

Sygn. akt IV KK 328/18

POSTANOWIENIE

Dnia 26 czerwca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Małgorzata Gierszon

SSN Przemysław Kalinowski

Protokolant Anna Korzeniecka-Plewka

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej,
w sprawie J. B.

uniewinnionego od popełnienia czynu z art. 229 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 26 czerwca 2019 r.,

kasacji, wniesionej przez prokuratora Prokuratury Okręgowej w K.

na niekorzyść

od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 12 grudnia 2017 r., sygn. akt IX Ka (...),

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w J.

z dnia 9 marca 2016 r., sygn. akt II K (...),

**oddala kasację jako oczywiście bezzasadną, a kosztami
sądowymi postępowania kasacyjnego obciąża Skarb
Państwa.**

UZASADNIENIE

J. B. został oskarżony o to, że: w dniu 13 maja 2009 roku w J., w woj. (...) udzielił pełniącemu funkcję publiczną lekarzowi Przychodni nr (...) Zespołu Opieki Zdrowotnej w J. – M. W., w związku z pełnieniem tej funkcji korzyść majątkową w postaci pieniędzy w nieustalonej dotychczas kwocie nie mniejszej niż 10 zł, w

zamian za udzielenie świadczeń medycznych - tj. wystawienie recepty na leki, to jest o przestępstwo określone w art. 229 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie o sygn. akt II K (...) Sąd Rejonowy w J. oskarżonego uniewinnił od zarzucanego mu czynu, a kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator. Zaskarżając wyrok w całości zarzucił mu: „błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na niezasadnym przyjęciu że materiał dowodowy zgromadzony co do oskarżonego J. B. - w szczególności złożone uprzednio przez świadka M. W. wyjaśnienia w powiązaniu z innymi zabezpieczonymi dowodami - nie pozwala na przypisanie mu zarzucanego przestępstwa podczas gdy materiał ten oceniony zgodnie z zasadami logicznego rozumowania i doświadczeniem życiowym daje podstawę do uznania jego winy.”

W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W trakcie postępowania odwoławczego prokurator, w związku z wejściem w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r. przepisu art. 168b k.p.k., wniósł o przeprowadzenie dowodu z odtworzenia zapisu nagrania obrazu i dźwięku zarejestrowanego w gabinecie lekarskim M. W. w zakresie dokumentującym wizytę oskarżonego, pomimo tego, iż nie została uzyskana tzw. zgoda następcza sądu w odniesieniu do tej części nagrania (prokurator nie wystąpił w ogóle z wnioskiem o zgodę następczą w odniesieniu do tego oskarżonego, choć wystąpił i taką zgodę uzyskał do wielu innych osób, będących pacjentami M. W.).

Sąd Okręgowy w K. wniosek ten oddalił (k. 244) i wyrokiem z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie sygn. akt IX Ka (...) zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od tego wyroku na niekorzyść oskarżonego wniósł prokurator Prokuratury Okręgowej w K. Zaskarżając wyrok w całości zarzucił mu:

- I. „rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., poprzez niezasadne oddalenie przez Sąd Odwoławczy wniosku dowodowego oskarżyciela publicznego złożonego na rozprawie w dniu 28 listopada 2017 roku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z nagrania wizyty oskarżonego w gabinecie lekarza M. W. w dniu 13

maja 2009 roku, zabezpieczonych w ramach przeprowadzonej kontroli operacyjnej, na okoliczności czynu i winy oskarżonego, tj. wręczenia korzyści majątkowej w zamian za udzielenie świadczeń medycznych, co skutkowało uniewinnieniem oskarżonego od zarzucanego mu czynu, w sytuacji gdy, wnioskowany dowód jest prawnie dopuszczalny;

II. rażąco naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k., polegające na zaakceptowaniu przez Sąd Odwoławczy nieprawidłowej oceny materiału dowodowego poczynionej przez Sąd I instancji i przez to brak należytej kontroli odwoławczej zastosowania art. 7 k.p.k. w toku przeprowadzonego postępowania, przy jednoczesnym ogólnikowym powoływaniu się na poprawność orzeczenia Sądu w zakresie dokonanej oceny materiału dowodowego, co skutkowało niesłusznym uznaniem, że materiał ten - w szczególności wyjaśnienia złożone uprzednio przez świadka M. W. w powiązaniu z innymi zabezpieczonymi dowodami - nie dają podstaw do uznania winy oskarżonego.”

W konkluzji kasacji zawarty został wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku sądu I instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w J. W trakcie rozprawy kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o jej rozpoznanie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się oczywiście bezzasadna a potrzeba sporządzenia uzasadnienia postanowienia wynikała li tylko z ważkości problematyki, na tle której kasację wywiedziono. Odnosząc się do pierwszego zarzutu trzeba podkreślić, że bazą oddalenia przez sąd *ad quem* wniosku dowodowego – co wynika z treści postanowienia (k. 244) - były przepisy Konstytucji RP (m.in. art. 42 ust. 2, 45 ust. 1, art. 47, art. 51 ust. 2, 3 i 4) oraz Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (art. 3 i 6 ust. 1). Obszerny wywód odwołujący się do gwarancji konstytucyjnych sąd II instancji przedstawił również w uzasadnieniu wyroku na str. 4-12, dopełniając argumentacji postanowienia, którym nie uwzględniono wniosku prokuratora. Zapoznając się z tym stanowiskiem sądu odwoławczego można stwierdzić, że to reguły rzetelnego procesu sądowego stanowiły podstawę do wydania postanowienia o oddaleniu wniosku dowodowego

na podstawie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. (k. 244). W kasacji zaś w istocie wywiedziono argumentację, która dotyczy przepisów art. 168a k.p.k. i art. 168b k.p.k. Zasadnicza teza tej argumentacji sprowadza się do stwierdzenia, że w pierwszej kolejności przepis art. 168b k.p.k. w tym układzie procesowym – zgodnie z zasadą *lex nova* i uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r. w sprawie I KZP 10/16 – winien zostać zastosowany, a w konsekwencji winien zostać przeprowadzony dowód z nagrania obrazu i dźwięku zarejestrowanego w gabinecie lekarskim w czasie gdy w gabinecie był oskarżony. W ocenie skarżącego, jeśli nie ten przepis, to przepis art. 168a k.p.k. winien stanowić taką podstawę, a zatem sąd odwoławczy powinien posłużyć się tym przepisem aby ten dowód, uzyskany z naruszeniem przepisów ustawowych, przeprowadzić.

Na wstępie trzeba jeszcze raz stanowczo podkreślić, na co zwracał także uwagę sąd II instancji, że z niewiadomych powodów prokurator nie wystąpił do właściwego sądu o uzyskanie tzw. zgody następczej na wykorzystanie procesowe nagrania dźwięku i obrazu w stosunku do oskarżonego J. B., które to nagranie miało miejsce w czasie legalnej kontroli operacyjnej podjętej i realizowanej li tylko wobec lekarza. Prokurator wystąpił o taką zgodę w stosunku do innych pacjentów tego lekarza i taką zgodę uzyskał. Oznacza to, że pomimo, iż ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tj. Dz.U. z 2019, poz. 161) dopiero od dnia 11 czerwca 2011 r. zawierała unormowanie, które wprost dotyczyło tzw. zgody następczej (art. 19 ust. 15c i d – Dz. U. z 2011, nr 53, poz. 273), to na skutek orzecznictwa sądowego (por. np. postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07) prokurator przyjął, że taką zgodę następczą należy uzyskać wobec osoby innej niż ta, która była objęta zarządzoną kontrolą operacyjną, albowiem dopiero zgoda następcza pozwala na procesowe wykorzystanie takiego nagrania realizowanego w trybie kontroli operacyjnej. Zdaniem skarżącego ten stan, w którym nagranie to nie mogło stanowić dowodu z powodu naruszenie przepisów ustawy o Policji (warunków z niej wynikających) trwał do dnia 14 kwietnia 2016 r., albowiem po tej dacie przepisy art. 168a i b k.p.k. na procesowe wykorzystanie takiego nagrania zezwalają. Stwierdzenie to jest nieprawdziwe. Nie powtarzając obszernej i przekonującej argumentacji zawartej w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2019 r. I KZP 2/19, stwierdzić trzeba, że skoro

prokurator w dacie stosowanej kontroli operacyjnej wobec lekarza i uzyskania w jej toku informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 229 § 1 k.k. przez oskarżonego, nie wystąpił z wnioskiem do sądu o wyrażenie zgody następczej, to przepis art. 168b k.p.k. nie może stanowić podstawy do naprawienia skutków takiego zaniechania (zwłaszcza, gdy nowela ustawy o Policji [ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – Dz.U. nr 53, poz. 273] wprowadziła od dnia 11 czerwca 2011 r. termin na wystąpienie z takim wnioskiem – art. 19 ust. 15d). Trafnie Sąd Najwyższy we wspomnianym postanowieniu podkreślił, przytaczając szereg przykładów, że przypisywanie art. 168b k.p.k. innego celu, a więc takiego na jaki wskazuje także skarżący w tej sprawie, nie byłoby do pogodzenia z zasadą rzetelnego procesu, albowiem prowadziłyby do sytuacji, gdy dane uzyskane z naruszenie przepisów ustawowych, mających charakter gwarancyjny, mogłyby stać się podstawą swoistej „gry procesowej” prowadzonej przez organy ścigania, tak aby ogólnie rzecz ujmując, dowód nielegalny (uzyskany z naruszeniem przepisów ustawowych) stał się dowodem legalnym w oparciu o który można wywodzić okoliczności na niekorzyść oskarżonego. Trzeba także stanowczo zaznaczyć, że w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17 trafnie wskazano, że skoro w ustawie z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 437), która to ustawa wprowadziła do porządku prawnego art. 168b k.p.k., nie rozstrzygnięto kwestii stosowania art. 168b k.p.k. na gruncie procesów wszczętych aktem oskarżenia wniesionym przed dniem 1 lipca 2015 r., to przepis ten winien być stosowany zgodnie z zasadą *tempus regit actum*, a zatem winien dotyczyć faktów zaistniałych dopiero po dniu 14 kwietnia 2016 r. Teza ta mocno oparta jest na stwierdzeniu, że uzyskanie na skutek kontroli operacyjnej określonego materiału (danych) stanowi fakt mogący mieć znaczenie procesowe (ustawa o Policji pozwala na nadanie temu faktowi znaczenia dowodu – art. 19 ust. 15), a wprowadzenie tych danych do procesu stanowi jedynie wykorzystanie procesowe takiego materiału i nie tworzy się w ten sposób nowy „fakt”. Dodać w tym zakresie jeszcze wypada, że poszukiwanie przez prokuratora oparcia w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16 i formule o tzw. „chwytaniu w locie” (lex nova) przez ustawę z dnia

11 marca 2016 r. postępowań toczących się na skutek wniesionych przed dniem 1 lipca 2015 r. aktów oskarżenia – dla możliwego wykorzystania wyników kontroli operacyjnej prowadzonej niezgodnie z przepisami ustawy o Policji, jest wadliwe i to z kilku powodów.

Po pierwsze, we wspomnianej uchwale Sąd Najwyższy stwierdził, że w przepisach przejściowych ustawy z dnia 11 marca 2016 r. nie znalazł się zapis zawierający *expressis verbis* zasadę stosowania prawa nowego - "chwytania w locie". Jednocześnie jednak podkreślił, że zasada "chwytania w locie" ma charakter dominujący w odniesieniu do przepisów prawa karnego procesowego oraz że znajduje zastosowanie także w stosunku do tych ustaw nowelizujących przepisy procesowe, w których nie jest wprost zapisana, a więc i do ustawy z dnia 11 marca 2016 r., przy czym tę regułę odniósł do przepisów regulujących przebieg postępowania karnego, a nie faktów procesowych zaistniałych wcześniej. Wypada podkreślić, że w piśmiennictwie prawniczym wyraża się zapatrywanie, iż reguła bezpośredniego działania nowego prawa (*lex nova*) oznacza tylko tyle, że nowe prawo ma być stosowane wobec tych faktów procesowych, które zajdą od chwili wejścia w życie nowych przepisów (por. H. Paluszkiewicz, Zagadnienia intertemporalne w polskim prawie karnym procesowym [w] Problematyka intertemporalna w prawie, J. Mikołajewicz [red.], Warszawa 2015, s. 338), a zatem zasada ta jest odnoszona nie do faktów momentalnych lub izolowanych, ale do rozciągających się w czasie i znajdujących się w chwili zmiany prawa „w toku” sytuacji prawnych, w ramach których lub na gruncie których dochodzi do zaistnienia faktów prawnych (T. Pietrzykowski, Podstawy prawa intertemporalnego. Zmiana przepisów a problemy stosowania prawa, Warszawa 2011, s. 47). Pozostałe fakty winny być oceniane według reguły *tempus regit actum* (z pewnymi ograniczeniami – por. H. Paluszkiewicz, *op. cit.*, s. 338-340). Jeżeli spojrzeć w takim ujęciu na zasadę *lex nova* (tzw. „chwytanie w locie”) to jasne jest, że nie może ona dotyczyć faktów izolowanych, trwających tylko w określonym wąskim fragmencie czasu i zakończonych zarówno w aspekcie faktycznym (fakt zaistniał i już nie trwa w danym czasie, w danej sytuacji prawnej), jak i normatywnym (podstawa prawna do oceny określonych skutków prawnych wynikających z określonego faktu istniała i ocena taka została już dokonana

lub mogła i powinna być dokonana) przed wejściem w życie nowej ustawy, a więc ustawy z dnia 11 marca 2016 r. To, że prokurator złożył wniosek o dopuszczenie dowodu z nagrania zrealizowanego w toku kontroli operacyjnej prowadzonej w roku 2009 z naruszeniem warunków ustawowych nie oznacza, iż w dacie wejścia w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. istniał i trwał już jakiś fakt, który miał znaczenie procesowe, a który winien zostać oceniany już według reguł nowej ustawy. W ramach przewodu sądowego w niniejszej sprawie, objętego na etapie postępowania odwoławczego regulacjami wprowadzonymi ustawą z dnia 11 marca 2016 r., nie zaistniał wobec tego żaden nowy fakt procesowy, co do którego miałyby zastosowanie nowa ustawa. W ramach uprawnień z art. 452 k.p.k. został złożony jedynie przez prokuratora wniosek dowodowy odnoszący się do „zaszłego” faktu. Nie ma więc jakichkolwiek podstaw aby twierdzić, że przepis art. 168b k.p.k. może mieć zastosowanie do zalegalizowania i wprowadzenia do procesu jako dowodu, danych uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej, co do których nie uzyskano tzw. zgody następczej (art. 19 ust. 2 ustawy o Policji a następnie art. 19 ust.15 c). Podstawy takiej nie daje również prawidłowo zinterpretowana, w oparciu o piśmiennictwo prawnicze, uchwała SN w sprawie I KZP 10/16.

Po drugie, jak wspomniano już wcześniej, uchwała Sądu Najwyższego w sprawie I KZP 10/16 dotyczy kinetyki procesu, a więc przepisów obejmujących „toczenie się” procesu; nie odnosi się zatem do statyki procesu (por. np. uchwała 7 sędziów SN z dnia 30 września 1998 r., I KZP 14/98, OSNKW 1998, z. 9-10, poz. 42; wyrok SN z dnia 22 maja 2000, III KKN 104/99; H. Paluszkiewicz, Zagadnienia intertemporalne..., Warszawa 2015, s. 352). Dookreśla się przy tym, że kinetyka procesu to stosowanie przepisów ściśle związanych z tokiem postępowania w ramach rozprawy głównej (por. uchwała 7 sędziów SN z dnia 30 września 1998 r., I KZP 14/98). Z kolei, w piśmiennictwie przyjmuje się, że statyka procesu dotyczy ogół pojęć i zasad dotyczących budowy i właściwości mechanizmu procesowego, wśród których wyróżnia się „elementy czynne” obejmujące uczestników procesu oraz „elementy bierne”, w których skład wchodzi - przedmiot procesu, przedmiot czynności procesowej (w tym warunki niewadliwości i skuteczności czynności procesowych), narzędzia (instrumenty) procesowe (H. Paluszkiewicz, Reguła stadiów procesowych jako sposób rozstrzygnięcia

intertemporalnego w prawie karnym procesowym. Uwagi na tle przepisów intertemporalnych w ustawie nowelizacyjnej z 27 września 2013 r. [w:] *Fiat iustitia pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona SSN Stanisławowi Zabłockiemu*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014, s. 405 i wskazane tam opracowanie). W ramach statyki procesu określa się właściwość sądu oraz jego skład (postanowienia SN: z dnia 20 marca 2008 r., I KZP 42/07, OSNKW 2008, z. 5, poz. 33; z dnia 3 kwietnia 2006 r., II KK 157/05, OSNKW 2006, z. 6, poz. 58). Przypomnieć należy, że określenie nieważności wydanych orzeczeń w trybie art. 102 i nast. k.p.k. następowało w oparciu o ustalenie, czy zachodziła przewidziana w przepisach prawa przyczyna nieważności, przy czym ocena tej przyczyny następowała na podstawie przepisów obowiązujących w dacie wydania konkretnego orzeczenia (uchwała 7 sędziów SN z dnia 16 marca 2000 r., I KZP 56/99, OSNKW 2000, z. 3-4, poz. 17). Sytuowało to ten element (ocenę przyczyny nieważności orzeczeń) w statyce procesu. Także ocena legalności i skuteczności czynności procesowej, w aspekcie środka dowodowego (chodziło o zeznania świadka anonimowego), oparta była na regulacji prawnej obowiązującej w dacie jej dokonania (H. Paluszkiwicz, *Reguła stadiów procesowych...*, s. 407; postanowienie SN z dnia 19 kwietnia 2000 r., I KZP 6/00). Dostrzec także trzeba, że z art. 20 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. wynika, iż czynności procesowe dokonane przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy są skuteczne, jeżeli dokonano ich z zachowaniem przepisów dotychczasowych. Czynnością procesową zaś jest określone przez prawo karne procesowe zachowanie (działanie lub zaniechanie) się uczestnika procesu wywołujące przewidziane przez to prawo skutki procesowe; czynnościom procesowym mogą towarzyszyć czynności pozaprocessowe (np. operacyjne czynności organów ścigania - T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 286). Czynności pozaprocessowe skutkujące np. wyszukaniem i zabezpieczeniem określonych materiałów, mogą więc wpływać na podjęcie przez strony określonych czynności procesowych bezpośrednio lub pośrednio dotyczących dowodów (złożenie wniosku dowodowego dotyczącego wprowadzenia do procesu określonego materiału uzyskanego operacyjnie lub podjęcie czynności procesowych [przeszukanie, oględziny] na skutek posiadanej wiedzy operacyjnej). Jest niewątpliwe, że na tle

przepisów ustawy o Policji obowiązujących przed dniem 15 kwietnia 2016 r. organy ścigania nie stworzyły warunków do procesowego wykorzystania nagrania dźwięku i obrazu w zakresie dotyczącym wizyty oskarżonego w gabinecie lekarskim. To zaś wytworzyło sytuację prawno-procesową, której skutkiem była niemożność podjęcia przez prokuratora przed dniem 15 kwietnia 2016 r. takiej czynności procesowej, której efektem byłoby skuteczne i niewadliwe wprowadzenie do procesu – jako dowodu – takiego nagrania. Ta kwestia zresztą wyniknęła w toku postępowania przed dniem 15 kwietnia 2016 r. Otóż prokurator w toku postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji wycofał wniosek o odtworzenie nagrania z przebiegu wizyty oskarżonego w gabinecie lekarskim. Takie oświadczenie prokuratora niewątpliwie było oświadczeniem procesowym, a powodem jego złożenia była świadomość, że czynność procesowa w postaci dopuszczenia i przeprowadzenia takiego dowodu stanowiłaby czynność procesową wadliwą, albowiem nie spełniony został wymóg uzyskania zgody następczej w zakresie tego materiału.

Gdyby jednak taki dowód wprowadzono przed dniem 15 kwietnia 2016 r. do procesu (np. na etapie postępowania przed sądem pierwszej instancji), to po tym dniu ta czynność procesowa musiałaby podlegać ocenie, zgodnie z art. 20 ustawy z dnia 11 marca 2016 r., w aspekcie jej procesowej skuteczności – na gruncie przepisów obowiązujących poprzednio, czyli przed dniem 15 kwietnia 2016 r. Skoro zatem dopuszczenie i przeprowadzenie takiego dowodu byłoby czynnością procesową wadliwą i nieskuteczną (wnioskowanie *a contrario* z art. 20 ustawy z dnia 11 marca 2016 r.), to nie sposób założyć, że przepis art. 168b k.p.k., który wprowadzono w tym brzmieniu w tej samej ustawie, miałyby służyć do obejścia przepisu art. 20 i stanowić podstawę do legalizacji takiego – poprzednio nielegalnego – dowodu, a czynnością legalizacyjną byłoby wówczas powtórzenie przez prokuratora wniosku dowodowego już po 14 kwietnia 2016 r. i dopuszczenie takiego dowodu przez sąd z powołaniem się na przepis art. 168b k.p.k. Przyjęcie takiego rozumienia konstrukcji przepisów (przepisów przejściowych – art. 20 oraz merytorycznych zawartych w noweli) byłoby dysfunkcyjne oraz przeczyłoby zasadom logiki i legislacji, a co najistotniejsze – tworzyłoby z procesu karnego swoistą grę procesową, w której Państwo, z założenia przestrzegające zasady

demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), z jednej strony stwarza zapisy uniemożliwiające wykorzystanie określonych materiałów jako dowody (np. podsłuch operacyjny bez zgody następczej wymaganej przepisami ustawy o Policji) oraz nakazujące ich zniszczenie (jeżeli nie złożono stosownego wniosku w terminie), by jednocześnie wprowadzać rozwiązania ustawowe nastawiane na wprowadzenie takich nielegalnych i podlegających zniszczeniu dowodów do procesu karnego. Nie trzeba szerzej wskazywać, że taki cel nie mógł przyświecać wprowadzeniu art. 168b k.p.k. do porządku prawnego, albowiem odmienne rozumienie tego przepisu prowadziłoby do stwierdzenia, iż ustawodawca wprowadził w sposób celowy regulacje naruszające zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP) i godzące w rzetelny proces (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP).

To stanowi także silny argument za wskazaną powyżej tezą, że zaistniałe przed wejściem w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. fakty mogące stanowić dowód w znaczeniu procesowym winny podlegać ocenie według reguły *tempus regit actum*, a więc według przepisów obowiązujących w dacie zaistnienia tychże.

Jak wynika z powyższych rozważań, elementy statyczne ocenia się przez pryzmat przepisów obowiązujących w czasie zaistnienia, a zatem poprzez odwołanie się do bezpośredniego stosowania ustawy obowiązującej wówczas (H. Paluszkiwicz, Reguła stadiów procesowych..., s. 405). W takim układzie powtórzyć należy, że ocena prawna faktu polegającego na uzyskaniu – w ramach kontroli operacyjnej - zapisu obrazu i dźwięku z wizyty oskarżonego w gabinecie lekarskim w dniu 13 maja 2009 r., jako potencjalnego dowodu w procesie karnym, winna być prowadzona według stanu prawnego obowiązującego w dacie realizowania tych czynności operacyjnych, zgodnie z zasadą *tempus regit actum* (por. także wyrok SN z dnia 3 lipca 2013 r., V KK 412/13), w ramach statyki procesu.

W oparciu o przedstawione uwagi trzeba więc wyrazić pogląd, że przepis art. 168b k.p.k. ma zastosowanie tylko do faktów objętych dyspozycją tego przepisu, które zaistnieją po dniu 14 kwietnia 2016 r.

Nie ma więc racji skarżący co do tego, że przepis art. 168b k.p.k. winien mieć zastosowanie w tym postępowaniu. Także przepis art. 168a k.p.k. nie może

stanowić podstawy do wprowadzenia nielegalnie uzyskanego dowodu do procesu. Na wstępie trzeba podnieść, że w przepisie tym mowa jest o uzyskaniu dowodu z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. Przepisy ustawy o Policji w zakresie, w jakim formułują warunki do wykorzystania procesowego określonych danych uzyskanych z kontroli operacyjnej, mają charakter przepisów materialnych (por. także R.A.Stefański w: R.A.Stefański, S. Zabłocki [red.] Kodeks postępowania karnego. Komentarz. t. II, Warszawa 2019, s. 64). Ponadto, i ta okoliczność ma charakter decydujący, w sprawie tej podstawą odmowy przeprowadzenia dowodu z nagrania realizowanego w trakcie kontroli operacyjnej, z tej jego części, która nie spełniała warunków ustawowych (brak zgody następczej sądu) było uznanie, że przeprowadzenie takiego dowodu czyniłoby proces nierzetelnym w rozumieniu standardu z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej – EKPC). Na tle tego przepisu Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej – Trybunał) wskazuje, że co do zasady kształtowanie reguł prawa dowodowego, w tym dopuszczalność dowodów i określanie zakazów dowodowych, należy do kompetencji ustawodawcy krajowego (por. M. Wąsek – Wiaderek, Zagadnienia prawa dowodowego w orzecznictwie Trybunału Strasburskiego [w:] Zagadnienia Prawa dowodowego. Redakcja: J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki, Sąd Najwyższy 2011, s. 41-42). Trybunał natomiast może dokonać oceny czy proces jako całość był rzetelny, a zatem, czy orzekanie na podstawie konkretnego dowodu (w tym dowodu uzyskanego niezgodnie z prawem krajowym, dowodu nielegalnego) czyniło proces rzetelnym (por. np. H. Kuczyńska, Stosowanie podsłuchu telefonicznego a prawo do rzetelnego procesu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w: Zagadnienia Prawa dowodowego. Redakcja: J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki, Sąd Najwyższy 2011, s. 66-69 oraz s. 74-75 i wskazane tam orzeczenia Trybunału). W sprawie Khan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Trybunał stwierdził, że proces jako całość był nierzetelny, albowiem jedynym dowodem przeciwko oskarżonemu był podsłuch uzyskany z naruszeniem prawa i tylko dzięki dopuszczeniu tego dowodu możliwe było wydanie wyroku skazującego (wyrok z dnia 12 maja 2000 r., skarga nr 35394/97, § 37). Odnosząc taką ocenę warunków rzetelności procesu z art. 6 ust. 1 EKPC do realiów niniejszej sprawy

stwierdzić trzeba jednoznacznie, że w sprawie oprócz nielegalnego dowodu z nagrania obrazu i dźwięku z wizyty oskarżonego w gabinecie lekarskim zrealizowanego w toku kontroli operacyjnej prowadzonej wobec lekarza, nie było żadnego innego dowodu na popełnienie przez oskarżonego zarzucanego mu czynu. Nie stanowiło takiego dowodu przyznanie się lekarza do przyjmowania korzyści majątkowych za udzielanie zwolnień lekarskich, albowiem przyznanie to – jak słusznie wskazał sąd I instancji – miało charakter ogólny i nie dotyczyło oskarżonego B. Miał więc rację sąd odwoławczy uznając, że dopuszczenie takiego nielegalnie uzyskanego dowodu czyniłoby proces sądowy procesem nierzetelnym w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC. Z tych powodów zarzut pierwszy kasacji jest chybiony w stopniu oczywistym.

Taki charakter ma również zarzut drugi. Nie ma racji skarżący, że sąd odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. Sąd II instancji szczegółowo i wnikliwie odniósł się do podniesionego w apelacji zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych a w swoim uzasadnieniu przedstawił szczegółową argumentację, która doprowadziła go do uznania, że materiał dowodowy został przez sąd pierwszej instancji prawidłowo oceniony zaś jego skutkiem były prawidłowe ustalenia faktyczne, będące także konsekwencją zastosowania normy art. 5 § 2 k.p.k. (uzasadnienie str. 16-17).

Z tych wszystkich powodów należało orzec jak w postanowieniu.