



Sygn. akt II KK 402/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący)

SSN Małgorzata Gierszon

SSN Marek Pietruszyński (sprawozdawca)

Protokolant Klaudia Binienda

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Roberta Tarsalewskiego,
w sprawie Ł. Z. skazanego z art. 286 § 1 k.k. i in. oraz M. P. S. uniewinnionego od
popęlnienia czynów z art. 286 § 1 k.k. i art. 258 § 1 k.k..
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 29 listopada 2021 r.,
kasacji, wniesionych w stosunku do skazanego Ł. Z. przez obrońcę, a w stosunku
do uniewinnionego M. P. S. przez prokuratora
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 24 listopada 2020 r., sygn. akt II AKa
(...)
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w W. z dnia 7 października 2019 r., sygn.
akt XVIII K (...)

**1. uchyla zaskarżony wyrok w odniesieniu do M. P. S. w
zakresie rozstrzygnięcia zawartego w pkt I. 3 (uniewinnienia
oskarżonego od popełnienia czynów przypisanych w pkt I.2 oraz
V wyroku) oraz co do orzeczenia następczego z pkt I.4 i sprawę w**

tym zakresie przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania,

2. oddala kasację obrońcy skazanego Ł. Z. jako oczywiście bezzasadną,

3. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokata J. G. (Kancelaria Adwokacka w W.) - obrońcy z urzędu skazanego Ł. Z. kwotę 1.476 zł (tysiąc czterysta siedemdziesiąt sześć), w tym 23% VAT za sporządzenie i wniesienie kasacji oraz udział w postępowaniu kasacyjnym przed Sądem Najwyższym,

4. obciąża skazanego Ł. Z. kosztami postępowania kasacyjnego, przy czym wydatkami postępowania w 1/2 części.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w W., wyrokiem z 7 października 2019 r., sygn. akt XVIII K (...), wydanym wobec m.in. M. S., uznał tego oskarżonego za winnego tego, że:

1. w dniu 14 marca 2017 r. w W. przy ul. M. działając ze z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z A. J., Ł. Z., P. F. i D. W. usiłował doprowadzić Z. M. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w postaci pieniędzy w nieustalonej kwocie w ten sposób, że M. S., A. J. i D. W. w kompleksie leśnym w okolicy miejscowości R. wykonywali połączenia do pokrzywdzonej, w trakcie których podawali się za kuriera, poprosili o potwierdzenie jej adresu w celu dostarczenia przesyłki, wprowadzając pokrzywdzoną w błąd co do tożsamości swojej osoby, następnie zadzwonili do pokrzywdzonej podając się za funkcjonariusza Policji A. W. i podając nr legitymacji (...) usiłowali doprowadzić Z. M. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, w tym samym czasie P. F., kierowany przez A. I. i Ł. Z. miał odebrać pieniądze od pokrzywdzonej, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na postawę pokrzywdzonej, czym działał na szkodę Z. M., przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu i czynu tego dopuścił się w zorganizowanej grupie, w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne, tj. przestępstwa z art.

286 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. (w kwalifikacji prawnej odnoszącej się m.in. do M. S. przeoczono przywołanie także przepisu art. 13 § 1 k.k. – uwaga SN)

– i skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności;

2. w dniu 28 lutego 2017 r. w W. na ul. G. działając ze z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wspólnie i w porozumieniu z A. J., Ł. Z., P. F., D. W. i w porozumieniu z ustaloną osobą, doprowadził J. M. do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie 18.960,10 zł, w ten sposób, że A. J., M. S. i D. W. podając się za funkcjonariusza Centralnego Biura Śledczego Policji A. Z. z ul. W. nr legitymacji (...) wywołali u pokrzywdzonej fałszywe przekonanie o konieczności pomocy Policji w ujęciu grupy oszustów i przekazanie pieniędzy i biżuterii mężczyźnie, który do niej przyjdzie, następnie P. F. kierowany przez A. I. i Ł. Z., udał się do pokrzywdzonej, gdzie podając się za funkcjonariusza Policji o nazwisku D. dokonał przeszukania w mieszkaniu pokrzywdzonej, a następnie zabrał pieniądze w kwocie 8.150 zł, 1.600 Euro (równowartość 6.906,56 zł), 500 USD (równowartość 2.038,50 zł) oraz złotą biżuterię w postaci trzech złotych pierścionków i złotego wisiorka o łącznej wartości nie niższej niż 1.864,98 zł, przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu i czynu tego dopuścił się w zorganizowanej grupie, w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne, tj. przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

– i skazał go na karę 2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

3. w okresie od bliżej nieustalonej daty do dnia 14 marca 2017 r. na terenie W. i w okolicznych miejscowościach, działając wspólnie i w porozumieniu z P. F., A. J., K. K., D. W., Ł. Z. i A. I., przy czym K. K. do dnia 20 stycznia 2017 r., natomiast P. F. nie wcześniej niż od dnia 2 lutego 2017 r., brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej zajmującej się dokonywaniem oszustw metodą „na kuriera”, „policjanta”, polegających na doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem osób w podeszłym wieku poprzez wprowadzenie ich w błąd co do swojej tożsamości przez podawanie się między innymi za kuriera i funkcjonariusza Policji lub funkcjonariusza Centralnego Biura Śledczego Policji i wprowadzenie ich w błąd

co do zamiaru zwrotu przekazanych pieniędzy, kart bankomatowych, biżuterii, przy czym rola wymienionych polegała na wykonywaniu połączeń, organizowaniu logistyki związanej z odbiorem pieniędzy, wartościowych przedmiotów, kart bankomatowych, dokonywaniu zakupu telefonów i kart SIM służących do popełniania przestępstw, tj. przestępstwa z art. 258 § 1 k.k.

– i skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności.

Po połączeniu wyżej opisanych kar jednostkowych Sąd Okręgowy wymierzył M. S. karę łączną 2 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności oraz – w ramach obowiązku naprawienia szkody – na podstawie art. 46 § 1 k.p.k. zasądził solidarnie od oskarżonych M. S., A. J., Ł. Z., P. F., D. W. i A. I. na rzecz pokrzywdzonej J. M. kwotę 18.960,10 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 28 lutego 2017 r. do dnia zapłaty.

Tym samym wyrokiem M. S. uniewinniono od popełnienia czynów opisanych w pkt. II, III, IV, V, VI, VII i IX części wstępnej wyroku, mających – w różnych formach stadialnych – wyczerpywać znamiona przestępstw z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

Opisany wyżej wyrok zawierał również dalsze rozstrzygnięcia, w tym dotyczące pozostałych oskarżonych, które nie miały jednak bezpośredniego znaczenia z punktu widzenia wywiezionej w sprawie kasacji.

Wyrok ten został zaskarżony apelacją prokuratora (na niekorzyść) oraz apelacjami obrońców oskarżonych.

Sąd Apelacyjny w (...), wyrokiem z 24 listopada 2020 r., sygn. II AKa (...) zmienił zaskarżony wyrok m.in. w odniesieniu do oskarżonego M. S. w ten sposób, że:

1. uchylił orzeczenie z pkt XI wyroku o wymiarze kary łącznej pozbawienia wolności;
2. w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. I.1. wyroku wyeliminował z jego opisu stwierdzenie, że czynu tego M. S. dopuścił się w zorganizowanej grupie oraz, że z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu i za podstawę skazania przyjmując art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art.

64 § 1 k.k., na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. wymierzył mu karę roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności;

3. uniewinnił oskarżonego od popełnienia czynów przypisanych mu w pkt. 1.2. oraz V wyroku i koszty sądowe w tej części przejął na rachunek Skarbu Państwa;

4. uchylił orzeczony wobec M. S. w pkt. XIII wyroku obowiązek naprawienia szkody.

Także i ten wyrok zawierał dalsze rozstrzygnięcia, w tym dotyczące pozostałych oskarżonych, niemające jednak bezpośredniego znaczenia w płaszczyźnie wniesionej kasacji.

Wyrok Sądu odwoławczego został zaskarżony kasacją prokuratora na niekorzyść skazanego M. P. S. w części dotyczącej zmiany wyroku Sądu Okręgowego poprzez uniewinnienie M. P. S. od zarzutu popełnienia czynów opisanych w punktach I.2 i V wyroku Sądu I instancji.

Skarżący zarzucił rażące naruszenie prawa procesowego – przepisu art. 168b k.p.k., mające istotny wpływ na treść wyroku, poprzez przyjęcie przez Sąd Apelacyjny w (...), że w sytuacji gdy w wyniku kontroli operacyjnej zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu popełnionego przez M. P. S. , tj. inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator wydać musi decyzję w formie postanowienia, aby móc dowód uzyskany w ramach wskazanej kontroli wykorzystać w postępowaniu karnym, co doprowadziło do uniewinnienia M. P. S. od zarzutu popełnienia czynów opisanych w punktach I.2. i V wyroku, podczas gdy prawidłowa interpretacja wskazanego przepisu prowadzi do wniosku, iż podjęta przez prokuratora decyzja w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym, w formie skierowania do Sądu wniosku o przeprowadzenie na rozprawie głównej dowodu z podsłuchów jest wystarczająca dla wykorzystania tych dowodów.

Podnosząc ten zarzut skarżący wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym przez Sąd Apelacyjny w (...).

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się uzasadniona.

Przed przystąpieniem do zaprezentowania powodów takiej oceny nadzwyczajnego środka zaskarżenia należało – w skrócie i z zachowaniem chronologii – przypomnieć układ procesowy, który stał się podstawą do wydania zaskarżonego wyroku w części odnoszącej się do uniewinnienia M. S. od zarzutu popełnienia czynów opisanych w punktach I.2 i V wyroku Sądu Okręgowego. Otóż w akcie oskarżenia, pośród dowodów, których przeprowadzenia na rozprawie głównej domagał się prokurator, wskazano również szereg płyt DVD wraz z zapisami rozmów utrwalonych w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek Policji na podstawie przepisów szczególnych. Dodatkowo wskazano protokoły z odtworzenia zapisów rozmów utrwalonych w wyniku tej kontroli, a także materiały niejawne. Przedmiotowa kontrola operacyjna nie została zarządzona wobec oskarżonego M. S., ale w założeniu prokuratora dowody utrwalone w toku tej kontroli - na podstawie art. 168b k.p.k. - miały w zasadniczym zakresie potwierdzać fakt popełnienia przez niego określonych przestępstw ściganych z urzędu, zarzuconych mu w akcie oskarżenia.

Sąd meriti procedując w przedmiocie zarzutów aktu oskarżenia nie rozważał prawidłowości tzw. zgody następcej na wykorzystanie w postępowaniu sądowym materiałów operacyjnych także w odniesieniu do części przestępstw zarzuconych oskarżonemu M. S. Zagadnienie to stanowiło natomiast sedno jednego z zarzutów apelacji jego obrońcy, która podniosła m.in., że w materiale ujawnionym w toku postępowania brak jest tzw. „zgody następcej” na wykorzystanie tak zgromadzonego materiału w stosunku do oskarżonego M. S. i z okoliczności tej wywiodła, iż dowód ten był w tym zakresie niedopuszczalny, a postępowanie sądowe, w toku którego oparto na takim dowodzie podstawowe dla odpowiedzialności oskarżonego ustalenia faktyczne stanowiło proces nierzetelny w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Rozpoznając podniesiony w tym zakresie zarzut środka odwoławczego, Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, że jest on częściowo zasadny, a materiał dowodowy w postaci podsłuchów telefonicznych uzyskanych w wyniku prawidłowo

zarządzonej kontroli operacyjnej rozmów innych oskarżonych, nie mógł zostać wykorzystany jako materiał dowodowy określonych przestępstw popełnionych przez M. S. , wobec którego taka kontrola nie została zarządzona. Sąd odwoławczy przyjął, że przepis art. 168b k.p.k. wprawdzie daje prokuratorowi możliwość podjęcia decyzji w przedmiocie wykorzystania takiego dowodu w postępowaniu karnym, jednak w rozpoznawanej sprawie organ ten z takiej możliwości nie skorzystał. W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd *meriti* zupełnie pominął w odniesieniu do M. S. podyktowany wyżej wymienionym przepisem wymóg inicjatywy prokuratora w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego z przekroczeniem zakresu kontroli operacyjnej. Tymczasem – w ocenie Sądu Apelacyjnego – prokurator nie postulował o wykorzystanie przez Sąd procedujący w sprawie materiałów zebranych z przekroczeniem granic pierwotnej zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej. Sąd odwoławczy uznał, że art. 168b k.p.k. wprost zakłada bowiem aktywność prokuratora na płaszczyźnie decyzyjnej (prokurator podejmuje decyzję), co stoi na przeszkodzie przyjęciu, iż wola w tym zakresie może być wywodzona z przemilczenia. Podyktowane treścią art. 168b k.p.k. działanie prokuratora na płaszczyźnie decyzyjnej wymaga materializacji w formie postanowienia określającego zakres podsłuchów legalnych i przydatnych w konkretnym postępowaniu oraz skierowanego do sądu orzekającego wniosku dowodowego o ich przeprowadzenie w procesie w stosunku do osoby, co do której nie było zarządzonej kontroli pierwotnej. W sytuacji zatem gdy prokurator nie podjął decyzji w tym trybie co do uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej dowodów przestępstwa popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli operacyjnej, nie było możliwe wykorzystanie tych dowodów, jako podstawy ustaleń faktycznych. Jednocześnie Sąd Apelacyjny podkreślił, że dowody z podsłuchów stanowiły *de facto* jedyny element materiału dowodowego wskazującego na sprawstwo oskarżonego M. S. w zakresie oszustwa na szkodę J.M. oraz udziału w zorganizowanej grupie przestępczej.

Pogląd powyższy nie przekonuje o wnikliwym i wszechstronnym rozważeniu zarzutu podniesionego w tym zakresie w apelacji obrońcy oskarżonego M. S..

Niezależnie od powszechnie formułowanych w doktrynie i orzecznictwie poważnych zastrzeżeń wynikających z kontrowersyjności regulacji zawartej w art. 168b k.p.k. w płaszczyźnie praw jednostki chronionych konstytucyjnie (zob. np. art. 31 ust. 3, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 Konstytucji RP) i konwencyjnie (zob. art. 6 ust. 1, art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka) należy zauważyć, że w aktualnie obowiązującym stanie prawnym podmiotem uprawnionym do podejmowania decyzji w przedmiocie zgody następcej jest prokurator. Zobligowany jest on podjąć decyzję co do wykorzystania materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej – czy mogą one być wykorzystane w procesie i przedstawione sądowi wraz z aktem oskarżenia, czy nie (zob. uchwałę SN z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18, OSP 2019, nr 1, s. 4 i n.). Przywołany przepis nie określa natomiast *expressis verbis* procesowej formy uzewnętrznienia przedmiotowej decyzji i nie precyzuje, czy prokurator zobligowany jest wydać w tym przedmiocie stosowne postanowienie, czy też wystarczająca jest forma zarządzenia, bądź też – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie – dopuszczalne jest wyrażenie takiej zgody poprzez zamieszczenie dowodu objętego hipotezą art. 168b k.p.k. w stanowiącym integralny element aktu oskarżenia wykazie innych dowodów, których przeprowadzenia na rozprawie głównej domaga się oskarżyciel (art. 333 § 1 pkt 2 k.p.k.). Tym bardziej przepis art. 168b k.p.k. nie określa skutków podjęcia omawianej decyzji w niewłaściwej formie procesowej.

Kwestia formy w jakiej prokurator podejmuje, w zgodzie z treścią art. 168b k.p.k., decyzję w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu, popełnienia przestępstwa przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, w ramach, której dowód ten został pozyskany, nie została do tej pory definitywnie rozstrzygnięta w orzecznictwie ani w doktrynie.

Z jednej strony prezentowany jest – tożsamy z wyrażonym przez Sąd odwoławczy – pogląd, że zarówno względy gwarancyjne, jak i procesowa doniosłość tej decyzji, stanowiącej odstępstwo od zasady dopuszczalności wykorzystania jako dowodów materiałów uzyskanych za pomocą kontroli operacyjnej zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych, wobec osoby, co do której taka kontrola była prowadzona i o

enumeratywnie wymienione w ustawie przestępstwa, wymagają zachowania formy (niezaskarżalnego jednak) postanowienia (zob. np. wyroki SA: w Białymstoku z 3.04.2017 r., II AKa 182/16; w Poznaniu z 7.03.2018 r., II AKa 120/17; w Warszawie z 14.08.2019 r., II AKa 202/18 oraz z 17.01.2018 r., II AKa 331/17; R. A. Stefański [w:] R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167-296, Warszawa 2019, teza 8 do art. 168b; C. Kulesza [w:] K. Dudka [red.], Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2020, teza 5 do art. 168b; D. Gruszecka [w:] J. Skorupka [red.], Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2021, teza 2 do art. 168b; K.T. Boratyńska, P. Czarnecki, M. Królikowski, A. Lach, [w:] A. Sakowicz [red.], Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2020, s. 517; B. Janusz-Pohl, Konkretyzacja uprawnienia prokuratora w zakresie wykorzystania dowodów uzyskanych w ramach tzw. wtórnej kontroli operacyjnej [w:] *Artes serviunt vitae sapientia imperat. Proces karny sensu largo*. Rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzczaka z okazji 70. urodzin, Warszawa-Łódź 2019, s. 153; Z. Niemczyk, Nowy kształt kontroli operacyjnej po zamianach ustawy o Policji i Kodeksu postępowania karnego, *Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury* 2017, z. 2, s. 19 - 28).

Jednak w doktrynie szeroko prezentowane są również przeciwstawne stanowiska, wobec koncepcji przyjętej przez Sąd Apelacyjny, które pozostały poza zakresem uwagi tego Sądu. Zgodnie z tymi poglądami każdy sposób uzewnętrznienia przez prokuratora podjętej decyzji jest dopuszczalny. Nie jest więc wykluczone samo oparcie się na wskazanych materiałach, np. przez złożenie wniosku dowodowego w akcie oskarżenia o ich odtworzenie czy też oparcie na nich wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Uwzględniając jednak konieczność zapewnienia stronom postępowania należytej informacji, pożądana jest postać pisemna, tj. postanowienia, jak również zarządzenia (zob. M. Kurowski [w:] D. Świecki [red.], Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, Warszawa 2021, teza 10 do art. 168b). Wskazuje się w doktrynie także, że konsekwencją wydania przez prokuratora „decyzji w przedmiocie wykorzystania dowodu” powinno być sformułowanie wniosku dowodowego, który w podstawie prawnej powoływałby się na art. 168b k.p.k. Może sformułować taki

wniosek w załączniku do aktu oskarżenia, zawierając go w ramach „Wykazu innych dowodów do ujawnienia na rozprawie” lub w ramach wniosku dowodowego złożonego w trybie art. 167 k.p.k. (zob. H. Kuczyńska, Wpływ naruszenia prawa na dopuszczalność dowodu uzyskanego w toku kontroli operacyjnej. Glosa do postanowienia SN z dnia 22 maja 2019 r., I KZP 2/19, OSP 2020, nr 3, s. 70 i n.).

Podnosi się również, że przepis art. 168b k.p.k. może być rozumiany jedynie w taki sposób, że w wypadku uzyskania w wyniku legalnie prowadzonej kontroli operacyjnej dowodów popełnienia przestępstwa przez inną osobę niż ta, wobec której wydane było postanowienie o zgodzie na jej stosowanie, lub popełnienia innego przestępstwa niż objęte tym postanowieniem, prokurator decyduje o tym, czy tak uzyskany materiał zgłosić jako środek dowodowy w akcie oskarżenia. Decyzja prokuratora w rzeczywistości zastępuje wcześniej obowiązującą instytucję tzw. zgody następczej sądu na wykorzystanie materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej uzyskanych poza zakresem podmiotowym lub przedmiotowym postanowienia wyrażającego zgodę na jej stosowanie (zob. D. Szumiło-Kulczycka, Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej. Uwagi na tle art. 168b k.p.k., PiP 2018, nr 10, s. 107-120).

Zauważa się także, że nieokreślenie w art. 168b k.p.k. formy decyzji oznacza, iż może ona przybrać formę wysłowioną – zarządzenia o dopuszczeniu dowodu, jak i konkludentną – poprzez włączenie dowodu do materiału dowodowego, a następnie zgłoszenie go w akcie oskarżenia. Na etapie toczącego się postępowania sądowego wystarczające jest zachowanie formy wniosku dowodowego. Warunkiem jednak wykorzystania takiego dowodu w postępowaniu sądowym jest dopuszczenie go przez sąd, gdyż tylko wówczas może on stanowić podstawę dowodową wyroku, o której mowa w art. 410 k.p.k. Akcentuje się przy tym, że art. 168b k.p.k. nie przewiduje przy tym żadnych ograniczeń czasowych dla podjęcia tej decyzji (zob. D. Świecki, Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych, Warszawa 2020, s. 235).

Analogiczne do powyższych poglądy nie są odosobnione również w orzecznictwie, gdzie wskazuje się, że prokurator ma kompetencję do podjęcia decyzji w przedmiocie wykorzystania takiego dowodu w toku całego postępowania

przygotowawczego, aż do etapu sformułowania i wniesienia do właściwego sądu aktu oskarżenia. Wystarczające przy tym będzie samo zgłoszenie wraz z wniesieniem aktu oskarżenia tego dowodu na poparcie oskarżenia (zob. wyrok SA w Poznaniu z 7.07.2017 r., II AKa 63/17). Choć nie wypowiedziano tego wprost, podobnie należałoby odczytywać pogląd prezentowany również w orzecznictwie Sądu Najwyższego, gdzie zwrócono uwagę, że prokurator dysponując materiałami uzyskanymi w drodze kontroli operacyjnej, musi ocenić ich procesową przydatność. Skutkiem tej oceny zawsze będzie albo złożenie odpowiednich wniosków dowodowych dołączanych do aktu oskarżenia albo uznanie tych materiałów za nieprzydatne procesowo, co w konsekwencji powinno skutkować ich zniszczeniem (zob. uchwałę składu 7 sędziów SN z 28.06.2018 r., I KZP 4/18, OSNKW 2018, nr 8, poz. 53). Podobną interpretację, a więc niewykluczającą zawnioskowania materiałów objętych hipotezą art. 168b k.p.k. do przeprowadzenia ich jako dowodów w akcie oskarżenia, tj. bez wydawania w tej materii odrębnego postanowienia zaproponowano w wyroku SA w W. z 13.06.2016 r. (II AKa (...)), gdzie wskazano, 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.

W ocenie Sądu Najwyższego przy rozstrzyganiu omawianego problemu nie można także pominąć, że zmiana dotycząca organu upoważnionego do wydawania „zgody następczej” na wykorzystanie materiałów operacyjnych która nastąpiła wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437 z późn. zm.) i przyznanie tego uprawnienia ogólnie ujętemu w art. 168b k.p.k. „prokuratorowi”, a nie naczelnemu organowi prokuratury czy kierownikom poszczególnych jednostek organizacyjnych prokuratury wskazuje, że także sposób udzielania tejże zgody powinien być odczytywany z uwzględnieniem procesowych uprawnień prokuratora jako gospodarza postępowania przygotowawczego, czy strony postępowania sądowego, w tym zwłaszcza inicjatywy dowodowej. Nie można więc przejść obojętnie wobec faktu, że postulat o przeprowadzenie dowodu pochodzi od tego samego organu, któremu zarazem przysługuje prawo decydowania o formalnej

możliwości wykorzystania danej kategorii materiałów w postępowaniu karnym. Jeżeli więc prokuratorowi przysługuje prawo zadecydowania o wykorzystaniu materiału operacyjnego, o jakim mowa w art. 168b k.p.k. w postępowaniu karnym, to trudno uznać, że przedłożenie takiego dowodu w trybie art. 333 § 1 pkt 2 k.p.k. nie stanowi emanacji tego uprawnienia.

Nie tylko jednak ta okoliczność pozostała poza polem uwagi Sądu odwoławczego. Nawet gdyby bowiem przyjąć, że jakakolwiek inna – niż wydanie postanowienia – forma podjęcia decyzji w trybie art. 168b k.p.k. była nieskuteczna, to w dalszej kolejności należałoby rozważyć, czy sytuację taką można utożsamiać z nieistnieniem w ogóle danego dowodu (grupy dowodów). Jeszcze zanim doszło do nowelizacji kodeksu postępowania karnego dokonanej ustawą z dnia 27 września 2013 r. (Dz. U. poz. 1247 z późn. zm.), która zagadnieniu temu nadała rangę normatywną, w literaturze nie kwestionowano możliwości dopuszczenia niektórych dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów proceduralnych. Pogląd ten opierano na założeniu, że naruszenia procesowe są stopniowalne i nie każde naruszenie przepisów prawa w zakresie zbierania dowodów prowadzi do jego wyeliminowania z procesu (R. Kmiecik, Konwalidacja i konwersja wadliwych dowodów w procesie karnym, PiP 1989, nr 5, s. 91–100; tenże [w:] Prawo dowodowe. Zarys wykładu, Warszawa 2009, s. 210; Z. Sobolewski, Wartość nielegalnie uzyskanego dowodu w postępowaniu karnym, AUMCS 1976, t. XXIII, s. 45–51). Mogą one jednak mieć wpływ na wiarygodność dowodu (A. Gaberle, Dowody w sądowym procesie karnym, Kraków 2007, s. 271; Z. Sobolewski, Wartość..., s. 45; K.T. Boratyńska, Procesowe konsekwencje wyjścia organów postępowania poza granice legalności czynności w nim podejmowanych [w:] Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania, red. D. Gruszecka, J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 151). Jak wspomniano wcześniej, ustawodawca nie tylko nie określił w art. 168b k.p.k. szczegółowo formy procedowania w przedmiocie samej zgody następcej, ale i nie przewidział normy, która rugowałaby z postępowania, względnie nakazywała wyeliminować z podstawy orzeczenia dowód, którego próba wprowadzenia do procesu była wynikiem zabiegu podjętego przez uprawniony organ, w ramach przysługujących mu *explicite* uprawnień, jednak w niewłaściwej proceduralnie formie. Argumentację powyższą

należałoby uzupełnić o przypomnienie, że polskie postępowanie karne nie ma charakteru formułkowego, a skutek hipotetycznego naruszenia norm proceduralnych powinien być proporcjonalny do stopnia uchybienia i charakteru naruszonych reguł. Po drugie, zupełne wyeliminowanie danego dowodu z postępowania powinno być zastrzeżone do przypadków mieszczących się w pojęciu normatywnych zakazów dowodowych, a instytucja ta – w myśl zasady *exceptiones non sunt extendendae* – nie może być traktowana rozszerzająco. Regułą jest bowiem, że zgłoszony przez stronę dowód podlega przeprowadzeniu, a odstępstwa w tym zakresie powinny wynikać z wyraźnego zakazu ustawowego, względnie jeżeli przeprowadzenie dowodu prowadziło do naruszenia – skonkretyzowanych jednak – norm prawnych wyższego rzędu (do czego nawiązano w post. SN z 26.06.2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019, nr 8, poz. 46).

Nie przesądzając w tym miejscu o możliwości wykorzystania zgłoszonych przez prokuratora w akcie oskarżenia materiałów przy budowaniu podstawy faktycznej wyroku Sądu odwoławczego, należy wyraźnie odseparować sytuację gromadzenia dowodów z naruszeniem prawa, od przypadku niezachowania właściwej formy decyzji otwierającej możliwość procesowego wykorzystania szczególnej postaci tychże dowodów, tj. uzyskanego w wyniku wyjścia poza ramy podmiotowo-przedmiotowej kontroli operacyjnej. Uchybienie takie, jak każde mające charakter procesowy, a niemieszczące się w pojęciu bezwzględnej przyczyny odwoławczej, mogłoby teoretycznie odnieść skutek w postaci uchylecia lub zmiany zaskarżonego orzeczenia tylko w razie ujawnienia się jego potencjalnego wpływu na treść orzeczenia (art. 438 pkt 2 k.p.k.), czego jednak w zaskarżonym kasacją wyroku nawet nie próbowano wykazać.

Niezależnie od przyjęcia jednego z wyżej zaprezentowanych poglądów należy przypomnieć, że sąd nie jest związany „decyzją w przedmiocie wykorzystania dowodu”, nawet jeżeli została skutecznie podjęta przez prokuratora na podstawie art. 168b k.p.k. To sąd decyduje o dopuszczeniu danej informacji w poczet materiału dowodowego, a więc to do sądu należy ostateczna decyzja o tym, czy materiały z kontroli operacyjnej staną się dowodami. Wszystkie materiały przekazane do sądu wraz z aktem oskarżenia – w ramach złożonych przez

prokuratora wniosków dowodowych – muszą podlegać weryfikacji przez sąd (zob. H. Kuczyńska, Wpływ naruszenia prawa..., s. 71).

Podsumowując podnieść należało, że uchybienie Sądu Apelacyjnego polegające na braku pogłębionej, konfrontacyjnej analizy prawnej skutków zamieszczenia przez prokuratora, w wykazie innych dowodów, których przeprowadzenia domagał się na rozprawie (stanowiącym integralną część aktu oskarżenia), płyt z zapisami rozmów utrwalonych w wyniku kontroli operacyjnej, niezastosowanej jednak do oskarżonego M. S., miało niewątpliwie charakter rażący. W oczywisty, istotny sposób wpłynęło na treść zaskarżonego kasacją wyroku, skoro doprowadziło do uniewinnienia oskarżonego od niektórych z nieprawomocnie przypisanych mu czynów. Postąpienie przez Sąd odwoławczy w sposób przeciwny, poprzez dokonanie rzetelnej analizy, uwzględniającej w szczególności stanowiska przedstawiane w tym zakresie w doktrynie i orzecznictwie, co do sposobu interpretacji zawartego w art. 168b k.p.k. sformułowania „prokurator podejmuje decyzję”, uwzględniającego stwierdzone wątpliwości interpretacyjne, mogło doprowadzić do wydania w tym zakresie rozstrzygnięcia odmiennego co do istoty.

Z tego względu konieczne było uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu odwoławczego i przekazanie sprawy temu Sądowi o ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Ponownie rozpoznając środek odwoławczy Sąd Apelacyjny dokona rzetelnej kontroli tego środka, odnosząc się w szczególności - w sposób analityczny - do zarzutu apelacji oparcia rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji na dowodach wprowadzonych do procesu na skutek inicjatywy prokuratora, która nie przybrała formy tzw. zgody następczej, wymaganej zgodnie z treścią art. 168b k.p.k. W razie dojścia do wniosku o nieprawidłowości postąpienia prokuratora, Sąd dokona analizy, co do możliwości ewentualnej konwalidacji tego uchybienia na etapie postępowania odwoławczego.

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji.

