

POSTANOWIENIE

Dnia 22 września 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)
SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek (sprawozdawca)
SSN Eugeniusz Wildowicz

Protokolant Patrycja Kotlarska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej,
w sprawie **F. K.**

uniewinnionego od zarzutu popełnienia czynu z art. 239 § 1 k.k. i art. 266 § 2 k.k. w
zw. z art. 11 § 2 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 22 września 2020 r.,

kasacji wniesionej przez Prokuratora Okręgowego w K. - na niekorzyść F. K.
od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 29 stycznia 2019 r., sygn. akt IX Ka (...),

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 26 lipca 2018 r., sygn. akt II K (...)

postanowił:

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć Skarb Państwa kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 26 lipca 2018 r., sygn. akt II K (...), Sąd Rejonowy w K. uznał oskarżonego F. K. za winnego popełnienia czynu z art. 239 § 1 k.k. i art. 266 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k., za który wymierzył mu karę 2

lat pozbawienia wolności (pkt I). Na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności Sąd Rejonowy warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 5 lat, zaś na podstawie art. 71 § 1 k.k. i art. 33 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego karę grzywny w wysokości 100 stawek dziennych po 30 złotych każda (pkt II i III). Na podstawie art. 41 § 1 k.k. i art. 43 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. Sąd orzekł wobec F. K. środek karny w postaci zakazu wykonywania zawodu policjanta na okres 5 lat (pkt IV). Ponadto Sąd zaliczył na poczet kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie oraz obciążył oskarżonego kosztami postępowania (pkt V i VI).

Wyrokiem z dnia 29 stycznia 2019 r., sygn. IX Ka (...), Sąd Okręgowy w K. , po rozpoznaniu apelacji obrońców oskarżonego, zmienił wyrok Sądu Rejonowego i uniewinnił F. K. od popełnienia zarzucanego mu w akcie oskarżenia czynu.

Kasację od powyższego wyroku wywiódł Prokurator Okręgowy w K. , zarzucając mu „rażące naruszenie prawa procesowego, które miało wpływ na treść orzeczenia, przepisów art. 168b kpk oraz art. 168a kpk, poprzez nie uwzględnienie przy dokonywaniu ustaleń faktycznych dowodu w postaci odtworzenia nagrań z kontroli operacyjnej dotyczącej oskarżonego F. K. , przez co Sąd Okręgowy wyrokował na podstawie jedynie części materiału dowodowego, co było wynikiem wyrażenia błędnego poglądu prawnego co do właściwego rozumienia spornego określenia »innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej« zawartego w treści w art. 168b kpk i nadanie mu znaczenia niezgodnego z właściwym rozumieniem tego przepisu poprzez przyjęcie, że obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, co w konsekwencji przy braku respektowania przez Sąd art. 168a kpk uniemożliwiającego potraktowanie przyjętego i uwzględnionego uprzednio jako podstawę czynienia ustaleń faktycznych przez Sąd I instancji dowodu - jako niedopuszczalnego, skutkowało zmianą w całości wyroku Sądu Rejonowego w K. sygn. akt II K (...), którym to wyrokiem F. K. został skazany za popełnienie zarzucanego mu przestępstwa, poprzez uniewinnienie oskarżonego”.

W związku z podniesionym zarzutem skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w K. i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

Obecny na rozprawie Prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o rozpoznanie kasacji Prokuratora Okręgowego w K., zaś obrońca oskarżonego wnioskował o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się oczywiście bezzasadna. Wobec takiej formuły oddalenia kasacji na rozprawie, nie jest konieczne sporządzenie pisemnego uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego. Niemniej jednak, mając na względzie wagę problemów, jakich dostarcza wykładnia art. 168b k.p.k. a przede wszystkim zakres czasowy zastosowania tego przepisu, Sąd Najwyższy zdecydował o sporządzeniu pisemnego uzasadnienia postanowienia o oddaleniu kasacji, w szczególności w odniesieniu do tej ostatniej kwestii.

Sąd odwoławczy zmienił wyrok Sądu I instancji i uniewinnił oskarżonego F. K. z dwóch powodów, które wskazał w uzasadnieniu swego wyroku.

Po pierwsze, Sąd ten nie podzielił stanowiska Sądu Rejonowego, że przepis art. 168b k.p.k. znajduje zastosowanie w postępowaniu prowadzonym wobec F. K., w którym to „dowody z podsłuchu” pozyskano w 2014 r., zaś akt oskarżenia został wniesiony do sądu przed dniem 1 lipca 2015 r., zatem zarówno przed dniem wejścia w życie art. 168b k.p.k. (co nastąpiło 15 kwietnia 2016 r.), jak i przed wejściem w życie kompleksowej nowelizacji kodeksu postępowania karnego, zmieniającej m.in. reguły dopuszczalności dowodów. Sąd ten przyjął, że legalność materiałów z podsłuchu w tej sprawie, które były kluczowe dla możliwości przypisania oskarżonemu odpowiedzialności karnej, należy oceniać według przepisów obowiązujących w czasie ich pozyskania a nie przez pryzmat art. 168b k.p.k. dodanego do k.p.k. ustawą nowelizującą z dnia 11 marca 2016 r. (Dz. U. z 2016, poz. 437). Stanowisko Sądu Okręgowego w tym zakresie nie zostało poparte szerszą argumentacją w motywach pisemnych zaskarżonego wyroku, niemniej jednak wynika ono jednoznacznie z rozważań zawartych na stronie 9-11 uzasadnienia wyroku tego Sądu.

Po drugie, Sąd Odwoławczy nie podzielił wykładni art. 168b k.p.k. przeprowadzonej przez Sąd Rejonowy, akceptując tym samym stanowisko wyrażone w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18 (OSNK 2018, z. 8, poz. 53), zgodnie z którym „użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej” obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji” (tj.: Dz. U. z 2017 r. poz. 2067, z późn. zm.). Sąd Okręgowy przyjął bowiem, że nawet przy założeniu o dopuszczalności stosowania art. 168b k.p.k. w postępowaniu karnym prowadzonym wobec F.K., i tak prawidłowa wykładnia tego przepisu nie pozwala na wykorzystanie w tej sprawie dowodów pozyskanych w ramach kontroli operacyjnej a dotyczących tak zwanych przestępstw „niekatalogowych”.

Z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku należy wywodzić, że oba wyżej wskazane powody stanowiły same w sobie odrębne i samodzielne podstawy uniewinnienia F. K. przez Sąd Okręgowy w K.. W tej sprawie nie było bowiem wątpliwości co do tego, że ostatecznie oskarżonemu postawiono w 2014 r. zarzut popełnienia przestępstwa, które nie mieściło się w katalogu czynów zabronionych, co do których dopuszczalne było w tamtym czasie stosowanie kontroli operacyjnej. Wobec tego, jeżeli Sąd Okręgowy wykluczył dopuszczalność stosowania w tej sprawie art. 168b k.p.k. w jego obecnym brzemieniu, to musiało to skutkować w realiach tej sprawy uniewinnieniem oskarżonego, nawet gdyby przyjąć, że wykładnia tego przepisu zaprezentowana w kasacji jest słuszna. Rzecz w tym, że stanowiska przyjętego przez Sąd Okręgowy co do zakresu temporalnego stosowania art. 168b k.p.k. prokurator nie zakwestionował ani w zarzucie kasacyjnym, ani w uzasadnieniu kasacji, skupiając się jedynie na polemice z wykładnią art. 168b k.p.k. przyjętą w zaskarżonym wyroku. Już z tego względu należało uznać wniesioną kasację za oczywiście bezzasadną, skoro nie zakwestionowano w niej jednego z dwóch samodzielnych powodów, dla których Sąd Okręgowy uniewinnił oskarżonego.

Brak postawienia w kasacji zarzutu, który kwestionowałby przyjęty przez Sąd odwoławczy zakres czasowy zastosowania art. 168b k.p.k., w istocie zwalania Sąd Najwyższy z szerszego uzasadniania, dlaczego stanowisko zawarte w zaskarżonym kasacją wyroku jest słuszne. Pozostaje więc jedynie stwierdzić, że Sąd Najwyższy w tym składzie orzekającym podziela poglądy wyrażone już w orzecznictwie, że art. 168b k.p.k. ma zastosowanie tylko do faktów objętych dyspozycją tego przepisu, które zaistnieją po dniu 14 kwietnia 2016 r. Natomiast zaistniałe przed wejściem w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 437) fakty mogące stanowić dowód w znaczeniu procesowym podlegają ocenie według reguły *tempus regit actum*, a więc według przepisów obowiązujących w dacie zaistnienia takich faktów (tak: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNK 2019, z. 8, poz. 46). W postanowieniu tym słusznie stwierdza się, że „zasada lex nova (tzw. "chwytanie w locie") nie może dotyczyć faktów izolowanych, trwających tylko w określonym wąskim fragmencie czasu i zakończonych zarówno w aspekcie faktycznym (fakt zaistniał i już nie trwa w danym czasie, w danej sytuacji prawnej), jak i normatywnym (podstawa prawna do oceny określonych skutków prawnych wynikających z określonego faktu istniała i ocena taka została już dokonana lub mogła i powinna być dokonana) przed wejściem w życie nowej ustawy”.

Z tego względu do art. 168b k.p.k. nie znajduje zastosowania uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r. wydana w sprawie I KZP 10/16, mająca moc zasady prawnej, do której odwołał się Sąd I instancji orzekający w sprawie F.K.. Stwierdza się w niej, że w sprawach prowadzonych po dniu 14 kwietnia 2016 r., w których akt oskarżenia skierowano do sądu przed dniem 1 lipca 2015 r. (jak w rozpatrywanej sprawie), zastosowanie znajdują przepisy regulujące przebieg postępowania karnego wprowadzone przez ustawę z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 437), a więc - co do zasady - przepisy nowe. Trzeba jednak przypomnieć, że cytowana uchwała dotyczyła kwestii przynależnych do „kinetyki” procesu karnego, takich jak obowiązek doręczenia wyroku czy bieg terminu do zaskarżenia orzeczenia. Wobec tego, po jej wydaniu w 2016 r., nadal

nierozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy pozostawała kwestia dopuszczalności stosowania art. 168b k.p.k. do materiałów z „podśluchów” zgromadzonych lub wprowadzonych do procesu z naruszeniem przepisów obowiązujących w czasie ich pozyskania. W postanowieniu z dnia 28 marca 2018 r., wydanym w sprawie w sprawie I KZP 14/17, Sąd Najwyższy rozważał tę kwestię i dostrzegając rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie, chociaż w sposób niestanowczy, to jednak opowiedział się za stosowaniem do czynności kontroli operacyjnej reguły *tempus regit actum*. Sąd Najwyższy wskazał, że „wprowadzenie materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej jako dowodów do postępowania karnego, winno następować na podstawie przepisów obowiązujących w czasie, w którym kontrola ta była dokonywana. Na konieczność takiego właśnie potraktowania tych dwóch czynności wskazuje nie tylko ich ścisły związek, ale i okoliczność, że w ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tak w poprzednio obowiązujących wersjach, jak i aktualnym brzmieniu, zamieszczono przepisy nakazujące zniszczenie materiałów, których dowodowe wykorzystanie jest niedopuszczalne.” Dalej Sąd Najwyższy słusznie stwierdził, że rozstrzygając problem możliwości stosowania art. 168b k.p.k. do materiałów z kontroli operacyjnej przeprowadzonej przed jego wejściem w życie należy mieć na uwadze i to, że materiał z kontroli operacyjnej przeprowadzonej niezgodnie z ustawowymi warunkami, czy też niespełniający warunków, z którymi ustawa wiąże możliwość jego dowodowego wykorzystania, jest nielegalny i wobec tego nie może być wykorzystany jako dowód w sprawie, czyli inaczej mówiąc jest objęty zakazem dowodowym, zaś o tym, czy określona czynność (rezultat czynności) jest objęta zakazem dowodowym winny bez wątplenia decydować przepisy z chwili jej dokonania. Tylko wówczas bowiem możliwe jest realne zapewnienie ochrony dobra, dla którego urzeczywistnienia ów zakaz został ustanowiony, przestrzeganie zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przezeń prawa oraz zapobieżenie możliwości tworzenia przepisów prawnych dla potrzeb konkretnego postępowania karnego (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17).

Jak już wskazano, w późniejszych orzeczeniach Sąd Najwyższy zajmował stanowcze stanowisko, że art. 168b k.p.k. ma zastosowanie tylko do faktów objętych dyspozycją tego przepisu, które zaistniały po dniu 14 kwietnia 2016 r. (por.

m.in.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2019 r., I KZP 2/19, OSNK 2019, z. 6, poz. 32; por. także powołane już postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpatrywanej sprawy, trzeba stwierdzić, co następuje. W czasie prowadzenia kontroli operacyjnej w tej sprawie w 2014 r. czyny stypizowane w art. 239 § 1 k.k. oraz w art. 266 § 2 k.k. nie stanowiły tak zwanych przestępstw katalogowych. Jednocześnie przepis art. 19 ust. 15a ustawy o Policji stanowił, że „wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot”. Jednoznaczną treść normatywną tego przepisu potwierdzał art. 19 ust. 15c tej ustawy, stanowiąc precyzyjnie, że o tak zwaną zgodę następczą można wnioskować jedynie wówczas, gdy „w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę”. Wobec treści tych przepisów jest oczywiste, że o zgodę następczą skutecznie można było wystąpić jedynie co do przestępstwa katalogowego. Taką zgodę następczą w tej sprawie uzyskano, jednak dotyczyła ona podejrzenia popełnienia innych czynów zabronionych, których ostatecznie nie zarzucono oskarżonemu w akcie oskarżenia.

Podsumowując tę część rozważań trzeba stwierdzić, że Sąd Okręgowy w zaskarżonym wyroku wyraził słuszny pogląd o niedopuszczalności stosowania w tej sprawie art. 168b k.p.k. ze względu na uwarunkowania intertemporalne. Tego poglądu w ogóle nie zakwestionowano w kasacji, chociaż jego zastosowanie było podstawą wydania wyroku uniewinniającego oskarżonego.

Zarówno w zarzucie kasacyjnym, jak i uzasadnieniu nadzwyczajnego środka zaskarżenia, prokurator skupił się na polemice z wykładnią art. 168b k.p.k. przeprowadzoną w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, która, jak już wspomniano, jest tożsama z przyjętą w uchwale Sądu Najwyższego wydanej w sprawie I KZP 4/18. Sąd Najwyższy orzekający w tej sprawie podziela stanowisko

wyrażone w przywołanej uchwale, jak również argumenty na jego poparcie, także te dodatkowe, wyrażone w poglądach doktryny (por. w szczególności: D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.)*, Państwo i Prawo 2018, z. 10, z. 115-118; J. Skorupka, *Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18*, OSP 2019, z. 1, poz. 4). Nie ma potrzeby ich powtarzać w tym miejscu, zwłaszcza wobec formuły oddalenia kasacji jako oczywiście bezzasadnej i podania ustnie motywów takiej decyzji na rozprawie, zarówno w obecności przedstawiciela urzędu prokuratorskiego, jak i obrońcy oskarżonego.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji postanowienia.