

POSTANOWIENIE

Dnia 19 marca 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący)

SSN Michał Laskowski

SSN Andrzej Stępka (sprawozdawca)

Protokolant Anna Janczak

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Barbary Nowińskiej,
w sprawie **B. S.** uniewinnionej od popełnienia czynu z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art.
228 § 3 k.k. i in. i **M. W.** uniewinnionego od popełnienia czynu z art. 228 § 3 k.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 19 marca 2014 r.,
kasacji, wniesionej przez prokuratora
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. akt II AKa (...)
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w W.
z dnia 16 maja 2012 r., sygn. akt VIII K [...],

**oddala kasację, a kosztami sądowymi za postępowanie
kasacyjne obciąża Skarb Państwa.**

UZASADNIENIE

Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w (...) oskarżył:

1. B. S. o to, że:

I. w okresie od dnia 16 czerwca 2007 r. do dnia 1 października 2007 r. w H., W. i
G. , w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, ułatwiła
burmistrzowi H. M. W., w związku z pełnieniem przez niego funkcji publicznej,
popełnienie czynu zabronionego, przekazując świadkowi, przesłuchanemu w tej

sprawie w trybie art. 184 § 1 k.p.k., oznaczonemu nr 2, jego żądania przyjęcia korzyści osobistej w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, a nadto nakłaniała świadka, przesłuchanego w tej sprawie w trybie art. 184 § 1 k.p.k., oznaczonego nr 1 i świadka nr 2, do przekazania burmistrzowi H. M. W., w związku z pełnieniem przez niego funkcji publicznej, korzyści majątkowych w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa polegające na podejmowaniu przez niego działań zmierzających do ułatwienia nabycia przez firmę „A.” sp. z o.o., nieruchomości w postaci działki oznaczonej geodezyjnie nr [...], położonej w H. przy ul. L., o powierzchni łącznej 15.900 m² i wartości szacunkowej co najmniej 3.000.000 zł oraz działań zmierzających do utrudnienia innym podmiotom nabycia tej nieruchomości, a także nakłaniała M. W., do przyjęcia od świadków nr 1 i 2 korzyści majątkowych w zamian za opisane powyżej zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, i tak:

- w dniu 16 czerwca 2007 r. w H. ułatwiła burmistrzowi H. M. W. popełnienie czynu zabronionego przekazując świadkowi nr 2 jego żądania przyjęcia, w zamian za opisane powyżej zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa korzyści osobistej, w postaci zarządzania kompleksem rekreacyjno - wypoczynkowym, jaki miałby zostać zbudowany przez firmę „A.” sp. z o.o. na działce oznaczonej geodezyjnie nr [...], położonej w H. przy ul. L., o powierzchni łącznej 15.900 m² i wartości szacunkowej co najmniej 3.000.000 zł;
- w dniu 5 września 2007 r. w W. nakłaniała świadka nr 1 do przekazania burmistrzowi H. M. W. korzyści majątkowych, w zamian za opisane powyżej zachowanie, stanowiące naruszenie przepisów prawa;
- w dniu 21 września 2007 r. w W. nakłaniała świadków nr 1 i 2 do przekazania burmistrzowi H. M. W. korzyści majątkowych, w zamian za opisane powyżej zachowanie, stanowiące naruszenie przepisów prawa;
- w dniu 1 października 2007 r. w H. i G. nakłaniała świadków nr 1 i 2 do przekazania burmistrzowi H. M. W. korzyści majątkowych, w zamian za opisane powyżej zachowanie, stanowiące naruszenie przepisów prawa, a także nakłaniała M. W. do przyjęcia takich korzyści – a więc oskarżono ją o

przestępstwo z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 228 § 3 k.k. i art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

II. w okresie od miesiąca maja 2007 r. do dnia 1 października 2007 r. w W., H. i G., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, powołując się na wpływy u burmistrza H. M. W. i kierowanej przez niego instytucji samorządowej oraz utwierdzając świadków, przesłuchanych w tej sprawie w trybie art. 184 § 1 k.p.k., którym nadano numery 1 i 2, w przekonaniu o istnieniu takich wpływów, podjęła się w zamian za korzyści majątkowe pośrednictwa w załatwieniu sprawy dotyczącej ułatwienia nabycia przez firmę „A.” sp. z o.o., nieruchomości w postaci działki oznaczonej geodezyjnie nr [...], położonej w H. przy ul. L., o powierzchni łącznej 15.900 m² i wartości szacunkowej co najmniej 3.000.000 zł, na której miał zostać zbudowany przez tę firmę kompleks rekreacyjno - wypoczynkowy oraz utrudnienia innym podmiotom nabycia tej nieruchomości, a także w związku z pełnieniem funkcji publicznej posła na Sejm Rzeczypospolitej Polskiej V kadencji, w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa żądała od świadków nr 1 i 2 korzyści majątkowych w postaci markowego alkoholu oraz pieniędzy w kwocie co najmniej 100.000 zł, a następnie przyjęła od świadka nr 2 korzyści majątkowe w postaci markowego alkoholu i pióra z brylantem marki „M.” o łącznej wartości 4.371 zł oraz przyjęła od świadka nr 1 korzyści majątkowe w postaci pieniędzy w łącznej kwocie 100.000 zł, i tak:

- w miesiącu maju 2007 r. w W., w zamian za korzyści majątkowe, powołując się na wpływy u burmistrza H. M. W. i kierowanej przez niego instytucji samorządowej, podjęła się pośrednictwa w załatwieniu sprawy dotyczącej ułatwienia nabycia przez reprezentowaną przez świadka nr 2 firmę „A.” sp. z o.o. opisanej powyżej nieruchomości oraz utrudnienia innym podmiotom nabycia tej nieruchomości;
- w dniu 16 czerwca 2007 r. w H., w związku z pełnieniem funkcji publicznej, w zamian za opisane powyżej zachowanie, stanowiące naruszenie przepisów prawa żądała od świadka nr 2 korzyści majątkowej w postaci markowego alkoholu, a następnie w dniu 2 lipca 2007 r. w W., w związku z pełnieniem funkcji publicznej, w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, przyjęła od świadka nr 2 korzyści majątkowe o łącznej

wartości 4.371 zł w postaci alkoholu - butelki „G.” oznaczonej numerem [...], o wartości 2.300 zł oraz pióra marki „H.” z limitowanej serii 100, koloru czarnego, w którego nakrętce zatopiony jest brylant w kształcie odwróconego stożka, o nr [...] na metalowej oprawie nakrętki o wartości 2.071 zł;

- w dniach 8 i 22 sierpnia 2007 r. w W. żądała od świadka nr 2 oraz w dniu 5 września 2007 r. w W. żądała od świadka nr 1, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, korzyści majątkowych w postaci pieniędzy w kwocie co najmniej 100.000 zł, a następnie w dniu 8 września 2007 r. w W. i w dniu 1 października 2007 r. w G., w związku z pełnieniem funkcji publicznej, w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, przyjęła od świadka nr 1 korzyści majątkowe w postaci pieniędzy w łącznej kwocie 100.000 zł, i tak:
 - w dniu 8 września 2007 r. w W. przyjęła od świadka nr 1 korzyści majątkowe w postaci pieniędzy w kwocie 50.000 zł,
 - w dniu 1 października 2007 r. w G., przyjęła od świadka nr 1 korzyści majątkowe w postaci pieniędzy w kwocie 50.000 zł,
 - w dniu 21 września 2007 r. w W., w ramach pośrednictwa w załatwieniu opisanej powyżej sprawy, przyjęła od świadków nr 1 i 2 celem przekazania burmistrzowi H. M. W. dokumenty z logo firmy „A.”, zawierające proponowane przez tę firmę zapisy dotyczące oczekiwanych zmian w planie zagospodarowania przestrzennego oraz w warunkach przetargu, które miały ułatwić tej firmie oraz utrudnić innym podmiotom nabycie działki oznaczonej geodezyjnie nr [...], położonej w H. przy ul. L., o powierzchni łącznej 15.900 m² – a więc oskarżono ją o przestępstwo z art. 230 § 1 k.k. i art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.
- 2. M. W.** o to, że w okresie od dnia 16 czerwca 2007 r. do dnia 1 października 2007 r. w H., w K. oraz w G., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w związku z pełnieniem funkcji publicznej burmistrza H., żądał od świadka, przesłuchanego w tej sprawie w trybie art. 184 § 1 k.p.k., oznaczonego nr 2, korzyści osobistej w postaci zarządzania

kompleksem rekreacyjno - wypoczynkowym, jaki miałby zostać zbudowany przez firmę „A.” sp. z o.o. na działce oznaczonej geodezyjnie nr [...], położonej w H. przy ul. L., o powierzchni łącznej 15.900 m² i wartości szacunkowej co najmniej 3.000.000 zł oraz żądał od świadka przesłuchanego w tej sprawie w trybie art. 184 § 1 k.p.k., oznaczonego nr 1, korzyści majątkowej dla siebie i innej osoby, w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznej, a następnie przyjął od świadka oznaczonego nr 1 korzyści majątkowe w postaci teczki aktówki, pieniędzy oraz zegarka o łącznej wartości 159.375,80 zł w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, polegające na podejmowaniu działań zmierzających do ułatwienia nabycia przez firmę „A.” sp. z o.o. opisanej powyżej nieruchomości przy ul. L. w H., i tak:

- w dniu 23 sierpnia 2007 r. w K. żądał od świadka nr 1, przesłuchanego w tej sprawie w trybie art. 184 § 1 k.p.k., korzyści majątkowej dla siebie, oraz zastępcy burmistrza H.J. P., a następnie tego dnia przyjął od świadka nr 1 korzyść majątkową w postaci zegarka firmy „O.” model D., o wartości 8.716,80 zł,
- w dniu 1 października 2007 r. w G., przyjął od świadka przesłuchanego w tej sprawie w trybie art. 184 § 1 k.p.k., oznaczonego nr 1, korzyść majątkową w postaci teczki aktówki „I.” firmy „W.”, koloru czarnego o wartości 659 zł oraz pieniędzy w kwocie 150.000 zł,

a więc oskarżono go o przestępstwo z art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Wyrokiem z dnia 16 maja 2012 r., sygn. akt VIII K (...), Sąd Okręgowy w W. orzekł, co następuje:

1/ w ramach czynów zarzucanych w punktach I i II aktu oskarżenia uznał oskarżoną B. S. za winną tego, że w okresie od dnia 16 czerwca 2007 r. do dnia 1 października 2007 r. w H., W. i G., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wywołując u T. K. i M. P. (przesłuchanego w trybie art. 184 § 1 k.p.k., którego oznaczono jako świadka nr 1) przekonanie o możliwości wywarcia wpływu na burmistrza H. - M. W., podjęła się w zamian za korzyści majątkowe w łącznej kwocie 102.300 zł. pośrednictwa w załatwieniu sprawy dotyczącej ułatwienia nabycia przez firmę „A.” sp. z o. o. działki

oznaczonej geodezyjnie nr [...], położonej w H. przy ul. L., o powierzchni łącznej 15.900 m² i wartości szacunkowej co najmniej 3.000.000 zł., na której miał zostać wybudowany kompleks rekreacyjno - wypoczynkowy oraz utrudnienia innym podmiotom nabycia tej nieruchomości, a także ułatwiła M.W., w związku z pełnieniem przez niego funkcji publicznej popełnienie czynu zabronionego, przekazując T. K. jego żądanie przyjęcia korzyści majątkowej, w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa polegające na podejmowaniu przez niego działań zmierzających do ułatwienia nabycia przez firmę „A.” w/w nieruchomości i podjęcia działań zmierzających do utrudnienia jej nabycia innym podmiotom, i tak:

- w dniu 16 czerwca 2007 r. w H. zażądała od T. K. korzyści majątkowej w postaci butelki markowego alkoholu oraz przekazała wyżej wymienionemu żądanie M. W. dotyczące przyjęcia w zamian za opisane powyżej zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, korzyści majątkowej w postaci zarządzania kompleksem rekreacyjno-wypoczynkowym, jaki miałby zostać wybudowany przez firmę „A.” na działce oznaczonej geodezyjnie nr [...], położonej w H. przy ul. L.;
- w dniu 2 lipca 2007 r. w W. przyjęła od T. K. korzyść majątkową w postaci alkoholu - butelki „G.” oznaczonej numerem 231 o wartości 2.300zł;
- w dniach 8 i 21 sierpnia 2007 r. w W. żądała od T.K. dla siebie korzyści majątkowej w postaci pieniędzy w kwocie nie mniejszej niż 100.000 zł., a w dniu 5 września 2007 r. w W. przyjęła propozycję M. P. (świadka nr 1) wręczenia jej korzyści majątkowej w postaci pieniędzy w kwocie 100.000 zł. w dwóch ratach, a następnie w dniu 8 września 2007 r. w W. oraz w dniu 1 października 2007 r. w G. przyjęła od M. P. (świadka nr 1) dwukrotnie korzyści majątkowe w postaci pieniędzy w kwotach po 50.000 zł. każda;
- w dniu 21 września 2007 r. w W. przyjęła od T. K. i M. P. (świadka numer 1) celem przekazania burmistrzowi H. M. W. dokumenty z logo firmy „A.”, zawierające proponowane przez tę firmę zapisy dotyczące oczekiwanych zmian w planie zagospodarowania przestrzennego oraz w warunkach przetargu, które to zapisy miały faworyzować tę firmę i utrudnić innym podmiotom nabycie działki oznaczonej geodezyjnie nr [...], położonej w H.

przy ul. L., a następnie w dniu 1 października 2007 r. dokumenty te przekazała M. W. – a więc uznał Sąd oskarżoną S. winną czynu określonego w art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 230 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., i za to na podstawie art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 33 § 2 k.k. skazał ją na karę 3 lat pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 400 stawek dziennych, przyjmując jedną stawkę dzienną za równoważną kwocie 100 zł.

Sąd orzekł również wobec oskarżonej B. S. środki karne - na podstawie art. 45 § 1 k.k. w postaci przepadku równowartości osiągniętej korzyści majątkowej w kwocie 52.300zł oraz na podstawie art. 40 § 2 k.k. w postaci pozbawienia praw publicznych na okres 4 lat.

2/ Tym samym wyrokiem, w ramach zarzucanego czynu, Sąd Okręgowy uznał M. W. za winnego tego, że w okresie od dnia 16 czerwca 2007 r. do dnia 31 sierpnia 2007 r. w H. oraz w K., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w związku z pełnieniem funkcji publicznej burmistrza H. żądał od T. K. korzyści majątkowej, a następnie przyjął od M. P. (przesłuchanego w trybie art. 184 § 1 k.p.k., którego oznaczono jako świadka nr 1) obietnicę korzyści majątkowej w postaci pieniędzy dla siebie i innej osoby w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznej, w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, polegające na podejmowaniu działań zmierzających do ułatwienia nabycia przez firmę „A.” Sp. z.o.o. nieruchomości oznaczonej geodezyjnie nr [...], położonej w H. przy ul. L., o powierzchni łącznej 15.900 m² i wartości szacunkowej co najmniej 3.000.000 zł. oraz utrudnienia innym podmiotom nabycia tej nieruchomości, i tak:

- w dniu 16 czerwca 2007 r. za pośrednictwem B. S. zażądał od T. K. korzyści majątkowej w postaci zarządzania kompleksem rekreacyjno – wypoczynkowym, jaki miałby zostać zbudowany przez firmę „A.” na opisanej powyżej nieruchomości;
- w dniu 23 sierpnia 2007 r. przyjął od M. P. (świadka nr 1) obietnicę korzyści majątkowej w postaci pieniędzy dla siebie;
- w dniu 31 sierpnia 2007 r. przyjął od M. P. (świadka nr 1) obietnicę korzyści majątkowej w postaci pieniędzy dla siebie oraz zastępcy burmistrza H. – J.

P. – a więc uznał oskarżonego za winnego czynu z art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 228 § 3 k.k. w zw. z art. 33 § 2 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 200 stawek dziennych przyjmując jedną stawkę dzienną za równoważną kwocie 100 zł.

Wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego M. W. kary pozbawienia wolności Sąd na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 k.k. warunkowo zawiesił na okres 5 lat próby. Wyrok zawiera także rozstrzygnięcie o zaliczeniu okresów rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonych w sprawie na poczet wykonywanych kar oraz o kosztach procesu.

Wyrok ten zaskarżyli apelacjami obrońcy oskarżonych oraz prokurator.

W apelacji obrońców oskarżonej B. S., adw. J. D. i adw. M. P., na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 2, 3 i 4 k.p.k., wyrokowi zarzucono:

I. Obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

1. Art. 6 k.p.k. w zw. z art. 2, art. 42 ust. 2, art. 45 ust. 1 i art. 178 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 i ust. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w zw. z art. 193 Konstytucji RP i art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, poprzez uniemożliwienie oskarżonej i jej obrońcom pełnego i niczym nieskrępowanego dostępu i korzystania z materiałów niejawnych oraz sporządzania notatek podczas rozpraw prowadzonych z wyłączeniem jawności, a w szczególności:

a) uniemożliwienie sporządzania notatek podczas zapoznawania się z materiałami niejawnymi do momentu utraty mocy obowiązującej rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy państwowej, służbowej albo związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji oraz odmowę wydania kopii materiałów niejawnych.

b) po wejściu w życie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 lutego 2012 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w

tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji poprzez odmowę wydania odpisów, bądź kopii materiałów oraz oryginału, bądź kopii zbioru, w którym notatki robili obrońcy, co stanowiło naruszenie prawa oskarżonej do obrony oraz do rzetelnego procesu opartego na zasadzie sprawiedliwości proceduralnej, przy jednoczesnym braku wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem o to, czy art. 156 § 4 k.p.k., § 10 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy państwowej, służbowej albo związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji oraz § 6 ust. 1, ust. 3 i ust. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 lutego 2012 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, zgodny jest z art. 2, art. 45 ust. 1, art. 42 ust. 2 oraz art. 32 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 6 ust. 1 i 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

2. Art. 6, art. 425 § 1 i art. 444 k.p.k. w zw. z art. 42 ust. 2, art. 45 ust. 1 i art. 78 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 i ust. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz art. 2 Protokołu nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, poprzez niezapewnienie obrońcom oskarżonej możliwości w pełni nieskrępowanego sporządzenia apelacji od wyroku Sądu I instancji, która odnosiłaby się w sposób wyczerpujący do wszelkich okoliczności faktycznych i prawnych sprawy, w szczególności do informacji objętych ochroną jako niejawne, a tym samym naruszenie prawa oskarżonej do obrony i zaskarżenia orzeczenia oraz do rzetelnego procesu opartego na zasadzie sprawiedliwości proceduralnej i skutecznego prawa do odwołania się od wyroku skazującego w sprawie karnej i dwuinstancyjnego postępowania.

3. Art. 6 i art. 184 § 1 i 8 k.p.k. w zw. z art. 42 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 i ust. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w zw. z art. 193 Konstytucji RP i art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, poprzez utrzymywanie statusu świadka anonimowego

wobec świadka będącego funkcjonariuszem Centralnego Biura Antykorupcyjnego, występującego pod nazwiskiem T.P., mimo braku podstaw do nadania mu tego statusu oraz mimo jego ujawnienia w toku postępowania jurysdykcyjnego, jak również wobec świadka będącego funkcjonariuszem Centralnego Biura Antykorupcyjnego, występującego pod nazwiskiem M. P. , mimo braku podstaw do nadania mu tego statusu, przy jednoczesnym braku wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem o to, czy art. 184 § 8 k.p.k. w zakresie, w jakim obejmuje słowa: „na wniosek prokuratora”, zgodny jest z art. 2, art. 45 ust. 1, art. 42 ust. 2 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 6 ust. 1 i 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

4. Art. 7 i art. 410 k.p.k. w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 i ust. 4, art. 17 ust. 1 i art. 19 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym w zw. z art. 2, art. 7, art. 30 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, poprzez przyznanie waloru dowodu obciążającego oskarżoną w sprawie i czynienie w tym zakresie ustaleń faktycznych niekorzystnych dla oskarżonej na podstawie materiałów uzyskanych przez Centralne Biuro Antykorupcyjne w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych podjętych i prowadzonych wobec oskarżonej z naruszeniem dopuszczalnych prawem ram tychże czynności, a w szczególności uzyskanych w wyniku zastosowania nielegalnej prowokacji policyjnej oraz na skutek działań sprzecznych z nakazem poszanowania godności ludzkiej oraz przestrzegania i ochrony praw człowieka niezależnie od jego płci i przekonań politycznych, a co za tym idzie, z naruszeniem zasady rzetelności postępowania karnego i sprawiedliwości proceduralnej.

5. Art. 19 ustawy o CBA w zw. z art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. w zw. z art. 2, art. 7, art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, poprzez wykorzystanie jako dowodu w postępowaniu materiałów uzyskanych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, polegających na wręczeniu korzyści majątkowej, mimo iż zgoda na ich zastosowanie została wydana przez nieupoważniony do tego organ, a więc uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem.

6. Art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o CBA w zw. z art. 7 i art. 410 k.p.k. poprzez przyjęcie, iż materiał zgromadzony przez funkcjonariuszy CBA w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych w postaci nagrań dźwięku dokonanych za pomocą środków technicznych w trakcie zdarzeń z udziałem oskarżonej, jako uzyskany w miejscach innych, niż publiczne i bez zgody szefa CBA lub upoważnionego przez niego funkcjonariusza, może stanowić dowód w sprawie i być podstawą niekorzystnych dla oskarżonej ustaleń faktycznych, w sytuacji, gdy CBA uprawnione jest jedynie do dokonywania nagrań w miejscach publicznych po uprzednim uzyskaniu zgody właściwej osoby.

7. Art. 397 § 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez niezastosowanie instytucji obligatoryjnego rozstrzygnięcia na korzyść oskarżonej B.S. okoliczności, które stanowiły przedmiot dodatkowych czynności dowodowych, do których przeprowadzenia - w toku rozprawy - zobligowany został Prokurator, pomimo tego, że Prokurator nie dochował ostatecznego określonego terminu na ich wykonanie, mimo jego dwukrotnego przedłużenia, a kolejno uznanie dowodów w postaci nagrań audio za materiał dowodowy mogący stanowić podstawę czynienia ustaleń dotyczących winy oskarżonej, pomimo nieczytelności nagrań, co spowodowało konieczność powołania biegłego z zakresu fonoskopii.

8. Art. 6 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. poprzez nierozpoznanie złożonych przez obrońców oskarżonego M. W. w piśmie z dnia 12 października 2009 r. wniosków dowodowych i niedopuszczenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka L.de.F. i kobiety o imieniu K. , będących uczestnikami spotkania w dniu 2 sierpnia 2007 r. w H. z oskarżonym M. W., co uniemożliwiło dojście do prawdy materialnej w niniejszej sprawie, jak również naruszyło prawo do obrony.

9. Art. 193 k.p.k. poprzez dokonanie oceny i ustaleń, czy wobec B. S. stosowano techniki manipulacyjne w okresie jej spotkań i kontaktów z funkcjonariuszami CBA przez skład orzekający w sytuacji, gdy okoliczności te wymagały wiedzy specjalistycznej, tj. opinii biegłego z zakresu psychologii.

10. Art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 366 k.p.k. poprzez zaniechanie przez Sąd podjęcia inicjatywy dowodowej i oddalenie wniosków dowodowych obrońców oskarżonej zawartych w piśmie z dnia 5 stycznia 2010 r.:

a) z dokumentu prywatnego w postaci opinii na temat oddziaływań podjętych wobec B. S. przez agentów CBA w świetle wiedzy z zakresu psychologii społecznej sporządzonej przez D. D.;

b) z przesłuchania w charakterze świadka D. D. posiadającego informacje specjalne z zakresu psychologii społecznej;

c) z opinii biegłego z zakresu psychologii społecznej w sytuacji, gdy przeprowadzenie powyższych dowodów przez Sąd miało istotne znaczenie dla oceny prawnej czynu przypisanego B. S., w szczególności, czy działania podjęte w ramach czynności operacyjnych przez funkcjonariuszy CBA wobec B. S. miały wpływ na jej zachowanie objęte zarzutami aktu oskarżenia, w tym, czy prowadzono świadome zabiegi mające doprowadzić B. S. do określonego zachowania, a jeżeli tak, to na czym te zabiegi polegały i jaki cel zamierzano osiągnąć, jak również stwierdzenie, czy B. S. miała możliwość oprzeć się woli osób nią manipulujących, a w konsekwencji, czy do opisanych w akcie oskarżenia zachowań B. S. by doszło, gdyby nie działania funkcjonariuszy CBA;

d) z przesłuchania świadka W. M. P. w sytuacji, gdy dopuszczenie tego dowodu pozwoliłoby na ustalenie sposobu oddziaływania funkcjonariusza CBA T. K. na B. S. i w konsekwencji uznanie, czy wyjaśnienia B. S. co do opisu zachowań tego funkcjonariusza, w postaci uwodzenia jej, flirtowania, wyrażania uczuć i emocji, którym Sąd wiary odmówił, są wiarygodne.

11. Art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. art. 179 § 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. poprzez zaniechanie przez Sąd z dotarcia do prawdy materialnej w sprawie wobec zezwolenia świadkom - funkcjonariuszom CBA na odmowę odpowiedzi na pytania obrońców B. S., z powołaniem się na tajemnicę państwową i niepodjęcie przez Sąd inicjatywy ustalenia, jaki jest zakres tej tajemnicy, jak również nieprzesłuchanie świadka T. K., a w konsekwencji oparcie orzeczenia na niepełnym materiale dowodowym, gdyż nie zawierającym informacji pozwalających na pełną weryfikację legalności działań Centralnego Biura Antykorupcyjnego, co w konsekwencji doprowadziło Sąd do błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia.

12. Art. 5 § 2, art. 7 i art. 410 k.p.k. poprzez przyjęcie, że kwota 100 000 zł otrzymana przez oskarżoną B. S. od M. P. stanowiła korzyść majątkową, mimo, że

intencją B. S. było zgodne z prawem przyjęcie pożyczki na cele prowadzenia kampanii wyborczej i późniejszy zwrot otrzymanej kwoty w sposób niestanowiący korzyści majątkowej, o której mowa w art. 228 k.k.

13. Art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. i art. 7 k.p.k. poprzez uwzględnienie w uzasadnieniu wyroku jedynie okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonej, rozstrzygnięcie istniejących w sprawie wątpliwości na niekorzyść oskarżonej oraz wydanie wyroku na podstawie jedynie części dowodów, a także nieuwzględnienie przy ich ocenie zasad prawidłowego rozumowania, oraz wiedzy i zasad doświadczenia, co przejawiało się w szczególności poprzez:

a) ustalenie w sposób sprzeczny z zasadami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego, że agent T. P. znalazł się na kursie dla członków rad nadzorczych organizowanym przez „B.” Sp. z o.o. przypadkowo i nie miał on, ani jego przełożeni, wiedzy, że jego uczestnikami będą posłowie opozycyjnej partii politycznej w sytuacji, gdy do kanonu działań służb specjalnych należy - w sytuacji, gdy agent posługujący się fałszywą tożsamością „wchodzi” w nowe środowisko – sprawdzenie, z kim agent się zetknie, aby uniknąć jego dekonspiracji, co w konsekwencji powoduje, że wszelkie dalsze ustalenia Sądu w zakresie stanu faktycznego oparte są na fałszywym założeniu, zaś funkcjonariusze CBA, którym Sąd dał wiarę w swoich zeznaniach, mijali się z prawdą;

b) ustalenie w sposób sprzeczny z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego, że w trakcie kursu zorganizowanego przez „b.” Sp. z o.o. - jak również po jego zakończeniu - oskarżona i agent T. P. utrzymywali „normalne” kontakty towarzyskie, które nie charakteryzowały się bliskością i zażyłością w sytuacji, gdy zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, iż pomiędzy tymi osobami, w wyniku działań podjętych przez T. P., nawiązała się bliska więź emocjonalna;

c) ustalenie w sposób sprzeczny z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego, że poproszenie przez oskarżoną o zakup butelki alkoholu dla M. B. było działaniem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i miało na celu uzyskanie jego przychylności „w przyszłości”, gdy prawidłowa analiza materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że prośba o zakupienie prezentu w postaci alkoholu dla M. B. nie była działaniem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a jedynie była legalną formą podziękowania znajomemu, za pomoc w zorganizowaniu zgodnego z prawem

spotkania z jego znajomym M. W., a zachowanie to mieści się w ramach pozaustawowego kontratypu zwyczaju, polegającego na podziękowaniu za oddaną przysługę;

d) ustalenie przez Sąd w oderwaniu od zasad doświadczenia życiowego, że oskarżona mogła zakładać, iż będzie mogła liczyć na pomoc M. B. w nielegalnym nabyciu działki, gdy zasady wiedzy i doświadczenia życiowego wskazują, że polityk ten nigdy by się takich działań nie podjął, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż żądanie dla niego korzyści majątkowej byłoby pozbawione logiki;

e) ustalenie w sposób sprzeczny z zasadami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego, że oskarżona od dnia 16 czerwca 2007 r. podjęła się pośrednictwa w nabyciu nieruchomości na H. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w sytuacji, gdy alkohol, o nabycie którego dla jej znajomego M. B. w tym dniu prosiła, był prezentem mieszczącym się w granicach zwyczaju, zaś jakiegokolwiek rozmowy oskarżonej z agentami dotyczące spraw finansowych, a konkretnie, udzielenia jej pożyczki w związku z zapowiadającą się kampanią wyborczą, miały miejsce w sierpniu, co powoduje, że jeśli oskarżona kiedykolwiek działała w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, to nie mogło to mieć miejsca 16 czerwca 2007 r., a w konsekwencji oskarżona nie mogła działać z góry powziętym zamiarem, jak to ustalił Sąd;

f) ustalenie w sposób sprzeczny z zasadami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego, że w czasie rozmów oskarżonej z T. P. i M. P. od sierpnia 2007 r., jej celem było uzyskanie korzyści majątkowej, a nie uzyskanie prawnie dopuszczalnej pożyczki od przyjaciół na finansowanie kampanii;

g) ustalenie przez Sąd, że zachowania funkcjonariuszy CBA były zgodne z przepisami regulującymi działanie tej służby, a w konsekwencji legalne, w sytuacji, gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, iż to oni nakłaniali oskarżoną do przyjęcia korzyści majątkowej, naruszając w konsekwencji przepisy ustawy o CBA;

h) ustalenie wbrew zasadom logiki, wiedzy i doświadczenia życiowego, że działania funkcjonariuszy były zgodne z ustawą o CBA w sytuacji, gdy z prawidłowej analizy materiału dowodowego wynika, iż funkcjonariusze prowokowali przestępcze zachowania oskarżonej, odwołując się przy tym do więzów osobistych, które sami

wytworzyli, a także stosując techniki manipulacji, dzięki którym świadomie wpływali na zachowanie oskarżonej, co w konsekwencji pozbawia ich działań znamion legalności, a tym samym uniemożliwia użycie zdobytego w taki sposób materiału dowodowego;

i) ustalenie w sposób sprzeczny z zasadami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego, że w czasie spotkania w dniu 16 czerwca 2007 r. M. W. miał żądać korzyści majątkowej w postaci zarządzania kompleksem rekreacyjno-wypoczynkowym w zamian za udzielenie pomocy w nabyciu działki na H., które to żądanie oskarżona miała przekazać T. P. w sytuacji, gdy powyższe ustalenie nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym, albowiem oboje oskarżeni zaprzeczają tej okoliczności, a stenogramy rozmów wskazują, iż jedyną osobą, która mówiła o ewentualnym zarządzaniu przez M. W. obiektem był sam T. P.;

j) ustalenie w sposób sprzeczny ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, iż to B. S. była inicjatorką wspólnego wyjazdu z T. P. na H. w dniu 16 czerwca 2007 r. w sytuacji, gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że inicjatywa taka wyszła od T. P. i to on proponował oskarżonej, by z nim pojechała, w celu uwiarygodnienia go w oczach burmistrza.

14. Art. 410 k.p.k. oraz art. 424 § 1 k.p.k. poprzez nieprzyjęcie za podstawę wyroku całokształtu okoliczności ujawnionych w trakcie rozprawy, jak również nie zawarcie w treści uzasadnienia wszystkich elementów, które zgodnie z art. 424 § 1 k.p.k. powinny się w nim znaleźć, przejawiającą się w:

a) nie ustaleniu w uzasadnieniu wyroku, czy żądanie zarządzania nieruchomością, którego zgodnie z ustaleniami Sądu miał wyrazić za pośrednictwem S. oskarżony W., od przedstawiciela firmy „A.”, miało być odpłatne, czy też nieodpłatne, a więc, czy zachowanie to miało na celu osiągnięcie korzyści majątkowej, co w konsekwencji uniemożliwia ustalenie, czy opisane w uzasadnieniu wyroku zachowanie oskarżonej wyczerpywało znamiona art. 228 § 4 k.k. w zw. z art. 18 § 3 k.k.;

b) niewskazaniu w uzasadnieniu wyroku, w jaki sposób M. W. miał zażądać korzyści majątkowej w postaci zarządzania budynkiem rekreacyjnym oraz w jaki sposób miało to zostać przekazane przez oskarżoną T. P., co w konsekwencji

uniemożliwia ustalenie, czy działanie to wyczerpywało znamiona art. 228 § 4 k.k. w przypadku M. W. i 228 § 4 k.k. w zw. z art. 18 § 3 k.k. w przypadku oskarżonej, a w szczególności uniemożliwia stwierdzenie, czy zostało zrealizowane znamie „żądania”, co w konsekwencji uniemożliwia obronie polemikę z tak sporządzonym uzasadnieniem oraz kontrolę instancyjną wyroku;

c) nie oparciu się przez Sąd na całokształcie zebranego w sprawie materiału dowodowego, poprzez pominięcie w uzasadnieniu wyroku i nie odniesienie się do wszystkich dowodów w postaci stenogramów rozmów, notatek służbowych i dowodów osobowych, wskazujących na istnienie szczególnie bliskiej relacji osobistej i zażyłości pomiędzy oskarżoną T. P. oraz nie przeanalizowaniu w uzasadnieniu, w jakim celu relacja ta została nawiązana przez T. P.;

d) nierozważeniu przez Sąd w uzasadnieniu wyroku, a także *a priori* odrzuceniu jako nieprawdziwych wyjaśnień oskarżonej, z których wynika, że jej działania związane z pomocą w nabyciu działki na H., były motywowane chęcią udzielenia pomocy osobie bliskiej, jaką w jej odczuciu był dla niej T. P., która to pomoc była inspirowana przez agenta, przy wykorzystaniu metod manipulacji odwołujących się do osobistych więzi;

e) pominięciu i nie rozważeniu w uzasadnieniu wyroku dowodów zgromadzonych w niniejszej sprawie, które wskazują, że intencją oskarżonej, w związku ze zbliżającymi się wyborami, było uzyskanie dopuszczalnej prawnie pożyczki od zaprzyjaźnionych przedsiębiorców, a nie uzyskanie korzyści majątkowej, oraz pominięcie tych dowodów, z których wynika, iż funkcjonariusze starali się ją odwieść od chęci uzyskania pożyczki, jednocześnie nakłaniając ją do przyjęcia korzyści majątkowej, co czyni ich działanie nielegalnym i powoduje, że pozyskany w ten sposób materiał dowodowy nie może być podstawą do wydania wyroku skazującego;

f) nie wskazaniu w uzasadnieniu wyroku, kiedy miał powstać u oskarżonej zamiar działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej;

g) nie rozważeniu przez Sąd w uzasadnieniu wyroku, czy bez udziału agentów doszłoby w ogóle do popełnienia przestępstwa, a tym samym, czy istniały podstawy do podjęcia działań operacyjno- rozpoznawczych i w konsekwencji do wręczenia korzyści majątkowej, czy też przestępstwo zostało wykreowane przez samych

funkcjonariuszy, co w konsekwencji czyni ich działania nielegalnymi, a pozyskany w wyniku ich zachowań materiał dowodowy nie może być podstawą do wydania wyroku skazującego;

h) nie rozważeniu przez Sąd w uzasadnieniu, czy pracownicy CBA korzystali z technik manipulacji na wszystkich etapach kontaktu z oskarżoną i jaki wpływ na zachowanie oskarżonej miały te działania, co w konsekwencji uniemożliwia kontrolę instancyjną wyroku w zakresie tego, czy funkcjonariusze nie naruszyli ustawy o CBA, a w rezultacie, czy pozyskany przez nich materiał dowodowy może być podstawą wydanego wyroku;

i) nie uwzględnieniu przez Sąd w uzasadnieniu wyroku, że oskarżona w dniu 1 października 2007 r. udając się na spotkanie z M. W. nie zabrała przygotowanych przez agentów materiałów dotyczących ich propozycji zmian w planie zagospodarowania przestrzennego oraz warunków przetargu, gdyż nie chciała ich przekazywać. Oskarżona z inicjatywy P. i pod jego namową zabrała je na spotkanie z burmistrzem, co w konsekwencji powoduje, iż była namawiana do zrealizowania znamion zarzucanego jej czynu, co czyni działanie funkcjonariusza nielegalnym, a pozyskany w ten sposób materiał dowodowy niemożliwym do wykorzystania w procesie, jako dowód obciążający oskarżoną;

j) nie rozważeniu przez Sąd w uzasadnieniu wyroku, czy po pierwszym kontrolowanym wręczeniu korzyści majątkowej w postaci butelki alkoholu i pióra, dalsze działania CBA w postaci wręczania następnych korzyści majątkowych były legalne w sytuacji, gdy ustawa o CBA nie przewiduje instytucji przedłużania zgody na kontrolowane wręczenie korzyści majątkowej;

k) nie odniesieniu się w uzasadnieniu wyroku do kwestii, czy działania CBA polegające na współpracy z funkcjonariuszami FBI były legalne w sytuacji, gdy art. 2 ust. 2 ustawy o CBA (w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 września 2010 roku) umożliwiał tej instytucji współpracę jedynie z organizacjami międzynarodowymi zwalczającymi korupcję, co skutkuje wnioskiem, że uzyskany w ten sposób materiał dowodowy został pozyskany w wyniku naruszenia prawa, co w konsekwencji uniemożliwia użycie go do dokonywania jakichkolwiek ustaleń faktycznych obciążających oskarżoną.

II. Dalej w apelacji zarzucono wymierzenie oskarżonej niewspółmiernie surowej kary w wymiarze trzech lat pozbawienia wolności w sytuacji, gdy w przypadku uznania jej winy za udowodnioną, zasady prewencji ogólnej i szczególnej przemawiają za tym, że dla zrealizowania celów kary wystarczające byłoby wymierzenie oskarżonej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

W konkluzji obrońcy oskarżonej S. wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonej od zarzucanych jej czynów, ewentualnie uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. W dalszej kolejności obrońcy wnieśli o zmianę wyroku poprzez wymierzenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Obrońcy oskarżonego M. W. , adw. J. W. oraz adw. T. K. , powołując się na art. 438 pkt 2 k.p.k., zarzucili wyrokowi Sądu I instancji mającą wpływ na treść orzeczenia obrazę prawa procesowego, a mianowicie:

1/ art. 6 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 ust. 3 lit. d EKPCz poprzez ich niezastosowanie lub wadliwe zastosowanie, polegające na braku rozpoznania wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego M. W. z dnia 12 października 2009 r. o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka określanego jako L.de.F. oraz świadka o imieniu K., na okoliczność ustalenia przebiegu spotkań tychże osób z M. W., a w rezultacie naruszenie prawa do obrony materialnej oskarżonego w sytuacji, gdy przeprowadzenie wszystkich wskazanych we wniosku dowodów miało istotne znaczenie dla przedmiotowej sprawy, w szczególności dla ustalenia, czy rzeczywiście po stronie M. W. miało dojść do kierowania oczekiwań lub też żądań w przedmiocie zarządzania planowanym kompleksem hotelowym;

2/ art. 6 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 ust. 1 EKPCz poprzez ich niezastosowanie lub niewłaściwe zastosowanie polegające na braku rozpoznania wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego M. W. z dnia 12 października 2009 r. o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki i fonoskopii na okoliczność autentyczności, zupełności i spójności nagrań wszelkich rozmów, których uczestnikiem był M. W.;

3/ art. 6 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 ust. 3 lit. d EKPCz poprzez ich niezastosowanie lub niewłaściwe zastosowanie polegające na braku rozpoznania wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego M. W. z dnia 18 marca 2011 r. o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającego przesłuchania świadka oznaczonego numerem 1, posługującego się imieniem M., na okoliczność ustalenia, z kim prowadził rozmowę telefoniczną w dniu 23 sierpnia 2007 r. w czasie jazdy samochodem z K. do H. oraz jaka była reakcja rozmówcy, a w rezultacie naruszenie prawa do obrony materialnej oskarżonego w sytuacji, gdy przeprowadzenie wszystkich wskazanych we wnioskach dowodów, a zwłaszcza ponowne przesłuchanie świadka oznaczonego nr 1, miało istotne znaczenie dla przedmiotowej sprawy w takim zakresie, w jakim prowadziło do ustaleń dotyczących rzekomych oczekiwań W. co do zarządzania kompleksem SPA;

4/ art. 10 ust. 1 ustawy o Prokuraturze w brzmieniu obowiązującym od dnia 14 stycznia 2004 r. do dnia 11 lipca 2007 r., poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na uznaniu, iż w tym czasie zastępca Prokuratora Generalnego mógł wykonywać kompetencje Prokuratora Generalnego w zakresie zarządzania czynności, o których mowa w art. 17 i art. 19 ustawy o CBA i następnie opieranie rozważań Sądu o zebrany w oparciu o te decyzje materiał dowodowy, w sytuacji, w której taki materiał nie powinien stanowić podstawy orzekania o winie M. W.;

5/ art. 19 ust. 1 ustawy o CBA w z w. z art. 6 ust. 1 EKPCz poprzez jego wadliwe zastosowanie polegające na uznaniu za prawnie dopuszczalne i relewantne, pod kątem odpowiedzialności karnoprawnej M. W., udzielenie obietnicy korzyści majątkowej (lub też osobistej) w sytuacji, w której ustawa przewiduje w tym przepisie penalizację jedynie takich zachowań, które dopuszczają wręczenie kontrolowane jedynie wówczas, gdy funkcjonariusze mają do czynienia z potwierdzeniem wiarygodnych informacji o przestępstwie, a w niniejszej sprawie funkcjonariusze nie posiadali takich wiarygodnych informacji, zaś informacje posiadane zostały zweryfikowane negatywnie;

6/ art. 19 ust. 1 ustawy o CBA poprzez ich wadliwe zastosowanie polegające na uznaniu za prawnie dopuszczalne i relewantne, pod kątem odpowiedzialności karnoprawnej M. W., udzielenie obietnicy korzyści majątkowej w sytuacji, w której

ustawa ta dopuszcza w tym przepisie jedynie wręczenie korzyści majątkowej, a nie udzielenie jej obietnicy;

7/ art. 397 § 4 k.p.k. poprzez jego wadliwe zastosowanie w sytuacji, w której Sąd wskazując na wątpliwości oraz istotne braki postępowania przygotowawczego zastosował instytucję przewidzianą w art. 397 § 1 k.p.k., w terminie wskazanym przez Sąd nie doszło do usunięcia braków, zaś Sąd już po wskazanym przez siebie terminie przedłużył okres na usunięcie braków w sytuacji, w której zgodnie z treścią art. 397 § 4 k.p.k. powinien był dostrzeżone przez siebie wątpliwości i braki rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego,

8/ art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k., polegającą na braku uwzględnienia okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego M. W., a także na wydaniu wyroku skazującego mimo istnienia w przedmiotowej sprawie nie dających się usunąć wątpliwości co do jej stanu faktycznego, zwłaszcza ustalenia, iż zachowanie W. w zakresie rzekomego żądania korzyści majątkowej oraz przyjęcia obietnicy korzyści majątkowej miało charakter akceptacji przyjęcia korzyści, podczas gdy w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy istnieją niedające się usunąć wątpliwości przemawiające za ustaleniem, iż zachowanie oskarżonego w tym zakresie nie mogło mieć charakteru przyjęcia obietnicy korzyści;

9/ art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. polegającą na braku wskazania w sentencji wyroku, do naruszenia jakich przepisów prawa miało dojść po stronie M. W. w sytuacji, gdy uznano oskarżonego za winnego czynu kwalifikowanego z art. 228 § 3 k.k., zaś art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. nakazuje dokładne przypisanie oskarżonemu czynu;

10/ art. 366 § 1 *in fine* k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k., poprzez brak wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy, mających znaczenie dla karnoprawnej oceny zdarzenia oraz zachowania oskarżonego, a zwłaszcza treści rozmów pomiędzy M. W. i B. S. oraz treści rozmów M. W. i osób posługujących się imieniem K. oraz L. ;

11/ art. 7 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. poprzez przyjęcie wbrew zasadom prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, że M. W. nieprawdziwie oświadczył, iż żądania skierowanego wobec B. S. nie traktował poważnie, w sytuacji, w której hipoteza ta w żaden sposób nie została jednoznacznie dowiedziona, zaś wypowiedzi M. W. w świetle doświadczenia

życiowego i zasady wyrażonej w treści art. 5 § 2 k.p.k. winny zostać uznane za prawdziwie oddające jego stan woli;

12/ art. 6 k.p.k. w zw. z art. 6 ust. 1 EKPCz poprzez utajnienie w znacznej części najważniejszych elementów materiału dowodowego oraz uzasadnienia wyroku, skutkujące istotnym ograniczeniem prawa do obrony, w szczególności utrudnieniem kompleksowej oceny materiału dowodowego przez obrońcę;

13/ naruszenie art. 6 k.p.k. w zw. z art. 6 ust. 1 EKPCz poprzez decyzje dotyczące sporządzania notatek w części dotyczącej niejawnych akt sprawy.

Na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. obrońcy oskarżonego W. podnieśli także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, wynikający z naruszenia wskazanych powyżej przepisów postępowania. W tym zakresie apelujący zarzucili, iż:

1/ Sąd wadliwie przyjął, że oskarżony W. zażądał korzyści majątkowej w postaci zarządzania kompleksem rekreacyjno-wypoczynkowym w sytuacji, w której nie wykazano żadnej jednoznacznej treści, za pomocą której do takiego żądania miało dojść.

W tej części obrońcy podnieśli, że B.S., której oskarżony miał przekazywać żądanie zaprzeczyła temu faktowi, a M.W. w rozmowach ze świadkami oraz w składanych wyjaśnieniach zaprzeczał jakimkolwiek oczekiwaniom w tym zakresie;

2/ Sąd wadliwie ustalił, iż oskarżony M. W. przyjął obietnicę udzielenia jemu lub innej osobie korzyści majątkowej w sytuacji, w której z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego w sprawie w żaden sposób nie wynika, by oskarżony przyjął jakąkolwiek obietnicę korzyści majątkowej;

3/ Sąd wadliwie ustalił, że oskarżony W. przyjął obietnicę korzyści w zamian za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa w sytuacji, w której żadne z przypisanych M.W. zachowań nie może zostać uznane za zmierzające do naruszenia prawa. W szczególności nie jest tego rodzaju zachowaniem takie opracowywanie zasad przetargu, które prowadzi do wygrania przetargu przez określoną kategorię podmiotów proponujących kategorię usług korzystnych dla zamawiającego;

4/ Sąd wadliwie przyjął, iż oskarżona S. przekazała w dniu 16 czerwca 2007 r. żądanie M. W. w sytuacji, w której do takiego żądania w ogóle nie doszło.

W konkluzji apelacji obrońcy wniesli o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji Sądowi Rejonowemu w G. (lub innemu właściwemu sądowi), ewentualnie zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego W. od zarzucanego mu czynu.

Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w (...) precyzując kierunek i zakres skargi, zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w W.:

- na korzyść oskarżonej B. S., w części dotyczącej orzeczenia o karze grzywny, zawartego w pkt. I zaskarżonego wyroku, w zakresie jej wymiaru;
- na niekorzyść oskarżonej B. S., w części dotyczącej zmiany opisu przypisanego jej w pkt. I zaskarżonego wyroku przestępstwa;
- na niekorzyść oskarżonej B. S., w części dotyczącej rozstrzygnięcia w pkt. VI zaskarżonego wyroku w przedmiocie kosztów postępowania,

w zakresie zwolnienia tej oskarżonej od należnych Skarbowi Państwa kosztów sądowych;

- na niekorzyść oskarżonego M. W., w części dotyczącej zmiany opisu, przypisanego mu w pkt. II zaskarżonego wyroku przestępstwa;
- na niekorzyść oskarżonego M. W., w części dotyczącej orzeczenia o karze pozbawienia wolności, zawartego w pkt. IV zaskarżonego wyroku, w zakresie zasadności zastosowania instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności;
- na niekorzyść oskarżonego M. W., w części dotyczącej rozstrzygnięcia w pkt. VI zaskarżonego wyroku w przedmiocie kosztów postępowania, w zakresie zwolnienia tego oskarżonego od należnych Skarbowi Państwa kosztów sądowych.

W apelacji Prokuratora, opartej o podstawy z art. 438 pkt 1, 2 i 4 k.p.k., podniesiono następujące zarzuty:

1. Obrazy przepisów prawa karnego materialnego, wyrażonych w art. 33 § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., polegającej na wymierzeniu oskarżonej S. kary grzywny kumulatywnej, w wysokości 400 stawek dziennych, podczas gdy w czasie popełnienia zarzucanych jej przestępstw, do dnia 8 czerwca 2010 r., górną granicę

kary grzywny, orzekanej na podstawie art. 33 § 2 k.k., obok kary pozbawienia wolności stanowiło 360 stawek dziennych.

2. Obrazy przepisu prawa karnego materialnego, wyrażonego w art. 228 § 3 k.k., polegającej na pominięciu w opisie czynu, przypisanego oskarżonej B. S. zdarzenia związanego z przyjęciem przez nią w dniu 2 lipca 2007 r. w W., od T. P. (wówczas świadka nr 2) pióra marki „H.” z limitowanej serii 100, koloru czarnego, w którego nakrętce zatopiony jest brylant w kształcie odwróconego stożka, o nr XN (...) na metalowej oprawie nakrętki, o wartości 2.071 zł, pomimo poczynienia w tym zakresie prawidłowych ustaleń faktycznych, uzasadniających twierdzenie, że przyjmując ten przedmiot, oskarżona przyjęła korzyść majątkową i w ten sposób wyczerpała ustawowe znamiona czynu zabronionego, określonego w art. 228 § 3 k.k.

3. Obrazy przepisu prawa karnego procesowego, wyrażonego w art. 624 § 1 k.p.k., mającej wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy brak było w niniejszej sprawie przesłanek warunkujących możliwość zwolnienia oskarżonej S. od kosztów postępowania i obciążenia nimi Skarbu Państwa.

4. Obrazy przepisu prawa karnego materialnego, wyrażonego w art. 228 § 3 k.k., polegającej na pominięciu w opisie czynu, przypisanego w pkt. II zaskarżonego wyroku oskarżonemu M. W. zdarzeń związanych z przyjęciem przez niego od M. P. (świadka nr 1):

a/ w dniu 23 sierpnia 2007 r. w K., zegarka firmy „O.”, model D. o wartości 8.716,80 zł;

b/ w dniu 1 października 2007 r. w G. teczki - aktówki „I.”, firmy „W.” koloru czarnego o wartości 659 zł, oraz pieniędzy w kwocie 150.000 zł.

W tym zakresie podkreślił prokurator, że pominięcie to nastąpiło mimo poczynienia w tym zakresie prawidłowych ustaleń faktycznych, uzasadniających twierdzenie, iż przyjmując w/w przedmioty, oskarżony tym samym przyjął korzyści majątkowe i w ten sposób wyczerpał ustawowe znamiona czynu zabronionego, określonego w art. 228 § 3 k.k.

5. Rażącej niewspółmierności kary 2 lat pozbawienia wolności, wymierzonej oskarżonemu M. W. w pkt. II zaskarżonego wyroku, której wykonanie w pkt. IV tego

wyroku warunkowo zawieszono na okres 5 lat próby, wynikającej z bezzasadnego, w kontekście bezspornie ustalonych okoliczności faktycznych zastosowania wobec oskarżonego dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. W ocenie Prokuratora to rozstrzygnięcie Sądu wynika z niewłaściwej oceny postawy M.W., w szczególności jego zachowania po popełnieniu zarzucanego mu przestępstwa, które to okoliczności prawidłowo ocenione prowadzą do wniosku, że wskutek zastosowania tej instytucji prawa karnego materialnego nie jest możliwe osiągnięcie celów kary.

6. Obrazy przepisu prawa karnego procesowego, wyrażonego w art. 624 § 1 k.p.k., mającej wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy brak było w niniejszej sprawie przesłanek warunkujących możliwość zwolnienia oskarżonego W. od kosztów postępowania i obciążenia nimi Skarbu Państwa.

W konkluzji apelacji Prokurator wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku w pkt I, poprzez wymierzenie oskarżonej B. S., na podstawie art. 33 § 2 k.k., przy uwzględnieniu, zgodnie z wyznaczonymi w art. 4 § 1 k.k. regułami prawa intertemporalnego, ustawy względniejszej, to jest brzmienia art. 33 § 2 k.k. przed wejściem w życie ustawy o zmianie przepisów Kodeksu karnego, Kodeksu postępowania karnego i niektórych innych ustaw z dnia 5 listopada 2009 r., co nastąpiło z dniem 8 czerwca 2010 r., obok kary pozbawienia wolności, także kary grzywny, w adekwatnej do ustalonych okoliczności wysokości, to jest 360 stawek dziennych, przy ustaleniu wysokości jednej stawki na kwotę 100 zł.
- Zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. I, poprzez przyjęcie w opisie czynu, że oskarżona B. S.:

w dniu 2 lipca 2007 r. w W., przyjęła od T. P. (wówczas świadka nr 2) także korzyść majątkową w postaci pióra marki „H.” z limitowanej serii 100, koloru czarnego, w którego nakrętce zatopiony jest brylant w kształcie odwróconego stożka, o nr (...) na metalowej oprawie nakrętki, o wartości 2.071 zł.

- Zmianę zaskarżonego wyroku w pkt VI, poprzez nałożenie na podstawie art. 627 k.p.k. na oskarżoną S. obowiązku zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych w przypadającej na nią części.

- Zmianę zaskarżonego wyroku w pkt II, poprzez przyjęcie w opisie czynu, że oskarżony M. W. , działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej:

a/ przypisane mu przestępstwo popełnił w okresie od dnia 16 czerwca 2007 r. do dnia 1 października 2007 r.,

b/ w dniu 23 sierpnia 2007 r. w K., przyjął od M. W. (świadka nr 1) korzyść majątkową w postaci zegarka firmy „O.” model D. o wartości 8.716,80 zł,

c/ w dniu 1 października 2007 r. w G. przyjął od M. P. (świadka nr 1) korzyść majątkową w postaci teczki - aktówki „I.” firmy „W.”, koloru czarnego o wartości 659 zł oraz pieniędzy w kwocie 150.000 zł.

- Zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez eliminację punktu IV i orzeczenie wobec oskarżonego M. W. kary 2 lat pozbawienia wolności, bez zastosowania dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia jej wykonania.
- Zmianę zaskarżonego wyroku w pkt VI, poprzez nałożenie, na podstawie art. 627 k.p.k., na oskarżonego M. W. obowiązku zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych, w przypadającej na niego części.

Po rozpoznaniu wniesionych apelacji, Sąd Apelacyjny w (...), wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. akt II AKa (...), zmienił zaskarżone orzeczenie w ten sposób, że uniewinnił B. S. i M. W. od wszystkich zarzucanych im przestępstw, zaś kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Od powyższego wyroku kasację do Sądu Najwyższego wniósł Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w (...). Orzeczenie zostało zaskarżone w całości na niekorzyść B. S. i M. W. poprzez podniesienie zarzutu rażącego i mającego istotny wpływ na treść wyroku naruszenia przepisów prawa, to jest art. 410 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 k.p.k. oraz art. 14 ust. 1 pkt 6, art. 16 i art. 19 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

W tym zakresie podniósł Prokurator, iż naruszenie to polegało na błędnym przyjęciu, że całość materiałów, uzyskanych w wyniku czynności operacyjno - rozpoznawczych w prowadzonej przeciwko B. S. i M. W. sprawie zgromadzona została przez Centralne Biuro Antykorupcyjne w sposób sprzeczny ze wskazanymi w powyższych przepisach ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym

wymogami i wykluczający użycie ich jako dowodów winy w postępowaniu sądowym, co skutkowało niezasadnym uniewinnieniem oskarżonych od zarzucanych im czynów z art. 228 § 3 k.k. i innych, przy czym sąd odwoławczy orzekając odmiennie co do istoty sprawy, aniżeli Sąd I instancji, nie podał przekonujących przesłanek orzeczenia, bowiem oceny legalności wskazanych powyżej materiałów operacyjnych dokonał w oderwaniu od wynikających z akt sprawy oraz ustaleń Sądu I instancji faktycznych i prawnych podstaw zarządzenia i przeprowadzenia zakwestionowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych.

W uzasadnieniu skargi Prokurator rozwinął zarzuty obrazy przepisów prawa procesowego, przede wszystkim art. 457 § 3 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., zwracając m.in. uwagę na niepełne zapoznanie się przez skład orzekający z materiałami niejawnymi akt sprawy, argumentując zarazem, że prawidłowa ocena charakteru prowadzonych w stosunku do oskarżonych czynności operacyjno-rozpoznawczych winna być dokonana w oparciu o treść środków dowodowych zgromadzonych właśnie w części niejawnej akt sprawy. Z tego też względu ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w zakresie legalności jego uzyskania warunkowana jest – co podnosi skarżący – prawidłową i pełną oceną treści zeznań niektórych świadków, które zawarte są w części niejawnej. Skarżący w uzasadnieniu kasacji sformułował także zarzut dowolnej, a nie swobodnej oceny charakteru prowadzonych w sprawie przez Centralne Biuro Antykorupcyjne czynności operacyjno-rozpoznawczych, czego skutkiem jest obraza dalszych norm prawa procesowego odnoszących się do sposobu procedowania Sądu odwoławczego w warunkach wydawania wyroku .

W konkluzji kasacji Prokurator wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W pisemnej odpowiedzi na kasację Prokuratora obrońcy oskarżonego W. wnieśli o jej oddalenie podkreślając, że kasacja ta winna być rozpoznana ściśle w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, zaś poza tymi granicami znajdują się dodatkowe zarzuty wyrażone dopiero w uzasadnieniu skargi, a nie w jej *petitum*.

Na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Generalnej poparł w całości przedmiotową kasację i wniósł o jej uwzględnienie.

Rozpoznając kasację Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się bezzasadna, co skutkowało jej oddaleniem.

(W tym miejscu Sąd Najwyższy zwraca również uwagę, że integralną częścią niniejszego uzasadnienia jest jego niejawna część, stanowiąca do niego załącznik.)

I. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że w pisemnej odpowiedzi na kasację Prokuratora, obrońcy oskarżonego W. odwołując się do treści art. 536 k.p.k. oraz poglądów prawnych judykatury wnieśli, by Sąd Najwyższy rozpoznał kasację ściśle w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Obrońcy wyrazili tego rodzaju pogląd, że przedmiotem rozpoznania przez Sąd Najwyższy w niniejszym postępowaniu winien być tylko i wyłącznie zarzut wyrażony wprost w *petitum* kasacji, a więc dotyczący naruszenia przez Sąd Apelacyjny prawa wobec uznania, że całość materiałów uzyskanych przez CBA w wyniku czynności operacyjno – rozpoznawczych została zgromadzona w sposób nielegalny. W ocenie obrońców, dalsze zarzuty Prokuratora podniesione dopiero w uzasadnieniu kasacji, stanowią niedopuszczalne rozszerzenie zarówno granic kasacji, jak i samych zarzutów. A zatem poza granicami „zainteresowania” Sądu Najwyższego winny znaleźć się zarzuty dotyczące niezapoznania się przez sędziów Sądu Apelacyjnego z całością akt niejawnych, nieustosunkowania się przez ten Sąd do wszystkich zarzutów apelacji, błędów przy sporządzaniu uzasadnienia wyroku Sądu odwoławczego, w tym również odnośnie do zarzutu braku stosownego zarządzenia Szefa CBA w części dotyczącej kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej oskarżonej S.. W tej sytuacji, dla „oczyszczenia przedpola” i zanim Sąd Najwyższy przejdzie do analizy głównego zarzutu kasacji, dotyczącego prawnej oceny działań funkcjonariuszy CBA dokonanej przez Sąd odwoławczy, należy wskazać, co w istocie rzeczy stanowi przedmiot rozpoznania w niniejszym postępowaniu kasacyjnym.

A zatem dla uporządkowania wstępnych kwestii należy stwierdzić, co następuje.

II. Przede wszystkim godzi się przypomnieć istotę nadzwyczajnego postępowania, jakim jest postępowanie kasacyjne przed Sądem Najwyższym. Przepis art. 523 § 1 k.p.k. wskazuje w sposób samodzielny i autonomiczny

podstawy wniesienia kasacji stanowiąc, że kasacja może być wniesiona tylko z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. (bezwzględne przyczyny odwoławcze) lub innego rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. A zatem nie jest możliwe weryfikowanie w trybie kasacyjnym ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku. Sąd Najwyższy jest sądem prawa, a nie sądem faktów. Kontroli kasacyjnej, która ze swej istoty dotyczy prawomocnych wyroków sądu odwoławczego kończących postępowanie (art. 519 k.p.k.), nie można utożsamiać ze znacznie szerszą i odmienną kontrolą apelacyjną, dotyczącą nieprawomocnych orzeczeń sądowych. Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym nie może dokonywać ponownej oceny dowodów i na podstawie własnej oceny kontrolować poprawności dokonanych w sprawie ustaleń faktycznych. Zadaniem Sądu Najwyższego jest tylko sprawdzenie, czy dokonując ustaleń faktycznych sądy obydwu instancji nie dopuściły się rażącego naruszenia reguł procedowania, co mogłoby mieć wpływ na ustalenia faktyczne, a w rezultacie i na treść wyroku. O ile jednak „rażące naruszenie prawa” w ujęciu art. 523 § 1 k.p.k. koresponduje w pewnym sensie ze względnymi przyczynami odwoławczymi z art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k. (obraza przepisów prawa materialnego oraz obraza przepisów postępowania mogąca mieć wpływ na treść orzeczenia), to ma jednak węższy zakres. Wzruszenie prawomocnego orzeczenia sądowego w drodze kasacji możliwe jest tylko w wypadku stwierdzenia rażącego naruszenia prawa materialnego lub procesowego. Podstawy kasacji może bowiem stanowić – oprócz bezwzględnych podstaw odwoławczych z art. 439 k.p.k. - tego rodzaju inne naruszenie prawa, które ma charakter „rażący”, a nadto może w „istotny” sposób wpływać na treść zaskarżonego kasacją orzeczenia. Innymi słowy, ranga, znaczenie i doniosłość skutków takiego „rażącego” naruszenia prawa musi być porównywalna z rangą bezwzględnych podstaw odwoławczych, a jednocześnie uchybienie to musi mieć „istotny” wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia. W konsekwencji więc nie każde, nawet rażące naruszenie prawa (a tym bardziej pozbawione tego charakteru), może prowadzić do uwzględnienia kasacji – niezbędne jest wykazanie, że doszło do jego „rażącego” naruszenia, a w konsekwencji naruszenie to miało „istotny” (a nie jakiegokolwiek) wpływ na treść orzeczenia. (zobacz: *Tomasz Grzegorzczuk. Kodeks postępowania karnego.*

Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2008, s. 1095 – 1098; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 30 maja 1996 r., V KKN 29/96, OSNKW 1996/Nr 7-8, poz. 44; z dnia 6 września 1996 r., II KKN 63/96, OSNKW 1997/Nr 1-2, poz. 11; postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 8 marca 2007 r., V KK 102/06, Prok. i Pr. 2007, Nr 9, poz. 16; z dnia 29 sierpnia 1996 r., V KZ 37/96, OSNKW 1996/Nr 9-10, poz. 67; z dnia 10 września 1996 r., IV KZ 64/96, OSNKW 1996/Nr 11-12, poz. 85).

III. Zgodnie z treścią art. 536 k.p.k. Sąd Najwyższy rozpoznaje kasację w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, a w zakresie szerszym tylko w wypadkach określonych w art. 435 k.p.k. (gdy zachodzą warunki zmiany lub uchylecia orzeczenia na rzecz współoskarżonych, którzy nie wnieśli kasacji), art. 439 k.p.k. (w razie stwierdzenia bezwzględnych przyczyn odwoławczych) i art. 455 k.p.k. (gdy zachodzą warunki do poprawienia błędnej kwalifikacji prawnej). Nie ulega wątpliwości, iż przy tak zakreślonych granicach kontroli kasacyjnej, istotnego znaczenia nabiera wskazanie i precyzyjne sformułowanie zarzutów kasacyjnych przez podmioty wnoszące kasację oraz ich spójne powiązanie z treścią uzasadnienia tej nadzwyczajnej skargi. Dodatkowo trzeba podnieść, że kwestia granic kontroli kasacyjnej nabiera szczególnego znaczenia w przypadku wniesienia kasacji przez podmiot kwalifikowany na niekorzyść oskarżonego, zwłaszcza w sytuacji prawomocnie uniewinnionego od dokonania zarzucanego mu czynu.

Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym przedmiotową sprawę podziela w całości poglądy prawne wyrażone w judykatach, do których odwołano się w pisemnej odpowiedzi na kasację, tyle tylko, iż nie mają one wprost zastosowania w niniejszym postępowaniu. Zgodzić należy się, iż Sąd Najwyższy nie jest zobowiązany ani nawet uprawniony do swoistego doszukiwania się w kasacji ewentualnych uchybień, które nie zostały w niej wyrażone w sposób stanowczy i jednoznaczny. Byłoby to zwłaszcza niedopuszczalne w przypadku kasacji wniesionej przez podmiot kwalifikowany i to na niekorzyść oskarżonego. Nie jest bowiem rolą Sądu Najwyższego zastępowanie autora kasacji w formułowaniu zarzutów tej skargi nadzwyczajnej, których to zarzutów w rzeczywistości nie wyartykułował. I jakkolwiek zgodnie z treścią art. 118 § 1 k.p.k. znaczenie czynności procesowej ocenia się według treści złożonego oświadczenia, to skorzystanie z tej możliwości nie może prowadzić do wyszukiwania w treści

uzasadnienia skargi kasacyjnej takiego uchybienia, którego skarżący formalnie nie wyraził (*por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 9 kwietnia 2013 r., II KK 174/12, Lex nr 1303270; z dnia 2 lutego 2007 r., IV KK 439/06, Lex nr 445695; z dnia 8 marca 2007 r., V KK 102/06, Lex nr 260713; z dnia 31 sierpnia 2006 r., IV KK 274/06, Lex nr 294885*). Powyższe uwagi w realiach rozpoznawanej sprawy oznaczają, że rolą Sądu kasacyjnego było rozpoznanie zasadności podniesionych w kasacji Prokuratora zarzutów w takim kształcie, w jakim rzeczywiście je sformułowano, skonkretyzowano i uzasadniono. Należy bowiem pamiętać, że odczytując ze skargi kasacyjnej granice podniesionych zarzutów należy uwzględnić nie tylko „dyspozycyjną” część kasacji i wskazaną w *petitum* przez jej autora kwalifikację prawną uchybień, ale także uzasadnienie, które jest przecież integralną częścią wniesionego środka odwoławczego (*por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 8 września 2005 r., II KK 504/04, Lex nr 200229; z dnia 15 marca 2001 r., III KKN 596/00, Lex nr 51948*).

W przedmiotowej sprawie nie zachodzą wątpliwości co do granic zaskarżenia oraz podniesionych zarzutów w kasacji Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w (...). Jakkolwiek w *petitum* kasacji podniesiono dość ogólnie sformułowany jeden zarzut, to należy zwrócić uwagę, że jest on rozbudowany, odnosi się do kilku zagadnień i wskazuje precyzyjnie, naruszenie jakich przepisów prawa zarzuca autor kasacji. Rozwinięcie tych zarzutów – w nawiązaniu do wskazanych w *petitum* przepisów - nastąpiło w uzasadnieniu kasacji. Wszystkie zarzuty zostały wyartykułowane w sposób na tyle jasny, jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości co do intencji ich autora, że nie ma potrzeby sięgania do treści art. 118 § 1 k.p.k. dla ich prawidłowego odczytania.

IV. Podsumowując te rozważania należy stwierdzić, że przedmiotem rozpoznania przez Sąd Najwyższy w niniejszym postępowaniu były następujące zagadnienia:

1. Zarzut dotyczący rażącego naruszenia prawa przez Sąd Apelacyjny wobec uznania czynności operacyjnych funkcjonariuszy CBA za nielegalne.
2. Zarzut dotyczący naruszenia przez Sąd odwoławczy przepisów art. 410 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 k.p.k. oraz nierozważenia wszystkich zarzutów wskazanych w apelacji Prokuratora.

3. Dokonanie przez Sąd odwoławczy odmiennych od Sądu I instancji ustaleń faktycznych i brak właściwego ich uzasadnienia w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku.
4. Brak zaznajomienia się przez sędziów Sądu Apelacyjnego z całością akt niejawnych.
5. Błędne przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, iż w sprawie brak jest zarządzenia Szefa CBA o kontrolowanym wręczeniu korzyści majątkowej B. S..

Odpowiadając na tak postawione zarzuty należy w pierwszej kolejności stwierdzić, iż przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że czynności operacyjne podjęte przez CBA w stosunku do oskarżonych S. i W. były bezprawne, a w konsekwencji zdobyte za ich pośrednictwem dowody stały się nielegalnymi, implikowało w znacznym stopniu dalsze postępowanie Sądu odwoławczego, w tym również w zakresie dotyczącym potrzeby – lub jej braku – rozpoznania wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów w pełnym zakresie.

Sąd Najwyższy stwierdza również, iż zarzut pierwszy, związany z prawnym charakterem działań funkcjonariuszy zostanie omówiony w dalszej części niniejszego uzasadnienia, zaś w tym miejscu należy odnieść się do pozostałych zarzutów kasacji, mających mimo wszystko charakter drugorzędny.

V. Odnośnie do zarzutu z pkt 2 należy podnieść następujące okoliczności:

Ad. 2. W zakresie oceny prawidłowości sporządzonego uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego, skarżący Prokurator zarzucił w kasacji pominięcie przez Sąd odwoławczy oceny prawnej działań funkcjonariuszy CBA dokonanej przez Sąd I instancji, w kontekście braku podstaw do zdyskwalifikowania wskazanych przez ten Sąd materiałów oraz nie odniesienie się do przedstawionej w tej części argumentacji (str. 32-33 kasacji). Autor skargi wskazał również na brak odniesienia się przez Sąd drugiej instancji do okoliczności związanych z podejmowaniem przez oskarżoną B. S. działań, które wskazywały na ich korupcyjny charakter, zarówno w trakcie kursu, jak i w czasie późniejszym, a których celem było przekonanie funkcjonariusza o posiadanych wpływach w samorządzie miasta H. i realnych możliwościach udzielenia pomocy w nabyciu nieruchomości. Zachowania te – w ocenie prokuratora - uzasadniały sporządzanie notatek i nagrywanie rozmów z

oskarżoną. Zarzucono również nieustosunkowanie się przez Sąd odwoławczy do powodów zakwestionowania stanowiska Sądu Okręgowego w zakresie spełnienia wszystkich wymogów wydania zarządzenia o wręczeniu oskarżonym korzyści majątkowej, w tym co do odmowy uznania uzyskanych w dniu 16 czerwca 2007 r. informacji za wiarygodne. Zarzucił także Prokurator, iż Sąd Apelacyjny w swoich rozważaniach całkowicie pominął część materiału dowodowego w postaci zeznań szeregu świadków, w tym funkcjonariuszy CBA oraz dokumentacji sporządzonej przez CBA, zgromadzonej w części akt niejawnych.

Stwierdzić należy, iż zgodnie z wymogiem przewidzianym w art. 433 § 2 k.p.k., na Sądzie odwoławczym ciąży obowiązek rozważenia wszystkich zarzutów i wynikających z nich wniosków wskazanych w apelacji.

Art. 436 k.p.k. umożliwia jednak Sądowi drugiej instancji ograniczenie rozpoznania środka odwoławczego tylko do poszczególnych uchybień, podniesionych przez stronę lub podlegających uwzględnieniu z urzędu, jeżeli rozpoznanie w tym zakresie jest wystarczające do wydania orzeczenia, a rozpoznanie pozostałych uchybień byłoby przedwczesne lub bezprzedmiotowe dla dalszego toku postępowania. Jak podniesiono w orzecznictwie, nakaz sformułowany w art. 433 § 2 k.p.k. ma charakter bezwzględny i tylko *quasi* wyjątkiem jest tu regulacja zawarta w art. 436 k.p.k., a pozwalająca na ograniczenie rozpoznania zarzutów, jeżeli jest to wystarczające do wydania orzeczenia. Wyjątek ten sprowadza się zatem do sytuacji bądź to zaistnienia bezwzględnej przesłanki odwoławczej, bądź tego stopnia skuteczności części postawionych zarzutów z zakresu względnych podstaw odwoławczych, że rozpoznawanie pozostałych byłoby bezprzedmiotowe lub przedwczesne (*zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2005 r., V KK 241/05, LEX nr 157212, czy uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 2010 r., IV KK 149/10, LEX nr 733701*).

Właśnie z przewidzianej w art. 436 k.p.k. możliwości dotyczącej ograniczenia rozpoznania wniesionych apelacji wyłącznie do niektórych tylko z podniesionych uchybień, wobec uznania rozpoznania pozostałych zarzutów za bezprzedmiotowe, skorzystał w niniejszej sprawie Sąd odwoławczy. Sąd ten uznał mianowicie, że działania prowadzone przez funkcjonariuszy CBA wobec oskarżonych były nielegalne, co prowadziło do niemożliwości wykorzystania zgromadzonych w ten

sposób materiałów jako dowodów w postępowaniu karnym, co ostatecznie spowodowało uwzględnienie stosownych zarzutów podniesionych w apelacjach obrońców B. S. i M. W.. W konsekwencji Sąd odwoławczy nie odniósł się do wskazanych wcześniej kwestii, jak i do pozostałych zarzutów apelacji obrońców i prokuratora. Postąpienie takie co do zasady jest dopuszczalne w razie zaistnienia w sprawie rzeczywistych uchybień czyniących bezprzedmiotowym rozpoznawanie dalszych zarzutów podniesionych w środkach odwoławczych. Taka sytuacja wystąpiła właśnie w przedmiotowej sprawie. Skoro bowiem Sąd Apelacyjny uznał, że czynności operacyjne funkcjonariuszy CBA były nielegalne, to w konsekwencji zdobyte za ich przyczyną na późniejszym etapie postępowania dowody, jako skażone pierwotnie, również za nielegalne musiały być uznane. W rezultacie więc, Sąd odwoławczy nie miał potrzeby rozpoznawania wszystkich zarzutów poszczególnych apelacji, ustosunkowania się do wskazanych w kasacji Prokuratora konkretnych dowodów wraz z ich merytoryczną treścią, czy też odrębnego analizowania stanowiska Sądu I instancji uznającego czynności operacyjne funkcjonariuszy CBA za dopuszczalne i zgodne z prawem. Skoro bowiem Sąd odwoławczy w tym zakresie zajął odmienne stanowisko i wyartykułował je wystarczająco, właśnie te motywy stanowią przecież odpowiedź na pytanie, czy ocena prawna czynności operacyjnych, dokonana przez Sąd Okręgowy była trafna i zasadna. Jakkolwiek uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego nie jest pozbawione pewnych mankamentów, to jednak odpowiada kryteriom z art. 457 § 3 k.p.k., skoro Sąd ten wskazał, czym kierował się zmieniając wyrok Sądu I instancji i uniewinniając oskarżonych.

VI. Odnośnie do zarzutu z pkt 3 należy podnieść następujące okoliczności:

Ad. 3. Zarzut dotyczący dokonania przez Sąd odwoławczy odmiennych ustaleń od przyjętych przez Sąd I instancji oraz braku ich właściwego uzasadnienia, częściowo łączy się z zarzutem z pkt 2. Zatem większość uwag zawartych w odpowiedzi w pkt ad. 2. jest aktualna także w niniejszym przypadku.

Dodatkowo wypada wskazać, iż należy przyznać rację Prokuratorowi, że Sąd Apelacyjny rzeczywiście w pewnym stopniu dokonał odmiennych ustaleń, skoro zmienił zaskarżony wyrok Sądu I instancji, którym uznano winę oskarżonych oraz wymierzono im stosowne kary i w konsekwencji uniewinnił ich od stawianych

zarzutów. Takie ustalenia dotyczą przede wszystkim innego okresu podjęcia przez CBA czynności operacyjnych przeciwko B. S., w kontekście działań związanych z przebiegiem Legalizacyjnego Przedsięwzięcia Operacyjnego o kryptonimie „P.”. Należy jednak podnieść, że ustalenia te (jakkolwiek dotknięte błędem co do daty, o czym w dalszej części uzasadnienia) były oczywistą konsekwencją dokonanej przez Sąd odwoławczy prawnej oceny czynności operacyjnych CBA, zaś Sąd ten był w pełni do nich uprawniony.

Ma też rację Prokurator gdy podnosi, że jeśli Sąd odwoławczy orzeka reformatoryjnie i zmienia w sposób zasadniczy wyrok Sądu pierwszej instancji zmieniając ustalenia faktyczne, przyjęte za podstawę zaskarżonego orzeczenia, lub wyraża pogląd prawny odmienny od zaprezentowanego przez Sąd I instancji, to uzasadnienie wyroku Sądu odwoławczego powinno zawierać szczegółową i wnikliwą analizę materiałów dowodowych, a w szczególności wskazywać, dlaczego Sąd ten uznał ustalenia Sądu pierwszej instancji za błędne, jakie fakty uznał za udowodnione lub nieudowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych. Zobowiązany jest także wskazać, dlaczego przyjął dany pogląd prawny i z jakich powodów wyłączył inne poglądy prawne prezentowane w sprawie (str. 15 kasacji).

Należy podkreślić, iż Sąd Najwyższy w swoim dorobku konsekwentnie opowiada się za tego rodzaju poglądami (*por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 11 marca 1993 r., III KRN 21/93, OSNKW 1993/Nr 5-6, poz. 34; z dnia 10 grudnia 1986 r., V KRN 401/86, OSPiKA 1987/Nr 11-12, poz. 226*). Rzecz jednak w tym, że Sąd Apelacyjny sprostął tym wymogom. Co do potrzeby szczegółowej analizy zgromadzonego materiału dowodowego w takim przypadku należy zauważyć, że nawet Prokurator w kasacji przyznał, iż przyjęte przez Sąd Apelacyjny założenie o nielegalnym charakterze tych czynności „zwalniało sąd od dokonywania oceny zebranych w sprawie dowodów”, chociaż zarzuca dalej, że stanowisko to zostało zajęte „w oderwaniu od realiów sprawy, poczynionych ustaleń i ocen wyrażonych przez Sąd I instancji” (str. 33 kasacji). Reasumując te rozważania należy podkreślić, iż swój pogląd prawny co do braku legalności działań funkcjonariuszy CBA Sąd Apelacyjny uzasadnił wystarczająco i przekonująco, natomiast odrzucając dowody zebrane w sprawie jako zdobyte w sposób bezprawny, był zwolniony od ich

analizy pod kątem wiarygodności. A zatem zarzut dotyczący naruszenia przez Sąd odwoławczy również w tym kontekście przepisów art. 410 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 k.p.k., należało uznać za bezpodstawny.

VII. Odnośnie do zarzutu z pkt 4 należy podnieść następujące okoliczności:

Ad. 4. Nie można przyjąć na podstawie analizy zapisów w dokumentacji dotyczącej zaznajomienia się z aktami niejawnymi Kancelarii Tajnej Sądu Apelacyjnego w [...], iż sędziowie tego Sądu rozpoznający wniesione apelacje w przedmiotowym postępowaniu, nie zapoznali się z całością tych akt. Oczywistym jest, że zarzut obrazy przepisu art. 410 k.p.k. z reguły nie może być skutecznie podnoszony w nadzwyczajnym środku zaskarżenia. Jednakże w wypadku, gdy Sąd odwoławczy samodzielnie ocenił dowody i wydał wyrok reformatoryjny, podniesienie zarzutu obrazy tego przepisu co do zasady jest uprawnione (*zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2007 r., IV KK 172/07, LEX nr 307757*). Zgodnie z regułą wyrażoną w art. 410 k.p.k., podstawę wyroku może stanowić jedynie całokształt okoliczności ujawnionych na rozprawie głównej, co oznacza obowiązek zapoznania się przez każdego z członków składu orzekającego bezpośrednio ze wszystkimi materiałami dowodowymi zgromadzonymi w sprawie, a zatem zarówno jawnymi, jak i tajnymi. Tylko bowiem osobiste i całościowe zaznajomienie się z dowodami przez każdego z sędziów może prowadzić do prawidłowego ukształtowania sędziowskiego przekonania co do rozpoznawanych zagadnień faktycznych i prawnych, stwarzając tym samym podstawy do wydania sprawiedliwego i obiektywnego rozstrzygnięcia (*por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 25 sierpnia 2009 r., V KK 93/09, OSNKW 2010/ Nr 2, poz. 14; z dnia 5 listopada 2008 r., V KK 146/08, OSNKW 2009/Nr 1, poz. 9; z dnia 26 lipca 2007 r., IV KK 172/07, LEX nr 307757*). Rzecz jednak w tym, iż same zapisy w poszczególnych tomach akt niejawnych nie mogą *a priori* dowodzić braku zaznajomienia się przez sędziów z całością tych akt. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż sędziowie P. R., M. M. S. oraz M. S., przebywali w Kancelarii Tajnej Sądu Apelacyjnego w (...) i zapoznawali się z aktami niejawnymi niniejszej sprawy. Wynika to wprost z zapisów w dokumentacji tej Kancelarii, również Prokurator w kasacji wskazuje szczegółowo, którzy sędziowie zapoznali się z konkretnymi tomami akt, co wynika z zapisów kart znajdujących się w tych tomach (str. 17 – 18 kasacji). Wreszcie, w toku postępowania kasacyjnego, w dniu

17 grudnia 2013 r., sędziowie złożyli pisemne oświadczenie o zapoznaniu się całego składu ze wszystkimi aktami niejawnymi. Podnieśli, iż jeśli nie w każdym tomie akt niejawnych widnieją ich podpisy, wynika to tylko i wyłącznie z przeoczenia, a nie z faktu niezapoznania się z tym tomem. Sąd Najwyższy stwierdza, iż brak jest racjonalnych przesłanek do kwestionowania tego oświadczenia. Należy pamiętać, że w kancelariach tajnych poszczególnych sądów, przechowujących materiały niejawne, różna jest praktyka dokumentowania faktu udzielania tych materiałów do wglądu uprawnionym osobom. Fakt przebywania takiej osoby w pomieszczeniu kancelarii dokumentuje się poprzez wpis w „karcie wejścia”, natomiast brak jest jednolitej praktyki w przypadku potwierdzenia zapoznania się z materiałami składającymi się z więcej, niż jednego tomu. W jednych kancelariach (np. Sądu Apelacyjnego w (...)) następuje to poprzez wpis do kart znajdujących się w każdym tomie akt, zaś w innych (tak w Sądzie Najwyższym), poprzez wpis tylko w jednej karcie, dokumentującej ogólnie sam fakt zapoznawania się z niejawnymi materiałami. Rozbieżność ta (choć nie może być uznana za uchybienie) wynika zapewne z różnej interpretacji pojęcia „zbioru dokumentów” w rozumieniu § 7 ust. 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie organizacji i funkcjonowania kancelarii tajnych oraz sposobu i trybu przetwarzania informacji niejawnych (*Dz. U. 2011/Nr 276, poz. 1631*) stanowiącego m. in., że w przypadku zbioru dokumentów zakłada się jedną kartę zapoznania się z dokumentem. Zdaniem Sądu Najwyższego, za jeden „zbiór dokumentów” w znaczeniu w/w przepisu, należy uznać wszystkie dokumenty (niezależnie od tego, w ilu tomach znajdują się), opatrzone klauzulą „ściśle tajne” lub „tajne”, dotyczące jednej sprawy karnej.

W tej sytuacji, brak wpisu w którymkolwiek tomie, gdy nie zachodzą wątpliwości, że dana osoba zapoznawała się z materiałami konkretnej sprawy, nie może *a priori* decydować o przyjęciu, że nie doszło do zapoznania się z kompletem dokumentów.

VIII. Odnośnie do zarzutu z pkt 5 należy podnieść następujące okoliczności:

Ad. 5. Prokurator zakwestionował w kasacji słuszność stanowiska zajętego przez Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku, w którym przyjęto, iż do wręczenia B.S. korzyści majątkowych doszło pomimo tego, że Szef CBA nie wydał stosownego, niezbędnego dla wykonania tej czynności zarządzenia, zawierającego polecenie

wręczenia korzyści (str. 27 – 28 kasacji). W tym zakresie należy przyznać rację Prokuratorowi. Rzeczywiście, z treści uzasadnienia wyroku Sądu odwoławczego wynika, że operacja wręczenia korzyści majątkowej oskarżonej B.S. została dotknięta daleko idącym uchybieniem powodującym nielegalność całego przedsięwzięcia, albowiem Szef CBA zlecił przeprowadzenie tej operacji mimo, iż nie wydał uprzednio niezbędnego dla dokonania prowokacji zarządzenia wskazującego B.S. jako osobę, której poleca wręczyć korzyść. Zdaniem Sądu, jedyne wydane w tej sprawie w dniu 27 czerwca 2007 r. zarządzenie Szefa CBA, zawiera polecenie wręczenia korzyści majątkowej wymienionemu w nim personalnie z imienia i nazwiska M. W.. Nie zawiera natomiast polecenia wręczenia korzyści B. S., a innego odrębnego zarządzenia wskazującego B. S., Szef CBA w toku prowadzenia przez tę służbę niniejszej sprawy, nie wydał. W ocenie Sądu odwoławczego, brak tego zarządzenia czynił przeprowadzoną w tym zakresie operację przeciwko S. nielegalną i nie mogącą wywoływać żadnych skutków prawnych w sferze dowodowej (str. 41 i 53 – 54 uzasadnienia).

Należy przyznać rację Prokuratorowi, że w tym zakresie Sąd Apelacyjny myli się, gdyż pominął dokumenty znajdujące się w aktach niejawnych, a mianowicie - pismo szefa CBA z dnia 26 czerwca 2007 r. o nr [...], wraz z załącznikami w postaci postanowienia Prokuratora Generalnego z dnia 27 czerwca 2007 r. oraz wydanego w tym zakresie zarządzenia szefa CBA – z uwzględnieniem pełnych danych personalnych wymienionych w nim B. S. i M. W. (akta niejawne, tom II, k. 5 - 11). Z treści tych dokumentów w sposób jednoznaczny wynika, że uprawnione organy – a mianowicie Szef CBA oraz Prokurator Generalny – sporządziły zgodnie ze swymi ustawowymi kompetencjami, wynikającymi z art. 19 ust. 2 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, wszystkie wymagane we wskazanym zakresie dokumenty. Szef CBA po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego wydał przedmiotowe zarządzenie o kontrolowanym wręczeniu korzyści majątkowej zarówno S., jak i W., a w treści tego dokumentu podane zostały pełne dane personalne obydwójga oskarżonych. Pomyłka Sądu wynikała zapewne z faktu, iż zarządzenie to wydano na jednym egzemplarzu w stosunku do obydwu osób, nie zaś oddzielnie do każdej z nich. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż takie wydanie jednego egzemplarza zarządzenia odnośnie do więcej niż jednej osoby,

jest prawnie dopuszczalne i nie stanowi uchybienia. Trzeba jednak podkreślić, że mimo tej pomyłki Sądu, nie można z niej wyciągać dodatkowego argumentu na uzasadnienie zarzutu o braku zaznajomienia się przez sędziów Sądu odwoławczego z całością akt niejawnych. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż Sądowi znane były te dokumenty, skoro powołuje się na nie, wskazując karty od 5 do 11, podobnie Sąd odwołał się do zarządzenia Szefa CBA w zakresie dotyczącym W.. To przecież w tym samym dokumencie, w jego drugim punkcie, zarządzenie odnosiło się także do B. S.. Ten błąd Sądu, jakkolwiek rażący, nie może być rozpatrywany w kategoriach istotnego wpływu na treść zaskarżonego kasacją wyroku. Głównie z tego powodu, iż nietrafny zarzut Sądu Apelacyjnego dotyczący braku przedmiotowego zarządzenia Szefa CBA nie był jedynym, ani głównym powodem uznania czynności operacyjnych funkcjonariuszy CBA za nielegalne. Jakkolwiek był to istotnie jeden z powodów przemawiających za takim stanowiskiem Sądu odwoławczego, był to argument jedynie dodatkowy i uzupełniający, obok głównego powodu uznania tych czynności za bezprawne.

IX. Odpowiadając na główny zarzut kasacji z pkt 1, odnoszący się do uznania działań CBA za nielegalne, Sąd Najwyższy stwierdza, co następuje.

1/ Przepis art. 2 Konstytucji stanowi, iż Rzeczpospolita Polska jest państwem o demokratycznym porządku prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej, zaś według wyrażonej w art. 7 zasady, organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Należy też mieć na uwadze art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej, gwarantujący prawo do sprawiedliwego i bezstronnego rozpatrzenia sprawy. Odwołując się zarówno do Konstytucji RP, jak i do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu oraz literatury prawniczej, należy podkreślić rzecz o kardynalnym znaczeniu, a mianowicie, że demokratyczne państwo prawa nie może przy użyciu tajnych i podstępnych metod, podejmować następujących działań przeciwko własnym obywatelom:

- testować uczciwości obywateli poprzez wykonywanie swoistego testu na ich moralność, czy nieprzekupność, sprawdzać ich podatności do ewentualnego dokonania czynu zabronionego, poprzez prowokowanie ich do popełnienia przestępstwa, nie może też dokonywać wyrywkowej, niejako na chybił trafił, kontroli obywateli w tym zakresie;

- nie może kierować agentów służb specjalnych przeciwko przypadkowo, losowo wybranym osobom i prowadzić inwigilację poprzez czynności operacyjno – rozpoznawcze, w tym również w postaci wideoobserwacji, czy też samego podsłuchu, w oczekiwaniu, że wcześniej, czy później obserwowana osoba, bądź grupa osób, przejawia zamiar popełnienia przestępstwa lub dopuści się jakiegoś czynu zabronionego;
- w demokratycznym porządku prawnym niedopuszczalne jest zastawianie pułapki na obywatela, który dopiero w zetknięciu z funkcjonariuszem służb specjalnych po raz pierwszy popełnia przestępstwo.

Jak podkreśla się w literaturze prawniczej, tego rodzaju metody godzą w podstawowe wartości i zasady państwa demokratycznego i są charakterystyczne dla systemów autokratycznych. (zobacz: Jacek Mąka – *Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych. Prokuratura i Prawo 2010/Nr 1-2, s. 156 i 174; Kamil Rogoziński – Wiarygodne informacje o przestępstwie jako przesłanka zarządzenia zakupu kontrolowanego. Prok. i Pr. 2010/Nr 10, s. 107-108; Monika Klejnowska – Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna. Prok. i Pr. 2004/Nr 3, s. 103; Waldemar Gontarski – Granice legalności prowokacji policyjnej – opinia prawna sporządzona na zlecenie Kancelarii Sejmu RP 13 lipca 2007 roku. Gazeta Sądowa, 2007/Nr 11, s. 17; Robert Lizak – Kontrolowane przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej. Wojskowy Przegląd Prawniczy 2011/Nr 1, s. 31; Małgorzata Kołodziejczak, Agnieszka Sobiech – Prawnie dopuszczalne postacie prowokacji. Państwo i Prawo 2010/Nr 11, s. 39, 41, 44 - 45; Lech Gardocki, Różne rodzaje prowokacji. Rzeczpospolita z dnia 13 czerwca 2005 r., Nr 136; Stanisław Hoc, Przemysław Szustakiewicz, Ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Komentarz. Wyd. elektroniczne Lex/el., 2012. Uwagi do art. 19, tezy 8 i 9; Wojciech Kotowski, Ustawa o Policji. Komentarz. Warszawa 2012, s. 435 - 436).*

Ze wskazanym powyżej art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, koresponduje przepis art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, gwarantujący prawo do rzetelnego procesu. Gwarancje te obejmują konieczność rozstrzygania każdej sprawy karnej na podstawie takich dowodów, które w ramach konkretnego systemu procesowego są prawem przewidziane, bądź z nim niesprzeczne, czyli legalne. W doktrynie prawa karnego z zakresu dowodów

podkreśla się, że właśnie „w sferze dowodowej zakotwiczone są gwarancje praw jednostki w procesie karnym, a tylko respektowanie tych gwarancji pozwala uznać rozstrzygnięcie sądu karnego za prawidłowe” (*Zbigniew Doda, Andrzej Gaberle, Dowody w procesie karnym, Warszawa 1995, s. 22, wstęp – Od autorów*). Wymienione powyżej podstawowe zasady prowadzą do wniosku, że **nie jest możliwe zaakceptowanie sytuacji, w której funkcjonariusze demokratycznego państwa, funkcjonariusze władzy publicznej, mogliby gromadzić materiał dowodowy wbrew obowiązującemu prawu, natomiast zgodnie z prawem, na podstawie właśnie tego materiału, obywatele mieliby ponosić odpowiedzialność karną. Każde państwo odpowiada za bezprawną działalność swoich funkcjonariuszy służb specjalnych, a tej odpowiedzialności nie może wyłączać powoływanie się na interes społeczny w zwalczaniu przestępczości.**

2/ W orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych wskazuje się jednoznacznie i w sposób zdecydowany, że prawo do rzetelnego procesu zajmuje tak ważne miejsce w katalogu praw każdego człowieka postawionego w stan oskarżenia, że nie można go poświęcić na rzecz skuteczności ścigania przestępstw. Interes publiczny bowiem nie może usprawiedliwiać posługiwania się dowodami uzyskanymi w drodze nielegalnej. Ich użycie, rezygnując z oceny, czy działanie to jest moralne (służby łamią prawo w celu zdobycia dowodów na to, że inna osoba złamała prawo) powoduje, że postępowanie staje się nierzetelne, tym bardziej, że ich dopuszczenie byłoby rozstrzygające dla orzeczenia o winie oskarżonych. (*por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 14 stycznia 2004 r., IV KK 200/03, Lex nr 162404; z dnia 30 listopada 2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011/Nr 1, poz. 8; wyroki Sądów Apelacyjnych: w Katowicach, z dnia 11 października 2012 r., II AKa 368/12, Lex nr 1356401; w Białymstoku, z dnia 26 listopada 2009 r., III K 224/08, Lex nr 1294013*).

3/ Na wyjątkowość instytucji kontroli operacyjnej oraz charakter czynności wykonywanych w jej ramach, wkraczających w podstawowe prawa i wolności obywatelskie zwrócił uwagę także Trybunał Konstytucyjny RP w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r., w sprawie K 32/04 (*Dz. U. z 2005 r., Nr 250, poz. 2116*). Jakkolwiek wyrok ten został wydany na gruncie ustawy z dnia 6 kwietnia

1990 r. o Policji, to zawarte w jego uzasadnieniu tezy mają charakter uniwersalny i w odpowiednim zakresie odnoszą się również do innych służb specjalnych.

Trybunał zwrócił uwagę, że czynności operacyjno - rozpoznawcze są z natury rzeczy niejawne, prowadzone w warunkach dających policji szeroki margines uznaniowości, przy ograniczonych gwarancjach dla praw osoby poddanej tym czynnościom, a także okrojonej kontroli zewnętrznej, w tym sądowej. Jednakże ten sposób działania policji jest we współczesnym państwie nieodzowny, gdyż przejrzystość czynności operacyjnych powodowałaby ich nieskuteczność. Współczesne państwo, zobowiązane do zapewnienia bezpieczeństwa - co także jest powinnością konstytucyjną - staje przed trudnym zadaniem, ze względu na zagrożenia poważną przestępczością, w tym także zorganizowaną. Techniczne udogodnienia, wpływające na szybkość komunikowania się i przemieszczania, w równym stopniu mogą być wykorzystywane w celu ochrony bezpieczeństwa państwa, jak i przez przestępców. Działalność operacyjna policji, regulowana w ustawodawstwie zwykłym, realizowana w warunkach niejawności, pozostaje w naturalnym, nieusuwalnym konflikcie z niektórymi prawami zasadniczymi jednostki. W szczególności dotyczy to prawa jednostki do prywatności, konstytucyjnej wolności komunikowania się i związanej z tym ochrony tajemnicy komunikowania się, ochrony autonomii informacyjnej (którą w Polsce określają art. 49 i 51 Konstytucji), a także z konstytucyjną gwarancją sądowej ochrony praw jednostki. Konflikt ten występuje powszechnie, jest znany we wszystkich demokratycznych państwach prawnych, a także w praktyce organów międzynarodowych, gdzie – na tle art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, wypracowano uniwersalne standardy, służące ocenie proporcjonalności między ingerencją władzy a prawami jednostki w tej sferze. Dalej podkreślił Trybunał, iż doświadczenia współczesnych państw demokratycznych wskazują, że władza wykonawcza odpowiedzialna za bezpieczeństwo i porządek publiczny, w tym podległe jej podmioty prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawcze, dysponują środkami, których zastosowanie – w imię obrony porządku publicznego – może doprowadzić do zniszczenia instytucji demokratycznych i redukcji praw obywatelskich. Dzieje się tak dlatego, że poufność i brak zewnętrznej kontroli może prowadzić do nadmiernej autonomizacji czy subiektywizacji samego celu

działalności operacyjnej oraz niezachowania w niej należytej wstrzemięźliwości przy wkraczaniu w prawa i wolności obywatelskie. Niekiedy zaś sytuacja taka może wynikać z nadmiernie eksponowanych względów ideologicznych czy politycznych w działaniach. Inaczej mówiąc, cecha niejawności kontroli operacyjnej czyni ją podatną na nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie przez legislatora korzystania z wolności obywatelskich, wymaga więc zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności. W tej sytuacji konflikt między koniecznością istnienia legalnej, prawnie umocowanej działalności operacyjnej i zagrożeniem dla konstytucyjnych wolności i praw jednostki wymaga więc przede wszystkim wyważenia właściwej proporcji w prawnej ochronie obu sfer, pozostających w konflikcie.

Jakkolwiek w Polsce czynności operacyjne nie są w Konstytucji wyraźnie wymieniane jako dozwolone ograniczenie praw jednostki, to jednak znajdują one konstytucyjne zakotwiczenie w ramach uniwersalnie sformułowanych w Konstytucji ograniczeń. Jak podkreślił Trybunał, zasadnicze znaczenie dla określenia statusu czynności operacyjno-rozpoznawczych w demokratycznym państwie prawnym ma ustalenie, że nie mogą one prowadzić do erozji fundamentów tego państwa, do których należy zaliczyć godność ludzką z jednej strony i unikanie arbitralności w działaniu władz – z drugiej. W świetle Konstytucji, służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo i porządek publiczny nie mogą być uznane za dysponujące autonomią w zakresie czynności operacyjnych. Nie można więc, w powołaniu na wymóg skuteczności działalności operacyjnej, wyłączać jej spod jakiejkolwiek kontroli. Dlatego działalność ta nie jest wyłączona spod ograniczeń, jakie Konstytucja nakłada na wszystkie władze, wkraczające w dziedzinę podstawowych praw i wolności jednostki, zwłaszcza, że podejmując czynności operacyjno-rozpoznawcze, organy policji wkraczają w sposób tajny w sferę praw i wolności obywatelskich, czego wymaga cel tych czynności.

Analizując charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych zwrócił Trybunał Konstytucyjny uwagę, że mają one charakter nieprocesowy, co ogranicza kontrolę sądową nad ich przebiegiem. Z uwagi na znaczenie stanowiska Trybunału, należy przytoczyć jego obszerniejszy fragment, a mianowicie, wskazał Trybunał dalej, że *„czynności operacyjno-rozpoznawcze praktyka służby śledczej ukształtowała jako czynności uzupełniające lub wykonawcze w stosunku do czynności procesowych i zadań postępowania przygotowawczego (tak L. Szaff, O niektórych problemach dotyczących zakresu postępowania przygotowawczego, „Nowe Prawo” nr 12/1957). Pozapprocesowy charakter jest ich cechą istotną (B. Hołyst, Kryminalistyka, Warszawa 1983, s. 23). Czynności operacyjno-rozpoznawcze nie są prowadzone według określonych procedur zawartych w kodeksie postępowania karnego, chociaż informacje pozyskane w ten sposób stanowią istotny materiał pierwotny, to jednak muszą być przekształcone w materiał dowodowy z zachowaniem wymogów procesu karnego (A. Żebrowski Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Regulacje prawne, Kraków 2000, s. 17). Bezpośrednie wykorzystanie rezultatów czynności operacyjnych w procesie jest wykluczone jako „wykorzystanie owoców zatrutego drzewa”. Istotną cechą czynności operacyjnych jest również ich poufny lub tajny charakter (T. Hanausek, Kryminalistyka. Zarys wykładu, Kraków 1998, s. 130), co stanowi przesłankę skuteczności, ale jednocześnie powoduje, że zainteresowany, nie wiedząc o prowadzonej wobec niego kontroli operacyjnej, nie jest w stanie, z przyczyn czysto faktycznych, uruchomić procedur i gwarancji, których wykorzystanie jest zależne od jego wiedzy i inicjatywy. Wspomniane czynności prowadzone są poza procesem, lecz charakteryzuje je związek z procesem karnym i jego celami, gdyż zazwyczaj służą aktualnym bądź przyszłym celom tego procesu oraz zapobieganiu lub zwalczaniu przestępczości, czy też innych prawnie określonych negatywnych zjawisk społecznych (ibidem), a ponadto służą uzyskiwaniu informacji istotnych dla realizacji związanych z bezpieczeństwem i porządkiem publicznym zadań państwowych (J. Widacki [red.], Kryminalistyka, Warszawa 2002, s. 110). Są to czynności tajne, a jednocześnie nieformalne, lecz wykonywane przez służby państwowe, w szczególnym momencie, gdy podejrzenie popełnienia przestępstwa jest jeszcze bardzo nikłe lub mające na celu zapobieżenie przestępstwu (S. Waltoś, Podstawy prawa i procesu karnego,*

Warszawa 1999, s. 221). Czynności te oparte są na prawie regulującym zasady funkcjonowania organów ścigania, a więc często podstawą ich dokonania są normy kompetencyjne (M. Krystnicki, H. Kwiatkowska, *Komentarz do ustawy o Inspekcji Celnej*, Warszawa 1998, s. 54). Co więcej, istotne szczegóły takiej działalności zostały określone w przepisach instrukcyjnych przez poszczególne organy, w ramach których dane służby funkcjonują (...), przepisy te mają charakter niejawnny, to one określają metody i środki działania, jakie mogą być stosowane w trakcie realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych (A. Żebrowski, *op.cit.*, s. 18). Czynności operacyjno-rozpoznawcze spełniają funkcje: rozpoznawcze, wykrywcze, kierunkujące późniejsze udowodnienie, weryfikujące uprzednie ustalenia, zapobiegawcze (profilaktyczne), ochronne, zabezpieczające (T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1998, s. 131). Czynności operacyjno-rozpoznawcze jako zespół prawnie określonych w oparciu o wiedzę kryminalistyczną niejawnnych działań prowadzonych poza procesem karnym i administracyjnym celem wykrycia, rozpoznawania i utrwalania przestępczej działalności (A. Żebrowski, *op.cit.*, s. 16), są konieczną koncesją na rzecz skutecznego zwalczania przestępczości, wiążącą się jednakowoż z ograniczeniem gwarancji dla jednostki, korzystającej z prawa do prywatności i autonomii informacyjnej. Wynika to z pozaprocesowego (pozbawionego wpływu sądu) oraz tajnego i nieformalnego charakteru czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki, nawet te, na które zezwalają ustawy, muszą jednak odpowiadać zakresowo, przedmiotowo i co do sposobu – temu, co mówi sama Konstytucja, określająca margines regulacyjny ustawodawcy zwykłego – w momencie gdy zezwala mu poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze na wkroczenie w sferę praw i wolności regulowanych konstytucyjnie”.

4/ Niezwykle istotne znaczenie dla kształtowania procesu podejścia do zagadnienia oceny działań funkcjonariuszy służb specjalnych, miały orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej jako – ETPC lub Trybunał). W pierwszej kolejności Trybunał w swoich orzeczeniach wskazał sposób wykładni art. 6 Konwencji w zakresie dotyczącym rzetelności procesu. Tak np. w sprawach Schenk przeciwko Szwajcarii (wyrok ETPC z dnia 12 lipca 1988 r., skarga nr

10862/84, Lex nr 81067) oraz Khan przeciwko Wielkiej Brytanii (wyrok ETPC z dnia 12 maja 2000 r., skarga nr 35394/97, Lex nr 76868) Trybunał stwierdził, że chociaż art. 6 Konwencji gwarantuje prawo do rzetelnego procesu, nie ustanawia jednak żadnych reguł dotyczących dopuszczalności dowodu, dlatego też kwestia ta podlega w zasadzie regulacji prawa krajowego. Nie jest rolą Trybunału rozstrzyganie, co do zasady, czy poszczególne rodzaje środków dowodowych, na przykład dowody uzyskane w sposób sprzeczny z prawem, mogą być dopuszczane, czy też nie. Pytanie, na które Trybunał musi odpowiedzieć, to okoliczność, czy proces jako całość, włącznie ze sposobem uzyskania materiału dowodowego, był rzetelny i sprawiedliwy. Reasumując należy stwierdzić, że dyrektywa całościowego traktowania procesu, a nie jego poszczególnych elementów, z punktu widzenia jego rzetelności, jest jednolicie i konsekwentnie postrzegana w orzecznictwie ETPC na gruncie art. 6 Konwencji. Trybunał w konkretnych sprawach przyjmuje, iż pewne sposoby uzyskiwania dowodów są tak drastycznie nieprawidłowe, że użycie takiego dowodu w procesie karnym zawsze musi prowadzić do uznania naruszenia „rzetelnego charakteru procesu”, a tym samym do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji. (por. Marek A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999 – 2004*, Zakamycze 2005. [w] „Skazanie w sprawie karnej na podstawie nielegalnie uzyskanych dowodów”, s. 509 – 512; C. Kulesza, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze...op. cit.* *Przegląd Policyjny* 2008/Nr 2, s. 54 – 55; W. Gontarski, *Granice legalności ... op. cit.* *Gazeta Sądowa* 2007/Nr 11, s. 17 – 18; Lech Garlicki, *Aktualne orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, s. 26 – 27, [w] – „*Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne*. red: L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki, wyd. Sąd Najwyższy, 2008).

Podobnie przedmiotem oceny Trybunału było także zagadnienie stosowania prowokacji policyjnej (zwłaszcza kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej) oraz dopuszczalności procesowego wykorzystania dowodów uzyskanych w jej trakcie. Powszechnie za przełomowe w zakresie granic prowadzenia czynności operacyjnych uważa się wyroki - w sprawie Teixeira de Castro przeciwko Portugalii z dnia 9 czerwca 1998 r., (skarga nr 25829/94) oraz w sprawie Ramanauskas przeciwko Litwie z dnia 5 lutego 2008 r., (skarga nr 74420/01). W pierwszej z tych

spraw Trybunał stwierdził, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji, gdyż funkcjonariusze nie ograniczyli się do pasywnego śledzenia działań przestępczych, ale wywierali istotny wpływ na działania oskarżonego, starając się doprowadzić do popełnienia przez niego przestępstwa. Trybunał podkreślił, że działania agentów „wykroczyły poza to, co charakteryzuje agentów pod przykryciem, bo nakłonili do przestępstwa w sytuacji, w której nic nie wskazywało na to, że bez ich interwencji zostałyby popełnione”. Zwrócił Trybunał także uwagę, iż nie było żadnych obiektywnych podejrzeń co do tego, że oskarżony był zamieszany w jakąkolwiek działalność przestępczą, nie istniały też żadne dowody wskazujące, że miał predyspozycje do popełniania przestępstw. W konsekwencji Trybunał uznał działania tajnych agentów uczestniczących w prowokacji za sprzeczne z prawem.

Z kolei w sprawie Ramanauskas przeciwko Litwie, co prawda Trybunał zwrócił uwagę, że z przepisu art. 6 Konwencji nie wynika zakaz stosowania utajnionych metod policyjnej inwigilacji, w tym korzystania z tzw. zakupu kontrolowanego, zwłaszcza w zakresie zwalczania przestępczości zorganizowanej i korupcji, jednak ze względu na związane ze stosowaniem tych technik ryzyko nakłaniania przez policję do popełnienia przestępstwa, ramy ich stosowania muszą być wyraźnie ograniczone, a zatem ich stosowanie musi odbywać się w jasno określonych granicach. I dalej Trybunał wywodził kilka niezwykle istotnych tez o znaczeniu uniwersalnym, a mianowicie:

1/ Prawo do rzetelnego wymiaru sprawiedliwości zajmuje tak ważne miejsce w demokratycznym społeczeństwie, że nie można go poświęcić na rzecz oportunizmu. Posługiwanie się agentami pod przykryciem można tolerować, pod warunkiem istnienia w tym zakresie wyraźnych ograniczeń i zabezpieczeń. Interes publiczny nie może usprawiedliwiać posłużenia się dowodem uzyskanym w rezultacie nakłaniania przez policję do przestępstwa. Gdyby tak było, oskarżony od samego początku byłby narażony na ryzyko braku rzetelnego procesu.

2/ Do nakłaniania przez policję do przestępstwa (prowokowania) dochodzi wówczas, gdy funkcjonariusze służb specjalnych nie ograniczają się do pasywnego w istocie śledzenia działalności kryminalnej danej osoby, ale wywierają na nią wpływ, aby skłonić ją do przestępstwa, którego w innym przypadku by nie popełniła.

Trybunał zwrócił uwagę, że Ramanauskas nigdy do tej pory nie był skazany za żadne przestępstwo.

3/ Prokurator ma obowiązek udowodnić, że oskarżony nie był nakłaniany do przestępstwa. Jeśli tego nie zrobi, do sądu należy zbadanie związanych z tym faktów i podjęcie kroków koniecznych, aby ujawnić prawdę. Gdyby twierdzenie oskarżonego, że był nakłaniany do przestępstwa potwierdziło się, sąd musi wyciągnąć wnioski z tego faktu zgodne z Konwencją.

Trybunał w swoich kolejnych orzeczeniach konsekwentnie zwracał również uwagę, że w ramach prowokacji postawa agentów powinna być pasywna i nie może przybierać cech nadmiernej aktywności, zaś ich czynności nie mogą polegać na nakłanianiu do przyjęcia korzyści majątkowej. Jeśli agenci sprowokowali popełnienie przestępstwa, nie postępowali pasywnie, lecz wywarli istotny wpływ na jego zaistnienie, ich działanie „podważa nieodwracalnie rzetelność procesu”. Każdorazowo Trybunał podkreślał, że kluczowym staje się pytanie, czy doszłoby do popełnienia przestępstwa bez impulsu z zewnątrz, jakie nasilenie miał ten impuls oraz jaką pozostawiał swobodę wyboru prowokowanej osobie. Przykładem tego rodzaju orzeczeń są sprawy:

a/ Wyrok ETPC z dnia 8 stycznia 2013 r., skarga nr 25282/07, w sprawie Baltiņš przeciwko Łotwie (Lex nr 1237812, www.echr.coe.int);

b/ Wyrok ETPC z dnia 15 grudnia 2005 r., skarga nr 53203/99, w sprawie Vanyan przeciwko Rosji (Lex nr 166300);

c/ Wyrok ETPC z dnia 1 lipca 2008 r., skarga nr 10071/04, w sprawie Malininas przeciwko Litwie (Lex nr 411425).

5/ Polska doktryna prawnicza w pełni podziela wypracowane przez Trybunał stanowiska. W piśmiennictwie prawniczym zwraca się również uwagę, że ETPC w swoim orzecznictwie dokonuje rozróżnienia działań funkcjonariuszy polegających na infiltracji oraz podżeganiu (*incitement*) do przestępstwa. Infiltracja ma charakter biernego uczestniczenia w działaniach przestępczych, skupia się na gromadzeniu informacji o tych działaniach i nie wywiera stymulującego wpływu na ich przebieg. Podżeganie ma miejsce wówczas, gdy policjant lub inny funkcjonariusz służb specjalnych nie ogranicza się do inwigilowania działalności kryminalnej danej osoby w sposób pasywny, ale stosuje takie oddziaływanie na osobę, że namawia ją do

popęlnienia przestępstwa, które bez jego działań nie zostałyby popęlnione, a czyni to w celu ustalenia faktu popęlnienia przestępstwa, zdobycia dowodów na jego popęlnienie i zainicjowania ścigania karnego. Dokonując oceny rzetelności postępowania karnego prowadzonego w oparciu o dowody pochodzące z prowokacji policyjnej Trybunał bada, czy działania policji stanowiły inwigilację przestępstwa popęlnianego z inicjatywy podejrzanego, czy też przybrały postać podżegania do popęlnienia przestępstwa (*por. J. Mąka, Instytucja prowokacji... op. cit. s. 173; C. Kulesza, Czynności operacyjno – rozpoznawcze... op. cit. s. 51 – 52 i 57; L. Garlicki, Aktualne orzecznictwo... op. cit. s. 27 – 32; Małgorzata Wąsek – Wiaderek, Zagadnienia prawa dowodowego w orzecznictwie Trybunału Strasburskiego, [w] Zagadnienia prawa dowodowego, red. J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki, Warszawa 2011, wyd. Sąd Najwyższy, s. 51 – 53; M. A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2008. Oficyna 2009, s. 122; M. Górski, glosa aprobowująca do wyroku ETPC z dnia 8 stycznia 2013 r., w sprawie Baltinš p-ko Łotwie, Lex/el. 2013; A. Lach, glosa aprobowująca do wyroku ETPC z dnia 5 lipca 2008 r., w sprawie Ramanauskas p-ko Litwie, Lex/el. 2008).*

6/ Dorobek Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w omawianym zakresie, jest w pełni aprobowany także przez polski Sąd Najwyższy oraz sądy powszechne, co znajduje wyraz w orzeczeniach wydawanych na gruncie zarówno ustawy o Policji, jak i przepisów regulujących działalność innych służb specjalnych (*np. uzasadnienie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011/Nr 1, poz. 8; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 listopada 2009 r., III K 224/08, Lex nr 1294013*). Tak np. Sąd Apelacyjny w Białymstoku w powyższym wyroku podkreślił – „Głęboko solidaryzując się z orzecznictwem europejskim w tym zakresie wskazać należy na racjonalne uzasadnienie tak wysokich wymagań wobec tej techniki kontroli operacyjnej, która odgrywa dzisiaj (...) wielką rolę w działaniach operacyjnych służb. Zdaniem Sądu orzekającego w sprawie względy gwarancyjne usprawiedliwiają tak rygorystyczne podejście do kontroli operacyjnej, nawet kosztem osłabienia jej skuteczności. Obecnie istnieją nieograniczone wręcz możliwości nowoczesnych metod i środków inwigilacji. Czy powinno dać się prymat skuteczności wykrywania przestępstw i zapobiegania im, czy też ochronie praw jednostki przed niekontrolowaną

inwigilacją? Zdaniem Sądu nie można przejść do porządku nad nielegalnością zebranych dowodów podczas kontroli operacyjnej”.

7/ A zatem wyznaczając dopuszczalne granice prowokacji nie tylko funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego, ale także Policji oraz innych służb specjalnych, nie można tego czynić w oderwaniu od dorobku ETPC, polskiego wymiaru sprawiedliwości oraz zasad wyrażonych w Konstytucji RP. Jak podnosi się w doktrynie, problem wytyczenia granic, do których mogą posunąć się funkcjonariusze organów ścigania w ramach realizacji czynności związanych z prowokacją, ma znaczenie „nadrzędne z punktu widzenia standardów demokracji i zasad praworządności, chroniących obywateli z jednej strony przed skutkami wzrastającej fali przestępczości, a z drugiej przed nieuprawnioną arbitralnością organów państwa, ingerencją w konstytucyjnie chronione prawa i wolności. Prowokacja jawi się w tym wymiarze jako szczególny obszar, pole kompromisu pomiędzy obowiązkami i przywilejami jednostki w relacjach z państwem. (...) Sposób, w jaki służby policyjne kreują rozwój wydarzeń w styku z osobą, bądź osobami mogącymi mieć związek ze światem przestępczym, nie może być prawnie relewantny, pozostawiony tylko i wyłącznie ich swobodnej ocenie. Wrażliwym obszarem każdej prowokacji jest niewątpliwie tworzenie okazji do popełnienia przestępstw poprzez stosowanie różnorodnych, często wyrafinowanych form nakłaniania, zachęcania przez funkcjonariuszy organów ścigania. W sposób szczególny groźba ta objawiać będzie się w przypadku stosowania przez służby policyjne prowokacji aktywnej...” (por. J. Mąka, *Instytucja prowokacji ... op. cit. s. 152, 155*).

8/ Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę z całą mocą stwierdza, że w ramach czynności operacyjno – rozpoznawczych, w tym zwłaszcza polegających na prowokacji związanej z kontrolowanym złożeniem propozycji przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej, niedopuszczalny jest podstęp polegający na aktywnym, manipulacyjnym i czynnym zachowaniu funkcjonariuszy. Osoba prowokowana musi mieć swobodę podjęcia decyzji w przypadku złożenia jej propozycji w ramach tych czynności, zaś sama łapówka może zostać przyjęta lub odrzucona przez osobę prowokowaną.

Aktywna prowokacja polega zazwyczaj na inicjowaniu przez agenta przestępnych działań poprzez podżeganie do przestępstwa, pomocnictwo, czy współsprawstwo. Nie może też ulegać wątpliwości, że ocena sposobu działania agenta ma znaczenie pod kątem legalności już od momentu wykonania pierwszych czynności operacyjnych w danej sprawie, zaś sposób, w jaki prowokator zamierza wywołać zamierzone przez siebie zachowanie drugiej osoby, przesądza o formie i legalności prowokacji. Bez wątpienia dopuszczalne są wszelkie „lżejsze” formy działań agenta, które będą tylko jego reakcją, odpowiedzią, na przestępne zachowanie osoby prowokowanej, zaś dla zachowania legalności prowokacji przy wręczeniu łąpówki jest wymagane bierne, a nie czynne zachowanie prowokatora.

9/ Określając granice prowokowania należy podkreślić, że nie jest dopuszczalne:

- składanie propozycji w sposób nachalny, natrętny, bądź połączony z groźbą bezprawną, przymusem fizycznym lub psychicznym;
- działanie agentów polegające na podżeganiu, nakłanianiu do przyjęcia lub wręczenia łąpówki, organizowaniu albo kierowaniu działaniami przestępnymi;
- prowokowanie w taki sposób, który stanowi pułapkę zastawioną na przypadkową, jakąkolwiek osobę, w tym celu, by złapać ją na jakimś przestępstwie;
- takie przeprowadzenie prowokacji, gdy dopiero pod wpływem kontaktu z agentem dana osoba dopuściła się przestępstwa, a bez takiej inicjatywy agenta w ogóle nie doszłoby do jego popełnienia;
- prowadzenie prowokacji o charakterze manipulacyjnym, gdy funkcjonariusz aktywnie oddziałuje na psychikę sprawcy, podstępnie kreuje pewne sytuacje, by następnie doprowadzić do „skrępowania” takimi faktami osobę będącą w kręgu zainteresowania, zaś osoba ta pod ich wpływem traci kontrolę nad własnym zachowaniem, a prowokator uzyskuje nad nią przewagę, niejako podporządkowując swojej woli i uzyskując wpływ na postępowanie prowokowanej osoby;
- uporczywe, prowadzone przez dłuższy czas nakłanianie przez agenta prowokowanej osoby do popełnienia przestępstwa;
- kreowanie więzi osobistych, emocjonalnych, z osobą prowokowaną, pod pozorem potrzeby zdobycia jej zaufania.

(zobacz: J. Mąka, *Instytucja prowokacji ... op. cit. s. 156, 158 – 160*; W. Gontarski, *Granice legalności ... op. cit. s. 15 – 17*; M. Klejnowska, *Podstęp operacyjny ... op. cit. 101 – 103*; M. Kołodziejczak, A. Sobiech, *Prawnie dopuszczalne ... op. cit. s. 42 – 43*; K. Rogoziński, *Wiarygodne informacje ... op. cit. s. 108*; R. Lizak, *Kontrolowane przyjęcie ... op. cit. s. 34 i 39*; L. Garlicki, *Aktualne orzecznictwo ... op. cit. s. 29 – 32*; Wojciech Jasiński, *Nielegalne dowody i granice prowokacji*, *Rzeczpospolita* z dnia 9 maja 2013 r., Nr 107; S. Hoc, P. Szustakiewicz, *Komentarz do art. 19 ... op. cit. tezy 7 i 8*).

10/ Reasumując należy stwierdzić, że granica pomiędzy dozwoloną prowokacją a nielegalnym nakłanianiem do popełnienia przestępstwa jest nieostra. Ocena, czy doszło do przekroczenia tej granicy musi być poddana analizie niezawisłego sądu. Za biernym, pasywnym udziałem agenta w tego rodzaju działaniach opowiada się także Sąd Najwyższy (*np. postanowienie z dnia 14 stycznia 2004 r., IV KK 200/03, Lex nr 162404*). W innym z orzeczeń Sąd ten podkreślił, że dowodowe wykorzystanie tzw. policyjnej prowokacji przeprowadzonej z udziałem agenta policyjnego jest dopuszczalne tylko w sytuacji, gdy udział tego agenta ma charakter biernego uczestniczenia w działaniach przestępczych (*postanowienie z dnia 7 kwietnia 2010 r., IV KK 71/10, Lex nr 843717*). W glosie aprobującej do tego orzeczenia J. Kudła stwierdził m.in., że przeprowadzenie kontrolowanego wręczenia łapówki bez uprzedniego wykorzystania pozostałych metod pracy operacyjnej, przypadkowy wybór osoby (figuranta), która dotychczas nie popełniła żadnych przestępstw korupcyjnych, brak jakiegokolwiek *ex ante* materiału operacyjnego i kierowanie wobec niej agenta, posiada już od początku znamiona działań nielegalnych (*J. Kudła, glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2010 r., IV KK 71/10, Lex/el. 2013*). Z kolei Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 11 października 2012 r., w sprawie II AKa 368/12, akceptując powyższe poglądy, podkreślił dodatkowo – „Niedopuszczalne zatem wydaje się być takie zachowanie agenta, który sam nawiązuje kontakt z osobą (...) po to tylko, aby samemu być podżeganym. (...) Prowokacja policyjna jest drastyczną ingerencją w prawa i wolności jednostki, a konkretnie w prawo do prywatności. Można zezwalać na jej przeprowadzenie jedynie wówczas, gdy zagrożona jest inna wartość konstytucyjna, jak np. porządek publiczny. Niewątpliwie przestępczość, a

zwłaszcza ta poważna, stanowi zagrożenie dla obywateli oraz państwa. Jednakże zagrożenie to musi mieć charakter rzeczywisty i doniosły, co z kolei wymaga wyjątkowej rzetelności sądu przy ocenie działań policji” (*Lex nr 1236427*).

11/ Po przedstawieniu powyższych zasad zasługujących w pełni na aprobatę i przechodząc na grunt przedmiotowej sprawy, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 19 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie, mogą polegać także na złożeniu propozycji przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej. Natomiast, jak stanowi art. 19 ust. 4 tej ustawy, czynności te nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary.

Należy zatem dokonać analizy pod tym kątem działań funkcjonariuszy CBA w stosunku do oskarżonych B. S. i M. W., przy czym ocena ta winna odbyć się na gruncie ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd I instancji. Trzeba wyraźnie stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie, agenci działający pod przykryciem wobec S. i W., zdecydowanie przekroczyli granice dozwolonej prowokacji, co w konsekwencji powoduje uznanie za nielegalne wszystkich ich działań.

Część tych uchybień dostrzegł Sąd Okręgowy i prawidłowo je ocenił, co spowodowało zmianę opisu czynów przypisanych oskarżonemu, poprzez eliminację niektórych z inkryminowanych zachowań (str. 113 – 114, 121 – 126 uzasadnienia wyroku tego Sądu). Warto zauważyć, iż Sąd zarzucił, że funkcjonariusze CBA nie zachowywali się biernie, lecz inspirowali oskarżonych do przestępnych działań, postępowali arbitralnie, ograniczali oskarżonemu swobodę podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia korzyści majątkowej, przełamywali opór odwołując się „do sfery uczuć i emocji” (w przypadku B. S.) lub wręcz „inicjowali przestępstwo i kontrolowali je”, przy czym bez tego rodzaju zachowań funkcjonariuszy przestępstwo „mogło w ogóle nie zostać popełnione”. I chociaż stanowisko Sądu I instancji zasługuje na aprobatę w tym zakresie, to jednak Sąd błędnie zinterpretował skutki wszystkich uchybień funkcjonariuszy i wykazał niekonsekwencję, nie doceniając ich rangi. Tymczasem działania funkcjonariuszy wskazywały aż nadto wyraźnie na inicjowanie przez agentów w sposób aktywny

wielu zachowań oskarżonych. Dostrzeżone przez Sąd Okręgowy nieprawidłowości w działaniach służb specjalnych obligowały ten Sąd do wnikliwej, rzetelnej i krytycznej analizy całości czynności podejmowanych w sposób tajny przez agentów. Zwrócił na to uwagę również Sąd odwoławczy stwierdzając, że Sąd I instancji „nie ocenił jednak należycie rangi proceduralnej tych rażąco sprzecznych z ustawą o CBA działań, które w całości dyskwalifikują zgromadzone materiały operacyjne, jako dowody winy oskarżonych w rzetelnym – w rozumieniu art. 6 EKPC – procesie sądowym” (str. 40 – 41 uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego).

12/ Analiza uzasadnienia wyroku Sądu pierwszej instancji dostarcza tytułem przykładu następujących okoliczności z zakresu aktywnego, a więc niedopuszczalnego, działania agentów CBA:

a/ funkcjonariusze CBA często sami inicjowali spotkania z S. i W. oraz wielokrotnie podnosili kwestię zamiaru wręczenia korzyści majątkowych, bądź sugerowali, kto ma wziąć udział w spotkaniu. Dotyczyło to np. spotkań w dniach: 22 sierpnia 2007 r. (s. 23), 31 sierpnia (s. 26) i 5 września (s. 28-29). Również spotkanie w dniu 1 października 2007 r. dwóch funkcjonariuszy z W., oskarżona S. uzgodniła na prośbę agentów, przy czym agent o fikcyjnym nazwisku P., zaproponował, by S. wyjechała z nim na H. już dzień wcześniej i w tym celu wcześniej zarezerwował pokoje w hotelu (s. 32 - 33).

b/ funkcjonariusze kreowali pewne fakty i prowadzili rozmowy z oskarżonymi w sposób, który stanowił wywieranie presji, a mianowicie:

- T. P. podkreślał na spotkaniach z S., że jego rozmowy z W. to dla niego – jako przedstawiciela spółki - „być albo nie być” dla jego pozycji w firmie (s. 15);
- na spotkaniu z S. w dniu 8 sierpnia 2007 r. P. informuje oskarżoną, że w proces nabycia działki na H. „zaangażował poważnych ludzi, a w grę wchodzi duże pieniądze (...), jeśli zakup tej działki się nie powiedzie, to poniesie on tego konsekwencje” (s. 17);
- gdy w dniu 2 sierpnia 2007 r. w czasie spotkania W. z P. i pozostałymi agentami, oskarżony podkreślił, że spółka musi wziąć udział w przetargu i go wygrać, aby zostać właścicielem spółki, tego samego dnia P. zadzwonił do S. i skarżył się, że W. „niechętnie podchodzi do spotkań i przekazywania informacji” (s. 16);

- na spotkaniu z S. w dniu 21 sierpnia 2007 r. P. informuje ją „o niezadowolającej postawie” W., który nadal utrzymuje, że ich spółka musi przystąpić do przetargu. Agent był przekonany, że wszystko „jest ugadane” i zostało ustalone, iż spółka kupi działkę (s. 20);

- w rozmowie z oskarżoną P. podkreślał, że on oraz jego wspólnicy oczekują, iż S. wpłynie na W., by ten nie odstąpił od ułatwienia spółce nabycia działki. Wypowiedź funkcjonariusza brzmiała – „Chcemy, żebyś nam dalej pomagała i żebyś dalej trzymała rękę na pulsie, żeby tego burmistrza chwycić za gardło, żeby nam się wiesz, w pewnym sensie nie wycofał, żeby traktował nas poważnie” (s. 22);

- w dniu 5 września na spotkaniu P. z S. agent skarży się, iż W. nie dał mu gwarancji, że jego spółka zakupi działkę i nadal podtrzymuje stanowisko, że spółka musi wziąć udział w przetargu (s. 28-29).

c/ funkcjonariusze wielokrotnie w rozmowach z oskarżonymi inicjowali kwestię propozycji korupcyjnych, przedstawiali różne ich warianty i sugerowali sposoby rozwiązań korzystnych dla spółki przez nich reprezentowanej:

- gdy S. zapewniała P., że pieniądze, które otrzyma od przedstawicieli jego spółki „kiedyś im zwróci”, agent zdecydowanie wykluczył możliwość przyjęcia zwrotu pieniędzy. Trzeba podkreślić, że bez znaczenia w tym przypadku jest fakt, na ile te zapewnienia oskarżonej były szczere (s. 22);

- na spotkaniu w dniu 22 sierpnia 2007 r. P. z W., agent wywiera presję, by oskarżony złożył zapewnienie, iż jego spółka z ominięciem procedur zakupi działkę. Gdy oskarżony oświadcza, że od przetargu nie odstąpi, P. występuje z korupcyjną propozycją mówiąc, że spółka „gotowa jest wręczyć mu korzyść i oczekują w tym zakresie propozycji z jego strony”(s. 23);

- funkcjonariusz P. przejawiał znaczną aktywność w kontaktach z W., z własnej inicjatywy proponował opracowanie korzystnych dla siebie zmian do regulaminu przetargu, a jednocześnie wielokrotnie wracał do różnych propozycji wręczenia oskarżonemu korzyści majątkowej mimo, że ten przez dłuższy okres czasu nie podejmował rozmów na ten temat, bądź poszczególne propozycje wprost odrzucał (s. 24 – 25, 27 in fine – 28, 38);

d/ w trakcie spotkań z B. S. funkcjonariusze P. i P. omawiali z nią różne sposoby i warianty wręczenia W. korzyści majątkowej. W tym zakresie należy podkreślić następujące okoliczności:

- w trakcie spotkania w dniu 21 września agenci poinformowali oskarżoną o planach, jakie przygotowali do przetargu i które mają dać im 90% pewności jego wygrania, a następnie zwrócili się do niej z prośbą, by przekazała te propozycje W. (s. 31 *in fine* - 32);

- P. poinformował S., że planuje wręczenie łapówki W., co miało stanowić gwarancję, że ten „nie wycofa się z wcześniejszych ustaleń”. W rozmowie tej podkreśla - „musimy dać, B.” (s. 32);

- w dniu 1 października obydwaj agenci zwrócili się do S., by ta udzieliła im rady, w jaki sposób należy wręczyć burmistrzowi łapówkę. Pomimo opinii S., że w jej ocenie W. nie przyjmie łapówki, P. „nadal drażył temat wręczenia W. łapówki”. Wypowiedź funkcjonariusza o tym, że pieniądze przeznaczone na łapówkę wyprowadził już ze spółki i nie będzie miał co z nimi zrobić, jeśli W. odmówi ich przyjęcia, należy ocenić jako dalsze wpływanie na postawę samej S. (s. 35 - 36).

funkcjonariusz T. P. doprowadził swoim zachowaniem do powstania po stronie B. S. takich więzi osobistych i emocjonalnych, które miały istotny wpływ na jej dalsze postępowanie. Świadczą o tym następujące sytuacje:

- P. w rozmowach z S. wiele razy podkreślał jej pozytywny wpływ na jego życie, uważał ją za swoją „serdeczną przyjaciółkę”, twierdził, że bardzo ją lubi, a dawanie jej prezentów, w tym kwiatów, sprawia mu satysfakcję i „chce się spełnić wobec niej jako szarmancki mężczyzna” (str. 10, 13);

- wysyłał do niej sms-y zapewniające o tęsknocie za nią, umawiał się z oskarżoną na kolację (s. 12, 13);

- wypowiadał pod adresem oskarżonej komplementy, np. – „normalnie, wiesz, ja już ci wcześniej powiedziałem, działasz na mnie normalnie tak, że nie wiem, mogłoby się wszystko walić, świat się zawalać, jak do mnie dzwonisz, od razu humor mi się odwraca, no i żyć się chce” (s. 13);

- S. w rozmowach z innymi osobami mówiła o P. „mój kolega, przyjaciel”, a niektóre z tych osób uważały, że była zakochana w nim (s. 17 u góry, 43);

- P. na spotkaniach opowiadał oskarżonej o swoim trudnym dzieciństwie, wypadku i tzw. błędach młodości (s. 43).

13/ Sąd I instancji dostrzegł te elementy więzi emocjonalnych łączących S. z agentem noszącym wówczas nazwisko T. P. , lecz wyciągnął z nich błędne wnioski i zajął niekonsekwentne stanowisko. Sąd przyjął bowiem, iż:

- „zdarzało się, że T. P. w trakcie swoich kontaktów z B. S. zapewniał ją o swojej przyjaźni, sympatii do niej, prawił jej komplementy, czy też wykazywał się troską o komfort i dobre samopoczucie oskarżonej”. Ale jak stwierdził Sąd, agent „starł się przekonać oskarżoną o swoim przyjacielskim do niej stosunku, aby w ten sposób zdobyć jej zaufanie” (s. 131);

- w ocenie sądu takie zaufanie było koniecznym warunkiem na etapie kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej „dla realizacji tych czynności i zdobycia dowodów” popełnienia przez oskarżonych przestępstwa (s. 132);

- Sąd stwierdził dalej, że „granica dopuszczalności tego rodzaju działań funkcjonariuszy służb specjalnych określona jest wpływem takich działań na decyzję figuranta o popełnieniu przestępstwa”. Natomiast „sam fakt stworzenia przez T. P. pozorów sympatii do oskarżonej, co spowodowało, iż B. S. polubiła go i uważała za swego przyjaciela, nie może podważać legalności czynności operacyjno-rozpoznawczych”. Każdy funkcjonariusz pod przykryciem realizujący czynności operacyjno – rozpoznawcze wobec figuranta (...) musi zaufanie takie pozyskać (s. 132);

- w ocenie sądu – „fakt, iż w niniejszej sprawie T. P. skutecznie zdobył zaufanie oskarżonej, przekonał ją o swojej sympatii i przyjaźni, nie wykluczał możliwości podjęcia przez oskarżoną decyzji odnośnie zachowania się zgodnego z prawem, a zatem, nie mógł mieć wpływu na popełnienie przez nią przypisanego jej przestępstwa” (s. 132).

14/ Jak już zauważono wcześniej, Sąd Okręgowy zajął w tym zakresie niekonsekwentne stanowisko i popadł w sprzeczność. Z jednej strony przyjął bowiem, iż „pozory sympatii” agenta wobec oskarżonej S. były prawnie dopuszczalne i konieczne dla zdobycia jej zaufania, z drugiej jednak strony ustalił, że agent wykorzystując te więzi emocjonalne przełamał opór oskarżonej wręczając jej jako korzyść majątkową pióro, co skutkowało wyeliminowaniem z opisu

przestępstwa przypisanego oskarżonej zarzutu przyjęcia tej korzyści majątkowej (str. 113).

Należy zdecydowanie stwierdzić, że stanowisko Sądu I instancji sprowadzające się w istocie rzeczy do konkluzji, iż „granica dopuszczalności tego rodzaju działań funkcjonariuszy służb specjalnych określona jest wpływem takich działań na decyzję figuranta o popełnieniu przestępstwa”, jest nieuprawnionym uproszczeniem i pomija stanowiska doktryny, dorobek orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz polskich sądów w tym zakresie. Z dorobku tego wynika bowiem odwrotny od przyjętego przez Sąd I instancji wniosek, że funkcjonariusze służb specjalnych realizując czynności związane z kontrolowanym wręceniem korzyści majątkowej, nie mogą działać aktywnie, zaś kluczową jest odpowiedź na pytanie, czy doszłoby do popełnienia czynu bez impulsu z zewnątrz w postaci zachowania się agenta, jakie nasilenie miał ten impuls i jaką pozostawiał swobodę wyboru. Pomimo tego, iż Sąd I instancji odwoływał się do orzeczeń ETPC oraz stanowisk doktryny i judykatury w omawianym zakresie, wyciągnął jednak z ich analizy zupełnie odmienne wnioski od rzeczywistych, nie dostrzegając uniwersalnego ich znaczenia (str. 101 – 108 uzasadnienia).

15/ W przedmiotowej sprawie agent CBA swoim zachowaniem doprowadził do powstania po stronie S. takich więzi emocjonalnych, że miały one wpływ na jej dalsze postępowanie. Stanowisko Sądu Okręgowego, że po stronie funkcjonariusza były to zachowania konieczne z uwagi na potrzebę zdobycia zaufania, nie przekonuje. Jakkolwiek jest rzeczą oczywistą, że dla skuteczności swego działania funkcjonariusze służb specjalnych muszą zdobyć zaufanie osoby będącej w kręgu ich zainteresowania, to jednak nie może odbywać się to wszelkimi możliwymi metodami, również niedozwolonymi. Agenci służb specjalnych nie mogą kreować takich więzi osobistych i emocjonalnych, które nawet w sposób niewerbalny zachętą prowokowaną osobę do pożądanых przez funkcjonariusza zachowań. Ryzyko tego rodzaju manipulacyjnych metod jest tym większe, gdy w grę wchodzi kontakt na linii mężczyzna – kobieta, gdzie jest wymagana szczególna delikatność i wrażliwość w tych kontaktach, by nie przekroczyć owej cienkiej linii, mogącej skutkować uznaniem działań za bezprawne. W takich sytuacjach kierowanie pod adresem osoby prowokowanej szeregu komplementów, zapewnień o przyjaźni i

znaczeniu tej przyjaźni dla osobistego życia prowokującego agenta, stosowanie zachęt w postaci drobnych prezentów, kwiatów, czy wspólnych kolacji w lokalach, musi być uznane za niedozwolone kreowanie więzi emocjonalnych i osobistych.

Jak podnosi się w piśmiennictwie – „... doświadczony funkcjonariusz operacyjny odpowiednio przeszkolony w zakresie znajomości psychiki osób trzecich, oceny struktur osobowości, cech charakterologicznych, zdolności przełamywania postaw asertywnych, umiejętności tworzenia właściwej kreacji zdarzeń w zetknięciu z osobą o przeciętnej osobowości (...), może bez problemu uzyskać pozycję dominującą, pozwalającą mu sterować w istotnym zakresie działaniami, zachowaniem, zamiarami, intencjami osób podlegających prowokacji” (zob. J. Mąka, *Instytucja prowokacji ... op. cit. s. 156, 160*). Należy również pamiętać, że prowadzona w ramach takich czynności rozmowa operacyjna agenta z osobą prowokowaną „jest specyficznym rodzajem dialogu, w którym funkcjonariusz powinien kierować się zasadami etyki zawodowej, zasadami dobrego wychowania oraz respektować prawa i wolności człowieka. (...) Niedopuszczalna jest sytuacja, w której cel uświęca środki i jest wartością nadrzędną nad podmiotem dyskusji. (...) szczególnego znaczenia nabierają treści związane z moralnością i prawami człowieka. Policjant prowadzący rozmowę jest zobowiązany do respektowania godności osobistej jednostki, jej indywidualności, potrzeb, prawa do równego traktowania, szacunku, prawa do wolności słowa, myśli i wyboru kierunku rozmowy” (zob. J. Kudła, P. Gawroński, *Wybrana problematyka prowadzenia rozmów w toku czynności operacyjno– rozpoznawczych, Przegląd Policyjny 2008/Nr 2, s. 134 – 135*).

16/ Zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, funkcjonariusze tej służby realizując zadania ustawowe (art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy), mogą wykonywać czynności operacyjno – rozpoznawcze w postaci obserwowania i rejestrowania, przy użyciu środków technicznych, obrazu zdarzeń i dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom, bez zgody innych organów, tylko w miejscu publicznym. A zatem na tego rodzaju rejestrację w pomieszczeniach zamkniętych, w miejscu niepublicznym, wymagana jest zgoda sądu w trybie art. 17 ustawy o CBA. Funkcjonariusze wykonując te czynności muszą działać w ramach swych

kompetencji i opierać się na przepisach prawa. Przekroczenie tych ram rodzi konsekwencje w postaci nielegalności i niedopuszczalności takich czynności.

Sąd Najwyższy stwierdza, że **tajne czynności w postaci rejestracji obrazu i dźwięku, wykonywane na podstawie art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, już ukierunkowane na konkretną osobę, w celu pozyskania dowodu jej udziału w przestępstwie, mogą być dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy służby dysponują chociażby nikłymi informacjami wskazującymi na możliwość popełnienia przez tę osobę przestępstwa. Wynika to wyraźnie z treści art. 14 ust. 8 w/w ustawy, a więc zapisu, który wskazuje na konieczność uzyskania informacji potwierdzających popełnienie przestępstwa.** W przeciwnym bowiem wypadku czynności te stanowią obejście ustawowych przepisów, przeradzają się w niedozwoloną pułapkę zastawioną na konkretną osobę w nadziei, że wcześniej, czy później dopuści się czynu zabronionego, stanowią zatem bezprawny test uczciwości takiej osoby. Materiały uzyskane w ten sposób, zdecydowanie powinny być uznane za niedopuszczalne i bezprawne. Już tylko na marginesie należy zauważyć, że w doktrynie postuluje się również, by czynności wideoobserwacji z uwagi na fakt, iż są środkiem ingerującym w prawo jednostki do prywatności, były dopuszczalne tylko wtedy, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, a nie tylko hipotetyczne (*por. Dobrosława Szumiło – Kulczycka, Czynności operacyjno – rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego. Warszawa 2012, s. 306 – 319*). Należy krytycznie zauważyć, że w momencie, gdy takie czynności podjęto wobec S., brak było jakichkolwiek podejrzeń możliwości popełnienia przez nią przestępstwa korupcyjnego, podobnie nic nie wskazywało na ewentualną jej skłonność do popełnienia tego rodzaju czynów przestępnych. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że z analizy zarejestrowanych z nią rozmów wynika, iż były one nagrywane nie tylko w miejscach publicznych, ale również w pomieszczeniach nie mających takiego charakteru, jak np. w samochodzie. Tego rodzaju działania mogą być dopuszczalne tylko w ramach zarządzonej przez sąd kontroli operacyjnej.

17/ Należy też przypomnieć rzecz o kardynalnym wręcz znaczeniu, a mianowicie, funkcjonariusz CBA przeprowadzający tego rodzaju czynności, w trybie wskazanym powyżej, winien uzyskać na ich przeprowadzenie zgodę przełożonego w postaci

zarządzenia Szefa CBA lub upoważnionego przez niego funkcjonariusza. Dokument ten winien określać cel, czas i miejsce przeprowadzenia czynności, co wynika wprost z § 34 ust. 1 i 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 25 lipca 2006 r., w sprawie wydawania osobom poleceń określonego zachowania się, legitymowania, zatrzymywania, przeszukania, kontroli osobistej, przeglądania bagaży i sprawdzania ładunku oraz obserwowania i rejestrowania zdarzeń przez funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego (*Dz. U. 2006, Nr 142, poz. 1014*). Ewentualne ustne zarządzenie przez Szefa CBA obserwowania i rejestrowania zdarzeń, o których mowa w art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o CBA nie jest wystarczające, skoro na sposób przeprowadzenia tej czynności, osobie, której te czynności dotyczyły, przysługuje zażalenie do prokuratora właściwego ze względu na miejsce przeprowadzenia czynności (art. 14 ust. 7 pkt 2 w/w ustawy).

W niniejszej sprawie brak dokumentu w postaci zarządzenia Szefa CBA lub upoważnionego przez niego funkcjonariusza, na prowadzenie czynności operacyjno – rozpoznawczych w postaci rejestrowania obrazu i dźwięku, dotyczących zdarzeń z udziałem B. S. przed dniem 16 czerwca 2007 r. Jednocześnie brak takiego dokumentu dodatkowo wynika z faktu, że przesłuchani przez Sąd I instancji szefowie tej instytucji – M. K., M. W. i E. B. - zaprzeczyli, by do dnia 16 czerwca 2007 r. były prowadzone jakiekolwiek czynności operacyjne przeciwko S. przez agenta uczestniczącego w kursie (k. 5952, 5989 - 5990, tom 30, 6118, tom 31). Skoro bowiem funkcjonariusze zaprzeczyli prowadzeniu takich czynności, to jest rzeczą oczywistą, że nie mogli wcześniej zarządzić ich dokonania.

Problem jednak w tym, iż w rzeczywistości takie czynności w trybie art. 14 ust. 1 pkt 6 w/w ustawy prowadzono przeciwko S.. Wskazał na ten fakt również Sąd Apelacyjny na stronach 43 – 45 uzasadnienia własnego wyroku podkreślając m.in., że wbrew zeznaniom w/w funkcjonariuszy, zgromadzone w sprawie materiały jednoznacznie wskazują, iż „funkcjonariusz CBA realizując formalnie inne zadanie operacyjne, podjął inwigilację oskarżonej B. S. i przez ponad 4 miesiące” stosował wobec niej formy i metody pracy operacyjnej określone w art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o CBA. Należy też przyznać rację temu sądowi, że wskazane okoliczności są kluczowe dla oceny legalności działań CBA.

Z kolei Sąd I instancji mimo, że odwołał się do obowiązujących w tym zakresie przepisów, nie dostrzegł faktu działania funkcjonariuszy wbrew dyspozycji art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o CBA oraz § 34 ust. 1 i 2 w/w rozporządzenia (str. 104). W konsekwencji przyjął w sposób nieuprawniony, pomijając wymowę faktów i oceniając dowody jedynie od strony formalnej, że przed dniem 16 czerwca 2007 r. nie prowadzono przeciwko S. żadnych czynności operacyjno – rozpoznawczych (str. 55 – 57 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego).

Błędne jest zatem stanowisko wyrażone w kasacji prokuratora, jakoby czynności podejmowane przez T. K. w trakcie szkolenia nie miały charakteru operacyjno – rozpoznawczego, lecz były związane tylko i wyłącznie z udziałem agenta w tym szkoleniu (str. 20 – 21 kasacji).

Z uwagi na brak stosownego zarządzenia Szefa CBA oraz uwzględniając treść zeznań omówionych wyżej świadków – funkcjonariuszy CBA – można również wyrazić poważne zastrzeżenie, czy rzeczywiście ustalenia obu sądów co do stosowania trybu z art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym były trafne. Brak zarzutu w odniesieniu do tej kwestii uniemożliwia Sądowi Najwyższemu udzielenie merytorycznej i stanowczej odpowiedzi. Rzecz jednak w tym, że skoro tak dbający o sferę dokumentacyjną szefowie CBA nie zadbali o wydanie stosownego pisemnego zarządzenia o zastosowaniu wideoobserwacji, jak też nie pouczyli B. S. o środku odwoławczym od tej czynności (art. 14 ust. 7 w/w ustawy), to można także kwestionować, by to właśnie w tym trybie czynności podsłuchiwanie głosu oraz nagrywanie obrazu były stosowane. To stwierdzenie prowadziłoby z kolei do następnej uwagi o zasadniczym znaczeniu. Skoro bowiem nie stosowano czynności operacyjno – rozpoznawczej wskazanej w art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o CBA, to zastosowano wobec S. ten rodzaj czynności operacyjno – rozpoznawczej, który w ustawie o CBA nie jest regulowany, za wyjątkiem art. 17, a z kolei ten przepis nie był jednak podstawą prawną podjęcia przez agenta wymienionych czynności. Można byłoby więc stwierdzić, że zastosowano wobec B. S. czynności „kontroli operacyjnej” bez zgody sądu. To zaś oznacza, iż efekty tych czynności nie mogły być wprost wprowadzone do postępowania, albowiem były prowadzone w trybie pozaustawowym. Skoro informacji uzyskanych z tych czynności nie można było wprost wykorzystać, to nie

mogły one również stanowić podstawy do zastosowania instytucji określonej w art. 19 ustawy o CBA. Już tylko na marginesie należy zauważyć, że co do materiałów uzyskanych w wyniku stosowania tzw. wideoobserwacji, a więc czynności wskazanej w art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o CBA, ustawodawca nie zdecydował się na ich wprowadzenie do procesu „wprost”, tak jak uczynił to w odniesieniu do czynności określonych w art. 17 ust. 15 lub art. 19 ust. 5 w/w ustawy. Z tego „braku” można byłoby zatem wnioskować, iż otwartą kwestią pozostawałoby, czy i które z tych materiałów oraz w oparciu o jakie regulacje można byłoby wykorzystać „wprost”, a które z nich musiałyby zostać procesowo „przetworzone” tak, by mogły stać się materiałem dowodowym, który procesowo może być wykorzystany.

18/ Jest faktem, że funkcjonariusz CBA posługujący się fikcyjnym nazwiskiem P., za zgodą swoich przełożonych wziął udział w szkoleniu z zakresu szeroko rozumianego prawa gospodarczego, dla kandydatów na członków zarządów i rad nadzorczych spółek prawa handlowego, w ramach tzw. Legalizacyjnego Przedsięwzięcia Operacyjnego o kryptonimie „P.”, mającego służyć zbudowaniu legendy, że jest współwłaścicielem firmy prowadzącej interesy biznesowe, w tym poza granicami kraju. Nie ulega wątpliwości, że do tego rodzaju działań funkcjonariusz był oczywiście uprawniony. Sprzeciw natomiast muszą budzić dalsze czynności wykonywane przez agenta w trakcie tego szkolenia. Analiza działań funkcjonariusza CBA jasno dowodzi tego, że pomimo braku jakichkolwiek podstaw prawnych do wszczęcia czynności operacyjno – rozpoznawczych na tym etapie, w istocie rzeczy podjęto, zgodnie z ustaleniami obu sądów, w trybie art. 14 ust. 1 pkt 6 w/w ustawy takie czynności, chociaż formalnie nie wydano koniecznego zarządzenia. Już sam fakt pojawienia się na szkoleniu tajnego agenta pod fikcyjnym nazwiskiem – a więc przy wykorzystaniu uprawnień z art. 24 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym – musi być interpretowany w ten sposób, że nastąpiło to w ramach odpowiednich czynności operacyjnych, a nie tylko i wyłącznie w celu podniesienia własnych kwalifikacji agenta, dla przyszłego wykorzystania wykreowanej „legendy”, w niewiadomym jeszcze i w żaden sposób nieskonkretyzowanym, innym zadaniu operacyjnym. Taki sposób działania świadczy o tym, iż rzeczywistym celem agenta było wytypowanie i znalezienie

osoby, która odpowiednio poddana procesowi manipulacji i prowokacji, podda się określonym zachowaniom, w tym przypadku korupcyjnym.

[Jak już wcześniej zaznaczono, dalsze stanowisko Sądu Najwyższego w tym zakresie zostanie przedstawione w części niejawnej uzasadnienia]

19/ Należy zdecydowanie jeszcze raz podkreślić, że w demokratycznym państwie prawa niedopuszczalna jest taka sytuacja, gdy państwo kieruje agenta służb specjalnych do prowadzenia operacyjnej obserwacji środowiska ludzi, którzy do tej pory nie popełnili żadnych przestępstw i przestrzegali porządku prawnego, i co do których nie było żadnego sygnału o popełnieniu przestępstwa, czy nawet podejrzenia jego popełnienia. Niedopuszczalne więc było prowadzenie czynności operacyjno – rozpoznawczych na szkoleniu dla kandydatów na członków zarządów i rad nadzorczych spółek prawa handlowego tylko na tej zasadzie, iż tematyka szkolenia dotyczyła szeroko rozumianego prawa handlowego i biznesu, zaś uczestniczyły w nim osoby bądź to już zajmujące się biznesem, bądź planujące zająć się nim w przyszłości, co z samego założenia mogło sprzyjać potencjalnym oddziaływaniom korupcyjnym. Takie działania nie powinny mieć miejsca dlatego, że wcześniej nie uzyskano żadnych informacji, które mogłyby w jakimkolwiek stopniu uprawdopodobnić ewentualną skłonność osób uczestniczących w szkoleniu do zachowań korupcyjnych. Prowadzenie czynności operacyjnych przez służby specjalne w przedmiotowej sprawie było tym bardziej naganne, że działania te dotyczyły także żyjących do tej pory praworządnie posłów na Sejm Rzeczypospolitej i *de facto* były przeciwko nim wymierzone.

20/ Należy zgodzić się z prokuratorem, iż Sąd odwoławczy błędnie przyjął, jakoby już od dnia 3 lutego 2007 r. funkcjonariusz K. podjął inwigilację wobec S.. Nie potwierdzają tego dokumenty zgromadzone w sprawie, zwłaszcza w ich niejawnej części. Mimo tego zastrzeżenia, nie przekonuje jednak stanowisko wyrażone w kasacji, że prowadzenie tych czynności uzasadniało podejrzenie popełnienia przestępstwa korupcyjnego w postaci usiłowania zakupu pytań egzaminacyjnych przez uczestników kursu. Ta przesłanka mogłaby ewentualnie legalizować czynności operacyjne prowadzone do końca lutego 2007 r., a więc do czasu zakończenia kursu i przystąpienia jego uczestników do egzaminu. Należy zresztą przypomnieć, że informacje w tym zakresie nie potwierdziły się. O ile jednak

początkowo funkcjonariusz prowadził czynności operacyjne w postaci rejestrowania rozmów z różnymi osobami (np. notatki z dnia 8 lutego oraz 14 lutego 2007 r, k. 29 i 49 akt CBA 429, tom 1), a czynności te nie były jeszcze ukierunkowane na konkretną osobę, to co najmniej już od dnia 17 lutego czynności te dotyczyły wprost osoby B. S.. Bez znaczenia w tym przypadku jest fakt, że w notatkach służbowych wymienia się także inne osoby. Należy w tej sytuacji zadać pytanie – co uzasadniało te czynności, skoro według ustaleń sądu I instancji oraz stanowiska prokuratora wyrażonego w akcie oskarżenia, S. propozycję korupcyjną po raz pierwszy miała wyrazić w dniu 16 czerwca 2007 roku? A więc przed tym dniem nie dysponowano jakimikolwiek podejrzeniami popełnienia przez oskarżoną przestępstwa, gdyż nie było takich materiałów, nawet w kategoriach nikłych przypuszczeń. Bez znaczenia w tym przypadku jest dokładna ilość notatek służbowych oraz nagrań z prowadzonych tego rodzaju czynności operacyjnych. Istotnym jest fakt, że czynności te były prowadzone bez podstawy prawnej, niezgodnie z wymaganymi kryteriami oraz z dyspozycją art. 19 ustawy o CBA i nie miały nic wspólnego z metodyką prowadzenia pracy operacyjnej.

21/ Podsumowując te rozważania należy stwierdzić, iż Sąd odwoławczy analizując omawiane zagadnienie na stronach 48 – 50 uzasadnienia, wyraził trafny pogląd, że:

- skoro przed dniem 16 czerwca 2007 r. Centralne Biuro Antykorupcyjne nie posiadało żadnych informacji wskazujących na przestępcze zamierzenia oskarżonej S., to „wszelkie prowadzone wobec niej przed tą datą czynności operacyjne – jako pozbawione ustawowej podstawy prawnej – muszą być uznane za bezprawne, a więc nielegalne, zaś zgromadzone w taki sposób materiały operacyjne nie mogą stanowić dowodów winy w postępowaniu karnym”;
- następstwem bezprawności działań CBA podjętych wobec oskarżonej w okresie od lutego 2007 r. do 16 czerwca 2007 r. jest „niemożność wykorzystania uzyskanej w tym czasie wiedzy i zdobytej 16 czerwca informacji o korupcyjnych zamierzeniach oskarżonych, jako legalnej podstawy faktycznej i prawnej do zastosowania wobec nich prowokacji”;
- nie jest możliwe uzyskanie legalnych dowodów w drodze wykraczających poza uprawnienia z art. 14 ust. 1 pkt 6 w/w ustawy, nielegalnych czynności operacyjnych, a następnie wprowadzenie ich do rzetelnego procesu.

22/ Sąd Najwyższy nie kwestionuje prawa funkcjonariuszy CBA, policji, czy innych służb specjalnych, do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych w postaci nagrywania dźwięku i obrazu w sposób tajny i mniej formalny, jednakże zgodnie z wymaganymi kryteriami. Należy jednak pamiętać, że jeśli czynności takie prowadzone są z ominięciem odpowiednich uregulowań oraz kryteriów, to w konsekwencji, jako skażone pierwotnie, będą nielegalne. Takie czynności z kolei nie mogą być podstawą do przeprowadzenia kolejnej czynności, już o znaczeniu dowodowym, mającej być wykorzystaną procesowo w postępowaniu karnym. Uzyskane w sposób operacyjny informacje muszą zostać zweryfikowane innymi, już przeprowadzonymi w sposób legalny, czynnościami. Dopiero z nich można wywodzić dowody mogące służyć wykorzystaniu w procesie.

23/ Jak podnosi się w doktrynie – „Wszystkie czynności operacyjno-rozpoznawcze, zarówno te, których wynikiem ustawy policyjne nadają rangę dowodu, jak i pozostałe, które takiego waloru nie mają, winny być przeprowadzane zgodnie ze szczegółowymi regulacjami przewidzianymi w ustawach policyjnych i aktach wykonawczych do tych ustaw. Przepisy te powinny stanowić podstawę oceny legalności działań operacyjnych niezależnie od zgodności ich z regułami postępowania dowodowego, które nie regulują przecież pracy operacyjnej. Wykorzystanie zaś tak uzyskanych dowodów w procesie karnym powinno spełniać warunki przewidziane w k.p.k.” (A. Taracha, *Czynności operacyjno – rozpoznawcze, aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*. Lublin 2006, s. 346). Chybione jest zatem stanowisko wyrażone w kasacji, iż fakt, że brak jest precyzyjnej definicji czynności operacyjno-rozpoznawczych, a także szczegółowego katalogu rodzajów tych czynności, powoduje, iż działania funkcjonariusza CBA w okresie od lutego do dnia 16 czerwca 2007 r. nie podlegały ustawowym regulacjom, gdyż tylko „najbardziej złożone czynności operacyjno – rozpoznawcze” im podlegają, a do takich działania agenta nie należały (str. 20 kasacji). Należy podkreślić, że brak jednej, ustawowej definicji czynności operacyjno – rozpoznawczych nie zwalnia bynajmniej od przestrzegania międzynarodowych standardów w tym zakresie i ścisłego przestrzegania obowiązujących uregulowań prawnych, zarówno tych o randze ustawowej, jak i wyrażonych w przepisach wykonawczych.

24/ Podsumowując te wszystkie rozważania Sąd Najwyższy stwierdza, że jakkolwiek niejawne czynności operacyjne prowadzone przez funkcjonariuszy właściwych służb (w tym również CBA), co do zasady nie są sprzeczne z Europejską Konwencją Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz z Konstytucją RP, to jednak muszą towarzyszyć im odpowiednie gwarancje zapobiegające nadużyciom. Obowiązkiem niezależnego sądu w procesie karnym jest dokonanie weryfikacji zasadności i sposobu przeprowadzenia prowokacji (w tym również w postaci kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej) przez tych funkcjonariuszy, zwłaszcza, gdy dowody uzyskane z prowokacji stały się podstawą wydania wyroku skazującego. Szczegółowej analizie muszą podlegać zarówno powody przeprowadzenia tajnej prowokacji jak i okoliczność, czy funkcjonariusze zachowywali się pasywnie i do jakiego stopnia angażowali się w prowokowanie do przyjęcia korzyści majątkowej, a nadto, czy wywierali jakiekolwiek naciski na osoby prowokowane. Jeśli bowiem zajęli postawę aktywną, a do popełnienia przestępstwa przez osoby prowokowane nie doszłoby, gdyby nie działania agentów, taki stan rzeczy stanowi naruszenie prawa do rzetelnego procesu chronionego w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. W rezultacie uzyskane w wyniku prowokacji dowody muszą być uznane za zdobyte w sposób bezprawny.

Trafność tego stanowiska Sądu Najwyższego została potwierdzona ostatnio przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r., w połączonych sprawach nr 19678/07, 52340/08, 6228/09, 7451/09 i 19123/09, Lagutin i inni przeciwko Rosji

(<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-142518>).

X. Mając na uwadze wszystkie podniesione powyżej okoliczności Sąd Najwyższy oddalił kasację i na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne obciążył Skarb Państwa.