

**1.2.9. Czynności operacyjno – rozpoznawcze policji; Podżeganie**

**przepisy:** art. 14 ust. 1 u.o.p., art. 19 ust. 1 u.o.p., art. 23 k.k., art. 15 k.k., art. 18 k.k., art. 393 § 1 k.p.k.

**hasła:** Policja; Czynny żal; Podżeganie; Dowody

Postanowienie z dnia 22 września 2009 r., III KK 58/09

Teza:

*O ile (...) 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 principio ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.), o tyle niezbędnym warunkiem uznania materiałów, zdobytych w rezultacie takiej czynności, za dowód w postępowaniu karnym, podlegający ujawnieniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k., jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowym rygorom, właściwym dla różnych kategorii zagrożeń porządku prawnego, w związku z którymi czynności te są podejmowane.*

*Skoro oskarżonemu przypisano czyn zabroniony w zjawiskowej formie podżegania, to całość rozumowania w zakresie wskazanej problematyki, i to niezależnie od formy stadialnej tego czynu, dyktuje treść przepisu art. 23 k.k. To ta bowiem regulacja – a nie art. 15 k.k., który normuje czynny żal jedynie co do usiłowania dokonania czynu zabronionego przez sprawcę pojedynczego – ma zastosowanie do osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa, do jakiej to kategorii bez wątpienia należy podżegacz (art. 18 k.k.). (...) W odniesieniu do podżegacza (...) omawiana regulacja ma zastosowanie zarówno w sytuacji, gdy podżeganie pozostało na etapie usiłowania, jak i nawet wówczas, gdy osiągnęło już stadium dokonania (wywołało skutek w postaci nakłonienia podżeganego do popełnienia czynu zabronionego), lecz możliwe jest jeszcze zapobieżenie jego dokonaniu, a podżegacz skutecznie to uczyni. W każdym jednak razie, regulacja art. 23 § 1 k.k. stanowi lex specialis w stosunku do unormowania art. 15 § 1 k.k.*

Z uzasadnienia:

*Rozpoznając wniesioną kasację Sąd Najwyższy zważył, co następuje.*

*Żaden z zarzutów kasacji nie nadaje się do uwzględnienia z powodu ich oczywistej bezzasadności, a zasadnicze wady konstrukcyjne tej skargi dodatkowo przekonują o jednoznaczności takiej jej oceny.*

*W pierwszej kolejności niezbędne jest przypomnienie tego ewidentnego faktu, że kasacja jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia służącym od wyroku sądu drugiej a nie pierwszej instancji. Uregulowanie art. 519 k.p.k. stawia zatem przed skarżącym wymóg wykazania uchybień, których dopuścił się sąd apelacyjny w toku odwoławczej kontroli rozstrzygnięcia sądu meriti – czy to w związku z nierozpoznaniem lub nienależytym rozpoznaniem wszystkich zarzutów wniesionej apelacji (art. 433 § 2 k.p.k.), czy to wobec niewykroczenia z urzędu poza*

*granice tego środka odwoławczego wbrew obowiązкови wynikającemu z ustawy (art. 433 § 1 k.p.k.), najczęściej w sytuacji określonej w art. 440 k.p.k. Nadzwyczajny charakter skargi kasacyjnej stanowi więc punkt wyjściowy do założeń ustawowych, które sprzeciwiają się, z jednej strony, sposobności „omijania” przez stronę zwykłej drogi odwoławczej dla wywołania kontroli orzeczenia pierwszoinstancyjnego, z drugiej zaś, przeczących możliwości wykroczenia przez sąd kasacyjny, w rozpoznaniu skargi, poza granice zaskarżenia i podniesione w niej zarzuty, z wyjątkami wskazanym wyłącznie w art. 435, art. 439 i 455 k.p.k. (art. 536 k.p.k.).*

*Niedostatki niniejszej kasacji jawią się we wskazanym świetle w sposób wręcz jaskrawy. Stwierdzenie to należy odnieść przede wszystkim do zarzutu sformułowanego w drugim ustępie punktu II skargi, jednak omawiana ułomność bez wątpienia dotyka też innych jej zarzutów, zwłaszcza wyartykułowanych kolejno w pkt. I. W odniesieniu bowiem do tych właśnie zarzutów – których wiodącym, wspólnym elementem jest argument, że w niniejszej sprawie doszło do „nielegalnej prowokacji” policyjnej, jak również do niedopuszczalnego ustalania w niej faktów na podstawie materiałów z nagrania rozmowy przeprowadzonej w dniu 1 września 2006 r. przez M. O. i Ł. P. z oskarżonym W. R. – szczególnie wyraźnie rysuje się fakt ich skierowania wprost pod adresem sądu pierwszej instancji.*

*Należy poza sporem pozostawić ocenę, że nagranie (stenogram) wypowiedzi oskarżonego w rozmowie przeprowadzonej m. in. z udziałem policjanta (M. O.) uzbrojonego w sprzęt audiowizualny, nie mogło stanowić podstawy czynienia ustaleń faktycznych w sprawie, a ujawnienie jej treści przez sąd pierwszej instancji rażąco uchybiało prawu procesowemu. Zaangażowanie funkcjonariusza Państwa w dokonanie tego nagrania 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 principio ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jedn.: 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 prawne-go, 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 Ł. P. co do tego, że W. R. podżega go do popełnienia zabójstwa adwokat E. A. i planuje nakłonić doń kolejną osobę, nie uznały jednocześnie za konieczne dopełnienia wymogów niezbędnych dla dowodowego wykorzystania w procesie nagrania owej „weryfikującej” rozmowy. Nie wdając się w szersze rozważania odnośnie do prawnych warunków przeprowadzenia tej czynności, wystarczy tylko zauważyć, że na jej przeprowadzenie nie uzyskano, legalizującej jej wykonanie, zgody sądu (uprzedniej lub*

*następczej), czy choćby prokuratora nadzorującego przebieg szczególnego typu czynności – co w odniesieniu do operacyjnego uzyskiwania i utrwalania dowodów jest wymogiem podstawowym (zob. art. 19 ust. 1 i 3, art. 19a ust. 3, art. 19b ust. 2 i 3 ustawy o Policji).*

*Rzecz jednak w tym, że wobec zasadniczych faktów procesowych, jakie występują w niniejszej sprawie, powyższe konstatacje nie mogą wywrzeć skutku oczekiwanego przez autora kasacji. Po pierwsze wobec tego, że omawiana wada postępowania sądu pierwszej instancji stała się przedmiotem zainteresowania obrony dopiero na etapie postępowania kasacyjnego. Żadnego zarzutu obrazy prawa, związanego z tym uchybieniem, nie postawiono wszak ani w apelacji, ani też w złożonym przed rozprawą piśmie procesowym obrońcy (k. 1680 – 84), w którym przecież zasygnalizowano Sądowi Apelacyjnemu, i to skutecznie, potrzebę wykroczenia poza wyznaczony apelacją zakres kontroli odwoławczej. Po wtóre wobec tego, że w kasacji zupełnie nie wskazuje się na to, by sąd odwoławczy, nie dokonując kontroli omawianej kwestii z urzędu miał się jednak dopuścić jakiegokolwiek w tym względzie naruszenia prawa. Zarzutu rażącej obrazy art. 440 k.p.k. w skardze nie postawiono, a jej wywody wskazują wprost, że skarżący (w niedopuszczalny sposób, jak była o tym mowa na wstępie) domaga się od Sądu Najwyższego skontrolowania w tym zakresie orzeczenia sądu pierwszej instancji. Na koniec zaś wobec tego, że autor skargi w żaden inny sposób nie wykazuje, by wadliwe postąpienie Sądu Okręgowego w ogóle „przeniknęło” do orzeczenia sądu drugiej instancji i by mogło mieć wpływ (i to istotny) na treść ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy.*

*W nawiązaniu do tego ostatniego należy ze szczególną mocą podkreślić, że nagranie (stenogram) omawianej rozmowy nie było jedyną podstawą ustaleń faktycznych w tej części. Na okoliczność jej dojścia do skutku w konkretnej sytuacji oraz na okoliczność jej treści przeprowadzono wszak w toku procesu – w sposób zgodny z prawem – dowody w postaci wyjaśnień i zeznań uczestników tego zdarzenia, których dopuszczalności sam obrońca nie kwestionuje. Dowody te podlegały więc ocenie stosownie do powinności wynikającej z treści art. 7 i art. 410 k.p.k., przy czym – co również sam skarżący dostrzegł na rozprawie kasacyjnej, a co jasno wynika z motywów zaskarżonego wyroku – Sąd Apelacyjny, czyniąc swe rozważania, w żadnej mierze nie odwoływał się do materiałów utrwalonych nielegalnie, lecz opierał się w nich wyłącznie na treści wskazanych dowodów.*

*Patrząc z tej perspektywy na kasacyjny zarzut rażącego naruszenia art. 7 k.p.k. przy ocenie dowodów z zeznań M. O. i Ł. P. – jeśli, mimo wszystko, nie traktować go przez chwilę jako sprzeczny z wymogiem art. 519 k.p.k. – należy więc stwierdzić zupełną jego nieskuteczność. Warto też zauważyć, że skoro problem uzyskania nagrania w sposób niezgodny z prawem w ogóle (przez nikogo) nie został dotychczas zauważony, to nie sposób uznać – jak czyni to obrońca – by fakt ten należało uwzględniać jako wpływający na treść i, co za tym idzie, istotny dla oceny wiarygodności zeznań obu świadków. Zresztą M. O. wykonywał czynność operacyjną stosownie do poleceń służbowych, nawet nie uczestnicząc w podejmowaniu decyzji co do jej przeprowadzenia, a Ł. P., niebędący policjantem, nie znał nawet procedur regulujących jej wykonanie. Należy zaś przy tym dobitnie zaakcentować, że zeznania te jednoznacznie przeczą tezie obrończej, iż dążeniem tych osób w trakcie omawianego spotkania miało być nakłonienie oskarżonego do popełnienia czynu zabronionego. Założonym*

*celem była weryfikacja informacji Ł. P. i taki też, pozytywny rezultat – jak sąd ocenił, spotkanie to przyniosło.*

*Jednocześnie trzeba podkreślić, że zarzut rażącej obrazy art. 7 k.p.k. w pozostałej części, a więc w odniesieniu tylko do oceny zeznań Ł. P., również został postawiony w kasacji wadliwie – bez respektowania wymogu zwrócenia jego ostrza przeciwko orzeczeniu sądu drugiej instancji. Dobitnym tego potwierdzeniem jest fakt, że w skardze nie zarzucono Sądowi Apelacyjnemu uchybienia przepisom art. 433 § 1 i art. 457 § 3 k.p.k. w sytuacji, gdy tak samo ujęty i uargumentowany zarzut znalazł się w apelacji obrońcy. Takie postąpienie byłoby zresztą nieskuteczne o tyle, że Sąd Apelacyjny dokonał pełnej kontroli zeznań Ł. P., biorąc pod uwagę wszystkie elementy oceny, wskazywane w rozpoznawanym środku odwoławczym. Zakładając nawet, że skarżący częściowo ma rację, iż stwierdzona u tego świadka mitomania (objawiająca się, jak stwierdził biegły lekarz psychiatra, w podawaniu nieprawdziwych faktów nie co do innych, a tylko co do własnej osoby – dla podniesienia swojej wartości) mogła wywierać potencjalny wpływ na prezentację zachowań E. R. w zeznaniach Ł. P., to nie sposób pominąć, że trafność oceny wiarygodności tej relacji została przez sąd odwoławczy zweryfikowana tak w oparciu o analizę kolejno składanych przez świadka zeznań, jak i na podstawie innych, wymienionych szczegółowo dowodów i okoliczności (zeznań innych świadków – zwłaszcza M. O., pism oskarżonego wyjawiających jego stosunek do pokrzywdzonej, kolejności następujących po sobie wypadków, w tym faktu zgłoszenia się przez świadka na Policję). Zignorowanie przez autora kasacji stanowiska Sądu Apelacyjnego, przy braku zarzutów obrazy prawa atakujących sposób przeprowadzenia kontroli odwoławczej, nie daje zatem obecnie podstaw do wysuwania pod adresem Sądu Najwyższego żądań o dokonanie, „dublującej” tę kontrolę, oceny stanowiska sądu pierwszej instancji. W tym świetle teza, jakiej można domniemywać z tej części wywodów kasacji, że nie ma podstaw do przyjęcia, iż w sprawie w ogóle miał miejsce fakt podżegania Ł. P. przez oskarżonego do zabójstwa, jawi się jako stwierdzenie niemogące skutecznie podważyć przyjętego ustalenia przeciwnego.*

*Skutku takiego nie mogą osiągnąć również te argumenty kasacji – wywodzone co do ust. 2 i 3 punktu I, ust. 2 punktu II oraz w pkt. III petitum skargi – których wspólnym mianownikiem jest z kolei zarzut odrzucenia w sprawie poglądu, że oskarżony W. R. dobrowolnie odstąpił od usiłowania podżegania Ł. P. do zabójstwa, a wobec tego, że powinien być uniewinniony. Pomijając już niekonsekwencję tego wniosku (por. treść powołanego w kasacji art. 15 § 1 k.k. oraz art. 17 § 1 pkt 4 i art. 414 § 1 k.p.k.), sformułowane w tej części zarzuty są przede wszystkim dotknięte podstawowym błędem konstrukcyjnym. Przy ich pomocy kwestionuje się bowiem subsumcję prawną ustalonych w sprawie faktów a jednocześnie podważa się owe ustalenia faktyczne i, optując za własną ich wersję, prezentuje jej ocenę prawną. Rzecz jasna, postawienie zarzutu obrazy prawa materialnego w takiej formule nie jest możliwe, bowiem – jak to już wyjaśniono w motywach zaskarżonego wyroku, a co też było przedmiotem licznych judykatów Sądu Najwyższego, także publikowanych – kontestacja postąpienia polegającego na niewłaściwym zastosowaniu bądź niezastosowaniu przepisu prawa materialnego może mieć miejsce tylko w odniesieniu do przyjętych za podstawę orzeczenia i niekwestionowanych ustaleń faktycznych.*

*W istocie więc całość rozważanej tu argumentacji należy traktować w kategoriach zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych zaskarżonego wyroku. Przekonuje zaś o tym najdobitniej już sama treść alternatywnego wniosku skargi kasacyjnej, której autor domaga się „przekazania sprawy do ponownego rozpoznania z zaleceniem przeprowadzenia postępowania dowodowego w zakresie związanym z art. 15 k.k.” Warto dodać, że uzasadnienie kasacji nie pozostawia wątpliwości, iż skarżącemu chodzi w tym wypadku nie o niedostatki przeprowadzonego dotychczas postępowania dowodowego, ale o zaprzeczenie przyjętemu właśnie na jego podstawie faktowi, że oskarżony nie odstąpił od podżegania podjętego w stosunku do Ł. P. Trzeba też zauważyć, że obrońca polemizuje z tym ustaleniem, odwołując się nawet do tego aktu oskarżenia, niepotwierdzonych już w postępowaniu sądowym, a także do subiektywnie wyselekcjonowanych przez siebie fragmentów materiału operacyjnego, choć przecież jednocześnie (trafnie, jak była o tym mowa) kwestionuje możliwość jego dowodowego wykorzystania i oparcia na nim ustaleń faktycznych. Tym bardziej więc świadczy to o tym, że w tej części skargi doszło do postawienia zarzutu niespełniającego kryteriów określonych w art. 523 § 1 k.p.k., a więc właściwie niedopuszczalnego.*

*W tym świetle, a zatem wobec tego, że w sprawie zabrakło pożądanego przez obronę ustalenia faktycznego co do tzw. czynnego żalu, jaki miał wystąpić po stronie oskarżonego, nie ma podstaw do czynienia głębszych rozważań w tyczącej go warstwie prawnej. Niemniej należy podkreślić, że przyjęcie za płaszczyznę rozważań (w stanowisku obrony, a także w zaskarżonym wyroku) przepisu art. 15 k.k. nie znajduje w niniejszej sprawie podstaw prawnych. Skoro oskarżonemu przypisano czyn zabroniony w zjawiskowej formie podżegania, to całość rozumowania w zakresie wskazanej problematyki, i to niezależnie od formy stadialnej tego czynu, dyktuje treść przepisu art. 23 k.k. To ta bowiem regulacja – a nie art. 15 k.k., który normuje czynny żal jedynie co do usiłowania dokonania czynu zabronionego przez sprawcę pojedynczego – ma zastosowanie do osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa, do jakiej to kategorii bez wątpienia należy podżegacz (art. 18 k.k.). Warto dodać, że unormowanie § 1 art. 23 k.k. ujmuje czynny żal w sposób charakterystyczny dla różnych (sprawczych i niesprawczych) postaci tego współdziałania, uzależniając niekaralność współdziałającego od zapobieżenia dokonaniu czynu zabronionego przez osobę, z którą współdziałał. Racją tego unormowania jest bowiem osiągnięcie stanu, w którym nie dojdzie do założonego naruszenia dobra prawnego. Na niekaralność może więc liczyć ten współdziałający, którego dobrowolne zachowanie było wystarczające do tego, by do popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę nie doszło. Zapobieżenie temu czynowi, który znajduje się w stadium usiłowania lub na etapie poprzedzającym to stadium, może więc przybrać różną postać. Wystarczające stać się zatem może samo odstąpienie od współdziałania, ale niezbędne może się też okazać przeciwstawienie się, i to aktywne, dokonaniu tego czynu przez inną osobę. W odniesieniu do podżegacza należy przy tym zaznaczyć, że omawiana regulacja ma zastosowanie zarówno w sytuacji, gdy podżeganie pozostało na etapie usiłowania, jak i nawet wówczas, gdy osiągnęło już stadium dokonania (wywołało skutek w postaci nakłonienia podżeganego do popełnienia czynu zabronionego), lecz możliwe jest jeszcze zapobieżenie jego dokonaniu, a podżegacz skutecznie to uczyni.*

*W każdym jednak razie, regulacja art. 23 § 1 k.k. stanowi lex specialis w stosunku do unormowania art. 15 § 1 k.k.*

*Błędne postrzeganie podstawy prawnej rozważań co do postępowania W. R. w omawiany aspekcie nie zmienia jednak istoty okoliczności przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia w tej części. Przy stwierdzeniu faktu, że podżeganie Ł. P. przez oskarżonego do zabójstwa obiektywnie pozostało w stadium usiłowania, ustalono wszak jednocześnie – i to właśnie obrona stara się podważyć – iż oskarżony nie odstąpił od współdziałania z Ł. P., a tym bardziej nie podjął odwodzących go kroków, choć przecież w przekonaniu oskarżonego zamiar popełnienia zabójstwa został już w nakłanianym przez niego wzbudzony. Prawdą jest, że oskarżony nie przystąpił potem do realizacji znamion podżegania wobec M. O., jako kolejnego potencjalnego wykonawcy zbrodni, który na spotkanie – w uzgodnieniu z oskarżonym – został sprowadzony przez Ł. P. Tyle tylko, że kierowany ostrożnością (podejrzliwością), decyzję tę oskarżony, jak ustalono, jedynie odłożył w czasie, z zadowoleniem przyjmując rysującą się perspektywę. Takie zachowanie, zwłaszcza bez wyraźnego tego zakomunikowania Ł. P., nie mogło więc świadczyć o definitywnym (skutecznym) odstąpieniu przez oskarżonego od dalszego współdziałania z tym ostatnim. Jeśli zatem do popełnienia zabójstwa przez Ł. P. ostatecznie nie doszło, to z całą pewnością nie dlatego, że to W. R. dobrowolnie temu zapobiegł.*

*Z tych wszystkich względów, stwierdzając bezzasadność kasacji w stopniu, o którym mowa w art. 535 § 3 k.p.k., Sąd Najwyższy orzekł, jak w postanowieniu.”*

Powyższa informacja umieszczona jest na stronie internetowej Sądu Najwyższego:

<http://www.sn.pl/orzecznictwo/>