

POSTANOWIENIE

Dnia 24 października 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Stępka

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2023 r.

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

sprawy P. S. uniewinnionego od zarzutu z art. 230 § 1 k.k.,

z powodu kasacji wniesionej przez Prokuratora Okręgowego w Warszawie

od wyroku Sądu Okręgowego w X.

z dnia 1 grudnia 2022 r., sygn. akt V Ka 1562/22,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Y.

z dnia 14 kwietnia 2022 r., sygn. akt X K 71/19,

p o s t a n o w i ł

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

**2. kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążyć
Skarb Państwa.**

[SOP]

UZASADNIENIE

P. S. został oskarżony o to, że w okresie od 22 lutego 2018 r. do 12 marca 2018 r. w W., Ż. i innych miejscach na terenie kraju, powołując się na wpływy w instytucji państwowej, tj. Sądzie Rejonowym w Y., VI Wydział Gospodarczy, podjął się wobec funkcjonariusza CBA [...] pośrednictwa w załatwieniu sprawy w tym Sądzie polegającej na umożliwieniu nabycia majątku wchodzącego w skład masy upadłości firmy „A.” Sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Ż., w zamian za korzyść majątkową w postaci pieniędzy w kwocie 300.000 zł, tj. o przestępstwo z art. 230 § 1 k.k.

Na mocy wyroku Sądu Rejonowego w Y. z dnia 14 kwietnia 2022 r., o sygnaturze akt X K 71/19, P. S. został uznany za winnego zarzucanego mu czynu i za to na podstawie art. 230 § 1 k.k., art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. wymierzono mu karę roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny po 50 zł każda stawka. Na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczono oskarżonemu na poczet orzeczonej w pkt I wyroku kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 12 marca 2018 r. do 13 lipca 2018 r., a także obciążono oskarżonego kosztami sądowymi: wydatkami w kwocie 70 zł i opłatą w wysokości 1.300 złotych.

Apelację od tego wyroku złożył obrońca oskarżonego P. S. Na podstawie art. 425 § 2 k.p.k. w zw. z art. 427 § 1 k.p.k. zaskarżył wyrok w całości, zarzucając na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 k.p.k.:

1/ Obrazę przepisów postępowania, tj. art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, polegającą na niezbadaniu przez Sąd Rejonowy, czy istniały podstawy do przeprowadzenia w stosunku do oskarżonego czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na niejawnym wręczeniu korzyści majątkowej, podczas gdy czynności takie można przeprowadzić wyłącznie w przypadku uzyskania wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie. Powyższe uchybienie miało istotny wpływ na treść orzeczenia, gdyż Sąd Rejonowy poczynił ustalenia faktyczne w sprawie na podstawie materiałów przekazanych przez CBA, które nie mogły stanowić dowodu w procesie karnym, gdyż pochodziły z nielegalnych czynności operacyjno-rozpoznawczych.

2/ Obrazę przepisów postępowania, tj. art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, polegającą na niezbadaniu przez Sąd Rejonowy, czy istniały podstawy do przeprowadzenia w stosunku do oskarżonego czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na kontroli operacyjnej, podczas gdy czynności takie można przeprowadzić wyłącznie pod warunkiem istnienia informacji o przestępstwie osoby, która ma być niejawnie inwigilowana przy użyciu tej metody, a ponadto dopuszczalne jest to wyłącznie, gdy inne środki okazały się bezskuteczne lub są nieprzydatne. Powyższe uchybienie miało istotny wpływ na treść orzeczenia, gdyż Sąd Rejonowy poczynił ustalenia faktyczne w sprawie na podstawie materiałów przekazanych przez CBA, które nie

mogły stanowić dowodu w procesie karnym, gdyż pochodziły z nielegalnych czynności operacyjno-rozpoznawczych.

3/ Obrazę przepisów postępowania, tj. art. 7 k.p.k., polegającą na dokonaniu oceny dowodów w sposób naruszający kryteria wskazane w tym przepisie, czego przejawem było niedostrzeżenie przez Sąd Rejonowy, że w materiale dowodowym brak jest kompletnych materiałów dokumentujących wszystkie spotkania funkcjonariusza CBA [...] z oskarżonym, co uniemożliwia ocenę metod zastosowanych przez wyżej wymienionego funkcjonariusza w trakcie tego spotkania, w szczególności jaki wpływ wywarł on na oskarżonego. Powyższe uchybienie miało istotny wpływ na treść orzeczenia, gdyż Sąd Rejonowy nietrafnie w związku z tym ustalił, że „nie dopatrył się po stronie funkcjonariusza CBA elementów prowokacji wobec oskarżonego celem nakłonienia go do podjęcia działań sprzecznych z prawem”.

4/ Obrazę przepisów postępowania, tj. art. 7 k.p.k., polegającą na dokonaniu oceny dowodów w sposób naruszający kryteria wskazane w tym przepisie, czego przejawem było niedostrzeżenie przez Sąd, że Centralne Biuro Antykorupcyjne zainicjowało i taktycznie kierowało od samego początku działaniami oskarżonego prowadzącymi do popełnienia czynu zabronionego. Powyższe uchybienie miało istotny wpływ na treść orzeczenia, gdyż Sąd Rejonowy nietrafnie w związku z tym ustalił, że „nie dopatrył się po stronie funkcjonariusza CBA elementów prowokacji wobec oskarżonego celem nakłonienia go do podjęcia działań sprzecznych z prawem”.

5/ Obrazę przepisów postępowania, tj. art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, polegającą na niewystarczająco wnikliwym rozpoznaniu podniesionego przez obronę w toku postępowania sądowego zarzutu usidlenia (ang. „*entrapment*”) oskarżonego przez służby prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawcze, czego najbardziej wyraźnym przejawem było ograniczenie się przez Sąd Rejonowy do zbadania tylko jednego z czynników składających się na materialny test legalności prowokacji policyjnej, tj. ewentualnego nakłaniania oskarżonego przez funkcjonariusza CBA do popełnienia przestępstwa, z pominięciem innych przyjętych w orzecznictwie strasburskim czynników, w szczególności wymogu zbadania, czy służby prowadzące czynności

operacyjno-rozpoznawcze posiadały konkretne, obiektywne i możliwe do zweryfikowania dowody świadczące o wcześniejszej aktywności kryminalnej oskarżonego. Powyższe uchybienie ma istotny wpływ na treść orzeczenia, gdyż wnikliwe zbadanie zarzutu usidlenia powinno prowadzić Sąd Rejonowy do uznania, że skazanie oskarżonego w oparciu o materiały pochodzące z tajnej operacji niespełniającej wymogów określonych w orzecznictwie strasburskim skutkować będzie naruszeniem prawa oskarżonego do rzetelnego procesu w rozumieniu art. 6 EKPC.

W konkluzji obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu.

Po rozpoznaniu tej apelacji Sąd Okręgowy w X. wyrokiem z dnia 1 grudnia 2022 r., w sprawie o sygnaturze akt V Ka 1562/22, zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnił oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, uchylił orzeczenie o kosztach procesu i opłacie przed Sądem I instancji, a kosztami postępowania za obie instancje obciążył Skarb Państwa.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł Prokurator Okręgowy w Warszawie, który zaskarżył orzeczenie na podstawie art. 425 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k., art. 519 k.p.k., art. 520 § 1 k.p.k., art. 523 § 1 i 3 k.p.k. i art. 525 § 1 k.p.k. w całości na niekorzyść oskarżonego P. S.

Na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. i art. 526 § 1 k.p.k. zarzucił „rażące naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku w postaci art. 168a k.p.k. poprzez niezastosowanie tego artykułu w ramach oceny dopuszczalności wykorzystania dowodów pochodzących z czynności operacyjno-rozpoznawczych dokonanych w oparciu o art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym w postaci wręczenia korzyści majątkowej oskarżonemu P. S. przez funkcjonariusza Centralnego Biura Antykorupcyjnego o oznaczeniu [...]”.

W konkluzji Prokurator Okręgowy na podstawie art. 537 § 1 i 2 k.p.k. wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w X. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W odpowiedzi na kasację prokuratora, obrońca oskarżonego P. S. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja okazała się bezzasadna i to w stopniu oczywistym, o jakim mowa w art. 535 § 3 k.p.k. Analiza zarzutu kasacyjnego nie wykazała, by w sprawie doszło do rażącego naruszenia prawa, o którym mowa w art. 523 § 1 k.p.k.

Zgodnie z przekonaniem prokuratora, rażącym naruszeniem prawa określonym w art. 523 § 1 k.p.k. miało być uznanie za niedopuszczalny dowodu nielegalnie uzyskanego. Zdaniem skarżącego, art. 168a k.p.k. statuował dla Sądu Okręgowego w X. obowiązek orzekania na podstawie dowodów uzyskanych w sposób nielegalny przez funkcjonariuszy CBA. Prokurator argumentuje w uzasadnieniu kasacji skierowanej do Sądu Najwyższego, że nie powinien ten Sąd stosować przyjętego przez siebie w wielu poprzednio wydanych orzeczeniach stanowiska. Wskazuje, że proces karny wcale nie musi być rzetelny, gdyż przyjęcie takiego stanowiska przez Sąd Najwyższy byłoby „prawotwórcze”, skoro ustawodawca wyraźnie i dobitnie opowiedział się konstruując normę art. 168a k.p.k. przeciwko stosowaniu zasady rzetelnego procesu. Zdaniem prokuratora niemożliwe jest też stosowanie art. 6 EKPC, bowiem, choć wprowadzie Europejska Konwencja Praw Człowieka ma pierwszeństwo przed ustawą, jednak nie znajduje zastosowania w przypadku art. 168a k.p.k. – bowiem, cytując za uzasadnieniem kasacji - „konwencja nie zawiera w swojej treści żadnych ograniczeń co do wykorzystania dowodów pozyskanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych wykonanych na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy o CBA”. W rezultacie, jak wskazuje prokurator, nie ma „żadnej podstawy prawnej do przyjmowania, że poglądy wyrażane w orzecznictwie Trybunału wiążą polskie Sądy”.

Z wyrażonym przez prokuratora takim stanowiskiem w oczywisty sposób nie można się zgodzić. Nie doszło w niniejszej sprawie do naruszenia art. 168a k.p.k. poprzez niezastosowanie tego artykułu w ramach oceny dopuszczalności wykorzystania dowodów pochodzących z czynności operacyjno-rozpoznawczych dokonanych w oparciu o art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Sąd Okręgowy w X. trafnie w obszernym i niezwykle rzetelnym uzasadnieniu wykazał, na jakiej podstawie uznał, że przestępstwo przypisane oskarżonemu przez Sąd I instancji było wynikiem

„usidlenia” (ang. - „*entrapment*”), a przez to wyłącznie „wynikiem (produktem) aktywności podjętej przez funkcjonariuszy państwa”. Zgodził się więc z zarzutem obrońcy, że doszło naruszenia art. 7 k.p.k., wskutek tego, iż to Centralne Biuro Antykorupcyjne zainicjowało i taktycznie kierowało od samego początku działaniami oskarżonego prowadzącymi do popełnienia czynu zabronionego. Słusznie również obrońca podsumowuje argumentację przedstawioną prokuratora następująco: „propozycja ignorowania standardu konwencyjnego z uwagi na wprowadzenie do polskiego porządku prawnego art. 168a k.p.k. jest czymś niebywałym, skoro naruszenie Konwencji może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa polskiego oraz koniecznością wznowienia postępowania sądowego, w którym doszłoby do naruszenia praw jednostki. Pojawia się więc pytanie, jak autorka kasacji wyobrażałaby sobie w takich warunkach dalsze pozostawanie Polski w systemie ochrony praw człowieka stworzonym w ramach Rady Europy”.

Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2022 r., poz. 1900 t.j. – dalej jako u.CBA), w sprawach o przestępstwa określone w art. 17 ust. 1 tej ustawy, czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz wykrycia sprawców i uzyskania dowodów mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawni nabycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej. Istotne jest zastrzeżenie dokonane w ustępie 4 tego przepisu, który stanowi: „Czynności określone w ust. 1 nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary”.

Z powyższych przepisów jasno więc wynika, że konstytucyjnym warunkiem podjęcia działań przez CBA na podstawie art. 19 ust. 1 u.CBA jest wcześniejsze uzyskanie nie jakichkolwiek, ale wyłącznie wiarygodnych informacji o przestępstwie. Sposób uzyskania wiadomości o przestępstwie nie ma znaczenia (np. zawiadomienie o popełnieniu czynu zabronionego, źródło operacyjne). Celem czynności podejmowanych w drodze transakcji kontrolowanej będzie tylko sprawdzenie tych informacji oraz ustalenie sprawców i uzyskanie dowodów przestępstwa (zob. B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i*

operacyjnych, Toruń 2003, s. 203-208). Co więcej, niezbędnym warunkiem ich legalności jest brak działania funkcjonariusza stosującego tę metodę w celu skierowania postępowania karnego przeciwko osobie prowokowanej. Funkcjonariusz nie może nakłaniać do popełnienia przestępstwa bądź organizować albo kierować działaniami przestępnymi (por. R. Janiszowski-Downarowicz, *Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 3, s. 93*). Ustawodawca nie daje przyzwolenia na kierowanie działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego (por. K. Karsznicki, *Kontrowersje wokół ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 3, s. 89–90; podobnie: J. Hoc, P. Szustakiewicz, Ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Komentarz, wyd. II, LEX/el. 2023*).

Trafnie na ten temat wypowiedział się Sąd Okręgowy w X. orzekając o uniewinnieniu oskarżonego P. S. Wyjaśnił, że posiadanie wiarygodnych informacji o przestępstwie stanowi warunek *sine qua non* do podjęcia czynności polegających na kontrolowanym przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowych. Jest to bardzo ważne zastrzeżenie, które zakazuje prowokacji „na chybił trafił”, np. sprawdzenia w drodze składania propozycji łapówki osobom, co do ewentualnej sprzedajności, i co do których nie ma żadnych danych; państwo bowiem nie może „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 wrywkowej, 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” (zob. podobnie: J. Mąka, *Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych, Prok. i Pr. 2010, nr 1-2, s. 156 i 174; K. Rogoziński, Wiarygodne informacje o przestępstwie jako*

przesłanka zarządzenia zakupu kontrolowanego, Prok. i Pr. 2010, nr 10, s. 107--108; M. Klejnowska, Podstęp operacyjny i prowokacja policyjna, Prok. i Pr. 2004, nr 3, s. 103; R. Lizak, Kontrolowane przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej, WPP 2011, nr 1, s. 31; M. Kołodziejczak, A. Sobiech, Prawnie dopuszczalne postacie prowokacji, PiP 2010, nr 11, s. 39, 41, 44-45).

Stosowane przez CBA środki operacyjne mają bowiem funkcję weryfikującą, a nie wykrywczą. Tak też w niniejszej sprawie brak było informacji o tym, by przed zastosowaniem kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej istniały wiarygodne informacje o przestępstwie. Sąd Okręgowy słusznie wskazał, że w sprawie „brak jest danych wskazujących na istnienie wiarygodnej informacji o przestępstwie jako podstawy do podjęcia działań o charakterze transakcji pozornej. Z dowodów zebranych w toku postępowania nie jest możliwe odtworzenie źródła wiarygodnej informacji o przestępstwie i treści tej informacji, a także ustalenie, czy odnosiła się ona w jakikolwiek sposób do oskarżonego”. Zdaniem tego Sądu, to Centralne Biuro Antykorupcyjne zainicjowało i faktycznie kierowało od początku działaniami oskarżonego prowadzącymi do popełnienia czynu zabronionego, co stanowiło działanie wykrywcze, a nie weryfikujące. Od samego początku działalności oskarżonego – już od momentu założenia działalności gospodarczej sprofilowanej m.in. na obrót nieruchomościami – oskarżony działał z inspiracji funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego. Istotne jest przy tym podkreślenie, że z akt sprawy wynika, iż w przedmiotowej sprawie dowody pozyskane wskutek działań o charakterze kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej stanowiły wyłączną podstawę skazania. Nie było w materiale dowodowym sprawy innych dowodów – poza dowodami uzyskanymi w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych – które wskazywałyby na popełnienie przez oskarżonego przestępstwa. Zarówno zeznania świadków (innych niż świadek [...]), jak i dowody o charakterze dokumentalnym nie dawały podstaw do ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oskarżony dopuścił się popełnienia zarzucanego mu czynu.

Wprawdzie prokurator tłumaczy w uzasadnieniu kasacji, że istniały „wiarygodne informacje o przestępstwie”, o których mowa w art. 19 ust. 1 i 4 ustawy o CBA, bowiem „Takie stanowisko uzasadnia ocena materiału dowodowego w

oparciu o doświadczenie życiowe i zasady racjonalnego rozumowania. Tak P. S. w swoich wyjaśnieniach złożonych przed Sądem wskazał, że obracał się w środowisku przestępczym”. Natomiast dowodem na to, że „obracał się w środowisku przestępczym” są właśnie zeznania funkcjonariusza CBA, czyli świadka o oznaczeniu [...]. Uznanie takiej argumentacji za słuszną oznaczałoby złamanie zakazu ustanowionego w art. 19 ust. 4 u.CBA: wiarygodne informacje o przestępstwie mogą stanowić podstawę zastosowania działań na podstawie art. 19 ust 1 u.CBA wyłącznie wówczas, gdy zostały „uzyskane wcześniej”, a nie już w trakcie zastosowanych przez funkcjonariuszy działań operacyjno-rozpoznawczych.

Kwestia legalności materiału zebranego w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych i możliwość jego wykorzystania w postępowaniu karnym z perspektywy spełnienia przesłanki „sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz wykrycia sprawców i uzyskania dowodów” na gruncie art. 19 ustawy o CBA była już przedmiotem wykładni Sądu Najwyższego.

Sąd stwierdził w postanowieniu z dnia 19 marca 2014 r., w sprawie II KK 265/13 (*OSNKW 2014, z. 9, poz. 71, wraz z orzecnictwem i literaturą tam wskazaną; podobnie aprobuje glosa J. Kudły i D. Szumiło-Kulczyckiej, LEX/el. 2014*) - „Nie jest możliwe zaakceptowanie sytuacji, w której funkcjonariusze demokratycznego państwa, funkcjonariusze władzy publicznej, mogliby gromadzić dowody wbrew obowiązującemu prawu, natomiast zgodnie z prawem, na podstawie właśnie tych dowodów, 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. Tajne czynności w postaci rejestracji obrazu i dźwięku, wykonywane na podstawie art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. 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 z treści art. 14 ust. 8 tej ustawy, który wskazuje na konieczność uzyskania informacji potwierdzających popełnienie przestępstwa. Jakkolwiek

niejawne czynności operacyjne prowadzone przez funkcjonariuszy właściwych służb, w tym Centralne Biuro Antykorupcyjne, co do zasady nie są sprzeczne z Europejską Konwencją Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1956 r. oraz z Konstytucją RP z 1997 r., to jednak muszą towarzyszyć im odpowiednie gwarancje zapobiegające nadużyciom; obowiązkiem 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; 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 ponadto, czy wywierali naciski na osoby prowokowane. Jeżeli 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”.

W obecnie rozpoznawanej przed Sądem Najwyższym sprawie okoliczności prawne stanowią odzwierciedlenie okoliczności występujących we wskazanej powyżej sprawie o sygn. akt II KK 265/13. Wprost więc znajdują do sprawy oskarżonego P. S. zastosowanie tezy tego orzeczenia.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w kontekście ustawy o Policji, uznając, że „z przepisu art. 19a ust. 4 ustawy z 1990 r. o Policji wynika jedynie, że podjęte już po wcześniejszym uzyskaniu «wiarygodnych informacji» czynności operacyjno-rozpoznawcze nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego ustawą, zaś w odniesieniu do czynów dotyczących przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej nie mogą również polegać na nakłanianiu do udzielenia lub przyjęcia takiej korzyści” (zob. *postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2015 r., III KK 245/15, LEX nr 1930456; Podobnie w kontekście ustawy o CBA – wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 lipca 2015 r., II AKa 160/15, LEX nr 1782116*). Również w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2019 r., w sprawie V KK 180/18 (LEX nr

2671614) wskazano - „Warunki stosowania kontroli operacyjnej z art. 17 u.CBA są zatem inne niż te z art. 19 ust. 1 u.CBA, albowiem o ile co do stosowania operacji kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej (art. 19 ust. 1) ocenia się czy istniała wiarygodna informacja o przestępstwie, to przy stosowaniu podsłuchu pozaprocesowego (art. 17 ust. 1) sąd winien oceniać, czy konieczne jest sięgnięcie do tej formy ograniczenia praw obywatelskich, oczywiście przy istnieniu informacji o przestępstwie. Ta informacja nie musi być wiarygodna, tak jak wymaga tego przepis art. 19 ust. 1 u.CBA, ale niewątpliwie winna istnieć, skoro kontrola operacyjna ma wykrywać przestępstwo i uzyskać oraz utrzymywać dowody jego popełnienia”.

Z kolei w cytowanym w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Sądu odwoławczego – Sądu Okręgowego w X., wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 stycznia 2016 r., II AKa 258/15, wskazano: „Czynności operacyjne pozaprocesowe, nie podlegające regulacjom procedury karnej utajnione działania polegające na podglądzie, podsłuchu, podstępie, a nawet prowokacji - prowadzone przez funkcjonariuszy posługujących się fikcyjną tożsamością i życiorysem, a więc podających się za inne osoby, naruszają podstawowe prawa i wolności obywateli. Dlatego tak zdobyte materiały operacyjne nie mogą stanowić dowodów winy w postępowaniu sądowym, chyba że spełniają prawem przewidziane wymogi ich legalności. Sąd winien wówczas zbadać, czy materiały operacyjne zgromadzono zgodnie z ustawowymi wymogami, a więc legalnie. Te które uzyskano z przekroczeniem ustawowego upoważnienia muszą być uznane za zdobyte bezprawnie, a więc za niekonstytucyjne, a w konsekwencji nielegalne i nie mogące stanowić dowodu w postępowaniu sądowym. O tym, czy prowokacja dotknęła osobę niewinną czy też osobę mającą już wcześniej zamiar popełnienia przestępstwa, nie można decydować *ex post*, lecz musi to być ocena dokonana *ex tunc*. W istocie bowiem mielibyśmy w tym pierwszym przypadku do czynienia właśnie z <<testowaniem>> społeczeństwa i wyszukiwaniem winnych bez posiadania dostatecznych dowodów ich winy przed zastosowaniem działań operacyjnych. Takie działanie byłoby sprzeczne ze standardami określonymi w art. 45 Konstytucji oraz wypracowanymi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w kontekście art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i

podstawowych wolności. W tym kontekście jednoznacznie wskazać trzeba, że bardziej istotne jest zachowanie gwarancji dla niewinnych obywateli niż naruszanie tych gwarancji dla ewentualnego ujęcia sprawcy przestępstwa”.

Nie może więc ulegać wątpliwości, że złożone przez świadka [...] zeznania były dowodem nielegalnym, skoro działał on bez podstawy prawnej. A zatem, zeznania te stanowiły informacje uzyskane w sposób sprzeczny z prawem, a więc nielegalny. Należy stwierdzić, że **niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych z naruszeniem warunków ich przeprowadzenia** (zob. również: D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 369; W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019, s. 517; J. Skorupka, *Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18*, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2019, nr 1, s. 78; *uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r., KZP 10/16*, *OSNKW* 2016, z. 12, poz. 79; *postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 22 maja 2019 r., I KZP 2/19*, *OSNKW* 2019, z. 6, poz. 32; z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17, *OSNKW* 2018, z. 6, poz. 42; H. Kuczyńska, *Wpływ naruszenia prawa na dopuszczalność dowodu uzyskanego w toku kontroli operacyjnej. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2019 r., I KZP 2/19*, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2020, nr 3, s. 23; H. Kuczyńska, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych w trakcie kontroli operacyjnej dotyczących innego czynu niż będący podstawą jej zastosowania. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 9 grudnia 2021 r., II KK 170/21*, *Orzecznictwo Sądów Polskich*, 2022, nr 10, s. 69).

Drugim elementem analizy musiała się stać możliwość zastosowania art. 168a k.p.k. do tak nielegalnie uzyskanego dowodu. Sąd Najwyższy do tej pory przyjmował restrykcyjne podejście do dopuszczalności dowodów uzyskanych niezgodnie z przepisami regulującymi zasady stosowania kontroli operacyjnej i czynności operacyjno-rozpoznawczych. W szczególności warto przypomnieć, że w uchwale z dnia 28 czerwca 2018 r., w sprawie I KZP 4/18 (*OSNKW* 2018, z. 8,

poz. 53), Sąd ten przyjął, iż podstawą wykorzystania materiału z kontroli operacyjnej w postępowaniu jurysdykcyjnym nie może być przepis art. 168a k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 15 kwietnia 2016 r. w sytuacji, gdy kontrola operacyjna była prowadzona wbrew przepisom obowiązującym w momencie jej stosowania – bowiem zarówno kontrola operacyjna o charakterze pierwotnym, jak i wtórnym może być prowadzona wyłącznie w stosunku do przestępstw katalogowych, m.in. z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Takie informacje są uzyskane nielegalnie i nie mogą być wykorzystane w procesowy sposób – co wynika z zasady dopuszczalności dowodów wyrażonej w art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. Rezultaty kontroli operacyjnej prowadzonej poza przedmiotowym zakresie postanowienia sądu są bowiem dowodem nielegalnym, który nie może być w ogóle dopuszczony jako dowód w postępowaniu karnym.

Również w postanowieniu z dnia 22 maja 2019 r., w sprawie I KZP 2/19 (OSNKW 2019, z. 6, poz. 32), Sąd Najwyższy wskazał, że: „Dowody uzyskane w toku kontroli operacyjnej, niebędące w czasie obowiązywania art. 19 ust. 15c ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji przedmiotem wniosku, który prokurator był zobligowany skierować do sądu na podstawie tego przepisu, nie mogą być wykorzystane przez sąd w procesie w oparciu o art. 168b k.p.k.”.

Sąd Najwyższy nie ograniczył swoich rozważań wyłącznie do badania granic przedmiotowych zastosowanej kontroli operacyjnej.

W postanowieniu z dnia 26 czerwca 2019 r., sygn. akt IV KK 328/18, (OSNKW 2019, z. 8, poz. 46), podkreślił, że dopuszczenie przez sąd i przeprowadzenie dowodu pochodzącego z nielegalnie prowadzonych czynności byłoby czynnością procesową wadliwą i nieskuteczną. Stwierdził, że art. 168a k.p.k. nie może stanowić podstawy prawnej przeprowadzenia dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, jeżeli przeprowadzenie takiego dowodu czyniłoby proces nierzetelnym w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Wprowadził tym samym regułę dopuszczalności dowodów opierającą się na obowiązku sprawdzenia, czy przeprowadzenie dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, czyniłoby proces nierzetelnym w ujęciu w/w art. 6 ust. 1.

Z orzecnictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wynika przy tym jednoznaczny wniosek, że chociaż posługiwanie się tajnymi agentami stanowi uprawnioną technikę śledczą w zwalczaniu poważnych przestępstw – to jednak tylko pod warunkiem istnienia odpowiednich gwarancji przed nadużyciami, spośród których najistotniejszą stanowi to, że czynności muszą być prowadzone w sposób bierny – aktywne działania służb państwowych nakierowane na dokonanie przestępstwa przez oskarżonego stanowią niedozwoloną presję wywieraną na osobę poddaną policyjnej inwigilacji, która w konsekwencji doprowadza ją do popełnienia przestępstwa.

W sprawie Viktora Veselova, Maksima Zolotukhina i Igora Druzhinina (wyrok ETPCz z dnia 2 października 2012 r., w sprawie 23200/10, 24009/07 i 556/10, Veselov i inni przeciwko Rosji), ETPCz wskazał, po pierwsze, że interes publiczny nie może usprawiedliwiać korzystania z dowodów uzyskanych przez służby policyjne czy specjalne w rezultacie nakłaniania do przestępstwa. Po drugie, w sprawach, w których dowody pochodzą z tajnych operacji (operacji specjalnych), władze muszą potrafić wykazać, że miały właściwe powody, aby ją przeprowadzić. Konkretnie i obiektywne informacje („dowody”) muszą wskazywać, że już *ex ante* zostały podjęte pierwsze kroki w celu popełnienia przestępstwa przez osobę poddaną policyjnej inwigilacji – przy czym wszelkie informacje, na które władze się w tym zakresie powołują, muszą być możliwe do zweryfikowania. Po trzecie, jeśli władze twierdzą, że działały na podstawie informacji od osoby prywatnej, ważne jest ustalenie i rozróżnienie, czy mamy do czynienia z zawiadomieniem o przestępstwie przez taką osobę, czy też z informacją pochodzącą od współpracownika policji lub informatora. Zawsze ważne jest więc ustalenie, czy działanie przestępcze już się toczyło w momencie rozpoczęcia współpracy źródła z policją (zob. *M.A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2012 r., Warszawa 2012, s. 164-170; glosa do postanowienia z 19 marca 2014 r., II KK 265/13, J. Kudły i D. Szumiło-Kulczyckiej, LEX/el. 2014*).

Ponownie w sprawie Furcht przeciwko Niemcom (wyrok z dnia 23 października 2014 r. w sprawie 54648/09, LEX nr 1523291) ETPC stwierdził, że wykorzystanie funkcjonariuszy działających niejawnie może zostać zaakceptowane pod warunkiem, iż podlega jasnym ograniczeniom i gwarancjom. Interes publiczny

w walce z przestępczością zorganizowaną nie może uzasadniać wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku policyjnego podżegania do przestępstwa, gdyż takie działanie już od samego początku naraziłoby oskarżonego na ryzyko definitywnego pozbawienia rzetelnego procesu. Policyjne podżeganie do przestępstwa występuje wówczas, gdy funkcjonariusze policji nie ograniczają się do badania czynności kryminalnych w zasadniczo pasywny sposób, lecz wywierają na jednostkę wpływ mający skłonić ją do popełnienia przestępstwa, które w innym wypadku nie zostałyby popełnione, tak aby umożliwić ustalenie popełnienia przestępstwa, to jest, aby zdobyć materiał dowodowy i wszcząć postępowanie karne. Uzasadnienie zakazu policyjnego podżegania do przestępstwa jest takie, iż zadaniem policji jest zapobieganie i ściganie przestępczości, a nie zachęcanie do niej. W tej sprawie rozstrzyganej przez Trybunał, kiedy niejawnie działający funkcjonariusze rozpoczęli kontakty i spotkania ze skarżącym, organy śledcze, jak wyraźnie wskazał krajowy sąd okręgowy w swym wyroku, nie sądziły, by skarżący był skłonny do handlu narkotykami – w rezultacie Trybunał stwierdził, że przedmiotowy środek niejawny wyszedł poza jedynie bierne badanie istniejącej wcześniej działalności kryminalnej i sprowadzał się do policyjnego podżegania do przestępstwa w rozumieniu orzecznictwa Trybunału wypracowanego na podstawie art. 6 ust. 1 Konwencji. Uzyskane w drodze policyjnego podżegania dowody zostały następnie wykorzystane w późniejszym postępowaniu karnym przeciwko skarżącemu, co doprowadziło do naruszenia art. 6 EKPC.

Wszystkie powyższe rozważania muszą prowadzić do jednoznacznego wniosku, że: **Przepis art. 168a k.p.k. nie ustanawia reguły odnoszącej się do oceny dopuszczalności dowodów i sąd nie ma obowiązku używania normy z niego wynikającej, bowiem byłaby to norma pusta – niemożliwa do zastosowania. Zakaz przeprowadzania dowodów nielegalnych wynika bowiem jednoznacznie z obowiązujących w polskim porządku prawnym przepisów, które stoją w całkowitej sprzeczności z tym przyzwoleniem: poczynając od art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, poprzez art. 42 Konstytucji RP, aż do przepisu art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k., którego wykładnia zakazuje przeprowadzenia dowodu, gdy jego przeprowadzenie jest niedopuszczalne – czyli gdy doszło do poważnego naruszenia prawa w czasie**

jego uzyskiwania lub wykorzystania. Nie można przyjąć, że przepis art. 168a k.p.k. stanowi „przepis ogólny”, który powinien znaleźć zastosowanie w sytuacji, gdy obowiązują co do zasady zakazy dowodowe lub oskarżyciel zamierza wprowadzić materiał stanowiący wynik nielegalnie prowadzonych czynności dowodowych. Stosowanie art. 168a k.p.k., oparte jedynie o wyniki wykładni językowej prowadziłoby do dekompozycji całego systemu zakazów dowodowych i stawiałoby pod znakiem zapytania sens wielu unormowań prawa dowodowego, wobec przyznania bezwzględnego prymatu źle rozumianym potrzebom ścigania karnego. Z pewnością nie można go traktować jako „normę sankcjonującą” możliwość naruszania prawa w toku gromadzenia dowodów i dopuszczania dowodów uzyskanych niezgodnie z prawem – i to w zakresie dotyczącym jakiegokolwiek dowodu i jakiegokolwiek naruszenia (zob. m.in. E. Plebanek, *Kilka uwag na temat znaczenia przepisu art. 168a k.p.k. dla dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu sądowym dowodu pozyskanego z naruszeniem rygorów ustawowych*. *Palestra* 2018, nr 10, s. 32; W. Jasiński, *Nielegalnie uzyskane dowody w procesie karnym. W poszukiwaniu optymalnego rozwiązania*, Warszawa 2019, s. 517–518; H. Kuczyńska, *Stosowanie mechanizmów prawa procesowego do eliminacji dowodów niepożądanych w procesie karnym*. *Palestra* 2022, nr 6, s. 8).

Podsumowując te rozważania należy stwierdzić, że z przyczyn powyżej wskazanych Sąd Najwyższy uznał za oczywiście bezzasadny podniesiony w kasacji Prokuratora Okręgowego w Warszawie zarzut i w konsekwencji oddalił skargę na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

O kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 637a k.p.k., obciążając nimi Skarb Państwa.

[ms]

