

POSTANOWIENIE

Dnia 22 maja 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Puskarski (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Piotr Mirek

SSN Andrzej Stępka

Protokolant Ewa Sokołowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza

w sprawie **W. C. i M. K.**

oskarżonych z art. 258 § 1 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 22 maja 2019 r.,

przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Apelacyjny w (...),
postanowieniem z dnia 12 grudnia 2018 r., sygn. akt (...), zagadnień prawnych
wymagających zasadniczej wykładni ustawy:

**„1. Czy przepis art. 168b k.p.k., który wszedł w życie w dniu 15 kwietnia 2016 r. (Dz. U. 2016 r. poz. 437) ma zastosowanie w postępowaniach jurysdykcyjnych zainicjowanych aktem oskarżenia wniesionym do dnia 30 czerwca 2015 r. ?;
2. Czy - w przypadku negatywnego przesądzenia tej pierwszej kwestii - podstawą wykorzystania materiału z kontroli operacyjnej w tym postępowaniu może być przepis art. 168a k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od dnia 15 kwietnia 2016 r. (Dz. U. 2016 r. poz. 437)?”.**

p o s t a n o w i ł

odmówić podjęcia uchwały.

UZASADNIENIE

Przedstawione na wstępie zagadnienia prawne wyłoniły się w następującej sytuacji procesowej.

Po rozpoznaniu sprawy zainicjowanej aktem oskarżenia, który wpłynął do Sądu Okręgowego w (...) 10 maja 2013 r., tenże Sąd wyrokiem z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie (...) W. C., K. T. i M. K. uznał za winnych przestępstwa z art. 258 § 1 k.k. (pkt I części dyspozytywnej wyroku) oraz popełnionego w ramach zorganizowanej grupy przestępczej przestępstwa skarbowego z art. 65 § 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 5 k.k.s. (pkt II) – każdorazowo w brzmieniu ustawy karnej obowiązującym przed 1 lipca 2015 r. – ustalając, że popełnili je w okresie od 19 listopada 2010 r. do 20 grudnia 2011 r. W odniesieniu do przestępstwa skarbowego przyjęto, że oskarżeni narazili budżet Wspólnoty Europejskiej na uszczuplenie należnego podatku akcyzowego w kwocie 45 929,60 zł oraz że innym jeszcze zachowaniem K. T. i M. K. narazili ten budżet na uszczuplenie należnego podatku akcyzowego w kwocie 19 904,96 zł, przy czym kwota podatku narażonego na uszczuplenie jest małej wartości. W. C. wymieniony Sąd uznał za winnego również tego, że dopuścił się przestępstwa z art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 18 października 2006 r. o wyrobie napojów spirytusowych oraz o rejestracji i ochronie oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych (Dz. U. Nr 208, poz. 1539, z późn. zm.) w zw. z art. 65 § 1 k.k., przestępstwa z art. 305 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117, z późn. zm.) w zw. z art. 65 § 1 k.k. i przestępstwa z art. 313 § 2 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. (každorazowo w brzmieniu ustawy karnej obowiązującym przed 1 lipca 2015 r.). Za przypisane przestępstwa oskarżonym K. T., M. K. i W. C. Sąd wymierzył kary jednostkowe, zaś po ich połączeniu kary łączne pozbawienia wolności, których wykonanie warunkowo zawiesił na wskazane okresy próby.

Od powyższego wyroku, zaskarżając go w całości, apelacje wnieśli obrońcy oskarżonych W. C. i M. K.

Obrońca W. C. zarzuciła m.in.:

- naruszenie przepisu postępowania mające wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 168b k.p.k. poprzez jego zastosowanie w niniejszej sprawie, pomimo, iż wprowadzono do postępowania nagrania z kontroli operacyjnej przed

wejściem tego przepisu w życie; ewentualnie w przypadku uznania, iż możliwe było zastosowanie art. 168 b k.p.k., zarzuciła naruszenie tego przepisu poprzez jego zastosowanie pomimo, iż prokurator nie wydał decyzji o wykorzystaniu wspomnianych dowodów w postępowaniu;

- naruszenie przepisu postępowania mające wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 8 § 1 k.p.k., poprzez niezbadanie przez sąd legalności prowadzonej kontroli operacyjnej wobec oskarżonego W. C. pod względem okresu, w jakim była prowadzona kontrola i wykrytych w jej wyniku przestępstw.

Obrońca oskarżonego M. K. zarzucił m.in.:

- obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, tj. art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 168b k.p.k., objawiającą się w zastosowaniu drugiego z tych przepisów pomimo, że budzi on wątpliwości co do zgodności z Konstytucją i gwarancjami procesowymi, przez co doszło do wadliwego dopuszczenia dowodu z materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej i nieuprawnionego zastosowania materiałów operacyjnych wobec podmiotów, wobec których nie była prowadzona kontrola operacyjna, przez co zostały naruszone gwarancje procesowe oraz doszło do uznania, że przekroczony został limit, od którego można zastosować materiały operacyjne wobec przestępstw karnoskarbowych (art. 19 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji);

- obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, tj. art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. objawiającą się w nieuwzględnieniu wniosku dowodowego obrońcy pomimo tego, że dowód ten miał istotne znaczenie dla oceny, czy w tej sprawie w ogóle można skorzystać z dowodów zgromadzonych w ramach kontroli operacyjnej, a to z uwagi na limit wskazany w art. 19 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, przez co doszło do ograniczenia możliwości prowadzenia obrony przez M. K.

Sąd Apelacyjny w (...) uznał, że w sprawie wyłoniły się, mające istotne znaczenie dla rozpoznania złożonych środków odwoławczych, wymienione na wstępie zagadnienia prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy i na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przekazał je do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. W uzasadnieniu wskazał, że podstawą ustaleń faktycznych w przedmiotowej sprawie były głównie zapisy rozmów telefonicznych oskarżonych zarejestrowanych

podczas przeprowadzonych kontroli operacyjnych. Kontrole te zostały przeprowadzone w różnych okresach na mocy pierwotnej zgody sądu, przy czym wobec K. T. w okresie od 18 listopada 2010 r. do 18 lutego 2011 r., wobec W. C. od 20 lipca 2011 r. do 20 grudnia 2011 r., wobec M. K. od 22 kwietnia 2011 r. do 21 października 2011 r. Zarzutem dotyczącym odpowiedzialności za czyny z art. 258 § 1 k.k. oraz z art. 65 § 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 5 k.k.s. objęto natomiast w stosunku do wszystkich oskarżonych okres od 19 listopada 2010 r. do 20 grudnia 2011 r., postulując już w akcie oskarżenia wprowadzenie do materiału dowodowego całości materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej, chociaż w toku postępowania przygotowawczego prokurator nie uzyskał zgody następcej na wykorzystanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w okresach przekraczających wydane przez sąd zgody pierwotne, ani też co do innych osób, które nie były objęte taką zgodą. Sąd Okręgowy w oparciu o przepis art. 168b k.p.k. uznał, iż nie stanowi to przeszkody do wykorzystania dowodów w stosunku do wszystkich osób w pełnym zakresie. Możliwość takiego postąpienia nie rysuje się jednak jednoznacznie, zaś przesądzenie o dopuszczalności włączenia do podstawy dowodowej i procesowego wykorzystania w pełnym zakresie rezultatów zarządzanej kontroli operacyjnej, w realiach niniejszej sprawy warunkuje wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia. Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że przepis art. 168b k.p.k. wprowadzono do porządku prawnego z dniem 15 kwietnia 2016 r., na mocy ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437). Unormowane w przepisach art. 20-28 tej ustawy reguły kolizyjne nie regulują wprost zakresu czasowego stosowania art. 168b k.p.k. w odniesieniu do postępowań zainicjowanych aktem oskarżenia wniesionym przed dniem 1 lipca 2015 r., a tego problemu nie rozwiązuje też przepis art. 25 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej, bowiem dotyczy on jedynie spraw, w których akt oskarżenia wniesiono po 30 czerwca 2015 r., tj. toczących się według modelu kontradyktoryjnego. W dalszej części wyводу Sąd odwoławczy wskazał, że możliwość stosowania przepisu art. 168b k.p.k. w postępowaniach zainicjowanych aktem oskarżenia wniesionym przed dniem 1 lipca 2015 r. jest rozbieżnie rozstrzygana tak w doktrynie, jak i w judykaturze, zaś wątpliwości w tym zakresie pogłębiło stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu

postanowienia z dnia 28 marca 2018 r. w sprawie I KZP 14/17, OSNKW 2018, z. 6, poz. 42. Nawiązano w nim do wspomnianych rozbieżności i przytoczono ilustrujące je judykaty sądów powszechnych, także publikacje prawnicze, z których jedne, opierając się na uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16, OSNKW 2016, z. 12, poz. 79 (według Sądu Apelacyjnego „rozstrzygającej zgodnie z zasadą bezpośredniego działania ustawy nowej, zwanej inaczej zasadą »chwytania w locie« o tym, że przepis art. 168b k.p.k. ma zastosowanie w postępowaniach, które zostały zainicjowane aktem oskarżenia wniesionym przed dniem 1 lipca 2015 r.”), opowiadają się za dopuszczalnością stosowania regulacji z art. 168b k.p.k. w postępowaniach jurysdykcyjnych, w których akt oskarżenia został wniesiony do sądu przed dniem 1 lipca 2015 r. [np. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 1 września 2017 r., II AKA 63/17 (w rzeczywistości orzeczenie tego Sądu o tej sygnaturze jest wyrokiem z dnia 7 lipca 2017 r. – uwaga SN); G. Jędrzejewski, Zakres stosowania art. 168b k.p.k. i 237a k.p.k., Prok. i Pr. nr 2 z 2018 r.], zaś inne wyrażają pogląd, że stosowanie środków dowodowych w postaci materiałów z podsłuchów telefonicznych należy do elementów statycznych procesu karnego i nie może mieć do nich zastosowania zasada wyrażona w przepisach przejściowych art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. (np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 29 września 2017 r., II AKA 82/17; wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 22 listopada 2016 r., II K 130/15). Procedując w sprawie I KZP 14/17, Sąd Najwyższy zadał powiększonemu składowi tego Sądu pytanie prawne dotyczące innej jednak kwestii, wobec czego rysujące się problemy intertemporalne nie mogły być przedmiotem rozważań składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego na tle uchwały z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18. Tym niemniej w postanowieniu z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17, odnotowując brak wyraźnego uregulowania przez ustawodawcę kwestii stosowania przepisu art. 168b k.p.k. na gruncie postępowań zainicjowanych aktem oskarżenia wniesionym przed 1 lipca 2015 r. oraz stosowania tego przepisu do materiału operacyjnego zgromadzonego przed tą datą wyrażono pogląd, że reguła prawa intertemporalnego – *tempus regit actum* – uniemożliwia stosowanie art. 168b k.p.k. do materiału uzyskanego w toku kontroli operacyjnej przeprowadzonej przed jego wejściem w życie.

Sąd Apelacyjny zwrócił nadto uwagę, że na gruncie doktryny prawa karnego procesowego podstawową zasadą określania zakresu czasowego zastosowania norm karnoprosesowych jest wspomniana reguła bezpośredniego stosowania ustawy nowej (chwytania spraw w locie), nakazująca stosowanie nowych przepisów od dnia ich wejścia w życie do określonych stanów i zdarzeń procesowych, jakie zaistniały przed tą datą. Doznaje ona jednak wyjątków dotyczących głównie konieczności zakończenia postępowania w danym stadium według dawnego prawa, zachowania właściwości sądu i skuteczności czynności prawnych zrealizowanych pod rządami dawnego prawa. Sąd odwoławczy zaznaczył też, że w rozważaniach dotyczących problematyki intertemporalnej pojawia się również kryterium przynależności danej instytucji prawnej do wspomnianej statyki lub dynamiki procesu karnego, przy czym przyjmuje się, że zasada, w myśl której zmiana procedury „chwytu w locie” toczące się postępowania, jest ograniczona wyłącznie do przepisów określających bieg procesu, czyli jego kinetyki, zaś elementy statyczne należy oceniać przez pryzmat przepisów obowiązujących w czasie ich zaistnienia. W literaturze prawniczej wskazuje się wszakże, iż zaliczenie danej instytucji procesowej do statyki albo kinetyki procesu karnego może sprawiać trudności, co m.in. odnosi się właśnie do środków dowodowych. Zdaniem Sądu występującego z pytaniem prawnym, od rozstrzygnięcia do jakiej grupy należy zaliczyć pozaprocesowe czynności operacyjne i pochodzące z nich materiały dowodowe – do statyki czy kinetyki procesu karnego – będzie zależało zastosowanie właściwej reguły interpretacyjnej, a w konsekwencji możliwość stosowania przepisu art. 168b k.p.k. w postępowaniach wszczętych przed jego wejściem w życie.

Przedstawiając stanowisko Prokuratury Krajowej odnośnie do wystąpienia Sądu Apelacyjnego w (...), prokurator tej Prokuratury wniósł o podjęcie uchwały następującej treści: „Przepis art. 168 b k.p.k., który wszedł w życie w dniu 15 kwietnia 2016 r. (Dz. U. 2016 r. poz. 437) ma zastosowanie w postępowaniach jurysdykcyjnych zainicjowanych aktem oskarżenia wniesionym do dnia 30 czerwca 2015 r., co umożliwia wykorzystanie pozyskanych przed tym dniem materiałów z kontroli operacyjnej”.

Uzasadniając to stanowisko wskazał, że ustawa z dnia 11 marca 2016 r. w żaden sposób nie uregulowała kwestii wykorzystania materiałów operacyjnych pozyskanych przed dniem 15 kwietnia 2016 r., co można odczytać w ten sposób, że zamiarem ustawodawcy nie było wprowadzenie w tym przedmiocie żadnych ograniczeń. O woli ustawodawcy może również świadczyć kierunek ewolucji przepisów dotyczących instytucji zgody następczej obliczony na zwiększenie skuteczności ścigania. W ten sposób ulega wzmocnieniu wynikająca z art. 10 k.p.k. zasada legalizmu nakazująca odpowiednią reakcję na wszystkie przestępstwa podlegające ściganiu z urzędu. Możliwość wykorzystania wspomnianych materiałów służy także pełniejszej realizacji zasady prawdy materialnej, będącej regułą nadrzędną przy interpretacji przepisów prawa procesowego. Właśnie wzmocnieniu zasady legalizmu i prawdy materialnej miało służyć wprowadzenie do procedury przepisu art. 168b k.p.k. poprzez zwiększenie skuteczności ścigania przestępstw, o których powołane do tego służby mają wiedzę. Nawiązując do stanowiska Trybunału Konstytucyjnego (wyrok z 13 marca 2000 r., K 1/99, OTK-ZU 2000, nr 2, poz. 59) stwierdzającego, iż konflikt nowego prawa z interesami obywatela może być rozwiązany przez wybór zasady bezpośredniego działania ustawy nowej o tyle, o ile da się wykazać wyraźny interes publiczny, zmuszając do przejścia do porządku dziennego nad interesem jednostki, prokurator podkreślił, że w omawianym przypadku takim istotnym, wręcz priorytetowym interesem jest obowiązek realizowania zasady legalizmu ścigania przestępstw, polegający m.in. na wykorzystywaniu uzyskanych dowodów ich popełnienia, jak również zasady prawdy materialnej. Nie można też tracić z pola widzenia faktu, że żaden z przepisów regulujących omawianą materię nie został uznany za niekonstytucyjny, że nie sposób jest przyjąć, by art. 168b k.p.k. służyć miał usankcjonowaniu sprzecznych z prawem działań, wreszcie że do korzystania z konstytucyjnej ochrony uprawnieni są też obywatele pokrzywdzeni przestępstwami. Nawiązując do rozważań zawartych w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17, prokurator za słuszne uznał wskazane tam jako jedno z możliwych podejście otwierające drogę do stosowania art. 168b k.p.k. do stanów sprzed 15 kwietnia 2016 r., wychodzące z założenia, że wykorzystanie materiału operacyjnego jako dowodu jest wyłącznie następstwem jego pozyskania, a nie

odrębnym faktem podlegającym ocenie przez pryzmat przepisów obowiązujących w czasie jego zaistnienia.

Odnosząc się do problematyki związanej z podziałem przepisów na odnoszące się do kinetyki i statyki procesu, prokurator wskazał na jedno z opracowań komentujących zmiany wprowadzone do Kodeksu postępowania karnego w 2016 r., w którym wyrażono pogląd (zdaniem prokuratora dominujący w piśmiennictwie), iż zasady i sposób przeprowadzania dowodów należą do dynamiki procesu. Nawiązał też do innych opracowań, których autorzy są skłonni zaliczyć środki dowodowe do kategorii dynamiki procesowej, ale wykluczają możliwość stosowania zasady retroaktywności w sytuacjach, gdy nowe regulacje są niekorzystne dla oskarżonego. Jednak wyrażona została także myśl, iż takie ujęcie może grozić naruszeniem prawa pokrzywdzonego do rozpoznania sprawy w sprawiedliwym postępowaniu. Dostrzegając, że w dyskusji na temat wykorzystania w procesie materiałów operacyjnych pojawiają się głosy sięgające do argumentów z zakresu gwarancji konstytucyjnych chroniących prawa obywateli, prokurator wskazał na konieczność „zachowania kompromisu pomiędzy wynikającymi z ustawy zasadniczej uprawnieniami jednostki i potrzebą zapewnienia jej bezpieczeństwa”, jak też na wspomniany wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 marca 2000 r., K 1/99. Prokurator przypominał również, że w uchwale siedmiu sędziów z dnia 30 września 1998 r., I KZP 14/98, OSNKW 1998, z. 9-10, poz. 42, Sąd Najwyższy rozważając kwestie intertemporalne związane ze zmianą regulacji w zakresie właściwości sądów, uznał za konieczne odwołanie się do *ratio legis* analizowanego przepisu stwierdzając ostatecznie, że jego zadaniem jest przeciwdziałanie możliwej destrukcji związanej z wprowadzeniem nowego Kodeksu postępowania karnego, natomiast w wyroku z dnia 2 marca 2012 r., V KK 270/12 stanął na stanowisku, że w określonej sytuacji „nawet w jakiejś mierze trafne zastrzeżenia do podstaw czy sposobu kontroli operacyjnej w postaci podsłuchu telefonicznego nie powinny automatycznie wykluczać utrwalonych rozmów z kręgu dowodów mogących stanowić podstawę rozstrzygnięcia”.

Analizując wystąpienie Sądu odwoławczego, Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

W doktrynie procesu karnego i bogatym orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że skuteczne wystąpienie przez sąd odwoławczy z pytaniem prawnym do Sądu Najwyższego, w trybie art. 441 § 1 k.p.k., może nastąpić tylko wówczas, gdy łącznie spełnione są następujące warunki:

1. w postępowaniu odwoławczym wyłoniło się „zagadnienie prawne”, tj. istotny problem interpretacyjny, a więc taki, który dotyczy przepisu (przepisów) rozbieżnie interpretowanego w praktyce sądowej lub przepisu o wadliwej redakcji albo niejasno sformułowanego, dającego możliwość różnych interpretacji. Przedmiotem pytania prawnego może być nie tylko konkretny przepis ustawy, ale także kompleks wzajemnie powiązanych przepisów zamieszczonych w ustawie lub nawet odrębnych ustawach, jeśli tylko powstały na ich gruncie problem wymaga zasadniczej wykładni ustawy (zob. np. postanowienie SN z dnia 28 marca 2012 r., I KZP 2/12, LEX nr 1126909).

2. zagadnienie prawne wymaga "zasadniczej wykładni ustawy", czyli wykładni wykraczającej poza zwykłą wykładnię operatywną i przeciwdziałającej rozbieżnościom interpretacyjnym już zaistniałym w orzecznictwie bądź mogącym - z uwagi np. na istotne różnice poglądów doktryny - w nim zaistnieć, które to rozbieżności są niekorzystne dla prawidłowego funkcjonowania prawa w praktyce;

3. zagadnienie prawne pojawiło się "przy rozpoznawaniu środka odwoławczego", a więc jest powiązane z konkretną sprawą i to w taki sposób, że od rozstrzygnięcia tego zagadnienia zależy rozstrzygnięcie danej sprawy. Nie chodzi zatem o zajęcie przez Sąd Najwyższy stanowiska w odniesieniu do pytania o charakterze abstrakcyjnym, choćby miało to istotne znaczenie dla praktyki;

4. sąd odwoławczy przed wystąpieniem z pytaniem prawnym podjął próbę wyjaśnienia nasuwających się wątpliwości i dopiero stwierdziwszy, że nie może ich rozstrzygnąć, przedstawił zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. Przy tym uznaje się że Sąd Najwyższy nie może zastępować sądów w dokonywaniu wykładni ustawy, a powinien jedynie dokonywać wykładni zasadniczej, tj. takiej, która ma charakter wyjątkowy, często precedensowy, odnoszący się do zagadnień dotąd niewyjaśnionych, budzących spory i kontrowersje. Jeżeli zatem sąd odwoławczy ma własny pogląd, to nie ma on wątpliwości, jak rozstrzygnąć daną kwestię, nawet gdyby stwierdził rozbieżności w

poglądach doktryny, czy w orzecznictwie. W takiej sytuacji zadanie pytania prawnego zmierza nie do wyjaśnienia wątpliwości co do wykładni, ale jedynie do uzyskania swoistej akceptacji Sądu Najwyższego dla stanowiska sądu odwoławczego. Tryb przewidziany w komentowanym przepisie nie może bowiem służyć temu, aby zasięgać „porady prawnej”. W tym kontekście należy też pamiętać o wynikającym z art. 8 § 1 k.p.k. nakazie samodzielnego rozstrzygania przez sąd orzekający nie tylko zagadnień faktycznych, ale i prawnych.

Z powyższego wynika, że przedmiotem pytania prawnego nie mogą być kwestie związane z ustaleniami faktycznymi, oceną dowodów czy też dotyczące możliwości zastosowania określonej normy do ustalonego w sprawie stanu faktycznego. Tryb wskazany w art. 441 k.p.k. nie służy także temu, by sądy odwoławcze, przy pomocy Sądu Najwyższego, upewniały się co do prawidłowości przyjmowanego przez nie stanowiska interpretacyjnego (zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 30 września 2010 r., I KZP 17/10, OSNKW 2010, z. 10, poz. 88; z dnia 29 marca 2006 r., I KZP 58/05, LEX 180755; z dnia 29 września 2004 r., I KZP 22/04, R-OSNKW 2004, poz. 1691; z dnia 7 września 2000 r., I KZP 27/00, LEX 146182).

Na marginesie należy też podkreślić, że chociaż oba przepisy wymienione w pytaniach przedstawionych przez Sąd Apelacyjny w (...) mogą nasuwać wątpliwości co do ich zgodności z Konstytucją RP, to jest oczywiste, że kwestia konstytucyjności ustawy nie może być przedmiotem zagadnienia prawnego przekazanego w trybie komentowanego przepisu. Niewątpliwie dostrzega to wymieniony Sąd zaznaczając, że „abstrahuje od tego, czy przepis art. 168b k.p.k. spełnia minimalne standardy konstytucyjne w przedmiocie zatwierdzania kontroli operacyjnej, formy wyrażenia zgody i jej przesłanek, czy w końcu ram czasowych (...)”. Dlatego na gruncie przedmiotowej sprawy Sąd Najwyższy mógłby zająć stanowisko w formie uchwały (gdyby były warunki do jej podjęcia) co do sposobu interpretacji przepisu art. 168b k.p.k. przy założeniu, że nie jest on niezgodny z Konstytucją RP.

Co do zasady nie można uznać, że wszystkie podane wymogi spełnia zagadnienie prawne przekazane przez Sąd Apelacyjny w (...).

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie jest jasne, dlaczego Sąd ten postąpił po myśli art. 441 § 1 k.p.k., jeżeli uważa, iż uchwała Sądu Najwyższego z

dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16, rozstrzygnęła, że przepis art. 168b k.p.k. ma zastosowanie w postępowaniach, które zostały zainicjowane aktem oskarżenia wniesionym przed dniem 1 lipca 2015 r. Wymieniona uchwała ma moc zasady prawnej, zatem obecnie orzekający Sąd Najwyższy nie mógłby zająć innego stanowiska; z kolei Sąd Apelacyjny nie sygnalizował żadnych wątpliwości co do trafności tej uchwały, wobec czego powinien orzec stosownie do poczynionej interpretacji jej treści. Przedmiotowa kwestia, o czym będzie mowa dalej, nie rysuje się jednak tak, jak widzi to Sąd *ad quem*. Zostanie także wykazane, iż Sąd ten nie rozważył należycie, czy przypisanie oskarżonym przestępstw skarbowych w takiej postaci, jak określona w zaskarżonym wyroku, rzutuje na możliwość stosowania w sprawie przepisu art. 168a k.p.k.

W nawiązaniu do istotnych okoliczności sprawy należy zaznaczyć, że z uzasadnienia postanowienia Sądu odwoławczego, jak też uzasadnienia wyroku Sądu pierwszej instancji wynika, iż powodem powzięcia, w związku z zarzutami podniesionymi w apelacjach, przez Sąd odwoławczy wątpliwości wyartykułowanych w pytaniach prawnych był fakt, że w przeważającej mierze w oparciu o treść rozmów telefonicznych utrwalonych w ramach kontroli operacyjnej oskarżonym przypisano popełnienie czynów z art. 258 § 1 k.k. oraz z art. 65 § 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 5 k.k.s. w okresie od 19 listopada 2010 r. do 20 grudnia 2011 r., chociaż wobec żadnego z nich na przestrzeni całego tego okresu, tj. przez ponad rok, nie prowadzono kontroli operacyjnej. Prokurator nie wystąpił przy tym do sądu o wyrażenie zgody następcej na szersze, niż tylko wobec osoby objętej kontrolą, wykorzystanie dowodów zebranych w jej trakcie, mimo że z dniem 11 czerwca 2011 r. weszły w życie i obowiązywały do 14 kwietnia 2016 r., m.in. przepisy art. 19 ust. 15c i 15d ustawy o Policji, obligujące prokuratora do takiego wystąpienia w określonym terminie. Ustalony przez Sąd *meriti* okres działalności przestępczej oskarżonych najwidoczniej ma związek z datą rozpoczęcia kontroli operacyjnej wobec K. T. oraz z datą zakończenia takiej kontroli wobec W. C., przy czym Sąd pierwszej instancji uznał, że „w toku trwania kontroli operacyjnej, prowadzonej wobec poszczególnych oskarżonych, uzyskiwano dowody potwierdzające fakt popełnienia przestępstw zarzuconych w pkt. I i II przez pozostałych oskarżonych. W toku postępowania przygotowawczego prokurator nie uzyskał decyzji

umożliwiającej wykorzystanie dowodów, uzyskanych w toku kontroli operacyjnej przeciwko poszczególnym oskarżonym, w stosunku do pozostałych oskarżonych. Nie stanowi to obecnie przeszkody do wykorzystania dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnych krpt. (...) w stosunku do wszystkich oskarżonych w pełnym zakresie. Oskarżyciel, popierając oskarżenie w niezmienionym kształcie do końca postępowania, dał wyraz decyzji o wykorzystaniu dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej prowadzonej wobec poszczególnych oskarżonych także wobec pozostałych, do czego był uprawniony zgodnie z przepisem art. 168b k.p.k., obowiązującym od 15 kwietnia 2016 roku”.

Z punktu widzenia konieczności wykazania, że zagadnienie prawne wyłoniło się „przy rozpoznawaniu środka odwoławczego”, a więc jest powiązane z konkretną sprawą i to w taki sposób, że od jego wyjaśnienia zależy rozstrzygnięcie tej sprawy, nasuwa zastrzeżenia, iż Sąd Apelacyjny poprzestał na ogólnym wskazaniu, iż „przesądzenie o dopuszczalności włączenia do podstawy dowodowej i procesowego wykorzystania rezultatów zarządzanej kontroli operacyjnej w realiach niniejszej sprawy warunkuje wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia w tej sprawie”. Z odwołaniem się do dowodów zebranych w toku poszczególnych kontroli operacyjnych (prowadzenie w tym zakresie szczegółowej analizy nie jest rzeczą Sądu Najwyższego), Sąd *ad quem* myśl tę powinien rozwinąć i przekonująco wykazać, że w razie odrzucenia stanowiska Sądu Okręgowego wskazującego na możliwość nieograniczonego wykorzystania w procesie wszystkich materiałów zebranych w toku kilku kontroli operacyjnych, wydanie orzeczenia innego niż utrzymującego w mocy wydany przezeń wyrok, rysuje się jako realne. W szczególności słuszne byłoby wykazanie, jakiego rodzaju korekta tego wyroku (zapewne trudno mówić o jego uchyleniu i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania) wchodzi w grę i to nawet przy uwzględnieniu, że na rozprawie oskarżony W. C. przyznał się do popełnienia zarzuconych mu czynów.

Poza zainteresowaniem Sądu odwoławczego pozostało przytoczone zdanie z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wskazujące, że „oskarżyciel, popierając oskarżenie w niezmienionym kształcie do końca postępowania, dał wyraz decyzji o wykorzystaniu dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej prowadzonej wobec poszczególnych oskarżonych także wobec pozostałych, do czego był

uprawniony zgodnie z przepisem art. 168b k.p.k., obowiązującym od 15 kwietnia 2016 roku”. Sugeruje to, iż wymieniony przepis przyznał prokuratorowi prawo do decydowania na każdym etapie postępowania, także w toku postępowania jurysdykcyjnego, o wykorzystaniu przedmiotowych dowodów. Tę koncepcję wypada jednak odrzucić z powodów zasadniczych. Skoro w postępowaniu jurysdykcyjnym sąd jest jego gospodarzem, a prokurator tylko stroną, to należy przyjąć, że może on jedynie złożyć wniosek o dopuszczenie dowodu, o którym mowa w art. 168b k.p.k., zaś podjęcie decyzji w tej kwestii należy do sądu. Za takim podejściem do zagadnienia, niezależnie od racji natury konstytucyjnej, przemawia też wzgląd na samodzielność jurysdykcyjną sądu, wyrażoną w art. 8 k.p.k., stwierdzającym, że sąd karny samodzielnie rozstrzyga zagadnienia faktyczne i prawne i nie jest w tym zakresie związany rozstrzygnięciami innego organu [zob. np. D. Szumiło-Kulczycka, Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.), PiP 2018, z. 10, s. 109; także wymieniony wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lipca 2017 r., II AKa 63/17]. Wypada więc przyjąć, że decyzję „w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym” ustawodawca zastrzegł dla prokuratora z tego powodu, że to wyłącznie prokurator na etapie formułowania oskarżenia decyduje, jakie dowody na jego poparcie przedstawi sądowi. „Wykorzystanie” dowodu w rozumieniu analizowanego przepisu jest równoznaczne z jego zgłoszeniem do przeprowadzenia przed sądem [zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2016 r., II AKa 133/16; tak też D. Szumiło-Kulczycka, Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.), PiP 2018, nr 10, s. 112). Natomiast ocena co do możliwości wykorzystania takich materiałów w postępowaniu sądowym przeprowadzana jest w momencie podejmowania przez sąd decyzji co do wniosku dowodowego prokuratora.

W aspekcie tej decyzji Sądu Okręgowego nie rozważył należycie Sąd odwoławczy przed wystąpieniem w trybie art. 441 § 1 k.p.k. kwestii wprowadzenia materiałów z kontroli operacyjnej do materiału dowodowego sprawy. Sądy obu instancji dostrzegły, że w określonym zakresie ich legalność może nasuwać zastrzeżenia, przy czym Sąd *meriti* na gruncie art. 168b k.p.k. uznał za wystarczające popieranie przez oskarżyciela oskarżenia w niezmienionym

kształcie. Sąd odwoławczy powinien wypowiedzieć się, czy stanowisko to uznaje za zasadne, czy też przyjmuje, iż – przy istotnej zmianie stanu prawnego wynikającej z wprowadzenia do Kodeksu postępowania karnego po dacie wniesienia aktu oskarżenia wspomnianego przepisu – prokurator miał obowiązek złożenia opartego na tym przepisie wniosku dowodowego. Było to możliwe począwszy od dnia 15 kwietnia 2016 r., jednak oskarżyciel nie wykazał w tym zakresie inicjatywy, trudno zaś dopuścić możliwość podjęcia przez sąd z urzędu decyzji opartej na art. 168b k.p.k., skoro przepis ten jest adresowany do prokuratora. Celowe będzie nadmienić, że w piśmiennictwie prawniczym wskazuje się na obowiązek prokuratora uzewnętrznienia decyzji o wykorzystaniu materiałów, niekiedy twierdząc, iż powinna ona mieć formę postanowienia i za słuszny uznając pogląd judykatury, że brzmienie przepisu oznacza aktywność prokuratora wyrażoną w decyzji, a więc wyborze, czy i jak wykorzysta dowód w postępowaniu karnym oraz że forma konkludentna, jest przeciwieństwem wymogu aktywności procesowej prokuratora określonej w art. 168b k.p.k. (tak R. A. Stefański, Komentarz do art. 168b, LEX, teza 6) W orzecznictwie akcentowano, że ta aktywność powinna zmaterializować się w postanowieniu o uznaniu legalności i przydatności podsłuchów, a następnie w aktualnym (nowym) wniosku dowodowym opartym na art. 168b k.p.k., w formie pisemnej, bądź ustnej (do protokołu rozprawy) odpowiadającym treścią wymogom art. 169 k.p.k. (np. wyroki Sądów Apelacyjnych: w Białymstoku z dnia 3 kwietnia 2017 r., II AKa 182/16; w Warszawie z dnia 17 stycznia 2018 r., II AKa 331/17). W wymienionym wyroku Sąd Apelacyjny w Warszawie restryktywnie podszedł do zaniechania zgłoszenia przez prokuratora po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r. wniosku dowodowego odnośnie do materiałów z podsłuchów telefonicznych, nielegalnych w chwili wnoszenia aktu oskarżenia uznając, że wykluczało to wprowadzenie tego dowodu do postępowania na podstawie art. 168b k.p.k., bowiem „bezczywność, ubrana w enigmatyczne określenie formy konkludentnej – kontynuacji wniosków dowodowych aktu oskarżenia – jest niewystarczająca”. Podobnie Sąd Apelacyjny w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 września 2016 r., II AKa 111/16, stwierdził, że przepis art. 168b k.p.k. wymaga inicjatywy prokuratora w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na

podstawie przepisów szczególnych dowodu przestępstwa popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, przy czym inicjatywa ta na etapie postępowania sądowego powinna przybrać formę wniosku dowodowego. Zagadnienie to nie jest bagatelne, zatem bez rozważenia, czy mimo braku wniosku dowodowego zgłoszonego przez prokuratora w oparciu o art. 168b k.p.k., Sąd *a quo* mógł zaliczyć w poczet dowodów wszystkie materiały uzyskane w wyniku kontroli operacyjnej, wystąpienie Sądu odwoławczego w trybie art. 441 § 1 k.p.k. rysuje się jako przedwczesne.

Budzi również zastrzeżenia pominięcie przez Sąd *ad quem* okoliczności, którą trudno uznać za pozbawioną znaczenia, mianowicie faktu, że z dniem 11 czerwca 2011 r. weszły w życie i obowiązywały do 14 kwietnia 2016 r., m.in. przepisy art. 19 ust. 15c i 15d ustawy o Policji (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 161 z późn. zm.) wprowadzone ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 53, poz. 273), stanowiące m.in, że jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez inną osobę niż ta, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym wobec tej innej osoby orzeka sąd na wniosek prokuratora, przy czym wniosek ten prokurator kieruje do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Policji, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli. Zatem byłoby wskazane wypowiedzenie się przez Sąd *ad quem*, przy uwzględnieniu czasu kontroli operacyjnej prowadzonej wobec oskarżonych w przedmiotowej sprawie, czy zaniechanie wystąpienia przez prokuratora do sądu ze stosownym wnioskiem rzutuje na możliwość stosowania przez sąd orzekający art. 168b k.p.k. Zaistniała w sprawie sytuacja odbiega przy tym od takiej, kiedy to przepisy nakazujące uzyskanie przez prokuratora zgody następcej sądu zostały uchylone (utraciły moc) przed wyczerpaniem przez prokuratora ustawowego terminu do złożenia wniosku, względnie przed rozpoznaniem wniosku przez sąd.

W dalszej kolejności wypada odnotować, że Sąd Apelacyjny w (...) przed wystąpieniem z pytaniami prawnymi nie podjął próby wyjaśnienia we własnym zakresie nasuwających się wątpliwości. Z orzecznictwa najwyższej instancji sądowej wynika natomiast, że dopiero stwierdziwszy, iż nie może nasuwających się wątpliwości interpretacyjnych rozstrzygnąć we własnym zakresie, w drodze wykładni operatywnej, sąd ma podstawy do przedstawienia zagadnienia prawnego do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu (zob. np. postanowienie dnia 25 stycznia 2018 r., I KZP 10/17, OSNKW 2018, z. 3, poz. 24). Warto też przypomnieć, że w uzasadnieniu uchwały z dnia 20 czerwca 2012 r., I KZP 4/12, OSNKW 2012, z. 7, poz. 72, Sąd Najwyższy wskazał, iż potrzebę dokonania zasadniczej wykładni ustawy sąd odwoławczy winien wykazać nie tylko poprzez odwołanie się do wszystkich możliwych dyrektyw interpretacyjnych (tj. językowo - logicznych, systemowych, funkcjonalnych, a gdy zachodzi taka potrzeba również historycznych), ale również przywołując stanowiska doktryny i orzecznictwa, jeżeli wyrażono je w tej materii. Jeśli mimo takiej całościowej analizy sprawy nadal istnieje pole do rozbieżnych interpretacji, to wówczas aktualizuje się dokonanie zasadniczej wykładni ustawy (przypomniał to Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17). Tymczasem w uzasadnieniu postanowienia Sąd Apelacyjny poza przedstawieniem powziętych wątpliwości interpretacyjnych (choć, co wcześniej nadmieniono, zarazem uznał, że uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16 przesądziła, iż przepis art. 168b k.p.k. ma zastosowanie w postępowaniach, które zostały zainicjowane aktem oskarżenia wniesionym przed dniem 1 lipca 2015 r.) nie podjął rzetelnej próby ich wyjaśnienia, przy czym w odniesieniu do drugiego z zadanych pytań już w najmniejszym stopniu nie wytłumaczył, dlaczego je sformułował. Nie rozważył też, o czym niżej będzie mowa, czy przy ustalonej kwocie podatku narażonego na uszczuplenie, przedstawione wątpliwości prawne zachodzą na gruncie przypisania oskarżonym przestępstwa skarbowego.

Powyższe uwagi wypada zakończyć spostrzeżeniem, że o ile Sąd Apelacyjny jednak uznał za słuszne wystąpić do Sądu Najwyższego w trybie art. 441 § 1 k.p.k., to realia procesowe przedmiotowej sprawy przemawiały za ujęciem pierwszego z przedstawionych zagadnień prawnych w inaczej sformułowanym pytaniu, a

mianowicie: „Czy dowody z 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, mogą być wykorzystane w procesie w oparciu o art. 168b k.p.k.?”

Poczynienie krytycznych uwag odnośnie do formalnej strony wystąpienia Sądu Apelacyjnego nie stoi na przeszkodzie do podjęcia dalszych rozważań, już o charakterze merytorycznym. W nawiązaniu do stanowiska prokuratora, które trzeba interpretować w ten sposób, że nie zachodzą żadne przeszkody do wykorzystania w prowadzonym postępowaniu karnym, także w postępowaniu jurysdykcyjnym zainicjowanym aktem oskarżenia wniesionym przed 1 lipca 2015 r., pozyskanych przed tym dniem wszelkich materiałów z kontroli operacyjnej, w tym takich, co do których prokurator zaniedbał wystąpienia do sądu o uzyskanie zgody następczej w czasie, gdy była ona konieczna, trzeba stwierdzić, że nie przekonują argumenty przedstawione na jego poparcie. Spośród nich wiodąca jest konstatacja, że ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw nie uregulowała kwestii wykorzystania materiałów operacyjnych pozyskanych przed 15 kwietnia 2016 r., co świadczy o tym, że zamiarem ustawodawcy nie było wprowadzenie w tym przedmiocie żadnych ograniczeń, w celu zwiększenia skuteczności ścigania. Ma też o tym świadczyć kierunek ewolucji przepisów dotyczących zgody następczej (myśli tej prokurator nie rozwinął), a generalnie – zabiegi ustawodawcy prowadzące do wzmocnienia wynikającej z art. 10 k.p.k. zasady legalizmu, nakazującej odpowiednią reakcję na wszystkie przestępstwa podlegające ściganiu z urzędu i służącej też pełniejszej realizacji zasady prawdy materialnej, będącej regułą nadrzędną przy interpretacji przepisów prawa procesowego.

Należy w związku z tym zauważyć, że domniemanie co do intencji ustawodawcy nie może być znaczącą przesłanką procesu wykładniczego, zwłaszcza że uzasadnienie rządowego projektu ustawy nowelizacyjnej nie nawiązywało do art. 168b k.p.k., który to przepis został dodany w toku prac legislacyjnych. Trudno też przyjąć, by wzgląd na zasadę legalizmu i realizację zasady prawdy materialnej miały stanowić dostateczne uzasadnienie wprowadzania do postępowania każdego

rodzaju materiału dowodowego; wystarczy wspomnieć o istnieniu zakazów dowodowych, do ustawy procesowej wprowadzonych, chociaż wspomnianym regułom nie sprzyjają. Nadto warto podkreślić, że Sąd Najwyższy nie uznawał, iż interes społeczny w zwalczaniu przestępczości usprawiedliwia wszelkie działania, które potencjalnie mogą temu służyć (zob. np. postanowienie z dnia 19 marca 2014 r., II KK 265/13, OSNKW 2014, z. 9, poz. 71). Z kolei powołany przez prokuratora wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 2000, K 1/99, nie może być uznany za bezdyskusyjnie wspierający stanowisko Prokuratury Krajowej, skoro został wydany na gruncie innych przepisów niż z zakresu prawa karnego, wprowadzonych w związku reformą ustroju państwa, w tym ustroju administracji publicznej, dotyczącą, jak to określił Trybunał, „samyh fundamentów ładu publicznego w państwie”. W takiej sytuacji „zasada pewności prawa podlega ograniczeniu, w szczególności gdy przemawia za tym inna zasada prawnokonstytucyjna albo gdy ze względów obiektywnych zachodzi potrzeba dania pierwszeństwa określonej wartości chronionej bądź znajdującej oparcie w przepisach Konstytucji”. W przypadku nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r. nie sposób jednak uznać, że zachodziła tak szczególna sytuacja jak ta, którą miał na myśli Trybunał Konstytucyjny wydając wspomniany wyrok.

Z kolei odwołując się do konkretnych judykatów najwyższej instancji sądowej, prokurator nie wziął pod uwagę, że były wydane w sytuacji procesowej jednak odbiegającej od tej, która zaistniała w przedmiotowej sprawie. Pierwszy z nich (uchwała siedmiu sędziów z dnia 30 września 1998 r., I KZP 14/98) odnosił się do właściwości sądu, zaś drugi (wyrok z dnia 2 marca 2012 r., V KK 270/11) został wydany w sprawie, w której prawomocny wyrok zapadł 3 lutego 2011 r., tj. przed uchwaleniem przepisów wprost mówiących o obowiązku prokuratora uzyskania w określonym przypadku zgody następcej sądu na wykorzystanie materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej i wystąpienia o tę zgodę w ściśle wyznaczonym terminie. Dla wykładni nie ma też znaczenia podniesiona przez prokuratora okoliczność, iż „żaden z przepisów regulujących omawianą materię nie został uznany za niekonstytucyjny (interpretacja przepisów byłaby w takim wypadku bezprzedmiotowa, zresztą wystąpienie Sądu Apelacyjnego nie miałoby miejsca), że „nie sposób jest przyjąć, by art. 168b k.p.k. służyć miał usankcjonowaniu

sprzecznych z prawem działań” (inne niż proponowane przez prokuratora rozumienie tego przepisu z pewnością nie jest równoznaczne z uznaniem, że ma on sankcjonować działania naruszające prawo), jak też, że „do korzystania z konstytucyjnej ochrony uprawnieni są także obywatele pokrzywdzeni przestępstwem”. Z kolei uwaga prokuratora, że „dla potrzeb niniejszego opracowania dość jest stwierdzić, że istota i sens kontroli operacyjnej, uregulowanej stosownymi rygorami, realizuje się w państwie prawa przez wykorzystanie jej wyników do ścigania przestępstw, co wpisuje się w logiczną całość znajdującą finał na sali sądowej”, praktycznie nic nie wnosi od strony prawnej, nadto trudno uznać, że stwierdzenie to jest wystarczające (przez użycie formuły „dość jest stwierdzić”) dla rozstrzygnięcia danego zagadnienia.

W złożonym piśmie Prokurator Prokuratury Krajowej niemało uwagi poświęcił rozważaniom poczynionym przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17. Rozważania te, odwołując się do orzecznictwa i piśmiennictwa prawniczego są obszerne i wieloaspektowe, przy czym przytoczony w nich wspomniany wcześniej jeden z wariantów podejścia do zagadnienia, przez prokuratora uznany za słuszny, nie jest w tych rozważaniach preferowany. Trzeba mieć na uwadze, że sytuacja procesowa, która była wtedy w polu widzenia Sądu Najwyższego nie całkiem pokrywała się z tą, która zaistniała w niniejszej sprawie, bowiem w sprawie I KZP 14/17 chodziło o przypadek wykorzystania w procesie materiałów z kontroli operacyjnej mających stanowić podstawę do skazania oskarżonych za przestępstwo niekatalogowe, tj. nieujęte w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Niezależnie od tego należy stwierdzić, że wtedy Sąd Najwyższy bardzo wyraźnie opowiedział się za inną niż preferowana przez prokuratora wykładnią przepisu art. 168b k.p.k., wskazując, że skoro ustawa z dnia 11 marca 2016 r. nie rozstrzygnęła wyraźnie kwestii stosowania art. 168b k.p.k. na gruncie postępowań zainicjowanych aktem oskarżenia wniesionym przed dniem 1 lipca 2015 r., ani też kwestii stosowania tego przepisu do materiału operacyjnego zgromadzonego przed tą datą, to można przyjąć, że wspomniany przepis „zgodnie z zasadą *tempus regit actum* i bezpośredniego działania ustawy nowej, ma zastosowanie w postępowaniach zainicjowanych aktem oskarżenia wniesionym przed dniem 1 lipca 2015 r., ale wyłącznie co do faktów zaistniałych od dnia 15 kwietnia 2016 r., tj. od

daty wejścia w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. Przy tej interpretacji nie budziłoby wątpliwości, że w oparciu o przepis art. 168b k.p.k. można wykorzystać w charakterze dowodu materiały z kontroli operacyjnej przeprowadzonej po dniu 14 kwietnia 2016 r. Taka sytuacja mogłaby mieć miejsce w wypadku, gdyby w toku kontroli operacyjnej zarządzonej w innej sprawie uzyskano dowód popełnienia przestępstwa, którego dotyczy postępowanie zainicjowane aktem oskarżenia wniesionym przed dniem 1 lipca 2015 r. (...) Reguła *tempus regit actum* wydaje się zaś uniemożliwiać zastosowanie art. 168b k.p.k. do materiału uzyskanego w toku kontroli operacyjnej przeprowadzonej przed jego wejściem w życie. Przeprowadzenie kontroli operacyjnej i uzyskanie na jej podstawie określonego materiału stanowi bowiem - w myśl wskazanej reguły - fakt, a jego dowodowe wykorzystanie w toku postępowania karnego jest wyłącznie skutkiem tego faktu, a nie nowym zdarzeniem podlegającym regulacjom prawnym obowiązującym w czasie jego zaistnienia. Oznacza to, że wprowadzenie materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej jako dowodów do postępowania karnego, winno następować na podstawie przepisów obowiązujących w czasie, w którym kontrola ta była dokonywana". W omawianym orzeczeniu, Sąd Najwyższy uznał – z pewnością nie popadając w sprzeczność z wymienioną wcześniej uchwałą z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16 – za nielegalny materiał z kontroli operacyjnej przeprowadzonej niezgodnie z ustawowymi warunkami, czy też niespełniający warunków, z którymi ustawa wiąże możliwość jego dowodowego wykorzystania oraz że materiał taki nie może być wykorzystany jako dowód w sprawie. Po części odpowiadałby temu materiał dowodowy, o który chodzi w niniejszej sprawie. Jeżeli bowiem w czasie, kiedy było to konieczne prokurator nie uzyskał zgody sądu na wykorzystanie materiału z kontroli operacyjnej w odniesieniu do osoby, która tą kontrolą nie była objęta, a mimo to w jakimś zakresie oparł na tym materiale oskarżenie tej osoby i przedstawił go sądowi, to wypada uznać, że chodzi o materiał co prawda pozyskany legalnie (w trakcie kontroli legalnie prowadzonej wobec innej osoby), jednak niespełniający warunków, z którymi ustawa wiąże możliwość jego dowodowego wykorzystania. Sam fakt ewentualnych trudności w oddzieleniu materiałów dotyczących osoby, co do której w swoim czasie uzyskano zgodę na prowadzenie kontroli operacyjnej, od materiałów dotyczących osoby,

która w tym czasie nie była objęta kontrolą nie powinien rzutować na prawną ocenę wykorzystania tych ostatnich w procesie (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2013 r., V KK 412/12).

Ponownie należy podkreślić, że w okresie stosowania kontroli operacyjnej wobec większości oskarżonych w rozpatrywanej sprawie, obowiązywał przepis art. 19 ust. 15d ustawy o Policji określający prokuratorowi, co do zasady miesięczny termin do złożenia w sądzie wniosku o wyrażenie zgody (następczej) na wykorzystanie w postępowaniu karnym uzyskanego w toku kontroli operacyjnej dowodu popełnienia przestępstwa przez inną osobę niż ta, wobec której kontrola była stosowana. W odniesieniu do tego terminu należy przyjąć, że ma on charakter nieprzekraczalny i nieprzywracalny (jego niedotrzymanie powodowałoby bezskuteczność czynności, gdyby została podjęta), tak samo jak termin wskazany w art. 237a k.p.k., w brzmieniu obowiązującym przed 15 kwietnia 2016 r., stanowiącym, że w określonej sytuacji prokurator może wystąpić do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody następczej na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w toku kontroli operacyjnej w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia jej zakończenia [zob. T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2014, s. 843; M. Błoński, Zakres przedmiotowy i podmiotowy podsłuchu procesowego, Pal. 2012, nr 7-8, s. 86; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2011, s. 1309; K. T. Boratyńska (w:) A. Sakowicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015, s. 545; S. Steinborn (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa, 2013, s. 757; inaczej jedynie G. Artymiak, (w:) Profesor Marian Cieślak, red. W. Cieślak, A. Steinborn, s. 607-618]. W piśmiennictwie prawniczym zwrócono uwagę, że takie postrzeganie wspomnianego terminu, prowadzące do uznania, iż w przypadku, gdy prokurator go nie dotrzyma, to bezskuteczne jest jego wystąpienie do sądu o wyrażenie zgody na wykorzystanie określonych materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, „niekiedy godzi w zasadę prawdy, ale ta dotyczy tylko ustaleń czynionych na niekorzyść oskarżonego, zatem gdy termin ogranicza podejmowanie działań w takim kierunku, może być wprowadzany właśnie dla celów gwarancyjnych (...).

Zatem przy terminach stanowczych (prekluzyjnych) nie można twierdzić, że nie obowiązują one, jeżeli utrudniają realizację zasady prawdy, ustawodawca preferuje bowiem w takim wypadku inne dobro, uznając je za ważniejsze. Należy zaś mieć na uwadze, że wniosek prokuratora, o jakim mowa w art. 237a, to wniosek niekorzystny dla tego oskarżonego, gdyż chodzi o zezwolenie na wprowadzenie do procesu dowodów oskarżenia. Czynność, której termin ten dotyczy, nie odnosi się wprost do wkroczenia w sferę wolności konstytucyjnych oskarżonego, ale ma na celu uzyskanie zgody sądu na włączenie do materiału dowodowego sprawy dowodów uzyskanych poza przedmiotowymi lub podmiotowymi granicami legalnego - zarządzonego przez sąd (art. 237 § 1) lub na który sąd wyraził wcześniej zgodę następczą (§ 2 art. 237) - podsłuchu, a więc z kontroli rozmów, która wykroczyła poza zakres wskazany przez sąd. (...). Praktyka dostarczała zaś przykładów występowania o zgodę następczą - wówczas na poszerzenie podsłuchu - nawet po kilkunastu miesiącach od jego zakończenia, i to dopiero w trakcie sądowego stadium procesu. Termin wskazany w obecnym art. 237a ma więc bez wątpienia charakter gwarancyjny, a jego kontekst i użyte dookreślenia wskazują, iż jest to termin prekluzyjny (stanowczy), a nie jedynie instrukcyjny. Bezskuteczność wniosku wywołana uchybieniem mu prowadzi przy tym do umorzenia postępowania przygotowawczego nie z uwagi na to naruszenie, lecz na skutek nieuzyskania przez prokuratora wystarczających do oskarżenia dowodów w granicach kontroli rozmów zarządzonej przez sąd i niewystąpienia wcześniej o jej poszerzenie oraz niezdobycie takich dowodów w ramach innych czynności procesowych. Może to świadczyć jedynie o nie najlepszej organizacji pracy organów ścigania, nie można jednak obciążać tym oskarżonego ani pozwalać prokuratorowi na uchybienie ustawowemu terminowi występowania do sądu o zezwolenie na włączenie do dowodów materiału z podsłuchu w zakresie, w jakim wykroczył on poza wskazane uprzednio przez sąd granice (...). Spóźniony wniosek sąd winien pozostawić bez rozpoznania, co oznacza, że prokurator nie uzyskał zgody warunkującej wykorzystanie materiałów wskazanych w art. 237a jako dowodów w postępowaniu karnym” (T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 843-844). Słuszne powyższe twierdzenia, w tym te szczególnie ważne o gwarancyjnym charakterze przyjętych w ustawie

unormowań, niewątpliwie zachowują aktualność w odniesieniu do terminów określonych w dawnym art. 19 ust. 15d ustawy o Policji.

Jak wspomniano, w rozpatrywanej sprawie Sąd pierwszej instancji wskazał, że w toku postępowania przygotowawczego prokurator nie uzyskał (najwidoczniej w wyniku zaniechania stosownego wystąpienia do sądu) decyzji umożliwiającej wykorzystanie dowodów, uzyskanych w toku kontroli operacyjnej przeciwko poszczególnym oskarżonym, w stosunku do pozostałych oskarżonych. Oznacza to, że oskarżenie przynajmniej w części zostało oparte na materiale co prawda uzyskanym w toku legalnych kontroli procesowych, jednak takim, co do którego nie było wątpliwości, do czasu nadania nowego brzmienia art. 168a k.p.k. i wejścia w życie art. 168b k.p.k., że nie może być przez sąd wykorzystany, chyba że w kierunku dla oskarżonego korzystnym (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2012 r., V KK 414/11). Odchodząc od kwestii, czy przepisy prawa dowodowego należą do tzw. kinetyki, czy statyki procesu, można w takim razie zadać pytanie, czy drugi z wymienionych przepisów może obecnie służyć prokuratorowi do naprawienia skutków zaniechania wystąpienia z wnioskiem, o którym była mowa w art. 19 ust. 15c ustawy o Policji. Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie taki był cel wprowadzenia do porządku prawnego art. 168b k.p.k., nadto należy podkreślić, że nie jest do zaakceptowania w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji RP), kłócąca się z zasadami rzetelnego (uczciwego) procesu (*fair trial*) praktyka organów procesowych, która nie respektowałaby zaistniałych w trakcie postępowania karnego zdarzeń, z założenia nieodwracalnych, rodzących skutki pozytywne dla oskarżonego. Prowadziłaby do tego, że z naruszeniem wartości, jaką jest sprawiedliwość proceduralna, ci oskarżeni, których proces zakończył się przed 15 kwietnia 2016 r. byłiby w lepszej sytuacji, niż ci, którzy często z przyczyn od siebie niezależnych, dłużej czekali na rozstrzygnięcie. Jaskrawo byłoby to widoczne w przypadku oskarżonego objętego z innymi tym samym aktem oskarżenia, którego sprawa, z uwagi na jego długotrwałą chorobę, została wyłączona do odrębnego rozpoznania, a postępowanie zawieszone, zaś po jego podjęciu po 14 kwietnia 2016 r. oskarżyciel miałby dysponować bogatszym materiałem dowodowym niż mogący być zgłoszony wobec oskarżonych wcześniej

osądzonych. Można też sobie wyobrazić i taką sytuację, niemożliwą do zaakceptowania, kiedy to jedynie w oczekiwaniu na wejście w życie art. 168b k.p.k. strona przeciwna oskarżonemu podejmuje skuteczne starania zmierzające do odsunięcia w czasie wydania wyroku. W piśmiennictwie prawniczym zwrócono uwagę, iż na gruncie zmian prawa karnego procesowego Trybunał Konstytucyjny wskazywał na potrzebę chronienia interesów jednostki w toku postępowania poprzez przyjęcie takich reguł intertemporalnych, które będą respektować zasadę zaufania i zapewnia poszanowanie uzasadnionych oczekiwań ukształtowanych przez dawne prawo (zob. H. Paluszkiwicz, *Studia z zakresu problematyki intertemporalnej w prawie karnym procesowym*, Warszawa 2016, s. 23, z powołaniem wyroków TK: z dnia 13 marca 2000 r., K 1/99, OTK 2000, nr 2, poz. 59; z dnia 28 kwietnia 1999 r., K 3/99, OTK 1999, nr 4, poz. 73; z dnia 15 września 1998 r., K 10/98, OTK 1998, nr 5, poz. 64). W konsekwencji wypada przyjąć, że **dowody uzyskane w toku kontroli operacyjnej, niebędące w czasie obowiązywania art. 19 ust. 15c ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 161 z późn. zm.) 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.** Wychodząc poza realia procesowe przedmiotowej sprawy trzeba wskazać, że takie samo stanowisko należałoby zająć w wypadku, gdy prokurator w terminie wystąpił z wnioskiem, który jednak nie został przez sąd uwzględniony. Wydaje się wszakże, iż od tej reguły można by odstąpić w sytuacji, gdy do dnia 15 kwietnia 2016 r. prokuratorowi nie upłynął określony w dawnym art. 19 ust. 15d ustawy o Policji termin wystąpienia z wnioskiem, względnie gdy złożony przez prokuratora w terminie wniosek nie został przez sąd rozpoznany wobec zmiany prawa, nadto w wypadku, gdy przeprowadzony dowód miałby prowadzić do skutku korzystnego dla oskarżonego – uniewinnienia, względnie złagodzenia odpowiedzialności karnej. Natomiast na gruncie przedmiotowej sprawy wypada zauważyć, że kontrola operacyjna wobec K. T. była stosowana przed datą wejścia w życie art. 19 ust. 15c ustawy o Policji. Trzeba jednak mieć na względzie, że w znacznie poprzedzającym ten przepis postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07 OSNKW 2007, z. 5, poz. 37, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, iż uzyskane w czasie kontroli

operacyjnej dowody popełnienia przestępstw – określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji – przez osobę inną niż objęta postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 tej ustawy, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej. Wskazał w ten sposób na konieczność wystąpienia przez prokuratora ze stosownym wnioskiem.

Wypada zauważyć, że wskazane wyżej stanowisko w znacznym zakresie zbieżne jest z wnioskami przedstawionymi przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17 i przytoczonymi w tym judykacie wypowiedziami niektórych przedstawicieli nauki prawa. Zwrócono np. uwagę, że w doktrynie wskazuje się, iż „co do zasady zmiany prawa dowodowego powinny być objęte zakazem retrospektywnego stosowania w toczących się postępowaniach jurysdykcyjnych” (W. Wróbel, *Zasady intertemporalne w prawie karnym procesowym*, Kraków 2017, s. 181), jak też, że bywa prezentowany pogląd, iż w przypadku zmian dowodowych niekorzystnych dla oskarżonego w każdym wypadku zakres materiału dowodowego możliwego do wykorzystania należy oceniać według starych przepisów (P. Pająk, *Zagadnienia intertemporalne zakazów dowodowych dotyczących wykorzystywania materiałów kontroli operacyjnej i procesowej*, CzPKiNP 2013, z. 2, s. 139-140). Należy też zaznaczyć, że w wymienionym postanowieniu przypomniano, iż Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 lipca 2013 r., V KK 412/12, wskazał na konieczność stosowania, przy podejmowaniu decyzji o możliwości procesowego wykorzystania materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, przepisów obowiązujących w chwili jej przeprowadzenia. W judykacie tym uznano za trafny pogląd sądu drugiej instancji, że przy ocenie legalności czynności operacyjnych istotny jest stan prawny obowiązujący w czasie stosowania kontroli operacyjnej, który warunkuje też możliwość późniejszego wykorzystania dowodów uzyskanych w czasie tej kontroli (podśluchu rozmów).

Wracając do wystąpienia Sądu Apelacyjnego w (...) trzeba zauważyć, że odpowiedź negatywna, w pewnym zakresie, na pierwsze z zadanych przez niego pytań jest zawarta w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18, stwierdzającej, że użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa

skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej” obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji. Z uchwały wynika, że wymieniony przepis ustawy procesowej może znaleźć zastosowanie, gdy w wyniku kontroli operacyjnej stosowanej wobec objętej nią osoby uzyskano dowód popełnienia przez nią nie każdego przestępstwa, ale tzw. katalogowego, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej. Należy przypomnieć, że uchwała ta została podjęta w następstwie przekazania przez zwykły skład Sądu Najwyższego wspomnianym postanowieniem I KZP 14/17 do rozstrzygnięcia składowi powiększonemu zagadnienia prawnego zaistniałego na tle dopuszczalności stosowania art. 168b k.p.k. w przypadku, gdy zarządzona kontrola operacyjna doprowadziła do ujawnienia, iż osoby nią objęte dopuściły się także przestępstw niekatalogowych. Uchwała podjęta w sprawie I KZP 4/18 niewątpliwie zachowuje aktualność w przypadku zaistnienia innej sytuacji wymienionej w tym przepisie, tj. gdy w ramach kontroli operacyjnej stosowanej wobec objętej nią osoby uzyskano dowód popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej. Z uzasadnienia postanowienia Sądu Apelacyjnego w (...), w którym wskazano, że „w toku postępowania przygotowawczego prokurator nie uzyskał zgody następczej umożliwiającej wykorzystanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w okresach przekraczających wydane przez sąd zgody pierwotne, ani też co do innych osób, które nie były objęte taką zgodą” wynika, że uznano, iż w sprawie zaistniała właśnie ta druga sytuacja, jednak przybierająca postać specyficzną, bowiem, jak się wydaje, nie chodzi o to, że oparte na zgodach pierwotnych kontrole operacyjne nie dostarczyły dowodów popełnienia przestępstw (w tym przestępstwa skarbowego) z pkt I i II wyroku Sądu pierwszej instancji przez osoby, wobec których kontrola była stosowana, ale o to, że dowody uzyskane w ramach kontroli prowadzonych legalnie wobec określonych osób zostały wykorzystane do rozszerzenia zakresu czasowego przestępstw przypisanych innym osobom, które w danym czasie nie były objęte kontrolą operacyjną, a w przypadku przestępstwa skarbowego także rzutowały na ustalenie co do kwoty podatku narażonego na

uszczuplenie. Nie jest to bez znaczenia zwłaszcza w przypadku przestępstwa skarbowego, wskazanego w art. 19 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji warunkowo – przepis ten (trafnie nawiązał do niego w apelacji obrońca M. K.) dopuszcza zastosowanie kontroli operacyjnej, o ile wartość przedmiotu czynu lub uszczuplona należność publicznoprawna przekracza pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę. Biorąc pod uwagę czas przypisanej oskarżonym przestępczej aktywności, należy uwzględnić wysokość tego wynagrodzenia w 2011 r., która wynosiła 1386 zł (zob. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 5 października 2010 r. w sprawie najniższego wynagrodzenia za pracę w 2011 r. – Dz. U. Nr 194, poz. 1288; tę kwotę przyjął też Sąd Okręgowy w aspekcie przepisu art. 53 § 14 k.k.s.), zatem wartością graniczną dla uznania przestępstwa skarbowego za przestępstwo katalogowe, do którego może mieć zastosowanie kontrola operacyjna, była wtedy kwota 69 300 zł. Widać, że w przypadku przypisanych oskarżonym przestępstw skarbowych kwoty uszczuplonego (narażonego na uszczuplenie) podatku akcyzowego (w przypadku W. C. 45 929,60 zł, w przypadku M. K. łącznie 65 834,56 zł) były niższe od wymienionej kwoty granicznej, zatem mając na uwadze treść art. 19 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, należało uznać, że w odniesieniu do przestępstw skarbowych prowadzenie kontroli operacyjnej nie było dopuszczalne, co rodzi określone konsekwencje co do możliwości wykorzystania w postępowaniu uzyskanych w wyniku tej kontroli dowodów. Prowadzenie rozważań co do możliwości stosowania w tym wypadku art. 168b k.p.k. jest bezprzedmiotowe, bowiem – stojąc na gruncie wspomnianej I KZP 4/18 – wypada przyjąć, że możliwość jego stosowania aktualizuje się tylko w odniesieniu do przestępstw katalogowych. Dla porządku wypada wspomnieć, że aktem oskarżenia zarzucono oskarżonym zachowanie prowadzące do narażenia budżetu Unii Europejskiej na uszczuplenie należnego podatku akcyzowego w łącznej kwocie nie mniejszej niż 128 788 zł, zatem znacznie wyższej niż kwota stanowiąca pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę w 2011 r., jednak jest zrozumiałe, że to ustalona przez sąd i niekwestionowana przez prokuratora kwota narażonego na uszczuplenie podatku jest wiążąca, gdy chodzi o ocenę, czy stosowanie kontroli operacyjnej miało oparcie w przepisach ustawy o Policji, a zwłaszcza o ocenę legalności pozyskanych w toku tej kontroli dowodów.

Trzeba też pamiętać, iż nie ma znaczenia okoliczność, że popełniając przestępstwo niekatalogowe sprawca działał w zorganizowanej grupie przestępczej (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2012 r., II KK 336/11, OSNKW 2013, z. 1, poz. 6).

Sąd Apelacyjny uznał, że udzielenie negatywnej odpowiedzi na pierwsze z zadanych pytań, czyni aktualnym zagadnienie przedstawione w drugim pytaniu, w którym nawiązano do art. 168a k.p.k. w obecnym brzmieniu, w kontekście możliwości uczynienia go podstawą wykorzystania materiału z kontroli operacyjnej, uzyskanego poza jej legalnym zakresem. Rozważania w tym zakresie trudno jednak podjąć w sytuacji, gdy – co wcześniej nadmieniono – Sąd Apelacyjny w żaden sposób nie wytłumaczył, dlaczego je sformułował. Milczenie Sądu w tym zakresie idzie tak daleko, że w uzasadnieniu postanowienia opartego na art. 441 § 1 k.p.k. przepis art. 168a k.p.k. nie został ani razu wymieniony, toteż nie wiadomo, do jakich konkretnie zagadnień prawnych wymagających zasadniczej wykładni ustawy, miałby się odnieść Sąd Najwyższy. Nie jest zaś rzeczą tego Sądu procedującego w następstwie wydania przez sąd *ad quem* wspomnianego postanowienia samodzielne „wyszukiwanie” wszystkich możliwych wątpliwości, które mogą się rodzić na gruncie danego przepisu i zajmowanie w tym przedmiocie stanowiska. W takim razie można jedynie domniemywać, że skoro w przypadku art. 168b k.p.k. Sąd Apelacyjny nadmienił, iż abstrahuje od tego, czy przepis ten spełnia minimalne standardy konstytucyjne, to i w odniesieniu do art. 168a k.p.k., który, co powszechnie wiadomo, również nasuwa tożsame wątpliwości, nie oczekuje, by Sąd Najwyższy zajął w tej kwestii stanowisko. W grę więc ewentualnie wchodzi inne zagadnienia związane ze stosowaniem przedmiotowego przepisu, np. czy art. 168a k.p.k. stanowiący m.in., iż dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania, może znaleźć zastosowanie w sprawie, w której doszło do pozyskania dowodów z naruszeniem ówczesnie obowiązujących przepisów art. 19 ustawy o Policji [w piśmiennictwie prawniczym wyrażono w tym względzie pozytywne stanowisko (zob. S. Brzozowski, *Dopuszczalność wykorzystania dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w kontekście art. 168a k.p.k.*, Pal. 2017, nr 1-2, s. 55), ale też polemizujące z nim stanowisko

negatywne, wskazujące, że art. 168a k.p.k. dotyczy czynności procesowych, a nie czynności operacyjno-rozpoznawczych ujętych w ustawie o Policji [zob. R. A. Stefański (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Warszawa 2019, s. 64; zob. także P. Pająk, *op. cit.*, s. 129], jak również wpływ na stosowanie art. 168a k.p.k. wcześniejszych nowelizacji prawa procesowego. W tej materii ważki jest głos B. Augustyniak [zob. Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016, D. Świecki (red.), Warszawa 2016, s. 707-708] wskazujący, iż wpływ ten jest znaczący i powoduje, że w postępowaniu sądowym przepis art. 168a k.p.k. w brzmieniu nadanym nowelizacją z 2016 r. odnosi się do spraw, w których postępowanie wszczęto po 14 kwietnia 2016 r. Wynika to z tego, że w art. 36 pkt 1 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247 z późn. zm.) postanowiono, iż w sprawach, w których przed 1 lipca 2015 r. wniesiono do sądu akt oskarżenia, art. 168a k.p.k. nie ma zastosowania do czasu prawomocnego zakończenia postępowania i w tym zakresie art. 36 pkt 1 wspomnianej ustawy nie został uchylony ani zmieniony ustawą nowelizującą z dnia 11 marca 2016 r., co sprawia, że nadal obowiązuje. Oznacza to, że pomimo nadania temu przepisowi innej treści normatywnej, jego stosowanie jest wstrzymane na podstawie art. 36 pkt 1 nowelizacji z 2013 r. w stosunku do spraw, w których akt oskarżenia został wniesiony przed 1 lipca 2015 r., a nie zostały one prawomocnie zakończone do 14 kwietnia 2016 r. Wymieniona Autorka wyraziła również pogląd, że w aktualnym brzmieniu art. 168a k.p.k. nie ma też zastosowania do spraw, w których postępowanie sądowe zostało wszczęte po 30 czerwca 2015 r., gdyż jego zastosowanie wyłącza art. 25 ust. 1 ustawy nowelizującej z 2016 r. W konsekwencji w postępowaniu sądowym przepis ten w brzmieniu nadanym tą nowelizacją odnosi się do spraw, w których postępowanie sądowe wszczęto po 14 kwietnia 2016 r.

Inną kwestią jest, czy w przypadku uznania, że zwrot „przepisy postępowania” jednak odnosi się również do przepisów art. 19 ustawy o Policji, w tym w brzmieniu sprzed 15 kwietnia 2016 r., można na gruncie przedmiotowej sprawy przyjąć, iż doszło do uzyskania dowodów z naruszeniem tych przepisów. Wszak nie chodzi w niej o to, że kontrola operacyjna była prowadzona wobec

poszczególnych oskarżonych nielegalnie, bez żadnej decyzji sądu, wobec czego doszło do nielegalnego uzyskania dowodów, ale o to, że dowód uzyskany legalnie nie został objęty zgodą następczą sądu na ich procesowe wykorzystanie w odniesieniu do określonych osób. Jednak, jak wspomniano, przy zupełnym braku wskazania przez Sąd Apelacyjny, jakie kwestie związane z ewentualnym stosowaniem w procesie art. 168a k.p.k. postrzega jako wymagające wyjaśnienia, prowadzenie szczegółowych rozważań na gruncie drugiego z zadanych pytań nie jawiło się jako zasadne. W toku rozpoznania sprawy wymieniony Sąd powinien mieć jednak na uwadze powyższe okoliczności, rzutujące na ewentualne stosowanie w rozpoznawanej sprawie przepisu art. 168a k.p.k.

Z przytoczonych wyżej względów Sąd Najwyższy orzekł, jak na wstępie.