

Sygn. akt **XI Ka 120/17**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 kwietnia 2017r.

Sąd Okręgowy w Lublinie XI Wydział Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Artur Achrymowicz (spr.)

Sędziowie SO Dorota Dobrzańska

SO Krzysztof Wojtaszek

p.o. Protokolanta Wojciech Czajkowski

przy udziale Prokuratora Michała Blajerskiego

po rozpoznaniu dnia 13 kwietnia 2017r.

sprawy **M. B. (1)** urodzonego (...) w C. s. E. i W.

z d. Z.

oskarżonego o czyn z art. 231 § 1 k.k. i art. 266 § 2 k.k. i innych

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Rejonowego w Chełmie

z dnia 26 października 2016r. sygn. akt **II K 450/15**

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Dorota Dobrzańska Artur Achrymowicz Krzysztof Wojtaszek

**XI Ka 120/17**

## UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy uniewinnił oskarżonego od czynu zakwalifikowanego w akcie oskarżenia z art. 231 § 1 k.k. w zb. z art. 266 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Prokurator, zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przez przyjęcie, wbrew treści wyjaśnień oskarżonego, że nie ujawnił on objętej zarzutem informacji;
2. obrazę art. 9e ust. 1 pkt 6 i ust. 16 ustawy z dn. 12.10.1990 r. o Straży Granicznej w zw. z art. 7, art. 170 § 1 pkt 1 i art. 410 K.p.k. przez nieprzeprowadzenie dowodów wnioskowanych dn. 30.8.2016r.

wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Zarzut błędu w ustaleniach jest niewątpliwie trafny.

Otóż Sąd Rejonowy dał wiarę wyjaśnieniom oskarżonego, nie czyniąc w uzasadnieniu zastrzeżenia, że dotyczy to tylko jakiejś ich części, a zatem – w całości. Natomiast co do zasadniczej dla rozstrzygnięcia okoliczności, tj. przekazania M. B. informacji, były one na różnych etapach postępowania zasadniczo sprzeczne. Mianowicie – wbrew mniemaniu Sądu I instancji wyrażonemu w I z akapitów poświęconych ich zrelacjonowaniu i ocenie (k. 850v) – w trakcie przesłuchania dn. 24.7.2012 r. (k. 515) oskarżony podał nie tylko, że M. B. „wypytywał o samochody zaparkowane na terenie siedziby oddziału” oraz twierdził, że nie orientował się do czego M. B. były te informacje potrzebne, a przy tym nie wiedział kto jeździ tymi autami i że należą one do (...), nadto opisał stan swego ówczesnego samopoczucia, ale także podał wprost: „przekazywałem mu w trakcie tej rozmowy informacje o samochodach”, zaznaczając „nie miałem poczucia, że postępuję nieprawidłowo”. Oczywiście jest przy tym, że wypowiedzi te należy odczytywać w kontekście treści postawionego wówczas M. B. zarzutu oraz poprzedzającego je stwierdzenia „... B. wypytuje mnie o /.../ samochody i ich rejestracje”. Co charakterystyczne i wymowne, na rozprawie oskarżony nie potwierdził wyjaśnień z k. 515 nie dlatego, by ich treść miała być niezgodna z prawdą, lecz jedynie z uwagi na przekonanie, iż nagranie było nielegalne (wersy 4-8 wyjaśnień na k. 740).

Skoro zaś wyjaśnienia z k. 515 były dla Sądu Rejonowego wiarygodne, to ustalenie, że oskarżony nie przekazał informacji objętych zarzutem, jako z nimi sprzeczne, jest błędne w rozumieniu art. 438 pkt 3 K.p.k.

Już tylko powyższa konstatacja doprowadzić musiała do uchylenia wyroku.

W świetle fundamentalnej rozbieżności pomiędzy cytowanym stwierdzeniem z k. 515, a pozostałymi wyjaśnieniami, w których oskarżony zaprzeczał przyznanej wówczas okoliczności, stwierdzić wypada, iż niejako na przedpolu kwestionowanych w apelacji ustaleń faktycznych, tj. jeszcze na etapie analizy i oceny wiarygodności materiału dowodowego, doszło do naruszenia zasad prawidłowego rozumowania, o których mowa w art. 7 K.p.k. Nie sposób przecież jednocześnie uznać za wiarygodne twierdzenie oskarżonego o przekazaniu M. B. informacji i zaprzeczenie.

Notabene przeprowadzenie dowodu z wyjaśnień na k. 515 (k. 740) i uznanie także ich za podstawę ustaleń (k. 850) w istocie pozostaje w sprzeczności z – kwestionowanym w 2. z zarzutów apelacji – poglądem Sądu Rejonowego, iż „nie jest możliwe wprowadzenie treści rozmów zarejestrowanych pomiędzy oskarżonym a M. B. (4) w dniu 26 maja 2011 roku do niniejszego postępowania i to bez względu na formę”, „Istotna jest treść /.../ rozmów, lecz /.../ nie jest możliwe ich wykorzystanie”, „nie jest możliwe przesłuchanie wskazanych świadków na okoliczność treści rozmów telefonicznych” (postanowienie na k. 841v-842 / i uzasadnienie wyroku w 2. Zd. II akapitu na k. 854v). Wszak odczytanie wyjaśnień z k. 515 to nic innego niż właśnie „wprowadzenie treści rozmów zarejestrowanych pomiędzy oskarżonym a M. B. (4) w dniu 26 maja 2011 roku do niniejszego postępowania”.

Będący przedmiotem rozważań Sądu Rejonowego zakaz dowodowy ogranicza – w imię poszanowania prywatności oskarżonego – możliwość poczynienia ustaleń prawdziwych w rozumieniu art. 2 § 2 K.p.k. a jest to przecież zasadniczym celem postępowania. Nie wydaje się przy tym, by wzajemna relacja z jednej strony tajemnicy komunikacji telefonicznej oskarżonego, z drugiej zaś – dobra wymiaru sprawiedliwości oraz hierarchia związanych z nimi wartości, mogła na gruncie „konstytucyjnych” rozważań Sądu Rejonowego (k. 854v.) prowadzić do konkluzji, iż dobro wymiaru sprawiedliwości i interes państwa w ściganiu przestępstw związanych z ochroną jego granic i interesów ekonomicznych, a także interesów ekonomicznych Unii Europejskiej, winny ustępować przed interesem oskarżonego polegającym na poszanowaniu jego prywatności w zakresie kontaktów telefonicznych.

Zatem nie tylko literalne brzmienie przepisów, ale i względy aksjologiczne wskazują, że zakaz ten nie powinien być przez organy procesowe interpretowany rozszerzająco, a zwłaszcza rozciągany na dowody pochodne, tj. przeprowadzone na podstawie informacji uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, bowiem ich nie dotyczy.

Sąd Rejonowy nie wyjaśnił zresztą w żaden sposób dlaczego „nie jest możliwe przesłuchanie wskazanych świadków na okoliczność treści rozmów telefonicznych” (k. 842) i z czego wyprowadził przekonanie o niedopuszczalności

„ustalenia treści rozmowy M. B. (1) i M. B. (4) ujawnionej w toku tej kontroli innymi środkami dowodowymi”. Trudno za takie wyjaśnienie uznać lakoniczne i arbitralne stwierdzenie „Prowadziłyby to bowiem do ominięcia zakazu dowodowego” (k. 854v.). Wypadało by wszak uzasadnić dlaczego owo „ominięcie” jest wykluczone, gdyż nie wynika to przecież z żadnego przepisu i nie jest oczywiste.

W szczególności, w nawiązaniu do ostatniego z cytowanych zdań, wskazać należy, iż co do zasady zakazy dowodowe nie służą przecież temu, by organy procesowe nie uzyskały wiedzy o istotnych okolicznościach przestępstwa, lecz temu wyłącznie, by sposób pozyskania tej wiedzy nie naruszał niewspółmiernie do interesu państwa w ściganiu przestępców podstawowych praw podmiotowych, swobód i wolności. Z pewnością zaś prawa oskarżonego do prywatności ani do obrony (zwłaszcza, gdy wyjaśnienia składał w obecności obrońcy) nie naruszało jego stwierdzenie „przekazywałem mu w trakcie tej rozmowy informacje o samochodach” (k. 515). Nie było ono też złożone w warunkach, o jakich mowa w art. 171 § 7 K.p.k.

Nie zatem dostatecznych racji, by a priori za niedopuszczalne uznać odtworzenie przebiegu rozmowy za pomocą dowodów pośrednich. Stanowisko to determinuje zaś stwierdzenie, iż w toku postępowania w I instancji doszło do, mogącego mieć oczywisty wpływ na treść wyroku, naruszenia art. 170 § 1 pkt 1 K.p.k.

Z kolei w odniesieniu do objętego zarzutem apelacji pominięcia bezpośredniego dowodu z nagrania rozmowy oskarżonego wskazać należy, iż obszernie rozważania na gruncie art. 9e ust. 16a i 16c ustawy o Straży Granicznej oraz art. 168b K.p.k. i art. 237a K.p.k. jawią się jako nieco bezprzedmiotowe, jeśli nie uwzględni się chronologii zdarzeń prawnych w postaci: przeprowadzenia kontroli operacyjnej, pozyskania dowodu i wprowadzenia go do procesu oraz – o czym wspomniał Sąd Rejonowy (k. 853) – zmian stanu prawnego w kwestii jego dopuszczalności, jednakże przy uwzględnieniu – co już pozostało poza zakresem zainteresowania Sądu – normatywnej przesłanki w postaci zasady, iż czynności przeprowadzone uprzednio, stosownie do przepisów wówczas obowiązujących, także po ich zmianie wciąż pozostają skuteczne, zaś – wobec braku odmiennego zastrzeżenia noweli – zmieniona regulacja z chwilą wejścia w życie znajduje zastosowanie także do spraw będących już w toku.

Ustawa z dn. 4.2.2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, której art. 4 modyfikował ustawę o Straży Granicznej, nie zawierała przepisów intertemporalnych.

Natomiast przepisy intertemporalne noweli K.p.k. z dn. 11.3.2016 r., której art. 5 stanowił, że w art. 9e ustawy o SG uchyla się ust. 16a-16e, wprost odnoszą się jedynie do postępowań sądowych wszczętych po dn. 30.6.2015r., nakazując – zapewne ze względów gwarancyjnych – stosowanie w nich w dalszym ciągu obowiązującego wówczas, korzystniejszego z punktów widzenia obrony, brzmienia art. 168a K.p.k. Brak odrębnej regulacji i podobnego wyłączenia co do postępowań sądowych wszczętych przed dn. 1.7.2015 r. wskazuje na obowiązywanie w ich dalszym toku aktualnej regulacji. Art. 21 stanowi zaś, by „W razie wątpliwości, czy stosować prawo dotychczasowe, czy przepisy niniejszej ustawy, stosuje się przepisy niniejszej ustawy”.

Tak więc, dla prawidłowej oceny czy dowód w postaci nagrania był w toku śledztwa i nadal może być wykorzystywany legalnie, niezbędną będzie weryfikacja daty wprowadzenia go do procesu. Jeśli bowiem nastąpiło to przed 11 czerwca 2011 r., to nie znajdowały do niego zastosowania ograniczenia wprowadzone dopiero z tą datą w art. 9e ust. 16a i 16c ustawy o SG. Nie chodzi przy tym jedynie o konieczność uzyskania tzw. zgody następczej, ale przede wszystkim o to, że wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej stało się dopuszczalne wyłącznie w odniesieniu do przestępstwa, w stosunku do którego – jak stanowił ust. 16a – „jest dopuszczalne stosowanie takiej kontroli” i – jak ujmował to ust. 16c – „można zarządzić kontrolę operacyjną”. Z pewnością zaś nie było to dopuszczalne i nie można było zarządzić jej co do czynu z art. 266 § 2 K.k.

Jakkolwiek Sąd Okręgowy podziela pogląd Sądu Rejonowego o formalnej niedopuszczalności rozszerzenia kwalifikacji prawnej z uwagi na kierunek uprzedniego zaskarżenia, to jednak wskazać należy, iż rozważania na gruncie art. 443 K.p.k. (2 pierwsze akapity części uzasadnienia wyroku poświęconej ocenie prawnej na k. 851 oraz II akapit na 7 str. apelacji) są w istocie bezprzedmiotowe, gdyż pierwotną przyczyną, dla której kwalifikacja z zastosowaniem art. 231 § 1 K.k. nie wchodzi w grę, jest fakt, iż art. 266 § 2 K.k. stanowi dlań *lex specialis*. Stwierdzenie to prowadzi zaś do

wniosku, że (niezależnie od kwalifikacji zastosowanej na etapie śledztwa) czyn objęty zarzutem aktu oskarżenia nie stanowił przestępstwa, o którym mowa w art. 9e ust. 1 pkt 6 ustawy o SG. Oznacza to, iż od dn. 11.6.2011 r. co do czynu zarzucanego oskarżonemu nie było w ogóle możliwym wydanie tzw. zgody następczej.

Omówiona wyżej regulacja art. 9e ust. 16a i 16c obowiązywała do dn. 15.4.2016 r. zaś w aktualnym stanie prawnym możliwość wykorzystania przedmiotowego nagrania zależna jest od decyzji prokuratora. Ustawa nie stawia przy tym żadnych wymogów co formy owej decyzji. Gdyby zatem Sąd Rejonowy uznał, że na gruncie przepisów obowiązujących przed dn. 11.6.2011 r. nie nastąpiło legalne wprowadzenie tego dowodu do procesu, to rozważyć powinien, czy wszystkie dotychczasowe czynności prokuratorskie, poczynając od owego faktycznego wprowadzenia, a na akcie oskarżenia kończąc, nie spełniały kryteriów tego rodzaju decyzji.

Nie sposób, co prawda, nie dostrzec, iż w odniesieniu do sytuacji wymienionych w art. 168b K.p.k. (i analogicznie w art. 237a K.p.k.) realizacja dyrektywy art. 49 Konstytucji, dającego w pierwszym zdaniu gwarancję wolności i tajemnicy komunikowania się, a w drugim stanowiącego, że ich „ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony” wydaje się iluzoryczna. Trudno wszak uznać ograniczenie możliwości wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej co do innego czynu, czy osoby, do potencjalnie każdego „przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego” za określenie w ustawie – jak wymaga tego art. 49 zd. 2 Konstytucji – przypadków, kiedy wykorzystanie takie jest możliwe. Co więcej, choć wymienione przepisy K.p.k. określają sposób owego ograniczenia tajemnicy komunikacji, to jednak przyjęcie, iż „prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym”, zdaje się naruszać art. 175 ust. 1 Konstytucji, który nie wymienia tego organu wśród sprawujących wymiar sprawiedliwości. Skoro bowiem to prokurator miałby arbitralnie decydować o wykorzystaniu danego dowodu, i to nie jedynie na etapie postępowania przygotowawczego, lecz w toku całego procesu, to tym samym niejako determinowałby zakres postępowania dowodowego także w fazie jurysdykcyjnej. Niepodobna jednak, nawet bez odwoływania się do Konstytucji, stan taki zaakceptować. Nie do przyjęcia byłoby, aby wyprowadzać z treści art. 168b (i – odpowiednio – art. 237a K.p.k.) wniosek, że to prokurator definitywnie przesądza o dopuszczalności korzystania przez sąd z dowodu uzyskanego w drodze kontroli operacyjnej. Uznać zatem wypada, że na etapie postępowania sądowego prokurator może jedynie postulować przeprowadzenie takiego, wykorzystanego we wcześniejszej fazie postępowania, dowodu, zaś do sądu należeć będzie ocena takiego wniosku na gruncie art. 170 § 1 pkt 1 K.p.k.

Ubocznie zaznaczyć wypada, iż prerogatywa prokuratora określona w art. 237a K.p.k. odnosi się jedynie do dowodów dotyczących przestępstw skatalogowanych w art. 237 § 3 K.p.k., a nie uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej prowadzonej na podstawie przepisów szczególnych, więc przepis ten (rozważany przez Sąd Rejonowy w uzasadnieniu na k. 854) nie znajdzie w sprawie niniejszej zastosowania.

Jeśli natomiast Sąd Rejonowy dojdzie do przekonania, że brak jest dostatecznych przesłanek dla przyjęcia, iż doszło do wydania przez prokuratora decyzji, o jakiej mowa w art. 168b K.p.k., to – nawet przyjmując, iż posługiwanie się tym dowodem w śledztwie było nieuprawnione – celem rozważenia dopuszczalności wykorzystania dowodu z nagrania, sięgnąć ostatecznie wypadnie po normę zawartą w art. 168a K.p.k., którego aktualnego brzmienia (obowiązującego już pół roku przed wydaniem wyroku) Sąd I instancji nie uwzględnił.

W świetle omówionych uchybień, z uwagi na dyspozycję art. 454 § 1 K.p.k. z góry wykluczającą jedno z potencjalnych rozstrzygnięć, merytoryczne rozpoznanie sprawy wykraczało poza kompetencje orzecznicze sądu odwoławczego, co z kolei sprawiło, że koniecznym stało się uchylenie wyroku.

Z zamieszczonych wyżej wywodów i następującej po nich konstatacji w sposób wystarczająco klarowny wynika zaś stanowisko Sądu Okręgowego co do przesłanek decyzji Sądu Rejonowego w kwestii zakresu postępowania dowodowego przy ponownym rozpoznaniu sprawy.

Rzeczą Sądu I instancji będzie zatem rozważenie (z uwzględnieniem powyższych zapatrywań) wniosków dowodowych, a po przeprowadzeniu postępowania – dokonanie kompleksowej oceny dowodów i wyprowadzenie z ich treści ustaleń co do przebiegu zdarzenia.

***Dorota Dobrzańska Artur Achrymowicz Krzysztof Wojtaszek***