

Sygnatura akt II AKa 213/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Stanisław Rączkowski (spr.)

Sędziowie: SSA Grzegorz Kapera

SSA Zdzisław Pachowicz

Protokolant: Anna Czarniecka

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej we Wrocławiu Jarosława Gajka

po rozpoznaniu w dniach 11 i 27 kwietnia 2017 r.

sprawy **D. D. (1)** i **M. K. (1)**

oskarżonych o czyn z art. 230 § 1 kk i art. 13 § 1 kk w związku z art. 286 § 1 kk w związku z art. 294 § 1 kk i art. 286 § 1 kk w związku z art. 11 § 2 kk,

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 20 kwietnia 2016 r. sygn. akt III K 276/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnia oskarżonych D. D. (1) i M. K. (1) od popełniania zarzucanego im czynu,

II. koszty postępowania w sprawie zalicza na rachunek Skarbu Państwa.

UZASADNIENIE

D. D. (1) został oskarżony o to, że :

w okresie od września do 18 grudnia 2007 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu z M. K. (1), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej powoływał się wobec J. W. (1) na wpływy w Urzędzie Miasta we W. i jego poszczególnych jednostkach organizacyjnych i podjął się doprowadzenia do: sporządzenia przez pracowników (...) i (...) Urzędu Miasta we W. wniosku o zmianę „(...) W.”, uchwalonego w dniu 6 lipca 2006 r. przez Radę Miejską W., o takiej treści, aby na terenie położonym przy ul. (...) we W., działka Nr (...) obręb W., przeznaczonym obecnie na cele związane z aktywnością gospodarczą stanowiącym własność W. B. (1), możliwe było wybudowanie zespołu budynków wielorodzinnych, łącznie z biurowo-usługowymi, handlowymi i hotelowymi, a następnie skierowania go pod obrady i przyjęcia przez Radę Miasta W., doprowadzenia do opracowania przez Urząd Miasta W. odpowiedniego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, przyjęcia go przez Radę Miasta W., wydania warunków zabudowy i zagospodarowania terenu i ostatecznie uzyskania przez właściciela działki pozwolenia na budowę zespołu takich budynków, o powierzchni użytkowej co najmniej 120.000 m⁽²⁾, w zamian za korzyść majątkową w kwocie nie mniejszej niż 2.000.000 zł dla siebie i M. K. (1), jednocześnie usiłował doprowadzić J. W. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, w łącznej kwocie nie mniejszej niż 3.000.000 zł, przekazując mu informacje i utwierdzając

swoim zachowaniem w błędnym przekonaniu, iż załatwienie tej sprawy możliwe jest jedynie poprzez wręczenie tej łącznej kwoty jako korzyści majątkowej za pośrednictwem jego i M. D. (1) (...) i (...) Urzędu Miejskiego G. R. i innym urzędnikom, i w ten sposób w dniu 18 grudnia 2007r doprowadził J. W. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem innej osoby w postaci pieniędzy w kwocie 200.000 zł, którą przekazał on D. D. (1) i M. K. (1) będąc przekonany, że stanowi ona pierwszą ratę korzyści majątkowej dla osób pełniących funkcje publiczne,

- tj. o czyn z art. 230 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

M. K. (1) został oskarżony o to, że:

w okresie od września do 18 grudnia 2007 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu z D. D. (1), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej powoływał się wobec J. W. (1) na wpływy w Urzędzie Miasta we W. i jego poszczególnych jednostkach organizacyjnych i podjął się doprowadzenia do: sporządzenia przez pracowników (...) i (...) Urzędu Miasta we W. wniosku o zmianę „(...) W.”, uchwalonego w dniu 6 lipca 2006 r. przez Radę Miejską W., o takiej treści, aby na terenie położonym przy ul. (...) we W., działka Nr (...) obręb W., przeznaczonym obecnie na cele związane z aktywnością gospodarczą, stanowiącym własność W. B. (1), możliwe było wybudowanie zespołu budynków wielorodzinnych, łącznie z biurowo - usługowymi, handlowymi i hotelowymi, a następnie skierowania go pod obrady i przyjęcia przez Radę Miasta W., doprowadzenia do opracowania przez Urząd Miasta W. odpowiedniego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, przyjęcia go przez Radę Miasta W., wydania warunków zabudowy i zagospodarowania terenu i ostatecznie uzyskania przez właściciela działki pozwolenia na budowę zespołu takich budynków, o powierzchni użytkowej co najmniej 120.000 m⁽²⁾, w zamian za korzyść majątkową w kwocie nie mniejszej niż 2.000.000 zł dla siebie i D. D. (1), jednocześnie usiłował doprowadzić J. W. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, w łącznej kwocie nie mniejszej niż 3.000.000 zł, przekazując mu informacje i utwierdzając swoim zachowaniem w błędnym przekonaniu, iż załatwienie tej sprawy możliwe jest jedynie poprzez wręczenie tej łącznej kwoty jako korzyści majątkowej za pośrednictwem jego i D. D. (2) (...) i (...) Urzędu Miejskiego G. R. i innym urzędnikom, i w ten sposób w dniu 18 grudnia 2007r doprowadził J. W. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem innej osoby w postaci pieniędzy w kwocie 200.000 zł, którą przekazał on M. K. (1) i D. D. (1) będąc przekonany, że stanowi ona pierwszą ratę korzyści majątkowej dla osób pełniących funkcje publiczne,

- tj. o czyn z art. 230 § 1 k.k. i art.13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2016 r. o sygn. akt III K 276/15 :

I. oskarżonego **D. D. (1)** uznał winnym tego, że w okresie od 10 do 18 grudnia 2007 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu z M. K. (1), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, powoływał się wobec J. W. (1) na wpływy w Urzędzie Miasta we W. i jego poszczególnych jednostkach organizacyjnych i podjął się doprowadzenia do: sporządzenia przez pracowników (...) i (...) Urzędu Miasta we W. wniosku o zmianę „(...) W.”, uchwalonego w dniu 6 lipca 2006r. przez Radę Miejską W., o takiej treści, aby na terenie położonym przy ul. (...) we W., działka Nr (...) obręb W., przeznaczonym obecnie na cele związane z aktywnością gospodarczą stanowiącym własność W. B. (1), możliwe było wybudowanie zespołu budynków wielorodzinnych, łącznie z biurowo-usługowymi, handlowymi i hotelowymi, a następnie skierowania go pod obrady i przyjęcia przez Radę Miasta W., doprowadzenia do opracowania przez Urząd Miasta W. odpowiedniego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, przyjęcia go przez Radę Miasta W., wydania warunków zabudowy i zagospodarowania terenu i ostatecznie uzyskania przez właściciela działki pozwolenia na budowę zespołu takich budynków, o powierzchni użytkowej co najmniej 120.000 m⁽²⁾, w zamian za korzyść majątkową w kwocie nie mniejszej niż 2.000.000 zł dla siebie i M. K. (1), czym usiłował doprowadzić J. W. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w tej kwocie, przekazując mu informacje i utwierdzając swoim zachowaniem w błędnym przekonaniu, iż załatwienie tej sprawy możliwe jest jedynie poprzez wręczenie kwoty co najmniej 500.000 złotych jako korzyści majątkowej za pośrednictwem jego i M. D. (1) (...) i (...) Urzędu Miejskiego G. R. i innym urzędnikom, i w ten sposób w dniu 18 grudnia 2007r doprowadził J. W. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem

innej osoby w postaci pieniędzy w kwocie 200.000 zł, którą przekazał on D. D. (1) i M. K. (1) będąc przekonanym, że stanowi ona pierwszą ratę korzyści majątkowej dla osób pełniących funkcje publiczne, tj. czynu z art. 230 § 1 k.k. i art.13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk oraz art. 33 § 1 i 3 kk wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności i 200 (dwieście) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 500 (pięćset) złotych;

II. oskarżonego **M. K. (1)** uznał winnym tego, że w okresie od 10 do 18 grudnia 2007 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu z D. D. (1), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, powoływał się wobec J. W. (1) na wpływy w Urzędzie Miasta we W. i jego poszczególnych jednostkach organizacyjnych i podjął się doprowadzenia do: sporządzenia przez pracowników (...) i (...) Urzędu Miasta we W. wniosku o zmianę „(...) W.”, uchwalonego w dniu 6 lipca 2006r. przez Radę Miejską W., o takiej treści, aby na terenie położonym przy ul. (...) we W., działka Nr (...) obręb W., przeznaczonym obecnie na cele związane z aktywnością gospodarczą stanowiącym własność W. B. (1), możliwe było wybudowanie zespołu budynków wielorodzinnych, łącznie z biurowo-usługowymi, handlowymi i hotelowymi, a następnie skierowania go pod obrady i przyjęcia przez Radę Miasta W., doprowadzenia do opracowania przez Urząd Miasta W. odpowiedniego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, przyjęcia go przez Radę Miasta W., wydania warunków zabudowy i zagospodarowania terenu i ostatecznie uzyskania przez właściciela działki pozwolenia na budowę zespołu takich budynków, o powierzchni użytkowej co najmniej 120.000 m⁽²⁾, w zamian za korzyść majątkową w kwocie nie mniejszej niż 2.000.000 zł dla siebie i D. D. (3), czym usiłował doprowadzić J. W. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w tej kwocie, przekazując mu informacje i utwierdzając swoim zachowaniem w błędnym przekonaniu, iż załatwienie tej sprawy możliwe jest jedynie poprzez wręczenie kwoty co najmniej 500.000 złotych jako korzyści majątkowej za pośrednictwem jego i D. D. (2) (...) i (...) Urzędu Miejskiego G. R. i innym urzędnikom, i w ten sposób w dniu 18 grudnia 2007r doprowadził J. W. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem innej osoby w postaci pieniędzy w kwocie 200.000 zł, którą przekazał on D. D. (1) i M. K. (1) będąc przekonanym, że stanowi ona pierwszą ratę korzyści majątkowej dla osób pełniących funkcje publiczne, tj. czynu z art. 230 § 1 k.k. i art.13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 294 § 1 kk w zw. z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 11 § 3 kk oraz art. 33 § 1 i 3 kk wymierzył mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności i 200 (dwieście) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 500 (pięćset) złotych;

III. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonym okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania w dniach i tak:

- oskarżonemu D. D. (1) w dniach od 18 do 24 grudnia 2007 roku;

- oskarżonemu M. K. (1) w dniach od 18 do 24 grudnia 2007 roku;

IV. na podstawie art. 44 § 1 k.p.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa i zarządził pozostawienie w aktach sprawy dowodów rzeczowych wymienionych w wykazie dowodów rzeczowych nr 1/40/08 na k. 446 – 449, w poz. 3,10-14, (Drz 484/08-489/08);

V. zasądził od oskarżonych D. D. (1) i M. K. (1) na rzecz oskarżyciela posiłkowego J. W. (1) kwotę po 2.280 (dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

VI. zasądził od oskarżonych na rzecz Skarbu Państwa koszty procesu w częściach równych, ustalając wysokość należnej opłaty na kwotę po 20.400 (dwadzieścia tysięcy czterysta) złotych.

Powyższy wyrok w całości zaskarżyli oskarżeni apelacjami swych obrońców.

W apelacji sporządzonej przez adw. J. G. (2) – obrońcy obu oskarżonych - zarzucono :

I.mającą wpływ na jego treść obrazę przepisów postępowania, a to:

A. art. 393 § 1 k.p.k. w zw. z art. 19 ust. 5 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, poprzez naruszające standard rzetelnego procesu karnego włączenie w poczet materiału dowodowego oraz uznanie za podstawę dokonywania relewantnych ustaleń faktycznych informacji pochodzących z operacji (...) o kryptonimie (...), mimo uznania, że nie zostały spełnione ustawowe przesłanki przeprowadzenia tego rodzaju operacji oraz stwierdzenia, że działania osoby współpracującej z (...) J. W. (1) – stanowiły formę nakłaniania oskarżonych do popełnienia przestępstwa.

B. art. 168a k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 15 kwietnia 2016 r. poprzez nieprawidłowa wykładnię polegającą:

- na błędnym odczytaniu jego końcowego fragmentu, zawierającego wyliczenie wyjątków od zasady, zgodnie z którą nie można uznać nielegalnie pozyskanego dowodu za niedopuszczalny, a dotyczących sytuacji, w których dowód uzyskano:

- w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności;

- na przyjęciu, że przepis ten – wykluczający możliwość uznania dowodu 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 k.k. – mógł znaleźć zastosowanie także w przypadku, gdy wszedł w życie dopiero na etapie wyrokowania, a zatem poprzez zastosowanie tego przepisu z mocą wsteczną, czyli po przeprowadzeniu dopuszczonych (choć w świetle obowiązującego w tym czasie stanu prawnego niedopuszczalnych) dowodów, zamknięciu przewodu sądowego i udzieleniu głosu stronom, co nastąpiło wyłącznie ze względu na odroczenie wydania wyroku.

C. art. 7 k.p.k. – polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny zgromadzonych w sprawie dowodów, w szczególności zaś materiałów pochodzących z operacji specjalnej (...) o kryptonimie „(...)”, zeznań J. W. (1) oraz wyjaśnień oskarżonych, co doprowadziło do:

- niekonsekwentnego i wewnętrznie sprzecznego przyjęcia, że – z jednej strony – materiały te pochodzą z przeprowadzonych w sposób nielegalny czynności operacyjno-rozpoznawczych i jako takie nie powinny stanowić podstawy dokonywania relewantnych ustaleń faktycznych, a jednocześnie, że – w drugiej strony – wobec braku ich jednoznacznej wiarygodności możliwe jest ich dowodowe, choć jedynie posiłkowe wykorzystanie przy dokonywaniu ustaleń faktycznych;

- nieprawidłowej oceny stopnia winy możliwego do przypisania oskarżonym, z pominięciem długotrwałości oraz intensywności nacisków wywieranych na oskarżonych, skutkujących powstaniem anormalnej sytuacji motywacyjnej, w jakiej prowokowani do zachowań korupcyjnych oskarżeni podjęli decyzję, aby – wyłącznie w relacjach z domagającym się od nich określonej aktywności J. W. (1) – zaakceptować sugerowany przez świadka „scenariusz” załatwienia sprawy.

D. art. 49 § 1 k.p.k. poprzez błędne uznanie J. W. (1) za pokrzywdzonego czynami, których popełnienie zostało przypisane oskarżonym, mimo jednoznacznego wskazania już w opisie czynów, że stanowiące przedmiot czynności wykonawczej mienie w postaci gotówki w wysokości 200.000 zł stanowiło własność innej niż J. W. (1) osoby, a tym samym nie doszło do bezpośredniego zagrożenia ani narażenia dobra prawnego należącego do J. W. (1).

II.obrazę prawa materialnego, a to: art. 286 § 1 k.k., stanowiącą rezultat błędnej interpretacji znamion strony przedmiotowej stypizowanego w tym przepisie przestępstwa, w tym w szczególności:

A. błędnej interpretacji znamienia, które w ustawowym opisie przestępstwa oszustwa ujęte jest jako (wywoływany lub wykorzystywany) błąd, w jakim znajduje się osoba dokonująca czynności zakwalifikowanej jako rozporządzenie mieniem, która to błędna interpretacja wyraża się w uznaniu, że pozostaje w tego rodzaju błędzie osoba przekazująca oskarżonym korzyść majątkowa, mającą stanowić – wedle ich zapewnienia – wręczany osobie pełniącej funkcję publiczną ekwiwalent (tzw. łapówkę) w zamian za załatwienie sprawy, mimo że jednocześnie świadoma jest tego, że:

- przekazanie oskarżonym korzyści jest czynnością operacyjno-rozpoznawczą, o jakiej mowa w art. 19 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2006 r., nr 104, poz. 108 z późn. zm.);

- środki stanowiące korzyść – niezależnie od sposobu ich „zagospodarowania” przez osoby przyjmujące (oskarżonych) – wróćą do podmiotu, od którego pochodzą ((...));

- w zamian za przekazaną oskarżonym korzyść sprawa nie zostanie załatwiona, a – tym samym – niedostrzeżenia, że immanentnie związany z przestępstwem oszustwa błąd oznacza rozbieżność między rzeczywistością, w jakiej rozporządzenia mieniem dokonuje osoba oszukiwana a odzwierciedleniem istotnych z punktu widzenia dokonywanego rozporządzenia elementów rzeczywistości w świadomości tejże osoby, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz poczynionych na jego podstawie ustaleń faktycznych wynika, że w tego rodzaju błędzie J. W. (1) nie pozostawał.

B. błędnej interpretacji znamienia, które charakteryzuje skutek przestępstwa oszustwa jako niekorzystne rozporządzenie mieniem, a wyrażającej się w uznaniu, że tego rodzaju rozporządzeniem jest będące czynnością operacyjno-rozpoznawczą, o jakiej mowa w art. 19 ustawy z dnia 9 czerwca o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2006 r., nr 104, poz. 108 z późn. zm.), przekazanie środków innej osobie, o których już w chwili przekazywania wiadomości, że wróćą do podmiotu, od którego pochodzą, a zatem w sytuacji, gdy kontrolowana czynność przekazania środków nie prowadzi, ani nawet nie może prowadzić do jakiegokolwiek zmiany, w tym zwłaszcza pogorszenia sytuacji majątkowej takiego podmiotu (nie jest więc niekorzystna z punktu widzenia jego interesów), a ponadto nie stanowi zadysponowania tymi środkami na czyjąkolwiek rzecz, lecz – będąc elementem zaplanowanej prowokacji – traktowana jest instrumentalnie jako ewentualny dowód tego, że osoba prowokowana środki takie mogłaby przyjąć, gdyby doszło do rzeczywistego nimi rozporządzenia.

C. braku związku przyczynowego pomiędzy stanem świadomości i wiedzy osoby uczestniczącej w operacyjno-rozpoznawczej czynności przekazywania przez nią środków a skutkiem należącym do znamion przestępstwa oszustwa w postaci niekorzystnego rozporządzenia mieniem w sytuacji, gdy osoba wręczająca środki zdaje sobie sprawę, że uczestniczy w kontrolowanym przekazywaniu korzyści majątkowej oraz, że – co oczywiste – żadna jej sprawa, mimo przekazania korzyści (stanowiącej pozorny ekwiwalent), nie zostanie załatwiona, zaś samą tego rodzaju czynność wykonuje nie dlatego, aby w ten sposób rozporządzić przekazywanymi środkami, lecz by osiągnąć efekt, jaki wiąże się z prowokacją zmierzającą do wykazania, iż poddawana jej osoba gotowa byłaby środki takie przyjąć, co – innymi słowy – oznacza, że przyczyną przekazywania korzyści nie jest popełniany przez osobę przekazującą korzyść błąd (w jaki miała być jakoby wprowadzona), lecz w pełni świadome, dobrowolne uczestnictwo w czynności operacyjno-rozpoznawczej.

D. poprzez przyjęcie, że osobą rozporządzającą mieniem jest podmiot, który ogranicza się do wykonania czynności polegającej na wręczeniu środków należących do innego podmiotu (w rozpoznawanej sprawie – (...)) potencjalnemu sprawcy przestępstwa oszustwa, nie zaś ten inny podmiot, który – kontrolując w sposób operacyjny przebieg tego rodzaju czynności oraz jej następstwa – decyduje zarówno o wręczeniu mienia, oraz okolicznościach w jakich ono następuje, a także przekazuje środki na ten cel przeznaczone, a jednocześnie w dowolnie wybranym momencie przeprowadzanej czynności może odzyskać władztwo nad nimi.

III.obrazę prawa materialnego, a to: art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k., wyrażającą się w uznaniu, że osobą nadającą się do wprowadzenia w błąd oraz doprowadzenia jej do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (a więc przedmiotem czynności wykonawczych przestępstwa oszustwa) jak również taka osoba, która zdaje sobie sprawę z tego, że – deklarując (w istocie dla pozoru) wręczenie korzyści majątkowej – uczestniczy w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych oraz że środki, jakie w przyszłości miałyby zostać wręczone, nie zostaną jednak przekazane oraz nie posłużą do załatwienia sprawy, a tym samym stan świadomości takiej osoby oraz jej zaangażowanie w czynności o jakich mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2006 r., nr 104, poz. 108 z późn. zm.) wyklucza ex ante możliwość wprowadzenia jej w błąd oraz doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, przez co staje się ona obiektem niezdatnym do popełnienia na nim przestępstwa oszustwa.

W konsekwencji postawionych zarzutów sformułowano wnioszek, aby Sad odwoławczy, korzystając z uprawnień przewidzianych w art. 437 § 1 i 2 k.p.k. zmienił zaskarżony wyrok i – orzekając odmiennie co do istoty sprawy – uniewinnił oskarżonych D. D. (1) oraz M. K. (1) od zarzutu popełnienia przypisanych im czynów, albo też – jeśliby orzeczenie reformatoryjne okazało się niemożliwe – uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

W apelacji obrońcy oskarżonego M. K. (1) sporządzonej przez adw. A. P. zarzucono:

I.obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść orzeczenia w postaci:

1. art. 7 i art. 410 k.p.k. w zw. z art. 13 ust. 1 pkt 1 i ust. 4, art. 17 ust. 1 i art. 19 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2012 r., poz. 621; dalej: „ustawa o CBA”) w zw. z art. 2, art. 7, art. 30 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, poprzez przyznanie waloru dowodu obciążającego oskarżonego w sprawie i czynienie w tym zakresie ustaleń faktycznych niekorzystnych dla oskarżonego na podstawie materiałów uzyskanych przez (...) w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych podjętych i prowadzonych wobec oskarżonego z naruszeniem dopuszczalnych prawem ram tychże czynności, a w szczególności uzyskanych w wyniku zastosowania nielegalnej prowokacji policyjnej oraz na skutek działań sprzecznych z nakazem poszanowania godności ludzkiej oraz przestrzegania i ochrony praw człowieka niezależnie od jego płci i przekonań politycznych, a co za tym idzie z naruszeniem zasady rzetelności postępowania karnego i sprawiedliwości proceduralnej.

2. art. 19 ustawy o CBA w zw. z art. 7, art. 393 § 1 k.p.k., art. 410 k.p.k. w zw. z art. 2, art. 7, art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, poprzez wykorzystanie jako dowodu w postępowaniu materiałów uzyskanych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na wręczeniu korzyści majątkowej, mimo iż brak było wiarygodnej informacji o przestępstwie, a więc uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem.

3. art. 14 ust. 1 pkt 6 ustawy o CBA w zw. z art. 7 i art. 410 k.p.k. poprzez przyjęcie, iż materiał zgromadzony przez funkcjonariuszy (...) w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych w postaci nagrań dźwięku dokonanych za pomocą środków technicznych w trakcie zdarzeń z udziałem oskarżonych, jako uzyskany w miejscach innych niż publiczne, może stanowić dowodów w sprawie i być podstawą niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń faktycznych, w sytuacji gdy (...) uprawnione jest jedynie do dokonywania nagrań w miejscach publicznych.

4. art. 167 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 366 k.p.k. poprzez zaniechanie przez Sąd podjęcia inicjatywy dowodowej i oddalenie wniosków dowodowych obrońcy oskarżonego:

1) złożonych w piśmie z dnia 21 września 2015 r. i ponownie podniesionych w toku niniejszego postępowania o przeprowadzenie następujących dowodów:

- wniosku o skierowanie do Instytutu Ekspertyz Sądowych im. prof. dr Jana Sehna w Krakowie celem uzyskania opinii fonoskopijnej nagrań z zarejestrowanych spotkań J. W. (1) z oskarżonymi na okoliczność braku zgodnego z treścią rozmów przekładu dokonanego przez (...) oraz uzasadnionych wątpliwości dotyczących możliwej manipulacji w przekładach,

- przesłuchania Agenta (...) T. T., Szefa (...) M. K. (2) oraz Zastępcy Szefa (...) M. W. (1), na okoliczność powzięcia uzasadnionych wiadomości o przestępstwie łapownictwa, należytej weryfikacji uzyskanych wiadomości, dowodów uzasadniających skierowanie wniosku o wyrażenie zgody na przeprowadzenie kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej i zasadności przeprowadzenia tej akcji,

- przesłuchania świadka S. P. w związku z nowymi okolicznościami w sprawie i uprawdopodobnionym podejrzeniem zatajenia prawdy,

- zobowiązanie Prokuratury do dostarczenia oraz okazania dowodów na okoliczność uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa, w szczególności:

- a. dowodów z nagrań rozmów o charakterze korupcyjnym pomiędzy D. D. (1) a T. O. oraz G. R.,
- b. dowodów na okoliczność spotkania w składzie trzyosobowym D. D. (1) z dwoma urzędnikami Urzędu Miasta W. G. R. oraz T. O. wraz z określeniem daty, godziny i miejsca spotkania oraz okoliczności przebiegu rozmowy,
- c. dowodów na okoliczność żądania przez G. R. od D. D. (1) kwoty łapówki 500.000 zł za „załatwienie” warunków zabudowy dla ul. (...),
- d. dowodów na okoliczność żądania przez G. R. od M. L. kwoty łapówki 500.000 zł za „załatwienie” warunków zabudowy dla ul. (...),
- e. dowodu w postaci koncepcji i projektu osiedla mieszkaniowego wykonanego przez (...) rzekomo w okresie lipiec-października 2007 r.,
- f. dowodu w postaci ustalenia z którą ze spółek firmy (...) powiązaną z R. K. rzekomo W. B. (1) podpisał przedwstępną umowę sprzedaży nieruchomości położonej przy ul. (...) we W.,
- g. dowodu w postaci podpisanej umowy pomiędzy W. B. (1) a spółką (...), dowodu w postaci ustalenia danych personalnych osób z ramienia spółki (...), rzekomo prowadzących negocjacje z W. B. (1) w sprawie umowy przedwstępnej sprzedaży nieruchomości położonej przy ul. (...) we W.;

- przeprowadzenie dowodu z pełnego odpisu zeznań świadka J. W. (1) złożonych przed Prokuraturą Apelacyjną w Poznaniu,

- przeprowadzenie dowodu z konfrontacji:

- a. pomiędzy J. W. (1) a W. B. (1) – wobec złożonych rozbieżnych zeznań,
- b. pomiędzy J. W. (1) a P. W. – wobec złożonych rozbieżnych zeznań,
- c. pomiędzy J. W. (1) a M. K. (1) – wobec złożonych rozbieżnych zeznań;

- przeprowadzenie dowodu z odtworzenia zarejestrowanego przez (...) spotkania M. K. (1) z J. W. (1) w lokalu mieszczącym się w O. przy ul. (...) -10 w dniu 13 grudnia 2007 r.,

- przeprowadzenie dowodu z odtworzenia zarejestrowanego przez (...) spotkania M. K. (1) z J. W. (1) w siedzibie (...) mieszczącego się we W. przy ul. (...) w dniu 14 grudnia 2007 r.,

- zobowiązanie do przedłożenia przez (...):

- a. wszystkich nagrań rejestrowanych od początku lipca 2007 r. (tj. od dnia dokonania pierwszej rejestracji przez J. W. (1)) do 10 grudnia 2007 r.,
- b. wszystkich rozmów telefonicznych pomiędzy D. D. (1) a M. K. (1) rejestrowanych od początku lipca 2007 r. (tj. od dnia dokonania pierwszej rejestracji przez J. W. (1)) do 10 grudnia 2007 r.,
- c. wszystkich rozmów telefonicznych pomiędzy D. D. (1) a urzędnikami Urzędu Miasta W. od początku lipca 2007 r. (tj. od dnia dokonania pierwszej rejestracji przez J. W. (1)) do 10 grudnia 2007 r.,
- d. dokumentów zezwalających na rejestrację spotkań od końca września 2007 r. do 16 października 2007 r.,

e. dokumentów zezwalający na podsłuch oraz rejestrację rozmów telefonicznych pomiędzy D. D. (1) a klientami oskarżonego od dnia 12 października 2007 r.

1) złożonych w piśmie z dnia 2 kwietnia 2016 r. o przeprowadzenie następujących dowodów:

- przekładu dokonanego przez M. K. (1) fragmentów nagrania z dnia 7 grudnia 2007 r. przedłożonego jako dowód w postępowaniu przez funkcjonariuszy (...) na okoliczność różnicy pomiędzy przekładem dokonanym przez (...) a przekładem dokonanym przez M. K. (1),

- przesłuchania w charakterze świadka R. K. na okoliczność umowy zawartej z W. B. (1) na zakup nieruchomości położonej we W. przy ul. (...) za kwotę 100 mln zł;

co uniemożliwiło dojście do prawdy materialnej w niniejszej sprawie, jak również naruszyło prawo do obrony.

1. art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. i art. 7 k.p.k. poprzez uwzględnienie w uzasadnieniu wyroku jedynie okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonego oraz wydanie wyroku na podstawie jedynie części dowodów, w szczególności na podstawie wyjaśnień M. K. (1), a także nie uwzględnienie przy ich ocenie zasad prawidłowego rozumowania oraz wiedzy i zasad doświadczenia, co przejawiało się w szczególności poprzez:

1) ustalenie w sposób sprzeczny z zasadami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego oraz ujawnionymi w sprawie dowodami, że J. W. (1) zawiadomił o propozycji korupcyjnej agentów (...), gdy tej wersji przeczą tzw. zeznania (...), co w konsekwencji powoduje, że wszelkie dalsze ustalenia Sądu w zakresie ustalenia stanu faktycznego oparte są na fałszywym założeniu, że oskarżeni przed datą 11 grudnia 2007 r. złożyli propozycje korupcyjną,

2) ustalenie przez Sąd, że zachowania pracowników (...) były zgodne z przepisami regulującymi działanie tej służby, a w konsekwencji legalne w sytuacji, gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że to oni nakłaniali oskarżonego do przyjęcia korzyści majątkowej, naruszając w konsekwencji przepisy ustawy o CBA,

3) ustalenie wbrew zasadom logiki wiedzy i doświadczenia życiowego, że działania funkcjonariuszy (...) były zgodne z ustawą o CBA w sytuacji, gdy z prawidłowej analizy materiału dowodowego wynika, że funkcjonariusze prowokowali przestępcze zachowania oskarżonego, które sami wytworzyli przy pomocy J. W. (1), a także stosując techniki manipulacji dzięki którym świadomie wpływali na zachowanie oskarżonego, co w konsekwencji pozbawia ich działań znamion legalności, a tym samym uniemożliwia użycie zdobytego w taki sposób materiału dowodowego,

4) ustalenie w sposób sprzeczny z zasadami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego, że w czasie spotkań w okresie od lipca do grudnia 2007 r. oskarżony M. K. (1) miał sugerować załatwienie sprawy za wielkie, w tym milionowe kwoty w sytuacji, gdy powyższe ustalenie nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym, albowiem obaj oskarżeni zaprzeczają tej okoliczności, a stenogramy rozmów wskazują, że jedyną osobą, która mówiła o łapówkach jest J. W. (1).

1. art. 49 k.p.k. przez błędne uznanie J. W. (1) za pokrzywdzonego bowiem jakiegokolwiek dobro prawne J. W. (1) nie zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez działania M. K. (1).

2. art. 410 k.p.k. oraz art. 525 § 1 k.p.k. poprzez nieprzyjęcie za podstawę wyroku całokształtu okoliczności ujawnionych w trakcie rozprawy, jak również niezawarcie w treści uzasadnienia wszystkich elementów, które zgodnie z art. 424 § 1 powinny się w nim znaleźć, przejawiającą się w:

1) niewskazaniu w uzasadnieniu wyroku, w jaki sposób doszło do zrealizowania znamion oszustwa i na czym miało polegać oszukanie J. W. (1) co w konsekwencji uniemożliwia ustalenie, czy działanie to wyczerpywało znamiona art. 286 § 1 k.k. i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w przypadku oskarżonego, a w szczególności do stwierdzenia czy zostało zrealizowane znamiona oszustwa, co w konsekwencji uniemożliwia obronie polemikę z tak sporządzonym uzasadnieniem, jak również uniemożliwia kontrolę instancyjną wyroku,

2) nieoparciu się przez Sąd na całokształcie zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez pominięcie w uzasadnieniu wyroku i nieodniesienie się do wszystkich dowodów poprzez nieodniesienie się do prawdziwości wniosków kierowanych do Sądu Okręgowego i Prokuratury Generalnej w ramach operacji specjalnych określanych kryptonimem (...) i (...), a tym samym pominięcie, iż Sąd Okręgowy w Warszawie i Prokurator Generalny zostali wprowadzeni w błąd,

3) nieoparciu się przez Sąd na całokształcie zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez pominięcie w uzasadnieniu wyroku zeznań złożonych przez T. N.,

4) nie wskazaniu w uzasadnieniu wyroku, kiedy miał powstać u oskarżonego zamiar działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przed dniem 10 grudnia 2007 r.,

5) nie rozważeniu przez Sąd w uzasadnieniu wyroku, czy bez udziału agentów i J. W. (1) doszłoby w niniejszej sprawie w ogóle do popełnienia przestępstwa, a tym samym, czy istniały podstawy do podjęcia działań operacyjno-rozpoznawczych, a w konsekwencji do wręczenia korzyści majątkowej, czy też przestępstwo zostało wykreowane przez samych funkcjonariuszy, co w konsekwencji czyni ich działania nielegalnymi, a pozyskany w wyniku ich zachowań materiał dowodowy nie może być podstawą do wydania wyroku skazującego,

6) nie rozważeniu przez Sąd w uzasadnieniu, czy pracownicy (...) korzystali z technik manipulacji – a jeśli tak, to z jakich – na wszystkich etapach kontaktu z oskarżonym, a w konsekwencji nie rozważeniu, jaki wpływ na zachowanie oskarżonego miały te działania, co w konsekwencji uniemożliwia kontrolę instancyjną wyroku w zakresie tego, czy funkcjonariusze (...) nie naruszyli ustawy o CBA, a w konsekwencji czy pozyskany przez nich materiał dowodowy może być podstawą wydanego wyroku.

1. art. 424 k.pk. poprzez zawarcie w treści uzasadnienia szeregu sprzecznych ocen i wniosków uniemożliwiających ustalenie, które z przywołanych przez Sąd dowodów stanowiły podstawę jego ustaleń faktycznych utrudniając kontrolę instancyjną orzeczenia.

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, polegający na stwierdzeniu, że:

1. (...) M. B. była firmą prowadzącą działalność deweloperską,

2. J. W. (1) miał otrzymać 10 % prowizji od kwoty ze sprzedaży nieruchomości położonej przy ul (...),

3. W. B. (1) znalazł nabywcę na działkę przy ul. (...) i ustalono cenę sprzedaży na kwotę 100 mln zł,

4. Do spotkania z oskarżonymi doszło po raz pierwszy latem 2007 r.,

5. Tematem pierwszego spotkania była nieruchomość położona przy ul. (...),

6. W trakcie rozmów J. W. (1) z oskarżonymi panowała atmosfera podejrzliwości, wyłączano telefony i pisano na kartkach,

7. Oskarżeni zgodzili się podjąć załatwienia sprawy ul. (...),

8. J. W. (1) zależało na szybkim załatwieniu sprawy,

9. Między latem a grudniem 2007 r. w trakcie rozmów J. W. (1) z oskarżonymi padały różne, w tym milionowe kwoty,

10. Rozmowy prowadzone przez oskarżonych z J. W. (1) pomiędzy latem a grudniem 2007 r. wskazywały, że chodzi o łapówki dla poszczególnych urzędników,

11. Celem działania oskarżonych było utwierdzenie J. W. (1) w przekonaniu o ich możliwościach, kontaktach i skuteczności,

12. Oskarżeni nakłaniali J. W. (1) do złożenia wniosku o zmianę (...),

13. J. W. (1) był skłonny wyłożyć wielkie kwoty, licząc na zyski ze sprzedaży,

pomimo braku jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

III. wymierzenie oskarżonemu niewspółmiernie surowej kary w wymiarze trzech lat pozbawienia wolności w sytuacji, gdy w przypadku uznania jego winy za udowodnioną, gdy zasady prewencji ogólnej i szczególnej przemawiają za tym, że dla zrealizowania celów kary wystarczające byłoby wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Stawiając powyższe zarzuty obrońca oskarżonego M. K. (1) wniósł o:

a) zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu;

ewentualnie:

b) uchylene wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji;

ewentualnie:

c) o zmianę wyroku i wymierzenie kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

W apelacji obrońców oskarżonego D. D. (1) (k. 2534 -2566) sporządzonej przez adw. D. P. i adw. N. T. zarzucono :

I. obrazę prawa materialnego, a to:

1. art. 18 § 1 w zw. z art. 286 § 1 k.k. poprzez błędne jego zastosowanie i przyjęcie w sentencji wyroku, że oskarżeni w okresie od 10 do 18 grudnia 2007 r., działając wspólnie i w porozumieniu usiłowali doprowadzić J. W. (1) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie nie mniejszej niż 2.000.000 zł oraz doprowadzili go do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 200.000 zł pomimo braku ustalenia w uzasadnieniu wyroku, że działania M. K. (1) podjęte w dniu 11.12.2007 r. wobec J. W. (1) zostały dokonane we współdziałaniu z D. D. (1) i za porozumieniem z nim obejmującym wyłudzenie w/w kwot;

2. art. 286 § 1 k.k. poprzez jego błędne zastosowanie do alternatywnie ustalanego na podstawie wyjaśnień D. D. (1) stanu faktycznego, z którego wynika, że nie działał on z zamiarem bezpośrednim kierunkowym wyłudzenia kwot: 2.000.000 zł i 200.000 zł;

3. art. 286 § 1 k.k. poprzez błędne jego zastosowanie do przyjętych ustaleń faktycznych, zgodnie z którymi „możliwość zmiany (...) w najbliższym czasie”, „szansa na zmianę (...)” – jaką wg Sądu mieli wykorzystać oskarżeni do oszukania J. W. (1) – miała charakter przyszły i niepewny;

4. art. 286 § 1 k.k. poprzez błędne jego zastosowanie pomimo braku ustalenia, że oskarżony D. D. (1) działał w celu tj. w zamiarze bezpośrednim kierunkowym osiągnięcia korzyści majątkowej w kwocie 2.000.000 zł,

5. art. 286 § 1 k.k. poprzez błędne jego zastosowanie pomimo braku ustalenia w uzasadnieniu wyroku, że kwota 2.000.000 zł miała pochodzić z przestępstwa;

6. art. 286 § 1 k.k. poprzez jego błędne zastosowanie pomimo braku ustalenia, że zachodziła tożsamość pomiędzy osobą wprowadzaną w błąd a osoba rozporządzająca kwotą przeznaczoną na łapówki, a przy ustaleniu, że J. W. (1) otrzymał kwotę 200.000 zł od (...) w ramach realizowania operacji kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej;

7. art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. poprzez jego zastosowanie do stanu faktycznego przyjętego w pkt I i II wyroku.

II.obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść wyroku, a to:

1. art. 14 § 1 k.p.k. poprzez przypisanie oskarżonym przestępstwa z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zbiegu art. 230 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 1 k.k. pomimo pozostawania tego czynu poza granicami aktu oskarżenia, gdyby przyjąć opis czynu w sentencji wyroku za niezamierzony;

2. art. 399 § 1 i 2 k.p.k. poprzez nie uprzedzenie stron o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej czynu z art. 230 § 1 k.k. na art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zbiegu z art. 230 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k.;

3. art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. poprzez dokonanie opisu czynu przypisanego oskarżonym w sentencji wyroku w sposób niezrozumiały;

4. art. 424 § 1 i 2 k.p.k. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku co do stanu faktycznego, podstawy dowodowej tych ustaleń, wiarygodności dowodów sposób oraz podstawy prawnej wyroku w sposób niezrozumiały, wewnętrznie sprzeczny oraz sprzeczny z sentencją wyroku, co w efekcie uniemożliwia prześledzenie rozumowania Sądu I instancji;

5. art. 193 w zw. z art. 202 k.p.k. poprzez nie przeprowadzenie dowodu z opinii dwóch biegłych lekarzy psychiatrów na okoliczność stanu zdrowia psychicznego oskarżonego D. D. (1), a w szczególności jego zdolności do udziału w postępowaniu sądowym w sytuacji, gdy na rozprawie w dniu 11.04.2016 r. chcąc składać wyjaśnienia oświadczył „jestem w depresji leczę się psychiatrycznie, jestem też na lekach, które właściwie nie pozwalają mi się skupić w wywodzie”;

6. art. 175 k.p.k. poprzez uniemożliwienie oskarżonemu D. D. (1) odczytania swoich wyjaśnień na rozprawie w dniu 11.04.2016 r. w sytuacji, gdy ze względu na chorobę psychiczną – depresję i zażywane leki nie był zdolny do jasnego, logicznego i samodzielnego złożenia wyjaśnień;

7. art. 77 k.p.k. poprzez nie zawiadomienie obrońcy D. D. (1) adw. D. P. o terminie rozprawy wyznaczonej na dzień 21 marca 2016 r. oraz 4 kwietnia 2016 r.;

8. art. 171 § 6 k.p.k. polegające na uchyleniu jako nieistotnych pytań obrońców D. D. (1) na rozprawach w dniu 26.02.2016 r. oraz 2.03.2016 r.;

9. art. 6 k.p.k., 167 k.p.k., art. 170 § 1 k.p.k., 94 § 1 pkt 5 k.p.k. poprzez bezzasadne oddalenie na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2016 r. wniosku obrońców D. D. (1) o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wymienionych w pkt 1-6 pisma z dnia 4 kwietnia 2016 r. oraz o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków wymienionych w pkt 1-8 pisma w/w obrońców z tej samej daty;

10. art. 410 k.p.k. i art. 424 § 2 k.p.k. (I) poprzez dokonywanie ustaleń faktycznych na podstawie nie ujawnionych na rozprawie dowodów a to: a) z zeznań świadków: W. B. (1), M. M. (1), P. W., M. C., S. P., W. (powinno być P.) F., T. O., K. B. (1), A. G. (1), A. L., J. G. (3), R. D. i G. R. oraz b) z dokumentów oraz (II) poprzez nie dokonanie ustaleń faktycznych na podstawie dokumentów ujawnionych na rozprawie bez wyjaśnienia tego stanu rzeczy w uzasadnieniu wyroku;

11. art. 170 § 1 k.p.k. i art. 393 § 1 w zw. z art. 394 § 2 k.p.k. poprzez nieujawnienie chociażby bez odczytywania dowodów zawnioskowanych w akcie oskarżenia do ujawnienia pod poz. 28-39 pomimo, że w/w wnioski dowodowe Prokuratora nie zostały przez sąd oddalone, a informacje w dowodach tych zawarte mogą przemawiać na korzyść oskarżonych;

12. art. 393 § 1 k.p.k., 394 § 2 k.p.k., art. 442 § 1 k.p.k. poprzez nie ujawnienie, a co za tym idzie, wyłączenie z materiału dowodowego podlegającego ocenie Sadu zeznań świadka M. L. przeprowadzonych dopiero na etapie postępowania sądowego, tj. na rozprawie w dniu 10.06.2013 r.

13. art. 7 k.p.k. poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów przy ocenie dowodu z wyjaśnień D. D. (1) i M. K. (1) oraz dowodu z zeznań świadka J. W. (1);

14. art. 6 k.p.k. statuującego zasadę prawa do obrony, art. 355 k.p.k. wyrażającej zasadę jawności postępowania i art. 6 europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności określającego zasadę fair trial tj. uczciwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy poprzez nie uwzględnienie w pkt I postanowienia wydanego na rozprawie w dniu 11.04.2016 r. zawartego w piśmie z dnia 5 i 14 października 2016 r. wniosku obrońców oskarżonego D. D. (1) o odtajnienie materiałów niejawnych.

III. błąd w ustaleniach faktycznych mogący mieć wpływ na treść orzeczenia, tj.:

A. będący następstwem naruszenia przepisów prawa procesowego, a w szczególności art. 7, art. 393 § 1, art. 394 § 2, art. 442 § 2 k.p.k. i art. 410 k.p.k. polegający na całkowicie dowolnych ustaleniach faktycznych opisanych szczegółowo w uzasadnieniu niniejszej apelacji;

B. będący następstwem naruszenia zasad logicznego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, polegający na przyjęciu, że: wobec odmowy przez Urząd Miejski W. w dniu 4.06.2007 r. wniosku W. B. (1) o ustalenie warunków zabudowy dla działki przy ul. (...) i dalszych nieefektywnych działań wyżej wymienionego w tym zakresie zwrócił się on we wrześniu 2006 r. o pomoc do J. W. (1), podczas gdy zasady logicznego rozumowania prowadzi do wniosku, że okoliczności późniejsze nie mogą wywołać zdarzeń wcześniejszych.

Ponadto, z ostrożności procesowej:

IV. rażąca niewspółmierność kary poprzez wymierzenie oskarżonemu D. D. (1) niewspółmiernie surowej kary:

- w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności w sytuacji, gdy w przypadku uznania jego winy za udowodnioną zasady prewencji ogólnej i szczególnej przemawiają za tym, że wystarczające byłoby wymierzenie oskarżonemu kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania;
- w wymiarze 200 stawek dziennych grzywny przy stawce dziennej w wysokości 500 zł w sytuacji, gdy oskarżony uzyskuje dochody na poziomie 3 tys. zł miesięcznie, a wydany wyrok pozbawia go możliwości dalszego zatrudnienia w charakterze nauczyciela akademickiego.

W oparciu o powyższe zarzuty sformułowano wniosek o :

1. uniewinnienie oskarżonego D. D. (1) od zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu, ewentualnie;
2. uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył :

Apelacje zasługują na uwzględnienie, z uwagi na część zarzutów postawionych w tych apelacjach, których uwzględnienie, stało się podstawą zmiany skazanego wyroku poprzez uniewinnienie obu oskarżonych.

Rozpoznając sprawę po raz pierwszy Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 17 grudnia 2014 r. o sygn. akt III K 222/08 uniewinnił D. D. (1) i M. K. (1) od popełnienia zarzucanych im przestępstw(k. 1929-1950).

Apelację od wskazanego wyżej wyroku wniósł prokurator(k. 1958 - 1961).

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wyrokiem z dnia 8 lipca 2015 r. o sygn. akt II AKa 160/15 uchylił zaskarżony wyrok i sprawę oskarżonych D. D. (1) oraz M. K. (1) przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu(k. 1999-2009). Uchylenie wyroku nastąpiło w następstwie uwzględnienia apelacji prokuratora.

W swych wytycznych dla sądu pierwszej instancji sąd odwoławczy wskazał, że „materiały uzyskane przez (...) w toku kontroli operacyjnej o kryptonimie (...) nie mogą stanowić dowodu przeciwko oskarżonym D. D. (1) i M. K. (1). Zatem przy ponownym rozpoznaniu sprawy sąd a quo wymienionych dowodów nie może przeprowadzić, ani ocenić”(k. 2009). Sąd odwoławczy wskazał, że „na uchylenie wyroku miały wpływ dowody z wyjaśnień obu oskarżonych i zeznań J. W. (2), przy ponownym rozpoznaniu sprawy sąd może poprzestać na ujawnieniu dowodów, które nie miały wpływu na uchylenie wyroku, stosownie do art. 442§2k.p.k.”.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy we Wrocławiu uznał obu oskarżonych za winnych popełnienia zarzucanych im przestępstw. Czyn oskarżonych został zakwalifikowany z art. 230§1k.k. i art. 13§1k.k. w zw. z art. 286§1k.k., w zw. z art. 294§1k.k. i art. 286§1k.k. w zw. z art. 11§2k.k.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż podstawę ustaleń faktycznych w sprawie stanowią dowody o zasadniczym znaczeniu: zeznania świadka J. W. (2), dowody uzyskane w drodze operacji specjalnej, kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej, wyjaśnienia oskarżonych. Te dowody zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia. W tym miejscu zasadnym jest wskazanie, iż ustalenia sądu pierwszej instancji nie były kwestionowane przez oskarżycieli. Oskarżyciele nie kwestionowali również ocen sądu pierwszej instancji zawartych w uzasadnieniu skarżonego wyroku(art. 425§2k.p.k.).

Za najistotniejsze dowody w sprawie Sąd Okręgowy uznał dowody z wyjaśnień oskarżonych, jakie ci złożyli w śledztwie, w szczególności przesłuchani bezpośrednio po zatrzymaniu. Sąd odwoławczy podziela ocenę sądu pierwszej instancji. Pierwsze wyjaśnienia oskarżonych harmonizują z zeznaniami J. W. (2), tak zwanymi zeznaniami (...), którym sąd pierwszej instancji nadał walor szczególnej wiarygodności(k. 2427). Zasadnym jest więc ponowne przeanalizowanie pierwszych wyjaśnień obu oskarżonych.

M. K. (1) pierwsze wyjaśnienia złożył 19 grudnia 2007 r.(k. 415-420). Wyjaśnił „ Analiza przeprowadzona dla inwestora miała na celu pokazanie ścieżki rzeczywistej i możliwej do wykonania zgodnie z procedurami. Należało najpierw zmienić (...), a następnie opracować plan miejscowy dla tego terenu. Tutaj Pan W. bardzo naciskał, czy nie można tego w jakiś sposób przyspieszyć, spróbować pójść innymi drogami. Na co od nas była odpowiedź, że musimy iść zgodnie z tymi krokami, czyli koncepcję z wnioskiem złożyć w Biurze (...), celem zawnioskowania w ogóle takiej zmiany.(...) Była mowa o tym, że jak się przeprowadzi całą procedurę planistyczną to mieliśmy dostać tak zwany sukces fi”.(...) W tamtym tygodniu chyba zadzwonił do mnie wspólnik i przekazał mi informację, że być może będzie wcześniej wystąpienie o zmianę (...) w przyszłym roku. Postanowiliśmy wykorzystać tą sytuację do zrobienia pieniędzy, przekazując Panu W. informację że możemy przyspieszyć, co w ogóle nie zależało od nas. W ślad za tym chcieliśmy gratyfikacji finansowej dla siebie. Ażeby być wiarygodnym przed Panem J. powoływaliśmy się, że możemy to skutecznie załatwić w mieście, co nie było prawdą. Mieliśmy informację i postanowiliśmy to wykorzystać. Zaproponowaliśmy przyjęcie przez nas sumy tej , która jest tam wymieniona 200 000 zł, a następnie 300 000 zł. Potem po skutecznym przeprowadzeniu procesu 1 miliona złotych. Wczoraj Pan J. przekazał nam 200 000 zł”. (...) „W rozmowach z Panem W. mówiliśmy, że będziemy mogli monitorować to, przyspieszyć i spróbować załatwić sprawę poprzez gratyfikacje finansowe. Natomiast nigdy nie mówiliśmy czy i w ogóle komu wręczymy takie pieniądze. Cała sprawa jest nieetyczna, a my jeszcze nieetycznie postąpiliśmy w stosunku do klienta”.

D. D. (1) pierwsze wyjaśnienia złożył 19 grudnia 2007 r.(k. 468-471). Podał, iż J. W. (2) poznał w kancelarii (...). W czasie pierwszego spotkania rozmowa dotyczyła projektów domów jednorodzinnych bliźniaczych w S. pod O., które chciał przerobić na domy szeregowe i wielorodzinne. W czasie kolejnego spotkania w Galerii (...) przedstawił temat z działką przy ul. (...). Powiedział, że na ten teren wystąpił o warunki zabudowy. Warunki przygotowywała jakaś firma architektoniczna. Dostali odpowiedź negatywną. „Kwestia była taka, czy byśmy się podjęli sprawdzić, czy te warunki można dostać. Mój wspólnik powiedział, że ja znam niektórych ludzi z (...). Myśmy się zobowiązali, że rozeznamy

sprawę, jakie są możliwości”. Po rozeznaniu tematu oskarżeni spotkali się z W.. Powiedzieli mu, że w ciągu kilku lat nie ma szans na zmianę przeznaczenia tego gruntu(z działki przemysłowej na działkę mieszkaniową). „ W. był oczywiście zawiedziony, jednak nalegał, żeby to jakoś załatwić, to znaczy, żeby było możliwe to, co jest niemożliwe. Powiedział, że ten teren po zrealizowaniu inwestycji mieszkaniowej może być warty znaczną kwotę, podał ją, ale ja jej nie zapamiętałem i że z tego tytułu my jako nasza firma moglibyśmy liczyć na prowizję, a jak będzie trzeba, on jest gotów zapłacić komu trzeba. Chodziło o łapówkę, ale to słowo nie padło. On jeszcze wcześniej namawiał mnie do rozmowy z F.(architekt miasta) i załatwienie z nim. M. powiedzieli, że nic nie możemy obiecać, bo to jest sytuacja nie do przejścia”. Przekonali W. do normalnej procedury. Chodziło o to, aby zrobić projekt i wyciągnąć od W. pieniądze. Po sporządzeniu projektu i załącznika do wniosku o zmianę (...), w połowie listopada 2007 r. W. „sugerował przyspieszenie poprzez łapówkę(...) „ W. prosił, by dotrzeć do kogoś, dać łapówkę, ja enigmatycznie obiecałem mu jakieś załatwienie sprawy w tym sensie, jaki on proponował. Nie miałem wtedy zamiaru żadnej łapówki dawać. Dalej oskarżony wyjaśnił, że „Jakoś na początku grudnia 2007 r. przy okazji jakiś spraw, które załatwiałem w (...) z jego dyrektorem, panem G. R. dowiedziałem się od niego, że miasto planuje na przełomie stycznia i lutego 2008 r. zmianę studium.(...) Następnego dnia w rozmowie mojej ze współnikiem w biurze postanowiliśmy wykorzystać to i naciągnąć inwestora W..(...) Ustaliliśmy, że powiemy W., że możemy doprowadzić do zmiany (...) w krótkim czasie, przy czym, że będzie się to wiązało z zapłaceniem ludziom w urzędzie”.

Sąd pierwszej instancji dokonując ustaleń faktycznych i powołując się na wskazane także wyżej wyjaśnienia D. D. (1) ustalił, że „J. W. (3) dawał oskarżonym do zrozumienia, że zależy mu na jak najszybszej realizacji tego przedsięwzięcia i jest gotów ponieść znaczne koszty, aby ten proces przyspieszyć” – k. 2419.

Wątpliwości budzą dalsze ustalenia sądu pierwszej instancji „W toku kolejnych rozmów i spotkań, między latem a grudniem 2007 r., ww. osoby prowadziły ogólne rozmowy na temat kosztów owego przedsięwzięcia. Padały różne wysokie kwoty, sięgające tysięcy, także milionów złotych. Na tym etapie brakowało jednak jeszcze konkretnych, jasno wyartykułowanych propozycji i liczb. Dla J. W. (2) było jednak jasne, że chodzi o łapówki dla poszczególnych urzędników. Takie okoliczności stały się powodem, że J. W. (2) wiadomości o swoich podejrzeniach przekazał funkcjonariuszom (...). Początkowo doradzano mu oczekiwania na dalszy rozwój wypadków(k. 2419v.).

Po pierwsze w przytoczonych ustaleniach sąd pierwszej instancji powołał się częściowo na wyjaśnienia obu oskarżonych, między innymi przytoczone wyżej. Z tych wyjaśnień jednoznacznie wynika, iż propozycje korupcyjne wychodziły od J. W. (2), a nie od oskarżonych. A tym samym brak podstaw do ustaleń, iż to propozycje korupcyjne oskarżonych skłoniły J. W. (2) do zawiadomienia (...). Dokładnie to wyartykułował J. W. (2) w czasie przesłuchania w Prokuraturze Apelacyjnej w Krakowie(zeznania zawarte w części tajnej materiałów postępowania). To właśnie tym zeznaniom sąd pierwszej instancji nadał walor wiarygodności.

Dla poparcia powyższej oceny zasadnym jest dokonanie analizy także zeznań jawnych J. W. (2). W czasie składania zawiadomienia o przestępstwie w dniu 16 grudnia 2007 r.(k. 3) świadek podał, iż propozycja korupcyjna pojawiła się we wrześniu 2007 r. Podobnej treści zeznania świadek złożył 18 grudnia 2007 r.(k. 347-353). W czasie kolejnego przesłuchania świadek zeznał, że temat łapówki pojawił się latem, sierpień, wrzesień. Zgłosił się do (...). Rozpoczął nagrywanie rozmów z oskarżonymi pod koniec września, październik 2007r(k. 1354-1374). W czasie rozprawy w dniu 22 czerwca 2012 r.(k. 1589 i nast.) J. W. (2) zeznał, że propozycja łapówki padła w końcu roku 2007, realizacja pierwszej transzy miała być w grudniu 2007 r. Na rozprawie w dniu 8 stycznia 2016 r. J. W. (2) podał, że propozycja łapówki została mu zasugerowana już w lipcu 2007 r. Zeznał również, że jeszcze przed podpisaniem umowy z oskarżonymi przed 13 sierpnia 2007 r. były ustalenia, że oskarżeni będą załatwiać tą sprawę za łapówkę. W tym czasie udał się do (...) z informacją, że ktoś od niego chce łapówkę. W (...) kazano mu czekać bo na razie nic się nie dzieje. Składając zeznania na rozprawie w dniu 27 stycznia 2015 r.(k. 2185-2187) świadek podał, że oskarżeni od początku sugerowali załatwienie sprawy za łapówkę, a konkretnie jaką powiedzieli w grudniu. Na tej samej rozprawie świadek oświadczył, że nie może powiedzieć stanowczo kiedy pierwsza sugestia łapówki miała miejsce(k. 2187). Podczas kolejnego składania zeznań(k. 2228 – rozprawa w dniu 26 lutego 2016 r.) J. W. (2) podał, że oskarżeni przedstawiali mu różne wersje, raz że się da uzyskać warunki zabudowy na działce przy ul. (...), a raz że się nie da załatwić tych warunków zabudowy. Ostatecznie ich stanowisko było takie, że się da załatwić te warunki ale za łapówkę.

Oskarżeni zażądali w grudniu 2007 r. łapówki. Na rozprawie w dniu 2 marca 2016 r. J. W. (2) zeznał, że we wrześniu od oskarżonych usłyszał propozycję łapówki. Wszystkie szczegóły zostały przedstawione dopiero w grudniu 2007 r. (k. 2279 i nast.).

Po pierwsze przytoczone zeznania są wewnętrznie niespójne. Po drugie między przytoczonymi zeznaniami a zeznaniami znajdującymi się w części niejawnego materiału dowodowego istnieje diametralna rozbieżność. Po trzecie zeznania zawarte w części niejawnego harmonizują z wyjaśnieniami oskarżonych, a także z innymi dowodami. Z zeznań W. B. (1) wynika, że J. W. (2) w grudniu 2007 r. mówił mu, że wszystko jest na dobrej drodze, że prawdopodobnie zmiana (...) może nastąpić w czerwcu 2008 r. (k. 849). Jest to zgodne z wyjaśnieniami D. D. (1), który wskazał, że w grudniu 2007 r. dowiedział się, że miasto planuje na przełomie stycznia i lutego 2008 r. zmianę (...)k. 468 i nast.). Wyjaśnienia M. D. znajdują potwierdzenie w zeznaniach G. R. (k. 972), T. O. (k. 822) oraz A. G. (1) (k. 855). Z zeznań ostatniego z wymienionych świadków wynika, że myśl o zmianie (...) pojawiła się w grudniu 2007 r. podczas roboczego spotkania i omawiania projektu zmiany zagospodarowania pól irygacyjnych z udziałem (...) i oferty skierowanej do miasta przez inwestora. W spotkaniu uczestniczyli: prezydent miasta, A. G. (1), G. R., P. F. i T. O.. Przytoczone zeznania pozwalają na nadanie waloru wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonych i „(...)” zeznaniom J. W. (2), iż wykorzystanie przez oskarżonych propozycji korupcyjnych J. W. (2) pojawiło się w grudniu 2007 r.

Sąd Apelacyjny w aktualnym składzie, a także sąd pierwszej instancji, odmiennie ocenił zeznania J. W. (3), niż uczynił to Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 lipca 2015 r. (k. 2008v.). W tym uzasadnieniu wskazano „Otóż z wyjaśnień oskarżonych, zeznań J. W. (2) i dalszych dowodów, w tym wskazanych w części tajnej uzasadnienia wyroku wynika, że decyzja o oszukaniu J. W. (3) została podjęta samodzielnie przez oskarżonych, którzy postanowili wykorzystać nadarżającą się okazję. Dla uwiarygodnienia swoich działań polegających na wprowadzeniu J. W. (2) w błąd powoływali się na wpływy w urzędzie miasta, co miało stanowić środek do osiągnięcia zakładanego celu, czyli oszukania J. W. (2)”. Przytoczona ocena nie odnosi się do zeznań J. W. (2) złożonych przez niego w Prokuraturze Apelacyjnej w Krakowie. Pomija również wyjaśnienia oskarżonych, z których wynika, że oskarżeni od początku kontaktu z J. W. (2) spotkali się z sugestiami z jego strony aby zmianę przeznaczenia działki załatwić za łapówki. Wskazano wyżej, iż propozycja przyjęcia łapówki pojawiła się w grudniu 2007 r.

Sąd Okręgowy dokonał oceny zeznań J. W. (2) (k. 2427-2428). Trafnie wskazał sąd pierwszej instancji, że istotne znaczenie mają zeznania J. W. (2) składane w innych postępowaniach oraz w toku rozpraw niejawnych opatrzone klauzulą „ściśle tajne”. Jako szczególnie ważne ocenił sąd zeznania tego świadka określane jako tzw. zeznania (...). Te zeznania wskazują na motywy działania świadka, motywy zbieżne z tymi o jakich mówili oskarżeni w swych wyjaśnieniach. Wskazane zeznania potwierdzają również wyjaśnienia obu oskarżonych w zakresie terminu przyjęcia propozycji korupcyjnej przez oskarżonych.

Dokonując oceny zeznań J. W. (2) Sąd Okręgowy uznał, że „Wersja podawana przez oskarżyciela J. W. (2) na pewno jest konsekwentna w odniesieniu do tego, że to oskarżeni wystąpili wobec niego z propozycją korumpowania urzędników Urzędu Miejskiego we W. co do tego, że plany takie ci istotnie mieli (tak twierdzi oskarżyciel nawet w toku obecnego postępowania) oraz co do tego, jakie były ustalenia towarzyszące przekazaniu pieniędzy w dniu 18 grudnia 2007 roku” (k. 2427v.). Te zeznania w tym zakresie Sąd Okręgowy ocenił krytycznie. Taką ocenę aprobuje również sąd odwoławczy. Trafnie sąd pierwszej instancji wskazał, że „zeznania tego świadka muszą być traktowane ze szczególną ostrożnością, a dowód ten istotnie weryfikowany na podstawie innych przeprowadzonych w sprawie dowodów”. Trafna jest końcowa konkluzja Sądu Okręgowego, z której wynika, że „J. W. (3) w relacjach z oskarżonymi był inspiratorem działań korupcyjnych, inicjował, wobec oskarżonych te działania i do takich działań ich podlegał” (k. 2428). Za trafnością tej oceny przemawia także okoliczność wynikająca z zeznań J. W. (2), potwierdzona przez oskarżonych, że świadek od początku kontaktu z oskarżonymi mówił im ile na tej działce będzie można zarobić, ile on zarobi (k. 3 zeznania J. W., k. 1540 zeznania W. B.). W przekonaniu sądu odwoławczego cel przekazania tej informacji oskarżonym był taki jak wskazał J. W. w swych tzw. zeznaniach (...). Wskazywanie przez J. W. (2) na ogromne zyski ze sprzedaży działki przy ulicy (...) we W., której właścicielem był W. B. (1), a J. W. (2) działał jako jego pełnomocnik (k. 397,) miało na celu skłonienie oskarżonych do tego aby ulegli oni propozycjom korupcyjnym. Za taką oceną przemawia materiał dowodowy. W tym miejscu celowym jest wskazanie na akt notarialny z 23.02.2009 r. (k.

2216), z którego wynika, że przedmiotowa działka została sprzedana przez W. B. (1) panu M.. Przytoczony dowód z dokumentu nakazuje kwestionować wiarygodność zeznań W. B. (1) (k. 1540), w których podał, że podpisał umowę z (...) dotyczącą sprzedaży omawianej działki. J. W. (2) w rozmowie z oskarżonymi powoływał się właśnie na umowę z (...) i sprzedaż działki przy ul. (...) za 100 mln. zł. W aktach znajduje się jedynie umowa przedwstępna z 12.07.2006 r. (k. 369), podpisana przez W. B. (1) z D. L..

Za wiarygodnością zeznań złożonych przez J. W. (2) w Prokuraturze Apelacyjnej w Krakowie (zeznania znajdujące się w części niejawnego materiału dowodowego), w których to zeznaniach J. W. (2) podał rzeczywiste motywy swego działania wobec oskarżonych i poprzez oskarżonych przemawiają dowody z dokumentów. Wskazano już, iż J. W. (2) otrzymał pełnomocnictwo od W. B. (1) na podjęcie działań dotyczących przekształcenia przeznaczenia działki przy ulicy (...) z działki o charakterze gospodarczym na działkę o charakterze pod zabudowę mieszkaniową w styczniu 2007 r. (k. 397). Zważyć należy, iż nastąpiło to w czasie gdy nie było jeszcze prawomocnej decyzji administracyjnej w tym zakresie w związku z wnioskiem W. B. (1) z dnia 1.09.2006 r. (k. 865) o zmianę przeznaczenia wskazanej działki. Prawomocna decyzja zapadła 18.07.2007 r. (k. 387).

Sąd pierwszej instancji ustalił, iż „Wiadomości przekazywane przez J. W. (2) stały się podstawą wszczęcia przez (...) postanowieniem z dnia 6 listopada 2007 r. czynności na podstawie art. 19 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z dnia 23 czerwca 2006 r.). Sprawa o przestępstwo z art. 228§1,3 i 4 k.k. uzyskała kryptonim (...). Postępowanie w tej sprawie zostało prawomocnie umorzone postanowieniem prokuratora Prokuratury Krajowej, Wydział Zamiejscowy we W. z dnia 28 lipca 2008 r.” – k. 2421. Te ustalenia, w kontekście zeznań J. W. (2) złożonych w Prokuraturze Apelacyjnej w Krakowie nie wytrzymują krytyki. Wskazać należy, iż operacja o kryptonimie (...) była przedmiotem już oceny sądu odwoławczego. Ta ocena została przytoczona na wstępie rozważań. Sąd Apelacyjny w aktualnym składzie podziela tę ocenę.

Rozważenia wymaga jakie to wiadomości przekazane przez J. W. (2) pozwoliły na podjęcie działań przez (...). Z przytoczonych już wyżej zeznań J. W. (2) wynika, że po skontaktowaniu się z (...) od września rozpoczął nagrywanie rozmów z oskarżonymi. Jeżeli J. W. (2) jest wiarygodny to rodzą się pytania jakie konkretnie informacje przekazane przez świadka dawałyby podstawę do nagrywania rozmów z oskarżonymi, w oparciu o jakie prawne decyzje dokonywano tych nagrań i gdzie znajduje się materiał z tych nagrań. Prokurator oświadczył (k. 2379), iż przekazał do sądu całość materiału dowodowego. W tym materiale brak nagrań rozmów oskarżonych od terminu zakreślonego przez J. W. (2). To skłania do oceny sądu odwoławczego, iż walor wiarygodności należy nadać zeznaniom J. W. (2) złożonym przez niego w Prokuraturze Apelacyjnej w Krakowie. Wskazać przy tym należy, iż J. W. (2), któremu dwukrotnie w czasie rozpraw ujawniano te zeznania podtrzymywał je. A zatem miarodajne informacje dla (...) od J. W. (2) mogły pochodzić dopiero w grudniu 2007 r. Zważyć również należy, iż zgoda Sądu Okręgowego w Warszawie w zakresie operacji o kryptonimie (...) została wydana wobec D. D. 16.10.2007 r. w zakresie czynu z art. 228 k.k. Podobna zgoda dotycząca M. K. została wydana dopiero 14.12.2007 r. A zatem działania operacyjne wobec oskarżonych mogły być prowadzone wobec oskarżonych dopiero po wydaniu wskazanych postanowień.

(...) podjęło czynności wobec oskarżonych, jednakże nie w ramach operacji o kryptonimie ”B”. Sąd Okręgowy ustalił, iż 7 grudnia 2007 r. doszło do kolejnego spotkania J. W. (2) z oskarżonymi. „W czasie tego rejestrowanego przez J. W. (2) spotkania ten sugerował i nakłaniał oskarżonych, aby ci w drodze obietnicy udzielenia korzyści majątkowej urzędnikom wpłynęli na doprowadzenie do korzystnej dla niego zmiany (...) i szybkie przeprowadzenie takiego procesu” (k. 2421v.). Te ustalenia, wynikające z zarejestrowanego spotkania, potwierdzają wiarygodność wyjaśnień oskarżonych, iż to oni byli prowokowani przez J. W. (2) do przyjęcia i wręczenia łapówek urzędnikom w Urzędzie Miasta W.. Te okoliczności harmonizują z zeznaniami J. W. (2) złożonymi w Prokuraturze Apelacyjnej w Krakowie.

Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika (k. 2422), że w czasie spotkania 11 grudnia 2007 r. M. K. (1) poinformował J. W. (2), że jest możliwość przyśpieszenia prac nad zmianą (...) i w konsekwencji uzyskanie oczekiwanego przez inwestora efektu w przeciągu kilku miesięcy. „Oskarżony przekonywał jednak, że zmiany te uzależnione będą nie tylko od korzyści majątkowych na ich rzecz w wysokości co najmniej 2 000 000 zł, lecz także łapówek dla poszczególnych urzędników, w łącznej kwocie co najmniej 500 000 zł. Pieniądze te miały być przekazywane tymże osobom w ratach,

za pośrednictwem oskarżonych. Pierwsza rata, na poczet łapówki, w kwocie 200 000 zł miała zostać przekazana w najbliższych dniach(do gwiazdki).

Sąd pierwszej instancji wyraził ocenę, iż brak podstaw do przyjęcia, że zostały spełnione warunki formalne wdrożenia operacji specjalnej według przepisów (...). W przekonaniu tego sądu ocena zeznań J. W. (2), z uwzględnieniem także zeznań niejawnych, musi prowadzić do przyjęcia, że brak było wiarygodnej informacji, która mogłaby zainicjować czynności dotyczące kontroli operacyjnej. Sąd Apelacyjny w aktualnym składzie podziela powyższą ocenę. Dla poparcia tego stanowiska zasadnym jest odwołanie się do uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z 2011-03-23, IKZP 32/13, OSNKW, Nr 3, poz. 22, z 2011 r. W tej uchwale i jej uzasadnieniu Sąd Najwyższy wyraził pogląd. „Dowodami uzyskanymi w wyniku kontroli operacyjnej, zarządzanej postanowieniem Sądu, wydanym na podstawie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z 9.6. 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 104, poz. 708 ze zm.), które pozwalają na wszczęcie postępowania karnego lub mają znaczenie dla toczącego się postępowania karnego (art. 17 ust. 15 tej ustawy), są jedynie dowody dotyczące przestępstw, określonych w jej art. 17 ust. 1, które zostały wskazane w postanowieniu o zastosowaniu kontroli operacyjnej lub w postanowieniu o udzieleniu tzw. zgody następczej, w tym wydanej także w toku kontroli operacyjnej (art. 17 ust. 3 ustawy), a popełnionych przez osobę, której dotyczyła zgoda pierwotna i osobę, co do której wydano zgodę następczą”.

Art. 17 ustawy o CBA dotyczy dopuszczalnego przez ustawę wkraczania w sferę konstytucyjnie gwarantowanej wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się, która może być wprawdzie ograniczona, ale jedynie przez ustawę i tylko w sposób w niej określony (art. 49 Konstytucji RP). Wykładnia każdego z przepisów składających się na ustawowe rozwiązanie normujące takie ograniczenie musi więc tym bardziej uwzględniać wartości konstytucyjne, w które rozwiązanie to wkracza, w tym wymóg proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw, płynący z art. 31 ust.1 ustawy zasadniczej. Wykładnia ta nie może zatem, poprzez ograniczenie się do metody językowej, prowadzić do szerszego ich rozumienia, niżby to wynikało z kontekstu funkcjonalnego i celu całokształtu rozwiązania prawnego przyjętego w art.17 tej ustawy, które - jako ograniczenie wolności konstytucyjnej - powinno być rozumiane możliwie ściśle, a wszelkie jego niejasności wręcz restrykcyjnie interpretowane. Tu chodzi o granice legalnego wkroczenia w konstytucyjnie chronione wolności obywatela. Z ustawy o CBA wynika *expressis verbis*, że we wniosku do sądu o zarządzenie tej kontroli należy podać m.in. "opis przestępstwa z podaniem jego kwalifikacji prawnej" oraz "dane osoby lub inne dane pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania" (art. 17 ust. 7 pkt 2 i 4 tej ustawy); to ostatnie wiąże się z faktem, że kontrola operacyjna może dotyczyć nie tylko osoby fizycznej oraz że może ona objąć nie tylko rozmowy, ale także korespondencję, przesyłki i informacje przekazywane poprzez sieć telekomunikacyjną. Jest rzeczą oczywistą, że tym samym elementy te powinny znaleźć się w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli, a więc przy zgodzie na nią, zarówno wyrażaną uprzednio, jak i następczo. Są one bowiem szczególnie ważne dla określenia zakresu, w jakim ma nastąpić dopuszczone przez prawo, legalne wkroczenie w sferę wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się. Przez przewidzianą w art. 49 zdanie drugie Konstytucji RP, możliwość ograniczania tej wolności, ale jedynie "w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony", należy bowiem rozumieć, że ustawa ma określić zarówno sytuacje, w których może dojść do ograniczenia omawianej wolności, jak i sposób, a więc procedurę wymaganą dla wkroczenia w sferę danej wolności. Na gruncie kontroli operacyjnej w ustawie o CBA pierwszy z tych wymogów, to nie tylko przepisy wskazujące na enumeratywnie określone przestępstwa, przy których jest ona możliwa, ale także określające przesłanki, które muszą być spełnione, żeby można było uznać przy nich za zasadne wkroczenie w konstytucyjnie gwarantowaną wolność i tajemnicę komunikowania się (art.17 ust.1, ust. 3 in principio, ust.7 pkt 3 i ust. 13 ustawy o CBA). Natomiast warunek drugi jest zrealizowany przez przepisy wskazujące na potrzebę uzyskania zgody sądu, a więc organu niezależnego i niezawisłego, na takie wkroczenie, w tym co najmniej następczej, i określające procedury jej pozyskiwania. Zgoda sądu to przy tym nie kwestia czysto formalna, lecz prawna gwarancja, że kontrola operacyjna będzie dopuszczona wyłącznie w odniesieniu do przestępstw, przy których jest to dopuszczalne i jedynie, gdy zostanie wykazana jej niezbędność.

Każde postanowienie sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej powinno określać podmiot, którego kontrola ta dotyczy oraz przestępstwo lub przestępstwa, w związku z których rozpoznawaniem, zapobieganiem lub wykrywaniem, jest ona

wprowadzana, a także sposób jej stosowania. Tym samym wyraźnie zakreśla się nie tylko sposób kontroli, ale przede wszystkim jej podmiotowe i przedmiotowe granice. Zgoda sądu oznacza bowiem zezwolenie na kontrolę operacyjną określonej osoby w związku z określonym przestępstwem, odnośnie którego dopuszczalne było jej zarządzanie i to tylko dlatego, że inne środki operacyjne okazały się w tym zakresie nieskuteczne lub nieprzydatne. Skoro jednak od strony przedmiotowej kontrola jest możliwa jedynie, gdy zostanie wykazane, że inne środki operacyjno-rozpoznawcze okazały się już bezskuteczne albo z wysokim prawdopodobieństwem będą nieskuteczne lub nieprzydatne, to wymóg ten jest warunkiem dopuszczalności kontroli i podlega ocenie sądu.

Kontrolę operacyjną, jako dopuszczalne ograniczenie konstytucyjnej wolności komunikowania się, stosuje się wobec określonej osoby i to w związku z informacjami odnośnie określonego przestępstwa, z jakim to ona właśnie może, lub ma być, powiązana. Chodzi przy tym o uzyskanie i utrwalenie, i to przeciwko niej, dowodów takiego przestępstwa.

Skoro zatem ustawa o CBA odnośnie kontroli operacyjnej wymaga, już we wniosku do sądu o jej zastosowanie, wskazania zarówno osoby, której ma ona dotyczyć, jak i czynu lub czynów, odnośnie których kontrola ta ma być zastosowana (z wykazaniem przy tym, że jest ona niezbędna, gdyż inne środki operacyjne okazują się tu nieskuteczne lub nieprzydatne), to jedynie w takim właśnie podmiotowym i przedmiotowym zakresie, określonym w postanowieniu sądu o zarządzaniu tej kontroli, a więc uwzględniającym ten wniosek z uwagi na zaistnienie przesłanek do jej zastosowania, kontrola operacyjna staje się dopuszczalnym, legalnym wkroczeniem w sferę omawianej wolności. W innym przypadku - choćby dotyczyło to także przestępstw, co do których możliwe jest również zarządzanie kontroli operacyjnej albo takich przestępstw innych osób niż wskazane w postanowieniu o tej kontroli - jeżeli kontrola operacyjna nie została kolejną decyzją sądu, w tym w postaci tzw. zgody następczej, poszerzona, ustawowe ograniczenie wolności komunikowania się nie funkcjonuje, a prymat ma konstytucyjna gwarancja takiej wolności, stanowiącej element szerzej rozumianego prawa do prywatności. Dowody pozyskane poza zakresem zastosowanego ograniczenia omawianej wolności, uzyskane wprawdzie w ramach zarządzanej przez sąd kontroli, ale poza jej granicami, a więc niezgodnie z wymogami ustawy nie można uznać, że są to dowody uzyskane legalnie.

Tylko część kontroli operacyjnej prowadzono w oparciu o postanowienia sądu. W obu postanowieniach wskazano przestępstwa wymienione w art. 17 ust.1 pkt 1 ustawy o CBA, jednakże nie te, które ostatecznie wobec D. D. były podstawą aktu oskarżenia i wyroku skazującego. Poważne wątpliwości budzi niezbędność zarządzanej kontroli operacyjnej w sytuacji braku wiarygodnych informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez oskarżonych. Zważyć w tym miejscu należy na daty postanowień Sądu Okręgowego w Warszawie oraz treść wyjaśnień oskarżonych zgodnych z zeznaniami (...) J. W. (2), z których wynika moment przyjęcia propozycji korupcyjnej ze strony oskarżonych. Na te okoliczności oraz okoliczności wskazywane w uzasadnieniach wniosków jakie zostały skierowane do sądu o wyrażenie zgody na kontrolę operacyjną wskazywał trafnie w swych wyjaśnieniach M. K. (1). Zważyć również należy na fakt, iż przed 14.12.2007 r. nie było podstaw do prowadzenia kontroli operacyjnej wobec M. K. (1). Zwrócić również należy uwagę, iż czynność wymieniona w art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, a zarządzona 14.12.2007 r., była prowadzona w ramach czynności operacyjnych o kryptonimie (...). Ta operacja była pozbawiona podstaw prawnych, jak wskazano na wstępie, jak wskazał już to sąd odwoławczy w swym pierwszym wyroku, a także sądy orzekające w pierwszej instancji.

Istota problemu w ocenianej sprawie sprowadza się do następującej kwestii. Sąd pierwszej instancji przyjął, że J. W. (2) w relacjach z oskarżonymi był inspiratorem działań korupcyjnych, inicjował wobec oskarżonych te działania i do takich działań ich podzegał. Oskarżeni przyjęli korzyść majątkową w następstwie prowokacji. Wskazano już wyżej, iż Sąd Okręgowy uznał, że nie zostały spełnione warunki formalne do wdrożenia operacji specjalnej.

W związku z powyższym powstał problem czy tak uzyskane dowody mogły być wykorzystane przeciwko oskarżonym, stanowić podstawę ustaleń faktycznych i w konsekwencji stanowić podstawę wyroku skazującego.

Zgodnie z art. 168a k.p.k. „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”. Zacytowany przepis został wprowadzony ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw(Dz. U. 2016,437). Wskazany przepis obowiązuje od 15 kwietnia 2016 r.

Przed 15 kwietnia 2016 r. treść wskazanego przepisu była diametralnie odmienna. „ Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1§1Kodeksu karnego”. Zacytowany przepis obowiązywał od 1 lipca 2015 r. do czasu gdy został zmieniony wskazaną wyżej ustawą. Przepis obowiązujący od 1 lipca 2015 r. został wprowadzony ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw(Dz. U. 2013.1247). Wskazana ustawa zawierała przepisy intertemporalne. W art. 36 tej ustawy przyjęto, że „ art. 168a k.p.k. (...) nie stosuje się do czasu prawomocnego zakończenia postępowania”.

Akt oskarżenia przeciwko oskarżonym został skierowany do sądu w lipcu 2008 r. W tym czasie w procedurze karnej nie było odpowiednika wskazanych wyżej przepisów.

W ocenianej sprawie wyrok w pierwszej instancji został wydany 20 kwietnia 2016 r., a więc w czasie obowiązywania przepisu art. 168a k.p.k. w brzmieniu nadanym mu od 15 kwietnia 2016 r. Przewód sądowy został zamknięty w dniu 13 kwietnia 2016 r. Wskazać należy, iż ustawa z 11 marca 2016 r. nie zawierała przepisów intertemporalnych odnoszących się do ocenianej sprawy. Z treści art. 21 tej ustawy wynika wprost, że „ W razie wątpliwości, czy stosować prawo dotychczasowe, czy przepisy niniejszej ustawy, stosuje się przepisy niniejszej ustawy. Tak też postąpił sąd pierwszej instancji.

Przepis art. 168a k.p.k. w aktualnym brzmieniu stanowi o dopuszczeniu dowodu. Oczywistym jest, iż dopuszczenie dowodu jest decyzją procesową podejmowaną w toku postępowania sądowego. W poprzednim brzmieniu, a więc obowiązującym od 1 lipca 2015 r. przepis mówił o „dopuszczeniu i wykorzystaniu dowodu”. A więc o decyzji procesowej podejmowanej w toku postępowania sądowego oraz o wykorzystaniu dowodu na etapie wyrokowania i sporządzania uzasadnienia.

Brak podstaw do oceny, iż sąd pierwszej instancji wydając wyrok 20 kwietnia 2016 r. pod rządem aktualnie obowiązującego art. 168a k.p.k. zastosował ten przepis z mocą wsteczną, gdyż przewód sądowy został zamknięty 13 kwietnia 2016 r. Do ocenianej sprawy nie ma zastosowania przepis art. 168a k.p.k. obowiązujący od 1 lipca 2015 r., a to z uwagi na zacytowaną już wyżej treść art. 36 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie...Przed 1 lipca 2015 r. nie obowiązywały w procedurze karnej żadne szczególne unormowania nawiązujące do treści art. 168a k.p.k. Nie można również tracić z pola widzenia faktu, iż Sąd Okręgowy we Wrocławiu przystąpił do ponownego rozpoznania sprawy po uchyleniu pierwszego wyroku przez Sąd Apelacyjny. Sąd pierwszej instancji otrzymał określone wytyczne w zakresie przeprowadzenia dowodów. Te dowody zostały przeprowadzone do 13 kwietnia 2016r., a zakazy dowodowe obowiązujące od 1 lipca 2015 r. do 15 kwietnia 2016 r. nie miały zastosowania, z uwagi na wskazaną wyżej treść art. 36 ustawy z 27 września 2013r. o zmianie...

Wskazano wyżej, iż aktualne brzmienie art. 168a k.p.k. wspomina o dopuszczeniu dowodu. Dowody zgromadzone w sposób naruszający przepisy zostały dopuszczone i przeprowadzone, gdyż jak już wskazano przepis art. 168a k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r. w realiach ocenianej sprawy nie ma zastosowania. Stąd też oczywistym jest, iż skoro omawiane dowody zostały dopuszczone i przeprowadzone to podlegały one ocenie na etapie wyrokowania i sporządzania uzasadnienia wyroku. W tym procesie oceny dowodów aktualnie obowiązujący przepis art. 168a k.p.k. stanowił, iż nie ma zakazu dowodowego wykorzystania tych dowodów.

Obecne brzmienie przepisu dopuszcza możliwość korzystania z dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § k.k., dyskwalifikując jedynie dowody uzyskane w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu, oraz pozbawienia wolności, a w przypadku funkcjonariusza publicznego dyskwalifikacja następuje ponadto, gdy podczas pełnienia obowiązków

służbowych uzyskał dowody z naruszeniem przepisów postępowania lub przy pomocy czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 KK.

Zaznaczyć należy, że jest to rozwiązanie wysoce kontrowersyjne szczególnie przy pozostawieniu w brzmieniu z 1.7.2015 r. art. 393 § 3 bowiem nie ogranicza stron postępowania w prywatnym gromadzeniu dowodów nawet przy pomocy czynu zabronionego za wyjątkiem dowodów uzyskanych w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu, pozbawienia wolności, co w konsekwencji jest wręcz zachętą do gromadzenia dowodów przy naruszeniu przepisów nie wchodzących w powyższy katalog, który ma charakter zamknięty.

Ponadto należy zwrócić uwagę na to, że istotną wadą komentowanej regulacji jest osłabienie gwarancji chroniących uczestników postępowania i inne osoby przed pozyskiwaniem dowodów w sposób naruszający dobra chronione, wiążące się z wypełnianiem znamion czynu zabronionego.

W doktrynie wskazuje się (por. Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. prof. UwB dr hab. Andrzej Sakowicz, dr Katarzyna T. Boratyńska, dr Paweł Czarnecki, dr hab. Adam Górski, prof. UW dr hab. Michał Królikowski, dr Marcin Warchoń, dr Andrzej Ważny, Wydawnictwo: C.H.Beck, 2016, Wydanie 7, że „ Przy rekonstrukcji normy prawnej z art. 168a należy odnieść się także do poszanowania norm konstytucyjnych, które tworzą standard ochrony praw jednostki. Mimo, że a priori wyrażenie normokształtujące zawarte w art. 168a KPK jest sprzeczne w Konstytucją, należy w procesie wykładni poszukiwać takiego rezultatu wykładni, który będzie uzgadnialny z Konstytucją. Za taką tezę przemawia również domniemanie konstytucyjności, a zarazem presumpcja, że dana regulacja w każdym jej wariantcie jest zgodna z Konstytucją RP. To domniemanie konstytucyjności zawiera wskazanie poszukiwania przez interpretatora takiej formuły wykładni danej regulacji, która zagwarantuje jej zgodność z Konstytucją. Co więcej, zbliżoną powinność statuuje wyrażona w art. 8 Konstytucji RP zasada bezpośredniego jej stosowania. Bezpośrednie stosowanie Konstytucji to bowiem przede wszystkim przenoszenie aksjologii konstytucyjnej na płaszczyznę regulacji ustawowych w procesie wykładni (por. szerzej J. Gutowski, P. Kardas , Sądowa kontrola konstytucyjności prawa, s. 19 i n.). Także w orzecznictwie TK twierdzi się, że "przepis konstytucyjny albo – wraz z przepisem ustawy – staje się budulcem do zbudowania normy prawnej (co jednak możliwe jest tylko, gdy przepis ten charakteryzuje się dostatecznym stopniem konkretności i precyzji), bądź staje się wyznacznikiem sposobu ustalenia prawnego znaczenia przepisu ustawy (co przybiera postać tzw. wykładni w zgodzie z konstytucją i może następować także w oparciu o ogólne zasady konstytucyjne)" (por. wyr. TK z 28.11.2001 r., K 36/01).

W związku z powyższym akceptacja zasady pionowej spójności systemu, zasady bezpośredniego stosowania i nadrzędności Konstytucji przesądzają nie tylko o powinności uwzględnienia jej treści w procesie wykładni dokonywanej przez każdy organ władzy publicznej, w tym w szczególności przez sądy, ale także wyboru takich rezultatów wykładni, które nie naruszają Konstytucji, a także służą do realizacji zasad konstytucyjnych. Twierdzenie to odnosi się także do tych sytuacji, w których sądy, dostrzegając brak możliwości uzgodnienia określonej regulacji z Konstytucją, stwierdzają, że ad casu żaden z wariantów interpretacyjnych związanych z daną regulacją nie może zostać uznany za zgodny z Konstytucją (por. szerzej J. Gutowski, P. Kardas , Sądowa kontrola konstytucyjności prawa, s.19 i n.). Domniemanie konstytucyjności jako dyrektywa interpretacyjna wskazywać będzie w takich wypadkach na potrzebę pominięcia niedającej się uzgodnić z Konstytucją normy poprzez uznanie, że przyjęcie jej za obowiązującą naruszałoby w sposób jednoznaczny i ewidentny powszechnie przyjmowany paradygmat wykładniczy w zakresie zasad: nadrzędności Konstytucji, bezpośredniego jej stosowania, domniemania konstytucyjności (por. szerzej J. Gutowski, P. Kardas , Sądowa kontrola konstytucyjności prawa, s. 20 i n.).

W uzasadnieniu wyroku SN z 7.4.1998 r. uznano, że sąd powszechny może dokonywać oceny konstytucyjności przepisów mających zastosowanie w sprawie i nie prowadzi to do naruszenia konstytucyjnego podziału kompetencji między sądami a Trybunałem Konstytucyjnym. O zgodności przepisu aktu normatywnego z Konstytucją Trybunał rozstrzyga w formie orzeczenia ze skutkami przewidzianymi w ustawie. Sąd powszechny nie orzeka zaś o zgodności regulacji z Konstytucją, lecz jedynie odmawia zastosowania przepisu niezgodnego z Konstytucją (zob. także wyr. SN z 26.9.2000 r., III CKN 1089/00, OSNC 2001, Nr 3, poz. 37; wyr. SN z 29.8.2001 r., III RN 189/00, OSNAPiUS 2002, Nr 6, poz. 130. W powyższą koncepcję wpisał się również NSA, stwierdzając że sądy są uprawnione do

niestosowania ustaw z nią sprzecznych”. Pogląd ten opierał się na założeniu, że sąd na podstawie Konstytucji może orzec o niezgodności ustawy z Konstytucją, ponieważ art. 178 ust. 1 Konstytucji wynika, że sędziowie podlegają ustawom i Konstytucji, art. 8 Konstytucji zezwala zaś na jej bezpośrednie stosowanie. Według tej koncepcji taka kompetencja sądów nie uchybia kompetencji TK, ponieważ nie prowadzi do uchylenia ustawy i nie ma mocy powszechnie obowiązującej, a jedynie stanowi rozstrzygnięcie w indywidualnej sprawie, co nie wiąże innych sądów orzekających na podstawie tych samych ustaw. Zob. uchw. NSA (7) z 12.10.1998 r., OPS 5/98, Legalis).

Akceptując powyższe uwagi należy wskazać, że **dowód może zostać uznany za niedopuszczalny, jeżeli został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego przy jednoczesnym naruszeniu przepisów Konstytucji RP** (np. art. 30, 47, 49 czy 51). W takiej sytuacji ograniczenie ustawowe wyrażone zwrotem "wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego" nie ma zastosowania, gdyż naruszone w tym zakresie zostały także normy prawa konstytucyjnego".

Z powyższą kwestią wiąże się również zagadnienie czy wykorzystanie dowodów, które są wynikiem prowokacji ze strony osoby współpracującej z CBA jest zgodne z rzetelnym, sprawiedliwym procesem - art. 6 ust.1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, ratyfikowanej przez Polskę(Dz. U. 1993, Nr 61, poz. 284).

Art. 6 ust.1 Konwencji nie definiuje pojęcia rzetelnego sprawiedliwego procesu. Z uwagi na funkcję gwarancyjną tego przepisu wskazane pojęcie nie może być interpretowane zawężająco. Także Konwencja nie zawiera katalogu dopuszczalnych środków dowodowych, czy metod dowodzenia. Zarówno jednak kwestia legalności dowodów jak i zagadnienie sposobu przeprowadzenia dowodu mogą być analizowane z punktu widzenia standardów konwencyjnych. Te zagadnienia były przedmiotem licznych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

W wyroku ETPCz z 12.5.2000r. - 35394/97(Legalis) w sprawie (...)p. Zjednoczonemu Królestwu przyjęto zasadę, że oceny rzetelności odnosi się zawsze do całokształtu postępowania. Tym samym, zawsze oceniać należy rolę, jaką "nielegalny" środek dowodowy odgrywał w całokształcie materiału prowadzącego do uznania winy oskarżonego. Jeżeli środek ten nie odgrywał roli "wyłącznej" lub "dominującej", a istniały dostateczne dowody uzasadniające ustalenie faktów i uznanie winy oskarżonego, zastosowanie nieprawidłowo uzyskanego dowodu, nie przesądza – samo w sobie – o nierzetelności postępowania.

W ocenianej sprawie rzecz sprowadza się nie tylko do legalności ale przede wszystkim do prowokacji, w konsekwencji której doszło do popełnienia czynu zabronionego.

Dowody uzyskane w wyniku prowokacji także były przedmiotem licznych orzeczeń ETPCz. (szerzej zob. L. Garlicki, Aktualne orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, [w:] L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. Paprzycki (red.), Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne, Warszawa 2008, s. 27–32).

Orzecznictwo ETPCz w tym zakresie zostało także omówione w „Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18 , prof. dr hab. Leszek Garlicki, prof. dr hab. Piotr Hofmański, prof. dr hab. Andrzej Wróbel , Wydawnictwo: C.H.Beck , Wydanie: 1 z 2010 r.,

W powołanym komentarzu wskazano, że „ Ocena dopuszczalności dowodów uzyskanych w wyniku omawianych działań policyjnych zależy, w szczególności, od:

– natury podejmowanych działań, a zwłaszcza ich wpływu na popełnienie czynu będącego przedmiotem późniejszego oskarżenia. Trybunał rozróżnia pojęcia "infiltracji" i "podżegania" (incitement). Infiltracja ma charakter biernego uczestniczenia w działaniach przestępczych, skupia się na gromadzeniu informacji o tych działaniach, natomiast nie wywiera stymulującego wpływu na ich przebieg. "Podżeganie" (police incitement) pojawia się, gdy "funkcjonariusze uczestniczący w akcji (...) nie ograniczają się do badania działań przestępczych w zasadniczo bierny sposób, ale wywierają taki wpływ na te działania, że – w celu umożliwienia stwierdzenia popełnienia przestępstwa, więc uzyskania dowodów i wszczęcia oskarżenia, zachęcają do dokonania przestępstwa, które bez tego nie zostałyby popełnione" (zob.

wyr. ETPCz w sprawie R., par. 55). Decydujący jest więc: po pierwsze – charakter (bierny bądź czynny) działań funkcjonariuszy; po drugie – intencja tych działań, jaką jest doprowadzenie do popełnienia "kontrolowanego przestępstwa", a nie jedynie obserwowanie przestępstwa popełnianego z inicjatywy przestępcy; po trzecie – efekty tych działań: policyjna "zachęta" musi być na tyle skuteczna, że bez jej podjęcia w ogóle nie doszłoby do popełnienia danego przestępstwa. Już w wyroku ETPCz w sprawie T. (par. 39) wskazano, iż działania funkcjonariuszy policji "wykroczyły poza rolę tajnych agentów, bo zachęcili oni do popełnienia przestępstwa, w sytuacji, gdy nic nie wskazywało na to, że zostałyby ono popełnione bez ich interwencji";

– statusu osób dokonujących "podżegania" (prowokacji) – muszą to być albo funkcjonariusze policji (służb podobnych), albo (zob. wyr. ETPCz w sprawie V.) osoby z nimi współpracujące; ochrona przed "prowokacją prywatną" (dziennikarską) ma słabszy charakter, bo Konwencja nie jest pomyślana jako instrument o działaniu horyzontalnym. Nie ma natomiast znaczenia, czy funkcjonariusze działali z własnej inicjatywy, czy w ramach już prowadzonej i przyzwolonej operacji. Jak wskazano w wyroku ETPCz w sprawie R. (par. 63): "władze krajowe nie mogą uwolnić się od odpowiedzialności za działania funkcjonariuszy przez proste wskazanie, że – choć wykonywali oni obowiązki policyjne – działali w charakterze prywatnym";

– momentu włączenia się agentów policji w proces popełniania przestępstwa. Jeśli popełnienie to znajdowało się już w fazie przygotowawczej (zob. post. w sprawie S.) albo zostało już dokonane (zob. post. w sprawie S.) bądź było w sposób ciągły dokonywane (zob. post. w sprawie E.), znacznie trudniej jest twierdzić, że bez interwencji funkcjonariuszy przestępstwo w ogóle nie zostałoby popełnione;

– stanu wcześniejszej wiedzy policji o przestępczych zamierzeniach osoby poddanej prowokacji – element "podżegania" rysuje się znacznie wyraźniej, jeżeli chodzi o osobę, na której nie spoczywały dotąd podejrzenia (zob. wyr. ETPCz w sprawie T. de C., par. 38; w sprawie V., par. 49), więc akcja policyjna była podejmowana "na ślepo", mając na celu zidentyfikowanie jakiegokolwiek osoby, która da się skłonić do popełnienia przestępstwa (zob. wyr. ETPCz w sprawie K., par. 134);

– usytuowania działań funkcjonariuszy w ramach już prowadzonego postępowania i umocowania ich upoważnieniem udzielonym przez organ zewnętrzny to postępowanie prowadzący. Jednym z argumentów przesądzających o stwierdzeniu naruszenia Konwencji w sprawie R. (par. 63), było stwierdzenie, iż pierwsze działania (przekonanie do przyjęcia łapówki) "miały miejsce przy braku jakichkolwiek ram prawnych czy sądowego przyzwolenia". Nie wystarcza, by władze następczo legitymowały takie działania i ich rezultaty. Nie wystarcza też, gdy "zgodę na przeprowadzenie działań wyda władza, która potem ich dokonuje" (zob. wyr. ETPCz w sprawie K., par. 135). Ów – zewnętrzny, niezależny i uprzedni – nadzór nad operacją policyjną jest traktowany jako istotna (a może nawet – konieczna) przesłanka wyłączenia nadużycia prawa i arbitralnym działaniom policji, więc – dopuszczalności dowodów uzyskiwanych w wyniku tej operacji;

– miejsca dowodów uzyskanych w ramach operacji w całym materiale sprawy. Jeśli dowody uzyskane w ramach prowokacji policyjnej stanowią jedyne lub podstawowe przesłanki ustalenia faktów i stwierdzenia winy oskarżonego, to ocena ich dopuszczalności dokonywana jest w oparciu o szczególnie surowe kryteria. Jeżeli natomiast, ustalenia sądu dokonywane są w oparciu także o inne dowody, uzyskane w sposób niebudzący zastrzeżeń, znacznie łatwiej jest uznać, że postępowanie "jako całość" nie zaprzeczyło wymaganiu rzetelności (zob. np. post. w sprawie E.).

Powyższe elementy brane są pod uwagę łącznie i dopiero wówczas możliwe jest dokonanie oceny, czy działania policji przybrały postać aktywnej prowokacji, nieakceptowalnej na tle art. 6 ust. 1 EKPCz. Znaczenie zasadnicze należy jednak przypisywać elementom materialnym i ustaleniu, czy działania policyjne przybrały postać "podżegania" (incitement), bez którego dane przestępstwo nie zostałoby w ogóle popełnione.

Uznanie, że działania policyjne nabrały charakteru – tak rozumianego – podżegania, rodzi procesową niedopuszczalność dowodów uzyskanych w ich wyniku. "Interes publiczny nie może sankcjonować użycia dowodów uzyskanych w wyniku policyjnego podżegania, gdyż od początku wystawiałoby to oskarżonego na ryzyko definitywnego pozbawienia go gwarancji rzetelnego procesu" (zob. wyr. ETPCz w sprawie R., par. 54). Tym samym,

"wszelkie dowody uzyskane w wyniku policyjnego podżegania muszą zostać wykluczone" (tamże, par. 60), a na oskarżeniu spoczywa ciężar wykazania, że działania policji nie stanowiły takiego podżegania (tamże, par. 70). Nierzetelności procesu toczonego w oparciu o tak uzyskane dowody nie może uszanować przyznanie się oskarżonego (tamże, par. 72).

Stanowisko Trybunału ma zdecydowany charakter i uniwersalny zakres zastosowania. Nakazuje ono zachowywanie szczególnej staranności (tak merytorycznej, jak i proceduralnej) przy podejmowaniu "kontrolowanych zakupów" czy "kontrolowanych łapówek", bo jej pominięcie może uniemożliwić późniejsze skazania. Warto też pamiętać, że wszystkie omawiane tu sprawy dotyczyły walki policji z pospolitą działalnością przestępczą i nie zawierały dodatkowego kontekstu politycznego czy publicznego”.

Odnosząc powyższe do realiów ocenianej sprawy Sąd Apelacyjny wskazuje na następujące fakty oraz ustalenia sądu pierwszej instancji.

Przytoczono już wyżej stanowisko sądu pierwszej instancji, wskazujące, że J. W. (2) w relacjach z oskarżonymi był inspiratorem działań korupcyjnych, inicjował wobec oskarżonych te działania i do takich działań ich podżegał. J. W. (2) współpracował z funkcjonariuszami (...). W tak zwanych zeznaniach (...) opisał kontakty z funkcjonariuszami (...), zadania jakie świadkowi postawiono oraz początek, okres i sposób wykonania tych zadań. Analiza treści zeznań J. W. (2) pozwala stwierdzić, iż od początku jego współpracy z (...) nie było żadnej informacji, która miałaby wskazywać na podejrzenie popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa przez oskarżonych, a w szczególności wymienionego w katalogu przestępstw z art. 17 ust.1 pkt 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Oskarżeni dopuścili się czynu zabronionego w następstwie prowokacji osoby współpracującej z Centralnym Biurem Antykorupcyjnym.

W realiach ocenianej sprawy wykorzystanie dowodów przeciwko oskarżonym, zdobytych z naruszeniem przepisów postępowania, zdobytych za pomocą prowokacji osoby współpracującej z (...), jest nie zgodne z rzetelnym, sprawiedliwym procesem. Wykorzystanie tych dowodów narusza art. 6 ust.1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, ratyfikowanej przez Polskę(Dz. U. 1993, Nr 61, poz. 284). Zgodnie z art. 91 ust.2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.(Dz. U. nr 78, poz. 483) „Umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową”.

Dowody zdobyte we wskazany wyżej sposób są dowodami o podstawowym znaczeniu. Sąd pierwszej instancji wskazał na wyjaśnienia obu oskarżonych złożone w postępowaniu przygotowawczym, a zwłaszcza te złożone przez nich bezpośrednio po zatrzymaniu, jako na dowody najistotniejsze. Jednakże nie można tracić z pola widzenia okoliczności, że te wyjaśnienia są konsekwencją prowokacji oraz nagrania wręczenia łapówki oskarżonym przez J. W. (2). Oskarżeni złożyli te wyjaśnienia po dokonaniu u nich przeszukania i zabezpieczeniu pieniędzy, które zostały wydane J. W. (2) przez (...). Te wyjaśnienia zostały złożone w sytuacji gdy J. W. (2) dokonał nagrania wręczenia oskarżonym 200 000 zł, a następnie to nagranie przekazał funkcjonariuszom (...). Przekazanie nagrania nastąpiło w dniu wręczenia oskarżonym korzyści majątkowej, to jest 18.12.2007 r. W następnym dniu to jest 19.12.2007 r. obaj oskarżeni zostali zatrzymani, postawiono im zarzuty, przesłuchano obu oskarżonych. A więc wskazane czynności odbyły się w momencie gdy funkcjonariusze (...) dysponowali nagraniem, które zarejestrowało wręczenie i przejęcie korzyści majątkowej.

Ocena dowodów zgromadzonych w sprawie pozwala na stwierdzenie, iż oskarżeni popełnili czyn zabroniony w następstwie aktywności osoby współpracującej z (...). Brak jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż oskarżeni dopuściliby się korupcji bez wskazanej wyżej aktywności J. W. (2). Konsekwencją powyższej oceny jest zmiana wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonych od popełnienia zarzucanych im czynów.

Z powyższych rozważań wynika, iż częściowo zasadne okazały się zarzuty dotyczące błędów w ustaleniach faktycznych, zarzuty obrazy przepisów o (...), a przede wszystkim zarzuty dotyczące naruszenia art. 6 ust.1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Z uwagi na wagę stawianych zarzutów niezbędnym jest również odniesienie się do tych (pozostałych) zarzutów.

W apelacji autorstwa adw. D. K.-P. i adw. N. T. sformułowano szereg zarzutów dotyczących obrazu przepisów postępowania.

Bezzasadne są zarzuty dotyczące obrazu art. 202 k.p.k., w których podnosi się nie przeprowadzenie dowodu z opinii dwóch biegłych lekarzy psychiatrów. Sąd dopuszcza dowód z opinii biegłych psychiatrów na okoliczności wskazane w art. 202§5k.p.k. gdy powzięcie wątpliwości dotyczące stanu zdrowia psychicznego oskarżonego. Sposób obrony oskarżonego, klarowność jego wypowiedzi nie uzasadniały jakichkolwiek wątpliwości co do zaburzeń psychicznych u oskarżonego D. D.. Trafność stanowiska sądu potwierdza postawa obrońców oskarżonych, którzy też takich wątpliwości nie mieli skoro nie składali wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych lekarzy psychiatrów.

Wbrew temu co podniosły autorki apelacji sąd pierwszej instancji umożliwił oskarżonemu D. D. złożenie wyjaśnień oraz odebrał jego oświadczenie przygotowane na piśmie (k. 2384v.). W apelacji czyniąc sądowi zarzut obrazu art. 175k.p.k., nie dostrzega się treści art. 176§1k.p.k., z którego wynika, że prawo do złożenia wyjaśnień na piśmie jest możliwe wyłącznie w toku postępowania przygotowawczego.

W omawianej apelacji postawiono także zarzut naruszenia prawa do obrony poprzez zaniechanie zawiadomienia obrońcy D. D. adw. D. K.-P. o terminach rozpraw wyznaczonych na dzień 21.03.2016 r. i 4.04.2016r. Na rozprawie 11.03.2016r. sąd wskazał kolejny termin rozprawy na dzień 21.03.2016 r. i zarządził przerwę w rozprawie. Adw. D. K.-P. była obecna na obu wskazanych terminach. Na rozprawie w dniu 21.03.2016 r. sąd wyznaczył kolejny termin rozprawy na dzień 4.04.2016 r. i zarządził przerwę. Po pierwsze adw. D. K.-P. znała termin rozprawy wyznaczonej na dzień 4.04.2016 r. A po wtóre skarżąca nie dostrzega treści art. 402§1k.p.k. W myśl tego przepisu „Jeżeli przewodniczący, zarządzając przerwę, oznaczy jednocześnie czas i miejsce dalszego ciągu rozprawy, osoby obecne na rozprawie przerwanej, których obecność była obowiązkowa, są obowiązane stawić się w nowym terminie bez wezwania. Przepis art. 285 stosuje się odpowiednio. Osoby uprawnione do stawiennictwa nie muszą być zawiadamiane o nowym terminie, nawet jeśli nie uczestniczyły w rozprawie przerwanej”.

Prawem sądu jest uchylanie pytań nieistotnych (art. 176§6k.p.k.). Autorki wskazanej apelacji nie wykazały aby uchylenie pytań, które sąd uznał za nieistotne miało wpływ na treść wyroku. Analiza materiału dowodowego pozwala na ocenę, że sąd pierwszej instancji uchylił pytania nieistotne.

Do sądu orzekającego należy decydowanie o dopuszczeniu wnioskowanych dowodów. Autorki apelacji nie wykazały, iż oddalenie wniosków dowodowych miało wpływ na treść skarżonego wyroku. A wręcz przeciwnie, w ocenie sądu odwoławczego, Sąd Okręgowy zasadnie oddalił wnioski dowodowe wskazane w apelacji.

Sąd Apelacyjny uchylając pierwszy wyrok w tej sprawie wskazał sądowi pierwszej instancji jakie dowody należy przeprowadzić bezpośrednio, a wobec których dowodów sąd może poprzestać na ich ujawnieniu (k. 2009v.). Sąd pierwszej instancji stosując się do wytycznych sądu odwoławczego wydał postanowienie w kwestii poprzestania na ujawnieniu wszystkich dowodów przeprowadzonych dotychczas w postępowaniu poza wyjaśnieniami oskarżonych, zeznaniami J. W. (2) i materiałami uzyskanymi w wyniku operacji niejawnych (k. 2078).

W apelacji zarzucono także, że sąd nie uprzedził stron o zmianie kwalifikacji prawnej czynów zarzucanych oskarżonym. Analiza protokołów rozpraw wskazuje, iż zarzut jest bezzasadny. Sąd uprzedził strony o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej czynów zarzucanych oskarżonym (k. 2385). Na wniosek adw. D. K.-P. sąd przerwał rozprawę w związku z uprzedzeniem o zmianie kwalifikacji prawnej czynów, aby umożliwić stronom przygotowanie wystąpień.

Brak podstaw do oceny, jak zarzucają apelujące, iż sąd pierwszej instancji wyszedł poza ramy skargi. Sąd jedynie zawęził okres działania oskarżonych w ramach tego samego zdarzenia historycznego oraz ustalił wyższe kwoty korzyści majątkowej którą w ocenie sądu oskarżeni zamierzali osiągnąć. Trudny jest także do przyjęcia zarzut, iż opis czynu przypisanego oskarżonym w sentencji wyroku jest niezrozumiały. Sąd odwoławczy nie miał problemów z odczytaniem

treści przypisanego oskarżonym przestępstwa w zaskarżonym wyroku. Takich problemów nie mieli także pozostali uczestnicy procesu, skoro nie czynią podobnego zarzutu.

Nie można także podzielić zarzutu, iż uzasadnienie zaskarżonego wyroku zostało sporządzone wadliwie i nie odpowiada treści art. 424§1i2k.p.k.

Zgodnie z przepisem art. 424 § 1 k.p.k. uzasadnienie wyroku powinno zawierać zwięzłe wskazanie, jakie fakty sąd uznał za udowodnione lub nieudowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych.

Uzasadnienie jest swego rodzaju sprawozdaniem, nawiązującym do przebiegu rozprawy i narady nad wyrokiem, jednak powstającym już po jego ogłoszeniu, to trudno przyjąć, że uzasadnienie może mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia, a nie odwrotnie, że treść rozstrzygnięcia winna kształtować treść uzasadnienia.

W doktrynie i orzecznictwie zwracano uwagę na to, że niespełnienie wymagań ustawowych w zakresie uzasadnienia nie może być utożsamiane z wadliwością samego rozstrzygnięcia, bowiem naruszenie przepisu art. 424 k.p.k. nie ma wpływu na treść wyroku, gdyż dochodzi do niego już po jego wydaniu (R.A. Stefański [w:] J. Bratoszewski, L. Gadrocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki – Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom II, Dom Wydawniczy ABC 1998r., s. 390 oraz P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek – Kodeks postępowania karnego. Tom II, Komentarz do art. 297-467, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 582; a także wyrok SN z dnia 10 lutego 1984r. sygn. IV KR –261/83 – OSNPG 1984, nr 7-8, poz. 85). A zatem, nie każde wadliwe uzasadnienie wyroku uniemożliwia przeprowadzenie kontroli instancyjnej. Za wadliwe można uznać jedynie takie uzasadnienie, które nie pozwala sądowi odwoławczemu ustosunkować się merytorycznie do zarzutów i wniosków środka odwoławczego.

Właśnie taki stosunek do wadliwości uzasadnienia wyroku jest dostrzegany także w orzecznictwie sądów apelacyjnych. Jako przykład niech posłuży wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 26 lutego 2004r., sygn. II AKa – 413/03: „Znaczenie uzasadnienia wyroku, które stanowi całość z dyspozytywną częścią orzeczenia, nie może poddawać w wątpliwość tezy, iż o trafności rozstrzygnięcia nie decyduje uzasadnienie, lecz materiał dowodowy stanowiący jego podstawę. Uzasadnienie w ramach kontroli odwoławczej stanowi jedynie punkt wyjścia do zbadania zasadności rozstrzygnięcia i jest oczywiste, że tak jak będąc formalnie nienaganne, nie może przesłaniać wad wyroku nie znajdującego podstaw w materiale dowodowym, tak też wadliwe uzasadnienie nie może przesądzać niezbędności korekty dyspozytywnej części orzeczenia. Nawet w razie występowania sprzeczności między wyrokiem a jego uzasadnieniem decydujące znaczenie ma stanowisko sądu wyrażone w wyroku” (Krakowskie Zeszyty Sądowe 2005, z. 1, poz. 37).

Podzielając zasadniczo stanowiska wyrażone wyżej należy stwierdzić, że niewłaściwie sporządzone uzasadnienie, choć niewątpliwie stanowi obrazę przepisu postępowania (art. 424 k.p.k.), jednak nie musi prowadzić zawsze do dyskwalifikacji zaskarżonego orzeczenia, gdyż następuje po wydaniu wyroku. Oznacza to, że nie zawsze konsekwencją obrazy przepisu art. 424 k.p.k. będzie możliwość uznania jej względną przyczynę odwoławczą z art. 438 pkt 2 k.p.k., gdyż brakuje niezbędnego elementu w postaci możliwości wywarcia przez wskazaną obrazę prawa wpływu na treść orzeczenia (por. A. Zachuta – Wadliwość uzasadnienia wyroku jako samodzielna przyczyna jego uchylenia, Prokuratura i Prawo 2006, nr 12, s. 157). W zaskarżonym wyroku, Sąd Okręgowy we Wrocławiu przeprowadził na rozprawie głównej wszelkie istotne dla sprawy dowody, a także przedstawił ich procesową analizę. Uczynił to w sposób, który umożliwia kontrolę instancyjną.

W związku ze stawianym zarzutem zważyć również należy na nowe brzmienie art. 424§1k.p.k. wedle którego uzasadnienie wyroku zostało sprowadzone do zwięzłego sprawozdania. Oznacza to, że obowiązkiem stron jest przede wszystkim odnośnienie się do dowodów zgromadzonych w toku rozprawy głównej i wykazywanie poprzez te dowody nieprawidłowości w zaskarżonym wyroku.

Rozważania dotyczące obrazy art. 424k.p.k. odnoszą się także do argumentacji zawartej w apelacji adw. A P. w związku z podobnie sformułowaniem zarzutem.

We wskazanej wyżej apelacji(adw. A. P.) postawiono szereg zarzutów dotyczących obrazy przepisów postępowania sprowadzającej się do oddalenia szeregu wniosków dowodowych.

Sąd pierwszej instancji na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2016 r. odniósł się do złożonych wniosków dowodowych(k. 2380-2384). Swe stanowisko Sąd Okręgowy w sposób przekonujący uzasadnił. Sąd odwoławczy podziela stanowisko sądu pierwszej instancji z następujących powodów. Po pierwsze wskazać należy, iż w aktach sprawy znajduje się już opinia biegłego z zakresu badań fonoskopijnych(k. 1337-1343). To, że ta opinia nie odpowiada linii obrony nie oznacza, iż jest to opinia niejasna bądź też niepełna. Skarżący nie wykazał w sposób przekonujący aby zachodziła potrzeba powołania nowych biegłych. Po wtóre autor apelacji powtórzył swój wniosek dowodowy(k. 2047). Analiza wniosku dowodowego wykazuje, iż wniosek nie zawiera przekonującego uzasadnienia. Po trzecie skarżący domagał się przeprowadzenia dowodów z zeznań świadków na okoliczności, które sąd pierwszej instancji ustalił zgodnie z wnioskiem skarżącego. Dotyczy to kwestii legalności działań (...) oraz okoliczności dotyczących powzięcia uzasadnionych wiadomości o przestępstwie łapownictwa. Po czwarte wskazano już wyżej na oświadczenie prokuratora, z którego wynika, iż przedstawił sądowi wszystkie dowody jakimi dysponował.

Szereg wnioskowanych dowodów jest istotnie bezprzedmiotowa gdyż sam apelujący nie wykazuje w istocie czemu te dowody miałyby służyć. O ile dobrze sąd odwoławczy odczytuje intencje skarżącego wnioskowane dowody miałyby służyć wykazaniu, iż zeznania J. W. (2) nie są spójne. Ten fakt przyznał sąd pierwszej instancji. Omawiana okoliczność dotyczy zwłaszcza sytuacji dotyczącej podpisania umowy przez W. B. (1) z (...). Z zeznań W. B. (1) wynika, iż taką umowę podpisał w 2008 r.(k. 1540). Wyżej wskazano już, iż W. B. sprzedał działkę przy ul. (...)02.2008r. panu M.(k. 2216). A po wtóre sąd odwoławczy informacje podawane przez J. W. (2) o wielkich prowizjach jakie miał otrzymać, a co potwierdził W. B. (1), o czym była już mowa wyżej, odczytuje jak zachętę dla oskarżonych do załatwienia sprawy w sposób korupcyjny. Wskazano także już wyżej na rzeczywiste intencje jakie kierowały J. W. (2), co wynika z jego zeznań złożonych w Prokuraturze Apelacyjnej w Krakowie.

We wszystkich apelacjach postawiono zarzut obrazy prawa materialnego, a to art. 286§1k.k.

Przypisując sprawcy popełnienie przestępstwa określonego w art. 286 § 1 k.k. należy wykazać, że obejmował on swoją świadomością i zamiarem bezpośrednim (kierunkowym) nie tylko to, że wprowadza w błąd inną osobę (względnie wyzyskuje błąd), ale także i to że doprowadza ją w ten sposób do niekorzystnego rozporządzenia mieniem - i jednocześnie chce wypełnienia tych znamion. Występek z art. 286 § 1 k.k. dokonany jest w chwili, gdy pokrzywdzony niekorzystnie rozporządzi swoim mieniem. Sprawca oszustwa nie tylko musi chcieć uzyskać korzyść majątkową, lecz musi także chcieć użyć w tym celu określonego sposobu działania.

Działanie sprawcy, określone w art. 286 § 1 k.k. jako doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem, sprowadza się do trzech wymienionych w tym przepisie sposobów: wprowadzenie w błąd, wyzyskanie błędu, wyzyskanie niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Jeżeli chodzi o dwa pierwsze sposoby działania, to zawsze przy ich stosowaniu warunkiem zrealizowania skutku jest błąd po stronie pokrzywdzonego. Może to być błąd co do osoby, błąd co do rzeczy, błąd co do zjawiska lub zdarzenia. W sytuacji wprowadzenia w błąd sprawca wywołuje w świadomości pokrzywdzonego fałszywe wyobrażenie (rozbieżność między rzeczywistością), zaś w przypadku wyzyskania błędu ta rozbieżność już istnieje, a sprawca nie koryguje jej, lecz korzysta z tego błędu dla uzyskania przez siebie, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, niekorzystnej dla pokrzywdzonego decyzji majątkowej/ tak też SN w wyroku z 02.12.2002 r. IV KKN 135/00 – Lex/. Wprowadzenie w błąd musi dotyczyć istotnych okoliczności, a więc takich które mogą mieć wpływ na podjęcie przez oszukiwaną osobę decyzji rozporządzenia mieniem.

Opisane sposoby działania sprawcy muszą poprzedzać niekorzystne rozporządzenie mieniem przez pokrzywdzonego, stąd też istotnym znamieniem oszustwa jest związek przyczynowy między wprowadzeniem w błąd, czy wyzyskaniem błędu a niekorzystnym rozporządzeniem mieniem.

Analiza treści art. 286§1k.k. wskazuje, że między sformulowaniem „za pomocą wprowadzenia” a słowem „w błąd” znajduje się sformułowanie „jej”. Taka konstrukcja przepisu jednoznacznie wskazuje, że wprowadzenie w błąd odnosić się musi do osoby dokonującej niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Na tożsamość osoby wprowadzonej w błąd oraz rozporządzającej mieniem wskazał Sąd Najwyższy w swych orzeczeniach (por. wyrok z 27.11.2015 r. o sygn.. akt I KK 198/15, Lex nr 1941889). Różnymi osobami mogą być podmiot wprowadzony w błąd i podmiot, którego mieniem rozporządzono.

W doktrynie prawa karnego, jak i w orzecznictwie Sądu Najwyższego od dawna przyjęto, że niekorzystnym rozporządzeniem mieniem jako znamieniem przestępstwa oszustwa jest każda czynność o charakterze określonej dyspozycji majątkowej, odnoszącej się do ogółu praw majątkowych, ale i zobowiązań kształtujących sytuację majątkową, która skutkuje ogólnym pogorszeniem sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, w tym zmniejszeniem szans na zaspokojenie roszczeń w przyszłości (por. wyrok SN z dnia 10 lipca 1937 r., 2 K 646/37, ZO SN 1938, poz. 30; wyrok SN z dnia 14 lutego 1938 r., 3 K 2466/37, ZO SN 1938, poz. 209; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 29 stycznia 2004 r., I KZP 37/03, LEX nr 140096).

Z ustaleń faktycznych zawartych w zaskarżonym wyroku wynika, że wprowadzenie J. W. (2) w błąd polegało na przekazaniu mu informacji i utwierdzeniu go przez oskarżonych w przekonaniu, iż załatwienie zmiany przeznaczenia działki możliwe jest poprzez wręczenie kwoty co najmniej 500 000 złotych łapówki jako korzyści majątkowej za ich pośrednictwem odpowiednim urzędnikom Urzędu Miasta W.. W uzasadnieniu wyroku sąd pierwszej instancji wyraził następujące stanowisko. „ Oskarżeni nie tylko wprowadzili w błąd co do łapówki i okoliczności korumpowania urzędników, ale przede wszystkim co do stanu faktycznego odnoszącego się do możliwości faktycznych i prawnych nieruchomości przy ul. (...). Mieli wiedzę, że możliwa będzie zmiana (...), a nowy plan miejscowy może uwzględnić oczekiwania właściciela, ale sytuację tą przedstawili odmiennie skłaniając do wydatkowania znacząco wysokich sum, zwłaszcza w porównaniu do ewentualnego wynagrodzenia za rzetelnie wykonane czynności”.

J. W. (2) nie pozostawał w błędzie. Świadomie uczestniczył w prowadzonych czynnościach operacyjno-rozpoznawczych oraz czynności kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej. Nie dokonał niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Wręczając pieniądze oskarżonym wiedział, że uczestniczy w kontrolowanym przekazaniu środków, które wrócą do właściciela. J. W. (2) miał świadomość również i tego, że deklarowane przez niego pieniądze w kwocie ponad 200 000 zł nie zostaną oskarżonym wręczone. Jego świadomość w tym zakresie wynikała z tego, że wiedział, iż uczestniczy w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, stąd też dalsze deklarowane środki w przyszłości nie zostaną wręczone.

W apelacjach postawiono także zarzut obrazy art. 49§1k.p.k. poprzez błędne uznanie J. W. (2) za pokrzywdzonego.

Wskazano już wyżej, iż J. W. (3) nie jest osobą pokrzywdzoną przestępstwem z art. 286§1k.k., gdyż nie został wprowadzony w błąd, a także nie został doprowadzony do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem. Przestępstwo z art. 286§1k.k. jest przestępstwem przeciwko mieniu. A zatem pokrzywdzonym może być osoba, której mieniem niekorzystnie rozporządzono. Wskazano już także wyżej, iż także brak podstaw aby usiłowano doprowadzić J. W. (3) do niekorzystnego rozporządzenia jego mieniem, gdyż nie został on wprowadzony w błąd.

W rozumieniu przepisów kodeksu postępowania karnego pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo (art. 49 § 1 k.p.k.). O pokrzywdzeniu decyduje bezpośrednio naruszonego lub zagrożonego przestępstwem dobra. W postanowieniu z dnia 25 marca 2010 r. - IV KK 316/09 - LEX, Sąd Najwyższy wskazał, że kryterium bezpośredniości naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego danej osoby oznacza, że w relacji między czynem o konkretnych znamionach przestępstwa a naruszeniem

lub zagrożeniem dobra tej osoby nie ma ogniw pośrednich, z czego wynika, że do kręgu pokrzywdzonych można zaliczyć tylko ten podmiot, którego dobro prawne zostało działaniem przestępnym naruszone wprost.

Należy również wskazać na uchwałę z dnia 15 września 1999 r. - I KZP 26/99 - OSNKW 1999/11-12/69, w której Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że krąg pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. ograniczony jest zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych. Sąd Najwyższy wskazał, że przepis art. 49 § 1 k.p.k. powinien być interpretowany wąsko, a zatem pojęcie pokrzywdzonego relatywizuje się jedynie do zespołu znamion przestępstwa będącego przedmiotem postępowania.

W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2010 r.- IVKK 316/09 – wskazano, że dla przyznania statusu pokrzywdzonego konieczne jest prawidłowe rozpoznanie nie tylko ogólnego lub rodzajowego, ale indywidualnego przedmiotu ochrony analizowanej normy karnej (niezależnie, czy chodzi o przedmiot główny czy uboczny), przy jednoczesnym uwzględnieniu, iż dany czyn może wypełniać znamiona więcej niż jednego przepisu ustawy lub obejmować przestępstwo współukarane.

Oskarżonym zarzucono popełnienie także przestępstwa z art. 230§1k.k. Zgodnie z art. 230§1k.k. „Kto, powołując się na wpływy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi albo wywołując przekonanie innej osoby lub utwierdzając ją w przekonaniu o istnieniu takich wpływów, podejmuje się pośrednictwa w załatwieniu sprawy w zamian za korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”.

Podmiotem przestępstwa płatnej protekcji może być każdy, gdyż jest to przestępstwo powszechne. Może być ono popełnione na trzy różne sposoby, odpowiadające trzem różnym czynnościom poprzedzającym podjęcie się pośrednictwa w załatwieniu sprawy, tj. przez powołanie się na wpływy(stosunki, znajomości, itp.) w jednej z wymienionych w przepisie art. 230§1k.k. instytucji, organizacji lub w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi: wywołanie przekonania o posiadaniu takich wpływów, a wreszcie przez utwierdzenie innej osoby w takim przekonaniu. Wszystkie trzy sposoby zachowania wymagają określonej aktywności ze strony pośrednika (sprawcy), polegającej na twierdzeniu o posiadaniu wpływów, na stwarzaniu faktów wywołujących w innych takie przekonanie lub na utwierdzeniu w takim przekonaniu. W doktrynie jak i w judykaturze przyjmuje się, że sprawca(pośrednik) doprowadza osobę udzielającą mu korzyści majątkowej do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, gdy powołuje się na swoje rzekome wpływy(wytwarza u innej osoby przekonanie o ich istnieniu) i podejmuje się pośrednictwa w załatwieniu sprawy, w której nie zamierza pośredniczyć, a w rezultacie przyjmuje w zamian korzyść majątkową(A.Zoll<red.> Kodeks karny. Komentarz.T.2, Warszawa 2013,s.1196; A.Wąsek<red.> Kodeks karny.Komentarz.T.2, Warszawa 2006,s.81;wyr. SN z 20.10.2005 r., IIK 184/05, OSNKW 2005/12/120).

"Dobrem prawnym chronionym przepisem art. 230 § 1 KK jest działalność określonych instytucji publicznych, związana z ich prawidłowym, budzącym autorytet i zaufanie obywateli, bezinteresownym funkcjonowaniem – a więc nie indywidualnie określony ważny interes prywatny, nawet chroniony dodatkowo, lecz rodzajowo odmienne dobro ogólne; nie może być zatem mowy o bezpośrednim naruszeniu lub zagrożeniu żadnego dobra osoby zainteresowanej, wobec której sprawca, w zamian za korzyść lub jej obietnicę, podejmuje się przy użyciu wpływów pośrednictwa w załatwieniu sprawy we wspomnianej instytucji" (post. SN z 29.1.2015 r., I KZP 24/14, OSNKW 2015, Nr 4, poz. 30).

"Dyspozycja tych przepisów stoi na straży dobrego imienia urzędów i sam fakt podjęcia się pośrednictwa w załatwieniu sprawy urzędowej z powołaniem się na wspomniane wpływy i żądanie w zamian za to korzyści majątkowej, już wypełnia znamiona tego przestępstwa, niezależnie od realnych możliwości i rzeczywistych intencji podejmującego się pośrednictwa" (wyr. SN z 2.3.1972 r., II KR 4/71, OSNPG 1972, Nr 9, poz. 156).

W literaturze wskazuje się, że mienie nie jest przedmiotem ochrony art. 230§1k.k. „Nie można zgodzić się z P. Palką i M. Reut (Korupcja, s. 85), że przedmiotem ochrony na gruncie przestępstwa płatnej protekcji jest również mienie osób zainteresowanych rozstrzygnięciem jakiejś sprawy. Nie może uzasadniać takiego poglądu teza, zgodnie z którą zachowanie sprawcy tego przestępstwa prowadzi do nieusprawiedliwionych obciążeń materialnych. Idąc bowiem tym

tropem, należałoby uznać, że uszczerbku doznają także dobra osobiste takich osób, jeśli świadczą one korzyść osobistą. Wydaje się, że nie można ujmować indywidualnego przedmiotu ochrony w sposób, który prowadzi do zerwania więzi z rodzajowym przedmiotem ochrony, a tak się niewątpliwie dzieje w przypadku akceptacji krytykowanego stanowiska”. – por. M. Królikowski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 230k.k., Wydawnictwo :C.H.Beck, wyd. I z 2013 r.

A zatem mając na uwadze powyższe sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok poprzez uniewinnienie obu oskarżonych od popełnienia przypisanych im przestępstw, zaliczając koszty postępowania w sprawie na rachunek Skarbu Państwa. Podstawę prawną wyroku stanowi art. 437§1k.p.k., zaś podstawę prawną rozstrzygnięcia o kosztach procesu stanowi art. 632 pkt 2 k.p.k.

SSA Grzegorz Kapera SSA Stanisław Rączkowski SSA Zdzisław Pachowicz