

Sygn. akt II AKa 249/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Bogusław Tocicki
Sędziowie:	SSA Witold Franckiewicz SSA Andrzej Kot (spr.)
Protokolant:	Marzena Dobrowolska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Urszuli Piwowarczyk - Strugały

po rozpoznaniu w dniu 11 września 2013 r.

sprawy **J. R. (1)**

oskarżonej z art.13 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora, oskarżyciela posiłkowego i oskarżoną

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 6 maja 2013 r. sygn. akt III K 172/12

**uchyla zaskarżony wyrok wobec oskarżonej J. R. (1)  
i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu  
w Świdnicy.**

## UZASADNIENIE

**J. R. (1)** została oskarżona o to, że : w okresie od sierpnia 2011 roku do 25 maja 2012 roku w W. i Ś., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru pozbawienia życia męża **J. R. (2)** przez inną osobę, usiłowała podżegać S. C. do nakłonienia innej osoby do popełnienia tego czynu zapłatą, lecz zamierzonego celu nie osiągnęła z uwagi na nie wzbudzenie u S. C. zamiaru nakłonienia innej osoby do popełnienia tego czynu, przy czym czynu tego dopuściła się w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie;

**to jest o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k.**

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 6 maja 2013 r., sygn. akt: III K 172/12 uznał oskarżoną **J. R. (1)** za winną tego, że w okresie od marca 2012 roku do 25 maja 2012 roku w W. i Ś., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, usiłowała podżegać S. C. do nakłonienia innej osoby do pozbawienia życia jej męża **J. R. (2)** za zapłatą, lecz zamierzonego skutku w postaci nakłonienia S. C. nie osiągnęła z uwagi na nie wzbudzenie u S. C. zamiaru nakłonienia innej osoby do popełnienia tego czynu i zakwalifikował zarzucany jej czyn

jako zbrodnię z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 19 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 1 k.k. w zw. z art. 22 § 2 k.k. i art. 60 § 6 pkt 1 k.k. wymierzył oskarżonej karę 2 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonej okres jej zatrzymania i tymczasowego aresztowania od dnia 29 maja 2012 r. do dnia 28 sierpnia 2012 r.

Na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił Wydziałowi Kryminalnemu K. w W. dowód rzeczowy w postaci dyktafonu marki M. wraz z dwoma przewodami podłączeniowymi i słuchawkami zarejestrowanego w Drz K. nr I/180/12 przechowywanego w aktach sprawy karta 616.

Na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonej J. R. (1) na rzecz oskarżyciela posiłkowego J. R. (2) kwotę 960,00 zł tytułem poniesionych przez niego kosztów zastępstwa procesowego.

Na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonej J. R. (1) na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w całości, tj. w wysokości 15.523,18 zł w tym na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223 z późn. zm.) wymierzył jej opłatę sądową w wysokości 400 złotych.

Apelację od tego wyroku wnieśli: prokurator, oskarżyciel posiłkowy i oskarżona.

**Prokurator** zaskarżył wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze. Na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k., 437 k.p.k. oraz 438 pkt 1 k.p.k. zarzucił: obrazę przepisu prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 60 § 6 pkt 1 k.k. poprzez jego zastosowanie i wskazanie w podstawie wymiaru kary nadzwyczajnie złagodzonej, orzeczonej względem oskarżonej za popełnioną zbrodnię z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., mimo, iż przepis ten dopuszczający możliwość wymierzenia przez Sąd kary pozbawienia wolności nadzwyczajnie złagodzonej nie niższej od 8 lat, ustala sposób nadzwyczajnego złagodzenia kary w odniesieniu do zbrodni zagrożonych w dolnej granicy karą 25 lat pozbawienia wolności, których obecnie, z uwagi na nowelizację z dnia 26 listopada 2010 roku stawy Kodeks Karny, obowiązujące przepisy tej ustawy nie przewidują.

Podnosząc powyższy zarzut wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i wskazanie właściwej podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary orzeczonej względem oskarżonej, tj. z art. 60 § 6 pkt 2 k.k.

**Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego** zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonej, zarzucając:

I. W części dotyczącej orzeczenia o karze – zarzucił na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 53 k.k. jej rażącą niewspółmierność tj. łagodność, przy zastosowaniu wadliwych kryteriów oceny okoliczności mających znaczenie dla jej wymiaru w postaci braku rozważenia wszystkich okoliczności obciążających i uwzględnienia przy tym bardzo wysokiego stopnia demoralizacji oskarżonej, systematycznego, zaplanowanego i kierunkowego działania w zamiarze bezpośrednim, oraz pominięcia okoliczności dotyczących prewencyjnego oddziaływania kary; i na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez orzeczenie w pkt I kary surowszej, tj. w wymiarze 6 lat pozbawienia wolności.

II. W części dotyczącej orzeczenia o kosztach zastępstwa procesowego – zarzucił na podstawie art. 438 pkt 2 k.p.k. naruszenie przepisów postępowania które miało wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to art. 627 k.p.k. poprzez jego błędną wykładnię i orzeczenie zwrotu kosztów w kwocie 960 zł w sytuacji gdy oskarżyciel posiłkowy ponosi koszty zastępstwa procesowego w kwocie 4.900 zł.

**Obrońca oskarżonej** zaskarżył powyższy wyrok w całości. Na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) obrazę przepisów postępowania mogącą mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, a to:

a) art. 393 § 1 k.p.k. w zw. z art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji poprzez zaliczenie w poczet materiału dowodowego opinii biegłego z zakresu fonoskopii z dnia 17 września 2012 r., w sytuacji gdy odtworzone w formie stenogramów nagrania rozmów oskarżonej ze świadkiem S. C. zostały uzyskane w ramach czynności operacyjnych (operacyjno-rozpoznawczych), które nie zostały przeprowadzone zgodnie z wymogami ustawy o Policji, wobec braku postanowienia sądu okręgowego o zarządzeniu kontroli operacyjnej, w związku z czym opinia ta nie mogła stanowić dowodu w sprawie i w konsekwencji winna zostać zniszczona jak i pozostałe materiały związane z nagraniami tychże rozmów w oparciu o treść art. 19 ust. 15b ustawy o Policji w zw. z art. 238 § 5 k.p.k.;

b) art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. poprzez bezpodstawne oddalenie wniosku dowodowego obrony złożonego na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2013 r. o uzyskanie wskazanych we wniosku informacji od organów ścigania dotyczących czasookresu zgłoszenia się S. C. do tychże organów z informacją o posiadanej wiedzy na temat możliwości zaistnienia przestępstwa, a także relacji jakie on wówczas składał, w konsekwencji czego nie wyjaśniono wszystkich istotnych okoliczności sprawy, w sytuacji gdy wobec konieczności ocenienia wiarygodności relacji tegoż świadka było to niezbędne;

c) art. 410 k.p.k. poprzez oparcie rozstrzygnięcia jedynie na wybiórczych elementach ujawnionego w toku rozprawy materiału dowodowego i nie odniesienie się przy wydawaniu rozstrzygnięcia do treści opinii biegłego z zakresu fonoskopii w zakresie nagrania rozmowy znajdującej się na k. 24-51 tejże opinii, w sytuacji gdy miało to znaczenie dla oceny wiarygodności innych dowodów zebranych w sprawie;

d) art. 394 § 2 k.p.k. poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji jedynie ujawnienie, a nie odczytanie treści k. 24-51 opinii biegłego z zakresu fonoskopii w obecności świadka S. C., w sytuacji gdy było to niezbędne dla wyjaśnienia rozbieżności między złożonymi przez niego zeznaniami a treścią zapisanej na ww. kartach opinii biegłego rozmowy świadka z oskarżoną;

e) art. 7 k.p.k. na skutek przekroczenia swobodnej oceny dowodów przechodzącą w dowolną i dokonaną wbrew doświadczeniu życiowemu, sprowadzającą się do bezkrytycznego uznania prawdziwości relacji świadka S. C. bez analizy wszystkich istotnych okoliczności sprawy oraz odmowy przyznania waloru wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonej i zeznaniom świadków P. D., M. R. oraz S. K., a tym samym uznanie, iż oskarżona usiłowała podżegać S. C. do zlecenia innej osobie zabójstwa jej męża, w sytuacji gdy brak jest jednoznacznych dowodów, iż działała ona z rzeczywistym zamiarem zabójstwa męża, w konsekwencji czego uznano sprawstwo oskarżonej w zakresie zarzucanego jej czynu;

a także z daleko idącej ostrożności procesowej:

2) obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 13 § 2 k.k. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy wobec braku zamiaru S. C. w zakresie realizacji pomysłu oskarżonej dotyczącego zlecenia zabicia jej byłego męża, zachowanie oskarżonej należało zakwalifikować jako usiłowanie nieudolne do podżegania, co w konsekwencji oceniane przy uwzględnieniu całego zebranego w sprawie materiału dowodowego winno skutkować odstąpieniem od wymierzenia jej kary.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Świdnicy.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Zasadna okazała się apelacja złożona przez obrońcę oskarżonej, dlatego uwzględniono jej końcowy wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. To z kolei czyni bezprzedmiotowym odnoszenie się do pozostałych środków odwoławczych.

Rację ma obrońca podnosząc, że przeprowadzenie przez Sąd I instancji dowodów z zapisu nagrywanych przez S. C. rozmów z oskarżoną oraz z wykonanej na jego bazie opinii biegłego z zakresu fonoskopii, a w konsekwencji opieranie

na nich ustaleń faktycznych, stanowiło naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na treść zaskarżonego wyroku, wobec faktu, iż Sąd ustalając winę oskarżonej wielokrotnie się do wskazanych dowodów odwoływał, albowiem stanowić miały one potwierdzenie wersji podawanej przez świadka S. C..

Sąd I instancji uzasadniając swoje stanowisko w zakresie dopuszczalności przeprowadzenia powyższych dowodów wskazuje, iż nagrania tychże rozmów nie były wynikiem czynności operacyjno technicznych regulowanych przez ustawę o Policji. Z poglądem takim zgodzić się nie można. Nie sposób jest uznać, iż dowody te były gromadzone z samodzielnej inicjatywy S. C., skoro powstawały one pod kierunkiem i kontrolą funkcjonariuszy Policji. Z notatki służbowej z dnia 11 maja 2012 r. Wydziału Kryminalnego K. w W. wynika, iż S. C. zgłosił się do funkcjonariuszy Policji w W. z informacją o możliwości popełnienia przestępstwa i wówczas udostępniono mu dyktafon w celu uzyskania przez niego potwierdzenia faktów, o których mówił funkcjonariuszom Policji, poinstruowano go o obsłudze urządzenia oraz przewieziono radiowozem nieoznakowanym na miejsce spotkania. Z zapisem rozmowy S. C. w ogóle się nie zapoznawał, nie przeprowadzał tej czynności dla własnych celów, a niezwłocznie przekazał go funkcjonariuszom Policji. Szerszej relacji odnośnie tegoż momentu gromadzenia materiałów związanych ze sprawą J. R. (1) dostarcza sam S. C. w swoich zeznaniach z dnia 25 maja i 15 czerwca 2012 r. w których wskazuje, że nawiązał współpracę z Policją i po przekazaniu przez niego informacji funkcjonariuszom Policji przejęli oni kontrolę nad wszystkim (k. 14), oni nim kierowali i świadek wyraził zgodę na zbieranie informacji w tym zakresie. Podczas nagrywania tej rozmowy funkcjonariusze Policji z ukrycia obserwowali jego spotkanie z oskarżoną i po zakończeniu rozmowy C. przekazał im nagranie, gdyż dalej sprawą miała się zająć Policja i jego działanie polegało na gromadzeniu informacji dla organów ścigania. Zresztą po udzieleniu funkcjonariuszom Policji pierwszych informacji o sprawie S. C. miał otrzymać od Policji propozycję czego oczekuje za te informacje i czy chce za to pieniędzy (k. 88). W trakcie przesłuchania w dniu 6 lipca 2012 r. S. C. zeznał, że to od Policji (k. 120) wyszła propozycja nagrania oskarżonej i wówczas zaproponowano mu dyktafon, poinstruowano o sposobie prowadzenia rozmowy, a nawet uruchomiono sprzęt służący do nagrywania. Ponadto wobec słabej jakości nagrania funkcjonariusze Policji zwrócili się do S. C. z inicjatywą nagrania kolejnej rozmowy i podobnie jak w pierwszym wypadku sprawowali bieżący i stały nadzór nad wykonywanymi przez niego czynnościami. Tym samym nie można uznać, iż były to prywatne działania S. C., albowiem były one kontrolowane przez funkcjonariuszy w ramach czynności prowadzonych de facto przez nich i miały one służyć zapobieżeniu, wykryciu, ustaleniu sprawców i uzyskaniu i utrwaleniu dowodów przestępstwa wymienionego w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Błędna jest przy tym argumentacja Sądu dotycząca niezaimplementowania w niniejszej sprawie przesłanek do podjęcia przez organy ścigania czynności operacyjno-rozpoznawczych, albowiem oczywistym jest, iż funkcjonariusze Policji mieli informacje o zamierzeniach oskarżonej uzyskane od S. C. i dopiero wówczas podjęto przedmiotowe czynności z ich inicjatywy. Przewidziane w art. 15 ust. 1 pkt 5a ustawy o Policji czynności dotyczące obserwowania i rejestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych mogą się wiązać z nagrywaniem dźwięku towarzyszącym tym zdarzeniom, jedynie wówczas gdy jest to przeprowadzane w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych i administracyjno porządkowych, jak wynika zresztą wprost z tego przepisu, w związku z czym jeżeli miały one miejsce przed wszczęciem postępowania karnego wymagają one stosownego zalegalizowania przez Sąd w ramach zarządzenia kontroli operacyjnej. Zgodnie z art. 19 ust. 6 pkt 3 kontrola operacyjna polega właśnie na stosowaniu środków technicznych umożliwiających w sposób niejawni uzyskiwanie informacji i dowodów oraz ich utrwalenie, a taka czynność techniczna w postaci nagrywania rozmów S. C. z oskarżoną pod nadzorem i kierownictwem organów ścigania miała miejsce w niniejszym przypadku.

Zaangażowanie funkcjonariusza Państwa w dokonanie tych nagrań przesądza, że nie może być mowy o prywatnym, powstałym poza postępowaniem karnym i nie dla jego celów, dokumencie mającym w procesie walor dowodu (art. 393 § 3 k.p.k.), lecz o przeprowadzeniu czynności operacyjno-rozpoznawczej, która z punktu widzenia możliwości procesowego wykorzystania jej wyników podlega zupełnie innej ocenie. O ile bowiem Policja - w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń oraz wykrycia i ustalenia sprawców - ma prawo podejmować czynności operacyjno-rozpoznawcze (zob. zwłaszcza art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 1 in princ. ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz.U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.), o tyle niezbędnym warunkiem uznania materiałów, zdobytych w rezultacie takiej czynności, za dowód w postępowaniu karnym, podlegający ujawnieniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k., jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowemu rygorom,

właściwym dla różnych kategorii zagrożeń porządku prawnego, w związku z którymi czynności te są podejmowane. Sąd pierwszej instancji uwarunkowania tego nie dostrzegł i przeszedł do porządku nad błędem organów ścigania, które po stwierdzeniu potrzeby operacyjnego zweryfikowania doniesienia S. C. co do tego, że J. R. (1) podzega go do popełnienia zabójstwa J. R. (2), nie uznały jednocześnie za konieczne dopełnienia wymogów niezbędnych dla dowodowego wykorzystania w procesie nagrania owej "weryfikującej" rozmowy.

Z taką m.in. argumentacją w wyr. z 3.12.2008 r., V KK 195/08, OSNKW 2009, z. 2, s. 60 i 77, Sąd Najwyższy zakwestionował legalność kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych oraz moc dowodową uzyskanych z niej informacji, gdyż czynność dowodowa przeprowadzona została z naruszeniem art. 237§3 KPK. Na kwestię zgodności pozyskania dowodu z warunkami określonymi w ustawie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uchwale z 23 marca 2011 r., I KZP 32/10 wyrażając stanowisko, że dowodami uzyskanymi w wyniku kontroli operacyjnej, zarządzanej postanowieniem sądu wydanym na podstawie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy o CBA, które pozwalają na wszczęcie postępowania karnego lub mają znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, są jedynie dowody wydane na podstawie i w sposób określony w odnośnych przepisach wymienionej ustawy. Zbieżne stanowisko wyraził SN w postanowieniu z 30 listopada 2010 r., III KK 152/10 mianowicie, że niezachowanie ustawowych warunków przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych uniemożliwia w procesie karnym wykorzystanie uzyskanego w ich trakcie materiału dowodowego.

Podobnie, w postanowieniu z 22 września 2009 r., III K 58/09 SN wyraził pogląd, że niezbędnym warunkiem uznania materiałów uzyskanych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych za dowód w postępowaniu karnym jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowym rygorom.

Trafnie podnosi skarżący, że nawet przy uznaniu omawianych wyżej nagrań za dokumenty prywatne, ich ujawnienie stanowiło naruszenie zakazu z art. 393 § 3 k.p.k., albowiem sporządzone zostały one ewidentnie dla celów postępowania karnego. Podkreślić należy, że przepis art. 393 § 3 k.p.k. stanowi tamę dla "prywatnej inwigilacji", którą prowadziłyby osoby nieuprawnione, z naruszeniem konstytucyjnego prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji RP). "Dokumenty prywatne" gromadzone w sposób pozaprocesowy (prywatny) i nieformalny, lecz najwyraźniej w celu wykorzystania ich w sprawie karnej są niedopuszczalne, zarówno jako dowody "właściwe", jak i "weryfikujące" (służące do oceny innych dowodów w rozumieniu art. 169 § 2 k.p.k.). Mogą być co najwyżej wykorzystane przez organy procesowe - w ramach dowodu swobodnego - jako źródła informacji o innych dowodach, które dopiero organ procesowy będzie mógł przeprowadzić w sposób ścisły. (tak też R. K. artykuł PiP.2004.5.3 Dokumenty prywatne i ich "prywatne gromadzenie" w sprawach karnych). Przepis art.393 § 3 kpk nie zawiera wprawdzie definicji legalnej pojęcia „dokument prywatny”, a wskazywane w tym przepisie wyliczenie tychże dokumentów stanowi jedynie przykładowe i niepełne ich określenie wobec użycia zwrotu w „szczegółności”, dlatego też w celu prawidłowego odcodowania znaczenia tegoż sformułowania zasadnym jest odwołanie się do definicji legalnej „dokumentu” znajdującej się w art. 115 § 14 k.k., w której to wskazuje się, że dokumentem jest „każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji”, natomiast dalsza definicja tegoż pojęcia zawiera już uszczegółowienie cech jakie taki nośnik informacji winien posiadać, aby znaleźć się pod ochroną prawa karnego. Zaaprobować należy stanowisko. Nie sposób byłoby wymienić wszelkie dokumenty prywatne powstałe poza postępowaniem karnym i nie dla jego celów, które mogą być odczytywane na podstawie art. 393 § 3 k.p.k.. Kryterium podstawowym warunkującym ich odczytanie jest to właśnie aby sporządzono je w innych celach niż na dowodowe potrzeby postępowania karnego. Będą to więc wymienione w tym przepisie oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki, a także np. grypsy, zapiski w kalendarzu, w notatnikach elektronicznych i na elektronicznych nośnikach informacji, pamiętniki - wytworzone w różnych celach i niezależnie od przebiegu postępowania karnego, na ogół przed jego wszczęciem, ale również w czasie jego trwania (R. Ponikowski - Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz - pod red. prof. dr hab. Jerzy Skorupka, rok wydania 2013, C.H. Beck, wydanie 10, źródło Legalis). Zatem jako dokument winien być traktowany każdy zapisany nośnik informacji, a takim bezspornie jest zapis na płytach CD czy też DVD rozmów S. C. z oskarżoną. Intencją nagrywającego było wykorzystanie nagrania w ramach postępowania karnego. Późniejsze przekształcenie zapisu tychże rozmów w opinię fonoskopijną sporządzoną przez biegłego, stanowi obejście wskazanego zakazu ujawniania w ramach postępowania karnego dokumentów prywatnych sporządzonych dla celów postępowania karnego, w związku z czym również z tego

punktu widzenia Sąd I instancji nie miał podstaw prawnych do opierania się przy kształtowaniu ustaleń faktycznych i oceny innych dowodów w sprawie właśnie na tychże zapisach.

Powyższe wywody należy uzupełnić o przypomnienie kwestii o podstawowym dla omawianej materii znaczeniu.

Przewidziany przez prawo sposób przeprowadzenia danej czynności określa warunki jej dopuszczalności. Stanowisko takie prezentuje w piśmiennictwie A.Gaberle (Zob. A.Gaberle, Dowody w sądowym procesie karnym, Kraków 2007, s. 270) Jego fundamentem jest wyrażona w art. 7 Konstytucji RP zasada legalizmu, której treść sprowadza się do nałożenia na organy władzy publicznej, a więc także organy ścigania (policja, prokurator) i wymiaru sprawiedliwości (sądy) obowiązku działania „na podstawie i w granicach prawa”. Działania tych organów są wyznaczone przez prawo, w którym winna być zawarta zarówno podstawa działania, jak i granice ich działania. Wymóg podstawy prawnej dla działania organów władzy publicznej oznacza, że mogą one działać wyłącznie na podstawie upoważnień przewidzianych w prawie. Wymóg ten jest ściśle związany z wymogiem podejmowania działań w granicach prawa. Prawo, udzielając organom władzy publicznej upoważnień do podejmowania określonych działań wyznacza jednocześnie ich granice. Wykroczenie poza te granice, kwalifikuje się jako działanie bez podstawy prawnej, zaś działanie bez podstawy prawnej, to równocześnie działanie wykraczające poza granice wyznaczone przez prawo Zob. T.Stawecki, P.Winczorek, Wstęp do prawoznawstwa, Warszawa 2003, s. 231; wyr. TK z 14.06.2000 r., P 3/00, ZU 2000/5/138, a także orzec. TK z: 20.10.1986 r., P 2/86, ZU 1986/6; 19.10.1993 r., K 14/92, ZU 1993/35; 15.03.1995 r., K 1/95, ZU 1995/7; 15.07.1996 r., U 3/96, ZU 1996/4/31..

Organy postępowania karnego nie mają całkowitej swobody w doborze i wykorzystaniu środków, metod i sposobów dowodzenia, gdyż działania te podlegają licznym konstytucyjnym i ustawowym ograniczeniom, a niektóre z nich są bezwzględnie zabronione (zakazane). Konstytucja RP wyraźnie przesądza, że czynności dowodowe ingerujące w wolności i prawa osobiste muszą być konieczne (art. 31 ust. 3) oraz odbywać się w granicach zakreślonych przez przepisy KPK (art. 41 ust. 1; art. 49; art. 50). Natomiast, w razie przeprowadzenia czynności dowodowych w sposób sprzeczny z ustawą, informacje, a więc środki dowodowe, uzyskane w ich następstwie, podlegają usunięciu (art. 51 ust. 4). Konstytucyjne wymogi działania organów postępowania karnego sprawiają, że gromadzenie dowodów musi odbywać się w sposób określony w KPK, przez co należy rozumieć zgodność przeprowadzanych czynności dowodowych z ich celem i przesłankami, a także podmiotowymi, przedmiotowymi i temporalnymi granicami określonymi w ustawie procesowej.

Mając to wszystko na uwadze, przeprowadzonej przez Sąd Okręgowy oceny zeznań S. C., która to ocena w istotnym stopniu uwzględniała omawiane wyżej nagrania rozmów, a więc dowody pozyskane i przeprowadzone w sposób sprzeczny z ustawą, zaakceptować nie można. W konsekwencji, za wadliwe uznać należy ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę zaskarżonego wyroku.

Pomimo tego, że w tej sytuacji odnoszenie się do pozostałych zarzutów obrońcy jawi się jako zbędne (436 kpk), pochylił się Sąd Apelacyjny jeszcze nad zarzutem obrazy prawa materialnego, co może mieć znaczenie dla dalszego toku postępowania. Nie można się zgodzić z obrońcą – przy założeniu prawidłowości poczynionych ustaleń faktycznych - że odrzucenie przez Sąd Okręgowy kwalifikacji prawnej czynu z zastosowaniem art. 13 § 2 k.k. było błędem. Oczywiście należy przyjąć, że S. C. nie miał zamiaru sam pozbawić życia pokrzywdzonego ani kogokolwiek do tego nakłaniać. Nie oznacza to jednak, że działanie oskarżonej można było ocenić jako usiłowanie nieudolne, o którym mowa w art. 13 § 2 k.k. Oskarżona istotnie nie miała świadomości, iż jej działanie z góry skazane jest na niepowodzenie. W związku z powyższym realne zagrożenie naruszenia porządku prawnego przez wzbudzenie u S. C. zamiaru nakłonienia innej osoby do pozbawienia życia J. R. (2) było bardzo mało prawdopodobne, wręcz znikome. Z nieudolnością usiłowania w rozumieniu art. 13 § 2 k.k. mamy jednak do czynienia dopiero wówczas, gdy **dokonanie okaże się obiektywnie niemożliwe**, przy czym owa - oceniana ze stanowiska ex ante - niemożliwość dokonania musi stanowić konsekwencję braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego (brak tzw. przedmiotu czynności wykonawczej) albo użycia niewłaściwego środka, który nie nadaje się do osiągnięcia zamierzonego rezultatu. Sprawca podejmujący usiłowanie nie jest oczywiście świadom jego nieudolności (niemożności dokonania), gdyby bowiem uświadamiał ją sobie, to - postępując racjonalnie - powinien zrezygnować z podejmowania tego rodzaju prób. [por.

wyrok SN z dnia 29 listopada 1976 r., I KR 196/76, OSNKW 1977, nr 6, poz. 61]. A contrario, należy stwierdzić, że z udolnym usiłowaniem mamy do czynienia wówczas, gdy w warunkach, w jakich sprawca podjął próbę realizacji znamion czynu zabronionego, dokonanie było obiektywnie możliwe, czyli prawdopodobne. Obojętny jest przy tym stopień prawdopodobieństwa, który niekiedy może się okazać bardzo niski, co nie pozbawia jednak usiłowania cechy udolności. Oskarżona nakłaniała S. C. do nakłonienia innej osoby do pozbawienia życia byłego jej męża. Podjęte w tym kierunku usiłowanie - nawet gdybyśmy stopień prawdopodobieństwa realizacji zamierzonego czynu ocenili ex ante jako znikomy - jest mimo wszystko udolne.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy będzie miał na względzie powyższe rozważania. Przeprowadzając postępowanie dowodowe w niezbędnym dla prawidłowego rozstrzygnięcia zakresie, pominie Sąd I instancji utrwalone nagrania rozmów S. C. z oskarżoną wraz z wydaną na ich bazie opinią fonoskopijną eliminując je z podstawy ustaleń faktycznych. Zasadnym jest natomiast uzupełnienie materiału dowodowego o przesłuchanie świadka P. C. na okoliczności wskazane w apelacji obrońcy. Uzasadniając ocenę przeprowadzonych dowodów odniesie się Sąd Okręgowy dodatkowo do argumentów przywołanych w apelacji obrońcy na poparcie zarzutu naruszenia art. 7 kpk.