

Sygnatura akt II AKa 292/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 marca 2016 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Tadeusz Kielbowicz

Sędziowie: SSA Robert Wróblewski

SSO del. do SA Edyta Gajgał (spr.)

Protokolant: Anna Turek

przy udziale prokuratora Beaty Lorenc- Kociubińskiej wykonującego obowiązki Prokuratora Prokuratury Regionalnej  
po rozpoznaniu w dniach 4 grudnia 2015r. i 24 lutego 2016 r.

sprawy **K. B. (1)**

oskarżonego z art. 279 § 1 kk, art. 258 § 1 k.k.,

**M. C.**

oskarżonego z art. 258 § 1 kk., art. 279 § 1 k.k.,

**S. G.**

oskarżonego z art. 258 § 1 kk., art. 279 § 1 k.k.,

**S. J.**

oskarżonego z art. 258 § 1 kk., art. 279 § 1 k.k.,

**R. R.** oskarżonego z art. 258 § 1 kk, art. 279 § 1 k.k.,

na skutek apelacji wniesionych przez wszystkich oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 22 lipca 2015 r. sygn. akt III K 161/13

**uchyliła zaskarżony wyrok wobec oskarżonych: K. B. (1), M. C., S. G., S. J., R. R. i sprawę przekazuje  
Sądowi Okręgowemu w Opolu do ponownego rozpoznania.**

## UZASADNIENIE

R. R. został oskarżony o przestępstwa z art. 258 § 1 kk, art. 279 § 1 kk, art. 279 § 1 kk i art. 289 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i art. 279 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk, art. 284 § 1 kk.

S. J. został oskarżony o przestępstwa z art. 258 § 1 kk, art. 279 § 1 kk, art. 279 § 1 kk i art. 289 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i art. 279 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk.

K. B. (1) został oskarżony o przestępstwa z art. 258 § 1 kk, art. 279 § 1 kk, art. 279 § 1 kk i art. 289 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i art. 279 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk.

S. G. został oskarżony o przestępstwa z art. 258 § 1 kk, art. 279 § 1 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i art. 279 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk.

M. C. został oskarżony o przestępstwa z art. 258 § 1 kk, art. 279 § 1 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i z art. 278 § 2 kk.

Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 22 lipca 2015 r. w sprawie III K 161/13:

I. uznał oskarżonego **R. R.** za winnego czynu opisanego w pkt I części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 258 § 1 kk i za to na podstawie art. 258 § 1 kk wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności,

II. uznał oskarżonego R. R. za winnego czynów opisanych w pkt II, IV, VI, VII, VIII, IX części wstępnej wyroku, ustalając, że zostały popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, przy uczynieniu z ich popełnienia stałego źródła dochodu tj. odpowiednio przestępstw z art. 279 § 1 kk, 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i art. 279 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk, w zw. z art. 65 § 1 kk, przyjmując że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 kk i za to na podstawie art. 279 § 1 kk i art. 33 § 2 i 3 kk przy zast. art. 91 § 1 kk wymierzył mu kary: 6 (sześciu) lat pozbawienia wolności i 250 (dwustu pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

III. uznał oskarżonego R. R. za winnego czynów opisanych w pkt III i V części wstępnej wyroku, ustalając, że zostały popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, przy uczynieniu z ich popełnienia stałego źródła dochodu, nadto że czynu opisanego w pkt V części wstępnej wyroku dopuścił się działając wspólnie i w porozumieniu także z R. P. tj. odpowiednio przestępstw z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 289 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, 279 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk, w zw. z art. 65 § 1 kk, przyjmując że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 kk i za to na podstawie art. 294 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i art. 11 § 3 kk i art. 33 § 2 i 3 kk przy zast. art. 91 § 1 kk wymierzył mu kary: 4 (czterech) lat pozbawienia wolności i 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

IV. uznał oskarżonego R. R. za winnego czynu opisanego w pkt X części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 284 § 1 kk i za to na podstawie art. 284 § 1 kk i art. 33 § 2 i 3 kk wymierzył mu kary: 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności i 30 (trzydziestu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

V. na podstawie art. 91 § 2 i art. 86 § 1 i 2 kk połączył wymierzone oskarżonemu R. R. kary pozbawienia wolności i grzywny i wymierzył mu kary łączne: 6 (sześciu) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i 300 (trzystu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

VI. uznał oskarżonego **S. J.** za winnego czynu opisanego w pkt XI części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 258 § 1 kk i za to na podstawie art. 258 § 1 kk wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności,

VII. uznał oskarżonego S. J. za winnego czynów opisanych w pkt XII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XIX części wstępnej wyroku, ustalając, że zostały popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, przy uczynieniu z ich popełnienia stałego źródła dochodu tj. odpowiednio przestępstw z art. 279 § 1 kk, 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i art. 279 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk, w zw. z art. 65 § 1 kk, przyjmując że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 kk i za to na podstawie art. 279 § 1 kk i art. 33 § 2 i 3 kk przy zast. art. 91 § 1 kk wymierzył mu kary: 6 (sześciu) lat pozbawienia wolności i 250 (dwustu pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

VIII. uznał oskarżonego S. J. za winnego czynów opisanych w pkt XIII i XV części wstępnej wyroku, ustalając, że zostały popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, przy uczynieniu z ich popełnienia stałego źródła dochodu, nadto że czynu opisanego w pkt XV części wstępnej wyroku dopuścił się działając wspólnie i w porozumieniu także z R. P. tj. odpowiednio przestępstw z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk w zw. z art. 289 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, 279 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk, w zw. z art. 65 § 1 kk, przyjmując że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw

w rozumieniu art. 91 § 1 kk i za to na podstawie art. 294 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i art. 11 § 3 kk i art. 33 § 2 i 3 kk przy zast. art. 91 § 1 kk wymierzył mu kary: 4 (czterech) lat pozbawienia wolności i 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

IX. na podstawie art. 91 § 2 i art. 86 § 1 i 2 kk połączył wymierzone oskarżonemu S. J. kary pozbawienia wolności i grzywny i wymierzył mu kary łączne: 6 (sześciu) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i 300 (trzystu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

X. uznał oskarżonego **K. B. (1)** za winnego czynu opisanego w pkt XX części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 258 § 1 kk i za to na podstawie art. 258 § 1 kk wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności,

XI. uznał oskarżonego K. B. (1) za winnego czynów opisanych w pkt XXI, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII części wstępnej wyroku, ustalając, że zostały popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, przy uczynieniu z ich popełnienia stałego źródła dochodu tj. odpowiednio przestępstw z art. 279 § 1 kk, 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i art. 279 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk, w zw. z art. 65 § 1 kk, przyjmując że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 kk i za to na podstawie art. 279 § 1 kk i art. 33 § 2 i 3 kk przy zast. art. 91 § 1 kk wymierzył mu kary: 6 (sześciu) lat pozbawienia wolności i 250 (dwustu pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

XII. uznał oskarżonego K. B. (1) za winnego czynu opisanego w pkt XXII części wstępnej wyroku, ustalając, że został popełniony w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, przy uczynieniu z jego popełnienia stałego źródła dochodu tj. przestępstwa z art. 279 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk, art. 289 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk, w zw. z art. 65 § 1 kk i za to na podstawie art. 294 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk przy zast. art. 11 § 3 kk i art. 33 § 2 i 3 kk wymierzył mu kary: 3 (trzech) lat pozbawienia wolności i 150 (stu pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

XIII. na podstawie art. 91 § 2 i art. 86 § 1 i 2 kk połączył wymierzone oskarżonemu K. B. (1) kary pozbawienia wolności i grzywny i wymierzył mu kary łączne: 6 (sześciu) lat i 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności i 280 (dwustu osiemdziesięciu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

XIV. uznał oskarżonego **S. G.** za winnego czynu opisanego w pkt XXIX części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 258 § 1 kk i za to na podstawie art. 258 § 1 kk wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności,

XV. uznał oskarżonego S. G. za winnego czynów opisanych w pkt XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV części wstępnej wyroku, ustalając, że zostały popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, przy uczynieniu z ich popełnienia stałego źródła dochodu tj. odpowiednio przestępstw z art. 279 § 1 kk, 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk i art. 279 § 1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk, w zw. z art. 65 § 1 kk, przyjmując że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 kk i za to na podstawie art. 279 § 1 kk i art. 33 § 2 i 3 kk przy zast. art. 91 § 1 kk wymierzył mu kary: 4 (czterech) lat pozbawienia wolności i 150 (stu pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

XVI. na podstawie art. 91 § 2 i art. 86 § 1 kk połączył wymierzone oskarżonemu S. G. kary pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 4 (czterech) lat i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności,

XVII. uznał oskarżonego **M. C.** za winnego czynu opisanego w pkt XXXVI części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 258 § 1 kk i za to na podstawie art. 258 § 1 kk wymierzył mu karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności,

XVIII. uznał oskarżonego M. C. za winnego czynów opisanych w pkt XXXVII, XXXVIII, XXXIX, LX części wstępnej wyroku, ustalając, że zostały popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, przy uczynieniu z ich popełnienia stałego źródła dochodu tj. odpowiednio przestępstw z art. 279 § 1 kk, 13 § 1 kk w zw. z art. 279 § 1 kk, w zw. z art. 65 § 1 kk, przyjmując że przestępstwa te stanowią ciąg przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 kk i za to na podstawie

art. 279 § 1 kk i art. 33 § 2 i 3 kk przy zast. art. 91 § 1 kk wymierzył mu kary: 3 (trzech) lat pozbawienia wolności i 120 (stu dwudziestu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

XIX. uznał oskarżonego M. C. za winnego czynu opisanego w pkt LXI części wstępnej wyroku, przyjmując że stanowi on wypadek mniejszej wagi tj. przestępstwa z art. 278 § 2 i 3 kk i za to na podstawie art. 278 § 3 kk wymierzył mu karę 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

XX. na podstawie art. 91 § 2 i art. 86 § 1 i 2 kk połączył wymierzone oskarżonemu M. C. kary pozbawienia wolności i grzywny i wymierzył mu kary łączne: 3 (trzech) lat i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności i 150 (stu pięćdziesięciu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 50,00 złotych (pięćdziesiąt złotych),

XXI. na podstawie art. 46 § 1 kk orzekł obowiązki naprawienia szkody:

a) solidarnie od oskarżonych R. R., S. J. i K. B. (1) poprzez zapłatę na rzecz Gminnej Spółki (...) w S. 3.980,00 zł , na rzecz (...) w O. 14.349,07 zł , na rzecz Towarzystwa (...) w W. 47.934,17 zł,

b) solidarnie od oskarżonych R. R., S. J. i K. B. (1) poprzez zapłatę na rzecz (...) S.A. 369.808,50 zł,

c) solidarnie od oskarżonych R. R., K. B. (1), S. G. i M. C. poprzez zapłatę na rzecz (...) S.A. Oddział (...) w S. 201.569,00 zł,

d) solidarnie od oskarżonych R. R., K. B. (1), S. G. i S. J. poprzez zapłatę na rzecz (...) w L. 3.093,16 zł , na rzecz Towarzystwa (...) w W. 5.824,65 zł,

e) solidarnie od oskarżonych R. R., S. J., K. B. (1) i M. C. poprzez zapłatę na rzecz (...) w M. 44.800,00 zł,

f) solidarnie od oskarżonych R. R., S. J., K. B. (1), S. G. i M. C. poprzez zapłatę 30.540,00 zł na rzecz (...) P. M. – S. w S.,

g) od oskarżonego R. R. poprzez zapłatę 1.600,00 zł na rzecz Poczty Polskiej S.A. Oddział Rejonowy w P.,

XXII. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonych kar pozbawienia wolności zaliczył okresy rzeczywistego pozbawienia wolności:

- R. R. od 29.08.2011r. do 29.02.2012r.,

- S. J. od 29.08.2011r. do 29.02.2012r.,

- K. B. (1) od 30.08.2011r. do 29.02.2012r.,

- S. G. od 29.08.2011r. do 29.02.2012r.,

- M. C. od 30.08.2011r. do 29.02.2012r.,

XXIII. na podstawie art. 627 kpk i art. 633 kpk zasądził od oskarżonych R. R., S. J., K. B. (1), S. G. i M. C. na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe od nich przypadające , w tym wymierzył im opłaty sądowe:

- R. R. 3.600,00 zł na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 6 i art. 3 ust. 2 ustawy o opłatach w sprawach karnych,

- S. J. 3.600,00 zł na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 6 i art. 3 ust. 2 ustawy o opłatach w sprawach karnych ,

- K. B. (1) 3.400,00 zł na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 6 i art. 3 ust. 2 ustawy o opłatach w sprawach karnych,

- S. G. 1.900,00 zł na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 2 ustawy o opłatach w sprawach karnych,

- M. C. 1.900,00 zł na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 2 ustawy o opłatach w sprawach karnych.

Wyrok ten zaskarżył w całości obrońca oskarżonych R. R., S. J., K. B. (1), S. G. i M. C. zarzucając:

1. naruszenie prawa procesowego mającego wpływ na treść zapadłego wyroku, a to art. 393 § 1 k.p.k. art. 167 k.p.k. poprzez dopuszczenie i ujawnienie przez Sąd I instancji dowodu pierwotnie nielegalnego w postaci komunikatów kontroli operacyjnej znajdujących się w teczce materiałów niejawnych (...), które to dowody stanowiły w sposób bezprawny podstawę dalszych ustaleń przez Sąd I instancji, a zgromadzonych z naruszeniem:

- art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zw. z art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zw. z art. 18 ust. 1 in fine Ustawy o Policji poprzez dopuszczenie podsłuchów rozmów telefonicznych oskarżonych uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej przez dopuszczenie podsłuchów rozmów telefonicznych oskarżonych uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej, która to została zarządzona na wniosek osoby nieuprawnionej – a to zastępcy Komendanta Policji, podczas gdy ustawa enumeratywnie wymienia osoby mogące takowy wniosek złożyć, co w konsekwencji implikuje stanowisko, iż dowody te są skażone pierwotnie i nawet następcza zgoda Sądu Okręgowego nie sanuje owej czynności,

- art. 19 ust. 5 Ustawy o Policji poprzez dopuszczenie dowodów z kontroli operacyjnej zastosowanej wobec określonych numerów telefonów oraz numerów identyfikacyjnych (...) z określonych stacji (...), a nie konkretnych osób podejrzanych, zarzuty bowiem zostały przedstawione oskarżonym po ich ujęciu – w dniu 30 sierpnia 2011 r. co w konsekwencji prowadzi do nieuprawnionego rozszerzonego zastosowania art. 19 ust. 4 ustawy o policji, która ingerując w prawa podmiotowe konstytucyjnie chronione (art. 49) winna być traktowana zgodnie z jej literalnym brzmieniem.

- art. 19 ust. 1 Ustawy o Policji poprzez dopuszczenie dowodów z podsłuchów telefonicznych uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej co do osób podejrzanych o dokonanie występku z art. 279 § 1 k.k. który to nie jest numeratywnie wymieniony w zamkniętym katalogu występku i zbrodni umożliwiających zastosowanie takiej kontroli. Postępowanie przygotowawcze zostało wszczęte pod kątem art. 279 k.k. i to on wyznaczał ramy pozwalające na zastosowanie środków opisanych w art. 19 ust. 1 Ustawy o Policji;

- art. 19 ust. 5 Ustawy o Policji poprzez jego błędne zastosowanie i dopuszczenie dowodów z kontroli operacyjnej przeciwko M. C., podczas gdy ww. oskarżony nie był objęty wadliwym wnioskiem o jej zarządzanie.

Powyższe uchybienia są o tyle istotne albowiem wprowadzają do postępowania dowody pierwotnie nielegalne, niedopuszczalne, w oparciu o które Sąd I instancji poczynił ustalenia faktyczne stanowiące (w ocenie Sądu I instancji) o winie i sprawstwie oskarżonych.

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 1 Kodeksu Karnego, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i de facto wskazanie numerów (...), numerów telefonów kart pre-paid owych oraz stacji przekąźnikowych (...) dowolnie przyporządkowanych do oskarżonych, podczas gdy warunkiem odpowiedzialności karnej jest przypisanie jej podmiotowi – z uwagi na znamię „ten kto” – człowiekowi, albowiem Ustawa Kodeks Karny nie przewiduje odpowiedzialności innych podmiotów, tym bardziej rzeczy, a przyporządkowanie poszczególnych numerów (...), numerów telefonów i kart pre-paidowych w okresie dwóch lat do poszczególnych oskarżonych nie jest poparte materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie,

3. naruszenie przepisów postępowania, a to art. 5 § 2 k.p.k. poprzez rozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonych, a to uznaniu, iż w toku postępowania jurysdykcyjnego przedstawiono dowody korelujące poszczególne numery telefonów, (...) z konkretnymi oskarżonymi, podczas gdy Sąd Okręgowy w pisemnym uzasadnieniu jednoznacznie wskazuje, iż gdyby dany numer telefonu posiadał konkretnego właściciela to możliwa byłaby identyfikacja osoby z niego korzystającego (vide str. 36 uzasadnienia). Jedyłą osobą z zarejestrowanym numerem telefonu i logującym się w chwili zdarzenia przestępnego był P. C., który jednak nie został, objęty aktem oskarżenia i nigdy nie toczyło się wobec niego postępowanie karne.

4. naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia, a to art. 167 k.p.k. w zw. z art. 174 k.p.k. w zw. z art. 424 k.p.k. poprzez brak ustosunkowania się przez Sąd meriti i formalnego

oddalenia wniosku dowodowego obrony złożonego na rozprawie w dniu 28 listopada 2014 r. w przedmiocie przesłuchania funkcjonariusza Policji W. K. na okoliczność sporządzonych analiz materiałów niejawnych oraz bilingów rozmów, podporządkowania ich do poszczególnych oskarżonych, podczas gdy wymagało to wiedzy specjalistycznej od funkcjonariusza policji, pomimo, iż treść notatek w/w świadka znajduje wierne odzwierciedlenie w opinii fonoskopijnej, która jest lustrzanym odbiciem informacji przygotowanych przez funkcjonariusza Policji oraz pomimo, iż w oparciu o rzeczoną notatkę oparto cały akt oskarżenia bezkrytycznie powielony przez Sąd I Instancji w części ustalającej stan faktyczny pisemnego uzasadnienia.

5. naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia, a to art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. poprzez brak dopuszczenia z urzędu dowodu z uzupełniającej opinii biegłego z zakresu fonoskopii A. K. podczas gdy pozostawała ona w oczywistej sprzeczności z pierwotną opinią w przedmiotowej sprawie wydanej przez Instytut (...), (...) (...) – dr inż. S. B.

6. obrazę przepisów prawa procesowego, mającą wpływ na treść orzeczenia, a to art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. polegającą na ocenie wszystkich przeprowadzonych w niniejszej sprawie dowodów, w szczególności:

- dowodu z dokumentów,

- opinii biegłych z zakresu daktyloskopii, traseologii, mechanoskopii, informatyki, fonoskopii,

- probalistycznych wniosków opinii z zakresu badania DNA, informatyki i antropologii,

- zeznań świadków,

- dokumentów pochodzących od Austriackiej Policji,

- informacji o połączeniach i losowaniach do poszczególnych stacji (...) wskazujących na szereg numerów należących do innych ustalonych osób, którym nigdy nie postawiono zarzutów,

- notatek Funkcjonariuszy Policji,

z naruszeniem zasady prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oraz nieuwzględnieniu okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonych i oparcie stanu faktycznego sprawy wyłącznie na okolicznościach i dowodach obciążających oskarżonych, a w rezultacie okolicznościach i dowodach obciążających oskarżonych, a w rezultacie zbudowanie łańcucha poszlak pozwalającego na uznanie ich winnymi wszystkich zarzucanych czynów podczas gdy wskazywane powyżej dowody posiadają szereg nieścisłości burzących ciąg pośrednich dowodów,

7. obrazę przepisów postępowania, a to art. 74 § 1 k.p.k. poprzez jego niezastosowanie i wyciągnięcie przez Sąd Okręgowy negatywnych konsekwencji w stosunku do oskarżonych w związku z odmową przez oskarżonych udziału w czynnościach z udziałem biegłego z zakresu fonoskopii celem przedłożenia próbek głosu, podczas gdy ww. przepis uprawnia oskarżonych do nieprzedkładania dowodów na swoją niekorzyść;

8. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu:

- iż oskarżeni działali w ramach wysoko wyspecjalizowanej, hermetycznej grupie przestępczej w oparciu o pierwotnie nielegalną kontrolę operacyjną oraz notatkę urzędową Funkcjonariusza Policji J. R. (k. 487) podczas gdy oskarżeni są rodziną i grupą znajomych i współpracownikami w zakładzie samochodowym, stąd też ich dobra znajomość, a nadto pozostały w sprawie materiał dowodowy nie wykazuje celu powołania rzekomej grupy, struktury, a fakt znajomości i współpracy, zabezpieczenia poszczególnych telefonów per se nie przesądza, a wręcz wyklucza nazwanie i uznanie danej ludzkiej zbiorowości za zorganizowaną grupę przestępczą;

9. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu:

- iż włamania do Filii Banku w S. dokonali R. R.,

K. B. (1) i S. J. podczas gdy kamery przemysłowe zarejestrowały 2 osoby, a ich rozpoznanie nie było możliwe z uwagi na czarno-białą rejestrację obrazu, a brak innych dowodów potwierdzających udział tych oskarżonych w zarzucanym im zdarzeniu

- iż znaleziona próbka krwi ujawniona na miejscu zdarzenia w S. należy do R. R., podczas gdy z opinii zawartej na k. 11 – 14 wynika, iż zawiera ona mniejszą amplitudę fluorescencji co wskazywać może na przypadkową domieszkę materiału genetycznego (kontaminację), co winno wykluczać przesądzenie winy i sprawstwa w/w oskarżonego,

- iż oskarżeni dokonali włamania do hali magazynowej spółki (...) w miejscowości P. podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wyklucza pewne i wolne od wątpliwości przyjęcie takiego stanu rzeczy albowiem zgromadzone dowody (pro balistyczna opinia DNA, degradacja materiału dowodowego, negatywne wyniki opinii daktyloskopijnych czy traseologicznych) wykluczają takową wersję, a w szczególności brak jest dowodów potwierdzających udział w tym zdarzeniu oskarżonych J. i B.,

- iż oskarżeni dokonali włamania w miejscowości C., podczas gdy z ustalonego stanu faktycznego wynika, iż sprawcy posiadali kominiarki na głowach co jednoznacznie wyklucza możliwość ich identyfikacji, Sąd w pisemnym uzasadnieniu nie wskazał na jakich dowodach oparł się przesądzając winę i sprawstwo oskarżonych, a ponownie należy podkreślić iż ustalenia poczynione w notatce policyjnej (wykraczającej poza ustalenia biegłych) nie mogą stanowić podstawy ustaleń faktycznych w sprawie,

- iż R. R. i S. J. dokonali włamania w miejscowości E. podczas gdy ww. oskarżeni zostali zarejestrowani przez kamery przemysłowe dzień wcześniej w obecności trzeciego mężczyzny natomiast włamania dokonało 2 mężczyzn – w tym jednego ujawniono, numery (...) i nr telefonów nie zostały przypisane żadnemu z oskarżonych, a zatrzymanie podczas czynności przeszukania okulary nie zostały zidentyfikowane przez stronę Austriacką, jako przedmioty pochodzące z przestępstwa;

- iż R. R., S. J., K. B. (2) dokonali włamania w miejscowości P. podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż sprawców było dwóch, w tym niemożliwa była ich identyfikacja, nadto kamera wskazywała na godzinę 00:20, a kamera (...) znajdująca się od miejsca zdarzenia w odległości 25 km zarejestrowała pojazd V. (...) o godz. 03.00-4.12, co poddaje pod wątpliwość czy faktycznie oskarżeni pokonali odległość 25 km w czasie ponad 3 godzin;

- iż, R. R. dokonał włamania w S., P., C., E., P., W., G. podczas gdy:

- zgromadzone w aktach sprawy opinie daktyloskopijne, mechanoskopijne, z zakresu informatyki i traseologii kategorycznie wykluczają jego sprawstwo,

- opinie z zakresu badania DNA są li tylko pro balistyczne, a wykorzystany materiał biologiczny zawiera cechy degradacji i kontaminacji;

- postępowanie dowodowe nie wykazało w żadnej mierze z jakich telefonów, o jakich numerach (...) korzystał oskarżony i w jakim czasie, logowania do stacji (...) nie wykazały jakoby ww. oskarżony znajdował się w danym miejscu i określonym czasie;

- należał do zorganizowanej grupy przestępczej podczas gdy postępowanie nie wykazało, jakoby takowa grupa istniała, jaki był jej cel, jaką rolę pełnił w niej oskarżony,

- iż S. J. należał do zorganizowanej grupy przestępczej podczas gdy zgromadzone w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na wprowadzenie takiej konstatacji, a nadto iż dokonał włamania w S., P., C., E., P., N., G. podczas gdy:

- zgromadzone w aktach sprawy opinie daktyloskopijne, mechanoskopijne, z zakresu informatyki i traseologii, jak również badań DNA kategoriycznie wykluczają jego sprawstwo,

- postępowanie dowodowe nie wykazało w żadnej mierze z jakich telefonów, o jakich numerach (...) korzystał oskarżony i w jakim czasie, logowania do stacji (...) nie wykazały jakoby ww. oskarżony znajdował się w danym miejscu i określonym czasie.

- iż K. B. (1) należał do zorganizowanej grupy przestępczej podczas gdy zgromadzone w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na wyprowadzenie takiej konstatacji, a nadto iż dokonał włamania w S., P., C., P., N., W., G. i O. K. podczas gdy:

- zgromadzone w aktach sprawy opinie daktyloskopijne mechanoskopijne, z zakresu informatyki i transeologii, jak również badań DNA kategoriycznie wykluczają jego sprawstwo,

- postępowanie dowodowe nie wykazało w żadnej mierze z jakich telefonów, o jakich numerach (...) korzystał oskarżony i w jakim czasie, logowania do stacji (...) nie wykazały jakoby ww. oskarżony znajdował się w danym miejscu i określonym czasie,

- iż S. G. należał do zorganizowanej grupy przestępczej podczas gdy zgromadzone w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na wprowadzenie takiej konstatacji, a nadto iż dokonał włamania w O. K., C., P., N., W., G. podczas gdy:

- zgromadzone w aktach sprawy opinie daktyloskopijne, mechanoskopijne, z zakresu informatyki i traseologii, jak również badań DNA kategoriycznie wykluczają jego sprawstwo,

- postępowanie dowodowe nie wykazało w żadnej mierze z jakich telefonów, o jakich numerach (...) korzystał oskarżony i w jakim czasie, logowania do stacji (...) nie wykazały jakoby ww. oskarżony znajdował się w danym miejscu i określonym czasie,

- iż M. C. należało do zorganizowanej grupy przestępczej podczas gdy zgromadzone w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na wprowadzenie takiej konstatacji, a nadto iż dokonał innych zarzucanych mu czynów w tym m.in. włamania w miejscowościach C., W. i G. podczas gdy:

- zgromadzone w aktach sprawy opinie daktyloskopijne, mechanoskopijne, z zakresu informatyki i traseologii, jak również badań DNA kategoriycznie wykluczają jego sprawstw,

- postępowanie dowodowe nie wykazało w żadnej mierze z jakich telefonów, o jakich numerach (...) korzystał oskarżony i w jakim czasie logowania do stacji (...) nie wykazały jakoby ww. oskarżony znajdował się w danym miejscu i określonym czasie.

10. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 65 § 1 k.k. poprzez jego zastosowanie z uwagi na fakt, iż Sąd quo uznał, iż oskarżeni działali w zorganizowanej grupie przestępczej i uczynili sobie dochód z popełnienia przestępstw podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na uznanie, iż oskarżeni działali w ramach zorganizowanej grupy przestępczej i uczynili sobie dochód z popełniania przestępstw, nie wykazano jakiegokolwiek przysporzenia w ich majątkach pozwalających na uznanie, iż osiągnęli potencjalne korzyści z czynów artykułowanych przez oskarżyciela publicznego,

11. obrazę przepisów prawa procesowego, a to art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz 424 § 2 k.pk. powodującą brak możliwości kontroli odwoławczej zaskarżonego orzeczenia wyrażającą się w nieprawidłowym uzasadnienia wyroku z dnia 22 lipca 2015 roku w szczególności w zakresie niewyjaśnienia:

- dowodów, którym Sąd a quo dał wiarę, a którym waloru wiarygodności odmówił;



- podstawy prawnej rozstrzygnięcia w zakresie przypisanych oskarżonym czynów, wskazania przesłanek, implikujących ich odpowiedzialność ;
- omówienia podstawy prawnej uznania za dowód pierwotnie legalny podsłuchów rozmów zarejestrowanych podczas kontroli operacyjnej;
- braku wskazania dowodów w oparciu o które przypisano poszczególnym oskarżonym konkretnych numerów telefonów, konkretnych aparatów telefonicznych o określonym numerze (...), jak również, iż w konkretnych datach to konkretny oskarżony logował się do poszczególnych stacji (...),
- jednozdaniowym odniesieniu się do zdarzeń w miejscowościach P., C., G., P. (str. 30 uzasadnienia), bez wskazania podstaw przypisania sprawstwa oskarżonych i roli w zarzucanych przestępstwach.

A nadto:

Odnośnie czynu opisanego w pkt X części wstępnej wyroku:

12. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 284 § 1 k.k. polegającą na uznaniu przez sąd I instancji, że oskarżony R. R. swoim zachowaniem wyczerpał znamiona ustawowe tegoż przestępstwa poprzez przywłaszczenie kwoty 1600 złotych, podczas gdy oskarżony nie dokonał przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej ani prawa majątkowego, albowiem kwota 1.600, 00 złotych należała do ww. oskarżonego, a nie do osoby trzeciej, a spór co najwyżej ma charakter cywilnoprawny (bezpodstawne wzbogacenie), a nie powinien być oceniany przez pryzmat prawno karny.

Odnośnie czyni opisanego w pkt XLI części wstępnej wyroku:

13. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 278 § 2 k.k. polegającą na uznaniu, że oskarżony M. C. swoim zachowaniem wyczerpał znamiona ustawowe tegoż przestępstwa, pomimo iż nie działał on w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, co jest warunkiem sine qua non (przestępstwo kierunkowe) jego odpowiedzialności, a ponadto pomimo, że nie udowodniono, by sprawca umożliwił sobie, bądź innej osobie nieuprawnione korzystanie z programu komputerowego, albowiem znajdując się na pamięci F. (...) (nienależący do oskarżonego) program stanowił tak zwane wersje 30-dniowe, i jego obraz znajdował się na dysku – a nie zainstalowana wersja programu, a tym samym korzystanie z nich nie było możliwe, co mając na względzie materialnoprawny charakter przestępstwa z art. 278 § 2 k.k. uniemożliwia przypisanie oskarżonemu winy i sprawstwa;

14. obrazę przepisów prawa procesowego, mającą wpływ na treść orzeczenia, a to art. 167 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. polegającą na nieprzeprowadzeniu z urzędu dowodu z opinii biegłego na okoliczność czy ujawniony program na dysku F. mógł być 30 dniową wersją testową.

Jednocześnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w oparciu o treść art. 438 pkt. 4 zarzucił:

15. rażąco niewspółmierność orzeczonej kary w zakresie zarzutu I w stosunku do osk. R. R. i zarzutu XI w stosunku do osk. S. J. poprzez orzeczenie;

- R. R. kary pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia za usiłowanie kradzieży z włamaniem w miejscowości O. K.;
- S. J. kary pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia za usiłowanie kradzieży z włamaniem w miejscowości O. K.,

Podczas gdy sprawcy nie osiągnęli zamierzonego celu, przyznali się do jego popełnienia, nie utrudniali prowadzonego postępowania, od momentu uchylecia środka zapobiegawczego nie popełnili żadnego czynu zabronionego, stosowano wobec nich tymczasowy areszt, aktualnie prowadzą ustabilizowaną drogę życiową.

Sąd winien zważyć, że oskarżeni zasługują na danie im szansy i zastosowanie wobec nich dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia kary, wobec czego Sąd naruszył następujące przepisy dyrektywy wymiaru kary:

- art. 53 § 1 k.k. poprzez nieprawidłowe wyważenie celów zapobiegawczych i wychowawczych, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanych, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa polegające na braku uwzględnienia prawidłowo ustalonej okoliczności, że oskarżeni są osobami o ukształtowanej postawie życiowej, część z nich od początku przyznawała się do popełnienia zarzucanego mu czynu w zakresie zarzutu dotyczącego usiłowania włamania w miejscowości O. K., a orzeczona kara z warunkowym zawieszeniem może pomóc w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa,

- art. 53 § 2 k.k. poprzez pominięcie przez Sąd przy wymierzeniu kary właściwości i warunków osobistych oskarżonych, sposobu życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowania się po jego popełnieniu oraz faktu sytuacja życiowa i materialna oskarżonych jest niezwykle trudna;

- art. 58 § 1 kk poprzez uznanie przez Sąd, że tylko kara bezwzględna pozbawienia wolności może spełnić cele kary podczas gdy w stosunku do oskarżonych podczas gdy można wysnuć pozytywną prognozę kryminologiczną

- art. 58 § 2 k.k. w zw. z art. 4 k.k. poprzez jego niezastosowanie i orzeczenie wysokich kar grzywny podczas gdy sytuacja materialna oskarżonych pozwala na wysnuć konstatacji, że jej wyegzekwowanie nie przyniesie rezultatu.

Stawiając te zarzuty obrońca wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie odmiennie co do istoty sprawy poprzez uniewinnieniem oskarżonych M. C., K. B. (1) i S. G. od wszystkich zrzucanych im aktem oskarżenia czynów;
2. zmianę zaskarżonego wyroku i wymierzenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wobec R. R. i S. J. za czyn opisany w pkt I i XI aktu oskarżenia,
3. zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie odmiennie co do istoty sprawy poprzez uniewinnienie R. R. i S. J. od pozostałych czynów zarzucanych im aktem oskarżenia tj. zarzutów od II do X w stosunku do R. R. i zarzutu od XII do XIX S. J.
4. uchylenie wszelkich postanowień dotyczących obowiązku naprawienia szkody i innych związanych ze skazaniem w/w oskarżonych w związku z orzeczeniem reformatoryjnym Sądu II instancji w zarzucanym zakresie.

Ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości w stosunku do wszystkich oskarżonych i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie jest pozbawiona słuszności. Uwzględnienie części z podniesionych w niej zarzutów – przede wszystkim tych natury procesowej – spowodować musiało konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku w całości, z uwagi na potrzebę uzupełnienia postępowania dowodowego w sprawie przez sąd pierwszej instancji oraz zajęcia przez ten sąd stanowiska odnośnie do prawnych możliwości wykorzystania dowodów w postaci materiałów uzyskanych w ramach zarządzanej kontroli operacyjnej do oceny zasadności postawionych oskarżonym zarzutów popełnienia przestępstw tak z art. 258 § 1 kk, jak i z art. 279 § 1 kk, a więc zgodnie z propozycją oskarżyciela publicznego zawartą w akcie oskarżenia (str. 27 i następnie uzasadnienia skargi publicznej).

Na negowaniu możliwości uwzględnienia materiałów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej zasadza się w znacznej mierze apelacja obrońcy oskarżonych, przy czym przyczyn niedopuszczalności wykorzystania tych dowodów skarżący upatruje na kilku różnych płaszczyznach.

Jeśli chodzi o ten zarzut postawiony w skardze apelacyjnej, który dotyczy kwestii związanych z podmiotem uprawnionym do wystąpienia z wnioskiem o zarządzenie kontroli, to stwierdzić trzeba, że nie jest on zasadny. Nie ma racji autor apelacji, gdy utrzymuje, że uprawnienia w tej mierze przysługują wyłącznie komendantowi wojewódzkiemu Policji i nie mogą być scedowane na jego zastępcę, podobnie, jak nie ma racji podnosząc, że pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji w trybie art. 19 ust. 1 in fine ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz.355 ze zmianami, zwanej dalej ustawą o Policji) może zaaprobować wyłącznie prokurator okręgowy, a uprawnienia w tym zakresie nie przysługują jego zastępcy.

Analogicznym problemem zajmował się Sąd Najwyższy w sprawie I KZP 12/15 w związku z pytaniem prawnym Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu (postanowienie SN z dnia 28 stycznia 2016 r., Legalis nr 1392509). Wprawdzie przedmiotem rozpoznania w tej sprawie były uprawnienia Komendanta Głównego Policji, a nie komendanta wojewódzkiego Policji, to jednak argumenty podniesione w uzasadnieniu postawionej przez Sąd Najwyższy tezy o możliwości wykonywania ustawowych uprawnień Komendanta Głównego Policji na gruncie art. 19 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz.355 ze zmianami, zwanej dalej ustawą o Policji) przez jego zastępców znajdują odpowiednie zastosowanie w okolicznościach tej sprawy, w której z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej wystąpił zastępca Komendanta Wojewódzkiego Policji w O., a wniosek zatwierdził zastępca Prokuratora Okręgowego w Opolu.

Nie wdając się w szersze rozważania w tej materii, które nie wydają się nieodzowne zważywszy na podjęte rozstrzygnięcie kasatoryjne, dość wskazać, że uprawnienie, o jakim mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji nie jest osobistym uprawnieniem komendanta wojewódzkiego Policji, pozostając w ścisłym związku z powierzonym mu stanowiskiem, co implikuje stwierdzenie, że może być wykonane także przez jego zastępcę w ramach określonego podziału kompetencji. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o Policji, komendant wojewódzki Policji jako organ administracji rządowej na obszarze województwa wykonuje zadania związane z ochroną bezpieczeństwa ludzi oraz utrzymaniem bezpieczeństwa i porządku publicznego, w tym działając we własnym imieniu między innymi w sprawach wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, dochodzeniowo-śledczych i czynności z zakresu ścigania wykroczeń. Zadania te wykonuje przy pomocy zastępców i podległej mu komendy (art. 6 b ust. 3 oraz art. 6 g ustawy o Policji). Zgodnie z art. 7 ust. 4 ustawy o Policji organizację komendy określa jej regulamin. Stosownie zaś do zapisów regulaminu Komendy Wojewódzkiej Policji w O. obowiązującego w czasie, gdy w tej sprawie kierowane były wnioski o zarządzenie kontroli operacyjnej Komendant Wojewódzki Policji w O. kierował podległą mu komendą przy pomocy I Zastępcy oraz Zastępców, a podział zadań i kompetencji pomiędzy nimi określały odrębne przepisy wydane przez Komendanta (§ 8 i 9 Regulaminu Komendy Wojewódzkiej w O. z dnia 29 września 2010 r.).

Jak podniósł Sąd Najwyższy w powołanym wyżej judykacie, „funkcjonowanie zastępców jednoosobowych organów władzy publicznej sprowadza się do wykonywania władzy publicznej nie w imieniu własnym, lecz w imieniu tego organu”, a ponadto „rozdzielenie kompetencji jednoosobowego organu wśród zastępców jest nieodzownym zabiegiem organizacyjnym i spełnia istotną funkcję gwarancyjną, zapewniającą prawidłowość i stałość działania tych organów oraz wykonywania powierzonych im zadań”.

Analogicznie wypowiedział Sąd Najwyższy na gruncie przepisu art. 9e ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. z 2014 r. poz. 1402), stwierdzając, że uprawnienia do występowania z pisemnym wnioskiem do sądu o zarządzenie lub przedłużenie kontroli operacyjnej przysługują nie tylko Komendantowi Głównemu i Komendantom Oddziałów Straży Granicznej, ale również ich zastępcom oraz funkcjonariuszom Straży Granicznej, upoważnionym do podejmowania czynności w ich imieniu (postanowienie SN z dnia 4 września 2015 r., III KK 76/15, OSNKW 2015, z. 11, poz. 91).

W świetle przytoczonych wyżej zapatrywań nie może budzić wątpliwości, że także i zastępca komendanta wojewódzkiego Policji jest osobą uprawnioną do wystąpienia z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej.

Nie inaczej rzecz się przedstawia jeśli chodzi wyrażenie zgody w tej mierze przez zastępcę prokuratora okręgowego w ramach podziału zadań między nim a prokuratorem okręgowym, określonego na podstawie obowiązujących

przepisów, w tej sprawie ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (t. j. Dz. U. z 2011 r. Nr 270, poz.1599 ze zm.) oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. - Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (t. j. Dz. U. z 2014r. poz.144 ze zm.) .

Nie można również podzielić postawionego przez obrońcę zarzutu obrazy art. 19 ust. 5 ustawy o Policji. Naruszenia tego przepisu skarżący upatruje w zarządzeniu kontroli operacyjnej polegającej na tzw. podsłuchu rozmów telefonicznych przez określenie przedmiotu kontroli z odwołaniem się do konkretnych ustalonych numerów (...) telefonów, a nie osób podejrzanych, choć jednocześnie zdaje się dostrzegać, że nazwiska czterech oskarżonych wymienione zostały w uzasadnieniu złożonych wniosków, skoro podnosi, że zarządzona kontrola nie obejmowała piątego z nich, a mianowicie oskarżonego M. C.. Jak się wydaje przy tym, utożsamia kontrolę operacyjną z kontrolą procesową, przewidzianą w rozdziale 26 kodeksu postępowania karnego. W związku z tak sformułowanym zarzutem zauważyć trzeba, że zgodnie z brzmieniem ust. 7 pkt 4 art. 19 ustawy o Policji wniosek organu Policji o zarządzenie kontroli operacyjnej powinien zawierać 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. Wymaganiom tym odpowiada, jak się wydaje, takie określenie przedmiotu kontroli, które zawiera wskazanie konkretnych numerów (...) telefonów, których użytkownicy nie są znani organom ścigania, a ustaleniu ich danych, a więc wykryciu sprawców, a także uzyskaniu i utrwaleniu dowodów popełnianych przez nich przestępstw służyć mają podjęte czynności operacyjne.

Bardziej złożony charakter ma kwestia możliwości procesowego wykorzystania treści rozmów telefonicznych zarejestrowanych w toku zarządzonej w tej sprawie kontroli operacyjnej jako podstawy dowodowej ustaleń faktycznych w zakresie dotyczącym zarówno zarzucanego wszystkim oskarżonym przestępstwa z art. 258 § 1 kk, jak i czynów z art. 279 § 1 kk, co kwestionuje obrońca w ramach podniesionego zarzutu obrazy art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Skarżący wywodzi, że materiały uzyskane w ramach czynności operacyjnych nie mogły zostać uwzględnione przez sąd pierwszej instancji jako podstawa przypisania oskarżonym przestępstw z art. 279 § 1 kk, jako że przestępstwo włamania nie jest ujęte w zamkniętym katalogu przestępstw, co do których możliwe jest zarządzenie i prowadzenie kontroli operacyjnej.

Odnosząc się do tego zarzutu zauważyć trzeba, że nie był on przedmiotem rozważań Sądu Okręgowego, co akcentuje w apelacji obrońca oskarżonych. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku sąd pierwszej instancji ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że zastosowana kontrola była w pełni dopuszczalna, a powoływanie się na naruszenie konstytucyjnej zasady ochrony życia prywatnego nie może w realiach tej sprawy mieć miejsca, ponieważ, jak to ujął, „zastosowanie owej zasady wobec oskarżonych byłoby swoistym wynaturzeniem wobec innych obywateli, których prawa zostały naruszone przestępstwem”. Sąd pierwszej instancji nie podał w sposób jednoznaczny i wyraźny czy materiały z kontroli operacyjnej – treść utrwalonych w jej toku rozmów telefonicznych – przyjął za podstawę ustaleń faktycznych, które poczynił tak jeśli chodzi udział oskarżonych w zorganizowanej grupie przestępczej, jak i w zakresie przypisanych im kradzieży z włamaniem. Omawiając dowody, na podstawie których uznał, że oskarżeni działali w zorganizowanej grupie przestępczej wskazał, że oparł się w tej mierze także na materiałach uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej polegającej na podsłuchu telefonów komórkowych. Lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku pozwala jednak przyjąć, że dowody te zostały wykorzystane i w odniesieniu do czynów z art. 279 § 1 kk. Nagrania rozmów zostały bowiem powołane obok innych źródeł dowodowych przy ustaleniach dotyczących zdarzeń z maja 2011 r. w C., z lipca 2011 r. w P., z lipca 2011 r. w N., z sierpnia 2011 r. w W., z sierpnia 2011 r. w G. oraz z sierpnia 2011 r. w miejscowości O. K. (str.7-17 i 24 uzasadnienia). Niezależnie od tego, określone rozmowy utrwalone w trakcie kontroli operacyjnej zostały przywołane w pisemnych motywach zaskarżonego orzeczenia, a zakres, w jakim treść rozmów została przytoczona wskazuje na znacznie szersze ich wykorzystanie aniżeli tylko w odniesieniu do ustaleń dotyczących zorganizowanej grupy przestępczej, w tym jej składu osobowego, organizacji, czasu i sposobu działania.

W takiej zaś sytuacji sąd pierwszej instancji nie mógł uchylić się od zajęcia wyraźnego stanowiska co do dopuszczalności wykorzystania utrwalonych rozmów w tak szerokim zakresie.

Zwrócić należy uwagę, że w akcie oskarżenia prokurator wprost odwoływał się do treści zarejestrowanych rozmów telefonicznych jako tych dowodów, które, jego zdaniem, wskazywały na sprawstwo oskarżonych tak jeśli chodzi o ich udział w zorganizowanej grupie przestępczej, jak i popełnione w ramach jej struktur poszczególne przestępstwa – włamania do różnych obiektów, w tym placówek bankowych.

Treść przepisu art. 19 ust. 15 a, dodanego do ustawy o Policji ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 53 poz. 273), która to zmiana weszła w życie z dniem 11 czerwca 2011 r., przy uwzględnieniu konsekwentnego stanowiska judykatury wypracowanego na gruncie przepisów obowiązujących jeszcze przed tą zmianą, nie pozostawia wątpliwości co do tego, że w postępowaniu sądowym, jako dowód mogą zostać wykorzystane jedynie te materiały pozyskane w trybie art. 19 ustawy o Policji, które dotyczą przestępstwa z katalogu zawartego w ust. 1 tego przepisu, pod warunkiem, że zostanie ono objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej (tak SN w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007 nr 5, poz. 37, tak też w postanowieniu z dnia 10 października 2012 r., II KK 336/11, OSNKW 2013 nr 1, poz. 6 oraz w wyroku z dnia 3 lipca 2013 r., V KK 412/12, Legalis nr 704576). Przy czym stosownie do art. 19 ust 15 c, jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej przestępstwa katalogowego popełnionego przez osobę, wobec której była ona stosowana, albo popełnionego przez inną osobę, wykorzystanie tak uzyskanych materiałów w postępowaniu karnym uzależnione jest od wydania tzw. zgody następczej przez sąd.

Jak słusznie podnosi obrońca oskarżonych, w katalogu określonym w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji nie zostało wymienione przestępstwo z art. 279 § 1 kk. Wobec treści art. 19 ust. 1 pkt 2 tego przepisu nie ulega wątpliwości, że kontrola operacyjna dopuszczalna jest w przypadku przestępstwa z art. 258 kk, jednego z zarzucanych oskarżonym. Stawiając w związku z tym tezę o niedopuszczalności wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej do oceny zasadności pozostałych postawionych oskarżonym zarzutów popełnienia przestępstw z art. 279 § 1 kk, obrońca pomija jednak, że w pkt 3 przepisu art. 19 ust.1 ustawy o Policji wymienione zostały, jako mogące być przedmiotem czynności operacyjnych, o jakich mowa w tym przepisie, umyślne przestępstwa skierowane przeciwko mieniu, jeżeli wysokość szkody lub wartość mienia przekracza pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów.

Ustalając zakres przedmiotowy wydanych w tej sprawie zarządzeń o kontroli operacyjnej i jej przedłużeniu nie można aspektu tego unormowania pomijać. Jak już była o tym mowa, ustaleń w tej mierze Sąd Okręgowy nie czynił. Nie analizował treści zarządzeń o kontroli i jej przedłużeniu, nie badał faktycznego jej zakresu, jaki wynikał z orzeczeń sądu wydanych w następstwie uwzględnienia złożonych wniosków, a także wniesionych zażaleń na decyzje odmawiające przedłużenia kontroli, co za tym idzie nie oceniał ich przez pryzmat powołanego art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji.

Zaniechanie w tej mierze ma istotne znaczenie w sprawie i kwalifikowane w związku z tym powinno być jako poważne uchybienie, zważywszy że odpowiedź na pytanie o zakres przedmiotowy zarządzanej kontroli i dopuszczalność w związku z tym wykorzystania materiałów uzyskanych w jej toku jest kluczowa z punktu widzenia odpowiedzialności oskarżonych determinując ustalenia co do podstawy faktycznej podjętego wobec nich rozstrzygnięcia. Inaczej przecież przedstawia się baza dowodowa poddawana ocenie przy stwierdzeniu szerokiej możliwości wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej, inaczej przy ustaleniu możliwości ich uwzględnienia w ściśle ograniczonym zakresie. W tym ostatnim wypadku istotna jest odpowiedź na kolejne pytanie, na ile te dowody były koniecznym elementem ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia, na ile ich eliminacja powoduje, że trafne pozostają ustalenia o sprawstwie oskarżonych w odniesieniu do wszystkich przypisanych im czynów (rzecz jasna tych, które pozostają w związku z prowadzoną kontrolą operacyjną). Nie można w tym miejscu nie zauważyć, że w zakresie zdarzeń w C., w P., w W., w N. oraz G. materiał dowodowy, na który powołał się Sąd Okręgowy uznając sprawstwo oskarżonych stanowiły wyłącznie dowody pośrednie, przede wszystkim, ujmując to w koniecznym uogólnieniu, wyniki analiz danych i połączeń telekomunikacyjnych i powiązanie określonych numerów (...), kart SIM oraz numerów telefonów, logujących się w miejscach zdarzeń z poszczególnymi oskarżonymi, jak również treść utrwalonych w ramach kontroli operacyjnej rozmów telefonicznych.

Przy tego rodzaju materiale dowodowym tym większego znaczenia nabiera wyraźne stwierdzenie przez sąd pierwszej instancji jak przedstawia się kwestia dopuszczalności wykorzystania dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, poprzedzone ustaleniem faktycznego jej zakresu przedmiotowego. To zaś nie jest możliwe bez szczegółowej analizy wydanych zarządzeń, uwzględniającej tak powołaną w nich podstawę prawną, opis przestępstw z podaniem ich kwalifikacji prawnej, jak również te dane zawarte w uzasadnieniu każdego z uwzględnionych wniosków, które wyraźnie odwoływały się do przesłanki mienia znacznej, czy nawet wielkiej wartości, jako kwalifikującej te przestępstwa wykryciu, czy zapobieżeniu którym służyć miały czynności operacyjne. Oczywiście, nie można nie dostrzec, że nie wszystkie z przypisanych oskarżonym czynów, które miały miejsce w czasie realizacji czynności operacyjnych wiązały się ze spowodowaniem szkody w mieniu w wysokości odpowiadającej wartości kwalifikowanej zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji. Stanowiąc to powinno przedmiot rozważań w kontekście tego sformułowania przepisu art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji, w którym mowa jest nie o wysokości szkody wyrządzonej przestępstwem, a o wartości mienia przekraczającej pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów jako kwantyfikatory przedmiotu przestępstwa, którego wykryciu kontrola ma służyć.

Kwestia procesowych możliwości wykorzystania materiałów z zarządzanej w tej sprawie kontroli operacyjnej, to tylko jeden aspekt (prawny) zarzutów podniesionych w tej materii przez obrońcę oskarżonych. Kolejny wiąże się ze znaczeniem tych materiałów dla ustaleń odnośnie do sprawstwa oskarżonych (aspekt faktyczny).

Treść apelacji wskazuje, że skarżący w istocie neguje przydatność tych materiałów przy dokonywaniu ustaleń faktycznych w sprawie podając w wątpliwość możliwość przyjęcia na ich podstawie, że utrwalone rozmowy telefoniczne prowadzone były przez oskarżonych. W pierwszej kolejności skarżący podnosi jednak, że nie wykazał tego w żaden sposób sąd pierwszej instancji. Obrońca zarzuca, że Sąd Okręgowy oceniając te dowody dopuścił się obrazy przepisów postępowania nie zajmując stanowiska w przedmiocie złożonego wniosku dowodowego o przesłuchanie funkcjonariusza Policji W. K. na okoliczność sporządzonych przez niego analiz materiałów niejawnych, jak określił to w skardze apelacyjnej, a ponadto nie przeprowadzając z urzędu dowodu z uzupełniającej opinii biegłego z zakresu fonoskopii A. K., którą przy tym ocenił z naruszeniem art. 7 kpk, czego efektem były ustalenia faktyczne, które, zdaniem obrońcy, nie mogą być uznane za niewadliwe.

Odnosząc się do tych zarzutów stwierdzić trzeba, że, istotnie, Sąd Okręgowy nie rozstrzygnął w sposób procesowy o złożonych dwukrotnie – 17 grudnia 2013 r. i 28 listopada 2014 r. – wnioskach dowodowych obrońcy o przesłuchanie w charakterze świadka W. K.. Funkcjonariusz ten był autorem licznych notatek zawierających swoiste podsumowanie zebranych w toku prowadzonego postępowania materiałów, w tym przede wszystkim raportów z analizy połączeń telefonicznych sporządzonych przez specjalistów z Wydziału Wywiadu Kryminalnego Komendy Wojewódzkiej Policji w O. oraz stanowiących podstawę dokonywanych w tych raportach korekt błędów, pomyłek (k.2536-2539, k. 2842, k.2843-2852), jak też dokonał zestawienia danych, na które wskazywały zebrane w sprawie materiały dotyczące użytkowania, posiadania, czy korzystania z określonych aparatów telefonicznych, kart SIM i numerów telefonów komórkowych przez oskarżonych z wynikami przedstawionymi w opinii biegłego A. K. z badania utrwalonych w toku kontroli operacyjnej rozmów telefonicznych. Zaniechanie podjęcia przez sąd pierwszej instancji stosownej decyzji procesowej w przedmiocie złożonych wniosków, w sytuacji gdy W. K. nie został przesłuchany w toku postępowania, niewątpliwie narusza art. 170 § 1 kpk. Pozostaje kwestia wpływu tego uchybienia na treść zaskarżonego wyroku. W związku z tym zauważyć należy, że Sąd Okręgowy nie wyjaśnił i nie wskazał w pisemnym uzasadnieniu, na jakiej podstawie przyjął, że to oskarżeni przeprowadzili rozmowy telefoniczne zarejestrowane w trakcie kontroli operacyjnej. Wystarczających podstaw ku temu by stwierdzić, że utrwalone rozmowy zostały prowadzone przez wszystkich oskarżonych nie dawały wnioski sformułowane przez biegłego A. K. w sporządzonej opinii fonoskopijnej. Biegły ustalił bowiem jedynie, że utrwalone rozmowy prowadzone były przez co najmniej pięciu mężczyzn, których indywidualna identyfikacja okazała się niemożliwa. Przyporządkowanie poszczególnych rozmówców, określonych przez biegłego literami A, B, C, D i E do konkretnych oskarżonych zawiera natomiast zestawienie sporządzone przez W. K.. Przy uwzględnieniu tych okoliczności nie sposób odmówić racji obrońcy, gdy podnosi, że w istocie Sąd Okręgowy dokonał ustaleń w tej mierze posiłkując się w określony sposób notatką autorstwa tego funkcjonariusza,

mimo że nie stanowiła ona dowodu w sprawie. W takiej zaś sytuacji uchybienie jakiego dopuścił się nie rozstrzygając o wnioskach dowodowych obrońcy o przesłuchanie W. K. nie może być uznane za nieistotne, niemające wpływu na treść zaskarżonego wyroku.

Zauważyć w tym miejscu trzeba, że nie jest tak, że wobec odmowy udzielenia przez oskarżonych próbek głosu do badań porównawczych przez biegłego wykluczone jest w ogóle ustalenie kto prowadził rozmowy i przyporządkowanie określonych rozmówców do oskarżonych, ponieważ w niektórych z utrwalonych rozmów mężczyźni, których głosy zostały zarejestrowane, podali pewne szczegóły identyfikujące ich, co wynika wprost z zapisu tych rozmów, na co zwrócił także uwagę w opinii biegły. I tak, S. G. w jednej z rozmów – przeprowadzonej w czasie innym niż zdarzenia - przedstawił się, inna z kolei prowadzona była przez kobietę, który podał adres powiązany z oskarżonym R. R., w rozmowach pojawia się ponadto imię (...). Niewątpliwie stanowi to punkt wyjścia do czynienia ustaleń w tej mierze, ale wiąże się z koniecznością dokonania szczegółowej, wręcz drobiazgowej analizy okoliczności wynikających z rozmów i pozostałego zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz logicznego, ścisłego zestawienia ich ze sobą i wzajemnego powiązania, czego zaniechał Sąd Okręgowy. Określonych wskazówek w zakresie tych logicznych powiązań przez przyporządkowanie ustalonych numerów telefonów do konkretnych osób dostarcza i opinia biegłego A. K. i notatka autorstwa W. K.. Mając to na uwadze nie można odmówić racji obrońcy, gdy powołuje się na potrzebę przesłuchania przez sąd pierwszej instancji W. K. w charakterze świadka, a także gdy wskazuje na przydatność uzyskania uzupełniającej opinii biegłego A. K..

Uzasadnione wydaje się w tym miejscu poczynienie kilku uwag natury ogólnej. Proces w tej sprawie, w szczególności w zakresie zarzuconych oskarżonym czynów dotyczących zdarzeń w S., P., C., P., W., G. oraz N., ale także w określonym zakresie co do oskarżonych G., C. i B. w O. bez wątpienia ma charakter poszlakowy. To zaś implikuje określone konsekwencje dla przebiegu dowodzenia w zakresie sprawstwa oskarżonych. Brak dowodów bezpośrednich powoduje, że o popełnieniu zarzuconego czynu przez oskarżonego wnioskuje się na podstawie zespołu poszlak, czyli tego na co wskazują dowody pośrednie. Ten zespół poszlak rozumianych jako udowodnione fakty uboczne prowadzić musi pośrednio – w drodze logicznego rozumowania – do stwierdzenia jednej tylko wersji zdarzenia (faktu głównego), a mianowicie, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu. Jeżeli całokształt okoliczności wynikających z dowodów pośrednich nie pozwala na wykluczenie innej wersji zdarzenia trafność ustaleń faktycznych poczynionych na ich podstawie budzić musi wątpliwości. Warunkiem sine qua non poprawności dowodzenia pośredniego jest bowiem wyłączenie wersji hipotetycznej, konkurencyjnej (tak Z. Doda, A. Gaberle w: Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz. Tom I. Dowody w procesie karnym, Dom Wydawniczy Abc 1997, str. 34-37).

W apelacji obrońca oskarżonych nie bez racji wskazuje, że tym ścisłym rygorom dowodzenia pośredniego nie odpowiada ocena dowodów przeprowadzona przez Sąd Okręgowy, co przekłada się na brak możliwości zaakceptowania jako niewątpliwych i nienasuujących zastrzeżeń ustaleń faktycznych poczynionych w jej następstwie. Skarżący kwestionuje w szczególności dokonane przez sąd pierwszej instancji przyporządkowanie do poszczególnych oskarżonych tak aparatów telefonicznych o określonych numerach (...), kart SIM oznaczonych konkretnymi numerami, jak też ustalonych w sprawie numerów telefonów zarzucając, że ustalenia w tym zakresie nie zostały poparte konkretnymi dowodami, a przyjętych powiązań - o charakterze złożonym - nie wykazano w sposób należyty i wystarczający.

O ile nie sposób zgodzić się ze skarżącym, gdy stawia kategoryczną tezę, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje żadnych podstaw do tego, by dokonać powiązania z oskarżonymi ustalonych w sprawie szeroko rozumianych danych i informacji telekomunikacyjnych i przez to wnioskować o ich sprawstwie w zakresie zarzucanych im czynów, o tyle nie można odmówić mu słuszności, gdy wskazuje na poważne niedostatki argumentacji w tym zakresie zaprezentowane w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku, będące w części następstwem niewyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności w toku postępowania dowodowego.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że włamania do placówki bankowej w S. dokonali oskarżeni R. R., K. B. (1) oraz S. J.. Ustalenia dotyczące odpowiedzialności K. B. (1) oraz S. J. zostały oparte wyłącznie na wynikach analiz danych telekomunikacyjnych. Sąd ustalił mianowicie, że w czasie zdarzenia w rejonie miejsca, gdzie do niego doszło do

stacji przekaźnikowych (...) logowały się określone karty SIM i aparaty o określonych numerach (...), które przyporządkował do poszczególnych oskarżonych stwierdzając, że kartą SIM o końcowym numerze (...)i numerem (...) (...)posługiwał się K. B. (1), zaś kartą o końcowym numerze (...)i numerem (...) (...)posługiwał się S. J.. Jako dowody, które doprowadziły do takich ustaleń powołane zostały obszerne informacje telekomunikacyjne przekazane przez wszystkich operatorów działających na rynku, do których zwrócono się o ich udostępnienie oraz raport z analizy tych danych sporządzony przez funkcjonariusza Policji M. N. (k.316-346). Rzecz jednak w tym, że karty SIM z ustalonymi numerami, których logowanie zarejestrowano w miejscu zdarzenia były kartami przedpłaconymi, nie zaś abonamentowymi, a operatorzy telefonii komórkowej nie wskazali ich użytkowników, czy osób które je zakupiły. Na takie konkretne wskazanie przez konkretnego operatora nie powołał się sąd pierwszej instancji. Jeśli chodzi natomiast o raport z analizy bilingów połączeń, to zawarte w nim przyporządkowanie konkretnych numerów do poszczególnych oskarżonych nastąpiło przez stwierdzenie, że „wynika to z danych źródłowych”(k.342). Nie wymaga szerszego wywodu, że bez wyjaśnienia czym są owe „dane źródłowe”, co było możliwe choćby w drodze przesłuchania autora raportu, bez wskazania w oparciu o jaki konkretny dowód dokonano powiązania K. B. (1) i S. J. z określonymi numerami zaakceptowanie ustaleń przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku w tej części nie jest możliwe.

Co istotne, ustalenia poczynione w zakresie tego zdarzenia wykorzystane zostały przy odtwarzaniu stanu faktycznego w zakresie pozostałych zdarzeń objętych zarzutami postawionymi oskarżonym. Przypisanie numeru (...) (...)do K. B. (1) na tej samej zasadzie, jak przedstawiono to wyżej, choć z innymi numerami telefonów występuje przy zdarzeniu w P., w P., w N. oraz w W..

Ustalając sprawstwo S. J. w zakresie zdarzenia w P. sąd pierwszej instancji dokonał powiązania z nim numeru (...) (...)odwołując się do połączeń realizowanych przez ten numer z innym należącym do M. K., znajomej tego oskarżonego oraz z kolejnym należącym do jego konkubiny. Nie wskazał jednak kiedy te połączenia miały być wykonywane, nie ustalił w szczególności, że miało to miejsce w czasie zdarzenia, a bez tego wnioskowanie na podstawie tak ustalonych faktów ubocznych nie może zostać ocenione inaczej aniżeli jako ułomne. Uzyskane w sprawie bilingi, względnie przesłuchanie autora raportu z ich analizy mogłoby się przyczynić do poczynienia ustaleń w tej mierze.

Na zasadzie podobnych powiązań poczynione zostały ustalenia w zakresie części z pozostałych zdarzeń, tak jak w przypadku opisanym wyżej bez precyzyjnego jednak wskazania faktów ubocznych i dowodów, z których one wynikają, co wnioskowanie na ich podstawie poważnie osłabia (np. zdarzenie w G.).

Czyniąc ustalenia w zakresie dotyczącym zdarzenia w C. Sąd Okręgowy powołał się na logowanie w jego rejonie ustalonego numeru (...) i numeru telefonu, który powiązał przez realizowane połączenie telefoniczne z innym ustalonym numerem. Łącząc te dane z wynikami przeszukania miejsca zamieszkania oskarżonych M. C. i R. R. oraz przeszukania samochodu B. zabezpieczonego na miejscu usiłowania włamania w O. dokonał w ten sposób przyporządkowania tych numerów do tych dwóch oskarżonych. Nie wskazał jednak żadnych dowodów pośrednich, na podstawie których ustalił sprawstwo w zakresie tego zdarzenia oskarżonych J., B. i G..

Jeśli przyjąć, że podstawę w tej mierze stanowiły wyniki kontroli operacyjnej, powołane w podstawie faktycznej rozstrzygnięcia, to aktualizują się zastrzeżenia w tej materii wyrażone w akapitach poprzedzających niniejsze rozważania.

Jeśli zaś w sposób pośredni na sprawstwo tych oskarżonych miałyby wskazywać wnioskowanie retrospektywne ze zdarzenia w O., z jego przebiegu, z tego, jakie osoby w nim uczestniczyły, o czym jest mowa w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku aczkolwiek bez odniesienia wprost do ustaleń, o których mowa, to nie można w takiej sytuacji odmówić racji obrońcy gdy stawia zarzut posłużenia się przez sąd w sposób nieuprawniony analogią. To, że istnieje duże podobieństwo jeśli chodzi o schemat działania między zdarzeniem w O. a innymi, objętymi zarzutami postawionymi oskarżonym, to zdecydowanie niewystarczający argument, by na tej tylko podstawie przyjąć ich sprawstwo. Podkreślenia wymaga, że w toku śledztwa wytypowano wiele innych zdarzeń o podobnym przebiegu i schemacie postępowania sprawców z charakterystycznymi elementami, jak unieszkodliwienie alarmu, czy użycie gaśnicy proszkowej dla zatarcia śladów, także takich, przy których występowały powiązania z numerami (...), jak w



tej sprawie, a jednak nie zdecydowano się na postawienie zarzutów w tym zakresie oskarżonym. Jak zwraca uwagę w apelacji obrońca, jeden z numerów telefonów został wprost powiązany z konkretną osobą jako jego abonentem, co okazało się niewystarczające do objęcia tego ustalonego mężczyzny tym postępowaniem. Uwagi te poczynić należało, by pokazać jak bardzo obciążone błędem niepewności jest samo tylko wnioskowanie retrospektywne.

Dokonane przez Sąd Okręgowy przyporządkowanie numerów (...), kart SIM, czy numerów telefonów do oskarżonych uwzględniające wyniki przeszukań ich mieszkań, samochodów zabezpieczonych po zdarzeniu w O. oraz inne dowody pośrednie dla swej poprawności - przy części przynajmniej ustaleń - wymaga założenia, że oskarżeni nie wymieniali się między sobą telefonami, czy kartami SIM. Sąd Okręgowy odrzucił ewentualność, by z ich telefonów mogły korzystać inne niż oni sami osoby, co nie nasuwa zastrzeżeń. Nie odniósł się jednak w żaden sposób do możliwości wymiany między nimi kartami SIM, bądź aparatami. Tymczasem, nie można nie zwrócić uwagi, że ustalone w sprawie numery kart SIM, numery (...) i numery telefonów dają łącznie liczbę kilkudziesięciu numerów o możliwych wielu kombinacjach, co nie pozostaje bez znaczenia dla ustaleń w sprawie.

Reasumując, stwierdzić należy, że wykazane wyżej braki postępowania dowodowego oraz poważne uchybienia w zakresie dowodzenia pośredniego prowadzić musiały do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w zakresie tych wszystkich zarzuconych oskarżonym czynów, których podstawy faktycznej braki te i uchybienia dotyczyły (zarzut działania w zorganizowanej grupie przestępczej, zdarzenia w S., P., C., P., W., G., N. i O.).

Zauważyć trzeba, że przy części zdarzeń objętych postawionymi oskarżonym zarzutami materiał dowodowy jest bardziej skąpy ograniczając się do danych telekomunikacyjnych z samego tylko miejsca włamania, bądź dodatkowo obejmujących trasę przejazdu z Z. i P. w rejon logowania określonych numerów, w innych bogatszy między innymi o informacje pozyskane w następstwie odczytania danych z nawigacji samochodowej, nagrania z monitoringu, wyniki przeszukania osób, pomieszczeń i pojazdów, ale w każdym z wypadków jest on tego rodzaju, że wymagał wzajemnego ścisłego i logicznego powiązania wielu jednostkowych faktów wynikających z dowodów pośrednich – dla każdego ze zdarzeń z osobna, a nie globalnie - dla wykazania jednej tylko możliwej wersji zdarzenia, zgodnie z którą to oskarżeni dopuścili się zarzucanych im czynów, a tym samym wykluczenia wersji alternatywnej. Dotyczy to praktycznie każdego ze zdarzeń (S., P., C., P., W., G., N. i O.), implikując zakres przedmiotowy podjętego rozstrzygnięcia kasatoryjnego.

Wprawdzie zarzuty podniesione przez obrońcę w zakresie dotyczącym dokonanej przez sąd pierwszej instancji oceny dowodów w postaci śladów biologicznych ujawnionych na miejscu zdarzeń w S. i P. oraz opinii biegłych dotyczących tych śladów, które stały się podstawą ustalenia odpowiedzialności oskarżonego R. R. okazały się chybione i nieuzasadnione, jako że ocena tych dowodów dokonana przez sąd pierwszej instancji nie nasuwa zastrzeżeń, to jednak za uchyleniem wyroku w tej części także i w odniesieniu do tego oskarżonego przemawiały względy związane z koniecznością dokonania oceny całości jego przestępczej działalności, z uwzględnieniem tego czy oskarżony dopuścił się każdego z zarzucanych mu czynów działając w warunkach art. 65 kk. A dla ustaleń w tym zakresie nie jest obojętny zakres przyjętej odpowiedzialności pozostałych oskarżonych za zarzucane im przestępstwa, których mieli się dopuścić współdziałając z oskarżonym R.. Pozostaje to także w związku z określeniem ram czasowych działania ich wszystkich w zorganizowanej grupie przestępczej, dla których to z kolei ustaleń istotny dowód stanowią materiały z kontroli operacyjnej, co do których konieczna jest ponowna ocena ich przydatności sprawie i uzupełniające czynności dowodowe o mniej lub bardziej szerszym zakresie.

Z podobnych powodów uchyleniu podlegał zaskarżony wyrok w części ustalającej odpowiedzialność oskarżonych R. R. i S. J. w odniesieniu do zdarzenia w E.. Także w tym zakresie zarzuty skarżącego podważające ocenę dowodów nie mogły zyskać aprobaty. Mając jednak na uwadze dokonanie przez Sąd Okręgowy oceny tego czynu w ramach przyjętego w zaskarżonym wyroku ciągu przestępstw, na gruncie przy tym art. 65 kk, aczkolwiek przy ustaleniu innego zespołu osób działających w zorganizowanej grupie przestępczej, za zasadne uznać należało objęcie i tego rozstrzygnięcia orzeczeniem kasatoryjnym, zwłaszcza że zastrzeżenia budzi kwalifikacja prawna tego czynu z art. 294 § 1 kk i powołanie tego przepisu jako podstawy wymiaru kary za przypisany ciąg przestępstw.

Typ kwalifikowany z art. 294 § 1 kk, w którym okolicznością powodującą surowszą odpowiedzialność jest dopuszczenie się przestępstwa w stosunku do mienia znacznej wartości przewidziany został dla zamkniętego katalogu dziesięciu przestępstw. W katalogu tym nie zostało wskazane przestępstwo włamania. Jak się przyjmuje, „przyjęty przez ustawodawcę techniczno-legislacyjny sposób budowy typów kwalifikowanych, polegający na łącznym ich ujęciu w jednym przepisie, zawierającym taksatywne wyliczenie wszystkich przestępstw, do których odnosi się zawarte w art. 294 kk znamię kwalifikujące, przesądza o istnieniu numerus clausus typów kwalifikowanych” (tak M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas w: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz pod red. A. Zolla, Zakamycze 1999, str.269, tak też SN w wyroku z dnia 22 sierpnia 2006 r., IV KK 4/06, OSNwSK 2006 nr 1, poz. 1583). Wprawdzie odmienny pogląd prezentuje B. Michalski w Komentarzu do kodeksu karnego pod redakcją A. Wąska, to jednak mając na uwadze, że w jego uzasadnieniu przywołuje wyłącznie poglądy judykatury wyrażone na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. nie wydaje się on możliwy do bezkrytycznego zaakceptowania (Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz pod red. A. Wąska, Warszawa 2004, str.966-967). Kwestia ta powinna stanowić przedmiot uwagi przy ponownym rozpoznaniu sprawy.

Podzielić należało podniesiony w apelacji zarzut błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia z pkt IV części rozstrzygającej, bo tak odczytać należy zarzut z pkt 12 apelacji dotyczący skazania R. R. za czyn z art. 284 § 1 kk. Istotnie, nie może być mowy o przywłaszczeniu przez oskarżonego pieniędzy w kwocie 1.600zł, stanowiących należność za zamówiony przez niego towar, skoro, jak słusznie podnosi skarżący, pieniądze te należały do oskarżonego. Nie ulega jednak wątpliwości, że oskarżony przywłaszczył zamówioną przesyłkę zawierającą części samochodowe o wartości 1.600 zł nie uiszczając pokrzywdzonemu P. M. zapłaty za nią w wyniku błędu pracownika poczty. Jak się wydaje, opis czynu zarzuconego oskarżonemu w pkt X zawiera wszystkie elementy niezbędne do przyjęcia jego odpowiedzialności przy tak zmienionym przedmiocie jego zachowania. Rzeczą sądu pierwszej instancji będzie zatem rozważyć przy ponownym rozpoznaniu sprawy możliwość dokonania stosownej korekty w tej mierze z uwzględnieniem tego, że obowiązek naprawienia szkody w pkt XXI lit. g orzeczony został na rzecz Poczty Polskiej jako pokrzywdzonego.

Jeśli chodzi o zarzuty z pkt 13 i 14 apelacji dotyczące skazania oskarżonego M. C. za czyn zarzucony mu w pkt XLI, to zauważyć należy, że kwestia ustalenia czy zabezpieczony na pamięci przenośnej oskarżonego program komputerowy (wersja instalacyjna) mógł być wersją testową – tzw. trzydziestodniową, której użytkowanie jest uprawnione – nie była podnoszona wcześniej, co spowodowało, że nie stanowiła przedmiotu stosownych wyjaśnień i rozważań. Uchylenie wyroku także w zakresie tego czynu umożliwi usunięcie ewentualnych wątpliwości w tej mierze.

Kierując się przedstawionymi motywami Sąd Apelacyjny orzekł jak w części rozstrzygającej.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy przeprowadzi postępowanie dowodowe w zakresie niezbędnym dla podjęcia prawidłowego rozstrzygnięcia, uwzględniając uwagi zaprezentowane wyżej. Sąd odwoławczy zwraca uwagę na możliwość szerokiego skorzystania z uprawnień, jakie daje przepis art. 442 § 2 kpk w zakresie tych wszystkich dowodów, które nie miały wpływu na uchylenie wyroku, nie stanowiły przedmiotu rozważań w akapitach poprzedzających.

SSA Robert Wróblewski SSA Tadeusz Kielbowicz SSO (del. do SA) Edyta Gajgał