



Sygn. akt V KK 180/18

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 7 maja 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Małgorzata Gierszon

SSN Barbara Skoczowska

Protokolant Anna Korzeniecka-Plewka

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej,

w sprawie D. D. i M. K.

uniewinnionych od popełnienia czynu z art. 230 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art.

286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 7 maja 2019 r.,

kasacji wniesionej przez Ministra Sprawiedliwości - Prokuratora Generalnego - na  
niekorzyść oskarżonych

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 27 kwietnia 2017 r., sygn. akt II AKa (...)

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w W.

z dnia 20 kwietnia 2016 r., sygn. akt III K (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę obu oskarżonych  
przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w  
(...) w postępowaniu odwoławczym.**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2016 r. sygn. akt III K (...) Sąd Okręgowy w (...) uznał oskarżonego D. D. i M. K. za winnych tego (choć czyny przypisano w wyroku każdemu z oskarżonych oddzielnie), że w okresie od 10 do 18 grudnia 2007 r. w (...), działając wspólnie i w porozumieniu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, powoływali się wobec J. W. na wpływy w Urzędzie Miasta w (...) i jego poszczególnych jednostkach organizacyjnych i podjęli się doprowadzenia do: sporządzenia przez pracowników Departamentu Architektury i Rozwoju Urzędu Miasta w W. wniosku o zmianę „Studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego W.”, uchwalonego w dniu 6 lipca 2006 r. przez Radę Miejską W., o takiej treści, aby na terenie położonym przy ul. M. w W., działka Nr (...) obręb W., przeznaczonym obecnie na cele związane z aktywnością gospodarczą stanowiącym własność W. B., możliwe było wybudowanie zespołu budynków wielorodzinnych, łącznie z biurowo-usługowymi, handlowymi i hotelowymi, a następnie skierowania go pod obrady i przyjęcia przez Radę Miasta W., doprowadzenia do opracowania przez Urząd Miasta W. odpowiedniego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, przyjęcia go przez Radę Miasta W., wydania warunków zabudowy i zagospodarowania terenu i ostatecznie uzyskania przez właściciela działki pozwolenia na budowę zespołu takich budynków, o powierzchni użytkowej co najmniej 120.000 m<sup>2</sup>, w zamian za korzyść majątkową w kwocie nie mniejszej niż 2.000.000 zł dla siebie, czym usiłowali doprowadzić J. W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w tej kwocie, przekazując mu informacje i utwierdzając swoim zachowaniem w błędnym przekonaniu, iż załatwienie tej sprawy możliwe jest jedynie poprzez wręczenie kwoty co najmniej 500.000 złotych jako korzyści majątkowej za pośrednictwem jego i M. K. Dyrektorowi Departamentu Architektury i Rozwoju Urzędu Miejskiego G. R. i innym urzędnikom, i w ten sposób w dniu 18 grudnia 2007 r. doprowadzili J. W. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem innej osoby w postaci pieniędzy w kwocie 200.000 zł, którą przekazał on D. D. i M. K. będąc przekonanym, że stanowi ona pierwszą ratę korzyści majątkowej dla osób pełniących funkcje publiczne, tj. popełnienia występku wyczerpującego dyspozycję art. 230 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art.

11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. oraz art. 33 § 1 i 3 k.k. wymierzył im kary po 3 (trzy) lata pozbawienia wolności i 200 (dwieście) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawkiiennej na kwotę 500 (pięćset) złotych.

Apelacje od tego wyroku wnieśli tylko obrońcy oskarżonych. Wyrok został przez nich zaskarżony w całości a w apelacjach podniesiono szereg zarzutów, z wszystkich podstaw odwoławczych (referowanie tych zarzutów jest zbyteczne z uwagi na zarzuty kasacji). W konkluzjach wniesionych apelacji zawarto wnioski o zmianę wyroku przez uniewinnienie oskarżonych lub uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2017 r. sygn. akt II AKa (...) zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnił oskarżonych D. D. i M. K. od popełniania zarzucanego im czynu i orzekł o kosztach postępowania.

Przed upływem terminu z art. 524 § 3 k.p.k. kasację od tego wyroku wniósł Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny. Zaskarżając, na podstawie art. 521 § 1 k.p.k., wyrok sądu odwoławczego w całości na niekorzyść D. D. i M. K., na zasadzie art. 523 § 1 k.p.k., art. 526 § 1 k.p.k. oraz art. 537 § 1 i 2 k.p.k. orzeczeniu zarzucił:

„rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., polegające na tym, że Sąd Apelacyjny w (...), orzekając odmiennie co do istoty, zaniechał przeprowadzenia wnikliwej i kompletnej oceny ujawnionego w toku rozprawy materiału dowodowego, oceniając w uzasadnieniu wyroku, zawierającym liczne nieścisłości i sprzeczności, zgromadzone dowody w sposób dowolny, wybiórczy i niekiedy sprzeczny z ich rzeczywistą treścią, z pominięciem istotnych okoliczności, branych pod uwagę w toku oceny dowodów przez Sąd I instancji oraz bez uwzględnienia potrzeby rozróżnienia uprawnień przysługujących funkcjonariuszom Centralnego Biura Antykorupcyjnego (dalej: CBA) na mocy poszczególnych przepisów ustawy o CBA w brzmieniu obowiązującym w dacie popełnienia przez oskarżonych zarzucanych im czynów (Dz. U. z 2006 r. Nr 104 poz. 708), w tym zwłaszcza przepisów określonych w

art. 13 ust. 1, art. 14 ust. 1 pkt 6, art. 17 i art. 19 tej ustawy oraz charakteru realizowanych na podstawie tych przepisów czynności, co doprowadziło do:

- niezasadnej odmowy obdarzenia przymiotem wiarygodności zeznań (za wyjątkiem zeznań złożonych podczas przesłuchania w Prokuraturze Apelacyjnej w (...)), składanych przez J. W., w których ujawniał on okoliczności związane z powiadomieniem funkcjonariuszy CBA o jego podejrzeniach, dotyczących możliwości popełnienia przestępstwa korupcyjnego, a w konsekwencji bezpodstawnego przyjęcia, że w okresie przed grudniem 2007 r. funkcjonariusze ci nie dysponowali informacjami uzasadniającymi podjęcie działań przewidzianych w ustawie;
- dowolnego, sprzecznego z treścią dowodów, w tym zwłaszcza zeznań J. W. i W. B., a także dowodów zawartych w niejawnych materiałach postępowania uznania, że przekazywanie oskarżonym przez J. W. informacji o tym, ile można będzie „zarobić na działce”, miało na celu skłonienie ich, aby ulegli propozycjom korupcyjnym;
- wadliwego przyjęcia, że dowody, o przeprowadzenie których wnosiła obrona, w tym zwłaszcza w postaci wszystkich notatek urzędowych lub innych adnotacji, sporządzonych przez funkcjonariuszy CBA ze spotkań z J. W., a w szczególności ze spotkania, na którym świadek zawiadomił o korupcyjnej propozycji oskarżonych, na okoliczność terminu uzyskania przez tychże funkcjonariuszy „wiarygodnej” informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez oskarżonych oraz treści tej informacji - pozostawały bez wpływu na rozstrzygnięcie w sprawie;
- błędnego i bezpodstawnego uznania, że zaakceptowany przez Sąd meriti pogląd, wyrażony w części motywacyjnej wyroku z dnia 8 lipca 2015 r. o sygn. akt II AKa (...) przez uprzednio orzekający w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny w (...) o tym, że decyzja o oszukaniu J. W. została podjęta samodzielnie przez oskarżonych, którzy postanowili wykorzystać nadarzającą się okazję, a dla uwiarygodnienia swoich działań, polegających na wprowadzeniu J. W. w błąd, powoływali się na wpływy w Urzędzie Miasta (co miało stanowić swoisty środek dla osiągnięcia oszukańczego celu), został przez ten Sąd sformułowany bez uwzględnienia tzw. „(...)” zeznań J. W. oraz wyjaśnień oskarżonych;

- wadliwego stwierdzenia, że wskazane wyżej oraz inne omówione w uzasadnieniu wyroku Sądu II instancji dowody przeczą wskazanemu wyżej pogładowi, co skutkowało nienależytym rozważeniem wymienionych okoliczności, jak również nieuwzględnieniem, że zachowanie wymienionych, realizujących przestępstwo, którego J. W. nie obejmował swoim zamiarem, nie polegało na podjęciu działań, do których byli nakłaniani - co miało istotne znaczenie w aspekcie rozważań dotyczących naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284);
- błędnego uznania, że złożenie przez oskarżonych w dniu 19 grudnia 2007 r.; tj. bezpośrednio po zatrzymaniu, wyjaśnień, w których ujawnili oni okoliczności, dotyczące swojego zachowania, wskazujące na realizację przez nich znamion zarzuconych im następnie przestępstw, było konsekwencją dysponowania przez funkcjonariuszy CBA nagraniami, na których utrwalono wręczenie korzyści majątkowej;
- błędnego uznania, że wskazane wyżej wyjaśnienia oskarżonych, złożone swobodnie i dobrowolnie, były konsekwencją prowokacji J. W., podczas gdy wyjaśnienia te nie były bezpośrednim skutkiem wymienionej prowokacji, ale przeprowadzonych w sposób prawidłowy czynności procesowych, a zatem stanowiły dowód mogący stanowić pełnowartościową podstawę ustaleń faktycznych i skazania, przy czym nawet w przypadku uznania ich za dowód „pośrednio nielegalny” ich dopuszczeniu nie sprzeciwiał się art. 168a k.p.k., a zatem dyskwalifikacja tego dowodu nastąpiła z rażącym naruszeniem wymienionej normy prawa karnego procesowego oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284), albowiem wykorzystanie takich dowodów nie powodowało nierzetelności i niesprawiedliwości procesu;
- wadliwego uznania, że J. W. nie pozostawał w błędzie, albowiem świadomie uczestniczył w prowadzonych czynnościach operacyjno - rozpoznawczych oraz czynności kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej i nie dokonał niekorzystnego rozporządzenia mieniem, gdyż wręczając pieniądze wiedział, że uczestniczy w kontrolowanym przekazaniu środków, które wrócą do właściciela,

co doprowadziło także do naruszenia art. 286 § 1 k.k. poprzez błędne przyjęcie, że zachowaniem swoim oskarżeni nie zrealizowali znamion przestępstwa określonego w tym przepisie;

- 2) art. 17 ust. 1 ustawy o CBA w brzmieniu obowiązującym do dnia 11 czerwca 2011 r., tj. w dacie prowadzenia czynności (tekst pierwotny Dz. U. 2006, Nr 104, poz.708) poprzez błędne przyjęcie, że do zarządzenia kontroli operacyjnej mogło dojść jedynie w przypadku, gdy organy ścigania znajdowały się w posiadaniu wcześniej uzyskanej, wiarygodnej informacji o przestępstwie - co skutkowało też wadliwym wnioskowaniem w zakresie możliwości wykorzystania w toku postępowania dowodów uzyskanych w przedmiotowej sprawie w ramach czynności prowadzonych na podstawie powyższego przepisu;
- 3) art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. i art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. oraz art. 230 § 1 k.k. poprzez zaniechanie rozważenia zachowania oskarżonych na płaszczyźnie wskazanych przepisów prawa karnego materialnego;
- 4) art. 168 a k.p.k., poprzez jego błędną, niedostatecznie wnikliwą wykładnię i w konsekwencji przyjęcie (któremu nie towarzyszyło należyte uzasadnienie zajętego w tej mierze stanowiska), że „obecne brzmienie przepisu dopuszcza możliwość korzystania, z dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania. lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., dyskwalifikując jedynie dowody uzyskane w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu, oraz pozbawienia wolności, a w przypadku funkcjonariusza publicznego dyskwalifikacja następuje ponadto, gdy podczas pełnienia obowiązków służbowych uzyskał dowody z naruszeniem przepisów postępowania lub przy pomocy czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.”, podczas gdy prawidłowa interpretacja tej normy, uwzględniająca jej literalne brzmienie, a także wskazania wykładni językowej i autentycznej, prowadzi do wniosku, iż do zaktualizowania się zakazu dowodowego, określonego w wymienionym przepisie, dochodzi wyłącznie wówczas kiedy dowód zostaje uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku; zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności, jak również podczas gdy wobec trudności interpretacyjnych, jakie rodzi

rozumienie tego przepisu w doktrynie, uzasadnione było dokonanie wskazanej wykładni w sposób szczególnie staranny;

- 5) art. 177 i art. 188 pkt. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 43) w związku z art. 26 k.p.k. i art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2036 r. o organizacji i trybie postępowania przez Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z dnia 19 grudnia 2016r. poz. 2072) - poprzez naruszenie kognicji Sądu powszechnego wskutek stosowania tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa i wkroczenie w tym zakresie w wyłączną kompetencję Trybunału Konstytucyjnego”.

Podnosząc te zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...) w postępowaniu odwoławczym.

Odpowiedź na kasację Ministra Sprawiedliwości - Prokuratora Generalnego złożył obrońca oskarżonych D. D. i M. K. - adw. J. G., wnosząc o oddalenie kasacji. Takie stanowisko podtrzymał adw. J. G. w trakcie rozprawy kasacyjnej. Drugi z obrońców obu oskarżonych także wniósł o oddalenie kasacji. Prokurator Prokuratury Krajowej w trakcie rozprawy kasacyjnej poparł wniesioną kasację, podobnie jak oskarżyciel posiłkowy.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesiona kasacja okazała się zasadna, aczkolwiek o takim rozstrzygnięciu przesądził tylko pierwszy zarzut kasacji i to w odniesieniu do niektórych elementów w nim wykazanych jako rażące naruszenie przepisów art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. Przed wskazaniem przyczyn uwzględnienia tego zarzutu celowe jest poczynienie kilku zasadniczych uwag dotyczący zarówno kasacji jak i układu procesowego, jaki zaistniał w postępowaniu odwoławczym. Otóż wyrok sądu I instancji został zaskarżony **tylko na korzyść oskarżonych**, a skoro nie wniesiono środka odwoławczego na niekorzyść, to dokonane w tym wyroku ustalenia faktyczne pozostawały pod ochroną przepisu art. 434 § 1 k.p.k. Jest oczywiste, że poczynione ustalenia faktyczne były efektem określonych ocen dowodów, a zatem, przy braku apelacji na niekorzyść także oceny tych dowodów były pośrednio niepodważalne, jako podstawy czynionych ustaleń. Trzeba więc te ustalenia i oceny wskazać. Otóż w sferze ustaleń faktycznych lokują się następujące określenia:

- J. W. dawał do zrozumienia, że jest gotowy ponieść znaczne koszty, aby proces (wydania stosownych decyzji co do działek – uw. SN) przyspieszyć (str. 7 uzasadnienia),
- w dniu 7 grudnia 2007 r. J. W. nakłaniał oskarżonych by Ci w drodze obietnicy udzielenia korzyści majątkowej urzędnikom wpłynęli na zmianę studium i szybkie przeprowadzenie procesu (s. 12),
- oskarżeni postanowili przekonać J. W., że w zamian za korzyści finansowe dla urzędników można tę procedurę przyspieszyć i pomyślnie zakończyć; skoro J. W. skłonny był wyłożyć wielkie kwoty licząc na zyski ze sprzedaży nieruchomości, to oskarżeni zdecydowali się tą sytuację wykorzystać i obiecując przekazanie urzędnikom łapówki zdecydowali się te kwoty przejąć dla siebie oraz zastrzec dla siebie istotne kwoty za własne czynności (str. 13),
- M. K. w dniu 11 grudnia 2007 r. poinformował W. o możliwości przyspieszenia prac nad zmianą "Studium", przy czym przekonywał J. W., że zmiany w studium będą uzależnione także od łapówek dla poszczególnych urzędników w łącznej kwocie 500.000 zł; oskarżeni nie składali żadnym urzędnikom propozycji wręczenia korzyści majątkowych; wynikało to z zamiaru zachowania pieniędzy dla siebie (str. 13).

W dalszej części uzasadnienia – już w części dotyczącej oceny dowodów – sąd I instancji zawarł stwierdzenie, że **J. W. w relacji do oskarżonych był inspiratorem działań korupcyjnych, inicjował te działania i do nich podlegał** (str. 25). To stwierdzenie poprzedzone zostało uwagą o istotnym znaczeniu, w kontekście motywu działań J. W., tzw. zeznań „(...)” (materiały niejawne). O tych zeznaniach jako **szczególnie ważnych** sąd wypowiadał się również na str. 23 uzasadnienia. Ogólnie uznał, że ocena zeznań tego świadka musi być dokonywana ze szczególną ostrożnością, a dowód ten musi być weryfikowany na podstawie innych dowodów (str. 24). Niewątpliwie w sferze ustaleń faktycznych mieści się także kluczowa uwaga na stronach 26 i 27 uzasadnienia wyroku. Otóż odnosząc się do operacji specjalnej prowadzonej na podstawie art. 19 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tj. Dz. U. 2018, poz. 2104 - dalej jako u.CBA), sąd ten wskazał, że **„nie można więc przyjmować aby spełnione zostały warunki formalne wdrożenia operacji specjalnej według**



**przepisów o CBA**", a taka ocena jest uzasadniona tym, co ujawnił J. W. w zakresie dowodów objętych najwyższą klauzulą tajności (chodzi o tzw. zeznania „(...)” – uw. SN), **co wprost pozwala na stwierdzenie, iż zeznania te (tzw. „(...)”) zostały obdarzone wiarą w całości.** Pomimo takiego stwierdzenia co do podstawy formalnej operacji prowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne (dalej - CBA), sąd odnosząc się do treści art. 168a k.p.k. uznał, że dowody uzyskane w drodze operacji specjalnej nie mogą być dowodem jednoznacznie wartościowym i wiarygodnym, a mogą zostać wykorzystane jedynie posiłkowo do weryfikacji innych dowodów (s. 28). Za pełnowartościową podstawę ustaleń faktycznych sąd przyjął wyjaśnienia oskarżonych składane w śledztwie, zwłaszcza wyjaśnienia złożone po zatrzymaniu – w dniach 19 i 20.12.2007 r. (str. 29). Jednocześnie sąd ten zadeklarował, że zasadnicze znaczenie dla ustaleń faktycznych mają zeznania J. W., dowody uzyskane z operacji specjalnej, kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej oraz wyjaśnienia samych oskarżonych (str. 22).

Z uwagi na pierwszy zarzut kasacji trzeba wskazać, jakich ocen dokonał sąd drugiej instancji zmieniając wyrok w całości, albowiem to pokaże rzeczywisty zakres, do którego mogą odnosić się wskazywane uchybienia. Z uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego wynika, że:

- sąd ten podzielił ocenę sąd I instancji w zakresie oceny wyjaśnień, jakie oskarżeni złożyli zaraz bezpośrednio po zatrzymaniu (str. 24), a także w kontekście tzw. „(...)” zeznań J. W., w tym terminu przyjęcia propozycji korupcyjnej (grudzień 2007 r - s. 28 i 29) Na s. 28 uzasadnienia wyroku sąd II instancji stwierdził, że to właśnie tzw. zeznania „(...)” oraz wyjaśnienia oskarżonych wskazują, iż oskarżeni od początku spotkali się z sugestiami J. W. aby zmianę przeznaczenia działki załatwić za łapówkę;
- po omówieniu kwestii tzw. operacji specjalnej oraz przedstawieniu wypowiedzi orzeczniczych na tle art. 17 u. CBA, podkreślił, że operacja z art. 19 ust. 3 u.CBA była prowadzona w ramach operacji „C..”, a ta była pozbawiona podstaw prawnych;
- wychodząc z ustalenia braku warunków formalnych do wdrożenia operacji specjalnej, sąd odniósł się do art. 168a k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od dnia 15 kwietnia 2016 r. (s. 34 - 36), by w konkluzji stwierdzić, że omawiane

dowody zostały dopuszczone i przeprowadzone oraz podlegały ocenie na etapie wyrokowania;

- w kolejnym fragmencie, po analizie art. 168a k.p.k., sąd II instancji – jak się wydaje – opowiedział się za poszerzoną (rozproszoną) kontrolą konstytucyjności (s. 38), by już dalej przejść do oceny, czy wykorzystanie dowodów uzyskanych w wyniku prowokacji ze strony osoby współpracującej z CBA jest zgodne z rzetelnym procesem w rozumieniu art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1951 r. (EKPC - s. 39-41).

W odniesieniu do oceny wyjaśnień obu oskarżonych kluczowe znaczenie mają rozważania na str. 42 i 43 uzasadnienia wyroku. Wskazano tam, że wyjaśnienia, które oskarżeni złożyli zaraz po zatrzymaniu są konsekwencją prowokacji oraz nagrania wręczenia łapówki przez J. W.. Oskarżeni złożyli te wyjaśnienia po dokonaniu u nich przeszukania i zabezpieczenia pieniędzy, a czynności przesłuchania odbyły się gdy funkcjonariusze CBA dysponowali nagraniem. Dalej, zaś sąd ten dodał także istotną uwagę, która poprzedza stwierdzenie o podstawie zmiany wyroku przez uniewinnienie oskarżonych. Otóż sąd wskazał, że „oskarżeni popełnili czyn zabroniony w następstwie aktywności osoby współpracującej z CBA. Brak jest podstaw by przyjąć, że oskarżeni dopuścili się korupcji bez wskazanej aktywności J. W.” (s. 43).

Nietrudno dostrzec, że podstawą zmiany wyroku przez uniewinnienie oskarżonych było przyjęcie, iż skoro J. W. nakłaniał oskarżonych do udzielenia korzyści majątkowej urzędnikom, był inicjatorem takich działań oraz do takich działań podlegał, to dowody uzyskane w wyniku operacji specjalnej nie mogą zostać uznane za podstawę czynionych ustaleń faktycznych albowiem czyniłoby to proces nierzetelny w rozumieniu standardu z art. 6 ust. 1 EKPC. Asumptem do takiego ustalenia było także uznanie, dokonane już przez sąd I instancji, że nie zostały spełnione wymogi formalne wdrożenia operacji specjalnej według przepisów u.CBA. W istocie zatem o niedopuszczalności dowodów bezpośrednio uzyskanych z tej akcji przesądziła ocena dokonana na płaszczyźnie konwencji (EKPC) a nie art. 168a k.p.k. Co więcej, to przecież wszystkie dowody będące wynikiem operacji specjalnej zostały przez sąd pierwszej instancji przeprowadzone i ocenione, a tylko

sąd ten uznał, iż mają one charakter subsydiarny i samodzielnie nie mogą stanowić podstawy skazania. Trafnie na to zwrócił uwagę sąd II instancji, dostrzegając fakt niezakwestionowania tych okoliczności w toku postępowania odwoławczego (s. 36 uzasadnienia). Kluczowe w aspekcie art. 168a k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od dnia 15 kwietnia 2016 r. jest zagadnienie, czy skoro ustalono, iż niespełnione zostały warunki formalne wdrożenia operacji specjalnej (brak wiarygodnej informacji o popełnieniu przestępstwa art. 19 ust. 1 ustawy o CBA), a zatem – naruszono przepisy ustawy przy zbieraniu dowodów popełnienia przestępstwa, to norma zawarta w art. 168a k.p.k. sanuje tę wadę w zakresie legalności dowodu i pozwala na wykorzystanie tych dowodów? Dostrzega się bowiem w piśmiennictwie nie bez racji, że jeśli ustawa określa ściśle warunki uzyskania określonego dowodu, a zdobycie nastąpiło wbrew tym warunkom, to dowód taki uznaje się za nielegalny ze względu na sposób jego uzyskania; tak postrzega się także dowody pozyskane w toku czynności operacyjno - rozpoznawczych przeprowadzonych z niezachowaniem warunków ich przeprowadzenia (np. K. Boratyńska, Procesowe konsekwencje wyjścia organów postępowania poza granice legalności czynności w nim podejmowanych w: D. Gruszecka [red.], J. Skorupka [red.] Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania, Warszawa 2015, s. 149). Jednocześnie przed wprowadzeniem z dniem 15 kwietnia do porządku prawnego przepisu art. 168a k.p.k. formułowano poglądy, że nie każde naruszenie przepisów prawa przy zbieraniu dowodów skutkuje niemożnością wprowadzenia takiego dowodu do procesu, choć uchybienia proceduralne mogły istotnie wpływać na wiarygodność dowodu (por. w tej materii S. Brzozowski, Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w kontekście art. 168a k.p.k., Palestra 2017, z. 1-2, s. 55) Zagadnienie to otwierałoby pole do rozważań, co do rzeczywistego zakresu normy zawartej w tym przepisie, przy dostrzeżeniu różnych poglądów interpretacyjnych w tym zakresie (np. D. Gruszecka, W kwestii interpretacji znowelizowanego przepisu art. 168a k.p.k., Palestra 2017, z. 1-2, s. 60-78; M. Błoński, Przeprowadzanie na rozprawie dowodów uzyskanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, PiP 2017, nr 8, s. 90 i nast.; S. Brzozowski, Dopuszczalność dowodów ..., s. 54 - 58; tenże: Dopuszczalność dowodu w kontekście regulacji art. 168a k.p.k., PS 2016, nr 10 s.

60 i nast.; Ł. Cora, Aksjologia procesowa a dopuszczalność dowodu z art. 168a k.p.k., PiP 2018, z. 10, s. 121-132; K. Lipiński, Klauzula uadekwatniająca przesłanki niedopuszczalności dowodu w postępowaniu karnym [art. 168a k.p.k.], Prok. i Pr. 2016, nr 11; A. Rychlewska, O przepisie art. 168a k.p.k. jako przyzwoleniu na korzystanie w ramach procesu karnego z dowodów zdobytych w sposób nielegalny, Palestra 2016, nr 5). Rzecz jednak w tym, że choć to zagadnienie stało się elementem rozważań sądu II instancji, to w efekcie trudno ustalić na jakiej podstawie sąd ten doszedł do konkluzji wyrażonej na s. 38 (trafnie na to zwracają uwagę w swoich glosach do tego wyroku M. Florczak-Wątor, LEX/el.2018 i K. Lipiński, Palestra 2017, z. 10, s. 85-87). Wydaje się, że początkowo ustalenia treści normy dokonano na s. 36 (akapit: „Obecne brzmienie..., o którym mowa w art. 1 § 1 KK”), by jednak końcowo zaprezentować inną treść (s. 38; z akceptacją w tym zakresie wniosku końcowego - Ł. Cora, Aksjologia procesowa..., s. 129-132). Niewątpliwie ustalenie treści normy zawartej w art. 168a k.p.k. w brzmieniu od dnia 15 kwietnia 2016 r. stanowi bardzo interesujący problem prawny, ale w tej sprawie nie ma jednak podstaw by takie rozważania prowadzić. Z wyводу na s. 39 - 43 uzasadnienia wyroku wynika bowiem, że to zestawienie ustaleń faktycznych i roli J. W. w zachowaniu oskarżonych (nakłanianie i podżeganie) przy braku wcześniejszych wiarygodnych informacji o popełnieniu przestępstwa, skutkowało przyjęciem, że dowody zdobyte za pomocą prowokacji CBA czyniłyby proces nierzetelnym w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC. To oznacza, iż sąd ad quem uznał w oparciu o art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, że regulacja konwencyjna ma pierwszeństwo przed ustawą. To zaś prowadzi do wniosku, że przepis art. 168a k.p.k. nie miał żadnego relewantnego znaczenia, albowiem sąd odwoławczy sięgnął od razu do tych elementów, które na gruncie art. 6 ust. 1 EKPC wytyczają standard rzetelnego procesu w odniesieniu do prowadzenia prowokacji policyjnej (podstęp i kontrolowane wręczenie korzyści majątkowej), uznając słusznie, iż jest to minimalny standard w zakresie oceny takich dowodów (na tożsame okoliczności wskazuje m.in. Ł. Cora, Aksjologia procesowa..., s. 126-131). Wymogi te zostały trafnie opisane w uzasadnieniu wyroku sądu II instancji i nie były kwestionowane przez skarżącego. Zatem na tej płaszczyźnie sąd odwoławczy wyznaczył

niedopuszczalność oparcia się o dowody uzyskane w wyniku operacji policyjnej. Przy takiej ocenie nie istniała również płaszczyzna do przedstawienia przez sąd odwoławczy pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego (TK), albowiem w sytuacji, gdy zarysował się konflikt normy prawa krajowego z normą wynikającą z umowy międzynarodowej ratyfikowanej za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, pierwszeństwo przysługuje tej ostatniej, co oznacza, iż zależność wymagana na gruncie art. 193 Konstytucji RP nie występuje, a więc nie ma płaszczyzny do zadania pytania Trybunałowi Konstytucyjnemu (por. uzasadnienie postanowienie TK z dnia 19 grudnia 2006 r., P 37/05, OTK-A 2006, nr 11, poz. 177). Ogólnie trzeba wskazać, że orzekanie w konkretnej sprawie to sfera stosowania prawa a nie jego obowiązywania. Skoro sędziowie w procesie stosowania prawa podlegają bezwzględnie Konstytucji oraz ustawom (art. 178 ust. 1 Konstytucji), to z tą zasadą związana jest norma kolizyjna wyrażona w art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, nakładająca obowiązek odmowy stosowania ustawy w wypadku kolizji z umową międzynarodową ratyfikowaną w drodze ustawowej. Oczywiście jest, że norma ta dotyczy sędziów stosujących prawo. W celu przybliżenia tej relacji, na tle bardzo szerokiego wywodu kasacji, warto zacytować fragmenty uzasadnienia postanowienia Trybunał Konstytucyjnego w sprawie P 37/05: „...przedstawienie Trybunałowi Konstytucyjnemu pytania prawnego jest dopuszczalne tylko wówczas, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem. Uznanie, iż w razie konfliktu normy prawa krajowego z normą prawa wspólnotowego pierwszeństwo stosowania przysługuje tej ostatniej, prowadzi do wniosku, że **w analizowanym wypadku zależność wymagana przez art. 193 Konstytucji nie wystąpi. O rozwiązaniu takiej kolizji sąd stosujący prawo rozstrzyga samodzielnie**”; i dalej - „sądy krajowe mają też prawo i obowiązek odmówienia zastosowania normy krajowej, jeżeli koliduje ona z normami prawa wspólnotowego. Sąd krajowy nie orzeka w takim wypadku o uchyleniu normy prawa krajowego, lecz tylko odmawia jej zastosowania w takim zakresie, w jakim jest on obowiązany do dania pierwszeństwa normie prawa wspólnotowego.” Końcowo TK wskazał w tym postanowieniu, że: „Na tej podstawie należy uznać brak konieczności zwracania się do TK z pytaniami prawnymi dotyczącym zgodności prawa krajowego z prawem

wspólnotowym - nawet w sytuacji gdy sąd zamierza odmówić zastosowania ustawy krajowej. **Problem rozwiązywania kolizji z ustawami krajowymi pozostaje więc w zasadzie poza zainteresowaniem TK. O tym, czy ustawa koliduje z prawem wspólnotowym, rozstrzygać będą bowiem Sąd Najwyższy, sądy administracyjne i sądy powszechne**, a o tym, co znaczą normy prawa wspólnotowego, rozstrzygać będzie ETS, wydając orzeczenia wstępne...” oraz „w szczególnej sytuacji kolizji ustawy z prawem wspólnotowym uprawnienie sądu do zadania pytania prawnego zostaje w pewnym sensie ograniczone ze względu na regułę kolizyjną zawartą w art. 91 ust. 2 Konstytucji oraz zasady stosowania prawa wspólnotowego, przede wszystkim zasadę bezpośredniego stosowania prawa wspólnotowego w wypadku kolizji z ustawą.” Wprawdzie TK w tym postanowieniu odwoływał się do prawa wspólnotowego (art. 91 ust. 3 Konstytucji RP) ale te – jakże istotne – stwierdzenia dotyczą także Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, albowiem ta została ratyfikowana w trybie określonym w art. 91 ust. 2 Konstytucji RP. Skoro zatem sędziowie - podlegający bezwzględnie Konstytucji oraz ustawom (art. 178 ust. 1 Konstytucji) - w procesie rozstrzygania określonej sprawy stosując prawo, stwierdzą kolizję prawa krajowego z umową międzynarodową ratyfikowaną za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, to mają wówczas obowiązek zastosowania mechanizmu kolizyjnego z art. 91 ust. 2 Konstytucji RP (por. także L. Garlicki, Polskie prawo konstytucyjne, Warszawa 2000, s. 148; Z. Witkowski [red.] Prawo konstytucyjne, Toruń 2006, s. 141; P. Grzegorzczak, Skutki wyroków ETPCz w krajowym porządku prawnym, PS 2006, nr 6, s. 7 i wskazana tam literatura). Co więcej, w orzecznictwie TK podkreślano w 2008 r., że „zejście” poniżej standardu zawartego w EKPC byłoby w istocie równoznaczne z niezgodnością takiego uregulowania z Konstytucją (wyrok z dnia 19 lutego 2008 r., P 48/06). Wskazano już powyżej, że dla rozstrzygnięcia zarzutów kasacji nie jest konieczne rozstrzygnięcie normatywnej zawartości przepisu art. 168a k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od dnia 15 kwietnia 2016 r. Po poczynieniu jednak powyższych uwag celowe jest wskazanie, że skoro w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP zawarto regułę rzetelnego procesu, to jej ramy są współokreślane przez te elementy, które w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) określają

minimalne standardy rzetelnego procesu na gruncie art. 6 ust. 1 EKPC. Zatem na tle dowodów uzyskanych z działań pozaprocesowych w ramach operacji specjalnych (w tym tzw. prowokacji policyjnych), także wówczas, gdy stwierdzono naruszenie przepisów prawa (norm ustawowych) przy prowadzeniu tych operacji, przestrzeganie zasad i kryteriów stabilnie ukształtowanych orzeczeniami ETPCz, a dotyczących dowodów uzyskanych w ramach tych operacji i możliwości ewentualnego oparcia się na nich w procesie karnym, prowadzi jednocześnie do określenia ram rzetelnego procesu w aspekcie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP (w powiązaniu z art. 2 i art. 7 Konstytucji RP) w sprawach, gdzie takie operacje policyjne są prowadzone. Konstatacja ta prowadzi do wniosku, że w procesie ustalania treści normy z art. 168a k.p.k. powinno mieć się na względzie, iż przy różnych wnioskach końcowych, będących następstwem procesu wykładni, pierwszeństwo powinien mieć ten wniosek (rezultat wykładni), który prowadzi do zgodności tego przepisu (normy dekodowanej z jego treści) z Konstytucją RP. W takim schemacie rozumowania brak pełnej i spójnej oraz uporządkowanej wykładni przepisu art. 168a k.p.k. w wywodzie sądu odwoławczego nie ma istotnego znaczenia, skoro sąd ten trafnie i prawidłowo określił ramy rzetelnego procesu w odniesieniu do dowodów uzyskanych z operacji wręczenia korzyści majątkowej, prowadzonej w sposób sprzeczny w warunkami ustawowymi. Po prostu, sąd *ad quem* zastosował od razu minimalne wymogi konwencyjne. Z tego powodu zarzuty kasacji z pkt 4 i 5 (uzasadnione na str. 56 do 81) są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia. Co istotne, ocena na płaszczyźnie uregulowania z art. 6 ust. 1 EKPC dotyczyła całości działań operacyjno-rozpoznawczych, w tym także operacji z art. 19 ust. 1 u.CBA i bez znaczenia są – dostrzeżone przez skarżącego w pkt 2 kasacji – nieco chaotyczne wywody poczynione przez sąd odwoławczy w zakresie przepisu art. 17 u.CBA (określającego kontrolę operacyjną) oraz art. 19 ust. 1 u.CBA (określającego m.in. kontrolowane wręczenie korzyści majątkowej). Jedynie dodać należy odnosząc się do zarzutu kasacji z pkt 2, że rzeczywiście sąd II instancji prowadząc swój wywód „pomieszał” warunki kontroli operacyjnej (art. 17 ust. 1) i przesłanki operacji z art. 19 u.CBA. (s. 31-33). Kwestie tzw. zgody pierwotnej i następczej to przecież określenia dotyczące kontroli operacyjnej a więc – w tej sprawie – stosowanego

podśluchu pozaprocesowego (zgoda co do M. K. została wydana w trybie tzw. zgody następcej z art. 17 ust. 3 u.CBA przez sąd dopiero w dniu 14.12.2007 r., ale postanowieniem tym zatwierdzono stosowanie kontroli operacyjnej od dnia 13.12.2007 r.; zgoda co do M. D. wydana w trybie art. 17 ust. 1 u. CBA w dniu 16.10.2007 r. dotyczy przestępstwa z art. 229 § 4 k.k.). Twierdzenie o poważnych wątpliwościach w zakresie niezbędności zarządzenia kontroli operacyjnej z uwagi na brak wiarygodnej informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, pomija to, że warunkiem stosowania czynności z art. 17 ust. 1 u. CBA – w dacie ich realizowania - była bezskuteczność innych środków albo wysokie prawdopodobieństwo ich nieskuteczności lub nieprzydatności. 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 podśluchu 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. W kontekście niekwestionowanego ustalenia o braku wiarygodnej informacji w zakresie działań operacyjno - rozpoznawczych prowadzonych na podstawie art. 19 ust. 1 u. CBA, a także zważywszy na ustalenie roli J. W. jako inicjatora i podżegacza do popełnienia przestępstwa korupcji w odniesieniu do oceny wszystkich dowodów uzyskanych w wyniku operacji CBA, zarzut w pkt 2 kasacji nie miał znaczenia do oceny trafności zapadłego wyroku.

Te wszystkie uwagi prowadzą więc do wniosku, że obecnie dla oceny zasadności kasacji ustosunkować należy się do zarzutów w pkt 1 i 3 (art. 536 k.p.k.), przy czym z oczywistych powodów kluczowe jest odniesienie do zarzut z pkt 1. Pierwszy zarzut kasacji dotyczy naruszenia przez sąd II instancji przepisów art. 7 i art. 410 k.p.k. w zakresie w jakim sąd ten, dokonując zmiany zaskarżonego wyroku, zaniechał wnikliwej oraz kompletnej oceny ujawnionego w sprawie materiału dowodowego i dopuścił się licznych nieścisłości oraz



sprzeczności w zgromadzonych w sprawie dowodach, a także określone dowody pominął, co doprowadziło do wskazanych w poszczególnych elementach kasacji (tiret) błędów i wadliwych ocen. Chybione są te zarzuty, które sformułowane zostały w tiret pierwszy, drugi oraz trzeci. Odnosząc się do zarzutów z tiret pierwszy i drugi, to przypomnieć należy, że sąd I instancji ustalił, iż to J. W. był inspiratorem działań korupcyjnych i je inicjował oraz do nich podżegał, a w zakresie dowodów zebranych w trybie operacji specjalnej, to nie zostały spełnione warunki formalne wdrożenia takiej operacji (s. 26 uzasadnienia). Z uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego wcale nie wynika, aby sąd ten dokonał odmiennej oceny zeznań J. W.. Przypomnieć raz jeszcze należy, sąd ten nie mógł dokonać jakichkolwiek mniej korzystnych ustaleń faktycznych niż te poczynione przez sąd I instancji, skoro prokurator nie wniósł apelacji (art. 434 § 1 k.p.k.). W tym zakresie **to bezczynność prokuratora spowodowała ustalenie pewnych kluczowych kwestii w sposób korzystny dla oskarżonych**. Prokurator zapewne zadowolony z samego wydania wyroku skazującego nie dostrzegł, że przecież w ustaleniach faktycznych zanegowano legalność działań w trybie operacji prowadzonych przez CBA oraz aktywność zachowań J. W., jako osoby współpracującej z CBA, w stosunku do obu oskarżonych. Brak jakiegokolwiek wiarygodnej informacji o popełnieniu przestępstwa, to przecież wskazanie, iż dowody uzyskane w trybie art. 19 ust. 1 u. CBA uzyskano drogą nielegalną, podobnie obdarzenie wiarą tzw. zeznań „(...)” J. W., to prosta droga do stwierdzenia, które zresztą zostało podane przez sąd pierwszej instancji, że J. W. był inspiratorem działań korupcyjnych wobec oskarżonych i do nich podżegał, a zatem zachował się aktywnie a nie pasywnie. Co więcej, **treść zeznań tzw. „(...)” wprost poraża w swojej wymowie co do powodów podjęcia akcji CBA (!)** i ich niezaniegowanie otworzyło drogę do wiążącego ustalenia, nie tylko jaką rolę pełnił J. W. w akcji CBA, ale jaki był rzeczywisty cel CBA podjęcia takich działań w 2007 r. przed wyborami. Skoro prokurator nie zakwestionował oceny zeznań tzw. „(...)”, to albo się z taką oceną zgadzał, a **wówczas powinno być wszczęte śledztwo pod szczególnym nadzorem (z uwagi na treść tych zeznań) co do okoliczności zainicjowania takiej akcji** albo – z nieznanых powodów – wykazał się zaniechaniem, które miało bardzo istotne skutki w sferze późniejszego procedowania. Wystarczyła odrobina wyobraźni prawnej i – oczywiście – wiedzy

fachowej, by przewidzieć, że w przypadku wniesienia apelacji tylko na korzyść oskarżonych, okoliczności te oraz ustalenia utworzą podstawę do możliwości pełnego wyeliminowania tych dowodów z bazy dowodów. Tak też w tej sprawie się stało. Sąd odwoławczy był w tej materii po prostu konsekwentny, a nie stanął w pół drogi, jak sąd pierwszej instancji dostrzegając nielegalność dowodów, a jednocześnie czyniąc z nich podstawę do ustaleń faktycznych chociażby w formule dowodów pośrednich. Trafnie wykazał sąd odwoławczy, że ustalenia poczynione przez sąd pierwszej instancji w kontekście chociażby warunków rzetelnego procesu, odczytywanych z art. 6 ust. 1 EKPC, zmuszają do niemożności przywołania tych dowodów w jakimkolwiek zakresie. Kwestionowanie obecnie w kasacji (tiret drugi), że działanie W. nie miało na celu skłonienie oskarżonych do przyjęcia propozycji korupcyjnych musi – od strony formalnoprawnej - dziwić, albowiem takie ustalenia sądu I instancji nie były kwestionowane i pozostawały pod ochroną art. 434 § 1 k.p.k., o czym Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny wnosząc kasację wiedzieć raczej powinien. Tożsama uwaga dotyczy zarzutu zawartego w tiret trzeci. Kwestia, w jakim terminie była ustalona wiarygodna informacja o przestępstwie oskarżonych została przesądzona w ustaleniach sądu pierwszej instancji, niezakwestionowanych środkiem odwoławczym na niekorzyść. Zarzuty formułowane obecnie w kasacji w tym zakresie są chybione w sposób formalny. Sąd drugiej instancji jedynie stwierdził, że skoro nie było spełnionych warunków formalnych do prowadzenia operacji specjalnej, to dowody te, także z uwagi na charakter działań J. W. jako podżegacza i inspiratora do działań korupcyjnych w kontekście standardu z art. 6 ust. 1 EKPC, nie mogą w ogóle stanowić dowodu w sprawie (proces jako cały byłby nierzetelny), gdy sąd I instancji uznał, że mogą stanowić dowody o znaczeniu posiłkowym.

Po dokonaniu takiej oceny dowodów uzyskanych z operacji CBA kluczowe stało się dokonanie oceny wyjaśnień oskarżonych, zwłaszcza tych wyjaśnień, które zostały złożone zaraz po zatrzymaniu oskarżonych (19 i 20 grudnia 2007 r.). Wyjaśnienia te zostały obdarzone wiarą przez sąd pierwszej instancji i taką samą ocenę wyraził sąd odwoławczy (s. 24 uzasadnienia wyroku). Co istotne, wyjaśnienie te stały się jednym z podstawowych dowodów dla sądu I instancji dla wydania wyroku skazującego, zwłaszcza przy uznaniu pewnej ułomności dowodów

wynikających z prowokacji CBA oraz zeznań J. W. Skoro sąd odwoławczy w taki sam sposób ocenił wyjaśnienia obu oskarżonych, w których przyznali się do popełnienia zarzucanego im czynu i złożyli wyjaśnienia (k. 468 - 471, k. 488 - 491; k.416-420 i k. 483 - 485), to jest oczywiste, iż uniewinnienie oskarżonych musiało być efektem ocen prawnych co do okoliczności ich złożenia. Na s. 42 - 43 uzasadnienia wyroku sądu II instancji takie okoliczności zostały zaprezentowane. Trzeba je przytoczyć raz jeszcze (we wstępnej części uzasadnienia je już prezentowano). Otóż sąd ten przyjął, że przesłuchanie oskarżonych miało miejsce w momencie, gdy funkcjonariusze CBA dysponowali nagraniem, które dokumentowało wręczenie korzyści majątkowej. Wyjaśnienie te zostały ocenione jako konsekwencja prowokacji oraz nagrania wręczenia łapówki przez J. W., w sytuacji, gdy dokonano u oskarżonych przeszukania i zabezpieczenia pieniędzy wydanych J. W. przez agenta CBA. Po drugie, sąd ten przyjął, że oskarżeni popełnili czyn zabroniony w następstwie aktywności osoby współpracującej z CBA i brak jest podstaw do stwierdzenia, iż oskarżeni dopuściliby się korupcji bez wskazanej aktywności J. W. Niewątpliwie te niezwykle istotne uwagi, to efekt aplikowania w realia sprawy dorobku ETPC wypracowanego na tle art. 6 ust. 1 i zaprezentowanego na s. 39 - 42, a zwłaszcza wyroku Wielkiej Izby z dnia 5 lutego 2008 w sprawie Ramanauskas przeciwko Litwie (skarga nr 74420/01). To przecież z tego wyroku przywołano tezę o konieczności wykluczenia wszelkich dowodów uzyskanych w wyniku policyjnego podżegania, jak i wskazano, że nawet przyznanie się do winy oskarżonego nie czyni z takiego procesu rzetelnego z rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC (s. 41 *in fine*). Także w wyroku tym (Ramanauskas, § 73) ujęto, że nie wykazano w postępowaniu karnym, iż przestępstwo zostałoby popełnione bez interwencji osób podżegających; stwierdzenie to użyte zostało także przez sąd II instancji (s. 43).

W kasacji te ustalenia i oceny zostały zakwestionowane w pkt 1 zarzutu kasacji – tiret czwarty do siódmego, przy czym zarzut zawarty w tiret siódmym ma w istocie charakter zarzutu wadliwego przypisania elementów stanu faktycznego do określonych standardów rzetelnego procesu z art. 6 ust. 1 Konwencji. Argumentacja uzasadniająca te elementy zarzutu kasacji zawarta

jest na str. 50-54 oraz 82 (art. 526 § 1 k.p.k.). Istotą uchybień wskazanych w tych punktach kasacji jest twierdzenie skarżącego, że:

- decyzja o oszukaniu J. W. został podjęta przez oskarżonych samodzielnie i swobodnie, przy wykorzystaniu nadarzającej się sposobności, wobec uzyskania informacji od G. R. o możliwości szybkiej zmiany studium;
- przestępne zachowanie oskarżonych nie polegało na podjęciu działań do których oskarżeni byli nakłaniani, a zatem, J. W. nie wywołał u oskarżonych zamiaru dokonania przestępstwa, do którego podżegał;
- działania J. W. nie skutkowały zamiarem popełnienia przestępstwa, bo oskarżeni nie mieli zamiaru ani możliwości popełnienia jakiegokolwiek czynu zabronionego, a możliwość taka – a z nią zamysł dokonania przestępstwa – zrodził się niezależnie od zachowania W.;
- związek przyczynowy pomiędzy zachowaniem J. W. a zachowaniem oskarżonych polegał jedynie na tym, że oni wykorzystali „propozycję korupcyjną” W. do zrealizowania przestępstwa, którego znamion nie obejmował swoim zamiarem ani świadomością W.;
- celem ich działania było osiągnięcie korzyści majątkowej w wyniku realizacji opracowanego przez nich sposobu działania;
- wadliwe jest stanowisko sądu II instancji, że wyjaśnienie oskarżonych były konsekwencją prowokacji, albowiem przed pierwszym przesłuchaniem podejrzanych ani obrońców nie informowano o fakcie nagrania przekazywania pieniędzy, nie odtwarzano tychże nagrań podejrzanym, co oznacza, iż wyjaśnienia te są dowodem uzyskanym legalnie i mogą stanowić podstawę ustaleń faktycznych.

Przywołując wskazówki wypracowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawie II K 265/13 skarżący podniósł również, że na tle tych okoliczności nie ma tak jednoznacznej podstawy do odpowiedzi, czy doszłoby do zachowania przestępczego bez impulsu z zewnątrz w postaci zachowania agenta, zwłaszcza w kontekście nasilenia tego impulsu oraz zakresu swobody wyboru. Z tego też względu, nie kwestionując słuszności zapatrywań prawnych zawartych w uzasadnieniu wyroku sądu II instancji (dotyczących standardu wynikającego z art. 6 ust. 1 – uw. SN), skarżący zarzucił, że sąd ten zaniechał pełnego

rozważania wskazanych okoliczności, związanych z popełnieniem przez oskarżonych „własnego” przestępstwa.

Odnosząc się do tych argumentów kasacji trzeba zauważyć, że kluczowe jest w tej sprawie to, czy stanowisko sądu odwoławczego w zakresie wyjaśnień oskarżonych, w których przyznali się oni do zarzucanego im czynu zaraz po zatrzymaniu jest trafne. W istocie bowiem jest to jedyny dowód, który wskazuje wprost na popełnienie przez oskarżonych przestępstwa (inną kwestią jest kwalifikacja prawna takiego czynu). Z uzasadnienia wyroku wynika – jak się wydaje – że dowód ten został potraktowany jako dowód **pochodzący wprost** z czynności nielegalnej, tj. prowokacji (użyto formuły „konsekwencja prowokacji”), a dodatkowo, sąd odwoławczy wyraził pogląd, iż do popełnienia przestępstwa przez oskarżonych nie doszłoby bez aktywności J. W.. Teza sądu *ad quem* o pochodzeniu tego dowodu niejako wprost z prowokacji wynikać ma ze zbieżności czasowej pomiędzy prowokacją, przekazaniem pieniędzy, a następnie przeszukaniem oraz zatrzymaniem podejrzanych i ich przesłuchaniem. Tymczasem ma rację skarżący, że z akt sprawy nie wynika, aby przed postawieniem podejrzanym zarzutu i dokonaniem ich przesłuchania w dniu 19 grudnia 2007 r. (kiedy to przyznali się do popełnienia przestępstwa i złożyli wyjaśnienia) prowadzący czynności procesowe poinformowali podejrzanych o tym, iż stosowano kontrolowane wręczenie korzyści majątkowej i że ta czynność została utrwalona środkami technicznymi. Przeszukania odbyły się dnia 18 grudnia 2007 r. (pierwsze o godzinie 20<sup>50</sup>), po wręczeniu korzyści majątkowej obu oskarżonym. W dniu 19 grudnia 2007 r. przedstawiono im zarzuty oraz ich przesłuchano. Z obu protokołów z dnia 19 grudnia 2007 r. nie wynika, aby oskarżeni mieli wówczas przekazane informacje, co do posiadanym przez organy ścigania materiałów dowodowych. Zatem, teza sądu II instancji, że wyjaśnienia te są konsekwencją prowokacji oraz nagrania wręczania łapówki są dowolne, zwłaszcza, że przecież takie wyjaśnienia oskarżeni złożyli również w czasie składania wyjaśnień w toku pierwszego postępowania sądowego (rozprawa w dniu 23 października 2008 r.). Te pierwsze wyjaśnienia (z 19 i 20 grudnia 2007 r.) nie mają związku z dowodami w postaci zeznań J. W. opisującego przebieg czynności w dniu 18 grudnia 2007 r. lub nagraniem dokumentującym wręczenie pieniędzy w kwocie 200.000 zł w tym dniu.

Niewątpliwie już z treści zarzutu obaj oskarżeni mogli się zorientować, że organa ścigania mają określone dowody na popełnienie zarzucanego im czynu, ale absolutnie nie mieli pewności i nie mogli wywnioskować, iż takimi dowodami są dowody uzyskane w trakcie operacji prowadzonej na podstawie art. 19 u.CBA. Tak więc dowód z tych wyjaśnień nie jest na pewno dowodem bezpośrednio pochodzącym z operacji uznanej na nielegalną przez sąd I i II instancji. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika także, że sąd ten opierając się o rozstrzygnięcie zapadłe w wyroku Ramanskaus uznał, iż nierzetelności procesu – w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC - toczonego na podstawie dowodów uzyskanych w wyniku prowokacji policyjnej, w której podżegano do popełnienia przestępstwa, nie wyklucza nawet przyznanie się oskarżonego (s. 41 *in fine* - przywołano pkt 72 wyroku). Gwoli ścisłości jednak podkreślić trzeba, że w sprawie Ramanskaus osoba podżegana dopuściła się czynu do którego była podżegana w ramach akcji policyjnej (§ 72 wyroku; „Jednakże, przyznanie się do przestępstwa popełnionego w następstwie podżegania nie może wyeliminować samego podżegania czy jego skutków.”). Teza ta nie przystaje jednak do okoliczności tej sprawy, albowiem w sprawie niniejszej oskarżeni nie mieli w ogóle zamiaru dokonać wręczenia korzyści majątkowej urzędnikom, a więc podżeganie do przestępstwa z art. 229 § 1 k.k. było nieskuteczne od samego początku, o czym zresztą J. W. nie wiedział. Skoro więc wyjaśnienia oskarżonych złożone zaraz po zatrzymaniu, także w obecności obrońcy (w dniu 20 grudnia 2010 r.), nie wynikały z danych uzyskanych w wyniku operacji prowadzonej w ramach art. 19 ust. 1 u.CBA to nie miały one żadnego związku z danymi uzyskanymi z tej operacji, a więc ich treść nie wynikała z wiedzy wówczas podejrzanych o zgromadzonych w ramach tej operacji dowodach. Oznacza to, że żadną miarą nie sposób twierdzić, iż mogą być one ujmowane jako dowody bezpośrednio nielegalne (uzyskane wskutek naruszenia przepisów określających warunki przeprowadzenia określonych czynności skutkujących pozyskaniem dowodu), tak jak dowody z nagrania momentu wręczenia korzyści majątkowej czy też z nagrania rozmów z oskarżonymi w dniu 18 grudnia 2007 r. i relacja (zeznania) J. W. z tej czynności. Kończąc ten wątek trzeba stwierdzić, że wyjaśnienia te nie są także dowodami pośrednio nielegalnymi (do takich dowodów używane jest określenie tzw. „owoce

zatrutego drzewa”), albowiem nie ma obecnie podstaw by twierdzić, iż uzyskane one zostały dzięki dowodom nielegalnym, a więc uzyskanym w wyniku czynności przeprowadzonej w sposób nielegalny, niezgodny z przepisami prawa (na tle regulacji krajowej w tej materii por. np. J. Skorupka, Wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów bezpośrednio i pośrednio nielegalnych, w: Zagadnienia prawa dowodowego, J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki (red.), Sąd Najwyższy 2011, s. 23 i nast.; M. Żbikowska, Dowód pośrednio nielegalny w polskim procesie karnym, WPP 2012, nr 1 - 2, s. 108; L. Garlicki, Aktualne orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w: L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki [red.] Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne, Sąd Najwyższy 2008, s. 29 - 3; także H. Kuczyńska, Stosowanie podsłuchu telefonicznego a prawo do rzetelnego procesu w orzecznictwie europejskiego Trybunału Praw Człowieka w: Zagadnienia prawa dowodowego, J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki (red.), Sąd Najwyższy 2011, s. 69-75; w orzecznictwie – por. np. wyrok SN: z dnia 2 lutego 2016 r., IV KK 346/15; postanowienie SN z dnia 30 listopada 2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011, z. 1, poz. 8). Tak więc kategorię stanowisko sądu odwoławczego w tym zakresie jest nieuprawnione.

Zostaje zatem druga kwestia, która jak się wydaje również decydowała o zmianie wyroku przez uniewinnienie. W ocenie sądu odwoławczego bez aktywnej postawy i podlegania osoby współpracującej z CBA nie doszłoby do popełnienia przez oskarżonych przestępstwa. Z niekwestionowanych ustaleń sądu I instancji wynika, że od samego początku J. W. dawał oskarżonym do zrozumienia, iż chce jak najszybszej realizacji tego przedsięwzięcia i „jest gotowy ponieść znaczne koszty, aby ten proces przyspieszyć” (s. 7 uzasadnienia), by w końcu w dniu 7 grudnia 2007 r. nakłaniać oskarżonych aby w drodze obietnicy korzyści majątkowej dla urzędników wpłynęli na zmianę studium i szybkie przeprowadzenie procesu (s.12). Dopiero po uzyskaniu informacji od G. R. oskarżeni postanowili – jak obaj wyjaśniali w dniach 19 i 20 grudnia 2007 r – **wykorzystać tę sytuację do zarobienia pieniędzy dla siebie, przekazując informację, że mogą przyspieszyć procedurę zmiany studium, choć to w ogóle od nich nie zależało; w rozmowie z W. mówili, że będą mogli to przyspieszyć i spróbować załatwić sprawę, przez gratyfikacje finansowe** (por. s. 17- 19 uzasadnienia i cyt.

wyjaśnienia). Nietrudno na podstawie tych wyjaśnień ustalić, że po wstępnych deklaracjach J. W. co do chęci przeprowadzenie procesu zmiany przekształcenia gruntów i oferowaniu w zamian określonych „kosztów” dla przyspieszenia procesu (począwszy już od procesu zmiany studium zagospodarowania), podtrzymanych stanowczo w dniu 7 grudnia 2007 r., gdzie wprost nakłaniał obu oskarżonych do wręczenia urzędnikom łapówek za zmianę studium, impulsem, który skłonił obu oskarżonych do przyjęcia od J. W. pieniędzy tytułem rzekomej łapówki dla urzędników była informacja od G. R. o tym, że będzie szybsza zmiana studium niż zakładano. To wówczas obaj oskarżeni postanowili to wykorzystać dla własnych celów. Było to zatem ich własne zamierzenie, realizowane przy wykorzystaniu wiedzy co do tego, iż J. W. oferuje i nakłania do wręczenia pieniędzy dla urzędników. Nie mieli jednak zamiaru realizować tego, do czego nakłaniał J. W. (przekupienie urzędników), a chcieli jedynie wykorzystać zamiar J. W. przekazania pieniędzy jako formy łapówki dla osiągnięcia celu, który obecnie stawał się realny w sposób zupełnie od nich niezależny. Nie przekazali więc J. W. wiedzy, że studium będzie szybciej zmienione i że decyzja w tym zakresie nie zależała w ogóle od nich a podjęta została z innego powodu. Zatajając rzeczywisty stan rzeczy chcieli dla własnej korzyści przyjąć pieniądze od J. W. twierdząc, że będą one przekazane urzędnikom. D. D. wprost wyjaśnił, że „postanowiliśmy wykorzystać to i naciągnąć inwestora W.” „ustaliliśmy, że powiemy W., że możemy doprowadzić do zmiany studium w krótkim czasie, przy czym, że będzie się to wiązało z zapłaceniem ludziom w urzędzie”; podobnie M. K. Uwzględniając te okoliczności trzeba zatem zweryfikować stwierdzenie sądu II instancji, że bez aktywności J. W. „oskarżeni nie dopuściliby się korupcji” (s. 43 uzasadnienia). Otóż na wstępie trzeba podkreślić, że oskarżeni nie dopuścili się działań korupcyjnych z art. 229 k.k.; nie mieli nawet takiego zamiaru i to wynika z bezspornych ustaleń. Sądowi odwoławczemu chodziło zapewne o to, że bez aktywnej postawy osoby współpracującej z CBA oskarżeni nie dopuściliby się żadnego przestępstwa. Tymczasem, to oskarżeni z własnej inicjatywy, wykorzystali okazję, jaką była informacja uzyskana po 7 grudnia 2007 r. od G. R. (10.12.2007 r.) i powołali się na wpływy na urzędników Urzędu Miasta W., podejmując się załatwienia sprawy w zamian za korzyść majątkową. Co wydaje się istotne, od samego początku



kontaktów z J. W. stwarzali wrażenie osób posiadających dobre kontakty z urzędnikami i dlatego to z nimi nawiązał kontakt J. W. Pomimo tego, że już od około lipca/sierpnia 2007 r. obaj oskarżeni zorientowali się, że J. W. proponuje łapówkę dla urzędników (k. 469v; s. 7 uzasadnienie wyroku sądu I instancji), to nie mieli zamiaru takich działań podjąć, odsyłając J. W. na ścieżkę legalnych działań i opracowania w pierwszej kolejności dokumentacji uzasadniającej zmianę studium. **Tak więc działanie osoby współpracującej z CBA nie wpłynęło na nich w taki sposób, aby wówczas podjąć działania przestępcze.** Taki stan trwał do początku grudnia 2007 r., pomimo, że spotkań z J. W. było kilkanaście. Od dnia rozmowy z G. R. i uzyskania określonej informacji, to oskarżeni podjęli jednak aktywne działania, opracowali plan „naciągnięcia” inwestora i zaczęli go realizować. Zachowali się więc aktywnie wobec J. W., a ten przecież nie intensyfikował swoich działań. W takiej sytuacji zabrakło rozważenia przez sąd odwoławczy roli J. W. w okresie czasu przyjętym w wyroku sądu I instancji (od 10 do 18 grudnia 2007 r.) oraz aktywnej, kreującej dalszy bieg działań, postawy obu oskarżonych. Te okoliczności winny być przedmiotem wnikliwej analizy (por. L. Garlicki, Aktualne orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w: L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki [red.] Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne, Sąd Najwyższy 2008, s. 29 - 31; np. postanowienie SN z dnia 19 marca 2014 r., II KK 265/13, OSNKW 2014, z. 9, poz. 71), a skoro takiej pogłębionej i wnikliwej oceny zabrakło, to nie można – na tle przedstawionych powyżej okoliczności faktycznych – aprobować poglądu sądu *ad quem* jakoby bez aktywności J. W. nie doszłoby do popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa. Aktywności tej nie można bowiem oceniać w sposób naturalistyczny, jako konsekwencji zachowań podjętych przez J. W., w prostym związku przyczynowo skutkowym w relacji: gdyby J. W. nie proponował pieniędzy za załatwieniem zmiany studium i za dalsze czynności, to oskarżeni nie wzięliby dla siebie tych pieniędzy. Pomimo bowiem oferowania takiej łapówki od samego początku przez J. W. obaj oskarżeni zachowali się w sposób zgodny z prawem, a zatem, siła wywieranej na nich presji czy nakłaniania nie osiągnęła poziomu, który by ich skłonił do naruszenia prawa w relacji do urzędników i stwierdzenia, że mają możliwość „załatwienia” tej sprawy u urzędników za łapówkę. Trzeba także w tym układzie było ocenić, czy na

tym końcowym etapie (po 10 grudnia 2007 r.) zachowanie osób podleganych do działań nie było w pełni samodzielne, zaplanowane i aktywne wobec osoby współpracującej z CBA. Jeszcze raz podkreślić trzeba, że przecież wystąpienie tej aktywności J. W. nie spowodowało zachowań przestępczych, ale impulsem była informacja uzyskana od G. R. w dniu 10 grudnia 2007 r. i wiedza, że inwestor chciał przyspieszyć ten proces za pieniądze dla urzędników. To oskarżeni taki plan ułożyli i go wdrożyli, aktywnie włączając w to J. W. na tym etapie (zaplanowali spotkanie i określili warunki).

Z tego też względu zarzut kasacji w tym zakresie oparty na okolicznościach wskazanych powyżej okazał się zasadny. Mając na względzie powyższe argumenty zgodzić się trzeba ze skarżącym, że sąd odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia przepisów art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. w zakresie w jakim oceniał wyjaśnienie obu oskarżonych przez pryzmat warunków wytyczonych na gruncie art. 6 ust. 1 EKPC co do oceny zachowania oskarżonych w okresie od 10 grudnia 2007 r. w relacji do prowadzonej przez CBA prowokacji, która zakończyła się wręczeniem korzyści majątkowej w dniu 18 grudnia 2007 r. Wykazane uchybienie w tym zakresie miało charakter rażący i mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, albowiem z samego uzasadnienia tego wyroku wynika, iż te powody legły u podstaw do wydania wyroku uniewinniającego obu oskarżonych. W tym kontekście zasadność tego zarzutu jest wystarczająca do rozstrzygnięcia kasacji, co czyni bezprzedmiotowym odnoszenie się do zarzut z pkt 3 kasacji.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy w postępowaniu odwoławczym sąd II instancji wskazane powyżej kwestie rozważy, ustosunkowując się do zarzutów apelacji obrońców oskarżonych w kontekście także oceny dowodów z wyjaśnień obu oskarżonych. Sąd ten winien także ocenić, w przypadku, gdyby wyjaśnienia obu oskarżonych z postępowania przygotowawczego – w kontekście ich dopuszczalności i wiarygodności – nie mogą być kwestionowane, czy stanowią one wystarczającą podstawę do ustalenia popełnienia przez oskarżonych czynu zabronionego (ew. art. 230 § 1 k.k.), ewentualnie w powiązaniu z innymi dowodami.

Z tych powodów orzeczono jak w wyroku.

