

Dnia 21 sierpnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w W:

II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wojciech Kociubiński

Sędziowie: SSA Bogusław Tocicki

SSO del. do SA Piotr Kaczmarek (spr.)

Protokolant: Anna Turek

rozpoznał sprawę **M. Z.** oskarżonego o przestępstwo z art. 55 ust. 1 i 3 i art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk,

G. P., oskarżonego o przestępstwo z art. 55 ust. 1 i 3 i art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk,

A. E. oskarżonego o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk, oraz przestępstwo skarbowe z art. 65 § 1 i 3 kks w zw. z art. 6 § 2 kks,

P. D., oskarżonego o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk, oraz przestępstwo skarbowe z art. 65 § 1 i 3 kks w zw. z art. 6 § 2 kks,

D. D., oskarżonego o przestępstwa z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk, 271 § 1 kk w zw. z art. 12 kk,

M. R., oskarżonego o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk,

J. K., oskarżonego o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk,

A. E. oskarżonej o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk,

P. M., oskarżonej o przestępstwo z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 12 kk,

B. K., oskarżonego o przestępstwa z art. 62 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk,

A. S., oskarżonego o przestępstwo z art. 62 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii,

apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych M R , J: K D .
D , M: Z P D: , A E , G : P: oskarżyciela
publicznego
od wyroku Sąd Okręgowego w L z 15 stycznia 2015r. w sprawie

Sąd postanowił:

na podstawie art. 441 § 1 kpk przekazać Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne następującej treści:

Czy dopuszczalnym w procesie karnym jest dowód z materiałów z kontroli operacyjnej, o której mowa w art. 19 ust. 1 lub 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz.U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.), objętej zgodą sądu wyrażoną w postanowieniu wydanym na podstawie art.19 ust.1 lub 3 ustawy o policji, po rozpoznaniu wniosku zastępcy Komendanta Głównego Policji .

Uzasadnienie

Powyższe zagadnienie prawne wyłoniło się w następującym układzie procesowym. Oskarżyciel publiczny – prokurator Prokuratury Okręgowej skierował do Sądu Okręgowego w L akt oskarżenia przeciwko:

1. M: Z , o przestępstwo z art. 55 ust. 1 i 3 i art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk,
2. G P o przestępstwo z art. 55 ust. 1 i 3 i art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk,
3. A E o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk, oraz przestępstwo skarbowe z art. 65 § 1 i 3 kks w zw. z art. 6 § 2 kks,
4. P D , o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk, oraz przestępstwo skarbowe z art. 65 § 1 i 3 kks w zw. z art. 6 § 2 kks,
5. D D o przestępstwa z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk, 271 § 1 kk w zw. z art. 12 kk,
6. M: R o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk,
7. J: K , o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk,
8. A E o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i art. 65 § 1 kk,
9. P M o przestępstwo z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zast. art. 12 kk,
10. B K , o przestępstwa z art. 62 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk,
11. A S o przestępstwo z art. 62 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii,

Wyrokiem z 15 stycznia 2015r. sygn. akt . Sąd Okręgowy w L : uznał:

1. oskarżonego M i Z winnego przestępstwa z art. 55 ust. 3 i art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i 65 §

- 1 kk, i za to na podstawie art. 55 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 § 1 kk przy zast. 11 § 3 kk i 65 § 1 kk wymierzył mu kary : 5 lat pozbawienia wolności i 300 stawek dziennych grzywny , ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych , na podstawie art. 45 § 1 kk orzekając przepadek równowartości korzyści majątkowej – 214.500,00 złotych,
2. oskarżonego G P: winnego przestępstwa z art. 55 ust. 3 i art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i 65 § 1 kk, i za to na podstawie art. 55 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 § 1 kk przy zast. 11 § 3 kk i 65 § 1 kk wymierzył mu kary: 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny , ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych , na podstawie art. 45 § 1 kk orzekając przepadek równowartości korzyści majątkowej – 97.500,00 złotych,
3. oskarżonego A E winnego przestępstwa z art. 56 ust. 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i 65 § 1 kk, i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 § 1 kk przy zast. 11 § 3 kk i 65 § 1 kk wymierzył mu kary: 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny , ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych , na podstawie art. 45 § 1 kk orzekając przepadek równowartości korzyści majątkowej – 208.049,00 złotych, nadto winnego przestępstwa skarbowego z art. 65 § 1 i 3 kks , na podstawie art. 65 § 3 kks wymierzył karę 100 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość stawki na 50,00 złotych,
4. oskarżonego P D winnego przestępstwa z art. 56 ust. 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i 65 § 1 kk, i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 § 1 kk przy zast. 11 § 3 kk i 65 § 1 kk wymierzył mu kary: 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 150 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 30,00 złotych, na podstawie art. 45 § 1 kk orzekając przepadek równowartości korzyści majątkowej – 111.446,00 złotych, nadto winnego przestępstwa skarbowego z art. 65 § 1 i 3 kks , na podstawie art. 65 § 3 kks wymierzył karę 50 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość stawki na 30,00 złotych,
5. oskarżonego D D: winnego przestępstwa z art. 56 ust. 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i 65 § 1 kk, i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 § 1 kk przy zast. 11 § 3 kk i 65 § 1 kk wymierzył mu kary: 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 250 stawek dziennych grzywny , ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych, na podstawie art. 45 § 1 kk orzekając przepadek równowartości korzyści majątkowej – 156.040,00 złotych, nadto winnego przestępstwa z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 12 kk , na podstawie art. 270 § 1 kk wymierzył karę 3 miesięcy pozbawienia wolności,
6. oskarżonego M R winnego przestępstwa z art. 56 ust. 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i 65 § 1 kk, i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 § 1 kk przy zast. 11 § 3 kk i 65 § 1 kk wymierzył mu kary: 3 lat pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych, na podstawie art. 45 § 1 kk orzekając przepadek równowartości korzyści majątkowej – 278.158,00 złotych,
7. oskarżonego J K: winnego przestępstwa z art. 56 ust. i 3 art. 59 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk i 65 § 1 kk, i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 § 1 kk przy zast. 11 § 3 kk i 65 § 1 kk wymierzył mu kary: 2 lat pozbawienia wolności i 100 stawek dziennych grzywny , ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych , na podstawie art. 45 § 1 kk orzekając przepadek równowartości korzyści majątkowej – 121.890,00 złotych,

8. oskarżoną P; M winną przestępstwa z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 59 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i za to na podstawie art. 59 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 60 § 2 i § 6 pkt 3 kk wymierzył jej karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 2 lat,
9. oskarżonego B K winnego ciągu przestępstw z art. 62 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 91 § 1 kk i za to na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 91 § 1 kk wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 2 lat,
10. uniewinnił oskarżonych A; E i A.

Podstawę ustaleń faktycznych (za wyjątkiem oskarżonych A E i A S) stanowiły m.in. materiały z kontroli operacyjnych, zarządzanych na skutek wniosków podpisanych w 6 przypadkach przez zastępcę Komendanta Głównego Policji (k.2 załączników nr 9, 10, 11, 12, 14, 15).

Apelację od wyroku wywiedli obrońcy oskarżonych M R, J K D i D, M Z, P D i A E G P oraz oskarżyciel publiczny. W zakresie wniesionych apelacji:

- obrońca oskarżonego M R podniósł zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, polegający na przyjęciu że oskarżony ten dopuścił się zarzucanego mu czynu z art. 56 ust. 3 i art. 59 ust. 1 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, pomimo że ustalenia w tym zakresie poczynione zostały w oparciu o niedopuszczalne dowody, których wykorzystanie w procesie tj. zgoda na kontrolę operacyjną została wydana w oparciu o wadliwy wniosek z którym wystąpił podmiot nieuprawniony tj. Zastępca Komendanta Głównego Policji, a nie sam Komendant Główny Policji, co jest wymagane treścią art. 19 ust. 1 ustawy o policji, nadto naruszenie przepisów postępowania tj. z art. 19 ust. 1 ustawy o policji, poprzez jego błędną interpretację rozszerzającą, w wyniku której doszło do bezpodstawnego przyjęcia, że dopuszczalna była kontrola operacyjna oskarżonego, polegająca na możliwości stosowania wobec niego podsłuchu, skoro z wnioskiem o legalizację tej kontroli wystąpiła osoba nieuprawniona, a zatem podsłuch ten pozostał nielegalny i nie mógł stanowić dowodu w sprawie, przy czym do zasadniczej części zarzutu stawianego oskarżonemu to właśnie ten dowód miał stanowić jedyny materiał dowodowy (dowód osoby dot. jedynie części środka odurzającego i psychotropowego,
- obrońca oskarżonego M Z podniósł m.in. zarzut obrazy przepisów prawa materialnego i jednocześnie obraży przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia w postaci art. 19 ust. 1 pkt 8 i ust. 15 c ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji w zw. z art. 393 § 1 kpk poprzez dopuszczenie przez Sąd dowodu z wyników kontroli operacyjnej zarządzanej wobec oskarżonego A E i W Z i poczynione na ich podstawie ustaleń faktycznych odnośnie osoby M Z w zakresie popełnienia przez niego zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu, podczas gdy poczynienie ustaleń faktycznych na podstawie takich dowodów było niedopuszczalne, gdyż z wnioskiem o zarządzanie kontroli operacyjnej wobec w/w wystąpił podmiot nieuprawniony, tj. Zastępca Komendanta Głównego Policji, zatem dowód ten był dotknięty istotną wadą prawną, a nadto prokurator nie wystąpił do Sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na możliwość wykorzystania tego dowodu w tym postępowaniu wobec oskarżonego M Z wobec, którego nie była zarządzana kontrola operacyjna,
- obrońca oskarżonego A E i podniósł m.in. zarzut obrazy przepisów postępowania, a mianowicie art. 4,5 § 2, 7 w zw. z art. 237 kpk w zw. z art. 19 ustawy o Policji, wyrażającą się w ustaleniu okoliczności faktycznych na podstawie materiału dowodowego w postaci zapisów połączeń telefonicznych i treści podsłuchów operacyjnych, zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej pod kryptonimem „Źródło”, „Źródło-1”, „Waldek”, „Skuter”, „Lipek”, „Lipek-2”, które zostały uzyskane w sposób nielegalny, albowiem z wnioskiem o uzyskanie zgody na kontrolę operacyjną w przedmiotowej sprawie wystąpił Zastępca Komendanta Głównego Policji, podczas gdy zgodnie z

treścią art. 9 ustawy o policji z wnioskiem o zarządzanie kontroli operacyjnej występuje Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP, albo komendant wojewódzki policji, tak więc uzyskane powyższy sposób dowody są nielegalne i nie mogły zostać wykorzystane w przedmiotowej sprawie,

Przy rozpoznawaniu wyżej wskazanych zarzutów zawartych w tych środkach odwoławczych Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, iż w sprawie wyłoniło się zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, uzasadniające wystąpienie z pytaniem prawnym do Sądu Najwyższego. W ocenie Sądu Apelacyjnego zachodzą przesłanki formalne do wystąpienia z pytaniem prawnym w trybie art. 441 § 1 kpk albowiem zagadnienie prawne, wymagające zasadniczej wykładni ustawy, wyłoniło się przy rozpoznawaniu apelacji obrońców oskarżonych, apelacje te są dopuszczalne, zaś Sąd Apelacyjny działa jako sąd odwoławczy, właściwy do rozpoznania tych apelacji. Sąd Apelacyjny doszedł także do przekonania, że spełnione są przesłanki merytoryczne do wystąpienia z pytaniem prawnym w trybie art. 441 § 1kpk albowiem zagadnienie dotyczy kwestii prawnej, a nie faktycznej, wymaga ono wyjaśnienia przez dokonanie zasadniczej wykładni ustawy, zaś wyjaśnienie tego zagadnienia ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy przez sąd odwoławczy.

Zgodnie z art.19 ust.1 ustawy o Policji przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw (wymienionych w treści tego przepisu) ,gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd okręgowy może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji albo Komendanta CBŚP, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji.Na podstawie art.19 ust.3 ustawy o Policji w przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP albo komendant wojewódzki Policji może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, o którym mowa w ust. 1, kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisijnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania.

Uzyskane w tym trybie materiały operacyjne mogą być wprowadzone następnie do procesu na podstawie art. 19 ust. 15 ustawy poprzez odtworzenie (odsłuchanie) na rozprawie głównej (przez odpowiednie zastosowanie art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k.) albo wobec braku sprzeciwu obecnych stron, ujawnieniu bez odtwarzania (art. 394 § 2 k.p.k.) , mogąc tym samym stanowić podstawę wyroku (arty.410 k.p.k.) .Zdecydowanie dominujący w orzecznictwie i doktrynie jest pogląd zgodnie z którym w procesie karnym mogą być wykorzystane dowodowo tylko wyniki kontroli operacyjnej dotyczące jednego z przestępstw wymienionych w ust. 1 art. 19 ustawy o Policji, zaś materiały odnoszące się do innych przestępstw nie mogą stanowić podstawy ustaleń w procesie (por.m.in uchwała SA w Gdańsku z 4 maja 2006 r. ASDo 1/2006 (Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku 2008/1 poz. 2 str. 178); postanowienie składu siedmiu sędziów SN z 26 kwietnia 2007 r. I KZP 6/2007 (OSNKW 2007/5 poz. 37); J. Skorupka, Glosa do postanowienia SN z 26 kwietnia 2007 r. I KZP 6/2007, Państwo i Prawo 2008/2 str. 141-143; R. Signerski, Glosa do postanowienia SN z 26 kwietnia 2007 r. I KZP 6/2007; K. Grzegorzczuk, Glosa do postanowienia SN z 26 kwietnia 2007 r. I KZP 6/2007, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2008/4 str. 156; postanowienie SA w Warszawie z 18 maja 2007 r. II AKz 288/2007 (Apelacja Warszawska 2007/3 poz. 14); S. Hoc, Glosa do postanowienia SA w Warszawie z 18 maja 2007 r. II AKz 288/2007, Prokuratura i Prawo - dodatek 2009/4 str. 170 i nast.). Podobnie, praktycznie jednolicie , przyjmuje się ,że takie , procesowe , wykorzystanie może dotyczyć wyłącznie postępowania dotyczącego osoby objętej postanowieniem sądu o wyrażeniu zgody na kontrolę operacyjną , zaś w przypadku uzyskania w jej trakcie dowodu popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, dla dopuszczalności procesowego wykorzystania konieczna jest zgoda sądu , który zarządził kontrolę

operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w ust. 3 art.19 ustawy (art.19 ust.15 c ustawy , obowiązujący od 11 czerwca 2011r. , wcześniej por.m.in. postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2006 roku - I KZP 6/07, OSNKW 5/07 poz. 36). Treść m.in. w/w orzeczeń oraz wypowiedzi doktryny wskazują na wspólny dla nich argument jakim jest świadomość , że operacyjne działania policji i innych służb mogą pozostawać (a praktycznie pozostają) w kolizji z prawem obywatela do prywatności, konstytucyjnej wolności komunikowania się i związanej z tym ochrony tajemnicy komunikowania się, ochrony autonomii informacyjnej (art. 49 i 51 Konstytucji) oraz z konstytucyjną gwarancją sądowej ochrony praw jednostki (art. 45 ust. 1 Konstytucji).Z tej perspektywy respektowanie wymogów ustawowych (mechanizmów gwarancyjnych przewidzianych w treści art.19 ustawy) chroni przed naruszeniem tych zasadniczych praw obywatelskich w stopniu większym , niż jest to konieczne dla osiągnięcia zamierzonych przez ustawodawcę celów , związanych ze ściganiem najpoważniejszych przestępstw (por. postanowienie SN z 22.09.2009r. III KK 58/09 OSNKW 2010/3/28 „O ile Policja - w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń oraz wykrycia i ustalenia sprawców - ma prawo podejmować czynności operacyjno-rozpoznawcze (zwłaszcza określone w art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 1 in princ. ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz.U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.), o tyle niezbędnym warunkiem uznania materiałów, zdobytych w rezultacie takiej czynności, za dowód w postępowaniu karnym, podlegający ujawnieniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k., jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowym rygorom, właściwym dla różnych kategorii zagrożeń porządku prawnego, w związku z którymi czynności te są podejmowane.”). Analiza treści art.19 ustawy pozwala przyjąć ,że takimi mechanizmami gwarancyjnymi obok klauzuli subsydiarności , zamkniętego katalogu przestępstw, przede wszystkim zaś pierwotnej lub następczej zgody sądu określonej rangi (okręgowego) są także wnioski o zarządzenie (zgodę) kontroli operacyjnej , mogące pochodzić o określonych , kwalifikowanych podmiotów - Komendanta Głównego Policji, Komendanta CBŚP albo komendanta wojewódzkiego Policji, składane po uzyskaniu uprzedniej, pisemnej zgody Prokuratora Generalnego (co do wniosku Komendanta Głównego Policji, Komendanta CBŚP), prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji (co do wniosku komendanta wojewódzkiego Policji).Wprowadzenie podmiotów kwalifikowanych do złożenia wniosku , jak też wyrażenia uprzedniej zgody na ich złożenie lub zastosowanie samej kontroli w wypadku nie cierpiącym zwłoki (art.19 ust.3 ustawy) ma o tyle gwarancyjny charakter ,iż wskazuje na założenie ustawodawcy ,że takie , kwalifikowane , podmioty jako swoiste pierwsze ogniwo mechanizmu kontrolnego zapewniać będą , w razie spełnienia wymogu tzw. przestępstwa katalogowego , że in concreto , poprzez stosowanie kontroli operacyjnej , nie będzie naruszona klauzula sybsydiarności jej stosowania. Zaakceptowanie takiego poglądu zaktualizowało w praktyce sądowej konieczność oceny czy i jakie znaczenie dla możliwości dowodowego wykorzystania materiału uzyskanego w trakcie kontroli operacyjnej ma to ,że kontrola taka była objęta zgodą sądu ,wyrażoną po rozpoznaniu wniosku - jak in concreto - podpisanego nie przez Komendanta Głównego Policji lecz jego zastępcę .Na marginesie , bowiem przekracza to występujące w przedmiotowym postępowaniu uwarunkowania procesowe , wskazać należy że analogiczna kwestia może się ujawniać (ujawnia jak wynika z praktyki tut. Sądu Apelacyjnego) w zakresie dotyczącym wniosku podpisanego przez zastępcę komendanta wojewódzkiego Policji , jak też pisemnej zgody (o której mowa w art.19 ust.1 ,3 , 8 i 9 ustawy) , decyzji lub wniosku (art.19 ust.15 b i 15 c ustawy) zastępcy Prokuratora Generalnego lub zastępcy prokuratora okręgowego).

W tym zakresie w orzecznictwie (por. wyroki Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w sprawach: II Aka 97/14, II Aka 386/14) wyrażono pogląd , negujący dopuszczalność wykorzystania w procesie materiałów uzyskany w toku kontroli operacyjnej , zainicjowanej wnioskiem zastępcy Komendanta Głównego Policji („*ścisle przestrzeganie gwarancyjnych reguł wyznaczonych przez ustawodawcę w przepisie art. 19 ust. 1 ustawy o policji, co do prowadzenia czynności operacyjnych polegających na kontroli treści rozmów telefonicznych podlegające także nadzorowi sądowemu wyklucza możliwość stosowania rozszerzającej wykładni zakresu uprawnionych do występowania z wnioskiem o zarządzenie takiej kontroli, co powoduje, że należy uznać racje Sądu meriti, że to nie zastępca, ale tylko Komendant Główny Policji uprawniony jest to wystąpienia ze stosownym wnioskiem. Skoro w sprawie rozpoznawanej obecnie tak nie postąpiono także i z tego powodu dowody*

zorganizowane w tej sprawie nie mogły zostać skutecznie wprowadzone do procesu sądowego i stanowić postawę ustaleń, w tym o odpowiedzialności M. K.” –uzasadnienie w sprawie II Aka 97/14), jak też kontroli operacyjnej zainicjowanej wnioskiem podpisanym przez zastępcę komendanta wojewódzkiego policji, a złożonego po zgodzie wyrażonej przez zastępcę prokuratora okręgowego („Sąd Apelacyjny prezentuje podgląd, iż przepis art. 19 ustawy o Policji zastrzega, iż wyrażenie zgody, o której mowa w tym przepisie, należy do wyłącznej kompetencji prokuratora okręgowego i tym samym czynność ta nie może być przez tego prokuratora powierzona podległym prokuratorom w tym i jego zastępcy. Wyłączna właściwość Komendanta Wojewódzkiego, do wystąpienia z wnioskami, o jakich mowa w art. 19 Ustawy o Policji, jest jeszcze bardziej oczywista, gdy chodzi o ten organ. Zważyć bowiem należy, że przepisy Ustawy o Policji, nie dają komendantom wojewódzkim takich uprawnień w zakresie powierzenia swoich kompetencji, jak to odnosi się do prokuratorów wojewódzkich.” - uzasadnienie w sprawie II Aka 386/14). Jak się wydaje tożsamy stanowisko jest wyrażane w piśmiennictwie „oczywistym jest, że nie tylko naruszenie terminów wystąpienia o wyrażenie zgody czy sprzeniewierzenie się zasadzie subsydiarności, ale także brak uprzednio wydanego w tym zakresie zarządzenia organu niesądowego (Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji) czy pisemnej zgody właściwego prokuratora (Prokuratora Generalnego lub prokuratora okręgowego) składać się będzie na brak przesłanek do stwierdzenia wypadku niecierpiącego zwłoki. 2. Stwierdzić należy, że nie może być uznany za legalny materiał zebrany podczas kontroli operacyjnej wykraczającej poza normy przepisu art. 19 ust. 1 lub ust. 3 ustawy o Policji (...)” (D. Drajewicz, Zgoda następcza sądu na stosowanie kontroli operacyjnej, Prok. i Pr. 2009, nr 1, s. 87).

Przedstawione wyżej poglądy wynikają – jak się wydaje – z analizy ustawy o Policji i ustawy z 20 czerwca 1985r. o prokuraturze tj. zawartymi tam normami o charakterze ustrojowym i kompetencyjnym (odpowiednio art.5 ust.4, 5 i 6 co do Komendanta Głównego Policji, art.5a ust.5 i 6 co do Komendanta CBŚP, art.6b ust.3 i 5 co do komendanta wojewódzkiego policji, art.8 b ust.1 co do prokuratora okręgowego i art.10 ust.2 b co do Prokuratora Generalnego – przy czym ta ostatnia norma nie pozostawia wątpliwości, co do możliwości wykonywania jego uprawnień przez upoważnionego zastępcę), wiążąc niedopuszczalność procesowego wykorzystania wyników kontroli operacyjnej z brakiem możliwości delegowania uprawnień z art.19 ustawy o policji na zastępców Komendanta Głównego Policji (jak in concreto), Komendanta CBŚP, komendanta wojewódzkiego policji i prokuratora okręgowego.

Sąd Apelacyjny, świadom treści wskazanych norm, wskazuje, że możliwa jest odmienna, niż wyżej zacytowana, ocena skutków procesowych, jakie wiążą się z wadliwością, związaną z podpisaniem wniosku nie przez Komendanta Głównego Policji (analogicznie w stosunku do pozostałych uprawnionych podmiotów) lecz jego upoważnionego zastępcę. W tym zakresie wskazać można na następujące argumenty:

- zaakceptowanie w/w stanowiska, oznacza w praktyce zrównanie skutków procesowych sytuacji, kiedy wniosek jest podpisywany przez imiennie wyznaczonego zastępcę, upoważnionego przez uprawniony podmiot, do tego rodzaju, skonkretyzowanych co do rodzaju (art.19 ustawy o policji) czynności z sytuacją kiedy np. kontrola operacyjna jest prowadzona bez zgody sądu, w stosunku do osoby nie objętej zgodą, przestępstwa pozakatalogowego, czy też na skutek wniosku osoby działającej bez wiedzy, a tym samym zgody (upoważnienia) uprawnionego podmiotu, a więc sytuacji całkowicie skrajnych z punktu widzenia naruszenia dóbr chronionych konstytucyjnie. Bez wątplenia te ostatnie sytuacje oznaczają naruszenie art.7 Konstytucji, zgodnie z którym organy państwa mogą działać wyłącznie na podstawie kompetencji udzielonych im przez system prawny i w działaniu tym nie mogą przekraczać prawa, zaś działania podejmowane bez podstawy prawnej albo z jej przekroczeniem i ich wyniki, jako będące skutkiem działań naruszających obowiązujące normy prawne, nie mogą stanowić podstawy ustaleń faktycznych w postępowaniu karnym. Stopień tych naruszeń osiąga poziom, który mógłby czynić wręcz iluzoryczną ochronę praw konstytucyjnych, w tym poprzez osłabienie czy wyłączenie podstawowego instrumentu tej ochrony jakim jest sądowa kontrola, uzasadniając przez to odrzucenie w ten sposób zgromadzonych dowodów, nawet gdyby miało do zniweczyć możliwość osiągnięcia jednego z podstawowych celów procesu karnego jakim jest ustalenie prawdy materialnej. Z tej perspektywy ewentualna wadliwość dotycząca działania

uprawnionego podmiotu przez zastępcę zasadniczo odbiega od tych działań – na płaszczyźnie art.19 ustawy – organów państwa , która łączy się z nieakceptowalnym stopniem naruszenia zasady z art.7 Konstytucji albowiem spełnione są przesłanki ustawowe , zaś złożony wniosek pochodzi (składany jest za wiedzą i ramach udzielonego przez ten podmiot upoważnienia) materialnie od uprawnionego podmiotu , jedynie podpisany jest przez zastępująca go , wybraną przez niego ,osobę .W konsekwencji nie prowadzi ona naruszenia ochrony praw konstytucyjnych określonej wymogami z art.19 ustawy , w szczególności zaś wymogów o podstawowym znaczeniu tj. zasady subsydiarności , zamkniętego katalogu przestępstw , czy wreszcie faktycznej kontroli sądowej.

- podpisanie wniosku przez zastępcę Komendanta Głównego Policji (zastępców – por.§ 5 ust.2 , 3 i 4 decyzji Komendanta Głównego Policji z 16 czerwca 2008r. nr 382, Dz.Urz. KGP nr 12 z 2008r. poz.76) nie niweczy , ani też istotnie nie osłabia gwarancyjnego charakteru ,wprowadzonego przez ustawodawcę kwalifikowanego podmiotu uprawnionego do złożenia wniosku, jako swoistego pierwszego ogniwa kontroli materialnych przesłanek z art.19 ustawy , kiedy dostrzec , że uprawniony podmiot nie działa tu przez jakąkolwiek osobę (funkcjonariusza policji) lecz osobę , która spełnia wymogi konieczne dla powołania na stanowisko zastępcy Komendanta Głównego Policji , mogąc dzięki temu m.in. w przypadkach określonych w art.5 ust.5 i 6 ustawy wykonywać z mocy ustawy wszystkie uprawnienia komendanta . Oznacza to w praktyce ,że uprawniony podmiot dokonuje w/w kontroli pośrednio , ale poprzez wybraną przez siebie osobę , o określonych , wysokich kwalifikacjach , która dzięki tym cechom w pewnych sytuacjach może zastąpić ten podmiot w wykonywaniu całości jego uprawnień (ten sam zastępca , w sytuacjach określonych w art.5 ust.5 i 6 ustawy , jest traktowany jako pełniący obowiązki KGP).Uprawnionym wobec tego wydaje się wniosek ,że skoro przedmiotowa , wstępna kontrola przesłanek materialnych kontroli operacyjnej odbywa się przez to na odpowiednim – z punktu widzenia gwarancyjnego – poziomie kompetencyjnym, to tym samym –skoro spełnione jest co do zasady założone ratio legis - nie istnieją względy natury gwarancyjnej (konstytucyjnej), które uzasadniałyby rezygnację z dowodów mogących przesądzać o możliwości ustalenia prawdy materialnej .

Mając na uwadze powyższe , uznał Sąd Apelacyjny ,że zagadnienie wykładni art.19 ustawy o policji w zakresie ustalenia czy i jakie skutki procesowe wiążą się z działaniem przez uprawniony podmiot przez swojego zastępcę (in concreto działanie Komendanta Głównego Policji) nastrocza poważnych trudności interpretacyjnych (wymagających m.in. oceny wagi dóbr o charakterze konstytucyjnym) , jest różnie interpretowane w praktyce, zaś rezultaty wykładni językowej i celowościowej prowadzić mogą do zasadniczo rozbieżnych wyników .W tej sytuacji jedynie zajęcie stanowiska przez Sąd Najwyższy zapobiec może sytuacji rozbieżnej oceny wskazanego zagadnienia , bardzo istotnego dla praktyki sądowej ,po pierwsze z uwagi na fakt ,że dotyczy ono częstokroć dowodu jedyne go lub o zasadniczym znaczeniu , po wtóre ,z uwagi , na to że dotyczy ono wielu postępowań (co potwierdza praktyka m.in.tut.Sądu Apelacyjnego), co związane jest z tym ,że delegowanie uprawnienia przez Komendanta Głównego Policji miało charakter swoiście systemowy (czego dowodzi treść decyzji nr 382 , jak też realia przedmiotowego postępowania), nie zaś incydentalny .

W tej sytuacji istnieje potrzeba dokonania zasadniczej wykładni ustawy w zakresie wskazanym w postanowieniu (przy świadomości ,że wykładnia ta dotykać będzie mogła szerszego spectrum sytuacji procesowych) ,skoro zaś wyjaśnienie tegoż zagadnienia ma znaczenie dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy , należało przekazać Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia przedmiotowe zagadnienie prawne.



Podpisu