

UCHWAŁA

Dnia 26 kwietnia 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

Prezes SN Wiesław Kozielowicz

Protokolant inspektor sądowy Anna Tarasiuk

po rozpoznaniu na posiedzeniu, z wyłączeniem jawności, w Izbie Odpowiedzialności Zawodowej w dniu 19 kwietnia 2023 r. z udziałem A. M. - Prokuratora Regionalnego w S., A. B. - prokuratora Prokuratury Okręgowej w S. delegowanego do Prokuratury Regionalnej w S. oraz adwokata K. O. i W. S. - prokuratora Prokuratury Rejonowej [...] w W. - obrońców M. M. - prokuratora Prokuratury Rejonowej [...] w W., **wniosku** z dnia 1 grudnia 2022 r., sygn. akt [...], prokuratora Prokuratury Okręgowej delegowanego do Prokuratury Regionalnej [w S., o podjęcie uchwały w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej **M. M.** - prokuratora Prokuratury Rejonowej [...] w W. za to, że: w okresie od dnia 7 lipca 2020 r. do dnia 9 lipca 2020 r. w W., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia przez E. W. oraz M. D. korzyści osobistej, wyrażającej się w uzyskaniu dla swojej dalszej działalności publicznej przychylności osoby, pełniącej istotne funkcje publiczne na szczeblu [...] i politycznym, ubiegającej się w ówczesnym czasie o wybór na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, jako funkcjonariusz publiczny - Zastępca Prokuratury Rejonowej [...], będąc na podstawie art. 102 § 1 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze zobowiązaną do zachowania w tajemnicy okoliczności sprawy, o których powzięła wiadomość ze względu na swoje stanowisko prokuratora, nie dopełniła swoich obowiązków służbowych wynikających z powyższego przepisu, w ten sposób, że wbrew wyżej wskazanemu przepisowi ustawy i przyjętemu na siebie zobowiązaniu ujawniła informacje, z którymi zapoznała się w związku z wykonywaną pracą prokuratora, a dotyczące postępowania o sygnaturze [...] Prokuratury Rejonowej [...] w postaci:

- wyników badań krwi i moczu na obecność narkotyków i alkoholu, przeprowadzonych u podejrzanego,
- treści wyjaśnień podejrzanego i kwalifikacji prawnej przedstawionego mu zarzutu,
- treści przeprowadzanych w sprawie czynności dowodowych,
- treści uzupełniającej opinii toksykologicznej,
- treści zeznań świadka i charakteru relacji łączącej świadka z podejrzanym,
- terminu i przebiegu posiedzenia w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania,
- decyzji w przedmiocie wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, które M. M. uzyskała w związku z wykonywaniem czynności służbowych, a których ujawnienie mogło narazić na szkodę prawnie chroniony interes, przekazując je E. W. - prokuratorowi Prokuratury Rejonowej [...] w celu dalszego przekazania M. D., pełniącemu funkcję Dyrektora [...] oraz X.Y., Prezydentowi [...], czym działała na szkodę interesu publicznego wyrażającego się w ochronie tajemnicy postępowania przygotowawczego, tj. o czyn z art. 266 § 2 k.k. w zb. z art. 231 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k.

uchwalił:

1) odmówić zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej M. M. - prokuratora Prokuratury Rejonowej [...] w W. za wskazany we wniosku czyn;

2) kosztami postępowania obciążyć Skarb Państwa.

[SOP] [MT]

(PF)

UZASADNIENIE

Wnioskiem z dnia 1 grudnia 2022 r., sygn. akt [...], A. B. - prokurator Prokuratury Okręgowej S. delegowany do Prokuratury Regionalnej w S., zwróciła się do Sądu Najwyższego o podjęcie uchwały w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej **M. M.** – prokuratora Prokuratury Rejonowej [...] w W. za to, że:

w okresie od dnia 7 lipca 2020 r. do dnia 9 lipca 2020 r. w W., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia przez E. W. oraz M. D. korzyści osobistej, wyrażającej się w uzyskaniu dla swojej dalszej działalności publicznej przychylności osoby, pełniącej istotne funkcje publiczne na szczeblu [...] i politycznym, ubiegającej się w ówczesnym czasie o wybór na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, jako funkcjonariusz publiczny - Zastępca Prokuratora Rejonowego [...], będąc na podstawie art. 102 § 1 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze zobowiązaną do zachowania w tajemnicy okoliczności sprawy, o których powzięła wiadomość ze względu na swoje stanowisko prokuratora, nie dopełniła swoich obowiązków służbowych wynikających z powyższego przepisu w ten sposób, że wbrew wyżej wskazanemu przepisowi ustawy i przyjętemu na siebie zobowiązaniu ujawniła informacje, z którymi zapoznała się w związku z wykonywaną pracą prokuratora, a dotyczące postępowania o sygnaturze [...] Prokuratury Rejonowej [...] w postaci:

- wyników badań krwi i moczu na obecność narkotyków i alkoholu, przeprowadzonych u podejrzanego,
- treści wyjaśnień podejrzanego i kwalifikacji prawnej przedstawionego mu zarzutu,
- treści przeprowadzanych w sprawie czynności dowodowych,
- treści uzupełniającej opinii toksykologicznej,
- treści zeznań świadka i charakteru relacji łączącej świadka z podejrzanym,
- terminu i przebiegu posiedzenia w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania,
- decyzji w przedmiocie wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, które M. M. uzyskała w związku z wykonywaniem czynności służbowych, a których ujawnienie mogło narazić na szkodę prawnie chroniony interes, przekazując je E. W. - prokuratorowi Prokuratury Rejonowej [...] w celu dalszego przekazania M. D., pełniącemu funkcję Dyrektora [...] oraz X. Y., Prezydentowi [...], czym działała na szkodę interesu publicznego wyrażającego się w ochronie tajemnicy postępowania przygotowawczego, tj., o czyn z art. 266 § 2 k.k. w zb. z art. 231 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k.

Na posiedzeniu, odbywającym się z wyłączeniem jawności w dniu 19 kwietnia 2023 r., prokuratorzy A. M. i A. B. poparli wnioski z dnia 1 grudnia 2022 r. i wnieśli o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej M. M. – prokuratora Prokuratury Rejonowej [...] w W. za czyn opisany w tym wniosku. Natomiast obrońcy prokurator M. M. – adwokat K. M. i prokurator W. S. wnieśli o nie uwzględnienie wniosku.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Zgodnie z art. 135 § 6 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze – dalej powoływana jako p.p., Sąd Najwyższy w przedmiocie wniosku o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej orzeka na podstawie wniosku i dowodów załączonych przez wnioskodawcę, a tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach może przeprowadzić inne dowody. W realiach niniejszej sprawy Sąd Najwyższy nie widział potrzeby przeprowadzenia z urzędu dowodów, gdyż dowody i dane przedstawione przez wnioskodawcę tj. prokuratora Prokuratury Okręgowej w S. delegowanego o Prokuratury Regionalnej w S., pozwalały na dokonanie ustaleń w zakresie niezbędnym do rozpoznania wniosku. Potrzeba przeprowadzenia dowodu z urzędu w postępowaniu w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej powstaje bowiem jedynie wówczas, gdy dokonanie prawidłowych ustaleń uzależnione jest od dowodu o którym sąd powziął informację i którego przeprowadzenie jest w ogóle możliwe.

Rzeczywiście w Prokuraturze Rejonowej [...] nadzorowane było postępowanie o sygn. [...] dotyczące mającego miejsce w dniu 7 lipca 2020 r. w W. przy ul. [...] kierowania przez kierowcę autobusu linii [...] pod wpływem środka odurzającego, tj. o czyn z art. 178 a § 1 k.k.

Zdarzenie to było powszechnie komentowane, ponieważ dwa tygodnie wcześniej inny kierowca autobusu miejskiego w W. spowodował wypadek komunikacyjny w wyniku, którego jedna osoba poniosła śmierć. Ustalono, że kierowca autobusu był pod wpływem narkotyków i podejrzenie takie pojawiło się również co do kierowcy autobusu linii [...], który spowodował wypadek w dniu 7 lipca 2020 r. Pojawiające się w mediach komentarze odpowiedzialnością za

zaistniałą sytuację obciążały Prezydenta [...] X. Y., który zawarł z A. sp. z o.o. umowę na realizację przewozu autobusowego w W.

Z uwagi na zainteresowanie medialne M. D. - Dyrektor [...], wykorzystując swoją znajomość z prokurator E. W., w dniu 7 lipca 2020 r. wyraził za pośrednictwem komunikatora internetowego oczekiwanie, że E. W. niezwłocznie poinformuje go o ustaleniach śledztwa w postaci wyników przeprowadzonych u podejrzanego badań krwi i moczu na obecność narkotyków i alkoholu („E. muszę wiedzieć o krwi pierwszy. Znaczy po Tobie”), w odpowiedzi na co E. W. zadeklarowała: „będziesz”, Z uwagi na fakt, iż E. W. nie była referentem przedmiotowego postępowania, a było ono prowadzone w Prokuraturze Rejonowej [...], gdzie E. W. nie wykonywała czynności służbowych, skontaktowała się ona z M. M. - Zastępcą Prokuratora Rejonowego [...] z prośbą o informacje, których potrzebował M. D. („a tak serio M. zależy mi na inf o wynikach krwi. Top secret oczywiście. Da się?”). M. M. przekazała E. W. informacje o treści rozpytania kierowcy autobusu i wskazanej przez niego dacie zażycia substancji psychotropowej, informując, iż wyników badania krwi jeszcze nie ma („mówił, że brał w piątek. Wyników z krwi jeszcze nie ma.”). Uzyskiwane w ten sposób informacje E. W. przekazywała niezwłocznie M. D., jak też szczegółowe informacje o poczynionych ustaleniach dowodowych - o tym, iż podejrzany przed zatrzymaniem poinformował sms-em inną osobę o konieczności posprzątania mieszkania i usunięcia z niego narkotyków („zanim go zatrzymali - puścił smska do kolegi z którym mieszka żeby posprzątał mieszkanie”, „zabezpieczyli smsy — ale koleś pospuszczał towar w kiblu”), [...]. W dniu 8 lipca 2020 r. w godzinach porannych M. M. poinformowała E. W. o wynikach badań („czysty”), za co E. W. podziękowała jej słowami „[...] X.Y. jest Twoim dłużnikiem - a ja trzy razy bardziej”. Dalsza część korespondencji pomiędzy E. W. a M. M. dotyczyła kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego podejrzanemu. M. M. przekazała informację o sugerowanej kwalifikacji prawnej z art. 174 k.k., o zleceniu uzupełniającej opinii z badań krwi, a także o tym, jakiej treści wyjaśnienia złożył podejrzany: „źle zagrali, odmówił i zrobił z siebie idiotę nic nie wie o niczym nie ma pojęcia, zaprzeczył oczywistością”. Informowała o skierowaniu wniosku o tymczasowe aresztowanie, o terminie posiedzenia aresztowanego i obsadzie składu sędziowskiego.

Z analizy danych uzyskanych z systemów informatycznych Prokuratury Okręgowej w W. wynika, że E.W. nie miała uprawnień do uzyskiwania z systemów informatycznych danych dotyczących wyżej wskazanego postępowania.

Z uwagi na zainteresowanie opinii publicznej, już w dniu wypadku, to jest 7 lipca 2020 r., Policja, za pośrednictwem serwisu T., poinformowała o zatrzymaniu sprawcy wypadku na ul. [...], kierowcy autobusu linii [...], wynikach badania trzeźwości a także, iż użyty tester narkotykowy wskazał na obecność metaamfetaminy, jak też fakcie pobrania od niego do badań próbek krwi i moczu. Następnego dnia, czyli 8 lipca 2020 r., na stronie internetowej Prokuratury Okręgowej w W. ukazał się bardzo szczegółowy oficjalny komunikat prasowy o dotychczasowych ustaleniach w sprawie wypadku na ul. [...]. Tego samego dnia rzecznik prasowy Prokuratury Okręgowej w W. w trakcie wywiadu dla stacji [...], podał, że „opinia toksykologiczna wymaga doprecyzowania, jeśli chodzi o ilość stwierdzonych innych substancji, niż ta podana w komunikacie. Pewna jest natomiast obecność substancji, która jest pochodną mefedronu. Jej ilość natomiast nie jest taka, aby mówić o prowadzeniu „pod wpływem” substancji psychotropowej, czyli o przestępstwie. Ale tylko i wyłącznie o prowadzeniu w stanie „po użyciu” narkotyku” (por. [...]). Również tego samego dnia na konferencji Prokuratora Generalnego podano do publicznej wiadomości, że w mieszkaniu kierowcy autobusu linii [...] dokonano przeszukania i znaleziono pewne substancje wskazujące na to, że może to być amfetamina. Natomiast w dniu 9 lipca 2020 r. opinię publiczną poinformowano, iż Sąd Rejonowy [...] w W., nie uwzględnił wniosku prokuratora o zastosowanie wobec kierowcy autobusu linii [...] tymczasowego aresztowania ([...]).

Postępowanie przygotowawcze prowadzone przez Prokuraturę Rejonową [...] o sygnaturze [...] Prokuratury Rejonowej [...] zostało zakończone w dniu 27 sierpnia 2021 r. aktem oskarżenia przeciwko X1. Y1. (kierowcy autobusu linii [...]). Oskarżono go posiadanie substancji psychotropowej w postaci amfetaminy tj. czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a także sprowadzenie w dniu 7 lipca 2020 r. w W. bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy w ruchu lądowym tj. czyn z art. 174 § 1 kk.

W toku śledztwa przedstawiono M. D. zarzut popełnienia przestępstwa z art. 18 § 2 k.k. w zw. 266 § 2 k.k. w zb. z art. 231 § 2 k.k. w zb. z art. 18 § 2 k.k. w zw. 231 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k. w zw. z art. 212 k.k. Nie przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu i odmówił składania wyjaśnień. W doktrynie traktuje się rzetelność, jako jedną z zasad prawa dowodowego (R. Kmiecik, E. Skrętowicz, Prawo dowodowe. Zarys wykładu, Warszawa 2008, s. 94). W zdaniu odrębnym do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – dalej ETPC z dnia 12 lipca 1988 r. Schenk przeciwko Szwajcarii, skarga nr 1086/84, czterech sędziów Trybunału, słusznie podkreśliło, że żaden sąd nie może bez uszczerbku dla właściwego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości opierać się na dowodach, które zostały uzyskane nie tylko w sposób nierzetelny, lecz ponad wszystko bezprawnie. Jednakże np. w wyroku z dnia 23 września 2014 r., Cevat Soysal przeciwko Turcji, skarga nr 17362/03, ETPC uznał, że dowody uzyskane w drodze podsłuchu przeprowadzonego bez podstawy prawnej, mogą być uznane za dopuszczalne, bowiem ocena rzetelności postępowania dotyczy jego całości, a w wyroku z dnia 3 marca 2016 r. Prade przeciwko Niemcom, skarga nr 7215/10, ETPC, nie stwierdził naruszenia rzetelności postępowania w sytuacji wykorzystania dowodów uzyskanych w drodze przeprowadzenia przeszukania bez wystarczającej podstawy faktycznej, które później zostało uznane za nielegalne. ETPC nie sformułował też żadnej ogólnej zasady odnośnie wykorzystywania w procesie tzw. owoców zatrutego drzewa, czyli dowodów zgromadzonych zgodnie z przepisami procedury karnej, lecz na podstawie informacji pochodzących z wcześniej nielegalnej czynności dowodowej.

Podnieść przy tym należy, że w polskiej procedurze karnej nie obowiązuje reguła zakazu wykorzystywania w procesie „owoców zatrutego drzewa” (por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 14 listopada 2006 r., sygn. akt V KK 52/06, z dnia 30 października 2013 r., sygn. akt II KK 139/13 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. akt IV KK 346/15). Sformułował ją w 1939 r. Sędzia Sądu Najwyższego USA Felix Frankfurter w sprawie Nardone przeciwko USA. Zgodnie z nią dowody ujawnione dzięki dowodom bezpośrednio nielegalnym, jako „pośrednio skażone” nie mogą być wykorzystane w postępowaniu sądowym (Zb. Hołda, Z problematyki gwarancji procesowych podejrzanego w

światle konstytucji USA, Annales UMCS, Sectio G, Lublin 1983, s. 174). W przeszłości w zgłoszonym przez Prezydenta R. P. Lecha Wałęsę projekcie ustawy konstytucyjnej – Karta Praw i Wolności zaproponowano w art. 24 rozwiązanie, iż cyt. „nie jest dowodem informacja uzyskana bezpośrednio lub pośrednio w wyniku stosowania tortur, wymuszania, naruszenia nietykalności cielesnej lub psychicznej osoby, nielegalnej ingerencji w życie prywatne, w korespondencję lub środki telekomunikacyjne albo innego naruszenia prawa.” Zdecydowana większość polskiej doktryny prawniczej opowiada się za dopuszczalnością wykorzystania w postępowaniu karnym tzw. „dowodu pośrednio skażonego”, przez który rozumie się dowód uzyskany w wyniku przeprowadzenia innego dowodu – określonego jako tzw. dowód nielegalny. Tzw. dowód nielegalny, niektórzy nazywają go dowodem wadliwym, to dowód obarczony jednym z uchybień proceduralnych powodujących niedopuszczalność jego wykorzystania w procesie karnym. Wskazane uchybienia proceduralne mogą dotyczyć sytuacji uzyskania dowodu z nielegalnego źródła (gdy dowodzenie było niedopuszczalne), bądź na skutek nielegalnego sposobu pozyskania i przeprowadzenia dowodu. Niektórzy wskazują przy tym, iż biorąc pod uwagę unormowania prawa międzynarodowego oraz kierując się wyrażoną w k.p.k. zasadą lojalności (rzetelności) procesowej, należy wykluczyć tzw. „dowody pośrednio skażone”, które zostały uzyskane w wyniku tortur (M. Wąsek-Wiaderek, „Nemo se ipsum accusare tenetur” w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w: L. Gardocki, J. Godoń, M. Hudzik, L. Paprzycki (red.), Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne, Warszawa 2009, s. 196-197, wyrok z dnia 1 czerwca 2010 r. Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Gafgen przeciwko Republice Federalnej Niemiec, zam. M. Wąsek-Wiaderek, Przegląd Orzecznictwa Europejskiego dotyczącego Spraw Karnych 2010, nr 1-2, s. 17-21). Do dnia 30 czerwca 2015 r. nie było w k.p.k. zakazu dowodowego odnoszącego się bezpośrednio do dowodów pozyskanych z naruszeniem rygorów ustawowych. Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2013 r. poz. 1247, wprowadziła art. 168a w następującym brzmieniu: „Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art.

1 § 1 Kodeksu karnego”. Przepis obowiązywał od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r. W dniu 15 kwietnia 2016 r. weszła w życie nowelizacja, niejako „odwracająca” nowelizację obowiązującą od 1 lipca 2015 r. Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych praw, Dz.U. z 2016 r. poz. 437, nadano art. 168a następujące brzmienie: „Dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”. Obecnie zatem w obszarze postępowania karnego obowiązuje klauzula generalna zezwalająca na wykorzystywanie dowodów uzyskanych sprzecznie z prawem, nawet za pomocą przestępstwa, a od tej ogólnej reguły ustawodawca ustanowił wyjątek dotyczący jedynie dowodów uzyskanych przez funkcjonariuszy publicznych i to za pomocą najcięższych w istocie przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Nastąpiła zatem całkowita zmiana stanowiska ustawodawcy w zakresie dopuszczalności w sprawach karnych dowodów uzyskanych sprzecznie z prawem. Z wykładni literalnej art. 168a k.p.k. wynika, iż przepis ten wprawdzie nie stanowi nakazu wykorzystania dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem, ale dopuszczając je, legalizuje ich przeprowadzenie w procesie karnym. Wszystkie więc dowody uzyskane w ten sposób są (co do zasady) dopuszczalne, a sam fakt ich uzyskania w sposób niezgodny z przepisami postępowania i z prawem, w rozumieniu art. 1 § 1 k.k., nie stanowi obecnie podstawy do wyeliminowania ich z procesu. Dowód może zostać uznany za niedopuszczalny, jeżeli został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania karnego i ustaw szczególnych lub za pomocą czynu zabronionego przy jednoczesnym naruszeniu przepisów Konstytucji RP (np. przepisów art. 30, 47, 49 czy 51 Konstytucji RP). *Lege non distinguente* zakaz dowodowy z art. 168a k.p.k. dotyczy wszystkich środków dowodowych, a więc zarówno dowodów osobowych, jak i rzeczowych. Przyjmuje się, że przepis art. 168a k.p.k. obejmuje swoją dyspozycją zarówno „przeprowadzenie”, jak i „wykorzystanie” dowodu (rozumiane szeroko i wąsko). *Sensu largo* – jako

wykorzystanie dowodu jako podstawy do dokonywania ustaleń faktycznych, a także jako źródła informacyjnego o dalszych czy innych dowodach, nieobjętych już wprost zakazem dowodowym określonym w przepisie art. 168a k.p.k. *Sensu stricto* – jako wykorzystanie dowodu w sensie opierania na nim ustaleń faktycznych. Termin „wykorzystanie dowodu” należy odnieść do dowodów, które zostały już wprowadzone do procesu (a więc mogą stanowić podstawę orzekania zgodnie z art. 92 i 410 k.p.k.), tyle tylko, że z naruszeniem zakazu uregulowanego w tym przepisie, a więc wadliwe. W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się jednak, że, cyt. „zbieranie przez władze publiczne dowodów w sposób sprzeczny z ustawą i ich wykorzystywanie w postępowaniu karnym narusza zakazy wyrażone w art. 51 ust 2 i 4 Konstytucji RP, a ustanowione dla ochrony danych osobowych obywateli, a także pozbawia ochronę życie prywatne obywateli (art. 47 Konstytucji), ich wolność komunikowania się (art. 49 Konstytucji) oraz nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji)”(postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2010 r., III KK 152/10, LEX nr 741307). Natomiast w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów Sadu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. akt I KZP 4/18, odnoszącej się do wykładni przepisu art. 168b k.p.k., wprowadzonego wraz z nowym art. 168a k.p.k., wskazano, że konflikt pomiędzy zasadą legalizmu a zasadą poszanowania i ochrony wolności człowieka musi być rozwiązywany z poszanowaniem zasady proporcjonalności (art. 31 ust 3 Konstytucji RP).

Dowody zgromadzone w niniejszej sprawie, wymienione wyżej, zostały uzyskane zgodnie z przepisami polskiego prawa dowodowego. Dotyczy to również informacji uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej przez uprawnione do tego sądy (postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. II PKz – Pf – 2/2021 i z dnia 10 sierpnia 2021 r., sygn. IIPKz – Pf – 4/2021 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r., sygn. XVIIIK-opr 262/CBA/2021 i z dnia 22 września 2021 r., sygn. XK – opr373/CBA/2021). Podnieść w tym miejscu trzeba, że art. 17 ust. 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, czy art. 19 ust. 6 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, jak też przepisy normujące działalność innych służb ochrony porządku publicznego oraz służb specjalnych, opisują zasadniczo

rodzaje informacji lub danych, jakie mogą być pozyskiwane w trybie kontroli operacyjnej, a następnie wykorzystane jako dowody w postępowaniu karnym, nie wskazują środków technicznych, które miałyby zapewnić ich uzyskanie. Wydaje się, że w dobie szybkiego postępu technologicznego wyliczenie w ustawie takich środków technicznych nie jest możliwe. Przykładowo można wskazać rozwój w obszarze tzw. oprogramowań szpiegujących, nie wymagających współpracy z operatorem GSM, pozwalających poprzez „infekowanie telefonów”, na kopiowanie wysyłanych lub odbieranych wiadomości, zbieranie zdjęć, nagrywanie rozmów, aktywowanie mikrofonu aby podsłuchać rozmowy, uruchamianie kamery aby nagrywać to co dzieje się wokół danej osoby, umożliwiających dostęp do tzw. materiałów „historycznych”, czyli z okresu przed zainstalowaniem takiego oprogramowania, posiadających opcję „samozniszczenia”, czyli nie pozostawiających śladów w „zainfekowanym” urządzeniu (por. W. Koziulewicz, „Środek techniczny umożliwiający uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie” – kilka uwag o wykładni art. 19 ust.6 pkt 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, w: A. Pacha (red.), Nowoczesne systemy łączności i transmisji danych na rzecz bezpieczeństwa. Szanse i zagrożenia, Warszawa 2013, s. 940 – 952, Ł. Olejnik, A. Kurasiński, Filozofia cyberbezpieczeństwa. Jak zmienia się świat? Od złośliwego oprogramowania do cyberwojny, Warszawa 2022).

W myśl art. 135 § 5 p.p. Sąd Najwyższy wydaje uchwałę zezwalającą na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, jeżeli zachodzi dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przez niego przestępstwa. To oznacza, że materialna podstawa decyzji w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej jest w istocie tożsama z pojęciem użytym w art. 313 § 1 k.p.k. Na gruncie zaś wykładni tego przepisu k.p.k. wskazuje się, że wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów wymaga istnienia bardziej rozbudowanej faktycznej podstawy, niż ta, która wystarcza do wszczęcia śledztwa lub dochodzenia w rozumieniu art. 303 k.p.k. Poza uzasadnionym podejrzeniem popełnienia przestępstwa musi istnieć także dostatecznie uzasadnione podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba. W orzecznictwie Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego podkreśla się, że sformułowanie „dostatecznie uzasadnione

podejrzanie popełnienia przestępstwa” jest nieostre (niedookreślone), zatem ocena, czy spełniona została opisana nim przesłanka, zawsze zależy od konkretnych okoliczności sprawy (por. uchwała Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 18 października 2004 r., SNO 40/04, OSNSD 2004, Nr 2, poz. 33). Podejrzanie popełnienia przestępstwa musi być jednak w pełni uzasadnione, **nienasuwające żadnych istotnych wątpliwości ani zastrzeżeń, zarówno co do popełnienia czynu jak i zaistnienia wszystkich znamion konkretnego typu przestępstwa** (por. np. uchwały Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego: z dnia 8 maja 2007 r., SNO 21/07, OSNSD 2007, poz. 38, z dnia 27 stycznia 2009 r., SNO 95/08, OSNSD 2009, poz. 24, z dnia 20 lipca 2011 r., SNO 32/11, OSNSD 2011, poz. 41).

Kodeks karny nie podaje ustawowej definicji przestępstwa, można ją jednak wywieść z przepisów k.k., a przede wszystkim z art. 1 k.k., który określa podstawowe zasady odpowiedzialności karnej. Zatem przestępstwem jest czyn bezprawny zabroniony przez ustawę (stypizowany w ustawie), która obowiązuje w czasie jego popełnienia, pod groźbą kary (jako zbrodnia lub występki), zawiniony, którego stopień społecznej szkodliwości jest większy od znikomego (por. W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2010, s. 28 – 29, P. Kozłowska – Kalisz w: M. Mozgawa (red.), Prawo karne materialne. Część ogólna, Warszawa 2020, s. 165 – 190).

W środowisku prokuratorów, od dziesięcioleci, tolerowane jest wymienianie się ogólnymi, a czasem i szczegółowymi, informacjami dotyczącymi prowadzonych postępowań przygotowawczych, co niejednokrotnie powodowane jest potrzebą zasięgnięcia opinii innego prokuratora odnośnie problemów faktycznych i prawnych pojawiających się w prowadzonym, czy nadzorowanym postępowaniu. Jest to fakt notoryjny, co zwalnia od obowiązku przeprowadzenia specjalnego dowodu co do tej okoliczności i zobowiązuje Sąd Najwyższy do uwzględnienia tego faktu z urzędu. **Takie przekazywanie przez prokuratorów innym prokuratorom informacji, uzyskanych w związku z wykonywaniem przez nich czynności służbowych, jak się wydaje musi być akceptowane na zasadzie działania w granicach swoistego zwyczaju, czyli przyjętych w środowisku zawodowym prokuratorów reguł postępowania w tego rodzaju kwestiach.** Zatem, mimo, iż

formalnie prowadzenie takich rozmów pomiędzy prokuratorami na te tematy koliduje z literalnym odczytaniem zakazu ujawniania informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem czynności służbowych, jak i zawartego w art. 102 § 1 p.p. zobowiązania każdego prokuratora do zachowania w tajemnicy okoliczności sprawy, o których powziął wiadomość ze względu na swoje stanowisko, to jak się wydaje bezprawność takich zachowań prokuratorów jest wyłączona na zasadzie owego powszechnego, w środowisku prokuratorskim, zwyczaju. W doktrynie podkreśla się, że zwyczaj „posiada” prawotwórcze znaczenie w zakresie okoliczności wyłączających bezprawność, jako metoda rozwiązywania tej kolizji (por. M. Wróbel, Prawo zwyczajowe w krajach systemu prawa stanowionego w Europie – wybrane przykłady relacji z prawem oficjalnym, P*SiR* 2013, nr 22 s. 61, W. Wróbel, Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym, Kraków 2003, s. 178). **Wskazuje się, że zwyczaj może znaleźć zastosowanie w procesie wykładni, zwłaszcza w obszarze części szczególnej k.k., gdzie może oddziaływać na korzyść jednostki poprzez derogowanie, łagodzenie lub ograniczenie zakresu karalności zachowań naruszających nakazy i zakazy kryminalne** (por. J. Długosz, Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym, Warszawa 2016, s. 314).

Patrząc, z tej perspektywy, na zachowanie M. M. – prokuratora Prokuratury Rejonowej [...] w W. z ustalonego stanu faktycznego, wykraczające w realiach sprawy poza granice owego kontratypu, **nie można przyjąć, istnienia dostatecznie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przez nią tym przestępstwa z art. 266 § 2 k.k. w zb. z art. 231 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k.**, a jedynie podejrzenie popełnienia przewinienia dyscyplinarnego z art. 137 § 1 pkt 5 p.p. Tym samym, wobec nie spełnienia tej przesłanki z art. 135 § 5 p.p. brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku z dnia 1 grudnia 2022 r., sygn. akt 2009-1Ds.6.2022.

Ustalenie Sądu Najwyższego, co do tego, że rozmowy w dniach 7 – 9 lipca 2020 r. pomiędzy prokurator E. W. a prokurator M. M. dotyczące danych z prowadzonego w Prokuraturze Rejonowej [...] postępowania o sygn. [...], nie są objęte wspomnianym kontratypem zwyczaju, nie oznacza niejako automatycznie, istnienia w realiach sprawy dostatecznie uzasadnionego podejrzenia wypełnienia

tym przez prokurator M. M. znamion czynów zabronionych z art. 266 § 2 k.k. i art. 231 § 2 k.k. Poza sporem jest, że bezpośrednim przedmiotem ochrony art. 266 k.k. są określone interesy, które mogą być naruszone przez ujawnienie lub wykorzystanie informacji wymienionych w tym przepisie. Nie chodzi tu bowiem o ochronę informacji (tajemnicy) jako dobra abstrakcyjnego, samego w sobie, lecz o ochronę interesów tą informacją (tajemnicą) osłanianych. Interesy te mogą mieć zakres szerszy lub węższy, a ich dokładniejsze sprecyzowanie możliwe jest jedynie na tle każdego konkretnego przypadku naruszenia tajemnicy. W zakresie drugiej części przepisu art. 266 § 2 k.k. chodzi o informację niejawną uzyskaną przez sprawcę - funkcjonariusza publicznego, w związku z wykonywaniem czynności służbowych, której ujawnienie może narazić na szkodę prawnie chroniony interes.

Przez pojęcie możliwości narażenia na szkodę prawnie chronionego interesu należy rozumieć możliwość narażenia na konkretną szkodę, a nie abstrakcyjną (por. B. Kunicka – Michalska, w: L. Gardocki (red.), System Prawa Karnego. Tom 8. Przepisy przeciwko państwu i dobrom zbiorowym, Warszawa 2018, s. 970 – 1000). Z kolei niewątpliwym jest też, iż działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, jako element strony przedmiotowej przestępstwa z art. 231 § 2 k.k., zachodzi wtedy, gdy z zachowania funkcjonariusza publicznego może powstać szkoda w chronionym prawnie dobrze publicznym lub prywatnym. Sformułowanie „działa na szkodę”, jest zbliżone do zwrotu „powoduje szkodę” (por. R. Sarkowicz, Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.), Kraków 1989, s. 76). W najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje pogląd, że zwrot „działa na szkodę” wskazuje na skutkowy charakter tego przestępstwa. Jest to zatem przestępstwo należące do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamienych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym (por. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. akt I KZP 24/12, OSNKW 2013, nr 2, poz. 12, czy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt II KK 96/13, Legalis). Trzeba też zwrócić uwagę na względność pojęcia „niebezpieczeństwa”, która wynika z względności hierarchii wartości i opartych na niej ocen skutku. O tym czy dany skutek jest negatywny czy pozytywny

decyduje ocena wpływająca z systemu wartości przyjętego przez podmiot oceniający (por. A. Spotowski, Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym, Warszawa 1990, s. 20). **Nie budzi wątpliwości, że postępowanie przygotowawcze o sygn. [...], prowadzone w Prokuraturze Rejonowej [...]** toczyło się w dniach 7 – 9 lipca 2020 r., można powiedzieć „przy otwartej kurtynie”, gdyż zarówno służby prasowe Policji, jak i Prokuratury Okręgowej w W., podały w tych dniach opinii publicznej wiele szczegółowych informacji z tego postępowania, wśród nich i te które prokurator M. M. przekazała w tych dniach swojej koleżance prokurator E. W. Nie utrudniło to w żaden sposób tego postępowania, które przecież zakończyło się wniesieniem w 2021 r. aktu oskarżenia przeciwko X1. Y1. (kierowcy autobusu linii [...]). Z ustalonych w niniejszej sprawie okoliczności, nie da się wyprowadzić **dającego się obronić wniosku**, iż rozmawiając w dniach 7 – 9 lipca 2020 r. z prokurator E. W. i przekazując jej, podane wyżej dane i informacje z postępowania przygotowawczego o sygn. [...], prokurator M. M. naraziła na **konkretną** szkodę prowadzone postępowanie przygotowawcze, czy na **konkretną** szkodę jakiegokolwiek dobra prawne osób występujących w tym postępowaniu.

Gdyby jednak z ustalonych w niniejszej sprawie okoliczności wyprowadzić odmienny pogląd, a mianowicie, że jednak doszło do wypełnienia również znamienia ujętego w drugiej części przepisu art. 266 § 2 k.k, jak też znamienia „działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego” z art. 231 k.k., to i tak, w realiach sprawy, brak byłoby podstaw do uwzględnienia wniosku z dnia 1 grudnia 2022 r., sygn. akt [...], o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej M. M. – prokuratora Prokuratury Rejonowej [...] w W.

Otóż, jak wyżej wspomniano, bezprawny czyn zabroniony i zawiniony jest przestępstwem wówczas gdy jego stopień społecznej szkodliwości jest większy od znikomego (por. art. 1 § 2 k.k.). W uchwale z dnia 28 listopada 2002 r., SNO 41/02, OSNSD 2002, nr 1 – 2, poz. 43, Sąd Najwyższy – Sąd Dyscyplinarny wyraził pogląd, że ocena stopnia społecznej szkodliwości czynów zarzucanych sędziemu, co do których złożono wnioski o zezwolenie na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej, pozostaje poza zakresem kognicji sądu dyscyplinarnego. Zagadnienie to, istotne z punktu widzenia oceny, czy zarzucane zachowanie

stanowi przestępstwa (art. 1 § 2 k.k.), podlega analizie w toku postępowania karnego. Analizowanie zaś tego w toku postępowania w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej byłoby, według tego poglądu, niezgodne z funkcją immunitetu sędziowskiego, którego zadaniem jest uchronienie sędziego od szykan ze strony organów ścigania. Podobnie rozstrzygnięto w uchwale Sądu Najwyższego – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 11 marca 2003 r., SNO 9/03, OSNSD 2003, nr 1, poz.7. Sąd Najwyższy, w składzie orzekającym w niniejszej sprawie nie podziela tego poglądu, gdyż uważa ten pogląd za błędny. Opowiada się za dominującym w orzecznictwie sądów dyscyplinarnych stanowiskiem, że obowiązkiem sądów dyscyplinarnych – przed podjęciem uchwały zezwalającej na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej – jest rozważenie, czy zgromadzone dowody dostatecznie uzasadniają popełnienie przez niego przestępstwa, **a w tym, czy stopień społecznej szkodliwości popełnionego czynu zabronionego jest wyższy od znikomego** (por. uchwała Sądu Dyscyplinarnego z dnia 18 marca 1998 r., sygn. akt SD 5/97 – powołana w: W. Koziulewicz, Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz, Warszawa 2005, s. 60 – 61, uchwały Sądu Najwyższego-Sądu Dyscyplinarnego: z dnia 8 maja 2002 r., SNO 8/02, OSNKW 2002, z. 9-10, poz. 85, z dnia 27 czerwca 2002 r., SNO 19/02, OSNSD 2002, nr 1 – 2, poz. 25, z dnia 13 stycznia 2003 r., sygn. akt SNO 53/02, OSNSD 2003, nr 1, poz. 16, z dnia 6 czerwca 2003 r., sygn. akt SNO 25/03, OSNSD, nr 1, poz. 38, z dnia 10 maja 2005 r., sygn. akt SNO 15/06, OSNSD 2006, poz. 33, z dnia 30 czerwca 2009 r., sygn. akt SNO 31/09, OSNSD 2009, poz. 59, z dnia 17 września 2010 r., sygn. akt SNO 40/10, OSNSD 2010, poz. 48, z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. akt SNO 54/10, OSNSD 2011, poz. 9, z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt SNO 13/15, OSNSD 2016, poz. 23).

W uchwale z dnia 13 grudnia 2002 r., SNO 47/0, Sąd Najwyższy – Sąd Dyscyplinarny trafnie wywiódł, że odwołanie się do art. 1 § 2 k.k. wymaga wskazania, że przepis ten znajduje zastosowanie do czynu, który wyczerpuje znamiona określone w ustawie karnej, jednakże nie stanowi on przestępstwa, gdy społeczna szkodliwość zarzucanego czynu jest znikoma. Chodzi zatem o czyn zupełnie błahy, czy mało znaczący i dlatego jako niezawierający w sobie w ogóle ujemnej społecznie treści lub znikomą szkodliwość, niepodlegający represji karno-

sądowej, **co oczywiście nie wyklucza napiętnowania i odpowiedzialności w innym postępowaniu**. Zatem kwestia braku społecznej szkodliwości czynu lub znikomości społecznej szkodliwości – zarzucanego sędziemu – czynu może być badana dopiero po stwierdzeniu, że ten czyn wypełnia wszystkie ustawowe znamiona czynu zabronionego. Jeżeli w toku badania i ustalania, okaże się, że dany czyn w ogóle nie naraża dobra prawnie chronionego, to wówczas należy uznać, że nie zawiera on znamion czynu zabronionego.

Nie ma żadnych przekonujących racji, aby wypracowany w orzecznictwie Sądu Najwyższego, na gruncie postępowań w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, pogląd, że obowiązkiem sądu dyscyplinarnego jest w ramach rozważenia, czy zgromadzone dowody dostatecznie uzasadniają podejrzenie popełnienia przez sędziego przestępstwa, również ustalenie, czy stopień społecznej szkodliwości popełnionego czynu zabronionego jest wyższy od znikomego, nie był stosowany w prowadzonych przed sądem dyscyplinarnym postępowaniach o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej.

Zdaniem Sądu Najwyższego, dokonana, z punktu widzenia czynników art. 115 § 3 k.k., ocena stopnia społecznej szkodliwości, nierozważnego, wykraczającego poza przyjęty wyżej kontratyp, zachowania prokurator M. M. nie pozwala na przyjęcie, iż cechuje się ono stopniem społecznej szkodliwości wyższym niż znikomy. Przemawia za tym, w realiach sprawy: 1) minimalny zakres naruszenia dobra prawnego jakim jest ochrona informacji w których posiadanie wszedł funkcjonariusz publiczny w związku z wykonywaniem czynności służbowych, 2) przekazanie informacji koleżance prokurator, na której też ciążył przecież prawny obowiązek dyskrecji, a podane informacje, jak się okazało trafiły do osoby zajmującej się w Urzędzie [...] sprawami [...], 3) przekazywane w dniach 7 – 9 lipca 2020 r., przez prokurator M. M. informacje, w większości, również w tych dniach były podawane do wiadomości opinii publicznej, 4) nie spowodowanie swoimi działaniami utrudnień w prowadzonym postępowaniu przygotowawczym w sprawie o sygn. [...] Prokuratury Rejonowej [...] w W.

Oczywiście ta ocena co do znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu, nie eliminuje ewentualnej odpowiedzialności dyscyplinarnej prokurator M. M. za ustalone w niniejszym postępowaniu przekazywanie danych i informacji z postępowania przygotowawczego w trakcie jej rozmów z prokurator E. W. w dniach 7 – 9 lipca 2020 r. (por. art. 18 § 2 k.p.k.).

Kierując się przedstawionymi motywami Sąd Najwyższy rozstrzygnął jak w uchwale.

[M. T.]

(PF)