



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 kwietnia 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marek Pietruszyński

SSN Andrzej Siuchniński

Protokolant Justyna Kryńska - Szufnara

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Grzegorza Krysmanna,
w sprawie **J. O.**

skazanego z art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 231 § 2 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 6 kwietnia 2023 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 10 maja 2022 r., sygn. akt IV Ka 1942/21

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego Szczecin-Centrum w Szczecinie

z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. akt V K 633/09,

**I. na podstawie art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 536 k.p.k.
uchyla zaskarżony wyrok w odniesieniu do przestępstw opisanych
w punktach 37, 38, 54 i 55 objętych rozstrzygnięciem w punkcie I
tiret 10 wyroku sądu odwoławczego i w tej części postępowanie
karne wobec J. O. umarza, a kosztami postępowania w tym
zakresie obciąża Skarb Państwa;**

II. uchyla zaskarżony wyrok co do rozstrzygnięcia w punkcie I wyroku sądu odwoławczego z wyłączeniem orzeczenia w tiret 2 (uniewinnienie), i w tym zakresie przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Szczecinie w postępowaniu odwoławczym;

III. zarządza zwrócenie oskarżonemu uiszczonej opłaty od kasacji.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. akt V K 633/09, Sąd Rejonowy Szczecin - Centrum w Szczecinie orzekł w sposób następujący (opis rozstrzygnięcia w pkt I skrócono – uwaga SN):

„I. uznaje oskarżonego J. O. za winnego tego, że:

1. w okresie od 5 do 10 października 2006 r. w S., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nakłonił funkcjonariusza Komendy Miejskiej Policji w S. K. Z., upoważnionego do dostępu do informatycznej bazy danych, by ten w związku z pełnieniem tej funkcji publicznej, przekroczył swoje uprawnienia, w ten sposób, że dokonał sprawdzenia w systemie KSIP danych M. K. i W. S., w systemie CEPIK danych W. S. i w systemie PESEL danych W. S., adresu przy ul.[...] w S., danych R. K. oraz danych osoby o nazwisku M., a następnie przekazał uzyskane w ten sposób informacje dotyczące zamieszkałej pod adresem [...] J. S, oraz usiłował przekazać informacje dotyczące W. S. oraz R. K., do czego nie doszło wobec przyjęcia danych niewłaściwych osób, stanowiące tajemnicę służbową, a następnie do ich przekazania osobie nieuprawnionej – J. O., czym działał na szkodę interesu publicznego i ww. osób, tj. popełnienia przestępstwa kwalifikowanego z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 231 § 2 kk w zb. z art. 266 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk” [.....]

[dalej były przypisane inne czyny (aż do 56), tak samo kwalifikowane, w takim samym opisie czynów, czyli z przyjęciem działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowego co do oskarżonego J. O. [zaraz po dacie czynu] oraz z

odniesieniem do konkretnego funkcjonariusza publicznego (uw. SN; ostatni czyn to:]

„56. w dniu 21 listopada 2007 r. w S., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nakłonił pracownicę [...] Urzędu Skarbowego w S. M. M., upoważnioną do dostępu do danych objętych tajemnicą skarbową, by ta w związku z pełnieniem tej funkcji publicznej, przekroczyła swoje uprawnienia w ten sposób, że dokonała sprawdzenia w systemach informatycznych i bazach danych osoby K. R., nie mając do tego legitymacji w wykonanych przez siebie czynnościach służbowych, a następnie uzyskane w ten sposób informacje dotyczące tej osoby, stanowiące tajemnicę służbową, przekazała osobie nieuprawnionej J. O., czym działał na szkodę interesu publicznego i K. R., tj. popełnienia przestępstwa kwalifikowanego z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 231 § 2 kk w zb. z art. 266 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, i uznając, że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw z art. 91 § 1 kk, za przestępstwa te, na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 231 § 2 kk w zw. z art. 11 § 3 kk w zw. z art. 91 § 1 kk wymierza oskarżonemu J. O. karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności;

II. uznaje oskarżonego J. O. za winnego tego, że:

1. w dniu 11 października 2007 r. w S. nakłonił funkcjonariusza Komendy Miejskiej Policji w S. R. P., upoważnionego do dostępu do informatycznej bazy danych, by ten w związku z pełnieniem tej funkcji publicznej, przekroczył swoje uprawnienia w ten sposób, że dokonał sprawdzenia w systemie PESEL danych J. K., nie mając do tego legitymacji w wykonanych przez siebie czynnościach służbowych, a następnie uzyskane w ten sposób informacje dotyczące tej osoby, stanowiące tajemnicę służbową, przekazał osobie nieuprawnionej – J. O., czym działał na szkodę interesu publicznego i J. K., tj. popełnienia przestępstwa kwalifikowanego z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 231 § 1 kk w zb. z art. 266 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk,

2. w okresie od dnia 4 grudnia 2007 r. do dnia 5 grudnia 2007 r. w S., nakłonił funkcjonariusza Komendy Miejskiej Policji w S. K.Z., upoważnionego do dostępu do informatycznej bazy danych, by ten w związku z pełnieniem tej funkcji publicznej, przekroczył swoje uprawnienia w ten sposób, że dokonał sprawdzenia w systemie KSIP danych Z. C., a następnie uzyskane w ten sposób informacje dotyczące tej osoby przekazał osobie nieuprawnionej – J. O., czym działał na szkodę

interesu publicznego i Z. C., tj. popełnienia przestępstwa kwalifikowanego z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 231 § 1 kk w zb. z art. 266 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk,

3. w dniu 11 grudnia 2007 r. w S., nakłonił funkcjonariusza Komendy Miejskiej Policji w S. K. Z., upoważnionego do dostępu do informatycznej bazy danych, by ten w związku z pełnieniem tej funkcji publicznej, przekroczył swoje uprawnienia, w ten sposób, że dokonał sprawdzenia w systemie PESEL danych T. O., a następnie uzyskane w ten sposób informacje dotyczące tej osoby, stanowiące tajemnicę służbową, przekazał osobie nieuprawnionej – J. O., czym działał na szkodę interesu publicznego i T. O., tj. popełnienia przestępstwa kwalifikowanego z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 231 § 1 kk w zb. z art. 266 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk,

4. w okresie od dnia 1 stycznia 2008 r. do dnia 14 stycznia 2008 r. w S., nakłonił funkcjonariusza Komendy Miejskiej Policji w S. K. Z., upoważnionego do dostępu do informatycznej bazy danych, by ten w związku z pełnieniem tej funkcji publicznej, przekroczył swoje uprawnienia, w ten sposób, że dokonał sprawdzenia w systemie CEPIK pojazdu, a następnie uzyskane w ten sposób informacje dotyczące właściciela tego pojazdu, stanowiące tajemnicę służbową, przekazał osobie nieuprawnionej – J. O., czym działał na szkodę interesu publicznego i właściciela pojazdu, tj. popełnienia przestępstwa kwalifikowanego z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 231 § 1 kk w zb. z art. 266 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk,

i uznając, że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw z art. 91 § 1 kk, za przestępstwa te, na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 231 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk w zw. z art. 91 § 1 kk, wymierza oskarżonemu J. O. karę 9 (dziewięciu) miesięcy pozbawienia wolności;

III. uznaje oskarżonego J. O. za winnego tego, że w dniu 9 grudnia 2006 r. w S. nakłonił funkcjonariusza Komendy Miejskiej Policji w S. R. P., upoważnionego do dostępu do informatycznej bazy danych, by ten w związku z pełnieniem tej funkcji publicznej, przekroczył swoje uprawnienia w ten sposób, że dokonał sprawdzenia w systemie PESEL danych L. W., nie mając do tego legitymacji w wykonanych przez siebie czynnościach służbowych, a następnie do przekazania danych tej osoby, stanowiące tajemnicę służbową, osobie nieuprawnionej – J. O., do czego nie doszło wobec nie odnalezienia w systemie PESEL danych takiej osoby przez R. P., czym działał na szkodę interesu publicznego, tj. popełnienia przestępstwa kwalifikowanego

z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 231 § 1 kk w zb. z art. 266 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za przestępstwo to, na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 231 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk, wymierza oskarżonemu J. O. karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;

IV. uznaje oskarżonego J.O. za winnego popełnienia zarzuconych mu czynów wskazanych w punktach od LXVII do LXIX zarzutu, przy czym z ich opisu wyeliminował zwrot „w zamian za co J. O. udzielił mu korzyści majątkowej w nieustalonej wysokości” i uznając, że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw z art. 91 § 1 kk, za przestępstwa te, na podstawie 19 § 1 kk w zw. z art. 266 § 1 kk w zw. z art. 91 § 1 kk, wymierza oskarżonemu J. O. karę 9 (dziewięciu) miesięcy pozbawienia wolności;

V. uznaje oskarżonego J. O. za winnego popełnienia zarzuconych mu czynów wskazanych w punktach od LXX do LXXII zarzutu, przy czym z opisu czynu wskazanego w punkcie LXXII zarzutu wyeliminował wskazanie, że oskarżony uzyskiwał i przetwarzał bez uprawnienia informacje o E. W. i A. Ł., przestępstwa zakwalifikował z art. 46 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (Dz.U.2017.556.j.t) i uznając, że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw z art. 91 § 1 kk, za przestępstwa te, na podstawie art. 46 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (Dz.U.2017.556.j.t) w zw. z art. 91 § 1 kk, wymierza oskarżonemu J. O. karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

VI. na podstawie art. 91 § 2 kk łączy kary pozbawienia wolności wymierzone oskarżonemu J. O. w punktach poprzednich wyroku i wymierzył oskarżonemu J. O. karę łączną 5 (pięciu) lat pozbawienia wolności;

VII. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej wobec oskarżonego J. O. kary łącznej pozbawienia wolności zalicza okres jego zatrzymania i tymczasowego aresztowania w sprawie od 26 lutego 2008 r. do 19 marca 2008 r., od 23 lipca 2008 r. do 23 października 2008 r.;

VIII. uniewinnia oskarżonego J. O. od popełnienia zarzuconych mu czynów wskazanych w punktach XX, XXX, XXXII, LVI i LX zarzutu.”

Apelacje od tego wyroku wnieśli prokurator, oskarżony J. O. i oraz jego obrońca.

Prokurator zaskarżył wyrok w zakresie odnoszącym się do J. O. na jego niekorzyść odnośnie do czynów z pkt XX, XXX, XXXII, LVI i LX w całości, w pozostałym zakresie co do kary i konsekwencji prawnych wyroku. Stawiając zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych oraz rażącej niewspółmierności kar pozbawienia wolności wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w punktach VIII, części rozstrzygającej wyroku i w tym zakresie przekazanie sprawy oskarżonego J.O. Sądowi Rejonowemu Szczecin – Centrum w Szczecinie do ponownego rozpoznania, zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie rozstrzygnięcia o karze łącznej zawartego w pkt VI wyroku wobec J. O. oraz podwyższenie orzeczonych wobec J. O. kar pozbawienia wolności w zakresie proponowanym w apelacji i wymierzenie kary łącznej pozbawienia wolności w wymiarze 7 lat.

Apelację wniósł oskarżony J. O. oraz jego obrońca. W osobistej apelacji oskarżony podniósł sześć zarzutów, których obecnie – z uwagi na postępowanie kasacyjne – nie ma potrzeby szczegółowo przytaczać. W apelacji wskazano zarówno na obrazę przepisów prawa procesowego, jak i na obrazę prawa materialnego, m.in. przyjętej konstrukcji podlegania do przestępstwa z art. 231 § 2 k.k. Ponadto zakwestionowano również prawidłowość dokonanych ustaleń faktycznych.

Z kolei w apelacji obrońcy oskarżonego, skierowanej przeciwko rozstrzygnięciu Sądu Rejonowego w pkt I -VII podniesiono:

„1. w zakresie pkt I, II, III, IV, V części dyspozytywnej wyroku:

1.1 obrazę art. 2 § 2 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 punkt 1 k.p.k., która miała wpływ na treść rozstrzygnięcia poprzez dowolną a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, dokonanie tej oceny nieobiektywnie bez uwzględnia okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego oraz poprzez uwzględnienie okoliczności przemawiających wyłącznie na jego niekorzyść, poprzez zaniechanie gromadzenia dowodów niewinności oskarżonego przez niego wnioskowanych i w ten sposób dokonanie oceny dowodów na podstawie niekompletnego materiału dowodowego z naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego i z naruszeniem podstawowych praw do obrony oskarżonych;

1.2. obrazę art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez niezastosowanie zasady *in dubio pro reo* w sytuacji, gdy istniejące po stronie Sądu I instancji

wątpliwości, co do sposobu ustalenia faktycznego przebiegu wszystkich zarzucanych mu zdarzeń, a co za tym idzie rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego nie mogą zostać usunięte za pomocą swobodnej oceny dowodów, zaś Sąd I instancji próby takiej nawet nie podjął;

1.3. obrazę art. 7 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 193 k.p.k. poprzez ustalenie, pomimo braku wiadomości specjalnych i pomimo zaniechania przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu badań fonoskopijnych, że osobą prowadzącą rozmowy utrwalone w wyniku dokonanych rejestracji rozmów nagrań był J. O. w sytuacji, gdy oskarżony w tej kwestii się nie wypowiadał, zaś okoliczność, która miała być udowodniona ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i wymaga wiadomości specjalnych,

1.4. obrazę art. 410 k.p.k. w zw. z art. 393 § 1 k.p.k. i art. 7 k.p.k., poprzez uznanie, że dołączone do akt sprawy materiały uzyskane w ramach prowadzonej operacyjnej kontroli rozmów telefonicznych realizowanej na podstawie art. 19 ustawy o Policji mogą stanowić dowód w przedmiotowym postępowaniu karnym przeciwko J. O., pomimo tego, iż zgodnie z art. 19 ustawy o Policji operacyjna kontrola rozmów nie została zarządzona w zakresie ujawnienia dowodów czynu z art. 231 § 2 kk, art. 231 § 1 kk i art. 266 § 2 kk, których popełnienie ostatecznie przypisano J. O. ani nie uzyskano tak zwanej „zgody następcej” Sądu na wykorzystanie zarejestrowanych rozmów, jako dowodów w postępowaniu o czyny z art. 231 § 2 kk, art. 231 § 1 kk i art. 266 § 2 kk,

1.5. obrazę art. 437 § 3 kpk a contrario oraz art. 410 k.p.k. w zw. z art. 393 § 1 k.p.k. i art. 7 k.p.k., poprzez uznanie, że dołączone do akt sprawy materiały uzyskane w trybie art. 237 § 3 pkt. 17 kpk w ramach kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych mogą stanowić dowód w przedmiotowym postępowaniu karnym przeciwko J. O. w zakresie przypisanych mu czynu z art. 231 § 2 kk, art. 231 § 1 kk i art. 266 § 2 kk, oraz czynów z ustawy o usługach detektywistycznych i ustawy o ochronie danych osobowych pomimo tego, iż czyny te nie są zawarte w katalogu czynów, w stosunku do których dopuszczalna jest kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych

1.6. obrazę art. 410 k.p.k. w zw. z art. 393 § 1 k.p.k. i art. 7 k.p.k., poprzez uznanie, że dołączone do akt sprawy materiały operacyjne uzyskane w trybie art. 19

ustawy o Policji w ramach kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych mogą stanowić dowód w przedmiotowym postępowaniu karnym przeciwko J. O. w zakresie przypisanych mu czynów z art. 231 § 1 kk i art. 266 § 2 kk, oraz czynów z ustawy o usługach detektywistycznych i ustawy o ochronie danych osobowych, pomimo tego, iż czyny te nie są zawarte w katalogu czynów, w stosunku do których dopuszczalna jest kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych na podstawie art. 19 ustawy o Policji

1.7 obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 410 kpk w zw. z art. 394 § 2 kpk poprzez oparcie ustaleń faktycznych w zakresie popełnienia przez oskarżonego zarzucanych mu czynów na podstawie dowodów w postaci nagrań z kontroli operacyjnych (akta niejawne sprawy), które nie zostały ujawnione w toku procesu sądowego;

2. w zakresie pkt I części dyspozytywnej wyroku:

2.1. obrazę prawa materialnego, tj. art. 18 § 2 kk w zw. z art. 231 § 2 kk poprzez ich błędną wykładnię oraz błędne i nieuzasadnione zastosowanie przy ustalaniu czynów przypisanych oskarżonemu oraz w podstawie wymiaru oskarżonemu kary, pomimo tego, iż:

- przypisany fakt działania oskarżonego J. O. „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej” nie może skutkować zastosowaniem w kumulatywnej kwalifikacji prawnej art. 231 § 2 kk, albowiem w tym artykule mowa jest o działaniu sprawcy a nie podżegacza w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a przyjęcie zastosowanej przez Sąd I instancji kwalifikacji prawnej wprowadza niedozwolony rodzaj akcesoryjności odpowiedzialności podżegacza i jej zależność od czynu osoby podżeganej, co na gruncie aktualnej teorii prawa karnego i zdezaktualizowania się rozumienia tzw. form zjawiskowych wskazanych w art. 18 § 2 kk jako form udziału w cudzym przestępstwie, jest bezprawne, albowiem podżeganie traktować należy jako osobny typ czynu zabronionego pod groźbą kary charakteryzujący się własnym, niezależnym zespołem znamion, tak więc uzależnienie kwalifikacji prawnej podżegacza nie od tego, do czego podżegał, a od tego, co sprawca dokonał, jest błędne;

- Sąd I instancji w ogóle nie ustalił w uzasadnieniu wyroku, że oskarżeni K.Z. i M.M. działali w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez J. O. - J. O. nie nakłaniał funkcjonariuszy publicznych określonych w wyroku do popełnienia

przestępstwa z art. 231 § 2 kk w celu osiągnięcia przez nich albo przez niego korzyści majątkowej,

a ponadto przyjęcie takiej kwalifikacji nawet w teorii jest wykluczone, albowiem zarobek z tytułu realizacji przez oskarżonego J. O. umowy zlecenia nie może być postrzegany jako relewantna w prawie karnym, tj. bezprawna korzyść majątkowa,

2.2. obrazę prawa materialnego, tj. art. 20 kk poprzez naruszenie zasady indywidualizacji odpowiedzialności karnej oraz uznanie, że ustalony przez Sąd fakt popełnienia przez sprawcę wykonawczego (funkcjonariuszy publicznych) przestępstwa z art. 231 § 2 kk pozwala na zastosowanie wobec podżegającego kwalifikacji prawnej z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 231 § 2 kk, w sytuacji gdy nie ustalono, aby podżegający podżegał do przestępstwa z art. 231 § 2 kk, albowiem swoim zamiarem nie obejmował działania sprawcy wykonawczego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej,

2.3. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, że oskarżeni R.P. oraz J.M. działali w zamiarze bezpośrednim w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez J. O., pomimo braku podstaw dla takich ustaleń wynikających ze zgromadzonego materiału dowodowego, w tym przede wszystkim z wyjaśnień R.P., J.M. oraz J. O. oraz w braku jakichkolwiek innych dowodów na tą okoliczność,

3. w zakresie pkt II części dyspozytywnej wyroku:

3.1. obrazę prawa materialnego, tj. art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 231 § 1 kk poprzez ich błędne i nieuzasadnione zastosowanie przy ustalaniu czynów przypisanych oskarżonemu oraz w podstawie wymiaru oskarżonemu kary, w sytuacji w której po wyeliminowaniu ustaleń faktycznych, które dokonane zostały w oparciu o dowody nieujawnione w postępowaniu sądowym, a także w oparciu o materiały, które nie mogą stanowić dowodów w niniejszym postępowaniu (zarzut 1.4., 1.5., 1.6.), brak jest w niniejszej sprawie wystarczających dowodów na przypisanie popełnienia oskarżonemu J. O. przestępstw stypizowanych w art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 231 § 1 kk,

4. w zakresie pkt IV części dyspozytywnej wyroku naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 46 ust. 1 i 2 ustawy o usługach detektywistycznych poprzez błędną wykładnię oraz błędne i nieuzasadnione jego zastosowanie przy ustalaniu czynów przypisanych oskarżonemu w pkt od LXX do LXXII zarzutu (pkt V

wyroku) , pomimo tego, że nie były one usługami detektywistycznymi w rozumieniu art. 2 ustawy o usługach detektywistycznych, a w związku z tym do ich wykonywania nie było konieczne posiadanie licencji a także określonego wpisu do rejestru

5. nadto, z ostrożności procesowej, w zakresie pkt I i VI części dyspozytywnej wyroku:

5.1 orzeczenie względem J. O. rażąco niewspółmiernej kary za czyn opisany w pkt. I i w efekcie rażąco wysokiej kary łącznej w rozmiarze 5 lat pozbawienia wolności, przy wymiarze których sąd pominął istotne okoliczności, mające wpływ na wymiar kary, takie jak sposób życia przed popełnieniem przestępstwa, uprzednią niekaralność oskarżonego, oraz zachowanie sprawcy po popełnieniu czynu zabronionego tj. również niepopelnianie czynów zabronionych oraz ustabilizowany tryb życia, co powinno skutkować orzeczeniem kary w niższym wymiarze, pozwalającym na jej warunkowe zawieszenie,

5.2 błąd w ustaleniach faktycznych mający istotny wpływ na orzeczenie zapadłe w sprawie, w tym orzeczenie rażąco niewspółmiernej kary, poprzez uznanie przez sąd, że czyny popełnione przez oskarżonego cechuje społeczna szkodliwość w stopniu znacznym i bardzo dużym, w sytuacji, gdy analiza wszystkich przesłanek koniecznych do oceny społecznej szkodliwości czynu, w tym w szczególności sposobu i okoliczności popełnienia czynu, wskazują, iż czyny te nie mogą charakteryzować się taką oceną. „

Wskazując na powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o uchylenie wyroku sądu I instancji i przekazanie sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 14 listopada 2019 r., sygn. akt, orzekł – co do oskarżonego J. O. – w sposób następujący:

„I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- uchyła rozstrzygnięcie o karze łącznej pozbawienia wolności orzeczonej wobec J. O. (pkt VI jego części dyspozytywnej);
- uchyła rozstrzygnięcia o karach pozbawienia wolności orzeczonych wobec J. O. w pkt. I i II jego części dyspozytywnej;
- uniewinnia oskarżonego J. O. od popełnienia czynów opisanych w pkt. I-XIX, XXI-XXIX, XXVIII-XXIX, LI, L, LVII-LIX jego części wstępnej i wyeliminował z

ciągu przestępstw przypisanego J. O. w pkt. I jego części dyspozytywnej czyny opisane w pkt: 1-24, 27-28, 46-50, a kosztami procesu w sprawie w tym zakresie obciąża Skarb Państwa;

- eliminuje czyny opisane w pkt. I ppkt: 37, 38, 54 i 55 z ciągu przestępstw przypisanego J. O. w pkt. I jego części dyspozytywnej i wymierza oskarżonemu za tak przypisany ciąg przestępstw, na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 231 § 2 kk w zw. z art. 11 § 3 kk w zw. z art. 91 § 1 kk, karę 1 (roku) i 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności;

- z opisów czynów wskazanych w pkt. I ppkt: 37, 38, 54 i 55 jego części dyspozytywnej eliminuje sformułowanie: „działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej” i kwalifikując je z art. 18 § 2 kk w zw. z art. 231 § 1 kk w zb. z art. 266 § 2 kk w zw. z art. 11 § 2 kk oraz ustalając, że czyny te oraz czyn opisany w pkt. III jego części dyspozytywnej należą do ciągu przestępstw przyjętego w pkt. II jego części dyspozytywnej, wymierza J. O. za tak przypisany mu ciąg przestępstw na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 231 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk w zw. z art. 91 § 1 kk karę 1 (jednego) roku i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności;

- na podstawie art. 91 § 2 kk łączył wyżej wymierzone kary pozbawienia wolności orzeczone wobec J. O. oraz kary pozbawienia wolności orzeczone wobec niego w pkt. IV i V jego części dyspozytywnej i wymierza J. O. karę łączną 2 (dwóch) lat i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności i do tej kary odnosi rozstrzygnięcie o zaliczeniu okresu jego zatrzymania i tymczasowego aresztowania (pkt VII jego części dyspozytywnej).”

Postanowieniem z dnia 14 listopada 2019 r. sprostowano wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 14 listopada 2019 r. w ten sposób, że w pkt I tiret 3 jego części dyspozytywnej w miejsce błędnie wpisanych liczb „XXI-XXIX” po liczbach „I-XIX”. wpisać prawidłowe liczby „XXI-XXV”.

Kasacje w tej sprawie wnieśli prokurator oraz obrońca oskarżonego J. O. Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść m.in. J. O. w części dotyczącej winy na jego niekorzyść co do czynów opisanych **w punkcie I tiret trzecie i czwarte części dyspozytywnej wyroku sądu odwoławczego** zarzucając rozstrzygnięciu sadu odwoławczego rażące naruszenie przepisów prawa, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

„1. art. 170 § 1 k.p.k. i art. 237 § 3 k.p.k. poprzez ich zastosowanie do materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej i utrwalania rozmów i uznanie, że były to dowody niedopuszczalne z uwagi na to, że nie obejmują czynów opisanych w katalogu określonym w art. 237 § 3 k.p.k., podczas gdy przedmiotowy katalog dotyczy kontroli procesowej rozmów, a nie czynności podejmowanych w trybie ustawy o Policji, jakie miały miejsce w sprawie w okresie do lipca 2007, zaś efekty tych czynności były dopuszczalne jako dowody w procesie z uwagi na to, że zarówno w dacie ich stosowania jak i obecnie dotyczyły przestępstw określonych w katalogu przewidzianym w art. 19 ust. 1 pkt 2 wspomnianej ustawy, co miało istotny wpływ na treść orzeczenia skutkując uniewinnieniem oskarżonych.

2. art. 168b k.p.k. i 237a k.p.k. poprzez ich niezastosowanie, pomimo wypełnienia przesłanek do wykorzystania tych przepisów i uznania za dopuszczalne dowodów zgromadzonych w wyniku kontroli i utrwalania rozmów co do czynów nie objętych pierwotnym zarządzeniem o stosowaniu kontroli, wynikających z literalnego brzmienia wspomnianych przepisów, wniosku prokuratora o wykorzystanie dowodów z kontroli rozmów wyrażonego zarówno w akcie oskarżenia jak i w odpowiedzi na apelację obrońców, ale przede wszystkim w sytuacji, gdy zastosowanie kontroli rozmów podlegało i podlega kontroli sądu, było proporcjonalne do wagi czynów badanych w sprawie, zaś zachowania te objęte były katalogami ustawowymi uchylającymi tajemnicę korespondencji także przy aktualnej kwalifikacji prawnej tych zachowań, co miało istotny wpływ na treść orzeczenia z uwagi na dokonanie innych ustaleń faktycznych”.

W konsekwencji postawionych zarzutów prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku m.in. co do oskarżonego J. O. odnośnie do czynów opisanych w punkcie I tiret trzecie i czwarte części dyspozytywnej wyroku sądu odwoławczego i w tym zakresie przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Obrońca J. O. w nadzwyczajnym środku zaskarżenia zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie w części dotyczącej punktów I tiret 5, tiret 6 oraz punktu II zarzucając temu wyrokowi:

„1. rażącą obrazę prawa procesowego, to jest art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k., która miała wpływ na treść rozstrzygnięcia, polegającą na utrzymaniu w mocy wyroku

Sądu Rejonowego Szczecin – Centrum w Szczecinie z dnia 2 sierpnia 2018r. skazującego J. O. za czyny przypisane mu w pkt. I, II i III, IV z modyfikacjami dokonanymi przez Sąd Okręgowy w Szczecinie w pkt. I tiret 5 i 6 części rozstrzygającej, w sytuacji gdy, przyjęcie przez Sąd Okręgowy w Szczecinie braku możliwości wykorzystania jako materiał dowodowy materiałów uzyskanych w drodze kontroli rozmów, przy uwzględnieniu treści dowodów w postaci wyjaśnień oskarżonych J. O., R.P., K.Z., wyjaśnień i zeznań M.M. i M.W., oraz innych dowodów w tym zakresie w tym dowodów z dokumentów, przy uwzględnieniu zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, nie pozwalają na dokonanie ustaleń w zakresie poszczególnych czynów, w tym ustaleń dotyczących nakłaniania przez J. O. innych osób do ujawnienia tajemnicy służbowej

2. rażącą obrazę prawa materialnego, tj. art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 231 § 2 k.k. polegającą na utrzymaniu w mocy wyroku Sądu Rejonowego Szczecin – Centrum w Szczecinie z dnia 2 sierpnia 2018r. skazującego J. O. za czyny przypisane mu w pkt. I z modyfikacjami dokonanymi przez Sąd Okręgowy w Szczecinie w pkt. I tiret 3,4,5 części rozstrzygającej, z przyjęciem, w opisie każdego z przypisanych czynów, iż to J. O. działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, braku wskazania, iż poszczególne osoby nakłaniane były do ujawnienia tajemnicy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w sytuacji gdy właściwa wykładania przywołanych przepisów, w ustalonym przez Sąd I i II instancji stanie faktycznym, gdzie korzyść majątkowa wynikająca z przychodów z prowadzonej działalności gospodarczej, miała przypaść sprawcy podżegania, prowadzi do wniosku, przypisany fakt działania oskarżonego J. O. „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej” nie może skutkować zastosowaniem w kumulatywnej kwalifikacji prawnej art. 231 § 2 k.k., albowiem w tym artykule mowa jest o działaniu sprawcy, a nie podżegacza w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a ponadto przyjęcie takiej kwalifikacji nawet w teorii jest wykluczone, albowiem zarobek z tytułu realizacji przez oskarżonego J. O. umowy zlecenia nie może być postrzegany jako relewantna w prawie karnym, tj. bezprawna korzyść majątkowa,

3. rażącą obrazę prawa materialnego, tj. art. 20 k.k. polegającą na utrzymaniu w mocy wyroku Sądu Rejonowego Szczecin – Centrum w Szczecinie z dnia 2 sierpnia 2018r. skazującego J. O. za czyny przypisane mu w pkt. I z

modyfikacjami dokonanymi przez Sąd Okręgowy w Szczecinie w pkt. I tiret 3,4,5 części rozstrzygającej i w efekcie naruszenie zasady indywidualizacji odpowiedzialności karnej oraz uznanie, że ustalony przez Sąd fakt popełnienia przez sprawcę wykonawczego (funkcjonariuszy publicznych) przestępstwa z art. 231 § 2 k.k. pozwala na zastosowanie wobec podlegającego kwalifikacji prawnej z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 231 § 2 k.k., w sytuacji gdy nie ustalono, aby podlegający podlegał do przestępstwa z art. 231 § 2 k.k., albowiem swoim zamiarem nie obejmował działania sprawcy wykonawczego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”.

W konsekwencji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W odpowiedzi na kasację obrońcy, prokurator Prokuratury Okręgowej w S. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Wyrokiem z dnia 8 września 2021 r., w sprawie o sygn. akt V KK 358/20, Sąd Najwyższy orzekł w sposób następujący:

1/ oddalił kasację obrońcy jako oczywiście bezzasadną i kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne w tej części obciążył J. O.;

2/ uchylił zaskarżony wyrok w odniesieniu do J. O. w części dotyczącej czynów opisanych w pkt. I tiret 3, 4, wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 10 maja 2022 r., sygn. IV Ka 1942/21, na skutek apelacji wniesionych m.in. przez oskarżonego J. O., jego obrońcę i prokuratora od wyroku Sądu Rejonowego Szczecin – Centrum w Szczecinie z dnia 2 sierpnia 2018 r., sygn. V K 633/09, orzekł w następujący sposób:

„I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- uchyla zawarte w pkt. VI jego części dyspozytywnej orzeczenie o wymierzonej J. O. karze łącznej pozbawienia wolności jak i zawarte w pkt. I jego części dyspozytywnej orzeczenie o karze pozbawienia wolności za przypisany tam ciąg przestępstw,

- uniewinnia J. O. od popełnienia czynów opisanych w pkt. XI, XII, XV, XIX, XXII, XXIII i XXIV jego części wstępnej - eliminując tym samym z przypisanego temu oskarżonemu w pkt. I części dyspozytywnej wyroku ciągu przestępstw czyny opisane tam w podpunktach 11, 12, 15, 19, 21, 22 i 23.

- w odniesieniu do czynu opisanego w pkt. I ppkt. 13 jego części dyspozytywnej za datę popełnienia tego czynu przyjmuje 6 sierpnia 2007 r., a w jego opisie zwrot „w systemie KSIP danych T.P. i A.S. oraz w systemie PESEL, KSIP i CEPIK danych T.J.” zastępuje zwrotem „w systemach KSIP i CEPIK danych T.P.”, zwrot „dotyczące tych osób” zastępuje zwrotem „dotyczące tej osoby”, a nadto zwrot „prawnie chronionego interesu T.J., T.P. i A.S.” zastępuje zwrotem „prawnie chronionego interesu T.P.”,

- w odniesieniu do czynu opisanego w pkt. I ppkt. 16 jego części dyspozytywnej za datę tego czynu przyjmuje dzień 16 sierpnia 2007 r.,

- w odniesieniu do czynu opisanego w pkt. I ppkt. 17 jego części dyspozytywnej z jego opisu eliminuje zwrot „oraz danych samochodów zarejestrowanych na A.W. i”,

- w odniesieniu do czynu opisanego w pkt. I ppkt. 18 jego części dyspozytywnej za datę tego czynu przyjmuje dzień 3 września 2007 r. z jego opisu eliminuje zwrot „i KSIP” oraz zwrot „w systemie PESEL danych E.S. i E.S.1”, zaś zwrot „informacje dotyczące tych osób” zastępuje zwrotem „informacje dotyczące tej osoby”,

- w odniesieniu do czynu opisanego w pkt. I ppkt. 20 jego części dyspozytywnej za datę tego czynu przyjmuje dzień 19 września 2007 r. z jego opisu eliminuje zwrot „PESEL danych W.G. oraz w systemie”, zaś zwrot „informacje dotyczące tych osób” zastępuje zwrotem „informacje dotyczące tej osoby”,

- w odniesieniu do czynu opisanego w pkt. I ppkt. 27 jego części dyspozytywnej za datę końcową tego czynu przyjmuje dzień 12 września 2007 r.,

- w odniesieniu do czynu opisanego w pkt. I ppkt. 28 jego części dyspozytywnej za datę końcową tego czynu przyjmuje dzień 2 maja 2007 r.,

- czyny ujęte w pkt. I ppkt. 1-10, 13, 14, 16-18, 20, 24-56 jego części dyspozytywnej - z uwzględnieniem powyższych zmian w opisach – uznaje za ciąg przestępstw z art. 91 § 1 kk i na podstawie art. 19 § 1 kk w zw. z art. 231 § 2 kk w

zw. z art. 11 § 3 kk wymierza za nie oskarżonemu J. O. karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

- na podstawie art. 91 § 2 kk łączył orzeczone wobec J. O. kary pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 4 (czterech) lat pozbawienia wolności, do której to kary odnosi orzeczenie o zaliczeniu zatrzymania i tymczasowego aresztowania, zawarte w pkt. VII jego części dyspozytywnej,

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy.”

Kasację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego. W części wstępnej kasacji obrońca stwierdził wprawdzie, że zaskarża wyrok w części co do punktu II (utrzymano w mocy zaskarżony wyrok w pozostałym zakresie – czyli także co do pozostałych czynów z pkt I wyroku sądu pierwszej instancji), ale postawione zarzuty kasacji, w tym opisane poniżej zarzuty z pkt 1 i 2 wyraźnie dowodzą, iż zakresem zaskarżenia kasacją objęto wyrok także w zakresie pkt I wyroku sądu odwoławczego (za wyjątkiem części w jakiej doszło do uniewinnienia), albowiem także w tej części wyroku rozstrzygnięto co do czynów kwalifikowanych z art. 231 § 2 k.p.k. co do których stosowana była kontrola operacyjna, objęta zarzutami kasacji; także co do tej części wyroku sformułowano zarzut naruszenia prawa materialnego.

Obrońca w kasacji postawił następujące zarzuty:

„1. *rażące naruszenie prawa procesowego, mające wpływ na treść orzeczenia, tj. 394 § k.p.k. (a contrario) w zw. z art. 393 § 1 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 19 ust. 1, 2, 3, 7 pkt 2, 15 ustawy o Policji, poprzez uznanie za ujawnione przez Sąd Okręgowy w Szczecinie na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2022 r. i tym samym zaliczenie w poczet materiału dowodowego płyt i dyskietek zawierających zapisy zarejestrowanych rozmów znajdujących się w niejawnej części materiałów sprawy, tj. materiału uzyskanego w ramach tzw. kontroli operacyjnej, wbrew postanowieniom art. 19 ustawy o Policji, w sytuacji gdy zarządzenie kontroli operacyjnej dokonywanej na podstawie przywoływanego przepisu nie obejmowało czynów z art. 231 § 1 i 2 k.k. oraz art. 266 § 2 k.k. (brak tzw. zgody następczej), co nie pozwalało na wprowadzenie do materiału dowodowego (a także czynienie ustaleń faktycznych lub przyjmowanie ustaleń za własne) materiału zgromadzonego w ww. sposób - sprzeczny z przewidzianą ku temu procedurą,*

2. *rażącą obrazę prawa materialnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 231 § 2 k.k. poprzez błędną wykładnię, a w konsekwencji - niewłaściwe zastosowanie w zakresie ustalenia czynów przypisanych J. O. w sytuacji gdy aktualna teoria prawa karnego uznaje podżeganie za samoistny typ czynu zabronionego pod groźbą kary, zawierający własny zespół znamion, co na gruncie przedmiotowego postępowania karnego nie znalazło zastosowania, w sytuacji utrzymania w mocy przez Sąd Okręgowy w Szczecinie IV Wydział Karny wyroku z dnia 2 sierpnia 2018 r., a w konsekwencji przyjęcia odpowiedzialności J. O. za podżeganie do czynu jakiego dokonał sprawca (funkcjonariusz publiczny), tj. czynów z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 231 § 2 k.k.,*

3. *rażące naruszenie prawa procesowego, mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 437 § 1 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. poprzez utrzymanie w mocy przez Sąd Okręgowy w Szczecinie IV Wydział Karny Odwoławczy ustaleń Sadu I instancji w zakresie tożsamości osób, których głos utrwalony został na nagraniach rozmów w ramach przeprowadzonej kontroli operacyjnej i nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego, w sytuacji gdy ustalenie tożsamości osób, których głos zarejestrowany został na ww. nagraniach, konieczne było posiadanie wiedzy specjalistycznej z zakresu fonoskopijnej identyfikacji mówców.”*

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania.

W pisemnym stanowisku prokurator wniósł o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej. W toku rozprawy kasacyjnej prokurator, po sygnalizacji przez Sąd Najwyższy możliwości zaistnienia uchybienia z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

I. Obszerne przywołanie treści wyroku sądu pierwszej instancji oraz obu wydanych w tej sprawie wyroków sądu odwoławczego (w sprawach o sygnaturach IV Ka 675/19 i IV Ka 1942/210), a także wyroku Sądu Najwyższego wydanego w sprawie V KK 358/20 było konieczne z kilku powodów. Po pierwsze, zestawienie tych wyroków oraz

zakresu uchylenia wynikającego z wyroku Sądu Najwyższego w sprawie V KK 358/20 pozwala na wskazanie zaistnienia na obecnym etapie postępowania kasacyjnego sytuacji procesowej objętej dyspozycją art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k., tj. naruszenia zakazu *res iudicata* przez sąd odwoławczy. Uchybienia tego nie dostrzegł autor kasacji ani prokurator w pisemnej odpowiedzi na kasację. Ta okoliczność, dostrzeżona z urzędu przez Sąd Najwyższy, musiała skutkować orzekaniem poza granicami zarzutów (art. 536 k.p.k.). Po drugie, szczegółowe przedstawienie treści tych wyroków pozwala na stwierdzenie, że sąd odwoławczy orzekając w tej sprawie nie ustalił prawidłowo pola ponownego rozpoznania sprawy (orzekania), a skutkiem tego było przyjęcie, iż może orzec karę łączną (pkt I tiret 11), choć orzekać mógł tylko co do ciągu przestępstw opisanych w pkt I wyroku sądu pierwszej instancji, a orzekł o tym przecież już w pkt I tiret 10. W konsekwencji sąd ten orzekł karę łączną choć przedmiotem postępowania odwoławczego był tylko ciąg przestępstw z art. 91 § 1 k.k. za który wymierzył jedną karę. Nie mógł zatem uchylać także orzeczenia o karze łącznej (pkt I tiret 1), bo tej kary łącznej już nie było w toku ponownego orzekania. Po trzecie wreszcie, wskazanie na poprzednie postępowanie kasacyjne i sposób postąpienia z kasacją obrońcy w zakresie zarzutu obrazy prawa materialnego, tj. art. 18 § 2 w zw. z art. 231 § 2 k.p.k. oraz zarzutu dotyczącego legalności materiału uzyskanego w toku kontroli operacyjnej wymusza zasygnalizowanie określonego postąpienia. Po tych uwagach przejść należy do uzasadnienia poszczególnych wskazanych tu kwestii.

II. Z treści wyroku Sądu Najwyższego wydanego w sprawie V KK 358/20 wynika, że wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie w sprawie IV Ka 675/19 został uchylony li tylko w zakresie czynów opisanych w pkt I tiret 3 i 4. To zaś oznacza, że uchylono wyrok w części, w której uniewinniono oskarżonego od określonych (wyraźnie wymienionych) czynów ujętych w ciągu przestępstw opisanego w pkt I części dyspozytywnej wyroku sądu pierwszej instancji, które to czyny sąd odwoławczy konsekwentnie (z powodu uniewinnienia) wyeliminował z tego ciągu opisanego w pkt pierwszym (tiret 3). Tiret 4 wyroku, który także został uchylony, zawierał w sobie dwa rozstrzygnięcia. Pierwsze polegało na wyeliminowaniu czynów z pkt 37, 38, 54 i 55 z ciągu przestępstwa z pkt I wyroku w jego części dyspozytywnej, ale to wyeliminowanie nie wiązało się z uniewinnieniem oskarżonego. Drugie, zawierało w

sobie wymierzenie kary za ciąg przestępstw z pkt I – już bez przestępstw opisanych w pkt 37,38,54 i 55; była to kara za ciąg z pkt I wyroku sądu pierwszej instancji w wysokości roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności. Z niewiadomych powodów Sąd Najwyższy uchylił jednak karę i za ten ciąg przestępstw, który obejmował przecież pozostałe przestępstwa (z wyłączeniem więc czynów co do których uniewinniono oskarżonego w tiret 3 oraz czynów z pkt 37,38, 54 i 55), choć przecież nie uwzględniono kasacji obrońcy w tym zakresie (tych czynów dotyczyła wskazana przez obrońcę obraza prawa materialnego). Powstała w tym układzie dziwna sytuacja, że Sąd Najwyższy oddalił kasację obrońcy (kasację, która z tym samym zarzutem została obecnie uwzględniona przez Sąd Najwyższy) co do czynów opisanych w pkt 26, 31, 33-36, 39-45, 52, 53 (z czynów z pkt 20, 30, 32, 56 i 60 – uniewinniono w pkt VIII wyroku sądu pierwszej instancji, a sąd odwoławczy apelacji prokuratora nie uwzględnił;), ale jednocześnie uchylił karę za ten ciąg przestępstw. Wskazać trzeba, że w układzie, gdy uchylany był wyrok tylko w zakresie uniewinnienia oskarżonego od popełnienia określonych czynów (pkt I tiret 3), to przecież nie miało to żadnego znaczenia dla orzeczonej kary za ciąg przestępstw z art. 91 § 1 k.k. Po prostu, w przypadku ewentualnego nawet skazania za te przestępstwa, co do których wyrok sądu odwoławczego został uchylony i przekazano sprawę do ponownego rozpoznania, to uprawomocnienie się takiego wyroku (co do zbiegu przestępstw, tworzących ciąg) dawałoby podstawę do procedowania w sądzie rejonowym w przedmiocie wyroku łącznego (art. 568a pkt 2 k.p.k. – wtedy by połączono taką karę z karami orzeczonymi w pkt I tiret 5 oraz karami wymierzonymi za czyny z pkt IV i V).

Skutkiem uchylecia rozstrzygnięcia w pkt I tiret 4 było jednak pozbawienie wszystkich tych czynów prawomocności w znaczeniu materialnym, skoro za ten ciąg przestępstw nie było orzeczonej kary. W tym obszarze nie wystąpiła więc przeszkoda procesowa w postaci *res iudicata* (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2011 r., II KK 244/10, OSNKW 2011, z. 5, poz. 46).

Gdyby obecnie procedujący sąd odwoławczy dokładnie przeanalizował treść wyroku w sprawie IV Ka 675/19, to musiałby dostrzec, że **te właśnie czyny (pkt 37,38, 54 i 55 – przestępstwa w ciągu przestępstw) zostały przeniesione (po wyeliminowaniu w tiret 4) – po dokonaniu zmiany w opisie czynów – do**

rozstrzygnięcia w tiret 5 i włączone w zbieg przestępstw tworzących ciąg przestępstw razem z czynem z pkt III wyroku sądu pierwszej instancji oraz z przestępstwami opisanymi w pkt II tego wyroku. W konsekwencji takiego rozstrzygnięcia sąd odwoławczy w wyroku IV Ka 675/19 stworzył w pkt I tiret 5 konstrukcję **jednego ciągu przestępstw** obejmującego czyny: z pkt II, III oraz czynów z pkt 37,38, 54 i 55 opisanych w wyroku sądu pierwszej instancji w pkt I (te ostatnie wyeliminowane z tego ciągu w tiret 4). Za tak opisany ciąg przestępstw wymierzył oskarżonemu jedną karę na podstawie art. 19 § 1 w zw. z art. 231 § 1 i w zw. z art. 11 § 3 k.k. – była to kara roku i dwóch miesięcy. **Ten punkt wyroku sądu odwoławczego nie został uchylony w toku postępowania V KK 358/20, a zatem rozstrzygnięcie to było prawomocne. Sąd odwoławczy orzekając co do tych czynów dopuścił się więc rażącego naruszenia prawa procesowego, tj. art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., albowiem orzekł ponownie co do tych czynów w pkt I tiret 10 zaskarżonego wyroku.** To zaś musiało skutkować zastosowaniem przepisu art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w postępowaniu kasacyjnym (art. 536 k.p.k.). Konsekwencją musiało być uchylenie wyroku w tym zakresie i umorzenie postępowania co do tych czynów, a wydatkami postępowania karnego obciążony został Skarb Państwa (pkt I wyroku Sądu Najwyższego).

Ponadto, wobec uchylenia przez Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 8 września 2021 r., V KK 358/20, rozstrzygnięcia co do czynów z pkt I (opisane w tiret 4) przestała istnieć *ex lege* kara łączna, która była orzeczona w pkt I tiret 6. W konsekwencji wyroku Sądu Najwyższego wydanego w sprawie V KK 358/20 nie zostało wzruszone orzeczenie co do czynów z pkt II, III i czynów z pkt 37,38,54 i 55, a kara za ten ciąg przestępstw w wymiarze roku i dwóch miesięcy była prawomocna. Nie zostały wzruszone także orzeczenia wskazane w pkt IV (kara 9 miesięcy pozbawienia wolności) i V wyroku sądu pierwszej instancji (kara 6 miesięcy pozbawienia wolności). W toku ponownego rozpoznania sprawy w postępowaniu odwoławczym przedmiotem procedowania były wniesione apelacje, ale tylko w zakresie czynów objętych rozstrzygnięciem w pkt I wyroku sądu pierwszej instancji – z wyłączeniem, wszakże przestępstw z pkt 37,38,54 i 55, bo te znalazły się w nowym – utworzonym przez sąd odwoławczy – ciągu przestępstw zawartym w pkt I tiret 5 wyroku. Już z tego zatem wynika, że obecnie zawarte w wyroku sądu drugiej instancji orzeczenia

o karze łącznej (pkt I tiret 11) zapadło z oczywistym naruszeniem prawa materialnego (art. 91 § 2 i art. 85 § 1 k.k.), albowiem **oprócz orzeczonej kary za ciąg przestępstw z pkt I (pkt I tiret 10) nie było już innej kary (innego ciągu przestępstw), co do której by mógł orzekać sąd odwoławczy**. Jest bowiem oczywiste, że sąd odwoławczy nie może orzekać w postępowaniu kary łącznej co do tych czynów, co do których nie orzeka w postępowaniu apelacyjnym (w granicach rozpoznania sprawy). Mógł orzec tylko co do ciągu przestępstw z pkt I w zakresie w jakim sprawę przekazał Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie V KK 358/20, a więc z wyłączeniem także co do przestępstw z pkt 37,38,54 i 55. Powyższe oczywiste naruszenie przepisów prawa materialnego nie wymaga odrębnego rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy (wyraźnego uchylenia), albowiem zasadność kasacji obrońcy oraz naruszenie powagi rzeczy osadzonej co do przestępstw z pkt 37,38,54 i 55 skutkować musiało uchyleniem wyroku co do czynów opisanych w pkt I wyroku sądu pierwszej instancji (z wyłączeniem oczywiście rozstrzygnięcia o uniewinnieniu), a to z kolei powoduje formalne uchylenie orzeczenia o karze łącznej, które było wydane z naruszeniem prawa.

III. Oczywiście zasadna okazała się kasacja obrońcy skazanego w zakresie zarzutu obrazy prawa materialnego (pkt 2 kasacji) oraz w zakresie, w jakim w zarzucie pierwszym kasacji wskazywano, że wprowadzono do procesu materiały z kontroli operacyjnej bez uzyskania zgody następniej w zakresie czynów kwalifikowanych z art. 231 § 2 k.k. oraz art. 266 § 2 k.k. Ten ostatni czyn (art. 266 § 2 k.k.) nie mógł być w ogóle objęty zgodą następczą jako czyn tzw. niekatalogowy. Na wstępie odnieść należy się do zarzutu obrazy prawa materialnego, albowiem z uwagi na jego konsekwencje procesowe, zarzut związany z naruszeniem regulacji dotyczących kontroli operacyjnej, prowadzonej w oparciu o ustawę z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tj. Dz.U. z 2023 r., poz. 171 – dalej jako ustawa o Policji), ma zupełnie inne znaczenie.

W opisie wszystkich czynów wskazanych w pkt I wyroku sądu pierwszej instancji, za które wymierzono skazanemu prawomocnie karę pozbawienia wolności, wskazano, że okoliczność „działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej” ulokowana została przy opisie zachowania podżegacza, czyli J. O., a zatem określała jego działanie (motywację). Takiego celu nie ujęto zaś w opisie czynów realizowanych przez

funkcjonariuszy publicznych, a wyczerpujących znamiona typu czynu zabronionego z art. 231 § 1 k.k. Pomijając już zatem podnoszoną w apelacji przez obrońcę kwestię, że działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez podżegacza, tj. oskarżonego, który był detektywem, polegało na uzyskiwaniu korzyści majątkowej od swoich klientów za zawarcie umowy i prowadzenie działalności detektywistycznej (w toku której to działalności następowało pozyskiwanie danych od funkcjonariuszy publicznych), podkreślić trzeba, iż taka konstrukcja opisu przestępstw eliminowała możliwość zakwalifikowania ich z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 231 § 2 k.p.k. Przepis art. 231 § 2 k.k. wymaga bowiem aby to sprawca czynu z art. 231 § 1 k.k. działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a przecież takiego celu działania funkcjonariuszom publicznym nie przypisano (art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k.). Zresztą w uzasadnieniu wyroku sądu pierwszej instancji wskazano, że nie znaleziono podstaw dowodowych do przyjęcia, aby funkcjonariusze publiczni uzyskiwali korzyść majątkową za swoje zachowania wyczerpujące znamiona czynów z art. 231 § 1 k.k. Przypisanie oskarżonemu odpowiedzialności za przestępstwo z art. 231 § 2 k.k. w formie podżegania było wynikiem przyjęcia koncepcji, że funkcjonariusze publiczni wiedzieli czym zajmuje się podżegacz i że czyni to za odpowiednie wynagrodzenie. Niczego w takim ujęciu opisu czynów nie zmienia, w zakresie odpowiedzialności J. O., odwołanie się do art. 21 § 2 k.k. Skazany wiedział bowiem, że osoby działające na jego rzecz i dostarczające mu określonych danych z systemów informatycznych są funkcjonariuszami publicznymi, ale to tylko umożliwiało zakwalifikowanie jego czynów z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 231 § 1 k.k., skoro funkcjonariuszom publicznym nie przypisano działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Ma zatem rację obrońca, że sąd odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia prawa materialnego, akceptując oczywiście błędną wykładnię wskazanych przepisów prawa i prezentując stanowisko, iż przy takim opisie czynu i przy takich ustaleniach faktycznych, dla odpowiedzialności karnej podżegacza za przestępstwo z art. 231 § 2 k.k. wystarczy, zgodnie z art. 115 § 4 k.k., fakt działania podżegacza w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Nie trzeba szeroko wykazywać, że definicja korzyści majątkowej z art. 115 § 4 k.k. nie stanowi w tej sprawie istotnego argumentu, skoro działanie w tym cel musi być przypisane funkcjonariuszowi publicznemu przy podejmowaniu zachowań wyczerpujących znamiona typu czynu z art. 231 § 1 k.k. Pominięcie przez sąd

odwoławczy w swoim uzasadnieniu szeregu istotnych argumentów obrońcy, które obszernie przedstawiono w apelacji z odwołaniem się do stanowisk doktryny prawa karnego oraz orzecznictwa Sądu Najwyższego, świadczy nie tylko o nienależytej kontroli odwoławczej, ale i braku odpowiedniej analizy wskazanych przepisów prawa materialnego. Od takiej analizy oraz właściwej, rzetelnej odpowiedzi na zarzuty skarżącego nie zwalniało sądu odwoławczego to, że Sąd Najwyższy w sprawie V KK 358/20 oddalił kasację obrońcy skazanego – jako oczywiście bezzasadną – z takim samym zarzutem. Tymczasem sąd *ad quem* w istocie tym właśnie zamknął swoje rozważania, po zaprezentowaniu, chybionego w realiach sprawy i opisów czynów, stanowiska w kontekście art. 115 § 4 k.k. (por. uzasadnienie wyroku w części co do zarzutu obrazy prawa materialnego).

Trzeba zatem przypomnieć, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażany jest pogląd, iż "czyn zabroniony" w kontekście konstrukcji podżegania jest oparty na własnej – niezależnej od bezpośredniego wykonawcy – konstrukcji odpowiedzialności karnej. W tym ujęciu zachowanie podżegacza musi być opisywane jako zachowanie "o znamionach określonych w ustawie karnej" obejmujące swoim zakresem także część ogólną Kodeksu karnego (uchwała SN z dnia 21 października 2003 r., I KZP 11/03, OSNKW 2003, z. 11-12, poz. 89; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2008 r., V KK 343/07), przy czym znamieniem czynnościowym podżegania jest nakłanianie do popełnienia czynu zabronionego, a opis zachowania bezpośredniego wykonawcy jest zawarty w przepisie części szczególnej i określa przedmiot czynności nakłaniania (postanowienie SN z dnia 3 sierpnia 2006 r., III KK 445/05). Skoro więc w opisie czynów bezpośrednich wykonawców (funkcjonariuszy publicznych), czynów, do popełnienia których podlegał ich oskarżony, nie zawarto koniecznego elementu z art. 231 § 2 k.k., jako celu działania tych funkcjonariuszy publicznych (a nie celu działania podżegacza), to nie ma normatywnej podstawy do przypisania odpowiedzialności z art. 231 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k.

W konsekwencji konieczne było uchylenie wyroku także w zakresie czynów przypisanych oskarżonemu w pkt I wyroku sądu *ad quem* (z wyłączeniem rzecz jasna rozstrzygnięcia o uniewinnieniu), a przy ponownym rozpoznaniu apelacji obrońcy oskarżonego, sąd odwoławczy weźmie pod uwagę wskazane zapatrywanie prawne.

IV. Jak już wskazano powyżej, w kasacji postawiono także zarzut, który dotyczy materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej prowadzonej w oparciu o ustawę o Policji. Ten zarzut kasacji w zasadniczym zakresie opierał się na kwestii prawidłowości wprowadzenia (ujawnienia) do procesu karnego nagrań uzyskanych w toku kontroli operacyjnej. Sąd odwoławczy wprowadził te materiały w toku postępowania odwoławczego, wykorzystując w tym celu regulację art. 394 § 2 k.p.k. i odpowiadając na zarzut z pkt 1.7 apelacji. Taki sposób ujawnienia tych materiałów w toku postępowania odwoławczego nie może być skutecznie w kasacji kwestionowany, chociażby z tego powodu, że taki tryb procedowania został uznany przez Sąd Najwyższy za prawidłowy (por. wyrok SN z dnia 10 czerwca 2008 r., III KK 30/08, OSNKW 2008, z. 8, poz. 65), a zapis protokołu rozprawy odwoławczej wskazuje, iż strony tego postępowania nie sprzeciwiały się takiej formie wprowadzenia nagrań do procesu. Jednak ten zarzut kasacji oparty jest także na warstwie materialnej, tj. przyjęciu, że materiały z kontroli operacyjnej zostały wykorzystane w toku procesu, gdy tymczasem co do czynów kwalifikowanych z art. 231 § 1 i 2 k.k. oraz art. 266 § 2 k.k. brak było zgody następczej. W obecnym układzie procesowym, gdy przedmiotem postępowania kasacyjnego są li tylko przestępstwa stanowiące ciąg przestępstw z art. 91 § 1 k.k. a opisane w pkt I wyroku sądu pierwszej instancji, za wyjątkiem przestępstw z pkt 37,38, 54 i 55 oraz czynów, co do których nastąpiło uniewinnienie, zaś zasadność zarzutu obrazy prawa materialnego skutkować musiała uchYLENIEM w tym zakresie zaskarżonego wyroku, kwestia legalności materiałów operacyjnych nie ma już decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w tym zakresie przedmiotowym. Jednak pomimo tego Sąd Najwyższy co do tego problemu zdecydował się zająć stanowisko dostrzegając fakt, że **stanowisko sądu drugiej instancji jest oczywiście błędne**. Co istotne także, uwzględniając kasację prokuratora na niekorzyść oskarżonego Sąd Najwyższy w sprawie V KK 358/20 także nie dał w tym zakresie istotnych wskazówek co do kwestii legalności tych materiałów, czego efektem było to, że sąd drugiej instancji uznał, iż można legalnie do materiału dowodowego – stanowiącego podstawę skazania oskarżonego – wprowadzić materiały z kontroli operacyjnej prowadzonej na podstawie postanowienia właściwego sądu w odniesieniu do wskazanych we

wniosku przestępstw kwalifikowanych z art. 229 k.k., w sytuacji gdy nie wydano postanowienia co do zgody następcej na dokonanie kontroli operacyjnej co do czynów z art. 231 § 2 k.k. czy art. 266 § 2 k.k. W ocenie tego sądu, wystarczające było to, że prokurator kwalifikował zachowania objęte wnioskiem o kontrolę operacyjną z art. 11 § 2 k.k., a skoro zgoda sądu na kontrolę operacyjną obejmowała czyn z art. 229 § 3 k.k., to fakt uzupełniania przez prokuratora opisu czynu o kolejne elementy przestępczego działania, tj. z art. 231 § 2 k.k. stanowił o legalności uzyskanego materiału, a samo postępowanie dotyczyło nie nowego przestępstwa ale cały czas tego samego przestępstwa, którego opis i kwalifikacja zostały jedynie uzupełnione. Dodatkowo argumentem za legalnością wprowadzenia tego materiału z kontroli operacyjnej było to, że czyn kwalifikowany z art. 231 § 2 k.k. mieścił się w katalogu przestępstw, co do których kontrola operacyjna w trybie art. 19 ustawy o Policji mogła być stosowana.

Tak wypowiedziany pogląd prawny jest rażąco nieprawidłowy. Może dziwić takie stanowisko, skoro kwestia legalności stosowanej kontroli operacyjnej doczekała się w orzecznictwie sądowym licznych orzeczeń, a przy tym już chociażby analiza orzeczeń wydawanych przez Sąd Najwyższy na kanwie przepisu art. 19 ustawy o Policji, w odniesieniu do warunków jakie muszą być spełnione aby można było wprowadzić do procesu karnego materiał uzyskany w toku kontroli operacyjnej, prowadzić musiałaby sąd odwoławczy do zupełnie odmiennego wniosku, gdyby takiej analizy sąd ten chciał dokonać. Było to zresztą ułatwione zadanie, bo w uzasadnieniu apelacji obrońcy niektóre z tych orzeczeń wskazano i podkreślono jakie wnioski w tych judykatów wypływają. Odnosząc się więc w dość skrótowy sposób – z uwagi na drugorzędną rolę tego zagadnienia w obecnym postępowaniu kasacyjnym – do powyższej kwestii trzeba na wstępie stwierdzić, że legalność pozyskania materiałów z kontroli operacyjnej prowadzonej do maja 2007 r. (do 13 marca była kontrola w zakresie podsłuchu, a do maja 2007 r. stosowano kontrolę korespondencji e-mail) musiała być oceniana na czas stosowania tych form kontroli, a zatem wprowadzenie art. 168b k.p.k. nie daje podstawy do zalegalizowania i procesowego wykorzystania materiału z kontroli operacyjnej, o ile była ona w dacie jej prowadzenia nielegalna (por. obszerne wywody w uzasadnieniu postanowienia SN z dnia 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019, z. 8, poz. 46; a także postanowienia

SN: z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17, OSNKW 2018, z. 6, poz. 42; z dnia 22 września 2020 r., IV KK 364/19). To zaś prowadzi do wniosku, że ocena dopuszczalności materiału uzyskanego w toku kontroli operacyjnej musi być prowadzona w oparciu o rozwiązania ustawowe obowiązujące w dacie jej stosowania (por. np. wyrok SN z dnia 3 lipca 2013 r., V KK 412/12). Przypomnieć jedynie wypada, że już w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07 (OSNKW 2007, z. 5, poz. 37) wskazano, iż uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw - określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji - przez osobę inną niż objęta postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 tej ustawy albo popełnionych wprowadzie przez osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem (art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k., stosowany odpowiednio), pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, stosowany odpowiednio). Pogląd ten utrwalił się w orzecznictwie sądowym (por. np. wyrok SN z dnia 3 lipca 2013 r., V KK 412/12; postanowienie SN z dnia 10 października 2012 r., II KK 336/11; uchwała z dnia 23 marca 2011 r., I KZP 32/10, OSNKW 2011, z. 3, poz. 22; wyrok SN z dnia 13 września 2013 r., III KK 130/12), a jego efektem było wprowadzenie do ustawy o Policji z dniem 11 czerwca 2011 r. wyraźnych rozwiązań ustawowych (art. 19 ust. 15a-e; na mocy ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw - Dz.U. z 2011 r., nr 53, poz. 273), które zostały uchylone z dniem 15 kwietnia 2016 r. na mocy art. 4 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 437). Jak już wyżej jednak wskazano, wykreślenie tych przepisów z ustawy o Policji z dniem 15 kwietnia 2016 r. oraz wprowadzenie art. 168b k.p.k. nie zmienia faktu, że wprowadzenie do procesu materiału dowodowego uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej zależy od legalności tej kontroli, a takiej oceny dokonuje się w stanie prawnym wówczas obowiązującym. Z tego powodu jasne jest, że ma rację obrońca w kasacji twierdząc, iż skoro kontrolę operacyjną prowadzono tylko w zakresie przestępstwa z art. 229 k.k., to nie można wprowadzić do procesu karnego uzyskanych w toku kontroli operacyjnej materiałów w celu wykazania sprawstwa czynu, co do którego nie

uzyskano zgody sądu (nawet w trybie zgody następcej). W konsekwencji, skoro prokurator nie występował do sądu o uzyskanie zgody następcej co do czynów z art. 231 § 2 k.k. (ten typ czynu mieścił się w katalogu z art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy o Policji), to sąd nie mógł tego materiału dowodowego wykorzystać w toku postępowania karnego w zakresie, w jakim miałby stanowić podstawę przypisania sprawstwa czynów z art. 231 § 2 k.k., podobnie jak nie mógł wykorzystać tego materiału w odniesieniu do czynów, które nie były wówczas wymienione w ustawie o Policji (np. art. 231 § 1 k.k. czy art. 266 § 2 k.k.). Niestety, tego aspektu prawnego nie dostrzegł Sąd Najwyższy w sprawie V KK 358/20 rozpoznając kasację obrońcy skazanego od poprzednio wydanego wyroku sądu odwoławczego i tę kasację oddalając. Skutkiem tego było m.in. utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia z pkt III wyroku sądu pierwszej instancji, gdy jedynym materiałem dowodowym na przypisanie oskarżonemu popełnienie przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. i art. 266 § 2 k.k. jest materiał operacyjny z podsłuchu, co wprost wynika z uzasadnienia wyroku (str. 38 uzasadnienia wyroku).

W tym zakresie oddalenie kasacji obrońcy skazanego musi prowadzić do konkluzji, że ten oczywisty i rażący błąd prawny (skazanie na podstawie nielegalnych dowodów) może zostać naprawiony przez Sąd Najwyższy jedynie wtedy, gdy kasację wniesie podmiot z art. 521 § 1 k.p.k. (kasacja strony została oddalona). Konieczne byłoby oczywiście poddanie ocenie także innych czynów, co do których ten zarzut obrońca skazanego formułował w poprzednio wniesionej kasacji, gdzie materiał z kontroli operacyjnej był wyłącznym lub bardzo istotnym materiałem dowodowym.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku. Przy ponownym procedowaniu sąd odwoławczy weźmie pod uwagę przedstawione powyżej argumenty, w tym zapatrywania prawne czynione na gruncie odpowiedzialności podżegacza do czynu z art. 231 § 2 k.p.k., w układzie procesowym, w którym w opisie czynu funkcjonariusza publicznego nie zawarto celu działania z art. 231 § 2 k.k.

[ms]