

<i>Sygn. akt</i>	<i>II AKa 61/15</i>
------------------	---------------------

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ			
		Dnia	17 grudnia 2015 r.
<i>Sąd Apelacyjny II</i> <i>Wydział Karny w</i> <i>Rzeszowie</i>			
w składzie:			
	Przewodniczący:	<i>SSA Stanisław Urban</i>	
	Sędziowie:	<i>SSA Piotr Moskwa</i> <i>SSO del. Grażyna</i> <i>Artymiak (spr.)</i>	
	Protokolant:	st. sekr. sądowy	Anna Łuksik
przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Lublinie del. do Prokuratury Apelacyjnej w Lublinie - Michała Błajerskiego			

po rozpoznaniu w dniu 22 października 2015 r. i 17 grudnia 2015 r.

sprawy **M. M. (1)**, s. M. i Z., ur. (...),

w T., oskarżonego z art. 230§1 k.k. w zb z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora Prokuratury Apelacyjnej

w L.

od wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu

z dnia 20 maja 2015 r., sygn. akt II K 27/14

u c h y l a zaskarżony wyrok i sprawę **p r z e k a z u j e** Sądowi Okręgowemu w Przemyślu do ponownego rozpoznania.

Sygn. akt. II AKa 61/15

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 17 grudnia 2015 r.

Prokurator wniesionym aktem oskarżenia zarzucił M. M. (1) popełnienie czynu zabronionego zakwalifikowanego z art. 230 § 1 k.k. w zbiegu z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., który według oskarżyciela publicznego polegać miał na tym, że oskarżony w okresie co najmniej od dnia 1 lipca 2013 r. do dnia 6 sierpnia 2013 r. w Z., działając wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną osobą, w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wielokrotnie powołując się przed ustalonymi osobami na swoje wpływy w polskiej służbie celnej, w zamian za korzyść majątkową, którą określił na kwotę 61.952 Euro, a którą ostatecznie przyjął w wymiarze 61.600 Euro, podjął się pośrednictwa w załatwieniu sprawy, polegającej na złożeniu dokumentacji poświadczającej nieistniejący eksport poza obszar Unii Europejskiej przez firmę (...) z siedzibą w P., towaru w postaci dysków do zapisu danych typu B.-Ray w ilości 17.600 sztuk, o wartości 774.400 Euro, co nastąpiło dnia 16 lipca 2013 r. w Oddziale Celnym w P. i zarazem na zarejestrowaniu nieistniejącego fizycznego wywozu wskazanego towaru w systemie informatycznym służby celnej (...), co nastąpiło z kolei dnia 30 lipca 2013 roku, w (...) placówce celnej Republiki W. identyfikowanej numerem (...), przy czyn opisanym zachowaniem jednocześnie, działał w zamiarze ułatwienia innym ustalonym osobom dokonanie przestępstwa oszustwa na szkodę Skarbu Państwa poprzez wyłudzenie z tytułu fikcyjnego eksportu towaru, niezapłaconego podatku od towarów i usług w kwocie 178.112 Euro, stanowiącej równowartość kwoty 758.098 złotych, zatem mienie znacznej wartości.

Sąd Okręgowy w P. (...) wyrokiem z dnia 20 maja 2015 r., po rozpoznaniu sprawy o sygn. akt II K 27/14, „uniewinnił oskarżonego M. M. (1) od zarzutu popełnienia czynu wyżej opisanego, a stanowiącego przestępstwo z art. 230 § 1 k.k. w zbiegu z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.”

Jednocześnie tym wyrokiem Sąd na zasadzie art. 230 § 2 k.p.k. zarządził zwrot:

- na rzecz Prokuratury Apelacyjnej w Lublinie dowodu rzeczowego w postaci dysku twardego marki S. (...) z zapisem monitoringu z K. Góralskiej w Z.,
- na rzecz oskarżonego M. M. (1) dowodów rzeczowych szczegółowo wymienionych w wykazie dowodów rzeczowych pod pozycją od 1-13 zapisanych w księdze depozytów rzeczowych pod numerem bieżących 15/14,

Zgodnie zaś z treścią art. 632 pkt 2 k.p.k. Sąd kosztami procesu obciążył Skarb Państwa.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu apelację wniósł Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w Lublinie, zaskarżając wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego M. M. (1). Powołując się na art. 427 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 2 k.p.k. Prokurator zarzucił obrazę prawa karnego procesowego, która miała wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 167 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. polegającą na całkowicie dowolnym, uwzględniającym przy ocenie dowodów wyłącznie okoliczności korzystne dla oskarżonego, zastosowaniu zasady in dubio pro reo, a wyrażającym się w zastąpieniu ustaleń wynikających z ujawnionych na rozprawie okoliczności domniemaniem, że skoro okoliczności te nie zawierają informacji co do legalności podjętych w trybie art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 roku o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym czynności operacyjno-

rozpoznawczych, które dostarczyły kluczowych dowodów, owe czynności zostały podjęte nielegalnie, co doprowadziło, przy braku inicjatywy dowodowej ze strony sądu, do zastosowania nieznanego polskiej procedurze karnej w czasie wyrokowania, zakazu formułowania ustaleń faktycznych na podstawie tak zwanych dowodów skażonych i niesłusznego uniewinnienia oskarżonego, a nadto, na przedstawieniu w uzasadnieniu wyroku jako poczynionych w sprawie, wyłącznie niekorzystnych dla oskarżonego obszernych ustaleń faktycznych i zarazem ich wykluczeniu z uwagi na prawną wadliwość dowodów stanowiących asumpt dla tychże ustaleń, co stanowi sprzeczność samą w sobie i nie spełnia wymogów stawianych pisemnemu uzasadnieniu zapadłego werdyktu.

Wskazując na powyższe zarzuty Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Przemyślu.

W odpowiedzi na apelację obrońca oskarżonego adw. A. M., wnosząc o uznanie apelacji za oczywiście bezzasadnej i utrzymanie zaskarżonego wyroku w mocy, podkreślał słuszność stanowiska Sądu I instancji o odmowie rangi proceduralnej rażąco sprzecznym z ustawą o (...) działa, które dyskwalifikowały zgromadzone w sprawie materiały operacyjne.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Uznając apelację Prokuratora za zasadną, a zaskarżony wyrok za przedwcześnie wydany, Sąd Apelacyjny, w uwzględnieniu postulatów Skarżącego, uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego jej rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Przemyślu.

Ma rację Skarżący, wskazując na to, że przyjęte przez Sąd pierwszej instancji ustalenia faktyczne (k. 1 – 34 pisemnego uzasadnienia), stoją w jaskrawej sprzeczności z uniewinnieniem oskarżonego od stawianego mu zarzutu. Odzwierciedla to nawet niezbyt zwięźle sformułowana sentencja zaskarżonego orzeczenia. Sąd bowiem z jednej strony „uniewinnił oskarżonego M. M. (1) od zarzutu popełnienia czynu wyżej opisanego”, z drugiej zaś wskazał, że uniewinnia go od czynu „stanowiącego przestępstwo z art. 230 § 1 k.k. w zbiegu z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.”.

Znacznie istotniejsze są jednak uchybienia, których dopuścił się ten Sąd w zakresie prawidłowego zastosowania art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 167 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, zasadniczym powodem przyjętego rozstrzygnięcia było to, że Sąd nie dopatrył się w przedstawionych materiałach dowodowych wiarygodnej informacji o przestępstwie, o której mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. 2014 r. poz. 1411 ze zm. – dalej ustawa o (...)), toteż oparł swoje rozstrzygnięcie na przewidzianej w art. 5 § 2 k.p.k. regule in dubio pro reo uznając jednocześnie, że dowody uzyskane w trybie tej ustawy za dowody skażone i jako takie nie mogą stanowić podstawy ustaleń faktycznych. Analizując powyższą kwestię, na wstępie należy stwierdzić, że dotyka ona materii nader istotnej i złożonej.

W realiach niniejszej sprawy istotą sporu jest bowiem ocena legalności czynności podjętych w trybie art. 19 ustawy o (...), które następnie stanowiły podstawę wszczęcia śledztwa oraz wniesienia i popierania aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego. Sąd Okręgowy miał bowiem oprzeć wadliwy – zdaniem apelującego – werdykt, na konstatacji, że teza aktu oskarżenia opiera się na dowodach uzyskanych w wyniku niezgodnie z prawem przeprowadzonych, w trybie art. 19 ust. 1 ustawy o (...), czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, w tym na pochodnych tychże działań zeznaniach funkcjonariuszy (...) działających pod przykryciem, które nie mogą z tego powodu stanowić podstawy ustaleń faktycznych. Sąd bowiem uznał dowody uzyskane w trybie art. 19 ustawy o (...) za dowody „skażone”, gdyż w przedstawionych Sądowi materiałach dowodowych brak jest wiarygodnej informacji o przestępstwie, o której mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o (...).

W ocenie Prokuratora żaden zalegający w aktach sprawy dokument nie wskazuje na bezprawność działań przy realizacji czynności w trybie art. 19 ustawy o (...). W jego ocenie brak jest a priori podstaw do kwestionowania poprawności postępowania prowadzonego zgodnie z ustawą i poddanego kontroli Prokuratora Generalnego. Zdaniem

Skarżącego zastosowany przez Sąd I instancji mechanizm, wykorzystujący zasadę in dubio pro reo, wspartą zasadą samodzielności jurysdykcyjnej, umożliwia uznanie niemalże każdego prawnie przeprowadzonego postępowania operacyjnego ostatecznie za bezprawne oraz zniweczenie uzyskanych tą drogą dowodów.

Tymczasem według obrońcy oskarżonego czynności operacyjno-rozpoznawcze mają sprawdzić informację o przestępstwie, doprowadzić do wykrycia sprawców i uzyskania dowodów. Jego zdaniem konieczna jest informacja o dokonanym przestępstwie, informacja o przestępstwie już popełnionym. Samo zaś podejrzenie, czy też informacja o prawdopodobieństwie dokonania takiego czynu zabronionego jest niewystarczająca do podjęcia działań operacyjno – rozpoznawczych z art. 19 ustawy o (...). W ocenie obrońcy oskarżonego, służby nie miały żadnego obiektywnego powodu, by podejrzewać M. M. (1) o wcześniejsze zaangażowanie w działalność przestępczą, gdyż osoba ta nie była karana, nie wszczęto przeciwko niej postępowania przygotowawczego i nie istniały żadne czynniki sugerujące, iż była skłonna do zaangażowania się w jakikolwiek nielegalny proceder przed podjęciem kontaktu z funkcjonariuszami (...).

Problematyka ustawowych uprawnień do uzyskiwania, gromadzenia i przetwarzania informacji przyznanych służbom państwowym odpowiedzialnym za monitorowanie i wykrywanie przestępstw oraz zapobieganie im, budzi wiele kontrowersji. Z jednej bowiem strony znajdują się oczekiwania szybkiej i skutecznej reakcji na przestępczość, zwłaszcza zorganizowaną i korupcyjną, z drugiej zaś strony instrumentem do walki ze szczególnie uciążliwą przestępczością są czynności operacyjno-rozpoznawcze, niestety jednocześnie ingerujące w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności jednostki. Oczywiście jest, że jeżeli czynności operacyjno-rozpoznawcze, po spełnieniu określonych warunków, stają się procesowym materiałem dowodowym, nie może być miejsca na uchybienia związane z gromadzeniem materiałów pochodzących z kontroli operacyjnej, transakcji pozornej, przesyłki niejawnie nadzorowanej i innych typów czynności tego rodzaju. Szczególnie zatem istotne jest wyznaczenie granicy zachowania legalności czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Posługiwanie się tego rodzaju specjalnymi metodami śledczymi, jako takie nie jest uznawane za naruszenie prawa do rzetelnego procesu sądowego. Konwencja Europejska nie wyklucza możliwości powołania się – w fazie wstępnego śledztwa i jeśli natura przestępstwa na to zezwala – na źródła takie, jak anonimowi informatorzy. Posługiwanie się agentami pod przykryciem można tolerować pod warunkiem istnienia w tym zakresie wyraźnych ograniczeń i zabezpieczeń. Samo zatem użycie szczególnych form pracy operacyjnej nie stanowi naruszenia prawa do sprawiedliwego procesu. Jednak biorąc pod uwagę ryzyko prowokacji związane ze stosowaniem metod operacyjnych, stosowanie ich musi odbywać się w jasno określonych granicach. Interes publiczny nie może bowiem usprawiedliwiać posłużenia się dowodem uzyskanym w rezultacie nakłaniania przez policję, czy też funkcjonariuszy innych służb do przestępstwa (F. przeciwko Niemcom, wyrok z dnia 23 października 2014 r., skarga nr (...); R. przeciwko Litwie, orzeczenie z dnia 5 lutego 2008 r., skarga nr (...); T. de C. przeciwko Portugalii, wyrok z dnia 9 czerwca 1998 r.; V. przeciwko Rosji wyrok z dnia 15 grudnia 2005 r.). W orzecznictwie międzynarodowym także zauważano nader często, że stosowanie tego typu czynności powinno mieć miejsce niejako dla potwierdzenia posiadanych już informacji o przestępstwie.

W realiach niniejszej sprawy chodzi o czynności wykonane z uwzględnieniem regulacji przewidzianych w ustawie o (...). Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o (...) w sprawach o przestępstwa określone w art. 17 ust. 1 tej ustawy, czynności operacyjno - rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz wykrycia sprawców i uzyskania dowodów mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawni nabycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej. Takie czynności na czas oznaczony może zarządzić szef (...), po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, którego informuje o przebiegu tych czynności i ich wyniku (art. 19 ust. 2 ustawy). Prokurator Generalny przed wydaniem zgody zapoznaje się

z materiałami uzasadniającymi potrzebę przeprowadzania czynności operacyjno-rozpoznawczych (art. 19 ust. 2a ustawy).

Funkcjonariusze (...) mogą zatem podejmować się kontroli operacyjnej, ale tylko takiej, która jest zgodna z ustawą. Obowiązkiem organów władzy publicznej jest działanie na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji RP). (...) dotyczące przestępstw niewymienionych w art. 17 ust. 1 ustawy o (...) są pozbawione waloru legalności, jako że są gromadzone mimo braku ustawowego upoważnienia. Zgodnie z art. 49 Konstytucji RP ograniczenie tajemnicy komunikowania się może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Ustawowe ograniczenia wolności traktowane być muszą w kategoriach wyjątków. Ich istnienie zawsze musi wynikać z wyraźnie sformułowanych przepisów ustawowych i nie może opierać się na domniemaniu. Zasada, że wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendendae*), stanowi powszechnie uznawany kanon wykładni prawnej. Także w świetle art. 8 Europejskiej Konwencji ingerencja w sferę prywatności jednostki ma charakter wyjątkowy. Jeżeli ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość stosowania kontroli operacyjnej tylko i wyłącznie odnośnie do przestępstw wymienionych w art. 17 ust. 1 ustawy o (...), to nie można tego wyjątku interpretować rozszerzająco i przyjmować, że kontrola może dotyczyć wszystkich przestępstw. Eksces, polegający na tym, że „przy okazji” zbierania materiału operacyjnie przydatnego dla postępowania w sprawie dotyczącej konkretnego katalogowego przestępstwa, kontrola operacyjna zgromadzi także dane wykraczające poza cel prowadzenia kontroli, oznacza działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkroczenia w sferę prywatności. Podobnie należy oceniać zachowania funkcjonariuszy (...), którzy dla legitymizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych winni podjąć je dopiero po wyczerpaniu trybu określonego w art. 19 ustawy o (...). Prowadzenie czynności przed uzyskaniem pisemnej zgody Prokuratora Generalnego lub poza terminami określonymi w ich zarządzeniu przez Szefa (...) również należy oceniać w kategoriach czynności wykraczających poza cel prowadzenia kontroli, oznaczający jednocześnie działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkroczenia w sferę prywatności.

Wynikająca z art. 7 Konstytucji zasada demokratycznego państwa prawnego, wskazuje, że wszystkie organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Praworządność to zgodność z normami prawa obowiązującego. W zorganizowanym procesie stosowania prawa na pierwszy plan wybija się kwestia legalnego stosowania prawa. Zasada praworządności jest podstawową zasadą postępowania w państwie prawa, a chociaż inne zasady mają również niezaprzeczone znaczenie, to jednak jeżeli stan faktyczny sprawy ustawi którąś z tych zasad w opozycji do zasady legalności, ta ostatnia powinna mieć pierwszeństwo (J. Zimmerman, Glosa do wyroku SN z 23 lipca 1992 r., sygn. akt III ARN 40/92, PiP 1993, z. 8, s.116 i n.). Działanie na podstawie prawa obejmuje dwa zasadnicze elementy, a mianowicie ustalenie przez organ zdolności prawnej do prowadzenia postępowania w danej sprawie (uprawnienie, kompetencja) oraz zastosowanie przepisów prawa materialnego i przepisów prawa procesowego przy rozpoznaniu i rozstrzygnięciu sprawy (podstawa faktyczna, dowodowa i prawna oraz zachowanie prawidłowej procedury). Każde naruszenie zasady praworządności obarcza organ, nawet w przypadku, gdy wadliwości postępowania lub samej decyzji byłyby spowodowane przez zachowania uczestników postępowania. W realiach niniejszej sprawy, brak jest wskazań - nawet ze strony orzekającego sądu - na elementy podważania legalności procesu podejmowania decyzji co do wdrożenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy o (...). Tryb wydania zarządzenia przez Szefa (...) i wyrażania zgody na ich przeprowadzenie przez Prokuratora Generalnego nie jest bowiem kwestionowany. Decyzje zostały wydane przez podmioty mające kompetencję do ich podjęcia, zachowano tryb postępowania, czynności operacyjno - rozpoznawcze wdrożono w oznaczonych w zarządzeniu granicach czasowych. Tym samym od strony formalnej nie sposób odmówić przymiotu legalności podjętym czynnościom operacyjno-rozpoznawczym, w szczególności zachowaniom funkcjonariuszy działających pod przykryciem, następnie zeznających w sprawie w charakterze świadków.

Konsekwencją zasady praworządności jest to, że stosowania władczej i indywidualnej formy działania organów, nie można domniemywać a podstawa jej zastosowania musi wynikać z obowiązującego przepisu prawa materialnego (wyrok (...) z 1 sierpnia 2012 r. I OSK (...)). Za taką zaś można uznać istnienie - przed wydaniem zarządzenia przez Szefa (...) i zgody przez Prokuratora Generalnego - wiarygodnej informacji

o przestępstwie, o której mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o (...). W realiach niniejszej sprawy właśnie tą kwestię zakwestionował Sąd orzekający. Wyartykułowane w tym zakresie rozważania w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku są potwierdzeniem tezy, jak wskazuje także Prokurator w apelacji, że Sąd ten nie wiedział, czy taka informacja istniała, a w konsekwencji, czy działania podjęte w trybie art. 19 ust. 1 ustawy o (...) i uzyskane w ten sposób dowody zostały zebrane w sposób dozwolony.

W związku z tym w pierwszej kolejności w toku postępowania instancyjnego należy rozstrzygnąć, czy Sąd rozpoznający sprawę karną,

w której wykorzystano procesowo materiały uzyskane w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych przeprowadzonych na podstawie art. 19 ustawy o (...), jest uprawniony do badania nie tylko uzyskanych w ten sposób dowodów i trybu zastosowania tego przepisu (decyzje podejmowane przez uprawnione podmioty, w tym zarządzenie i zgoda), ale także materialnej podstawy działania poszczególnych podmiotów, w szczególności poddanie ocenie, czy istniała „wiarygodna informacja” będąca podstawą faktyczną,

w pierwszej kolejności zarządzenia Szefa (...), a następnie wydania przez Prokuratora Generalnego pisemnej zgody, na podstawie art. 19 ustawy

o (...), po uprzednim obligatoryjnym zapoznaniu się z materiałami uzasadniającymi potrzebę przeprowadzenia czynności, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o (...). Ponieważ zakres i forma zarządzanych w ramach art. 19 ust. 1 CBA czynności operacyjno-rozpoznawczych, może ingerować

w sferę prywatności wielu podmiotów, a decyzje o ich wdrożeniu podejmowane są przez podmioty niesądowe i poza procesem, orzekający skład w tej sprawie opowiada się za prawem do sądowej kontroli tego typu czynności, jeżeli uzyskane w ich toku dowody mają następnie być wykorzystane w procesie karnym. Zwiększa to gwarancyjność przestrzegania zasad, praw i wolności konstytucyjnie chronionych, nie tylko w toku procesu karnego, ale i poza jego czasowymi ramami, a jednocześnie zapewnia rzetelność samego postępowania karnego.

Przyznanie tej kompetencji sądom stykającym się z materiałami pochodzącymi z czynności operacyjno-rozpoznawczych zarządzonych

w trybie art. 19 ustawy o (...), np. stosującym środki zapobiegawcze, czy też rozpoznającym sprawy karne przeciwko osobom oskarżonym o popełnienie przestępstw z katalogu wymienionego w art. 17 ust. 1 ustawy o (...), pociąga za sobą dalsze komplikacje, związane z brakiem ustawowej definicji pojęcia „wiarygodnej informacji”, a różnym rozumieniem tego pojęcia w doktrynie

i judykaturze (w tym miejscu wypada jedynie odesłać do literatury przedmiotu: odpowiednie tezy z komentarzy do 17-24 ustawy o (...), ale także 19 – 22 ustawy o Policji, S.F. Hoc (red.) J. Kudła, Wiarygodna informacja jako podstawa faktyczna stosowania transakcji pozornej w trybie art. 19a ustawy o Policji, LEX nr 261105, J. Kudła, Glosa do postanowienia SN z dnia 30 listopada 2010 r., III KK 152/10, LEX/el. 2013, R. Kmieciak, Glosa do postanowienia SN z dnia 30 listopada 2010 r., III KK 152/10, OSP 2011, nr 6, poz.65; D. Szumiło-Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego, Warszawa 2012; A. Taracha, Czynności operacyjno-rozpoznawcze aspekty kryminalistyczne

i prawnodowodowe, Lublin 2006; M. Gabriel-Węglowski, Wiarygodna informacja o przestępstwie jako podstawa wdrożenia tzw. zakupu (nabycia) kontrolowanego. Linia orzecznicza. LEX nr 233670- przykładowe wyliczenie).

Termin „wiarygodne informacje o przestępstwie” oznacza, że służby przed właściwą realizacją zakupu czy też kontrolowanej łapówki są zobligowane do przeprowadzenia szeroko rozumianej selekcji przedmiotowej i podmiotowej danej grupy informacji. W oparciu o powyższe działania realizowane generalnie poprzez kombinacje operacyjne przy wsparciu środków technicznych agentury weryfikuje się charakter i zakres wskazanej wyżej wiarygodności związków przestępczych danej osoby lub osób, które w dalszej kolejności będą podlegać np. działaniom o charakterze prowokacji (J. Mąka, Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych, Prok. i Pr. 2010, nr 12, s. 150 i następne). Źródło „wiarygodnych informacji”

o popełnieniu przestępstwa może mieć charakter procesowy, ale i operacyjny. Istotnym jest jakość takiego źródła rozumianego jako cechujące się możliwie jak największym stopniem wiarygodności, jakkolwiek większa ich ilość o mniejszym jej stopniu może być również podstawą zarządzenia zakupu kontrolowanego lub kontrolowanego

przyjęcia korzyści majątkowej, pod warunkiem jednak, że ustalony na ich podstawie stan faktyczny cechuje się wysokim stopniem prawdopodobieństwa (wyrok SA w Katowicach z dnia 11 października 2012 r., II AKa 368/12, LEX nr 1236427). Z analizy orzecznictwa Sądu Najwyższego można przyjąć, że „wiarygodna informacja” wymaga dodatkowego uwiarygodnienia (K. Rogoziński, Wiarygodne informacje o przestępstwie jako przesłanka zarządzenia zakupu kontrolowanego, Prok. i Pr. 2010, nr 10 s. 115), rozumianego jako wskazówka merytoryczna dawana służbom, że jeżeli zamierzają procesowo wykorzystać uzyskane informacje to już dla zarządzenia transakcji pozornej (na etapie czynności operacyjno-rozpoznawczych), powinny je tak oceniać aby swoją wiarygodnością i obszernością przekraczały wymogi, o których mowa w art. 303 kpk. Stosowanie transakcji pozornej powinno stanowić ostateczne ogniwo w całym ciągu zdarzeń związanych z prowadzeniem sprawy operacyjnej. Przy takim rozumieniu i niestosowaniu transakcji pozornej ad hoc zawsze dojdzie do sprostania ustawowemu wymaganiu posiadania wiarygodnej informacji. Dopiero wtedy, po wykonaniu szeregu czynności operacyjno-rozpoznawczych, może nastąpić sprawdzenie wiarygodnej informacji poprzez zastosowanie transakcji pozornej zarządzanej na podstawie art. 19 ustawy o (...). W realiach niniejszej sprawy nie można zapominać, że czynności operacyjno-rozpoznawcze zarządzane w lipcu 2013 r., na podstawie art. 19 ustawy o (...), były poprzedzone stosowaniem i przedłużeniem stosowania kontroli operacyjnej zarządzanych w marcu i czerwcu 2013 r. na mocy postanowień wydanych przez właściwe Sądy Okręgowe, na podstawie art. 17 ustawy o (...), w odniesieniu do oskarżonego M. M. (1), jak i co do osoby, z którą współdziałał – O. P..

Istnieje różnica między „wiarygodnymi informacjami” koniecznymi do zarządzenia operacji specjalnej a dowodami pozwalającymi na wyprowadzanie wniosku o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa. „Wiarygodne informacje” nie muszą przybrać postaci dowodu w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania karnego. Jeżeli takie informacje będą miały wyłącznie charakter operacyjny, to wcale nie musi oznaczać, że nie będą mogły być uznane za wiarygodne, w rozumieniu art. 19 ustawy o (...) i umożliwiać zarządzenia operacji specjalnej. Informacje te muszą być weryfikowane w stopniu umożliwiającym organowi kontrolnemu podjęcie ocen co do legalności działania ówczynie uprawnionych organów. Podstawowym dokumentem pozwalającym na ocenę wiarygodności winien być pisemny wniosek sporządzony w trybie określonym w art. 19 ustawy o (...) (wyrok SA w Katowicach z 15 maja 2015 r. II AKa 26/15, LEX nr 1809497).

W niniejszej sprawie kwestia konieczności ustalenia, jakimi to uzyskanymi wcześniej „wiarygodnymi informacjami” o przestępstwie, jakiego miał dopuścić się oskarżony, dysponowali funkcjonariusze, by zastosować wobec niego techniki operacyjne, po raz pierwszy pojawiła się w uzasadnieniu postanowienia Sądu Okręgowego. Z. o przedłużeniu do 6 lutego 2014 r. tymczasowego aresztowania stosowanego wobec M. M. (1) (k. 271). Prokurator już 5 listopada 2013 r. zasygnalizował (...) potrzebę wypracowania i zajęcia stanowiska w tym przedmiocie. Uzyskał odpowiedź z dnia 7 listopada 2013 r., którą dołączył do akt sprawy (k. 321), z jej treści wynikało, iż wniosek Szefa (...) zawierał szczegółowe uzasadnienie, w którego treści wskazane zostały wiarygodne i wieloźródłowe informacje wskazujące na przestępczy proceder. Zważywszy na zarzuty apelacyjne rozwinięcie treści tej informacji nastąpiło w toku postępowania odwoławczego (informacja opatrzona klauzulą niejawności). Z uwagi na specyfikę pracy operacyjnej, polegającą na pozyskiwaniu informacji z zapewnieniem ochrony środków, form i metod realizacji zadań, ujawnienie pełnej treści ujawnionych informacji mogłyby wiązać się z identyfikacją metody pracy, czy źródła informacji, uzyskanie pełnych materiałów - przedstawianych Szefowi (...) i Prokuratorowi Generalnemu – nie jest możliwe w postępowaniu sądowym, z uwagi na obowiązki (...) wynikające z treści art. 24 ustawy o (...). Niektóre czynności podejmowane przez służby policyjne i specjalne muszą być zachowane w tajemnicy. Do tych czynności należy praca pod przykryciem. Niezbędnym jej elementem jest posługiwanie się dokumentami legalizacyjnymi (szerzej R. Lizak, Dokumenty legalizacyjne w służbach specjalnych, Prok. i Pr. 2013 nr 2, s. 142 i następane).

Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z dnia 2 października 2012r. wydanym w sprawie V. i in. przeciwko Rosji (sprawa nr 24009/07 i 556/10, LEX nr 1221938) ujął w jedną całość wszystkie najistotniejsze przesłanki

wpływające na legalność przeprowadzania przez służby operacji specjalnej z wykorzystaniem transakcji pozornej. Zaliczył do nich posługiwanie się „agentami pod przykryciem” jako dopuszczalną prawnie techniką śledczą pod warunkiem, że będzie ona dotyczyć określonych przestępstw (odpowiedniki przestępstw z art. 17 ust. 1 ustawy o (...)). Trybunał wskazał także na potrzebę zabezpieczenia, tj. gwarancyjności stosowania operacji specjalnej (sytuacje, w których podstawę jej przeprowadzenia będą stanowiły gwarancyjne przesłanki faktyczne i prawne -proceduralne). Kolejną przesłanką wpływającą na pozytywną ocenę wdrożenia na odpowiednim etapie działań operacyjnych procedury, o której mowa w art. 19 ustawy o (...) jest wskazanie przez organy merytorycznych powodów jej przeprowadzenia. W tym przypadku służby powinny dysponować ex ante konkretnymi materiałami operacyjnymi świadczącymi

o prowadzeniu działalności przestępczej, wobec której jest niezbędne i konieczne zastosowanie rozwiązań z wykorzystaniem najbardziej skomplikowanych metod operacyjnych. Ważne jest w tym wypadku ściśle dokumentowanie czynności operacyjnych, które mają znaczenie dla ustalenia wysokiego stopnia wiarygodności informacji. Ustawa nie określa

w szczególności, w jakich formach ma istnieć uzyskana wcześniej wiarygodna informacja, a także nie określa obowiązku pasywności lub bierności funkcjonariuszy uzyskujących (weryfikujących) informację o przestępstwie. Z art. 19 ust. 4 ustawy o (...) wynika jedynie, że podjęte już po wcześniejszym uzyskaniu wiarygodnych informacji czynności operacyjno-rozpoznawcze nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary. Uwiarygodnienie wcześniej uzyskanych informacji wymaga jednak jakiejś formy aktywności funkcjonariuszy. Chodzi bowiem o potwierdzenie, że dana informacja jest prawdziwa, zasługuje na wiarę, jest pewna. Taki walor informacji wymaga podjęcia odpowiednich działań, które muszą być ukierunkowane na sprawdzenie faktu zaistnienia określonych okoliczności będących podstawą uzyskanej informacji oraz zweryfikowania ich rzetelności i prawdziwości (postanowienie SN z 17 listopada 2015 r. III KK 245/15, LEX nr 1930456).

„Wiarygodna informacja” w rozumieniu art. 19 ustawy o (...) oznacza informację wielokrotnie zweryfikowaną, potwierdzoną (w miarę możliwości przez inne źródła osobowe lub nieosobowe) i sprawdzoną analitycznie (analiza kryminalna – zob. J. Konieczny (red.) *Analiza informacji w służbach policyjnych i specjalnych*, Warszawa 2012), pozwalającą swoją wiarygodnością i obszernością w konsekwencji (ex post) na wykorzystanie uzyskanych materiałów z czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym.

W niniejszej sprawie organy (...) wcześniej uzyskały w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych „wiarygodną informację”

o przestępstwie (potwierdzoną i zweryfikowaną w oparciu o wiarygodne i wieloźródłowe informacje wskazujące na przestępczy proceder oskarżonego – informacja k. 321). To właśnie przeprowadzenie transakcji pozornej doprowadziło do sprawdzenia uzyskanych wcześniej w drodze czynności operacyjnych wiarygodnych informacji o przestępstwie, wykrycia sprawców

i uzyskania dowodów (postanowienie SN z dnia 14 stycznia 2004 r. IV KK 200/03, OSNwSK 2004, z. 1 poz. 101). Dla dokonywania prawdziwych ustaleń faktycznych, także podczas czynności, o których mowa w art. 19 ustawy o (...), bowiem są one istotne ex post dla rozszerzenia obowiązków dowodowych stron i oceny przez sąd tzw. dowodów swobodnych oraz tych uzyskanych z naruszeniem prawa (chodzi o owoce zatrutego drzewa), czyli dowody pośrednio skażone, ważne jest przyznanie uprawnienia do badania

i oceny, czy istniała wiarygodna informacja o przestępstwie przed zarządzeniem czynności operacyjno – rozpoznawczych na podstawie art.

19 ustawy o (...). Jest to o tyle ważne, że posługiwanie się prowokacją dla przerwania poważnej przestępczości rodzi zawsze niebezpieczeństwo pomyłek i nadużyć, gdyż założenie wyjściowe o prowadzeniu już przez osobę prowokowaną działalności przestępczej z natury rzeczy oparte jest na podejrzeniach nieopartych dostatecznymi dowodami, bowiem gdyby było inaczej, stosowanie prowokacji byłoby zbyt skuteczne (L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 103; R.A.Stefański, *Prowokacja a niektóre czynności operacyjne* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II pod red. P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, Warszawa 2012; M. Kołodziejczyk, A. Sobiech, *Prawnie dopuszczalne postacie prowokacji*, PiP 2010, z. 11, s. 38-39). Sąd może bowiem wykluczyć z procesu karnego dowody, które jego zdaniem naruszają rzetelność postępowania (J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, R. V, pkt

1.4; P. Wiliński, Modelowe założenia procesu karnego w świetle europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka [w:] Kontradiktoryjność w polskim procesie karnym (red. P. Wiliński).

Jednakże w realiach niniejszej sprawy na bezprawność działań funkcjonariuszy (...) nie wskazują żadne okoliczności (w tym miejscu należy pominąć podniesione przez oskarżonego podczas ostatniego przesłuchania okoliczności dotyczące zachowania względem niego funkcjonariuszy (...)) ocena tych elementów towarzyszących prowokacji na obecnym etapie byłaby przedwczesna, a nastąpić będzie mogła dopiero po ocenie i ewentualnym przyjęciu, że zarządzenie na podstawie art. 19 ustawy

o (...) czynności operacyjno-rozpoznawczych nastąpiło w sposób niewadliwy, a dowody uzyskane w ich wyniku mogą być wykorzystane

w procesie karnym). Brak jest podstaw – na co zwraca uwagę Skarżący - do kwestionowania poprawności postępowania innego organu, postępowania prowadzonego zgodnie z ustawą i poddanego kontroli innego organu, w tym wypadku Prokuratora Generalnego. Tymczasem Sąd Okręgowy zakwestionował wydane przez te organy decyzje (brak wiarygodnych informacji o przestępstwie) i to powołując się na zasadę samodzielności jurysdykcyjnej z art. 8 § 2 k.p.k., jakby dawała mu nieograniczone prawo do wnikania w materię odformalizowaną, niejawną i ze swojej natury nieprocesową. Z zarzutem tym należy się zgodzić, a także z twierdzeniem apelującego, że Sąd zastąpił ustalenia wynikające z ujawnionych na rozprawie okoliczności swoistym domniemaniem opartym na wnioskowaniu, że okoliczności te nie zawierają informacji co do legalności czynności operacyjnych, a zatem że zostały podjęte zostały nielegalnie.

Sąd Okręgowy, wydając zaskarżone orzeczenie, nie wziął jednak pod uwagę tego, że o zaistnieniu sytuacji opisanej w art. 5 § 2 k.p.k. można mówić tylko wówczas, gdy pomimo podjęcia starań nie zgromadzono dowodów, które pozwoliłyby na usunięcie istniejących w sprawie wątpliwości. Oczywiście ciężar dowodu w procesie karnym spoczywa na oskarżycielu i to Prokurator ma obowiązek udowodnić brak wadliwości oferowanych przez niego dowodów (także, że oskarżony nie był w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych nakłaniany do przestępstwa). Tymczasem nie zasygnalizował w żadnym momencie postępowania, że ma wątpliwości co do wiarygodności informacji, a Prokurator zakładał, że uzyskana przez niego w toku śledztwa informacja (k. 321) w tym zakresie była wystarczająca, nie przejawiał zatem inicjatywy dowodowej. W takiej sytuacji, jeżeli nie zrobił tego Prokurator, do Sądu I instancji należało zbadanie związanych z jego wątpliwościami faktów i podjęcie kroków koniecznych, aby ujawnić prawdę. Dopiero podjęcie właściwych czynności pozwoliłoby na przyjęcie, czy istnieją rzeczywiste i niedające się usunąć wątpliwości co do istnienia wiarygodnej informacji o przestępstwie przed wydaniem decyzji w trybie art. 19 ustawy o (...).

Wynikająca z zasady domniemania niewinności zasada in dubio pro reo ma zastosowanie tylko wtedy, gdy pomimo przeprowadzenia wszystkich dostępnych dowodów pozostają w dalszym ciągu niewyjaśnione okoliczności. Tylko w takiej sytuacji niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego. Reguła określona w art. 5 § 2 k.p.k. nie obowiązuje przy ocenie dowodów. Zasada określona w tym przepisie nigdy i w niczym nie ogranicza swobodnej oceny dowodów. Jeżeli więc z materiału dowodowego wynikają różne wersje wydarzenia, to nie można apriorycznie zakładać, iż zachodzą niedające się usunąć wątpliwości. W takim wypadku Sąd jest zobowiązany do dokonania ustaleń właśnie na podstawie oceny dowodów respektującej dyrektywę art. 7 k.p.k. Dopiero po wykorzystaniu wszelkich możliwości dowodowych i ocennych, gdy mimo tego wątpliwości nie daje się usunąć należy je wytłumaczyć w sposób korzystny dla oskarżonego. Sąd nie skorzystał z dyspozycji art. 167 kpk (w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r., bo znowelizowane brzmienie tego przepisu nie ma zastosowania w niniejszej sprawie z uwagi na treść art. 36 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. 2013, poz. 1247 ze zm.), zaniechał dopuszczenia dowodów z urzędu, które pozwoliłyby na usunięcie wątpliwości, które powziął. Odwołanie się do art. 5 § 2 k.p.k. było dowolne i arbitralne. Reguła z art. 5 § 2 k.p.k. nie może być wykorzystywana do uproszczonego traktowania wszelkich zachodzących w procesie wątpliwości. Aktywizacja w procesie karnym działania nakazu rozstrzygnięcia wątpliwości w kierunku korzystnym dla oskarżonego następuje dopiero w ostateczności (wyrok SN z 15 stycznia 2015 r. V KK 36/14, Prok. i Pr. Orz. 2015, z. 5 poz. 14). W szczególności wówczas, gdy po przeprowadzeniu wszystkich możliwych i

pomocnych dla wyjaśnienia danej kwestii dowodów i przeprowadzeniu ich oceny w sposób respektujący wymogi art. 7 k.p.k. oraz dokonaniu wynikłej z tej oceny ustaleń, nadal istnieją co do danej kwestii nieusuwalne wątpliwości, wtedy dopiero można i należy wytłumaczyć je na korzyść oskarżonego. Zasadą in dubio pro reo nie można się posiłkować dla ukrycia swojej niepewności czy to w zakresie oceny dowodów, czy też dokonywania ustaleń faktycznych, czy jak w niniejszej sprawie wątpliwości co do decyzji o dopuszczalności skorzystania ze źródeł i środków dowodowych.

Kierując się omówionymi powyżej względami, Sąd Apelacyjny, uznając zasadność zarzutów podniesionych w apelacji Prokuratora, orzekł na podstawie art. 437 § 2 kpk, art. 449 kpk i art. 456 kpk o uchyleniu zaskarżonego wyroku i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Przemyślu.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd ten powinien podjąć próbę przeprowadzenia niezbędnych dowodów, które pozwolą mu na podjęcie decyzji o dopuszczeniu bądź oddaleniu zawnioskowanych w akcie oskarżenia dowodów. Sprawdzenia czy zostały dochowane warunki dopuszczalności procesowego wykorzystania materiałów operacyjnych zgromadzonych przez służbę taką jak (...) jako dowodów w procesie karnym, może dokonać jeszcze przed rozpoczęciem przewodu sądowego, tak aby oskarżyciela publicznego nie pozbawiać – jak w poprzednim postępowaniu – możliwości aktywnego wywiązania się ze spoczywających na nim obowiązków dowodowych. Niewątpliwie bowiem warunkiem niezbędnym dopuszczalności oparcia wyroku na materiałach operacyjnych, a więc uzyskanych w wyniku podsłuchu, podglądu, prowokacji jest dochowanie przez organy i funkcjonariuszy prowadzących te czynności skrupulatnej zgodności z ustawą, w oparciu o którą działają, a następnie przez prokuratorów i sąd dokonujących rygorystycznej kontroli legalności tych działań. Dlatego też oskarżyciel, opierając na takich dowodach akt oskarżenia, musi liczyć się z koniecznością podjęcia także w toku postępowania sądowego dalszych czynności dowodowych, jeżeli pojawiają się jakiegokolwiek zastrzeżenia co do trybu i sposobu przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych. Przy bierności Prokuratora Sąd nie może jednak zaniechać aktywności dowodowej, musi podjąć inicjatywę dowodową i próbę usunięcia wątpliwości. Ta konieczność wynika zarówno z obowiązku czynienia prawidłowych ustaleń faktycznych w oparciu o całokształt materiału dowodowego, ocenionego w sposób obiektywny i z zachowaniem dyspozycji art. 7 k.p.k., ale i z obowiązku realizacji celów postępowania karnego określonych m.in. w art. 2 k.p.k., bez uciekania się do uproszczeń. Taka postawa zapobiega naruszaniu konstytucyjnych zasad demokratycznego państwa prawnego oraz konwencyjnych reguł rzetelnego procesu karnego.