicę komunikowania się, obejmującą również tajemnicę rozmowy, statutowaną w art. 49 Konstytucji (por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 31 grudnia 2012 r., I ACa 504/11, Lex Nr 1278076). W przeciwieństwie do osób trzecich, niebędących uczestnikami procesu komunikacyjnego, osoby komunikujące się, właśnie z uwagi na uczestniczenie w tym procesie, mają swobodny dostęp do informacji przekazywanych w ramach komunikowania się. Jak trafnie podkreśla się przy tym w doktrynie prawa konstytucyjnego, ustanowionej w art. 49 Konstytucji tajemnicy komunikowania nie powinno się mylić z ewentualnym obowiązkiem zachowania w tajemnicy treści konwersacji, który miałby ciążyć na jej uczestnikach. Jeżeli taki obowiązek nie jest statutowany w innych przepisach (np. w przepisie art. 179 k.p.k., czy w przepisach statuujących tajemnice zawodowe lub służbowe), a jego naruszenie nie jest wyraźnie kryminalizowane (choć i w tym ostatnim przypadku należałoby badać czy i w jakim zakresie naruszenie obowiązku zachowania w tajemnicy określonych informacji wypełnia funkcjonujące w postępowaniu karnym zakazy dowodowe), wówczas ujawnienie wobec osób lub podmiotów trzecich treści komunikatu może stanowić jedynie o nadużyciu zaufania rozmówców (zob. np. M. Wild (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, tom I, Warszawa 2016, s. 1213) i może być oceniane co najwyżej jako zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, ale nie jako sprzeczne z prawem. Wolność „tajemnicy komunikowania się”, określona w art. 49 Konstytucji, nie chroni więc przed nagrywaniem treści rozmów przez osoby prywatne biorące udział w rozmowie. Późniejsza niedyskrecja jednego z uczestników rozmowy nie stanowi naruszenia tajemnicy komunikowania się, a jedynie ewentualnie naruszenie prawa do prywatności (por. M.Wild: *ibidem*).

Jednak i w tej mierze pamiętać należy o tym, że dostęp do informacji należących do sfery życia prywatnego odbywa się za zgodą osoby prowadzącej rozmowę. Wszak ona sama, w ramach komunikowania się, je przekazuje, a zatem musi liczyć się z tym, jeżeli tylko informacja taka nie stanowi przedmiotu tajemnicy prawnie chronionej, że może ona zostać, z naruszeniem pokładanego w rozmówcy przekonania o poufności rozmowy, przekazana innym osobom, podmiotom czy organom. Dodatkowo, zważywszy na to, że w realiach niniejszej sprawy istotną część nagrań dotyczyła rozmów pomiędzy tzw. uczestnikami koniecznymi przestępstwa łapownictwa, trudno uznać, aby ustawa zasadnicza, w ramach prawnej ochrony życia prywatnego, o której mowa w art. 47 Konstytucji, miałyby ustanawiać bezwzględną przeszkodę w wykorzystywaniu takich informacji. Tego rodzaju pogląd musiałby ostatecznie doprowadzić do konieczności przyjęcia wręcz absurdalnego wniosku, nieznajdującego oparcia w obowiązujących przepisach konstytucyjnych czy procesowych, a nadto pozbawionego racjonalnych podstaw aksjologicznych, że skoro rozmowa (a szerzej – komunikat), objęty gwarancją z art. 47 Konstytucji, ma mieć tak dalece „poufny” (prywatny) charakter, iż niemożliwe jest jej (jego) utrwalenie na jakimkolwiek nośniku, a następnie procesowe wykorzystanie, to nie powinno być możliwe także i przesłuchanie w charakterze świadka (albo oskarżonego) rozmówcy na okoliczność informacji uzyskanych od drugiego rozmówcy w czasie ich rozmowy.

Niejako dla „postawienia kropki nad i” warto wskazać, że obecnie pogląd, iż taśma magnetofonowa (inny nośnik informacji) stanowi dowód rzeczowy i może stanowić dowód popełnienia przestępstwa został zaaprobowany literaturze przedmiotu (zob. np. A.Taracha: *Dowód z taśmy magnetofonowej w polskim procesie karnym (wybrane zagadnienia)* [w:] W.Cieślak (red.): *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, Warszawa 2013, s. 1125 - 1140) i jest akceptowany w orzecznictwie (np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 maja 2002 r., WA 22/02, OSNKW 2002, nr 9-10, poz. 77, wyraził zapatrywanie, że przepisy rozdziału 26 k.p.k., odnoszące się do kontroli i utrwalania rozmów przy użyciu środków technicznych, nie dotyczą prywatnego gromadzenia w ten sposób dowodów; dlatego taśma magnetofonowa z utrwaloną na niej przez pokrzywdzonego rozmową z oskarżonym może stanowić dowód w sprawie karnej,

który podlega ocenie na zasadach ogólnych). Konstytucjoniści uznają, że o prawie do nieskrępowanego komunikowania się można mówić wtedy, gdy występuje fakt porozumiewania się za pomocą pewnego środka przekazu, a nie bezpośrednio, w drodze osobistej rozmowy, przy fizycznej obecności uczestników w jednym miejscu. Tę ostatnią sytuację wiążą z „prawem do prywatności” - art. 47 Konstytucji RP (zob. np. P. Sarnecki [w:] L. Garlicki (red.): *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003, t. 3, s. 63). Przy spojrzeniu na problem przez tę ostatnią wartość konstytucyjną powstaje, rzecz jasna, pytanie, czy tajemnica takiej rozmowy (wynikająca z prawa do prywatności) może być złamana tylko w tym wypadku, gdy obaj rozmówcy wyrażą na to zgodę. Odpowiadając na nie należy stanąć na stanowisku, iż prawo do prywatności nie będzie oznaczało konieczności zachowania w tajemnicy treści rozmowy, gdy jeden z rozmówców chce ją ujawnić - o ile tylko nie jest ona objęta innym rodzajem tajemnicy (np. służbowej, handlowej, zawodowej itd.). Należy też rozszerzyć ten pogląd na prawo do komunikowania się, a więc sytuację, gdy rozmowa toczy się nie bezpośrednio, lecz za pomocą środków łączności. Przyjęcie przeciwnego rozwiązania, tzn. że do złamania tajemnicy komunikowania się i prawa do prywatności konieczna jest zgoda obu rozmówców, doprowadziłoby do paradoksalnej sytuacji, w której od osoby popełniającej przestępstwo uzależnione byłoby wykorzystanie dowodu utrwalającego przebieg zdarzenia przestępnego (por. A. Taracha: *op. cit.*, s. 1134 - 1135). Takiego wniosku nie sposób zaś zaakceptować.

Niezależnie od powyższego, należy też wskazać, że ewentualne naruszenia przez osoby prywatne, w ramach uzyskiwania różnych informacji, wolności określonych w powyższych przepisach, nie mają bezpośredniego przełożenia na którykolwiek z funkcjonujących w procesie karnym zakazów dowodowych; nie można więc niejako *a priori* zakładać niedopuszczalności takich dowodów (zob. A. Bojańczyk, *Z problematyki...*, *op.cit.* s. 44-54). Tak kwestię tę postrzega także Europejski Trybunał Praw Człowieka, który w wyroku w sprawie Schenk p-ko Szwajcarii uznał, że nie jest sprzeczne z art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności dokonywanie ustaleń faktycznych w oparciu o nagrania sporządzone przez osobę prywatną, albowiem

prawo oskarżonego nie doznaje w takim układzie żadnego uszczerbku (orzeczenie z dnia 12 lipca 1988 r., nr skargi 10862/84). W sprawie, w której wyrażono ten pogląd, wsparciem dla Trybunału w przyjęciu tego rodzaju oceny stało się to, że taśma magnetofonowa nie była jedynym dowodem obciążającym, na którym oparto skazanie. Do tego ostatniego aspektu wypadnie powrócić, w nawiązaniu de realiów sprawy P. C., w dalszych fragmentach niniejszego uzasadnienia.

Kwestią odrębną jest natomiast szczególna wnikliwość, jaką organy procesowe powinny się wykazywać przy ocenie tego rodzaju dowodu, zwłaszcza w sytuacji, gdy nagranie nie ma charakteru przypadkowego, a jest dokonywane przez jednego z rozmówców celowo, a zatem stanowi tzw. dowód intencjonalny. Wówczas utrwalone w taki sposób wypowiedzi powinny być oceniane pod kątem ewentualnych prowokacji lub sugestii stosowanych w toku rozmowy przez nagrywającego, a ocena taka powinna też uwzględniać stan, w jakim znajdował się nieświadomy nagrywania rozmówca (w kontekście oceny wiarygodności takiego dowodu zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2016 r., II CSK 478/15, Lex Nr 2075705). Zawsze, niezależnie od przypadkowego czy celowego nagrania, powinno się pamiętać także i o tym, że wypowiedzi takie udzielane są w warunkach braku pouczenia o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, a więc w warunkach, gdy bezwzględna szczerowość nie jest gwarantowana groźbą reakcji karnej ze strony państwa. Kwestii wiarygodności dowodu nie można jednak mylić, czy choćby tylko łączyć z kwestią jego dopuszczalności. Są to bowiem dwie całkiem odrębne płaszczyzny, czego nie dostrzegł lub nie chciał dostrzec Autor kasacji. Kwestia wiarygodności powinna być zawsze rozpoznawana w kontekście utrzymania się przez sądy orzekające w granicach swobody ocen, przy uwzględnieniu dyrektyw przewidzianych w art. 7 k.p.k. Ta problematyka została zaś już omówiona we wcześniejszych fragmentach niniejszego uzasadnienia, w związku z potrzebą ustosunkowania się do zarzutów a, b oraz e skargi kasacyjnej.

Przechodząc do zgłoszonego dopiero w kasacji zarzutu naruszenia art. 393 § 3 k.p.k. raz jeszcze powrócić należy do sekwencji formułowania przez obrońcę P. C. zarzutów w zwykłym środku odwoławczym, a następnie w nadzwyczajnym środku zaskarżenia. Bezsporne pozostaje to, że dowód z zapisu nagrań rozmów

poczynionych przez D. S. dopuszczony i przeprowadzony został na forum Sądu I instancji. Zatem do podnoszonego przez obrońcę w kasacji naruszenia przepisu art. 393 § 3 k.p.k. dojść mogło jedynie właśnie przed tym Sądem. W apelacji zarzut obrazy art. 393 § 3 k.p.k. nie został w ogóle zgłoszony, a podniesiony on został dopiero w kasacji. W tej sytuacji, jak to już wywiedziono, nie można upatrywać po stronie Sądu Okręgowego błędu polegającego na niezajęciu się tym uchybieniem w aspekcie obowiązków wynikających z treści art. 457 § 3 k.p.k. Co więcej, obrońca nie podniósł w kasacji, że uchybieniem takim Sąd odwoławczy powinien zająć się z urzędu, a zaniedbanie tego prowadziło do wydania orzeczenia oczywiście niesprawiedliwego; w kasacji nie zgłoszono bowiem zarzutu obrazy art. 440 k.p.k. Zarzut obrazy art. 393 § 3 k.p.k. został bowiem zgłoszony wprost pod adresem Sądu *ad quem*, który w tej formie nie mógł – powtórzmy to raz jeszcze – przepisu tego naruszyć. Na ukazaniu już tylko tych uwarunkowań oraz przy odwołaniu się do treści art. 536 k.p.k. można byłoby praktycznie zakończyć uzasadnienie wyjaśniające, dlaczego podniesienie tego właśnie zarzutu dopiero na etapie postępowania kasacyjnego nie mogło okazać się skuteczne.

Sąd Najwyższy zdecydował jednak, że w specyficznej konfiguracji procesowej, występującej w niniejszej sprawie, zarzut ten nie mógł okazać się skuteczny także i przy założeniu, że do naruszenia art. 393 § 3 k.p.k. może dojść nie tylko na etapie dopuszczania i przeprowadzania dowodu, ale również i na etapie kontrolowania ocen wyprowadzanych z tak przeprowadzonego dowodu. Otóż przedmiotem zarzutu, i to w stosunku do orzeczenia Sądu odwoławczego, obrona uczyniła przepis art. 393 § 3 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r., nie dostrzegając w ogóle zmiany Kodeksu postępowania karnego, jaka weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r. oraz związanej z tym problematyki intertemporalnej. Przypomnijmy zatem, że ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247; dalej nazywaną też ustawą nowelizującą) dokonano zmiany art. 393 § 3 k.p.k. W brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. ustawodawca wskazywał w ramach tej regulacji, że mogą być odczytywane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym i nie dla jego celów, w szczególności oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki. Od 1 lipca 2015 r.

zrezygnował natomiast z zastrzeżenia „i nie dla jego celów”. Od tej daty dopuszczalne jest zatem odczytywanie dokumentów prywatnych sporządzonych poza postępowaniem karnym, nawet jeżeli powstały dla jego celów, a więc nawet wtedy, gdy ewidentnie stanowią tzw. dowód intencjonalny. W dacie, w której wyrokował Sąd odwoławczy, to jest 26 listopada 2016 r., art. 393 § 3 k.p.k. obowiązywał już w innym, szerszym brzmieniu, niż w czasie, kiedy procedował Sąd pierwszej instancji. Należy więc rozważyć, czy zmiana ta mogła mieć znaczenie dla ewentualnej oceny dopuszczalności wykorzystania w niniejszej sprawie – i to właśnie przez Sąd *ad quem*, przy dokonywaniu kontroli oceny prawidłowości ustaleń faktycznych, poczynionych przez Sąd *a quo* - nagrań dokonanych przez D. S., czyli dowodu prywatnego intencjonalnego. Otóż, w art. 27 ustawy nowelizującej z 2013 r. ustawodawca nakazał stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego w brzmieniu nadanym tą nowelą, chyba że dalsze przepisy noweli stanowiłyby inaczej. Lektura pozostałych przepisów intertemporalnych, w tym art. 36, przekonuje o tym, że ustawodawca co do art. 393 § 3 k.p.k. nie wprowadził żadnej modyfikacji od zasady bezpośredniego stosowania przepisów w znowelizowanym brzmieniu. Oznacza to, że w czasie postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie obowiązywał już art. 393 § 3 k.p.k. w szerszym zakresie pozwalający na odczytywanie dokumentów prywatnych, to jest także wówczas, gdy miały one charakter dowodu intencjonalnego. Do tej wersji art. 393 § 3 k.p.k. obrona się jednak nie odwołuje, zarzucając, jako naruszony, art. 393 § 3 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2015 r. W omawianej konfiguracji procesowej należy wskazać na dwa uwarunkowania. Po pierwsze, Sąd odwoławczy władny był samodzielnie ujawnić (w trybie art. 452 § 2 k.p.k.), niejako powtórnie - ale już tym razem bez naruszenia zakazu przeprowadzania tzw. dowodów prywatnych intencjonalnych - opinie fonoskopijne dotyczące nagrań, a niewydanie wyraźnego postanowienia w tej mierze, wobec konkludentnego przyjęcia, że opinia te stanowią część materiału dowodowego sprawy, może być poczytywany wyłącznie za uchybienie o charakterze technicznym, niemającym istotnego wpływu na treść orzeczenia. Po drugie, zmiana art. 393 § 3 k.p.k. w toku postępowania karnego, które nie zostało jeszcze prawomocnie zakończone, może prowadzić do wniosku, że ewentualne wadliwe czynności dowodowe dokonane z naruszeniem

przepisu w dotychczasowym brzmieniu, ale zgodne z tym przepisem w wersji znowelizowanej, która weszła w życie jeszcze w trakcie postępowania, uległy konwalidacji z mocy prawa. Zmiana ustawy procesowej w czasie, np. przez zniesienie w trakcie procesu nierespektowanych dotychczas wymagań, może bowiem doprowadzić do konwalidacji wadliwej czynności (por. S. Waltoś: *Konwalidacja w procesie karnym*, NP 1960, nr 4, s. 498-499; tegoż: *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 56; K. Marszał: *Proces karny*, Katowice 1998, s. 242). Wypada wreszcie zwrócić uwagę na to, że art. 28 ustawy nowelizującej, to jest przepis nakazujący zachować skuteczność czynności dokonanych pod rządami starego prawa, o ile zostały dokonane z zachowaniem przepisów dotychczasowych, ma charakter niejako „jednokierunkowy” i nie odnosi się do rozważanej tu sytuacji. Nie dotyczy on bowiem problemu retrospektywnej konwalidacji wadliwych czynności przeszłych, a ma jedynie wymiar prospektywny – jego celem jest utrzymanie skuteczności tych czynności pod rządami nowych przepisów, które mogą dla tych czynności przewidywać inne wymogi, niż były przewidziane w przepisach dotychczasowych (analogicznie, w odniesieniu do art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojskowych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, Dz. U. Nr 89, poz. 443, wypowiedział się R. Kmiecik w glosie do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1996 r., I KZP 25/96, PiP 1997, z. 5, s. 112-115; Autor ten posłużył się terminem „prolongata skuteczności” czynności dotychczasowych).

Na zakończenie tej części rozważań należy poczynić jeszcze jedną istotną uwagę, która jednakże - w świetle już wcześniej przedstawionej argumentacji - nie miała decydującego znaczenie dla ostatecznej oceny nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Ani uprzednio w apelacji, ani obecnie w kasacji, obrona nie podjęła nawet próby wykazania tego, że podnoszone przez nią naruszenie prawa procesowego mogło mieć - w omawianym tu zakresie - wpływ (a w ramach postępowania kasacyjnego – wpływ istotny) na treść orzeczenia. W tym kontekście należy wskazać, że poczynione przez D. S. nagrania rozmów stanowiły tylko jeden z wielu dowodów (i to dowód o charakterze jedynie wspierającym wnioski, które należało wyprowadzić z innych dowodów), pozwalających na poczynienie ustaleń

faktycznych przyjętych w prawomocnym wyroku. Już Sąd pierwszej instancji, oceniając wiarygodność głównego świadka oskarżenia, t.j. D. S., wskazał (k. 9 – 12 pisemnych motywów wyroku tego Sądu), że za jego prawdomównością przemawia sposób, w jaki składał zeznania i ich zakres, fakt dobrowolnego zgłoszenia się do organów ścigania, a także to, że znalazły one potwierdzenie w innych dowodach: wyjaśnieniach oskarżonego K. K. (z wyjątkiem tych okoliczności, którego dla tego oskarżonego były niekorzystne), zeznaniach oraz wyjaśnieniach W. T., a także po części w zeznaniach kolejnych 9 świadków [...]. Ponadto, potwierdzeniem depozycji świadka były dokonywane przez niego w terminarzu zapiski dotyczące wysokości i terminów dokonywanych wpłat, a także zachowanie D. S. zmierzające do nagrania momentu przekazania W. W. pieniędzy, poprzedzone uzyskaniem od S. Ć. dyktafonu. Tylko jako jeden z dowodów nieosobowych, w którym zeznania D. S. znalazły potwierdzenie, wymienione zostało właśnie nagranie poczynione przez świadka. To samo stanowisko, chociaż w zdecydowanie skróconej formie, zaprezentował Sąd odwoławczy. Co więcej, w pewnym zakresie to właśnie tylko zeznania świadka D. S., uznane za wiarygodne, pozwoliły na dokonanie ustalenia, iż pieniądze przekazywał on W. W., albowiem nagranie (złej jakości) i wywołane w sprawie opinie biegłych nie stanowiły w tej mierze dowodu na tę okoliczność. Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 170 § 1 pkt 1 w zw. z art. 393 § 3 i art. 457 § 3 k.p.k. należałoby więc podjąć próbę uprawdopodobnienia, że procesowa niedostępność dla Sądu nagrań dokonanych przez D. S. mogłaby spowodować zmianę kierunku oceny zgromadzonych w sprawie dowodów i w konsekwencji – także konieczność zmiany ustaleń faktycznych. Tego rodzaju wywodów w kasacji brak.

Z wszystkich omówionych wyżej powodów zarzut (z pkt c kasacji) naruszenia art. 170 § 1 pkt 1 w zw. z art. 393 § 3 i art. 433 § 2 oraz art. 457 § 3 k.p.k. należało uznać za niezasadny. Konsekwencją niezasadności tego zarzutu jest uznanie za równie bezzasadne kwestionowania (w uzasadnieniu kasacji, choć bez wyodrębnienia tego w oddzielny zarzut w jej petitum) podstaw procesowego wykorzystania przeprowadzonych w sprawie opinii fonoskopijnych (sporządzonych przez biegłych: J. R., R. K. i W. G.).

Jeśli chodzi o podniesiony w kasacji zarzut naruszenia prawa materialnego, zgłoszony w pkt d skargi, którego potrzeba rozpoznania zaktualizowała się po uznaniu za bezzasadne zarzutów oznaczonych w nadzwyczajnym środku zaskarżenia jako pkt a – c, stwierdzić należy, że i w tej kwestii nie można przyznać skarżącemu racji.

Przestępstwo określone w art. 228 § 4 k.k. popełnia bowiem ten, kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej, uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy lub takiej korzyści żąda. Na gruncie analizowanej sprawy skazany P. C. miał wyczerpać znamiona wskazanego typu czynu zabronionego zachowaniem polegającym - mówiąc w dużym, ale oddającym istotę tego zachowania, skrócie - na tym, iż jako burmistrz Miasta K., reprezentując Miasto K. w jednoosobowej spółce komunalnej – K. Przedsiębiorstwie Energetyki Ciepłej sp. z o. o., uzależnił wykonanie czynności służbowej tj. pozostawienie na stanowisku desygnowanych przez siebie członków rady nadzorczej wskazanej spółki od comiesięcznego oddawania mu przez wyżej wymienionych części diet, jakie otrzymywali z tytułu piastowania tejże funkcji. Skarżący, w pełni zresztą zasadnie, nie kwestionował, że skazany jako burmistrz Miasta K. posiadał właściwości pozwalające uznać go za podmiot przestępstwa z art. 228 § 4 k.k. Zgodnie bowiem z art. 115 § 19 k.k. osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową. Burmistrz zaś, będąc pracownikiem samorządowym zatrudnionym na podstawie wyboru (art. 2 pkt 1 lit. c ustawy z dnia 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych t.j. Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1593 ze zm. obowiązującej do dnia 31 grudnia 2008 r., a obecnie art. 4 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, t.j. Dz. U. 2016, poz. 902) niewątpliwie jest funkcjonariuszem publicznym (art. 115 § 13 pkt 4 k.k., zob. także uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1991 r., I KZP 21/91, OSNKW 1992, z. 1-2, poz. 6). Obrońca oskarżonego zanegował natomiast możliwość uznania, że czynności wykonywane

przez burmistrza w imieniu organu kapitałowej spółki prawa handlowego, tj. jednoosobowego zgromadzenia wspólników, do jakich należy powoływanie i odwoływanie ze stanowiska członków rady nadzorczej tejże spółki są czynnościami służbowymi burmistrza wykonywanymi w związku z pełnieniem funkcji publicznej. W kasacji zaznaczono, że czynności te leżą w sferze prawa własności a tym samym nie mieszczą się w sferze imperium przysługującym burmistrzowi, jako organowi władzy samorządu terytorialnego. Podnosząc wskazane wyżej argumenty skarżący nie zwrócił jednak uwagi na fakt, że zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, dla uznania, że przyjęcie korzyści majątkowej pozostaje w związku z pełnioną funkcją publiczną, wystarczające jest, iż pełniący ją może wpływać na końcowy efekt załatwienia sprawy, a czynność służbowa stanowiąca okazję do przyjęcia korzyści choćby w części należy do kompetencji sprawcy (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2006 r., III KK 230/05, Lex Nr 180769) a przyjęta korzyść pozostaje w związku z wykonywaniem przez sprawcę określonych uprawnień i obowiązków w sferze publicznej, finansowanych ze środków publicznych, którymi dysponuje jednostka, w której jest on zatrudniony albo uprawnień lub obowiązków w zakresie działalności publicznej mających swoje umocowanie w ustawie lub w akcie prawa międzynarodowego (A. Barczak-Oplustil [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, pod red. A. Zolla, Warszawa 2013, s. 1166-1167). Przypomnieć również należy, że działalnością publiczną jest działalność, w jakimś stopniu zinstytucjonalizowania, służąca realizacji zadań publicznych i wywierająca lub mogąca wywołać skutki w sferze publicznoprawnej (J. Majewski [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, pod red. A. Zolla, Warszawa 2012, s. 1434). Czynnością służbową jest natomiast każda czynność będąca realizacją praw i obowiązków wynikających z zajmowanego przez osobę pełniącą funkcję publiczną stanowiska.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że z poczynionych przez sąd I instancji i niekwestionowanych przez skarżącego ustaleń faktycznych, znajdujących oparcie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, wynika, iż K. Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o. o. z siedzibą K. w okresie od stycznia 2003 r. do 27 marca 2007 r. funkcjonowało jako

komunalna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Jedynym udziałowcem tejże spółki była Gmina Miejska K., a funkcję zgromadzenia wspólników w tejże spółce pełnił jednoosobowo burmistrz, jako organ wykonawczy gminy. Do jego prerogatyw należało m.in. powoływanie części członków rady nadzorczej wskazanego przedsiębiorstwa, część członków rady nadzorczej powoływana była bowiem przez pracowników. Podkreślenia wymaga, że wspomniane kompetencje burmistrza nie wynikały wyłącznie z aktu założycielskiego spółki, czy przepisów kodeksu spółek handlowych, ale także z uregulowań zawartych w ustawach z zakresu prawa publicznego, w tym w szczególności w ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 573 ze zm.) oraz ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 446 ze zm.). W tym stanie rzeczy nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, że powoływanie członków rady nadzorczej K. Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej sp. z o.o. z siedzibą w K. pozostawało w ścisłym związku z wykonywaną przez P. C. funkcją publiczną czyli sprawowaniem urzędu burmistrza i wchodziło w zakres wykonywanych w związku z pełnieniem tego urzędu czynności służbowych. Zaakcentować przy tym należy, że mimo tego, iż w jednoosobowych spółkach jednostek samorządu terytorialnego funkcję zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) pełnią organy wykonawcze jednostek samorządowych i to właśnie one podejmują stosowne rozstrzygnięcia będące na zewnątrz rozstrzygnięciami zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia, to jednak podstawy tych rozstrzygnięć wynikają z uchwał właściwych organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego. Organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego jest bowiem w pełni podporządkowany organowi stanowiącemu, który nie tylko stanowi o kierunkach działań organu wykonawczego, ale również jest uprawniony do podejmowania uchwał zawierających wytyczne dla tego organu. Wytyczne mogą zaś obligować organ wykonawczy m.in. do podejmowania określonych zachowań (czynności), w tym i takich, które na zewnątrz będą wyrazem działania przez ten organ w charakterze zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia (zob. szerzej M. Szydło: *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Oficyna 2008, Komentarz do art. 12, teza 7 i powołane tam orzecznictwo). Te trafne stwierdzenia dostarczają kolejnego argumentu nie pozwalającego uznać za słuszne

zaprezentowanego w kasacji stanowiska, że czynności związane z powoływaniem i odwoływaniem członków rady nadzorczej jednoosobowej komunalnej spółki leżą w sferze prawa własności a tym samym nie mieszczą się w sferze imperium przysługującym burmistrzowi jako organowi władzy samorządu terytorialnego. Kończąc wywód na temat charakteru prawnego analizowanej czynności, dla jego zupełności wspomnieć wypada, że użyte na gruncie art. 228 § 4 k.k. sformułowanie „uzależnia wykonanie czynności służbowej” należy rozumieć nie tylko jako dokonanie czynności służbowej, ale także jako „każde zachowanie mające wpływ na przebieg tej czynności, czyli jej spowolnienie, przyspieszenie, także zaniechanie jej podjęcia” (tak trafnie A. Barczak – Oplustil: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117 – 277*, pod red. A. Zolla, Warszawa 2013, s. 1168).

Całkowicie bezpodstawne jest również zawarte w kasacji twierdzenie, że zbieranie składek na cele polityczne lub organizacyjne nie mieści się w pojęciu korzyści majątkowej w rozumieniu art. 228 § 4 k.k. Definiując wskazane pojęcie należy się bowiem odwołać do przepisu art. 115 § 4 k.k., zgodnie z którym korzyścią majątkową jest korzyść dla siebie lub dla kogoś innego (innej osoby lub innego podmiotu). Z powyższego wynika, że dla realizacji znamion czynu zabronionego z art. 228 § 4 k.k. nie jest konieczne, by sprawca żądał korzyści majątkowej dla siebie. Nieistotny jest również cel, na jaki sprawca chce ową korzyść przeznaczyć. Uwagi te prowadzą do konkluzji, że nawet gdyby skazany P. C. przeznaczał uzyskane w opisany wyżej sposób od członków rady nadzorczej kwoty na bliżej nieokreślone cele polityczne lub organizacyjne, a także nawet wówczas, gdyby wręczający te korzyści cel ten akceptowali, a tym samym istniałaby *sui generis* „zgoda pokrzywdzonych” na udzielanie korzyści majątkowej w tej formie, w żaden sposób nie świadczyłoby to o tym, że skazany swoim zachowaniem nie zrealizował znamion wskazanego wyżej typu czynu zabronionego. Najistotniejsze w przedmiotowej sprawie było bowiem to, że oskarżony nie miał żadnej podstawy prawnej, by żądać od członków rady nadzorczej pod rygorem odwołania ich z zajmowanego stanowiska przekazywania jakichkolwiek kwot na jakiegokolwiek cele. Jedynie bowiem w sytuacji, gdy uprawnienie do danej korzyści przysługuje osobie pełniącej funkcję publiczną indywidualnie, imiennie i wynika ze stosunku prawnego łączącego wręczającego

korzyść z osobą pełniącą funkcję publiczną, jej przyjęcie nie może stanowić czynu bezprawnego (tak też A. Barczak-Oplustil [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, wyd. IV pod red. A. Zolla, Warszawa 2013, s. 1160). W analizowanym przypadku, taki stan rzeczy bez wątpienia nie zachodził.

Wobec niepodzielenia żadnego ze wskazanych w nadzwyczajnym środku zaskarżenia zarzutów kasację oddalono, co pociągnęło za sobą konieczność obciążenia oskarżonego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego (art. 636 § 1 w zw. z art. 637a k.p.k.).

kc