

ORZECZNICTWO APELACJI WROCLAWSKIEJ



BIULETYN SĄDU APELACYJNEGO WE WROCŁAWIU

ROK MMXI

NR 3 (19)

R e d a k c j a i o p r a c o w a n i e :

Przewodniczący II Wydziału Karnego
Sędzia Sądu Apelacyjnego
W o j c i e c h K o c i u b i ń s k i

Sędzia Sądu Apelacyjnego
M a ł g o r z a t a B o h u n

asystent sędziego
w Sądzie Apelacyjnym we Wrocławiu
doktorant
na Uniwersytecie Wrocławskim
K a z i m i e r z J . L e ż a k

P r o j e k t o k ł a d k i :

Kazimierz J. Leżak

S k ł a d i ł a m a n i e k o m p u t e r o w e

Kazimierz J. Leżak

S ą d A p e l a c y j n y w e W r o c ł a w i u

ul. Energetyczna 4, 53-311 Wrocław

tel. (71) 798 77 77, 798 77 82

fax (71) 798 77 84

e-mail: biuletyn@wroclaw.sa.gov.pl

www: <http://www.wroclaw.sa.gov.pl>

I S S N 1 8 9 7 - 6 0 2 6

SPIS TREŚCI

ZESTAWIENIE ARTYKUŁÓW	4
PRAWO KARNE	5
PRAWO KARNE MATERIALNE	5
CZEŚĆ SZCZEGÓLNA	5
przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu	5
223. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 1 grudnia 2010 r. (sygn. akt II AKa 326/10).....	5
INNE USTAWY	28
kodeks karny skarbowy	28
224. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 listopada 2010 r. (sygn. akt II AKa 317/10).....	28
PRAWO KARNE PROCESOWE	30
postępowanie przed sądem pierwszej instancji	30
225. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 4 listopada 2010 r. (sygn. akt II AKz 588/10).....	30
226. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 27 października 2010 r. (sygn. akt II AKz 566/10).....	57
227. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 listopada 2010 r. (sygn. akt II AKa 325/10).....	59
inne ustawy	67
228. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 3 listopada 2010 r. (sygn. akt II AKz 541/10).....	67
229. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 26 października 2010 r. (sygn. akt II AKz 542/10).....	71
230. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 10 grudnia 2010 r. (sygn. akt II S 29/10).....	91
PRAWO KARNE WYKONAWCZE	94
231. Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 17 stycznia 2011 r. (sygn. akt II AKzw 1334/10).....	94

Z E S T A W I E N I E A R T Y K U Ł Ó W**prawo karne**

art. 296 § 1-3 k.k.	5
art. 310 § 1 k.k.	59
art. 6 § 2 k.k.s.	28
art. 54 § 1 k.k.s.	28
art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.	67
art. 133 § 2 k.p.k.	57
art. 139 k.p.k.	57
art. 193 § 1 k.p.k.	59
art. 225 § 3 k.p.k.	30
art.153 § 3 k.k.w.	94
art. 7 ustawy z 18 października 2006 r. o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944 – 1990 oraz treści tych dokumentów (Dz.U. z 2007 r., Nr 63, poz. 425 z późn. zm.)	67
art. 19 ustawy z 18 października 2006 r. o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944 – 1990 oraz treści tych dokumentów (Dz.U. z 2007 r., Nr 63, poz. 425 z późn. zm.)	71
art. 20 ust. 1 i 2 ustawy z 18 października 2006 r. o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944 – 1990 oraz treści tych dokumentów (Dz.U. z 2007 r., Nr 63, poz. 425 z późn. zm.)	71
art. 21a ustawy z 18 października 2006 r. o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944 – 1990 oraz treści tych dokumentów (Dz.U. z 2007 r., Nr 63, poz. 425 z późn. zm.)	67, 71
art. 4 ust. 4 Ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz.U. Nr 179, poz. 1843 z późn. zm.)	91

P R A W O K A R N E

P R A W O K A R N E M A T E R I A L N E

C Z Ę Ś Ć S Z C Z E G Ó L N A

P r z e s t ę p s t w a p r z e c i w k o o b r o t o w i g o s p o d a r c z e m u

223.

art. 296 § 1-3 k.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 1 grudnia 2010 r. (sygn. akt II AKa 326/10)

Jeżeli z umowy spółki nie wynika inaczej, w prywatnym obrocie gospodarczym nie ma nakazu (obowiązku) nabycia nieruchomości po cenie rynkowej. Cenę sprzedaży nieruchomości strony ustalają według zasady ekwiwalentności świadczeń. Oceny, czy wzajemne świadczenia stron umowy są ekwiwalentne, w pierwszym rzędzie powinny dokonywać organy podmiotów korporacyjnych.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 1 grudnia 2010 r. sprawy Mieczysława K. oskarżonego z art. 296 § 3 kk w zw. z art. 296 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 77 ust. 1 i 2 ustawy o rachunkowości w zw. z art. 12 kk, art. 18 § 2 kk w zw. z art. 271 § 1 i 3 kk w zw. z art. 12 kk, z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 27 lipca 2010 r., sygn. akt III K 171/06 zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- uniewinnił oskarżonego Mieczysława K. od popełnienia czynu przypisanego mu w pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku, tj. przestępstwa z art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., stwierdzając, że tym samym utraciło moc orzeczenie zawarte w pkt VI o zasądzeniu od oskarżonego odszkodowania;
- z opisu czynu przypisanego oskarżonemu w pkt IV części dyspozytywnej wyeliminował zwrot "działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej", a z kwalifikacji prawnej i podstawy skazania art. 271 § 3 i za ten czyn na podstawie art. 271 § 1 k.k. wymierzył

oskarżonemu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;
- w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy (...)

U z a s a d n i e n i e

Sąd Okręgowy we W. wyrokiem III K 171/06 z 27 lipca 2010 r. oskarżonego Mieczysława K. uznał za winnego, tego że:

I. w okresie od 4 sierpnia 1998 r. do 11 października 2002 r. we W., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, jako prezes zarządu sp. z o.o. ESWL System, a także osoba faktycznie zarządzająca majątkiem spółki, sam oraz wspólnie i w porozumieniu z prezesem zarządu Tadeuszem Z., przez nadużycie udzielonych mu uprawnień wyrządził spółce szkodę majątkową w wielkich rozmiarach w łącznej wysokości nie mniejszej niż 7.810.745,30 zł. w ten sposób, że:

- a) w okresie od 4 sierpnia 1998 r. do 14 grudnia 1999 r., działając jako prezes zarządu sp. z o.o. ESWL System, wyrządził spółce szkodę w wysokości nie mniejszej niż 236.630,33 zł. w ten sposób, że środków pieniężnych pochodzących ze sprzedaży urządzenia do kruszenia kamieni nerkowych Litotrypter typu Delta Fundacji dla W. Szpitala Specjalistycznego w kwocie 1.060.500 zł. nie ulokował na lokatach bankowych, a przechowywał je w prywatnym sejfie w mieszkaniu przy ul. Olszewskiego 160, pozbawiając spółkę korzyści finansowych wynikających z oprocentowania lokat bankowych,
- b) w dniu 30 grudnia 1999 r., działając jako prezes zarządu sp. z o.o. ESWL System, na podstawie aktu notarialnego sporządzonego przez notariusza Janinę Z. A 7295/99 nabył dla tej spółki od Mieczysława K. jako osoby fizycznej nieruchomość rolną z zabudowaniami o łącznej powierzchni 2,0368 ha, składającą się z działek 43/2 i 43/3, połączonych w działkę 43/6 położoną we wsi W. za zawyżoną kwotę 5.900.000 zł., podczas gdy rzeczywista wartość rynkowa tej nieruchomości wynosiła 1.812.000 zł., wyrządzając spółce szkodę w wysokości 4.088.000 zł., którą to kwotę sp. ESWL System wypłaciła Mieczysławowi K. w okresie od listopada 1999 r. do grudnia 2000 r.,

- c) w dniu 18 stycznia 2002 r., działając wspólnie i w porozumieniu z Tadeuszem Z. prezesem zarządu sp. z o.o. ESWL System, na podstawie aktu notarialnego A 324/2002 doprowadził do przeniesienia na rzecz sp. z o.o. Wratysławia Apartaments prawa wieczystego użytkowania nieruchomości zabudowanej nr 30/2 położonej we W. przy ul. Januszowickiej 16 za kwotę 100.000 zł., podczas gdy cena za jaką sp. z o.o. ESWL System nabyła prawo do tej nieruchomości w roku 2000 wynosiła 852.910 zł., wyrządzając spółce szkodę w wysokości 752.910 zł.,
- d) w okresie od 27 listopada 2001 r. do 11 października 2002 r., działając wspólnie i w porozumieniu z Tadeuszem Z. prezesem zarządu sp. z o.o. ESWL System wyrządził spółce szkodę w kwocie nie mniejszej niż 181.205,05 zł., przez dokonywanie bez uzasadnienia na własne konto przelewów z rachunku bankowego spółki oraz wypłat gotówkowych z kasy spółki w kwocie łącznej nie mniejszej niż 2.194.060,66 zł., tytułem zaliczek na zakup gruntów, pozbawiając przez to spółkę korzyści finansowych wynikających z oprocentowania lokat bankowych,
- e) w dniu 17 maja 2002 r., działając wspólnie i w porozumieniu z Tadeuszem Z. prezesem zarządu sp. z o.o. ESWL System, na podstawie aktu notarialnego A 2496/2002, doprowadził do nabycia dla tej spółki od Mieczysława K. jako osoby fizycznej, nieruchomości gruntowych położonych w obrębie R. o nr 9 i 19 o łącznej powierzchni 1,7092 ha, za zawyżoną kwotę 1.630.000 zł., podczas gdy rzeczywista wartość rynkowa tych nieruchomości wynosiła 236.000 zł., wyrządzając spółce szkodę w wysokości 1.394.000 zł.,
- f) w dniu 11 października 2002 r., działając wspólnie i w porozumieniu z Tadeuszem Z. prezesem zarządu sp. z o.o. ESWL System, na podstawie aktu notarialnego A .../2002, doprowadził do nabycia dla tej spółki od Mieczysława K. jako osoby fizycznej, nieruchomości gruntowej położonej w obrębie R. o nr 2, o powierzchni 1,392 ha, za zawyżoną kwotę 1.350.000 zł., podczas gdy rzeczywista wartość rynkowa tej nieruchomości wynosiła 192.000 zł., wyrządzając spółce szkodę w wysokości 1.158.000 zł.

tj. przestępstwa z art. 296§3 kk w zw. z art. 296§2 kk w zw. z art. 12 kk i za to, na podstawie art. 296§3 kk wymierzono mu karę 2 lat pozbawienia wolności, a na

podstawie art. 33§2 kk grzywnę w liczbie 250 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 400 zł,

II. w okresie od 4 sierpnia 1998 r. do 27 kwietnia 2001 r. we W., w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, pełniąc funkcję prezesa zarządu sp. z o.o. ESWL System, dopuścił do prowadzenia ksiąg rachunkowych spółki oraz jej sprawozdań finansowych wbrew przepisom ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, podając w nich nierzetelne dane, **tj. czynu z art. 77 ust. 1 i 2 ustawy o rachunkowości w zw. z art. 12 kk** i za to, na podstawie art. 77 ust. 1 i 2 tej ustawy wymierzono mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności,

III. uniewinniono oskarżonego od popełnienia zarzucanych mu czynów opisanych w pkt III-VII części wstępnej wyroku,

IV. w okresie od września do 8 listopada 2001 r. we W. i wsi W., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, nakłaniał Jacka N. pełniącego funkcję kierownika budowy osiedla wielorodzinnego "Zielone Osiedle", do wydania poświadczającego nieprawdę oświadczenia o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę, wymaganego zgodnie z art. 57 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, podczas gdy w rzeczywistości stan techniczny realizowanej budowy nie pozwalał na wydanie takiego oświadczenia, gdyż nie wszystkie prace przewidziane w projekcie budowlanym oraz w pozwoleniu na budowę zostały wykonane, **tj. czynu z art. 18§2 kk w zw. z art. 271§1 i 3 kk w zw. z art. 12 kk** i za to, na podstawie art. 19§1 kk w zw. z art. 271§3 kk wymierzono mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, a na podstawie art. 33§2 kk grzywnę w liczbie 50 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 400 zł.,

V. na podstawie art. 85 kk i art. 86§1 i 2 kk połączono oskarżonemu orzeczone kary pozbawienia wolności i grzywny i wymierzono mu karę łączną 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę łączną grzywny w liczbie 300 stawek, określając wysokość jednej stawki na kwotę 400 zł.,

VI. na podstawie art. 415§4 kpk zasądzono od oskarżonego na rzecz sp. z o.o. ESWL System w upadłości odszkodowanie w łącznej wysokości 7.746.861,30 zł.,

VII. na podstawie art. 63§1 kk, na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zaliczono oskarżonemu okres jego zatrzymania i tymczasowego aresztowania od dnia 5 stycznia 2006 r. do 24 maja 2007 r.,

VIII. orzeczono w przedmiocie kosztów sądowych.

Z wyrokiem Sądu Okręgowego we W. nie zgodził się oskarżony, który zaskarżył wyrok w zakresie dotyczącym punktów I, II, IV, V, VI, VII i VIII, co do winy oskarżonego, zarzucając:

I. obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść wyroku, a to art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. wyrażającą się w pominięciu przez Sąd Okręgowy przy wyrokowaniu szeregu zgromadzonych w sprawie dowodów oraz naruszeniu zasad swobodnej oceny dowodów i obiektywizmu, a w szczególności:

- a) pominięcie dowodu w postaci deklaracji podatkowej CIT-8 spółki ESWL System sp. z o.o. za rok 1999 (k. 1558-1560 akt), sprawozdania finansowego spółki ESWL System sp. z o.o. za rok 1999 (k. 1561-1567akt) oraz zeznań świadka Barbary B. i wyjaśnień oskarżonego Mieczysława K., z których to dowodów wynika, iż spółka prowadziła działalność handlową w roku 1999 a środki uzyskane ze sprzedaży urządzenia typu litotryptor były w obrocie, co w kontekście braku jej innego majątku, powinno mieć zasadniczy wpływ na ustalenia dotyczące zachowania opisanego w pkt. I lit. a) części dyspozytywnej wyroku;
- b) pominięcie dowodu w postaci warunkowej umowy sprzedaży zawartej w dniu 8.10.1999 r. przed notariuszem Janiną Z. za numerem Rep. A 5346/99 (k. 118-120, 123-126) w zakresie ustaleń dotyczących okresu do jakiego ESWL System sp. z o.o. mogła lokować na lokatach terminowych środki uzyskane ze sprzedaży urządzenia typu litotrypter, z którego dowodu wynika, że w dniu 8.10.1999 r. oskarżony nabył prawo do otrzymania kwoty 1.100.000 zł. tytułem ceny sprzedaży (§ 4 umowy), ale kwoty tej nie pobrał ze spółki z uwagi na zaangażowanie tych pieniędzy w działalność spółki ESWL System,
- c) pominięcie dowodu w postaci warunkowej umowy sprzedaży zawartej w dniu 13.12.2001 r. przed notariuszem Andrzejem O. za numerem Rep. A 8564/2001 (k.

- 2446-2447, Tom XIV) w zakresie ustaleń dotyczących zachowania opisanego w pkt. I lit. d) części dyspozytywnej wyroku, tj. rzekomego doprowadzenia przez oskarżonego do bezpodstawnych wypłat na swoją rzecz z majątku spółki środków zaliczonych na poczet ceny sprzedaży nieruchomości położonych we W., obręb R., co miało pozbawić spółkę korzyści wynikających z dysponowania tymi środkami, podczas gdy z pominiętej przez Sąd Okręgowy umowy wynikała podstawa prawna do takiego świadczenia i dowód ten powinien mieć zasadnicze znaczenie dla tej części rozstrzygnięcia;
- d) zaaprobowanie i przyjęcie jako podstawy ustaleń faktycznych operatu szacunkowego sporządzonego przez biegłego rzeczoznawcę Witolda W. dotyczącego wartości rynkowej prawa własności nieruchomości położonych we wsi W., gmina K., oznaczonej jako działka nr 43/3 i 43/2, we W., obręb R. oznaczonych jako działki nr 2, 9 i 19 i w konsekwencji przyjęcie poglądu o braku ekwiwalentności świadczeń stron umów sprzedaży tych praw oraz działaniu oskarżonego Mieczysława K. z zamiarem wyrządzenia szkody ESWL System sp. z o.o. mimo, że operat ten został sporządzony bez uwzględnienia stanu faktycznego i prawnego tych nieruchomości w tym: okoliczności towarzyszących sprzedaży, poczynionych przez Mieczysława K. nakładów na zmianę przeznaczenia nieruchomości i wreszcie zmian przeznaczenia tych nieruchomości, wynikających w szczególności z uchwały Rady Miasta W. nr XXXV/1126/2001 z dnia 5.07.2001 r. w sprawie uchwalenia studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy W., która przewidywała dla terenów w obrębie R. funkcję terenów mieszkaniowych o zabudowie jednorodzinnej (k. 1707-1709), wydanej co do nieruchomości w K. decyzji z dnia 30.06.1999 r. o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu (k. 5938-540 akt), decyzji Starosty Powiatu W. z dnia 21.10.1999 r. o wyłączeniu nieruchomości z produkcji rolnej (k. 2609-2611) oraz decyzji z dnia 29.12.1999 r. o pozwoleniu na budowę osiedla mieszkaniowego (k. 2623-2625);
- e) pominięciu przy ocenie wpływu doprowadzenia przez oskarżonego do zbycia nieruchomości położonej we W. przy ul. Januszowickiej 16 na sytuację majątkową ESWL System sp. z o.o. faktu odmowy udzielenia przez Prezydenta W. pozwolenia

- na budowę ESWL System sp. z o.o. budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Januszowickiej 16 we W. oraz negatywnych opinii Miejskiego Konserwatora Zabytków we W., a także stosunku mieszkańców ulicy Januszowickiej do planowanej inwestycji, a w szczególności działań podejmowanych przez Macieja Ł., jako okoliczności zaistniałych po nabyciu tej nieruchomości przez spółkę, a mających decydujący wpływ na jej wartość dla spółki;
- f) pominięcie podczas ustalenia stanu rozliczeń zobowiązań i wierzytelności Mieczysława K. jako osoby fizycznej ze spółką ESWL System sp. z o.o. faktu spłaty w dniu 26.10.2001 r. przez oskarżonego kredytu zaciągniętego przez spółkę w kwocie 641.257, 34 zł. w LG Petro Bank SA, co doprowadziło do błędnego ustalenia, że spółka ESWL System sp. z o.o. nie rozliczyła się z oskarżonym z kwoty 384.361, 345 zł. podczas gdy prawidłowe saldo wynosi 1.025.618, 68 zł;
- g) pominięcie dowodów w postaci umów przenoszących własność lokali mieszkalnych położonych w W. na nabywców w okresie od 22.12.2001 r. do 28.02.2002 r. oraz umów rezerwacyjnych (tom XVIII i XIX, k. 6539-6511) i zawartych w nich postanowień dotyczących terminów zapłaty ceny sprzedaży, co doprowadziło do wadliwego ustalenia, że oskarżony nakłaniając Jacka N. działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

II. obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść wyroku, a to art. 9 § 1 k.p.k. i art. 193 k.p.k. polegającą na nieprzeprowadzeniu dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu szacowania nieruchomości na okoliczność wartości rynkowej prawa użytkowania wieczystego nieruchomości położonej we W. przy ul. Januszowickiej 16, oznaczonej jako działka nr 30/2 na dzień 18.01.2002 r. z uwzględnieniem ograniczeń zabudowy nieruchomości wynikających z opinii Miejskiego Konserwatora Zabytków, tj. dopuszczalności zabudowy maksymalnie 15 % powierzchni działki, podczas gdy powyższe okoliczności mają oczywiste i zasadnicze znaczenie dla oceny tej części czynu zrzucanego oskarżonemu w kontekście ustawowych znamion występku z art. 296 § 1 i 3 k.k.;

III. obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść wyroku, a to art. 170 § 1 pkt. 1 k.p.k. i art. 201 k.p.k. w zw. z art. 157 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami wyrażającą się w oddaleniu zawartego w piśmie z dnia

3.10.2008 r. wniosku obrońcy oskarżonego o zwrócenie się do organizacji zawodowej rzeczoznawców majątkowych o dokonanie oceny operatów szacunkowych sporządzonych przez mgr inż. Witolda W., jako niedopuszczalnego, mimo, że taki tryb weryfikacji poprawności operatów szacunkowych sporządzonych dla potrzeb postępowań sądowych został przewidziany przepisami ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami;

IV. obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść wyroku, a to art. 201 k.p.k. wyrażającą się w oddaleniu na rozprawie w dniu 10.03.2009 r. wniosku dowodowego obrońcy oskarżonego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego z zakresu szacowania nieruchomości na okoliczność:

- a) wartości rynkowej w dniu 30.12.1999 r. prawa własności nieruchomości położonej we wsi W., gmina K., oznaczonej jako działka nr 43/3 i 43/2 z uwzględnieniem zmiany przeznaczenia tej nieruchomości w związku z wydaniem w dniu 30.06.1999 r. decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu oraz decyzji z dnia 21.10.1999 r. o wyłączeniu z produkcji rolnej i decyzji z dnia 29.12.1999 r. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę osiedla domów mieszkaniowych wielorodzinnych wraz z niezbędną infrastrukturą;
- b) wartości rynkowej w dniu 17.05.2002 r. prawa własności nieruchomości położonej we W., oznaczonej jako działki nr 9 i 19, obręb R., z uwzględnieniem postanowień uchwały Rady Miasta W. nr XXXV/1126/2001 z dnia 5.07.2001 r. w sprawie uchwalenia studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy W. oraz prawidłowego stanu uzbrojenia i urządzenia tych nieruchomości;
- c) wartości rynkowej w dniu 11.10.2002 r. prawa własności nieruchomości położonej we W., oznaczonej jako działka nr 2, obręb R., z uwzględnieniem postanowień uchwały Rady Miasta W. nr XXXV/1126/2001 z dnia 5.07.2001 r. w sprawie uchwalenia studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy W. oraz prawidłowego stanu uzbrojenia i urządzenia tych nieruchomości;

V. obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść wyroku, a to art. 7 k.p.k. w zw. z 4 k.p.k., art. 424 § 1 pkt. 1 k.p.k. wyrażającą się w arbitralnym uznaniu za wiarygodne zeznań świadków Jacka N., Marka S., Tadeusza Z. jako korespondujących z

ustalonym stanem faktycznym, mimo że zeznania te nacechowane były wewnętrznymi sprzecznościami, były sprzeczne z innymi dowodami, oparte na pośrednich informacjach, a także pomimo jawnej stronniczości Jacka N. i Marka S. oraz interesu ekonomicznego Jacka N.;

VI. obrazę przepisów postępowania, mogącą mieć wpływ na treść wyroku, a to art. 5 § 2 k.p.k. wyrażającą się w uznaniu, że istnieje możliwość niepoddającego się wątpliwościom ustalenia, iż:

- a) rozmowy oskarżonego z Jackiem N. w okresie od września do 8.11.2001 r. miały taki przebieg jak zeznał Jacek N. tj. oskarżony nakłaniał go do wydania poświadczającego nieprawdę oświadczenia o zakończeniu budowy, mając wiedzę, że nie wszystkie prace przewidziane projektem zostały wykonane oraz będąc świadomym charakteru takiego oświadczenia;
- b) oskarżony umyślnie dopuścił do prowadzenia ksiąg rachunkowych i sprawozdań finansowych sprzecznie z przepisami ustawy z dnia 29.06.1994 r. w sytuacji w której w świetle biegłej Beaty L. brak jest podstaw dowodowych do wydania jednoznacznej oceny w tej kwestii;

VII. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na jego treść, wyrażający się w przyjęciu, że:

- a) środki pieniężne uzyskane ze sprzedaży litotryptera typu Delta były przechowywane przez Mieczysława K. w okresie od 4.08.1998 r. do 14.12.1999 r. w prywatnym mieszkaniu we W. przy ul. Olszewskiego 160, przez co ESWL System sp.z o.o. została pozbawiona korzyści w postaci oprocentowania lokat bankowych, podczas gdy w rzeczywistości środki te były w tym okresie inwestowane przez spółkę w ramach prowadzonej bieżącej działalności handlowej;
- b) braku podstawy prawnej dla dokonywania przez spółkę ESWL System sp. z o.o. na rzecz Mieczysława K. zapłaty kwoty 2.194.060, 66 zł. w okresie od 7.11.2001 r. do 11. 10 2002 r. podczas gdy podstawę inkryminowanych transferów stanowiła warunkowa umowa sprzedaży zawarta w dniu 13.12.2001 r. przed notariuszem Andrzejem O. z numerem Rep. A 8564/2001 (k. 2446-2447, Tom XIV akt).

Apelujący wyrokowi Sądu Okręgowego we W. zarzucił również:

VIII. obrazę przepisów prawa materialnego, a to przepisu art. 296 § 1 i 3 k.k. poprzez jego błędną wykładnię wyrażającą się w przyjęciu, że podjęcie przez osobę zajmującą się sprawami majątkowymi przedsiębiorcy działań sprzecznych z zasadami dobrego gospodarowania stanowić może o nadużyciu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków w rozumieniu art. 296 § 1 k.k. podczas gdy prawidłowa wykładnia powyższego przepisu prowadzi do wniosku, że dla wyczerpania ustawowych znamion tegoż przestępstwa niezbędne jest aby podjęte przez sprawcę zachowania były jednocześnie szkodliwe i nieuprawnione w ujęciu formalnym, tj. by stanowiły przekroczenie skonkretyzowanych uprawnień lub niedopełnienie skonkretyzowanych obowiązków, których źródłem jest przepis prawa lub czynność prawna;

IX. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 296 § 3 k.k. w zw.z art. 12 k.k. poprzez ich błędne zastosowanie, wyrażające się w przyjęciu, iż oskarżony Mieczysław K. poprzez zachowania podjęte w okresie od dnia 4.08.1998 r. do dnia 11.10.2002 r. opisane w pkt.1 lit. a) do f) części dyspozytywnej wyroku do części dyspozytywnej wyroku wyrządził spółce ESWL System sp. z o.o. szkodę majątkową w wielkich rozmiarach przy jednoczesnym zaniżaniu rozważenia rzeczywistego wpływu tych czynności na sytuację majątkową spółki, a w szczególności pominięciu w tym kontekście zysków uzyskanych przez spółkę z inwestycji prowadzonej na gruntach zakupionych od oskarżonego i przychodów uzyskanych z ich zbycia z późniejszym okresie części tych nieruchomości;

X. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. poprzez ich błędne zastosowanie, wyrażające się w przyjęciu, iż oskarżony Mieczysław K. doprowadzając w dniu 18.01.2002 r. do zbycia przez ESWL System sp. z o.o. nieruchomości niezabudowanej położonej przy ul. Januszowickiej 16 we W. na rzecz sp. z o.o. Wroclaw Apartments sp. z o.o. za ocenę 100.000 zł. wypełnił znamiona czynu z art. 296 § 3 k.k. przy jednoczesnym ustaleniu przez Sąd Okręgowy, iż celem działania oskarżonego było doprowadzenie do realizacji inwestycji przy współdziałaniu obu spółek oraz bez rozważenia przez Sąd Okręgowy potencjalnych korzyści dla spółki, wynikających z zawartych z nabywcą umów dotyczących wspólnej inwestycji;

XI. obrazę prawa materialnego, a to art. 296 § 1 i 3 k.k. poprzez jego błędną wykładnię,

wyrażającą się w przyjęciu, iż zaniechanie przez zarządcę spółki prawa handlowego lokowania płynnych środków na lokatach terminowych stanowi nadużycie uprawnień względnie niedopełnienie obowiązków w rozumieniu art. 296 § 1 k.k. podczas gdy prawidłowa wykładnia powyższych przepisów prowadzi do wniosku, iż podejmowanie decyzji co do sposobu lokowania środków, w tym do pozostawienia ich w kasie, względnie na rachunku a vista leży w zakresie uprawnień zarządcy spółki prawa handlowego.

W konkluzji, apelujący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu we W. do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jest zasadna w zakresie, w jakim kwestionuje przypisanie oskarżonemu przestępstwa z art. 296§3 kk w zw. z art. 296§2 kk w zw. z art. 12 kk. Trafnie zarzucono sądowi meriti w tym zakresie dopuszczenie się obrazy przepisów prawa materialnego.

Na wstępie należy zważyć, że istotą karalnego zachowania w typie czynu zabronionego z art. 296 kk jest nadużycie przez sprawcę udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciężącego na nim obowiązku. W piśmiennictwie karnistycznym przez uprawnienie rozumie się przyznanie danemu podmiotowi przez przepis ustawy, decyzję właściwego organu lub umowę, kompetencję do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą (Zob. A.Peczenik, Uprawnienie a obowiązek, PiPr. 1964, nr 2 s. 233). Natomiast obowiązek, to wynikające z przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy zobowiązanie do podjęcia lub zaniechania określonych czynności związanych z zajmowaniem się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą (Zob. P.Kardas, [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz pod red. A.Zolla, Zakamycze 2006, s. 540). Przysługujące sprawcy (zarządcy, menedżerowi) uprawnienia i obowiązki określają sferę zarządzania, tj. zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą uprawnionego podmiotu. Wymienione w art. 296§1 kk podstawy prawne, będące źródłem uprawnień i obowiązków, określają więc uprawnienie do określonego zachowania oraz powinność dokonywania określonych czynności lub powstrzymywania się od ich dokonania. Nadużycie przez sprawcę udzielonych mu uprawnień będzie miało więc miejsce

przy korzystaniu z nich niezgodnie z celem (celami), dla którego powierzono sprawcy zajmowanie się cudzymi sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą albo wbrew temu celowi (celom). Niedopełnienie obowiązków może zaś wyrazić się w całkowitej beczynności w sytuacji, gdy sprawca obowiązany był podjąć działanie, jak również w częściowym lub nienależytym bądź niestarannym wykonaniu obowiązków.

Przypisując oskarżonemu Mieczysławowi K. przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296§3 kk w zw. z art. 296§2 kk w zw. z art. 12 kk, sąd a quo w ślad za oskarżycielem publicznym ustalił, że nadużył on udzielonych mu uprawnień. Rzecz w tym jednak, że sąd nie wskazał i nie wyjaśnił, jakiego uprawnienia oskarżony nadużył dokonując inkryminowanych czynności.

Nie może wszak budzić wątpliwości, że oskarżony jako prezes zarządu sp. z o.o. ESWL bądź jako osoba fizyczna współdziałająca z prezesem zarządu tej spółki w warunkach określonych w art. 21§2 kk posiadał uprawnienie do zawierania umów kupna i sprzedaży nieruchomości oraz do dysponowania środkami płatniczymi, w tym do dokonywania przelewów bankowych i płatności gotówkowych.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku sąd stwierdza, że oskarżony "nie ulokował na lokatach bankowych" części pieniędzy uzyskanych ze sprzedaży urządzenia Litotrypter (s. 50). Według sądu "oskarżony, jako dobry gospodarz środki ze sprzedaży litotryptora powinien [...] ulokować [...] na lokacie terminowej, przynosząc dochód w postaci odsetek od lokaty" (s. 51). Brak jednak stanowiska sądu, z czego wynika powinność oskarżonego do takiego działania. Co prawda, sąd powołuje się na figurę "dobrego gospodarza", nie objaśnia jednak sposobu rozumienia tego pojęcia, ani nie wskazuje, że wynika stąd powinność ulokowania środków pieniężnych na lokacie bankowej.

Odnosnie do nabycia przez spółkę ESWL System nieruchomości gruntowych we wsi W. oraz w obrębie R., według sądu a quo, "oskarżony nie dokonując w momencie sprzedaży wyceny tych nieruchomości [...] sprzedał nieruchomości za znacznie wyższe kwoty, aniżeli ich rzeczywista wartość" (s. 53). Pomijając, że przedmiotem karnoprawnego wartościowania może być nabycie przez oskarżonego rzeczonych nieruchomości, a nie ich sprzedaż, i w tym wypadku, sąd nie podał źródła powinności nabycia nieruchomości po ich "rzeczywistej" cenie.

Odnosnie do dokonywania przelewów i wypłat gotówkowych z kasy spółki w łącznej kwocie 2.194.060,66 zł. tytułem zaliczek na zakup gruntów, według sądu "oskarżony zobligowany był do [...] wykorzystania posiadanych środków na własne potrzeby, bądź na działalność bieżącą spółki [...], bądź środki ulokować [...] na lokacie terminowej [...]. Tymczasem oskarżony wypłacał sobie pieniądze na poczet przyszłych transakcji, co nie miało uzasadnienia faktycznego, a tym bardziej ekonomicznego" (s. 54-55). Istota zarzutu postawionego oskarżonemu sprowadza się więc do tego, że bez podstawy "faktycznej i ekonomicznej" dokonywał przelewów na własny rachunek na poczet przyszłych transakcji.

Odnosnie do sprzedaży przez oskarżonego prawa użytkowania wieczystego nieruchomości przy ul. Januszowickiej 16, sąd nie przedstawił żadnego stanowiska, co do nadużycia przez oskarżonego przy tej czynności udzielonych mu uprawnień.

Podsumowując ten wątek należy stwierdzić, że zarówno oskarżyciel publiczny w akcie oskarżenia, jak i sąd w zaskarżonym wyroku, zarzucając i przypisując oskarżonemu popełnienie przestępstwa nadużycia zaufania z art. 296§3 kk w zw. z art. 296§2 kk w zw. z art. 12 kk nie wskazali kompetencji, której oskarżony nadużył przy wykonywaniu inkryminowanych mu czynności. Wymienione organy nie wykazały także, aby oskarżony dokonując inkryminowanych mu czynności obrotu gospodarczego niedopełnił ciążącego na nim obowiązku.

Przechodząc do szczegółowych rozważań, nie można podzielić stanowiska sądu a quo, że z figury "dobrego gospodarza" wynika powinność (nakaz) ulokowania wolnych środków pieniężnych na lokacie bankowej oraz nabywania i zbywania nieruchomości wyłącznie po cenie rzeczywistej. Akceptacja stanowiska sądu wyrokującego wymagałaby uznania, że prawo karne spełnia w prywatnym obrocie gospodarczym funkcję regulacyjną. Tymczasem regulatorem zachowań w prywatnym obrocie gospodarczym są w pierwszym rzędzie normy prawa cywilnego określające m.in. zasadę autonomii woli stron czynności prawnej oraz zasadę swobody umów (wolności kontraktowej), a w dalszej kolejności normy administracyjne, dotyczące m.in. wykonywania regulowanej (reglamentowanej) działalności gospodarczej, posiadania przez przedsiębiorcę określonych kwalifikacji zawodowych. Prawo karne spełnia tutaj rolę subsydiarną, wchodząc z represją dopiero i wyłącznie wtedy, gdy zachowanie sprawcy stanowi zamach na obrót gospodarczy w postaci przewidzianej w

Rozdziale XXXVI Kodeksu karnego bądź w przepisach karnych innych ustaw. Uznanie, że przepisy prawa karnego mogą "samodzielnie" wyznaczać sferę dozwolonego i zabronionego zachowania w prywatnym obrocie gospodarczym mogłoby doprowadzić do rozmijania się zakresów bezprawności zachowania sprawcy wyznaczonych normami prawa karnego i cywilnego.

Niedopuszczalne jest zatem dyktowanie i decydowanie przez organy ścigania i sąd jakie zachowania i czynności w prywatnym obrocie gospodarczym posiadają uzasadnienie, a jakie są tego pozbawione. Stąd, jako irrelevantne należy traktować twierdzenie sądu a quo, że wolne środki pieniężne oskarżony powinien lokować na lokatach bankowych. Idąc tropem rozumowania sądu, należałoby powiedzieć, że pozostawienie wymienionych środków na rachunku bankowym dającym niższe oprocentowanie niż lokata bądź przeznaczenie ich na zakup akcji spółek giełdowych lub jednostek uczestnictwa albo certyfikatów inwestycyjnych otwartych lub zamkniętych funduszy inwestycyjnych, bądź ustanowienie lokaty bankowej, ale o niższym oprocentowaniu niż dopuszczalne przez sąd, mogłoby być wartościowane przez pryzmat przepisów prawa karnego, a zwłaszcza art. 296 kk.

Niezasadność rozstrzygnięcia sądu wyrokującego co do nieulokowania przez oskarżonego na lokatach bankowych części pieniędzy uzyskanych ze sprzedaży urządzenia Litotrypter, znajduje wsparcie w popełnionych przez sąd błędach przy ocenie niektórych dowodów, skutkujących dokonaniem wadliwych ustaleń faktycznych. Mianowicie, sąd oceniając zeznania Barbary B. jako wiarygodne, pominął jednak te ich fragmenty, w których podawała, że przechowywane przez oskarżonego w sejfie pieniądze były przez niego wykorzystywane w celach inwestycyjnych. Wymieniona podała też, że działalność oskarżonego spowodowała w krótkim czasie osiągnięcie bardzo dobrej kondycji finansowej przez spółkę ESWL System (k. 8303). Zeznania te korespondują z wyjaśnieniami oskarżonego, że inwestował pieniądze przechowywane w sejfie (k. 8259). Ustalając stan faktyczny, sąd pominął także deklarację podatkową CIT-8 spółki ESWL System za rok 1999 oraz sprawozdanie finansowe spółki za ten rok, z których wynika, że spółka za 1999 r. osiągnęła zysk w wysokości 164.900 zł., a jej przychody wynosiły 182.608 zł. Trafna jest więc uwaga apelującego, że wymieniony zysk nie mógłby zostać osiągnięty bez

zaangażowania w obrocie gospodarczym środków uzyskanych ze sprzedaży urządzenia Litotrypter. Ustalenie sądu, że oskarżony nie składając wymienionych środków na lokacie bankowej wyrządził spółce znaczną szkodę majątkową jest zatem dowolne. Na koniec rozważań w tej kwestii poczynić należy uwagę, że "żądanie" przez oskarżyciela publicznego i sąd a quo, aby oskarżony wolne środki finansowe lokował w banku na lokacie terminowej może dla spółki rodzić negatywne następstwa w postaci wyjęcia takich środków z obrotu i zamrożenia ich na lokacie bankowej. Tymczasem, oskarżony jako prezes spółki kapitałowej powinien dążyć do zachowania przez spółkę płynności finansowej, a zatem zdolności do terminowego regulowania krótkoterminowych zobowiązań oraz do nabywania towarów i usług. Zarządzanie płynnością ma jednak na celu utrzymywanie odpowiedniej ilości środków pieniężnych, gdyż opóźnienia w wywiązywaniu się ze zobowiązań powodują nieufność kontrahentów i kredytujących instytucji finansowych, zaś zamrożenie części kapitału obrotowego sprawia, że brak jest środków na wywiązywanie się z umów. Z tego względu, czynienie oskarżonemu zarzutu, że nie zdeponował środków uzyskanych za sprzedaży urządzenia Litotrypter na lokacie bankowej, w sytuacji gdy reprezentowana przez niego spółka dla wywiązywania się z krótkoterminowych zobowiązań oraz nabywania towarów i usług potrzebowała płynnych środków, a nadto, przez cały czas prowadziła działalność gospodarczą z zyskiem, nie znajduje uzasadnienia.

W konkluzji należy stwierdzić, że odnośnie do zachowania przypisanego oskarżonemu w punkcie I a zaskarżonego wyroku, brak jest wypełnienia przez niego ustawowych znamion przestępstwa nadużycia zaufania z art. 296 kk.

Zbieżne uwagi należy poczynić co do dokonywania przez oskarżonego przelewów i wypłat gotówkowych z kasy spółki w łącznej kwocie 2.194.060,66 zł. tytułem zaliczek na zakup gruntów. Absurdalność tak ujętego zarzutu wynika już stąd, że w opisie zarzuczonego i przypisanego oskarżonemu zachowania wskazano, że przelewy dokonywane były przez niego tytułem zaliczek na zakup gruntów. Zatem, oskarżyciel publiczny i sąd wyrokujący w opisie karalnego zachowania wskazali, że przelewy dokonywane były przez oskarżonego na podstawie tytułu prawnego.

Ustalając, że oskarżony przelewał środki pieniężne z rachunku spółki ESWL System na własne rachunki bankowe, nie mając do tego żadnego tytułu prawnego (s. 54

uzasadnienia wyroku), Sąd Okręgowy we W. pominął, że z umowy z 13 grudnia 2001 r. zawartej pomiędzy oskarżonym a spółką z o.o. ESWL System wynikało, że spółka obowiązana była przekazywać na rachunek oskarżonego od grudnia 2001 r. raty ceny zakupu działek gruntowych w obrębie R., tj. po 620.000 zł. Na podstawie wymienionej umowy, spółka ESWL System nabyła od Mieczysława K. trzy niezabudowane działki o numerach 2, 9 i 19 w obrębie R. we W. za cenę 2.980.000 zł. Umowa przewidywała, że kwotę 500.000 zł spółka zapłaciła Mieczysławowi K. przed zawarciem umowy, zaś reszta ceny sprzedaży w kwocie 2.480.000 zł. spółka ESWL System miała zapłacić w czterech równych ratach po 620.000 zł., do końca każdego miesiąca, w terminie od grudnia 2001 r. do 31 marca 2002 r. Przeniesienie własności wymienionych nieruchomości na spółkę ESWL System nastąpiło na podstawie kolejnych umów zawartych w dniu 17 maja i 11 października 2002 r. Nie oznacza to jednak, że tytuł do zapłaty ceny sprzedaży powstał dopiero z chwilą przeniesienia własności nieruchomości na spółkę. Tytuł do zapłaty ceny sprzedaży stanowiła bowiem umowa z 13 grudnia 2001 r., co przeoczył prokurator stawiając oskarżonemu zbędny zarzut popełnienia przestępstwa oraz sąd a quo, niezasadnie przypisując oskarżonemu karalne zachowanie.

Zważyć więc należy, że z kwoty 500.000 zł., którą oskarżony otrzymał od spółki w postaci przelewu na kwotę 100.000 zł. z 27.11.2001 r. oraz przelewu na kwotę 400.000 zł. z 13.12.2001 r., jedynie przelew z 27 listopada 2001 r. na kwotę 100.000 zł. był wykonany przed zawarciem umowy, które miało miejsce 13 grudnia 2001 r. Żadną miarą nie można jednak przyjąć, że spowodowało to powstanie w spółce znacznej szkody majątkowej. Wobec braku konstytutywnego dla przestępstwa z art. 296 kk elementu w postaci znacznej szkody majątkowej, niemożliwym jest przypisanie oskarżonemu popełnienia tego czynu zabronionego.

Odnosnie do zbycia przez oskarżonego prawa wieczystego użytkowania działki przy ul. Januszowickiej 16, oderwane od realiów obrotu gospodarczego oraz całkowicie nieuprawnione jest stanowisko oskarżyciela publicznego i sądu meriti, które można zamknąć w stwierdzeniu, że zamiast sprzedawać wymienione prawo po cenie niższej od ceny jego nabycia, oskarżony powinien zmienić projekt budowlany i po zmianie, zrealizować inwestycję.

Rzecz w tym, że oskarżony jako prezes zarządu spółki ESWL System w dniu 17 maja 2000 r. nabył od Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego we W. prawo użytkowania wieczystego działki położonej przy ul. Januszowickiej 16 za cenę 852.910 zł. Wcześniej, bo 1 lipca 1999 r. Prezydent W. wydał decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu na wymienionej działce, polegających na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego III kondygnacyjnego z poddaszem użytkowym. Po nabyciu prawa do użytkowania tej działki, oskarżony zamierzał wybudować na niej III kondygnacyjny apartamentowiec z użytkowym poddaszem i podziemnym garażem wraz z elementami infrastruktury technicznej. Jednak, w dniu 19 września 2001 r., a następnie w dniu 27 lutego 2002 r. Prezydent W., wobec negatywnej opinii Miejskiego Konserwatora Zabytków odmówił zatwierdzenia projektu budowlanego i wydania pozwolenia na budowę przez spółkę EWSL System na rzeczonej działce budynku wielorodzinnego. W takim układzie, oskarżony działając wspólnie z Tadeuszem Z. będącym prezesem zarządu wymienionej spółki w dniu 18 stycznia 2002 r. zbył prawo użytkowania wieczystego rzeczony działki spółce Wratislawia Apartaments za cenę 100.000 zł.

Zważyć więc należy, że oskarżony nabył prawo użytkowania wieczystego działki przy ul. Januszowickiej 16, gdyż zamierzał wybudować na niej budynek wielorodzinny. Zamiar zrealizowania tej inwestycji był dostatecznie usprawiedliwiony, z uwagi na decyzję Prezydenta W. dopuszczającą wybudowanie na działce przy ul. Januszowickiej budynku wielorodzinnego. Niekorzystny dla niego spot okoliczności w postaci niewydania przez Prezydenta W. pozwolenia na budowę sprawił, że założonego celu inwestycyjnego nie można było zrealizować, a tym samym, wymieniona działka straciła na znaczeniu i jej posiadanie stało się zbędne. Zbycie więc przez oskarżonego prawa wieczystego użytkowania działki spółce Wratislawia Apartaments jest racjonalne i całkowicie usprawiedliwione oraz mieściło się w udzielonych mu uprawnieniach jako zarządcy spółki ESWL System. Nie może też razić cena zbycia działki, gdyż po wydaniu przez Prezydenta W. decyzji odmawiającej wybudowania na niej domu wielorodzinnego, działka straciła dramatycznie na wartości.

Podkreślić też trzeba, że pomimo zbycia wymienionego prawa, oskarżony podjął czynności zmierzające do zabezpieczenia interesów majątkowych spółki ESWL System.

Mianowicie, w umowie z 18 stycznia 2002 r. zawartej ze spółką Wratislawia Apartaments, oba podmioty zawarły porozumienie o dołożeniu starań, celem uzyskania pozwolenia na budowę domu wielorodzinnego, a w razie powodzenia tej inicjatywy, wspólnego wybudowania budynku.

Mając więc na względzie powyższe okoliczności stwierdzić należy, że w zachowaniu oskarżonego brak jest wypełnienia znamion przestępstwa karalnego nadużycia zaufania z art. 296 kk. Oskarżony, zbywając prawo użytkowania wieczystego działki przy ul. Januszowickiej 16 nie nadużył udzielonych mu uprawnień, ani też nie niedopełnił ciężącego na nim obowiązku. Przeciwnie, działał w granicach posiadanych kompetencji. Oskarżony nie wyrządził też spółce ESWL System znacznej szkody majątkowej, gdyż zbył rzeczzone prawo po cenie adekwatnej do jej wartości rynkowej. Cena prawa do tej działki determinowana jest wszak przez decyzję Prezydenta W. o braku zgody na wybudowanie tam budynku wielorodzinnego. W końcu należy podnieść, że oskarżyciel publiczny nie przedstawił, a sąd wyrokujący nie ujawnił żadnych dowodów wskazujących na umyślne działanie oskarżonego.

Odnosnie do nabycia przez oskarżonego jako prezesa zarządu spółki ESWL System od Mieczysława K. w dniu 30 grudnia 1999 r. nieruchomości gruntowej we wsi Wysoka i wyrządzenia tym spółce szkody majątkowej w wysokości 4.088.000 zł., według sądu *meriti*, wyjaśnienia oskarżonego, że nieruchomość nabył po cenie rynkowej, pozostają w rażącej sprzeczności z opinią biegłego, z której wynika, że w dacie sprzedaży cena rynkowa nieruchomości wynosiła 1.812.000 zł., gdy spółka nabyła ją za 5.900.000 zł. Osiągnięty przez spółkę ESWL System zysk z wybudowania osiedla domów wielorodzinnych i sprzedaży mieszkań oraz lokali użytkowych w wysokości 1.062.237,14 zł. jest niewielki, a byłby znacznie wyższy, gdyby spółka nabyła grunty od Mieczysława K. po cenie rynkowej.

I w tej kwestii, podobnie jak poprzednio, poza zakwestionowaniem wiarygodności wyjaśnień oskarżonego, sąd nie wskazał jakich to uprawnień oskarżony nadużył bądź jakich obowiązków nie dopełnił, przy zawieraniu umowy kupna wymienionej nieruchomości, czy pomiędzy takim zachowaniem, a rzekomą szkodą majątkową zachodzi obiektywny związek przyczynowy, czy zachowanie oskarżonego cechuje umyślność, co do wszystkich ustawowych znamion strony przedmiotowej przestępstwa karalnego nadużycia zaufania.

Przede wszystkim stwierdzić zaś należy, że w cywilnoprawnych stosunkach, a zatem również w prywatnym obrocie gospodarczym istotne znaczenie ma zasada ekwiwalentności świadczeń zawarta w art. 487§2 kc stanowiącym, że umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Cechę umów wzajemnych stanowi więc to, że każda ze stron wg treści umowy jest zobowiązana do świadczenia wobec drugiej, uznanego za odpowiednik (równoważnik, ekwiwalent) tego, co sama otrzymuje. W umowach wzajemnych istnieje zatem równowaga, inaczej mówiąc ekwiwalentność świadczeń. Zważyć też należy, że ani zapisy umowy spółki ESWL System, ani przepisy o charakterze *ius cogens* zawarte w Kodeksie cywilnym, Kodeksie spółek handlowych oraz innych ustawach, nie nakładały na oskarżonego obowiązku nabycia nieruchomości po tzw. cenie rynkowej, a dla ustalenia takiej ceny, powołania biegłego lub rzeczoznawcy. Jeżeli więc z umowy spółki nie wynika inaczej, w prywatnym obrocie gospodarczym nie ma nakazu (obowiązku) nabycia nieruchomości po cenie rynkowej. Cenę sprzedaży nieruchomości strony ustalają zaś według zasady ekwiwalentności świadczeń. Oceny, czy wzajemne świadczenia stron umowy są ekwiwalentne, w pierwszy rzędzie powinny dokonywać organy podmiotów korporacyjnych.

Dalej należy stwierdzić, że nieuprawnione jest stanowisko oskarżyciela publicznego i sądu wyrokującego, że oskarżony nabył dla spółki ESWL System nieruchomość rolną. Nie można wszak tracić z pola widzenia, że w okresie do 30 grudnia 1999 r., a więc daty zawarcia rzeczonyj umowy oskarżony:

1. uzyskał decyzję Wójta Gminy K. z 30.06.1999 r. o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu,
2. skierował w dniu 30.09.1999 r. do Starostwa Powiatu W. wniosek o podanie warunków wyłączenia gruntów z produkcji rolnej, zaś w dniu 5.11.1999 r. uzyskał decyzję o zezwoleniu na wyłączenie gruntów rolnych z produkcji rolnej, na cele związane z infrastrukturą mieszkaniową,
3. uzyskał w dniu 29.12.1999 r. decyzję Starosty Powiatu W. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę osiedla mieszkaniowego niskich budynków wielorodzinnych.

Wynika stąd, że przed zawarciem umowy kupna nieruchomości we wsi W., oskarżony poczynił znaczne nakłady na uzyskanie decyzji administracyjnych warunkujących możliwość wybudowania na tej nieruchomości osiedla domów wielorodzinnych. Zmieniły one zdecydowanie charakter nabywanej nieruchomości, z rolnej na przygotowaną do rozpoczęcia inwestycji polegającej na wybudowaniu osiedla mieszkaniowego. Dla karnoprawnego wartościowania zachowania ważne jest także to, że ryzyko nieuzyskania wymienionych decyzji ponosił oskarżony jako osoba fizyczna, a nie spółka ESWL System. Gdyby więc oskarżony nie uzyskał rzeczonych decyzji, to on, a nie spółka poniósłby ciężar finansowy związany z nabyciem nieruchomości od spółki TON Agro. Spółka ESWL System była zainteresowana nabyciem nieruchomości we wsi W. i miała w tym interes, dopiero od momentu uzyskania przez oskarżonego niezbędnych decyzji administracyjnych. Z tą chwilą mogła bowiem przystąpić do realizacji inwestycji.

Lektura uzasadnienia aktu oskarżenia i zaskarżonego wyroku wskazuje też, że oskarżyciel publiczny i sąd *meriti*, oceniali nabycie przez oskarżonego nieruchomości we wsi W., jako celu samego w sobie. Tymczasem, wymieniona nieruchomość nie została nabyta z powodów sentymentalnych, kolekcjonerskich, czy dla akumulacji kapitału. Została kupiona przez spółkę ESWL System, gdyż stanowiła środek do realizacji celu, w postaci wybudowania osiedla domów jednorodzinnych. Stąd, zakup tej nieruchomości musi być oceniany przez pryzmat realizacji wymienionego celu. Wybudowanie przez spółkę ESWL System osiedla domów wielorodzinnych, a następnie sprzedaż mieszkań i lokali użytkowych przyniosło spółce zysk w wysokości 1.062.237,14 zł. Warunkiem osiągnięcia tego zysku był zakup nieruchomości w W. Innymi słowy, gdyby spółka ESWL System nie kupiła tej nieruchomości nie osiągnęłaby zysku, stanowiącego podstawę dalszego jej rozwoju i realizowania kolejnych inwestycji. Nie można też sensownie powiedzieć, że spółka ESWL System osiągnęłaby porównywalny zysk, gdyby pieniądze wydane na zakup nieruchomości w W. przeznaczyła na inny cel.

Według oskarżyciela publicznego i sądu *meriti*, osiągnięty przez spółkę ESWL System zysk z inwestycji byłby wyższy, gdyby nieruchomość w W. została nabyta za niższą, tzw. rynkową cenę. Jest to jednak teza warunkowa i obecnie niemożliwa do zweryfikowania. Uzależniona jest bowiem od spełnienia warunku, że Mieczysław K.

sprzedałby spółce ESWL System nieruchomość w W. po niższej cenie. Gdyby zaś ten warunek nie ziścił się, a zatem Mieczysław K. nie sprzedał gruntów w W. po niższej-rynkowej cenie, to spółka ESWL System nie wydałaby pieniędzy na zakup tych gruntów, ale też nie wybudowała osiedla domów wielorodzinnych i nie osiągnęła zysku ze zrealizowania tej inwestycji.

Wymienione okoliczności ujawniają uproszczony sposób, a wręcz schematyzm myślenia oskarżyciela publicznego i sądu wyrokującego, ograniczający się do oceny czynności wyizolowanych z całości przedsięwzięcia. Uwzględniając zaś powyższe uwagi stwierdzić należy, że zakup przez oskarżonego nieruchomości w W. doprowadził do osiągnięcia przez spółkę ESWL System zysku w wysokości 1.062.237,14 zł., a nie do wyrządzenia tej spółce znacznej szkody majątkowej. W zachowaniu oskarżonego brak jest zatem wypełnienia kolejnego ustawowego znamienia przestępstwa karalnego nadużycia zaufania.

W tożsamy sposób należy ocenić nabycie przez oskarżonego wspólnie i w porozumieniu z Tadeuszem Z. - prezesem spółki ESWL System trzech działek gruntowych w obrębie R. Według sądu a quo, oskarżony nie dokonał wyceny nabywanych działek, a spółka ESWL System kupiła je po cenie znacznie wyższej niż ich wartość rzeczywista (rynkowa). Powołując się na opinię biegłego, sąd ustalił, że w dacie zawarcia umowy, tj. 17 maja 2002 r. wartość rynkowa działki nr 2 wynosiła 192.000 zł., gdy spółka zapłaciła za nią 1.350.000 zł. Natomiast, w dniu 11 października 2002 r. wartość rynkowa działek nr 9 i 19 wynosiła 236.000 zł., gdy spółka zapłaciła za nie 1.630.000 zł.

Dygresyjnie, gdyż nie ma to zasadniczego znaczenia, należy zauważyć, że Mieczysław K. wymienione działki nabył 28 grudnia 2000 r. w drodze przetargu od spółki TON Agro we W. Za działkę nr 2 Mieczysław K. zapłacił 271.000 zł., zaś za działki nr 9 i 19 łącznie 332.880 zł. Z ustaleń sądu wynika więc, że tzw. wartość rynkowa wymienionych działek w maju i październiku 2002 r. była znacznie niższa od wartości tych działek w grudniu 2000 r. Powyższe ustalenie sądu wskazuje więc, że we W. z upływem czasu wartość tych nieruchomości malała.

Przechodząc zaś do zasadniczych uwag, należy powiedzieć, że wymienione nieruchomości zostały nabyte przez spółkę ESWL System, w celu wybudowania na nich

osiedla domów wielorodzinnych. W dacie ich zakupu, tj. 17 maja 2002 r., dla obrębu R. we W. obowiązywał plan zagospodarowania przestrzennego uchwalony w 1988 r. Nowy plan zagospodarowania przestrzennego dla obrębu R. uchwalony został dopiero w czerwcu 2008 r. W Studium Uwarunkowań i Zagospodarowania Przestrzennego Gminy W. teren ten był przeznaczony pod budownictwo jednorodzinne i częściową zabudowę wielorodzinną. Oskarżony nabywając wymienione działki dla spółki ESWL System działał więc w granicach przyznanych mu kompetencji, a ryzyko związane z zakupem działek było usprawiedliwione.

Zważyć też należy, że nabywając wymienione działki gruntowe, spółka ESWL System nie poniosła szkody majątkowej. W grudniu 2003 r. spółka sprzedała bowiem działkę nr 19 za cenę 1.000.000 zł, zaś maju 2007 r. działkę nr 2 za cenę 1.920.000 zł., a działkę nr 9 za cenę 1.210.000 zł. Wynika stąd, że na zakup trzech działek w obrębie R. spółka ESWL System wydała łącznie 2.980.000 zł., zaś uzyskała z ich późniejszej sprzedaży łącznie 4.130.000 zł. Spółka uzyskała więc łączną korzyść w wysokości 1.150.000 zł.

Mając to na uwadze, stwierdzić należy, że zachowanie oskarżonego nie wypełniło ustawowych znamion czynu zabronionego nadużycia zaufania, gdyż nie nadużył on udzielonych mu uprawnień, a spółka ESWL System nie poniosła znacznej szkody majątkowej.

Uwzględniając powyższe okoliczności, oskarżonego Mieczysława K. należało uniewinnić od przypisanego mu przestępstwa z art. 296§2 kk w zw. z art. 296§3 kk w zw. z art. 12 kk. Wobec takiego rozstrzygnięcia zbędne stało rozpoznanie zarzutów obrazy przepisów postępowania zawartych w punktach I, II, III i IV oraz zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych podniesionego w punkcie VII apelacji.

Nietrafny okazał się zaś podniesiony w punkcie VI apelacji zarzut obrazy przepisu art. 5§2 kpk. Apelujący nie dostrzegł, że zarzut obrazy art. 5§2 kpk może być postawiony, gdy sąd a quo dokonując ustaleń faktycznych powziął istotne wątpliwości, które następnie rozstrzygnął na niekorzyść oskarżonego wbrew dyrektywie wyrażonej w cytowanym przepisie. Tymczasem, w niniejszej sprawie sąd I instancji nie powziął żadnych

wątpliwości, co do przebiegu zdarzenia. Wobec braku rzeczonych wątpliwości, sąd nie mógł uchybić dyrektywie rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść oskarżonego. W orzecznictwie sądów polskich utrwalone jest stanowisko, że w sytuacji, gdy dane ustalenia faktyczne uzależnione są od dania wiary określonym dowodom, a nawet grupie dowodów nie można mówić o naruszeniu przepisu art. 5§2 kpk (zob. przykładowo postanowienie SN z 2 lutego 2002 r., V KK 207/03, OSNwSK 2004/1/238). Natomiast, ewentualne zastrzeżenia co do wiarygodności danego dowodu lub grupy dowodów można rozstrzygać wyłącznie na płaszczyźnie pozostawania przez sąd w granicach procesowej swobody ocen wynikającej z art. 7 kpk lub przekroczenia tej granicy.

Ponieważ jednak na stronie 24 skargi apelacyjnej znalazło się stwierdzenie, że przypisanie oskarżonemu czynów opisanych w punkcie II i IV zaskarżonego wyroku nastąpiło z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów, sąd apelacyjny rozpoznał także taki zarzut. W tej kwestii, przedstawione w apelacji argumenty stanowią zaś jedynie nieuprawnioną polemikę z trafnymi ustaleniami Sądu Okręgowego we W. Odnośnie do nakłaniania Jacka N. przez oskarżonego do poświadczenia nieprawdy, Sąd Okręgowy we W. opierając się na zeznaniach Jacka N., Andrzeja L., Marka S. i częściowo wyjaśnieniach Tadeusza Z. dokonał prawidłowych ustaleń w tej kwestii. Zresztą sam apelujący dostrzega, że Jacek N. i Marek S. zeznali, że "oskarżony naciskał, wymuszał, żądał" od kierownika budowy złożenia oświadczenia o wybudowania osiedla mieszkaniowego "Zielone Osiedle" zgodnie z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę. Marek S. zeznał wręcz, że oskarżony "żądał kategorycznie" i "groził kierownikowi budowy zupełnie otwarcie", a Andrzej L. zeznał, że "oskarżony starał się wpłynąć na kierownika budowy Jacka N., aby podpisał oświadczenia".

Natomiast, odnośnie do dopuszczenia przez oskarżonego do prowadzenia ksiąg rachunkowych i sprawozdań finansowych spółki ESWL System wbrew przepisom ustawy o rachunkowości, ustalenia sądu zostały dokonane przede wszystkim na podstawie zeznań Adama G., Anny K.-Sz. oraz pisemnej i ustnej opinii biegłej Beaty L.

Zasadnie podniesiono zaś w apelacji (punkt I g), że brak jest możliwości uznania, że oskarżony nakłaniał kierownika budowy Jacka N. do złożenia poświadczającego nieprawdę oświadczenia o zgodności wykonania osiedla mieszkaniowego z projektem budowlanym i

warunkami pozwolenia na budowę, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Stanowisko sądu *meriti*, że wymieniony cel ujawnił się w możliwości otrzymania pozwolenia na użytkowanie osiedla, a tym samym przeniesienia własności mieszkań i otrzymania końcowej zapłaty za lokale (s. 59 uzasadnienia wyroku) nie może się ostać. Umknęło sądowi wyrokującemu, że korzyść majątkowa stanowiąca znamię kwalifikujące poświadczenia nieprawdy z art. 271§1 kk musi być "nienależna, niegodziwa" (zob. wyr. SN z 17.05.1972, III KR 67/72, OSNKW 1972/10/157), "bezprawna" (Zob. uchwała SN (7) z 15.02.1977, VII KZP 16/76, OSNKW 1977/4-5/34), "niemająca podstawy prawnej"-jak podnosi się w piśmiennictwie. Tymczasem, przeniesienie własności mieszkań i uzyskanie przez oskarżonego końcowej zapłaty wynikało z umów zawartych przez spółkę ESWL System z nabywcami mieszkań i lokali użytkowych. W takim razie, z opisu czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie IV zaskarżonego wyroku należało wyeliminować zwrot "działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej", a z kwalifikacji prawnej i podstawy wymiaru kary przepis art. 271§3 kk. W konsekwencji odpadła podstawa do wymierzenia oskarżonemu kary grzywny na podstawie art. 33§2 kk.

Mając na względzie powyższe okoliczności, orzeczono, jak na wstępie od wyroku Sądu Okręgowego w J. z dnia 6 sierpnia 2010 r., sygn. III K 31/10, zaskarżony wyrok w stosunku do osk. Pawła T. utrzymał w mocy (...).

* * *

I N N E U S T A W Y

K o d e k s k a r n y s k a r b o w y

224.

art. 54 § 1 k.k.s., art. 6 § 2 k.k.s

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 listopada 2010 r. (sygn. akt II AKa 317/10)

Podatnik zobowiązany do opodatkowania na podstawie ustawy z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (D.U. Z 1992 Nr 21, poz. 86 z późn. zm.) i ustawy z 08 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym

(D.U. Z 1993 Nr 11, poz. 51), który w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uchylania się od obowiązków podatkowych określonych w tych ustawach, nie składał wymaganych przez te ustawy sprawozdań, w tym i comiesięcznych deklaracji, i naraził przez to Skarb Państwa na uszczuplenie tych podatków, popełnia jedno przestępstwo skarbowe z art. 54 § 1 kks w zw. z art. 6 § 2 kks, którego przedmiotem jest wielkość będąca sumą obu narażonych na uszczuplenie podatków. Pogląd ten zachowuje swą aktualność także w odniesieniu do takich samych zobowiązań podatkowych mających oparcie w obecnym stanie prawnym.

* * *

P R A W O K A R N E P R O C E S O W E

P o s t ę p o w a n i e p r z e d s ą d e m p i e r w s z e j i n s t a n c j i

225.

art. 225 k.p.k.

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 4 listopada 2010 r. (sygn. akt II AKz 588/10)

Za niedopuszczalne uznać należy wydanie postanowienia o uchyleniu tajemnicy zawodowej konkretnej osoby wskazanej we wniosku, w tym tajemnicy radcy prawnego, poprzez wyrażenie zgody na zatrzymanie i wykorzystanie w toku dalszego postępowania, zabezpieczonych w trakcie przeszukania kancelarii prawnej zbiorów dokumentów, z pominięciem jednoznacznej konkretyzacji przedmiotowego zakresu zgody (co do faktów, które mają być przedmiotem dowodzenia), a także bez konkretyzacji podmiotowej w zakresie wydawanej zgody w sytuacji, gdy dokumenty te zawierają dane objęte tajemnicą zawodową (radcy prawnego, adwokata, notariusza), a zarazem są one powiązane z wykonywaniem określonych czynności zawodowych również przez inne osoby, nie objęte wnioskiem prokuratora.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 4 listopada 2010 r. w sprawie przeciwko Tomaszowi T. podejrzanemu o przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. z w z. z art. 294 k.k., art. 271 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. zażalenia wniesionego przez obrońcę podejrzanego oraz przez podejrzanego na postanowienie Sądu Okręgowego w W. z dnia 7 października 2010r. w przedmiocie zatrzymania dokumentów dla celów postępowania postanowił :

zaskarżone postanowienie zmienić w ten sposób, że nie uwzględnić wniosku Prokuratora Prokuratury Rejonowej w W. z dnia 29 stycznia 2010r., podtrzymanego przez Prokuratora Prokuratury Okręgowej na posiedzeniu Sądu Okręgowego w dniu 7 października 2010r., o zwolnienie z tajemnicy zawodowej radcy prawnego, podejrzanego Tomasza T. z Kancelarii Prawnej M. i W. z siedzibą w W. – komandytariusza tej spółki, poprzez wyrażenie zgody na wykorzystanie w postępowaniu V Ds. 73/09 dokumentów wymienionych w pkt. 1 i 2 wniosku prokuratora.

Z u z a s a d n i e n i a

Tomasz T. jest podejrzany o popełnienie przestępstw z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k., art. 271 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i w zw. z art. 12 k.k.

W dniu 9.11.2009 r. w wyniku przeszukania Kancelarii M. i W. Z siedzibą w W. oraz mieszkania położonego w. W odnaleziono i zabezpieczono (...) wymienione we wniosku prokuratora przedmioty.

W dniu 20.01.2010 r. Prokurator Okręgowy w W. na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. i art. 226 k.p.k. wniósł o zwolnienie z tajemnicy zawodowej radcy prawnego podejrzanego Tomasza T. przez wyrażenie zgody na wykorzystanie w postępowaniu V Ds. 73/09 dokumentów znajdujących się w segregatorach, teczkach i dyskach twardej komputera (...).

(...) W dniu 10.02.2010 r. Prokurator Okręgowy w W. odwołując się do cyt. wniosku wskazał, że w odniesieniu do części dokumentów oraz danych informatycznych zawartych w pamięci laptopów oraz telefonu komórkowego NOKIA E 90 podejrzany Tomasz T. oświadczył, że są objęte tajemnicą obrońcą. Odwołując się do treści art. 225 § 3 k.p.k. prokurator wniósł o zwolnienie tych przedmiotów z „tajemnicy radcowskiej” (...).

(...) W dniu 22 czerwca 2009 r. Prokurator Rejonowy dla W. – F. na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. w zw. z art. 226 k.p.k. wniósł o zwolnienie z tajemnicy zawodowej radcy prawnego Tomasza T. poprzez zgodę na wykorzystanie w postępowaniu przygotowawczym dokumentów znajdujących się na dyskach twardej serwera pracującego w systemie Limix, laptopa Fujitsu Siemens nr YK 7 E 290665 oraz dysku twardego Seagate ST 3160221 SAS oraz dokumentów zabezpieczonych podczas przeszukania kancelarii (...).

(...) Zarządzeniem z dnia 19.05.2010 r. rozstrzygnięto o połączeniu spraw w przedmiocie cyt. wyżej wniosków prokuratora rejonowego i okręgowego o zezwolenie na wykorzystanie w postępowaniu dokumentów znalezionych podczas przeszukań, a mających zawierać tajemnicę zawodową radcy prawnego.

Na posiedzeniu w dniu 27.05.2010 r. prokurator wniósł o wydanie postanowienia w trybie art. 225 § 3 k.p.k. w zakresie zabezpieczonych w toku przeszukań 9.11.2009 r. dysków twardej przenośnych komputerów i pamięci telefonów komórkowych, co po

zapoznaniu się z tymi danymi pozwoli na doprecyzowanie wniosku o zwolnienie podejrzanego z tajemnicy zawodowej radcy prawnego.

Sąd Okręgowy w W. w postanowieniu wydanym na tym posiedzeniu rozstrzygnął na podstawie art. 225 § 3 k.p.k. o zatrzymaniu dla celów postępowania prowadzonego przez Prokuratora Prokuratury Okręgowej w W., sygn. akt V 73/09 znalezione w toku przeszukania przeprowadzonego w dniu 9 listopada 2009 r. w siedzibie Kancelarii M. i W. z siedzibą w W., dyski twarde Notebooka Fujitsu Siemens nr ser. YK7E118785, dyski twarde Notebooka Beng nr SN: 9HK701171462400322DIHR200, dyski twarde Notebooka Fujitsu Siemens nr SN:YBCV170279, dyski twarde Notebooka Fujitsu Siemens Nr SN: YK5R040350 oraz znalezione w toku przeszukania przeprowadzonego w dniu 9 listopada 2009 r. w lokalu mieszkalnym położonym we W., dyski twarde laptopa ACER SN LXT 570C0105090881BEM01, dane z pamięci telefonu komórkowego Nokia 1100 imei 356205002865470 z kartą telefoniczną sieci ERA oraz drugą kartą tak-tak umieszczoną luźno w obudowie telefonu, dane z pamięci telefonu komórkowego Nokia E - 80 imei 353659017860145 w sieci ERA nr 692 333 337 nr pin 4431.

Na postanowienie to zażalenia złożyli: obrońca podejrzanego Tomasz T. oraz osobiście Tomasz T.

Sąd Apelacyjny po rozpoznaniu wniesionych zażaleń, postanowieniem z dnia 30 czerwca 2010r. uchylił zaskarżonego postanowienie i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 7 października 2010r. postanowił:

zatrzymać dla celów postępowania prowadzonego przez Prokuratora Prokuratury Okręgowej w W., sygn. akt V 73/09 znalezione w toku przeszukania przeprowadzonego w dniu 9 listopada 2009r. w siedzibie Kancelarii M. i W. w W. ul., dokumenty oraz dyski twarde Notebooka Fujitsu Siemens nr ser. YK7E118785, dyski twarde Notebooka Beng nr SN: 9HK701171462400322DIHR200, dyski twarde Notebooka Fujitsu Siemens nr SN:YBCV170279, dyski twarde Notebooka Fujitsu Siemens Nr SN: YK5R040350 oraz znalezione w toku przeszukania przeprowadzonego w dniu 9 listopada 2009 r. w lokalu mieszkalnym położonym w W., dyski twarde laptopa ACER SN LXT

570C0105090881BEM01, dane z pamięci telefonu komórkowego Nokia 1100 imei 356205002865470 z kartą telefoniczną sieci ERA oraz drugą kartą tak-tak umieszczoną luźno w obudowie telefonu, dane z pamięci telefonu komórkowego Nokia E - 80 imei 353659017860145 w sieci ERA nr 692 333 337 nr pin 4431 i zezwolić na ich wykorzystanie w postępowaniu karnym.

Jednocześnie na podstawie art. 462 § 1 k.p.k. Sąd Okręgowy postanowił wstrzymać wykonanie postanowienia do czasu jego uprawomocnienia.

Powyższe postanowienie Sądu Okręgowego zaskarżył obrońca podejrzanego oraz podejrzany osobiście.

Obrońca podejrzanego Tomasza T. zaskarżył w całości postanowienie Sądu Okręgowego zarzucając obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na jego treść, polegającą na niesłusznym przyjęciu, iż w przedmiotowej sprawie istnieje podstawa do zatrzymania nośników danych ujawnionych i zabezpieczonych podczas przeszukania pomieszczeń Kancelarii Prawnej M. i W. oraz lokalu mieszkalnego położonego w W., podczas gdy prawidłowa analiza zebranego w sprawie materiału prowadzi do kategorycznego wniosku, iż brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych, które mogłyby taką tezę potwierdzać, zaś zabezpieczone nośniki zawierają tajemnicę obrończą.

Podnosząc powyższy zarzut obrońca podejrzanego wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości, z jednoczesnym rozstrzygnięciem w przedmiocie zwrotu zatrzymanych nośników danych osobom u których zostały zatrzymane.

Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego zakwestionował również w osobiście sporządzonym środku odwoławczym podejrzany Tomasz T., który zarzucił zaskarżonemu postanowieniu obrazę przepisów:

- 1) art. 225§ 3 k.p.k w zw. z art. 92 k.p.k. w zw. z art. 2§ 1 pkt. 2¹ kpk, art. 4 kpk., art.7 kpk i art. 82, art. 66§ ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych, poprzez orzekanie na podstawie części ujawnionych okoliczności a nie całokształtu okoliczności ujawnionych w postępowaniu, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia, pomimo, że strona wielokrotnie wskazywała dowody i okoliczności wskazujące, iż na zabezpieczonych dokumentach znajdują się informacje z zakresu tajemnicy obrończej - objęte bezwzględny zakazem dowodowym; oraz pomimo

- faktu, iż wnioski tut. Prokuratury o zwolnienie radcy prawnego Tomasza T. i postanowienia tut. Sądów (z dnia 22.06.2009r. do sprawy 2 Ds. 190/09 k, 42; z dnia 01.07.2009r k, 55 sygn. alt II Kp 526/09; z dnia 02.11.2009r. k, 82 sygn. akt. II Kp 770/09 oraz sygn. akt. III Kp 354/10), obejmowały dokumenty w postaci dysków twardech (tj. dysk twardy Segate St 316021 Sas, serwer pracujący w systemie Linux, laptop Fujitsu Simens nr YK&E 290665) zabezpieczonych w dniu 16.06.2009r. w Kancelarii M. i W. - w związku z faktem, iż postępowania te zostały połączone w dniu 19.05.2010r zarządzeniem sędziego - w postępowanie o sygn. III Kp 111/10 – k. 90;
- 2) art.178 ust. 1 kpk w zw. z art. 6 i 80 ustawy prawo o adwokaturze z dnia 26.05.2082r., Dz.U.09.146.1188) w zw. z art. 19 Kodeksu Etyki Adwokackiej i art.32 Konstytucji RP w zw. z art. 31§ 3 Konstytucji RP i art. 14 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, poprzez błędne przyjęcie, iż adwokacji i aplikanci adwokacy pracujący lub współpracujący z Kancelarią M. i W. (lub stroną) mogą być zwolnieni z tajemnicy obrończej, pomimo, iż wytwarzali samodzielnie i zamieszczali na zabezpieczonych dokumentach informacje z zakresu tajemnicy obrończej, czym naruszono istotę ich wolności i praw zagwarantowanych w Konstytucji RP; szczególnie w świetle opinii biegłego w tym zakresie (k. 209),
 - 3) art. 4 ust. 1 k.p.k ustawy prawo o adwokaturze z dnia 26.05.2082r Dz.U.09.146.1188) w zw. z art.178 ust. 1 k.p.k. ustawy prawo o adwokaturze z dnia 26.05.2082r Dz.U.09.146.1188) poprzez błędne przyjęcie, iż w trakcie wykonywania zawodu adwokata przez adwokatów i aplikantów adwokackich pracujących lub współpracujących z Kancelarią M. i W. (lub stroną) nie doszło do powstania dokumentów objętych tajemnicą obrończą i zamieszczenia ich na zabezpieczonych w toku postępowania dokumentach, pomimo iż świadczenie pomocy prawnej przez ww. osoby odbywało się przy wykorzystaniu dokumentów, których właścicielem jest Kancelaria M. i W., co strona w imieniu własnym i ww. Kancelarii podnosiła wielokrotnie;
 - 4) art. 180§ 2 k.p.k w zw. z art. 225 § 3k.p.k. w zw. z art. 45 ust. Konstytucji RP zw. z art. 65 ust. 1 rozporządzenia ministra sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r.

- Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. z dnia 2 marca 2007 r.) w zw. z art. 82 i art. 66 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych i art. 8, 9, 10 zbioru zasad etyki zawodowej sędziów w zw. z art. 5 zbioru zasad etyki zawodowej sędziów i art. I pkt 2 i art. II pkt 1, 2 zbioru zasad etyki zawodowej sędziów iustitia i art. 7 Konstytucji RP w zw. z art. 83 Konstytucji RP i art. 4 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, poprzez prowadzenie postępowania III Kp 111/10 pomimo że wniosek tut. Prokuratury o zwolnienie z tajemnicy zawodowej radcy prawnego Tomasza T. winien być oddalony z uwagi na niezuzpełnienie w terminie braków formalnych tegoż wniosku (stwierdzone w dniu 18.02.2010r., k. 12), co zostało potwierdzone także przez wizytatora SSO Alojzego Z. pismem z dnia 08.04.2010r. (k. 26),
- 5) art. 92 k.p.k. w zw. z art. 5 k.p.k., art. 6 k.p.k. poprzez orzekanie na podstawie przyszłego stanu faktycznego, a nie na podstawie istniejącego stanu faktycznego, przyjmując, że „zakaz wykorzystania powyższych danych stwarzałby także w przyszłości- pole do nadużyć (...),
- 6) art. 225 § 3 k.p.k. w zw. z art. 462 § 1 k.p.k. poprzez przyjęcie, że wstrzymanie przedmiotowego postanowienia, zostało dokonane na podstawie jego zaskarżenia (strona 6, 2 zdanie od dołu), podczas „...gdy sędzia wydający przedmiotowe postanowienie samodzielnie (z własnej inicjatywy)”,
- 7) art. 92 k.p.k. w zw. z art. 97 k.p.k. w zw. z art. 94 § 1 pkt 4, 5 k.p.k., poprzez orzekanie na podstawie „stanu faktycznego” dokonanego na sprzecznych ustaleniach faktycznych w sprawie, znajdujących odzwierciedlenie w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia (...),
- 8) art. 97 k.p.k. w zw. z art. 92 k.p.k. (...),
- 9) art. 20 ust. 2 i 2a k.p.k. w zw. z art. 225 § 3 k.p.k. poprzez brak realizacji obowiązków sędziego, pomimo iż oczywistym jest, że dokumenty zabezpieczone w toku postępowania były bezprawnie przetrzymywane przez Prokuraturę Okręgową w W. od momentu ich zabezpieczenia do dnia przekazania tut. Sądowi (...)
- 10) art. 6 k.p.k. w zw. z art. 71 § 1 k.p.k. w zw. z art. 313 § 1 k.p.k. i 74 ust. 1 k.p.k., w zw. z art. 14 ust. 3 lit. g Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, art.

- 175 ust. 1 kp.k. w zw. z art. 6 ust. 3 lit.c Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w zw. z art.86 ust.2 k.p.k. poprzez przyjęcie, iż wobec podejrzanego można wydać postanowienie o zezwoleniu na przesłuchanie świadka (będące konsekwencją zwolnienia z tajemnicy zawodowej), mimo niemożności występowania podejrzanego w roli świadka we własnej sprawie, oraz przyjęcie że podejrzanego można zmusić do złożenia wyjaśnień - łamiąc zasadę *nemo se ipsum accusare tenetur*;
- 11) art. 45 § 1 Konstytucji RP i art. 6 ust. 2 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w zw. z art. 32 Konstytucji RP i art. 14 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, poprzez przyjęcie, iż przymuszenie podejrzanego do złożenie wyjaśnień (bez względu na formę wyjaśnień - np. zezwolenie na wgląd w określone dokumenty podejrzanego zawierające informacje z zakresu tajemnicy obrończej i zawodowej radcy prawnego), gwarantuje podejrzanemu rzetelne postępowanie przed sądem, a tzw. „owoce drzewa zatrutego” mogą być legalnym dowodem w postępowaniu karnym;
- 12) art. 83 Konstytucji RP w zw. z art. 3 ust.3 ustawy o radcach prawnych z dnia 06.07.1982r poprzez przyjęcie, że realizacja obowiązków konstytucyjnych przez radcę prawnego Tomasza T., konkretyzująca się nieujawnianiem tajemnicy zawodowej radcy prawnego, jest podstawą do twierdzenia, że zabezpieczone dokumenty nie zawierają informacji z zakresu tajemnicy obrończej,
- 13) § 16 Rozporządzenia ministra sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy państwowej, służbowej albo związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, w zw. z art. 85§ 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001r. Prawo o ustroju sądów powszechnych w zw. z art. 82§1 ustawy z dnia 27 lipca 2001r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (...)

Tak formułując zarzuty skargi podejrzanym Tomasz T. wniósł o uchylenie postanowienia Sądu Okręgowego i zwróceniem wszystkich zabezpieczonych w toku postępowania V Ds. 73/09 Śl dokumentów.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Podniesione w obu zażaleniach zarzuty, w zakresie w jakim pozostają one w związku z przedmiotem niniejszego „wpadkowego” postępowania, są zasadne i tym samym zasługują one na uwzględnienie.

(...) Jedynym źródłem poznawania w procesie karnym są dowody. (...) Pozyskiwanie i wykorzystywanie źródeł dowodowych nie może jednak odbywać się z pogwałceniem lub ograniczeniem ponad miarę innych wartości chronionych w porządku konstytucyjnym demokratycznego państwa. Stąd właśnie prawne ograniczenia dotyczące, po pierwsze źródeł pozyskiwania środków dowodowych, po wtóre dotyczące możliwości wykorzystania w procesie środka dowodowego, po trzecie dotyczące niedopuszczalnych metod i sposobów przeprowadzania dowodów (pozyskiwania środków dowodowych). W doktrynie ograniczenia te określane są mianem zakazów dowodowych, a w ich kręgu wyodrębnia się między innymi problematykę tzw. tajemnic: państwowej, zawodowej, służbowej, funkcyjnej. W każdym takim wypadku (zakazu dowodowego) mamy do czynienia z normą *lex specialis*, która wyłącza normę ogólną i wymaga wykładni ścisłej. Ustawodawca wyróżnił i odrębnie uregulował tajemnicę państwową, w odrębnych zaś przepisach pozostałe rodzaje tajemnic. Stopień ich ochrony nie jest jednak taki sam. Szczególne bowiem znaczenie zostało przypisane tajemnicom zawodowym: notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, lekarskiej i dziennikarskiej (art. 180 § 2 k.p.k.). Wśród tych ostatnich, dalsze rygory ustawodawca wiąże z tajemnicą dziennikarską (art. 180 § 3 k.p.k.) oraz tajemnicą obrońcy (art. 225 § 3 k.p.k.). Ustawodawca uznał, że społeczna ranga i doniosłość zawodów wymienionych w art. 180 § 2 k.p.k. oraz specyfika ich efektywnego wykonywania, warunkowanego pełnym zaufaniem społecznym, zaufaniem klienta, pacjenta bądź innej osoby przekazującej informacje, wymaga takiej ochrony, że jest ona w aksjologicznej warstwie obowiązującego systemu prawnego konieczna i że niekiedy dobro wymiaru sprawiedliwości musi ustąpić na rzecz ochrony informacji (w wypadku zakazów o charakterze bezwzględny).

Kwestią o szczególnej wadze dla dalej prowadzonych w tym uzasadnieniu rozważań, współdecydująca o wyrażanych tu ocenach i zajętych stanowisku, jest właściwe rozumienie

funkcji zakazów dowodowych objętych przepisem art. 180 k.p.k. Rzecz w tym, że **funkcją zakazów związanych z tajemnicami zawodowymi adwokata, radcy, prawnego, notariusza, lekarza, dziennikarza nie jest ochrona interesów osób, które te zawody wykonują, lecz nade wszystko ochrona osób, które w zaufaniu do publicznych funkcji adwokata, radcy prawnego, notariusza, lekarza, dziennikarza powierzają im wiedzę o faktach, z którą nie chcą na ogół dzielić się z innymi osobami. Gwarancja zachowania przekazanych informacji w tajemnicy jest podstawą wzajemnego zaufania i warunkiem swobodnego wykonywania wyżej wskazanych zawodów.** Tak więc tajemnica zawodowa radcy prawnego (adwokata itd.) nie ma zgeneralizowanego zakresu lecz musi być indywidualizowana do konkretnych osób i sytuacji. Jeżeli te poufne dane zostają zapisane w dokumentach, to prawna ochrona wynikająca z zakazu dowodowego obejmuje odrębnie każdą osobę od której one pochodzą lub z którą są one związane w związku z poradą i pomocą prawną jej udzielaną. **Gwarancja zachowania w tajemnicy przekazanych informacji obejmuje więc każda z tych osób, a jej wyjątkowe przełamanie wymaga w każdym wypadku odrębnej decyzji sądu.**

(...) Problem, jaki powstał w niniejszej sprawie, dotyczy dwóch nierównoważnych w sensie prawnym tajemnic zawodowych: a) tajemnicy zawodowej radcy prawnego adwokata, notariusza b) oraz tajemnicy obrońcy, przy czym:

Ad. 1. w pierwszym wypadku, gdy przedmiotem są dokumenty z którymi wiąże się oświadczenie osoby, o której mowa w art. 225 § 1 k.p.k., organ zmierzający do ich zatrzymania, może zaznajomić się z wyglądem dokumentu (ale nie z jego treścią) po czym, bez odczytywania, w opieczętowanym opakowaniu, ma powinność przekazania dokumentu (dokumentów) prokuratorowi (chyba, że jest nim prokurator) lub sądowi, zależnie od tego, czyje postanowienie jest w danym wypadku wykonywane (art. 225 § 1 k.p.k.);

Ad. 2. w drugim wypadku, jeżeli to obrońca składa oświadczenie, że dokumenty dotyczą wykonywanej przez niego funkcji obrońcy, organ prowadzący czynność (także, gdy jest nim prokurator) bez zaznajamiania się z treścią oraz wyglądem dokumentu, pozostawia te dokumenty obrońcy. Jeżeli oświadczenie, o którym mowa w art. 225 § 3 k.p.k., składa osoba, która nie jest obrońcą – tak właśnie było w niniejszej sprawie - a oświadczenie to budzi wątpliwości, dokument (dokumenty) musi zostać bez jego odczytywania przekazany

sądowi i wyłącznie sąd może podjąć decyzję po zaznajomieniu się z jego treścią, o jego zwrocie w całości lub w części albo też o jego zatrzymaniu do celów postępowania.

Należy nadto pamiętać o treści art. 225 § 2 k.p.k., zgodnie z którym tryb postępowania, o którym mowa w § 1, nie obowiązuje w stosunku do pism lub innych dokumentów, które dotyczą tajemnic o których mowa w § 1, w tym radcowskiej, adwokackiej lub innej chronionej, jeżeli ich posiadaczem jest osoba podejrzana o popełnienia przestępstwa (tym bardziej więc podejrzany) i do pism oraz innych dokumentów o charakterze osobistym, których jest ona posiadaczem, autorem lub adresatem.

Z lektury akt niespornie wynika, że podejrzany wykonujący zawód radcy prawnego, już w chwili ujawnienia i zatrzymywania spornych dokumentów złożył oświadczenie, że dokumenty wytworzone w formie papierowej zawierają dane objęte tajemnicą radcowską, że część z nich objęta jest z kolei tajemnicą obrończą, a nadto, że na elektronicznych nośnikach informacji znajdują się również dane objęte tajemnicą obrończą. W dalszych oświadczeniach procesowych uzupełnił, że dane na nośnikach elektronicznych zawierają informacje związane z wykonywaniem funkcji obrońcy przez wielu adwokatów z całej Polski, w różnych formach współpracujących z Kancelarią Prawną M. i W. i że dotyczy to także dokumentów sporządzonych w językach obcych (około kilkudziesięciu).

Pierwsza wątpliwość, która nasuwa się w tym kontekście i której nie sposób usunąć na podstawie analizy akt sprawy, dotyczy dokumentacji w formie papierowej, w sytuacji, gdy czynność przeszukania, ujawnienia tych dokumentów i ich zatrzymania, prowadzona była wobec osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa. Teoretycznie mogły to być dokumenty będące w dyspozycji podejrzanego, których był on posiadaczem oraz dokumenty o charakterze osobistym, których był on posiadaczem, autorem lub adresatem (art. 225 § 2 k.p.k.). Z tymi dokumentami, które rzeczywiście były w dyspozycji podejrzanego, prowadzący czynności, w tym zwłaszcza prokurator, miał prawo zaznajomienia się, także ich odczytania, o ile nie dotyczyło ich oświadczenie, że obejmują one tajemnicę obrończą. Z pism prokuratora zawartych w t. I, na k. 2-7, a zwłaszcza z pisma prokuratora zawartego w t. I, na k. 9 akt wynika, że takie dokumenty ujawniono i zatrzymano. Z wyводу zawartego na k. 9 wynika nadto, że w trakcie przesłuchania w dniu

9 lutego 2010r. podejrzany analizował te dokumenty i w osobnych kopertach lub pakietach umieszczał te, co do których twierdził, że objęte są tajemnicą radcowską, w osobnych zaś te, które objęte są, jego zdaniem, tajemnicą obrończą. Tym samym, o ile wyjaśnienia te nie są mylące i zostały poprawnie odczytane przez Sąd Apelacyjny, odnośnie dokumentów w formie papierowej nie powinno być żadnych wątpliwości, które z nich w ocenie podejrzanego chronione są tajemnicą radcowską, a które obrończą. Co więcej, przy poprawnym odczytaniu treści art. 225 § 2 k.p.k., prokurator miał możliwość zaznajomienia się z treścią tych dokumentów, wyłączenia spośród nich tych dokumentów, które mają ścisły związek z przedmiotem postępowania (i stawianymi podejrzanemu zarzutami) i skierowania do sądu wniosku – **w tym tylko zakresie** - o uchylenie tajemnicy zawodowej radcy prawnego poprzez ich zatrzymanie dla potrzeb postępowania. Uzyskanie bowiem takiej decyzji sądu warunkuje możliwość dowodowego wykorzystania dokumentu w toku dalszego postępowania w sprawie. Nie jest zatem zrozumiałe zastrzeżenie zawarte w piśmie prokuratora na k. 7 i 9 t. I akt sprawy, że prokurator żadnego z tych dokumentów nie czytał i wszystkie (jak należy domniemywać) objął wnioskiem skierowanym do sądu. Jeżeli tak było istotnie, to była to błędna procedura. **Po pierwsze, sąd nie może uchylić tajemnicy radcowskiej blankietowo i objąć tą decyzją wszelkie dokumenty zawarte w zabezpieczonym zbiorze, lecz może to uczynić jedynie wobec tych dokumentów, które zawierają informacje dotyczące konkretnego przedmiotu objętego postępowaniem (konkretnych faktów, które mogą być istotne dla rozstrzygnięcia).** Po wtóre, co do zasady, to nie sąd w takim wypadku ma dokonywać selekcji zatrzymanych dokumentów i decydować, które rzeczywiście dotyczą faktów istotnych dla postępowania. To prokurator ma kierując do sądu wniosek o uchylenie tajemnicy (w tym wypadku radcowskiej) wskazać te dokumenty i uwiarygodnić, że zawierają one takie właśnie informacje. Zadaniem sądu będzie weryfikacja zasadności tego twierdzenia (a nie przeprowadzanie analiz i ocen za prokuratora). W odniesieniu jedynie do tych dokumentów, co do których podejrzany złożył oświadczenie, że zawierają one dane objęte tajemnicą obrończą – a z wyżej wskazanego pisma prokuratora wynika, że podejrzany w trakcie przesłuchania w dniu 9 lutego 2010r, nie uchylił się od wskazania tych pism - prokurator nie był uprawniony do zaznajamiania się z ich treścią. Jeżeli jednak powziął wątpliwość co do oświadczenia w tej kwestii złożonego przez

podejrzanego (który nie jest obrońcą lecz radcą prawnym), miał powinność ich przekazania sądowi, z wnioskiem o zaznajomienie się sądu z ich treścią i wydanie postanowienia o ich zatrzymaniu dla potrzeb postępowania lub też o ich zwróceniu w całości bądź w części osobie, od której dokumenty te zabrano.

Z lektury akt sprawy nie wynika aby prokurator zastosował taką procedurę. Z treści wniosku skierowanego do sądu nie wynika zwłaszcza aby rozróżniano objęte wnioskiem dokumenty na takie, które według oświadczenia podejrzanego objęte są tajemnicą radcowską i co do których prokurator oczekuje zwolnienia z tej tajemnicy oraz na takie, które według oświadczenia podejrzanego objęte są tajemnicą obrończą i co do których prokurator oczekuje oceny sądu i decyzji warunkowanej wynikiem tej oceny. Z kolei, ani z decyzji wydanych przez Sąd *meriti*, który jako ostatni podejmował w tej sprawie decyzję (stanowiącą przedmiot obecnego zaskarżenia), ani też z uzasadnienia postanowienia tego Sądu, nie wynika, czy jakieś konkretne dokumenty były przedmiotem analizy Sądu, ani też, że Sąd nie ujawnił żadnego takiego dokumentu sporządzonego w formie papierowej, który w swej treści byłby związany z wykonywaniem funkcji obrońcy (naturalnie nie koniecznie przez podejrzanego, on bowiem jako radca prawny mógłby ewentualnie na ten zakaz powołać się tylko wtedy, gdyby to były dokumenty związane z wykonywaniem przez niego funkcji obrońcy w postępowaniu w sprawach o wykroczenia lub w postępowaniu dyscyplinarnym).

W trakcie przeszukania zatrzymano nadto dokumenty sporządzone w formie elektronicznej zawarte na twardej dyskach komputerowych oraz ujawnione w pamięci telefonów komórkowych i na osobnej karcie telefonicznej sieci „tak-tak”. Podejrzany oświadczył, że na tych elektronicznych nośnikach znajdują się dane objęte tajemnicą obrończą, zawierają one bowiem pliki tekstowe wytworzone przez adwokatów pełniących funkcję obrońcy w związku z tą funkcją lub do nich adresowane. W tym wypadku sytuacja okazała się całkowicie odmienna, w szczególności ze względu na ogromną ilość tych plików – kilkadziesiąt tysięcy. Nawet jeżeli przytłaczająca większość tych dokumentów na nośnikach elektronicznych nie ma nic wspólnego z tajemnicą obrończą, podjęcie przez prokuratora próby ich wyszukania i wyłączenia było prawnie zabronione, musiałby on bowiem w trakcie tej czynności musiałby poznać treść informacji objętych bezwzględnie

zakazem dowodowym, którą zgodnie z art. 225 § 3 k.p.k. należy przecież wraz z jej nośnikiem, zwrócić obrońcy bez odczytywania i bez zaznajamiania się z wyglądem.

W tym wypadku mamy do czynienia z zupełnie szczególną sytuacją faktyczną i prawną, której zaistnienia zapewne ustawodawca nie przewidywał. Złożenie oświadczenia, że dane na nośnikach elektronicznych zawierają informacje objęte tajemnicą obrończą obliguje do przekazania w całości twardych dysków, telefonicznych kart pamięci, sądowi i to do sądu musi należeć ocena, czy istotnie zawierają one tego rodzaju dokumenty (pliki tekstowe, informacje), co wymaga zaznajomienia się z ich treścią, analizy treściowej, oceny kontekstu sytuacyjnego w związku z którym dokument został wytworzony lub włączony do pamięci komputerowej bądź telefonu komórkowego.

Bliższe uwagi dotyczące, wyżej wskazanej, części dokumentacji (na nośnikach elektronicznych) zatrzymanej w trakcie przeszukania lokali i przekazanej sądowi, wymagają poprzedzenia uwagami dotyczącymi zasadności skierowania przez prokuratora do sądu wniosku, o którym mowa w tym uzasadnieniu, a nasuwającymi się w związku treścią przepisu art. 180 § 2 k.p.k.

Zgodnie z treścią art. 180 § 2 k.p.k., który w tej sprawie ma odpowiednie zastosowanie w związku z dyspozycją zawartą w art. 226 k.p.k., zwolnienie z tajemnicy zawodowej radcy prawnego, w tym wypadku, poprzez wyrażenie zgody na wykorzystanie w postępowaniu dokumentów objętych tą tajemnicą, jest dopuszczalne wtedy tylko, gdy **jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu.**

W mniejszym stopniu w niniejszej sprawie kontrowersyjną jest ocena, czy zwolnienia z tajemnicy wymagało „dobra wymiaru sprawiedliwości” i jaka jest treść oraz zakres znaczeniowy tego pojęcia. Jeśliby bowiem rzeczywiście okoliczności warunkujących ustalenie sprawstwa i winy podejrzanego Tomasza T. nie było można ustalić w oparciu o inne dowody i jedynym źródłem poznania (lub głównym) były dokumenty objęte tajemnicą radcowską, jej uchylenie zapewne byłoby konieczne. Problem natomiast w tym, że oceniając te dokumenty jako konieczne źródło ustaleń faktycznych prokurator, na k. 6 t. I akt pisze, że „powyższych okoliczności nie sposób ustalić w inny sposób, albowiem tylko w zabezpieczonych dokumentach oraz na dyskach twardych znajdują się dokumenty, które

bezpornie pozwolą na wyjaśnienie roli oraz sposobu działania Tomasza T. w opisanych wyżej zdarzeniach”. Z kolei na k. 53 akt III Kp 354/10 znajduje się bardzo podobne w treści stwierdzenie, że „powyższych okoliczności nie sposób ustalić w inny sposób albowiem tylko w zabezpieczonych dokumentach oraz dyskach twardej znajdują się dokumenty (co wynika ze struktury plików) które bezspornie pozwolą na wyjaśnienie roli Tomasza T. w opisanych zdarzeniach”. Trudno o bardziej „lapidarne” uzasadnienie wniosku w tak ważnej kwestii, skoro zostało ono ograniczone praktycznie do powtórzenia słów ustawy ze wskazaniem jedynie blankietowo, że chodzi o dokumenty, których dotyczy wniosek. Jeśli tak jest rzeczywiście, a byłaby to sytuacja raczej szczególna, to istniałyby także racjonalne i przekonujące argumenty na potwierdzenie tego stanu rzeczy. Od czasu otrzymania zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania (8 listopada 2008r.) upłynęły 2 lata, a od czasu przeszukania i zatrzymania spornych dokumentów (9 listopada 2009r.) upłynął już rok. Z uzasadnienia wniosku i innych dokumentów procesowych prokuratora wynika, że w popełnienie tego przestępstwa włączony był łańcuch co najmniej kilkunastu osób i kilka instytucji (w różnych formach ich aktywności, zarówno bezprawnej jak też nie stanowiącej przekroczenia prawa). Nie jest w tej sytuacji jasne, czy nie ujawniono żadnych dowodów potwierdzających sprawstwo i winę podejrzanego Tomasza T.; czy też są one dostateczne, ale dokumentacja objęta tajemnicą radcowską stanowiłaby ich potwierdzenie; czy też dowody te jedynie uwiarygodniają sprawstwo i winę Tomasza T., ale istnieje uzasadnione przypuszczenie, że zasadnicze dowody kryją się w zatrzymanej podczas przeszukania dokumentacji.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że w trakcie przeszukania **zatrzymano dokumentację stanowiącą własność Kancelarii Prawnej zatrudniającej wiele osób**, że dokumentacja ta obejmuje wieloletni okres, że została wytworzona przez znaczną liczbę osób, w tym radców prawnych, adwokatów, notariuszy, aplikantów, że zawiera także pisma do nich adresowane i być może pisma o osobistym charakterze. W tej sytuacji nie może ulegać wątpliwości, że nie są to dokumenty znajdujące się jedynie w posiadaniu podejrzanego, a co ważniejsze, **że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że dokumenty te związane są z: a) danymi związanymi z wykonywaniem funkcji radcy prawnego nie tylko przez Tomasza T., ale każdego innego radcę prawnego zatrudnionego lub**

współpracującego z tą Kancelarią; b) a także dokumenty związane z wykonywaniem funkcji adwokackich przez adwokatów z Kancelarią tą współpracujących i objęte są zawodową tajemnicą adwokata; c) a wreszcie że zawierają one dane objęte tajemnicą obrończą i są związane z obrońcami współpracującymi z tą Kancelarią. Tymczasem z postanowienia prokuratora wynika, że w tej Kancelarii dokonano przeszukania, zatrzymano zbiory dokumentów w formie papierowej oraz twarde dyski komputerowe, a nadto dokonano przeszukania w lokalu mieszkalnym, gdzie dokonano zatrzymania dalszych dokumentów. Forma tego postanowienia może wręcz rodzić pytanie, czy postępowanie to prowadzone jest przeciwko Kancelarii, konkretnej osobie podejrzanej lub też przeciwko wszystkim osobom w tej Kancelarii zatrudnionym. **Skoro jednak toczy się ono przeciwko jednej osobie podejrzanej - Tomaszowi T. - to prokurator nie może przy tej niejako okazji uzurpować sobie prawa do przełamania tajemnicy radcowskiej i adwokackiej (notarialnej) wobec wszystkich osób pracujących we wskazanej Kancelarii lub z nią współpracujących.** A do tego prowadzić musi żądanie aby sąd zwolnił tylko jedną osobę z tajemnicy radcowskiej (podejznanego Tomasza T.) poprzez wyrażenie zgody na zatrzymanie do celów postępowania zbiorów dokumentów wskazanych we wniosku, bez ograniczenia, że chodzi tu wyłącznie o te dokumenty, które związane są z podejrzanym i wykonywanym przez niego zawodem radcy prawnego. To wszak oznacza ewentualność objęcia zgodą sądu także innych osób i danych objętych tajemnicami zawodowymi powiązanymi z innymi niż podejrzany osobami nie objętymi wnioskiem o zwolnienie z zachowania tajemnicy (i toczącym się postępowaniem).

Skoro prokurator podjął decyzję o przeszukaniu i zaakceptował zatrzymanie dokumentów, a następnie uznał za niezbędne i celowe wystąpienie do sądu z wnioskiem o uchylenie tajemnicy radcowskiej odnośnie do podejznanego Tomasza T. poprzez zatrzymanie dla celów postępowania wskazanych we wniosku dokumentów, to **dla skuteczności wniosku powinien jednocześnie spełnić następujące powinności:**

- racjonalnie uwiarygodnić, że zatrzymane dokumenty dotyczą przedmiotu tego postępowania, w którym postawiono zarzuty Tomaszowi T.,
- uwiarygodnić, że dokumenty te zawierają okoliczności związane z osobą podejznanego Tomasza T. i mogą stanowić podstawę ustaleń co do sprawstwa i winy w

zakresie jemu zarzucanych czynów przestępnych,

- wskazać jakie konkretnie fakty miałyby zostać za pomocą tych dokumentów udowodniane. Inaczej kwestię tę wyrażając - prokurator ma powinność wskazania we wniosku w sposób jednoznaczny i ścisły, udowodnieniu jakich faktów mają służyć dokumenty zatrzymane dla postępowania a wymagające uchylecia tajemnicy zawodowej radcy prawnego (i adwokata),

- wykazać wiarygodnie, że udowodnienie tych faktów za pomocą innych dowodów nie jest możliwe,

- przekonywająco wykazać, że uchYLENIE w tym zakresie tajemnicy zawodowej radcy prawnego jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości (a nie jedynie hasłowo wyrazić taki pogląd).

Prokurator występujący z wnioskiem nie może zapominać, że w takim wypadku to on występuje z tezą procesową, która wnioskiem tym jest objęta i tym samym, **to na nim spoczywa ciężar wykazania jej słuszności (*onus probandi*)**. Rola sądu nie sprowadza się do formalnego spełniania oczekiwania prokuratora, a sąd nie jest „pomocnikiem” organu ścigania. W takim wypadku sąd jest organem stojącym na straży praworządności, jest gwarantem zachowania form postępowania i merytorycznej zasadności żądania zmierzającego do wyjątkowego wzruszenia zakazu dowodowego w imię celu ważniejszego, jakim jest dobro wymiaru sprawiedliwości.

Sąd Apelacyjny w obecnym składzie w pełni identyfikuje się ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu przedstawionym w postanowieniu z dnia 19 września 2009r. (II Akz 472/09, LEX nr 534456), w treści którego sformułowano następujące tezy:

„1. Doniosłość społeczna zawodów objętych przepisem art. 180 § 2 k.p.k., w tym zawodu radcy prawnego, sprawia, że decyzja o zwolnieniu z tajemnicy zawodowej nie może być traktowana jak formalność. Zaufanie klienta do radcy prawnego, warunkujące prawidłowe wykonywanie zadań powierzonych radcy prawnemu, jest wielką wartością, której naruszenie stanowi cenę za osiągnięcie sprawiedliwości, której bez tego by nie osiągnięto.

2. To na wnioskodawcy (czyli prokuratorze) spoczywa ciężar wskazania i udowodnienia przesłanek uzasadniających zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy radcowskiej.

Nie wypełniając tego obowiązku, prokurator naraża się na nieuwzględnienie

(oddalenie) składanego w sprawie wniosku.” (podkr. SA).

W takim samym stopniu Sąd Apelacyjny orzekający w tej sprawie podziela stanowisko Sądu Apelacyjnego w Krakowie przedstawione w postanowieniu z dnia 21 kwietnia 2010r. (II AKz 129/10, KZS 2010/5/36), w treści którego wrażono następujący pogląd: „Zwolnienie z tajemnicy zawodowej adwokata **powinno dotyczyć konkretnych okoliczności, o których świadek ma zeznawać.** Rzeczą sądu o tym orzekającego jest ocenić, czy okoliczności te spełniają wymogi art. 180 § 2 k.p.k., to jest są niezbędne dla wymiaru sprawiedliwości i nie mogą być ustalone na podstawie innego dowodu. **Brak oznaczenia ich sprawialby, że zwolnienie byłoby carte blanche dla organów ścigania, które mogłyby dowolnie korzystać z wiedzy świadka, obchodząc odnośne ograniczenia.”** (podkr. SA).

Nie ulega wątpliwości, że zgoda jaką wyraził Sąd *meriti* w tej sprawie stanowi w istocie rzeczy taką właśnie *carte blanche* dla prokuratora. Stwarza bowiem możliwość badania w oparciu o owe dokumenty wszelkich okoliczności w nich utrwalonych związanych z wykonywaną przez podejrzanego Tomasza T. funkcją radcy prawnego (niezależnie od ich związku z toczącym się przeciwko niemu postępowaniem). Co jeszcze istotniejsze z punktu widzenia gwarancji procesowych, stwarza warunki do całkowitego zignorowania tajemnicy zawodowej innych osób, które są autorami lub adresatami dokumentów w zbiorach tych zawartych, a wreszcie. A wreszcie zgoda w tak zgeneralizowanej postaci i o takim zakresie podmiotowo-przedmiotowym godzi w sama istotę i funkcję tajemnicy zawodowej radcy prawnego (adwokata, notariusza) bowiem przełamuje tajemnice informacji przekazanej w zaufaniu przez klienta, umożliwiając ujawnienie zdarzeń, w tym bezprawnych, których osoba ta nie chciała ujawnić komukolwiek poza osobą udzielającą jej porady prawnej. **Organy ścigania mogłyby zatem prowadzić swobodne poszukiwanie w tych dokumentach okoliczności wskazujących na możliwość popełnienia przez podejrzanego Tomasza T. jeszcze innych czynów zabronionych ale także wykorzystać je dla badania, czy inne niż on osoby nie dopuściły się takich czynów (i to w oparciu o dokumenty przez te inne osoby wytworzone lub do nich adresowane mimo tajemnicy zawodowej chroniącej dane powiązane podmiotowo z tą osobą, od zachowania której osoby te nie zostały**

zwolnione przez sąd albo też w oparciu o dokumenty przez te osoby adresowane do radcy prawnego, czy adwokata). Wydaje się oczywistym, że niczego w tej ocenie zmienia fakt, że w ten sposób uzyskane informacje podlegałyby dyskwalifikacji dowodowej, skoro ich operacyjne i procesowe wykorzystanie prowadziłyby do uzyskanie innych dowodów (pośrednio skazonych) których dopuszczenie w procesie nie jest zakazane. Warto przytoczyć jeszcze jedno postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie (z dnia 19 marca 2009r., II AKz 64/09, KZS 2009/4/35) w pewnym sensie obejmujące te same słuszne tezy, które były przedmiotem wyżej cytowanych postanowień Sądów Apelacyjnych (we Wrocławiu i w Krakowie). W treści tego postanowienia Sąd Apelacyjny w Krakowie pisze: „1. Doniosłość społeczna zawodów objętych przepisem art. 180 § 2 k.p.k., w tym zawodu adwokata, sprawia, że decyzja o zwolnieniu z tajemnicy zawodowej nie może być traktowana jak formalność. Zaufanie klienta do adwokata, warunkujące prawidłowe wykonywanie zadań adwokatury, jest wielką wartością, której naruszenie stanowi cenę za osiągnięcie sprawiedliwości, której bez tego by się nie osiągnęło. Obie te przesłanki powinny opierać się na ocenie okoliczności faktycznych sprawy, a nie mogą wynikać z oceny arbitralnej, niedającej się instancyjnie skontrolować.

2. Zakres okoliczności objętych zwolnieniem powinien być oznaczony dokładnie. Ogólnikowe określenie zakresu zwolnienia sprawiałoby, że zwolnienie nie tyczyłoby konkretnych okoliczności, ale byłoby *carte blanche* dla dowolnego korzystania przez organy śledcze z uchylenia tajemnicy zawodowej.”

W niniejszej zaś sprawie:

- a) po pierwsze **prokurator nie podjął nawet próby uwiarygodnienia, że zatrzymane dokumenty zawierają okoliczności faktyczne związane z popełnieniem czynu zabronionego zarzucanego podejrzanemu** i mogą mieć wartość poznawczą w toku prowadzonego postępowania. Wniosek sprowadza się do arbitralnie wyrażonej tezy, że wskazane w nim dokumenty zawierają takie okoliczności, a dobro wymiaru sprawiedliwości wymaga uchylenia tajemnicy dla umożliwienia wykorzystania tych danych. Domniemywać jedynie można, że skoro Kancelaria Prawna z którą związany jest podejrzany, wykonywała określone zlecenia, a podejrzany był osobiście zaangażowany w ich realizację, inicjował pewne zdarzenia i

współuczestniczył w różnych układach personalnych i przedsięwzięciach ocenianych jako bezprawne, to w dokumentacji znajdującej się w lokalu i w Kancelarii muszą znajdować się informacje potwierdzające podejrzenie, że uczestniczył on w popełnieniu przestępstwa. To rozumowanie nie musi być naturalnie wadliwe, ale jeśli na nim ma być oparte żądanie uchylenia tajemnicy zawodowej, to wnioskodawca musi wskazać te okoliczności, które mają zostać udowodnione i uwiarygodnić, że znajdują się one we wskazanych dokumentach. Zakres zaś tych okoliczności musi zostać oznaczony dokładnie, a nie ogólnie.

- b) we wniosku z dnia 22 czerwca 2009r. wręcz trudno odszukać co ma stanowić rzeczywisty przedmiot dowodzenia na podstawie opisanych w nim dokumentów. Forma treściowa tego wniosku sugeruje, że prokurator spodziewa się ujawnienia wszelkich możliwych faktów związanych z przytoczonym obszernym opisem zdarzeń. Z pisma prokuratora z dnia 29.01.2009r. wynika nadto, że przestępstwo polegało na doprowadzeniu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez PZ SKOK w W., w kwocie kilkunastu milionów „...co nie byłoby możliwe bez udziału i zdefiniowanej roli Tomasza T.”, który (...) „kierował poczynaniami innych uczestników postępowania, wskazując na konkretny zakres ich działania oraz organizując krąg podmiotów gospodarczych, uczestniczących w łańcuszku przestępnych działań i mający formalnie zdystansować powiązania jego osoby z przedsięwziętymi czynnościami”. **Taka jest zatem wersja przestępstwa stanowiącego przedmiot postępowania, ale jej opis i wyrażenie przekonania o jej zasadności nie może być uznane za „dokładne oznaczenie zakresu okoliczności, które mają zostać objęte zwolnieniem” i nie może dotyczyć innych osób, poza Tomaszem T., która korzysta z tego samego rodzaju ochrony tajemnicy zawodowej;**
- c) rzecz w tym, że lektura akt prowadzi do konstatacji, że prokurator nie dysponował wiedzą, jakie okoliczności oraz za pomocą których dokumentów, mogłyby zostać udowodnione, lecz jedynie hipotetycznie zakładał, że zawartość treściowa zabezpieczonych zbiorów dokumentów może być w postępowaniu przydatna. Świadczy bowiem o tym fakt, że prokurator nie spełnił polecenia Sądu

sformułowanego na posiedzeniu w dniu 18 lutego 2001r. (k.12, t. I), w treści którego Sąd wezwał prokuratora do sprecyzowania wniosku o zwolnienie podejrzanego z tajemnicy radcowskiej w terminie 30 dni, pod rygorem nieskuteczności wniosku, poprzez wskazanie jakich konkretnie dokumentów wniosek ten dotyczy, albowiem wniosek nie spełnia wymogów formalnych, gdyż jest blankietowy. O ile polecenie powyższe, czy też wezwanie do uzupełnienia wniosku są w pełni zrozumiałe, o tyle trudno już zrozumieć brak konsekwencji Sądu, a w szczególności podzielenie zaskakującej motywacji przedstawionej przez prokuratora na posiedzeniu Sądu w dniu 27 maja 2010r. Prokurator podtrzymał na tym posiedzeniu swój wniosek o wyrażenie zgody na zatrzymanie wskazanych dokumentów (nadal „blankietowy”) „...**podkreślając, że zapoznanie się z powyższymi danymi pozwoli na doprecyzowanie wniosku o zwolnienie podejrzanego z tajemnicy zawodowej radcy prawnego**” (podkr. SA). Fakt, że Sąd powtórzył tę argumentację w ostatnim akapicie, nadzwyczaj zresztą zwięzłego treściowo uzasadnienia postanowienia z dnia 27 maja 2010r., i oparł między innymi na tym argumencie decyzję uwzględniającą wniosek, jest jak się wydaje całkowitym nieporozumieniem. W istocie rzeczy rozumowanie to prowadzi do przysłowiowego „postawienia problemu na głowie”. Prokurator wnosi o udostępnienie mu dokumentów i zgodę na ich procesowe wykorzystanie, przyznając, że zawarte w nich okoliczności są objęte zawodową tajemnicą radcy prawnego, ale „doprecyzowanie” wniosku o zwolnienie z tej tajemnicy ma nastąpić dopiero po zaznajomieniu się z treścią tych dokumentów (jak należy domniemywać, pod warunkiem, że prokurator ujawni w tych dokumentach okoliczności, które potwierdzą *post factum* zasadność wniosku już złożonego i pozytywnie rozpoznanego przez Sąd?!). Jeżeli przy tym uwzględnić, że Sąd nie uznał za celowe zaznajomienie się z dostarczoną mu dokumentacją i to pomimo uporczywego powtarzania przez podejrzanego: że dokumenty te **nie należą wyłącznie do niego**; że nie dotyczą one przedmiotu toczącego przeciwko niemu postępowania; że **zostały wytworzone także przez inne osoby** (radców prawnych i adwokatów) lub zawierają informacje pochodzące od innych osób; i że **część z nich objęta jest tajemnicą obrońcą** - powtórzyć należy domniemanie, że albo doszło do

nieporozumienia, albo też Sąd Apelacyjny źle interpretuje motywy, którymi kierował się Sąd Okręgowy wydający to postanowienie.

Znacznie bardziej krytyczne uwagi nasuwa zaskarżone postanowienie Sądu *meriti* z dnia 7 października 2010r., stanowiące przedmiot obecnej kontroli odwoławczej, a to z następujących powodów:

- 1) Sąd Okręgowy w istocie rzeczy nie wykonał wskazań Sądu Apelacyjnego co do dalszego postępowania. Wskazanie było jednoznaczne i zrozumiałe. Sąd miał powinność powołania biegłego albo też przy pomocy specjalisty miał zaznajomić się z zatrzymaną i przekazaną sądowi dokumentacją, ocenić, czy zawiera ona okoliczności objęte tajemnicą obrończą, a w razie ujawnienia takich dokumentów zwrócić je osobie, która jest ich prawnym dysponentem;
- 2) Tymczasem w aktach sprawy znajduje się dokument z dnia 27 września 2010r. zatytułowany „Protokół z analizy zawartości urządzeń stanowiących dowód rzeczowy” w którym w jego wstępnej części wskazano, że celem analizy jest uzyskanie dostępu do zasobów 5 komputerów i 2 telefonów komórkowych, oraz „... umożliwienie zapoznania się sędziego z treścią informacji znajdujących się na dyskach twardej i telefonach w celu ustalenia, czy treść zawiera informacje objęte tajemnicą adwokacką”. Dokument ten został podpisany przez zastępcę kierownika oddziału informatycznego Sądu Okręgowego w W. Nie jest jasne kto, na jakiej podstawie i w jakiej formie procesowej osobie tej udostępnił dokumenty, o których mowa, brak bowiem w aktach sprawy postanowienia Sądu. Dokument opisuje dane techniczne badanych urządzeń oraz jedynie zbiorczo informuje o zawartości 5 komputerów przenośnych oraz 2 telefonów, bez wskazania jakiejkolwiek zawartości treściowej;
- 3) Z uzasadnienia postanowienia można ostrożnie wnioskować, że najprawdopodobniej Sąd zaznajamiał się z zawartością elektronicznych nośników danych, w Kancelarii tajnej Sądu, przy udziale wyżej wskazanego specjalisty oraz przy udziale podejrzanego Tomasza T., ale w aktach sprawy brak jest protokołu potwierdzającego, że czynność taka została przeprowadzona, i że, ewentualnie, jej przebieg i protokolarne utrwalenie znajduje się w tajnej Kancelarii Sądu;

- 4) Niestety treść uzasadnienia postanowienia nie wyjaśnia, ani jak długo trwało to zaznajamianie się, ani też ilu dokumentów (plików, kart pamięci) dotyczyło, czy było systematyczne, czy jedynie wyrywkowe, czy Sąd analizował treść poszczególnych dokumentów (inaczej rzecz ujmując w jaki sposób się z nimi zaznajamiał i oceniał ich zawartość);
- 5) Z uzasadnienia postanowienia nie wynika, aby sąd badał i zaznajamiał się z zawartością telefonicznych kart pamięci;
- 6) Z części dyspozytywnej postanowienia nie wynika jakie dokumenty pisemne zostały zatrzymane dla celów postępowania, bowiem określono je jedynie nazwą „dokumenty”, a z treści uzasadnienia nie wynika aby były one odczytywane i analizowane pod kątem oceny, czy zawierają one okoliczności objęte tajemnicą obrończą;
- 7) Z wywodów uzasadnienie nie wynika, aby Sąd analizował istnienie prawnych podstaw uchylenie tajemnicy radcy prawnego i wyrażenie zgody (w trybie art. 225, art. 226 oraz 180 § 2 k.p.k.) na wykorzystanie w postępowaniu dokumentacji zawartej we wniosku;
- 8) Sąd nie analizował i nie rozważał, czy wyrażenie takiej zgody w niniejszej sprawie na wykorzystanie całego zbioru dokumentów **stworzy warunki do zaznajomienia się przez prowadzących postępowanie z okolicznościami objętymi tajemnicą państwową (według podejrzanego takie dane również znajdując się w treści zatrzymanych dokumentów i Sąd tego nie wykluczył), tajemnicą obrończą, tajemnicą adwokacką i tajemnicą notarialną powiązaną z innymi niż podejrzanymi osobami;**
- 9) Z wywodów uzasadnienia zaskarżonego postanowienia wynikają natomiast następujące okoliczności ustalone przez Sąd i uwzględnione w postawie decyzji zawartej w części dyspozytywnej:
 - a) że ustalono, iż na zabezpieczonych komputerach znajdują się 45.523 pliki w tym: 14.671 plików doc., 16.485 plików PDF, 12.525 plików JPG oraz 1.842 pliki xls. Nadto stwierdzono 7.814 wiadomości w folderach pocztowych z ogromną ilością załączników (liczona w tysiącach kilobajtów),

- b) że „(...) dokonano przeglądu zawartości zabezpieczonych w sprawie komputerów oraz pozostałych dokumentów. Wszystkie te dokumenty zawierają na pewno dane objęte tajemnicą radcy prawnego, notarialną oraz adwokacką”. Rzetelność tego sformułowania rodzi jednak zasadnicze wręcz wątpliwości, już chociażby dlatego, że dokonanie w trakcie dwu posiedzeń przeglądu kilkudziesięciu tysięcy plików różnego typu w tym głównie tekstowych, nie jest technicznie wykonalne, nie mówiąc już o ocenie zawartości treściowej tych dokumentów. Nadto zaś, przeczą temu dalsze wywody uzasadnienia, z których wynika wprost, że zapoznanie się z częścią tej dokumentacji nie było w ogóle możliwe z różnych powodów. Między innymi natrafiono na dziesiątki plików zapisanych w językach obcych, których nie przeglądano, bowiem wymagałoby to długotrwałej pracy tłumaczy,
- c) że nie stwierdzono na zabezpieczonych dokumentach takich danych, które wskazywałyby na to, że związane są z wykonywaniem funkcji obrońcy. Ale zarazem Sąd pisze, że po pierwsze, dokumentów takich (plików) poszukiwano metodą wyszukiwania automatycznego, poprzez wpisywanie w wyszukiwarce sygnatur spraw wskazanych przez podejrzanego, po drugie zaś Sąd stwierdza wprost, że „**nie da się całkowicie wykluczyć, że okoliczności stanowiące tajemnicę obrońcą znajdują się na zabezpieczonych urządzeniach**”,
- d) że ustalenie, czy konkretne dokumenty zawierają okoliczności objęte tajemnicą obrońcy nie jest praktycznie możliwe bowiem dokumenty te są różnie oznaczane i w wielu wypadkach nie są podpisane,
- e) że otwarcie niektórych danych **byłoby możliwe tylko w wypadku podłączenia urządzeń do Internetu**, co w warunkach Kancelarii tajnej Sądu, w której czynności te były przeprowadzenie, nie było możliwe. Nadto zaś Sąd stwierdza, że według oceny specjalisty, który brał udział w czynności, nie można wykluczyć, że na dyskach komputerowych znajdują się pliki (w tym zaszyfrowane) o nietypowych rozszerzeniach umiejscowione w nietypowych lokalizacjach.

W ocenie Sądu Apelacyjnego wnioski jakie z tak ustalonego stanu faktycznego wyprowadził Sąd Okręgowy są rażąco sprzeczne z regułami logicznego wnioskowania i interpretacji prawniczej. W pewnym uproszczeniu sprowadzają się one do następującej

konkluzji: Sąd nie miał możliwości i nie dokonał przeglądu przekazanych wraz z wnioskiem przez prokuratora dokumentów (w każdym razie w ogromnej liczbie - zapewne od kilku do kilkudziesięciu tysięcy). Sąd stwierdził, że dokumenty te zawierają dane objęte tajemnicą państwową, notarialną, radcy prawnego i adwokacką, ale nie stwierdził takich, które zawierałyby dane objęte tajemnicą obrończą. Istnienia jednak dokumentów zawierających dane objęte tajemnicą obrończą Sąd nie wyklucza.

Mając świadomość powyższych ustaleń Sąd *meriti* podjął decyzję o zwolnieniu podejrzanego Tomasza T. z tajemnicy radcowskiej, w formie zezwolenia na wykorzystanie całej zatrzymanej dokumentacji, niezależnie od tego: a) kto dokumenty te wytworzył lub do kogo były one adresowane, b) jakich okoliczności dotyczą dane zawarte w dokumentach, c) czy zawierają one tajemnicę państwową, ale także obrończą, niezależnie też od tego, czy związane są one z konkretnymi innymi osobami, których działalności jako radcy prawnego, adwokata, notariusza, objęta są tajemnicą zawodową i co do których brak jest wniosku o zwolnienie z tej tajemnicy. Inaczej rzecz ujmując, Sąd *meriti* uznał, że skoro nie może dokonać przeglądu wszystkich dokumentów, a ich przegląd i tak nie dałby pewności co do charakteru zawartości treściowej dokumentów, a nadto skoro podejrzanym mimo możliwości nie skonkretyzował co do których dokumentów wnosi swoje zastrzeżenia, to niekorzyści tego stanu rzeczy muszą obarczać podejrzanego oraz osoby będące wytwórcami lub dysponentami danych objętych tajemnicami zawodowymi zawartymi w zatrzymanej dokumentacji. **Z punktu widzenia ocen prawnych, angażowanych tu norm gwarancyjnych, racji ustawodawczych leżących u podstaw ustanowienia tych norm, powyższe rozumowanie i wnioskowanie nie może być w żadnym razie zaakceptowane.** Z wszystkich wyżej wskazanych powodów utrzymanie w mocy zaskarżonego postanowienia nie było możliwe.

W jednej wszakże kwestii Sąd Apelacyjny zajmuje stanowisko zbliżone do zaprezentowanego w wywodach uzasadnienia zaskarżonego postanowienia. **Dokonanie przeglądu kilkudziesięciu tysięcy plików i poddanie ich analizie treściowej celem ustalenia, czy zawierają one dane objęte tajemnicą obrończą nie jest wykonalne.** Dokument taki nie musi być przecież nazwany, może być w dowolny sposób oznaczony (czytelny dla jego wytwórcy, nadawcy lub adresata), nie musi być podpisany, może mieć

formę listu, notatki, zapisku, krótkiej informacji itd. Aby ustalić, czy zawiera on okoliczności objęte tajemnicą obrończą, w wielu wypadkach nie byłaby wystarczająca jego analiza treściowa. Niezbędne na ogół byłoby powiązanie danego dokumentu z konkretną sprawą i osobą obrońcy. W takiej zaś sytuacji, uwzględniając bankietowość wniosku prokuratora, uznać należałoby, że dokonanie tej czynności nie jest możliwe i analogicznie do sytuacji określonej w art. 170 § 1 pkt. 4 k.p.k. uznać, że wnioskowanej czynności nie da się przeprowadzić i w związku z tym wniosku nie uwzględnić.

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego zebrany materiał poznawczy dawał Sądowi *ad quem* podstawę do podjęcia merytorycznego rozstrzygnięcia i w konsekwencji uwzględnienia zarzutów zawartych w obu zażaleniach determinował podjęcie decyzji o zmianie zaskarżonego postanowienia Sądu Okręgowego i rozstrzygnięcia o wniosku prokuratora, poprzez jego nieuwzględnienie. Zarazem na podstawie art. 436 k.p.k. Sąd *ad quem* ograniczył rozpoznanie środków odwoławczych do tych tylko podniesionych w nich uchybień, których rozpoznanie było wystarczające dla podjęcia rozstrzygnięcia.

Reasumując, Sąd Apelacyjny stwierdza, że **za niedopuszczalne uznać należy wydanie postanowienia o uchyleniu tajemnicy zawodowej konkretnej osoby wskazanej we wniosku, w tym tajemnicy radcy prawnego, poprzez wyrażenie zgody na zatrzymanie i wykorzystanie w toku dalszego postępowania, zabezpieczonego w trakcie przeszukania kancelarii prawnej zbiorów dokumentów, z pominięciem jednoznacznej konkretyzacji przedmiotowego zakresu zgody (co do faktów, które mają być przedmiotem dowodzenia), a także bez konkretyzacji podmiotowej w zakresie wydawanej zgody w sytuacji, gdy dokumenty te zawierają dane objęte tajemnicą zawodową (radcy prawnego, adwokata, notariusza), a zarazem są one powiązane z wykonywaniem określonych czynności zawodowych również przez inne osoby, nie objęte wnioskiem prokuratora.**

Podjmując decyzję o zmianie zaskarżonego postanowienia i nieuwzględnieniu wniosku prokuratora, Sąd Apelacyjny nie rozstrzyga o dalszym postępowaniu w odniesieniu do zatrzymanych dokumentów. Powinny one zostać zwrócone osobom mającym legitymację prawną do dysponowania nimi chyba, że prokurator bezzwłocznie skieruje do Sądu nowy, poprawny wniosek dotyczący zwolnienia podejrzanego Tomasza T. z tajemnicy

radcy prawnego w formie wyrażenia zgody na wykorzystanie w postępowaniu określonych dokumentów. W takim jednak wypadku wniosek prokuratora musiałby spełniać rygory, o których była wyżej mowa, w tym:

- w miejsce opisu złożonej działalności przestępczej rekonstruowanej w toku postępowania, powinien w nim znaleźć się, po pierwsze zwięzły opis czynu zarzucanego podejrzanemu oraz wskazanie dowodów (bez ich omawiania) potwierdzających wiarygodność zarzutów (podobnie jak we wniosku z zastosowanie tymczasowego aresztowania);

- wniosek powinien w racjonalny i przekonujący sposób uwiarygodniać, że dokumenty, których on dotyczy, z dużym prawdopodobieństwem zawierają poszukiwane informacje (dane), które mogą mieć istotne znaczenie dowodowe;

- wniosek powinien w sposób jednoznaczny i ścisły wskazywać ujawnieniu jakich faktów służyć ma zgoda na wykorzystanie dokumentów i zarazem być skonkretyzowany nie tylko przedmiotowo (w ograniczeniu do przedmiotu tego konkretnego postępowania) ale także czasowo (generalnie zgodnie z czasem w którym zgodnie z przedstawionymi zarzutami podejrzany prowadził bezprawną działalność);

- wniosek musi być skonkretyzowany podmiotowo. Nie może mieć blankietowego charakteru i dotyczyć wszelkich zatrzymanych w trakcie przeszukania dokumentów, niezależnie od tego, kto jest ich dysponentem lub właścicielem, kto je wytworzył lub do kogo zostały zaadresowane, jakiego rodzaju okoliczności one zawierają oraz niezależnie od tego, czy osoba, z którą dany dokument jest związany objęta jest tajemnicą zawodową;

- wnioskujący powinien wykazać wiarygodnie, że udowodnienie tych faktów za pomocą innych dowodów nie jest możliwe,

- wnioskujący powinien przekonująco wykazać, że uchylenie w tym zakresie tajemnicy zawodowej radcy prawnego jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości (a nie jedynie hasłowo wyrazić taki pogląd).

W wypadku złożenia takiego wniosku, dokładnie sprecyzowanego przedmiotowo (co do faktów, których ujawnieniu ma służyć zgoda na wykorzystanie dokumentów), podmiotowo (czyich dokumentów, co do wytwórcy i dysponenta, zgoda ma dotyczyć), a także czasowo (w jakim przedziale czasu zostały one wytworzone), Sąd nie będzie mógł

uchylić się od powinności dokonania przeglądu dostarczonej mu dokumentacji. Bez wątplenia konieczny będzie w takim wypadku udział nie tylko specjalisty ale też (lub wyłącznie) biegłego oraz wyeliminowanie ograniczeń dotyczących dostępu do Internetu. Rolą Sądu nie powinno być jednak przeglądanie całej dokumentacji celem wyeliminowania tych dokumentów, które zawierają okoliczności objęte tajemnicą obrońcą lub tajemnicami zawodowymi innych osób nie powiązanych sprawczo z Tomaszem T. i nie objętych wnioskiem, bowiem, przynajmniej częściowo, zamierzenie tego rodzaju nie byłoby wykonalne. Mimo, że zapewne nie taka była intencja ustawodawcy, na Sądzie będzie spoczywał obowiązek dokonania swoistej selekcji pozytywnej, to jest wyszukania konkretnych dokumentów, powstałych lub przekazanych podejrzanemu w określonym przedziale czasowym, dotyczącym określonych przedmiotowo okoliczności faktycznych, związanych bezsprzecznie z osobą podejrzanego wobec którego następuje uchylenie tajemnicy radcy prawnego. Z całą pewnością w takiej sytuacji, jaka zaistniała w tej sprawie, (twarde dyski komputerów zawierające dane z wielu lat powiązanie z setkami lub tysiącami osób, w tym osób objętych tajemnicą zawodową i telefoniczne karty pamięci) dokumenty te nie mogą być powierzone prokuratorowi dla swobodnego dysponowania nimi i decydowania, które z zawartych w nich informacji może on wykorzystać w toczącym się postępowaniu. Naturalnie, do rozwiązania pozostawałaby kwestia techniczna przekazania prokuratorowi dla celów postępowania dokumentów, co do których nastąpiło uchylenie tajemnicy (pozostałe dokumenty musiałyby zostać zwrócone osobom uprawnionym do dysponowania nimi). Wydaje się, że racjonalnym rozwiązaniem byłoby protokolarnie sporządzenie kopii elektronicznych (lub także pisemnych) dokumentów zawierających dane związane z osobą podejrzanego i mające służyć udowodnieniu faktów związanych z przedmiotem toczącego się postępowania i wyrażenie zgody na ich wykorzystanie przez prokuratora w toku postępowania.

Jednakże w wypadku powtórnego skierowania przez prokuratora do Sądu wniosku, który nie będzie spełniał wyżej wskazanych warunków, Sąd będzie miał podstawę do jego nieuwzględnienia, z powodu braku rzeczywistych możliwości wykonania zawartego w nim żądania procesowego.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w części dyspozytywnej postanowienia.

* * *

226.

art. 133 § 2 k.p.k. ,a rt. 139 k.p.k.*Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 27 października 2010 r. (sygn. akt II AKz 566/10)*

Sama pieczęć na zwrotnym potwierdzeniu z czynności doręczenia pisma: „awizowano powtórnie” nie jest wystarczającym dowodem wykonania powtórnej czynności zawiadomienia o pozostawieniu pisma do odebrania, o jakiej mowa w art. 133 § 2 zdanie drugie k.p.k.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w sprawie Adama T. oskarżonego o przestępstwo z art. 291 §1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i inne k.k. zażalenia wniesionego przez oskarżonego na zarządzenie upoważnionego sędziego Sądu Okręgowego w S. z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt: III K 29/09 o uznaniu apelacji oskarżonego za bezskuteczną na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. postanowił:

zaskarżone zarządzenie uchylić i sprawę przekazać upoważnionemu sędziemu Sądowi Okręgowego w S. do ponownego rozpoznania.

U z a s a d n i e n i e

Zarządzeniem z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt: III K 29/09 Przewodniczący III Wydziału Karnego Sądu Okręgowego w S., na podstawie art. 120 § 2 k.p.k. uznał za bezskuteczną apelację wniesioną przez osk. Adama T. od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 8 czerwca 2010 r., z powodu nie sporządzenia i nie podpisania apelacji przez adwokata i nie usunięcia tego braku w terminie wyznaczonym na podstawie art. 120 § 1 k.p.k.

Zarządzenie to zaskarżył oskarżony, zarzucając obrazę art. 139 § 1 k.p.k. Podniósł, że nie zmieniał miejsca zamieszkania, nie opuszczał go i wbrew ustaleniom przyjętym w zaskarżonym zarządzeniu, nie miał żadnej informacji o wystosowanym do niego wezwaniu do usunięcia braków formalnych apelacji wniesionej od wyroku z dnia 8 czerwca 2010 r.

Żalący się wniósł o uchylenie zaskarżonego zarządzenia i „zobowiązanie Sądu I instancji do nadania sprawie dalszego właściwego biegu”.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

W sprawie jest bezsporne, że wezwanie o usunięcie braku formalnego apelacji wnoszonej przez osk. Adama T. od wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 8.06.2010 r., zostało wysłane za pośrednictwem poczty na właściwy adres, wskazywany przez oskarżonego, to jest: 26 – 110 S., ul P. 16. W zarządzeniu prawidłowo ustala się dalej, że z powodu nieobecności oskarżonego w domu, w dniu doręczenia tej przesyłki, to jest 30.08.2010 r., została ona złożona w placówce pocztowej nr 2 w S., o czym umieszczono dla oskarżonego zawiadomienie w jego skrzynce pocztowej (k. 23515 tom CXVIII). Dla skuteczności zastępczego doręczenia pisma na podstawie art. 139 § 1 k.p.k., ustawa w art. 133 § 2 k.p.k. wymaga powtórzenia czynności zawiadomienia o pozostawieniu pisma do odbioru przez adresata poza miejscem jego zamieszkania, jeżeli mimo upływu 7 dni od pierwszego zawiadomienia pisma nie odebrał.

Z akt sprawy wynika, że wezwanie oskarżonego do usunięcia braku formalnego apelacji było „powtórnie awizowane” w dniu 7.09.2010 r. (k. 23515 tom CXVIII), co pozwoliło Przewodniczącemu Wydziału Sądu Okręgowego w S. uznać pismo za skutecznie doręczone osk. Adamowi T. na podstawie art. 139 § 1 k.k.w. z upływem 7 dni od tej daty. Zauważyć jednak należy, że to „powtórne awizo” uchybia art. 133 § 1 i 2 k.p.k. Nie podaje się bowiem wyraźnie (nie ma żadnej adnotacji doręczyciela), jak wymaga tego art. 133 § 2 k.p.k., czy rzeczywiście umieszczono powtórne pisemne zawiadomienie dla oskarżonego i w jakim miejscu (czy w skrzynce dla doręczeń korespondencji, jak za pierwszym razem, czy na drzwiach mieszkania adresata, czy może w innym widocznym miejscu) o tym, gdzie i w jakim terminie powinien odebrać pismo. Sama pieczęć na zwrotnym potwierdzeniu z czynności doręczenia pisma: „awizowano powtórnie” nie jest wystarczającym dowodem wykonania powtórnej czynności zawiadomienia o pozostawieniu pisma do odebrania, o jakiej mowa w art. 133 § 2 zdanie drugie k.p.k.

Brak ten, przy kategorycznym utrzymywaniu przez oskarżonego, że nie opuszczał swojego miejsca zamieszkania i że nigdy nie było najmniejszych problemów z doręczeniem mu na ten adres korespondencji z Sądu (co potwierdzają akta sprawy), nie pozwala zaakceptować ustalenia o skutecznym doręczeniu oskarżonemu wezwania do usunięcia braku formalnego apelacji i w konsekwencji zarządzenia o uznaniu apelacji za bezskuteczną

z powodu nieusunięcia braku. Powyższe wymaga powtórnego doręczenia oskarżonemu tego wezwania, co w konsekwencji obliguje uchylić zaskarżone zarządzenie o uznaniu apelacji oskarżonego za bezskuteczną, jako przedwczesne, i postanowić dalej jak na wstępie.

* * *

227.

art. 310 § 1 k.k., art. 193 § 1 k.p.k.

Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 29 listopada 2010 r. (sygn. akt II AKa 325/10)

Poza zakresem zadań i uprawnień biegłego z dziedziny najnowszych technologii i techniki komputerowej jest wypowiedanie się czy tzw. białe plastiki z naniesionymi na nie przez sprawców informacjami niezbędnymi do pobierania gotówki z bankomatu lub dokonywania zapłaty za towar, są podrobionym „innym środkiem płatniczym” w rozumieniu art. 310 § 1 k.k. Ocena ta jest kategorią prawną, a nie kwestią wymagającą badania faktów z użyciem wiedzy specjalnej, toteż należy wyłącznie do Sądu orzekającego, a nie do biegłego.

Piotr P. został oskarżony m.in. o to, że:

w okresie od około lutego 2004 r. do 6 grudnia 2004 r. we W., K., N. T. i innych miejscowościach w Polsce oraz na terenie Turcji, działając w warunkach przestępstwa ciągłego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz wspólnie i w porozumieniu z Mykołą M., Przemysławem G., Adrianem P. oraz innymi osobami, dokonał oraz usiłował dokonać kradzieży z rachunków bankowych różnych osób mienia w postaci pieniędzy w ten sposób, że posługując się zamontowanymi przy wejściach do pomieszczeń, w których znajdowały się bankomaty, urządzeniami sczytującymi zapis paska magnetycznego oryginalnej karty oraz używając tzw. „nakładki” na oryginalną klawiaturę, uzyskał dostęp do sekwencji kodów PIN, zaś uzyskane w ten sposób dane przekopiował na uprzednio przygotowane „białe plastiki” zawierające paski magnetyczne, a następnie przełamując zabezpieczenia elektroniczne bankomatów i wykorzystując odczytane w opisany powyżej sposób elektroniczne informacje, zabrał w celu przywłaszczenia pieniądze w łącznej kwocie nie mniejszej niż 50.000 zł oraz usiłował dokonać zaboru pieniędzy w kwocie 79.500 zł, a także posłużył się podrobionymi w ten sposób kartami w placówkach sprzedaży detalicznej,

uzyskując uzgodnioną uprzednio część należności za towar będący przedmiotem nielegalnej transakcji oraz przy użyciu telefonu komórkowego w drodze krótkich wiadomości tekstowych typu SMS, udostępniał sczytane w Polsce sekwencje zawarte na pasku magnetycznym i kody PIN transferując je osobom, z którymi współdziałał na terenie Turcji i którzy realizowali podrobione w opisywany powyżej sposób karty płatnicze w tamtejszych placówkach handlu detalicznego, czym działał na szkodę banku Powszechnej Kasy Oszczędnościowej B.P. S.A. oraz osób fizycznych, na który to czyn składał się szereg działań opisanych w 96 punktach.

Wyrokiem z dnia 27 lipca 2010 r. Sąd Okręgowy we W. (sygn. akt III K 403/07) uznał Piotra P. za winnego m.in. wskazanego powyżej czynu z art. 310 § 1 k.k. i art. 279 § 1 k.k. i art. 13 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., eliminując z niego dwa z opisanych zachowań i za to wymierzył mu karę 6 lat pozbawienia wolności.

Apelację od zapadłego w sprawie wyroku wywiódł obrońca oskarżonego Piotra P. i zarzucił m.in. obrazę prawa materialnego, a to przez błędne zastosowanie art. 310 k.k. do zakwalifikowania czynów przypisanych oskarżonemu Piotrowi P., podczas gdy analiza materiału dowodowego w zakresie przede wszystkim sposobu działania sprawców musi prowadzić do wniosku, że jedyną kwalifikacją oddającą prawidłowo charakter czynów, jakie sąd w wyroku przypisał Piotrowi P., jest zakwalifikowanie tychże czynów jako przestępstwa z art. 279 k.k. (pkt 4 apelacji).

Wyrokiem z dnia 29 listopada 2010 r. Sąd Apelacyjny we W. (sygn. akt II AKa 325/10) nie uwzględnił apelacji obrońcy oskarżonego Piotra P. w żadnym zakresie. Jednocześnie, Sąd Apelacyjny we W.:

- I. zmienił zaskarżony wyrok wobec oskarżonego Piotra Tomasza P. w ten sposób, że:
 - 1) z opisu czynu przypisanego mu w pkt I wyeliminował zachowanie polegające na tym, że:
 - w dniu 17 sierpnia 2004r. w bankomacie nr S1WR3174 we W. przy ul. T. 22 o godz. 7:00 podjął należność w kwocie 860 zł oraz usiłował podjąć należność w kwocie 150 zł na szkodę Patrycji C., lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na brak środków na rachunku;

- w dniu 17 października 2004r. w bankomacie nr S1KR1139 w K. przy ul. T. 24 w godzinach 17:34 do 17:35 podjął należność w łącznej kwocie 680 zł oraz usiłował podjąć należność w kwocie 170 zł na szkodę Stanisława P. i ustalił, że zabrał w celu przywłaszczenia pieniądze w łącznej kwocie 48,990 zł, oraz usiłował dokonać zaboru pieniędzy w kwocie 79,350 zł;
- 2) przyjął, że szkoda wyrządzona przestępstwem przypisanym oskarżonemu w pkt II wynosi 17.424,91 zł,
- II. nadto zmienił tenże wyrok w pkt VI oraz VIII w ten sposób, że:
- ustalił nałożony na oskarżonych Piotra P. i Artura C. w pkt VI na podstawie art. 46 § 1 k.k. obowiązek naprawienia szkody na rzecz PKO BP S.A. Centrum Operacji Kartowych w Warszawie na kwotę 48.990 zł, z tym, że obowiązek solidarnego naprawienia tej szkody przez oskarżonego Artura C. ogranicza się do wysokości 29.223,14 zł;
- III. w pozostałej części zaskarżony wyrok wobec oskarżonych Piotra P. i Artura C. utrzymał w mocy.

Z u z a s a d n i e n i a

(...)

Zarzut obraży prawa materialnego art. 310 § 1 k.k., wywodzi skarżący z charakteru odpowiedzi na pytanie, „czy tzw. >>biały plastik<<, czyli karta plastikowa z paskiem magnetycznym, na który naniesiono uzyskaną nielegalnie sekwencję >>sczytaną<< z oryginalnej karty płatniczej, jest podrobionym >>innym środkiem płatniczym<< w rozumieniu przepisu art. 310 k.k., czy też nie”. W tym celu apelujący odwołuje się do treści opinii biegłych Arkadiusza W. i Ryszarda P., eksponując opinię wydaną przez pierwszego z nich, którą Sąd orzekający w zakresie konkluzji odrzucił. Biegły ten bowiem wskazał, że dowodowe białe plastik nie spełniają norm związanych z wyglądem karty płatniczej, jak też nie posiadają innych cech nadanych karcie przez ustawę i z tego powodu biegły Arkadiusz W. odmówił tzw. białym plastikom określenia mianem podrobionych kart płatniczych. Jest to stanowisko odmienne od poglądu prezentowanego przez biegłego Ryszarda P., zdaniem którego „biały plastik” jest podrobioną kartą płatniczą, ze względu na cechy użytkowe tj.

możliwość posługiwania się takim plastikiem jak kartą płatniczą.

Dokonując oceny prawnej zachowania oskarżonych, Sąd Okręgowy odniósł się do opinii obu biegłych i w sposób autonomiczny dokonał subsumpcji, wskazując dlaczego nie podzielił końcowych wniosków opinii biegłego Arkadiusza W. Wbrew zarzutowi zawartemu w apelacji, uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego nie zostało sporządzone z naruszeniem art. 424 k.p.k., bo m.in. Sąd orzekający wyjaśnił podstawę prawną wyroku w sposób wyczerpujący, jasny i z powołaniem się na stanowisko judykatury (str. 80-82 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Opacznie interpretuje obrońca oskarżonego Piotra P. zakres i powody niepodzielenia przez sąd wniosków końcowych wyrażonych przez biegłego Arkadiusza W. W żadnym razie stanowisko Sądu nie dotyczy braku zaufania do kompetencji biegłego, lub też nie jest wyrazem zastrzeżeń do strony merytorycznej opinii w zakresie wiadomości specjalnych jakimi dysponuje biegły. Nie ulega wątpliwości, że dowód z opinii biegłego ma duży walor w procesie karnym. Opinia pozwala organowi procesowemu ustalić stan faktyczny lub zrozumieć elementy składowe stanu faktycznego. Biegły współdziała więc w dokonywaniu ustaleń faktycznych, służąc organowi swoją wiedzą fachową w dostarczaniu specjalistycznych informacji dowodowych. (zob. W. Grzeszczyk. Rola opinii biegłego w postępowaniu karnym. Prok. i Pr. 2005, nr 6, s. 29).

Arkadiusz W. to biegły z listy Sądu Okręgowego we W. z zakresu najnowszych technologii i techniki komputerowej. Wiadomości specjalne jakimi dysponował były niezbędne do stwierdzenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Badając zabezpieczone karty biegły określił ich cechy, właściwości, wyjaśnił strukturę ich budowy, znaczenie i zawartość poszczególnych pasków magnetycznych, warunki jakie winny być spełnione przy konstruowaniu kart płatniczych oraz wyjaśnił, które z danych umieszczonych na paskach magnetycznych są niezbędne do praktycznego wykorzystania kart płatniczych, zarówno przy pobieraniu gotówki z bankomatów jak i dokonywaniu zakupów przy użyciu terminali POS w placówkach handlowych. W zakresie elementów technicznych biegły Arkadiusz W. w zasadzie podzielił wnioski opinii sporządzonej przez drugiego biegłego tj. Ryszarda P.

Sąd Okręgowy słusznie opinię w tym zakresie uznał za pełną, jasną i wewnętrzną

spójną. Ustalone przez biegłego fakty, obudowane dużą wiedzą teoretyczną na temat technologii stosowanych w tej dziedzinie informatyki pozwoliły Sądowi orzekającemu na wyjaśnienie mechanizmu tworzenia tzw. białych plastików, a przede wszystkim na określenie warunków koniecznych do realizacji funkcji płatniczych owymi kartami.

Wywody biegłego zawarte w opiniach pisemnych na k. 10239, 10312 oraz ustnych wygłaszanych na rozprawach (k.10282-10288, 10355-61), mogły być podstawą ustaleń faktycznych, i były. Zagadnień z zakresu techniki komputerowej oprogramowania i najnowszych technologii nikt nie kwestionuje, toteż tych kwestii nie ma powodu przywoływać ponownie.

Kontrowersję wywołało stanowisko biegłego Arkadiusza W. li tylko w tym zakresie, w jakim biegły ten wyraził pogląd, że białe karty z naniesionymi danymi z oryginalnych elektronicznych instrumentów płatniczych nie są sfałszowanymi kartami płatniczymi, ponieważ nie spełniają wymogów określonych ustawą Prawo bankowe oraz wynikających z norm międzynarodowych ISO. Zdaniem biegłego *„zabezpieczone białe karty plastikowe z paskiem magnetycznym z naniesionymi danymi, można określić jedynie narzędziem (środkiem), za pomocą którego oskarżeni nielegalnie pozyskiwali środki pieniężne należące do innych osób”* (str. 18 opinii, k. 10239, opinia ustna – k. 10285v).

Wkraczając w pole oceny prawnej biegły przyznał, że jest ona domeną sądu, ale on prezentuje zdanie jako informatyk (k.10284-10285). Podstawą do zanegowania nomenklatury „fałszywa karta płatnicza”, „duplikat”, „kopia” są – zdaniem biegłego – m.in. takie okoliczności jak to, że np. brak pierwszej ścieżki na badanych kartach (na oryginalnych kartach płatniczych występują 3 ścieżki zawierające określone dane) oraz to, że dowodowe białe plastiki pozbawione były jakiegokolwiek szaty graficznej. Jednocześnie biegły wytłumaczył, że najważniejsza jest druga ścieżka, bo mając ją skopiowaną możliwa jest transakcja w terminalu POS. Badane karty tzw. białe plastiki z naniesionymi informacjami na drugiej ścieżce, były skutecznym *„narzędziem do kradzieży środków pieniężnych lub realizacji transakcji z użyciem terminali POS, przy współpracy osoby obsługującej to urządzenie”*. (opinia uzupełniająca – str. 15).

W świetle powyższego jednoznacznie stwierdzić należy, że **poza zakresem zadań i uprawnień biegłego z dziedziny najnowszych technologii i techniki komputerowej jest**

wypowiadanie się czy tzw. białe plastiki z naniesionymi na nie przez sprawców informacjami niezbędnymi do pobierania gotówki z bankomatu lub dokonywania zapłaty za towar, są podrobionym „innym środkiem płatniczym” w rozumieniu art. 310 § 1 k.k. Ocena ta jest kategorią prawną, a nie kwestią wymagającą badania faktów z użyciem wiedzy specjalnej, toteż należy wyłącznie do Sądu orzekającego, a nie do biegłego. Subsumpcja prawna czynu w ogóle nie jest rzeczą biegłego, a organów procesowych.

Zarówno w doktrynie jak i judykaturze ugruntowany jest pogląd, że interpretacja przepisów prawa wyłączona jest ze sfery zagadnień poznawanych w drodze opinii biegłych. Sąd jest zobowiązany znać przepisy obowiązującego prawa polskiego i samodzielnie dokonywać ich interpretacji, a nie zastępować się w tej dziedzinie biegłym (zob. np. wyrok SN z 17 stycznia 1987 r., V KRN 474/86, OSNPG 1988/3/29; wyrok SN z 27 lutego 1971 r., III KR 210/70, OSNKW 1971/9/133; wyrok SN z 3 lipca 1987 r., III KR 235/87, OSNKW 1988/1/12; postanowienie SA w Krakowie z 8 grudnia 1993 r., II AKz 955/93, KZS 1993/12/19; postanowienie SA w Krakowie z 24 lutego 1994 r., II AKz 72/94, KZS 1994/2/23). Nie jest rzeczą biegłego wyjaśnianie sądowi treści obowiązujących w danej dziedzinie przepisów prawnych, gdyż w tym zakresie sąd jako organ stosujący prawo ma obowiązek samodzielnie czynić ustalenia w drodze bezpośredniego zapoznania się z treścią przepisów (wyrok SN z 12 listopada 1973 r., II KR 285/72, OSNKW 1974/4/73).

Biegły Arkadiusz W. przyznał, że jego stanowisko co do tego, że przedmiotowe karty nie spełniają ustawowych wymogów „karty płatniczej” wynikało ze sposobu interpretacji art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo bankowe. W tym zakresie biegły wykroczył poza swoje uprawnienia. Prawidłowo więc Sąd Okręgowy poglądu prawnego biegłego nie wziął pod uwagę, dokonując własnej oceny prawnej do czego zobowiązuje go zasada samodzielności jurysdykcyjnej wyrażona w art. 8 k.p.k. Do dokonania subsumpcji niezbędna była wykładnia znamion typu czynu określonego w art. 310 § 1 k.k., a pomocniczo przepisów art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo bankowe w zw. z art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych.

Apelujący jako przeszkodę do uznania białych plastików spreparowanych przez oskarżonych za podrobione karty płatnicze potraktował to, iż nie miały one wyglądu

prawdziwych kart, co nie pozwalało na korzystanie z nich w każdych warunkach, jak też to, że nie posiadały one wszystkich cech karty płatniczej wymaganych przepisami prawa.

„Podrabianie” to wykonanie imitacji jakiejś rzeczy, która następnie ma uchodzić za oryginał, sfalszowanie czegoś (zob. Słownik Języka Polskiego. PWN. red. M. Szymczak, t. II, W-wa 1975 r., s. 745).

W odniesieniu do przedmiotów określonych w art. 310 § 1 k.k. podrobieniem będzie nadanie takich cech oryginału, by mógł on uchodzić za prawdziwy środek płatniczy lub dokument, o którym mowa w tym przepisie (zob. Z. Ćwiąkalski [w:], G. Bogdan, K. Buchała, Z. Ćwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski. M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll. Kodeks karny. Część szczególna, t. 3, s. 506). W orzecznictwie akcentuje się, że do przyjęcia, iż nastąpiło podrobienie, nie jest konieczne osiągnięcie przez sprawcę tak łudzącego podobieństwa, by mogło to wprowadzić w błąd nawet doświadczoną osobę, lecz wystarczy takie podobieństwo, aby człowiek niedoświadczony nie mógł od razu przekonać się o nieprawidłowości wręczonego mu jako pieniądza przedmiotu (np. wyrok SN z 26 lipca 1982 r., I KR 321/81, OSNPG 1983/2/17).

Stanowisko to znajduje zastosowanie także względem innych środków płatniczych oraz dokumentów, o których mowa w art. 310 k.k.

Gdy zważyć na wielość i różnorodność kart płatniczych funkcjonujących w obrocie prawnym, ogromny zakres stosowania (nawet w małych placówkach handlowych) terminali POS służących realizacji zapłaty za towar, często przypadkową kadrę obsługującą stanowiska kasowe, to wygląd zewnętrzny karty płatniczej przedstawianej przez klienta ma znaczenie drugorzędne i na pewno nie może być wyznacznikiem pojęcia „karta płatnicza”. Oczywiście wygląd zewnętrzny takiej karty jest zupełnie bez znaczenia w sytuacji pobierania gotówki z bankomatów.

Karta płatnicza jako jeden z rodzajów instrumentów płatniczych oznacza kartę identyfikującą wydawcę i upoważnionego posiadacza, uprawniającą do wypłaty gotówki lub dokonywania zapłaty, a w przypadku karty wydanej przez bank lub instytucję ustawowo upoważnioną do udzielania kredytu – także do dokonywania wypłaty gotówki lub zapłaty za wykorzystaniem kredytu (art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U.2002, Nr 72, poz. 665, t.j.) oraz art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 12 września 2002

r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz.U. Nr 169, poz. 1385).

Nie sposób w świetle tej definicji nie skupić się na tych elementach nadanych białym plastikom przez oskarżonych, które determinują funkcje karty płatniczej, tj. zdolność do wypłaty gotówki lub dokonywania zapłaty.

Działanie sprawców polegało na skopiowaniu danych z oryginalnych kart płatniczych (z drugiej ścieżki paska magnetycznego) przy użyciu czytnika skonstruowanego przez oskarżonych i umieszczonego przez nich w bankomatach. Następnie za pomocą nagrywarki informacje te zostały zapisywane na białych plastikach.

Istotne jest to – jak stwierdzili biegli – że zarówno do wypłaty pieniędzy z bankomatów jak też do dokonywania transakcji za pośrednictwem urządzeń do odczytu kart magnetycznych (terminali POS), wystarczające były dane znajdujące się na drugiej ścieżce paska magnetycznego i te informacje na przedmiotowych „białych plastikach” były uzyskane i naniesione przez oskarżonych. Dane z drugiej ścieżki paska magnetycznego prowadziły do identyfikacji posiadacza i wystawcy.

Zdatność wytworzonych przez oskarżonych (jak również innych sprawców już prawomocnie osądzonych) „białych plastików” z naniesionymi nań danymi identyfikującymi wydawcę i posiadacza do wypłaty gotówki lub dokonywania zapłaty, uprawnia do uznania, że działanie oskarżonych stanowi podrobienie innych środków płatniczych – w rozumieniu art. 310 § 1 k.k. Bez znaczenia jest – wbrew stanowisku obrońcy – czy podrobiony środek płatniczy posiada wszystkie cechy oryginału. Istotne jest to, że wykonano jego taką imitację, że mogła uchodzić za oryginał, o czym świadczy fakt skutecznego posługiwania się przez oskarżonych tymi kartami na znaczną skalę, opisaną w wyroku. Słusznie zatem Sąd Okręgowy przyjął przepis art. 310 § 1 k.k. za podstawę skazania obok art. 279 § 1 k.k., który nie jest w apelacji kwestionowany, a dotyczy sposobu dokonywania kradzieży środków pieniężnych.

Sąd Apelacyjny w orzekającym składzie w pełni akceptuje stanowisko Sądu orzekającego co do sposobu wykładni art. 310 §1 k.k. na bazie materiału dowodowego zebranego w przedmiotowej sprawie, jak też podziela poglądy judykatury przytoczone w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Z tych względów zaskarżony wyrok jako w pełni słuszny tak w zakresie ustaleń

faktycznych (poza drobną modyfikacją), jak i w zakresie oceny prawnej podlegał utrzymaniu w mocy.

* * *

i n n e u s t a w y

228.

art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.

art. 7 i art. 21a Ustawy z 18 października 2006 r. o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944 – 1990 oraz treści tych dokumentów

(Dz.U. z 2007 r., Nr 63, poz. 425 z późn. zm.)

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 3 listopada 2010 r. (sygn. akt II AKz 541/10)

Jeśli lustrowany złożył dwa odrębne oświadczenia lustracyjne - jedno na podstawie ustawy z dnia 11 listopada 1997 r. o ujawnieniu współpracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944 – 1990 osób pełniących funkcje publiczne (Dz. U. z 1997 r., Nr 70, poz. 443 ze zm.) oraz drugie, na podstawie ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 63 poz. 425), to chodzi tu o dwa różne zdarzenia prawne. Nie można więc mówić o tożsamości „czynu” w rozumieniu art. 17§1 pkt. 7 k.p.k. Oznacza to, że uznanie osoby lustrowanej za kłamcę lustracyjnego na podstawie przepisów ustawy z 1997 r., nie stanowi przeszkody – w rozumieniu art. 17§1 pkt. 7 k.p.k. - do ponownego orzekania w przedmiocie zgodności z prawdą kolejnego oświadczenia lustracyjnego osoby obowiązanej do jego złożenia na podstawie przepisów ustawy z 2006 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 3 listopada 2010 r. w sprawie Stanisław J., zażalenia wniesionego przez prokuratora Instytutu Pamięci Narodowej oraz przez obrońcę Stanisława J. na postanowienie Sądu Okręgowego we W. z dnia 31 sierpnia 2010 r. sygn. akt III K 237/10, w przedmiocie wniosku o wszczęcie postępowania lustracyjnego wobec Stanisława J.:

uchylił zaskarżone postanowienie i sprawę przekazać Sądowi Okręgowemu we W. do merytorycznego rozpoznania.

U z a s a d n i e n i e

Postanowieniem z dnia 31 sierpnia 2010 r. Sąd Okręgowy we W. odmówił wszczęcia postępowania lustracyjnego wobec Stanisława J., wskazując na przesłankę powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*) jako przeszkodę uniemożliwiającą wszczęcie i prowadzenie postępowania.

Powyższe postanowienie w całości zaskarżył prokurator, zaś w części dotyczącej uzasadnienia również obrońca Stanisława J.

Prokurator zarzucił obrazę przepisów postępowania, co miało istotny wpływ na treść zaskarżonego postanowienia, a w szczególności obrazę art. 17§1 pkt. 7 k.p.k., polegającą na przyjęciu, że na podstawie przepisów ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944 – 1990 oraz treści tych dokumentów nie wolno prowadzić postępowania lustracyjnego dotyczącego nieujawnienia w oświadczeniu lustracyjnym tych samych faktów, których nieujawnienie było już przedmiotem postępowania lustracyjnego na podstawie ustawy z dnia 11 kwietnia 1997 r. o ujawnieniu pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944-1990 r. osób pełniących funkcje publiczne (Dz. U. Nr 42 z 1999 r. poz. 428 z późn. zm.), jeśli to postępowanie zakończono prawomocnym orzeczeniem, podczas gdy przedmiotem postępowania lustracyjnego nie jest ujawnienie lub nieujawnienie faktu pracy, służby lub współpracy z organami bezpieczeństwa państwa, ale ocena prawdziwości wszystkich dokumentów obowiązującego nowego wzoru oświadczenia lustracyjnego, co wyklucza przyjęcie, iż zaskarżone postanowienie dotyczy tego samego czynu tej samej osoby, a więc stanu rzeczy osądzonej.

Wskazując na powyższe, prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu we W. do ponownego rozpoznania.

Obrońca Stanisława J. wniósł o zmianę i wykreślenie części uzasadnienia zaskarżonego postanowienia dotyczącej „prawidłowego” ustalenia stanu faktycznego przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, ewentualnie o uzupełnienie uzasadnienia zaskarżonej decyzji

o okoliczności wskazane w zażaleniu, w tym o kwestie dotyczące orzeczenia Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie J. przeciwko Polsce.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Za trafne należy uznać zażalenie prokuratora oraz podniesiony przez niego zarzut obrazy przepisu art. 17§1 pkt. 7 k.p.k.

Zważyć bowiem należy, że według Sądu Okręgowego we W., sam fakt złożenia dwóch oświadczeń lustracyjnych w różnym czasie stanowi „*swego rodzaju notyfikację zdarzenia historycznego mającego ściśle powiązanie z tym właśnie zdarzeniem, które miało obiektywnie miejsce – czynem*”. Ponadto Sąd ten uznał za czyn w rozumieniu art. 17§1 pkt. 7 k.p.k. – „*samą współpracę z ogniwami operacyjnymi lub śledczymi organów bezpieczeństwa państwa w charakterze tajnego informatora lub pomocnika przy operacyjnym zdobywaniu informacji*”, zaś za „*oświadczenie lustracyjne należy potraktować nie tylko dokument w sensie formalnym – ściśle związany z nośnikiem, lecz przede wszystkim akt osoby pełniącej funkcje publiczne, mający manifestować określoną treść i stan wiedzy o zdarzeniu przeszłym*”. Wymieniony sąd wskazał również, że „*moment złożenia [oświadczenia lustracyjnego] stanowi jedynie uzewnętrznienie tej wiedzy*”, zaś „*oświadczenie lustracyjne stanowi jedynie dokument sui generis, gdyż jego złożenie niezgodnie z prawdą pociąga odpowiedzialność prawnokarną wyrażoną w przepisach pozakodeksowych, niemniej jego badanie nie stanowi przedmiotu postępowania*”.

W takim razie, stwierdzić należy, że stosownie do art. 17§1 pkt. 7 k.p.k. powaga rzeczy osądzonej (*res iudicata*) stanowi przeszkodę do ponownego procedowania w tej samej sprawie, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone. Chodzi więc o zapobieżenie ponownemu orzekaniu o tym, o czym już prawomocnie rozstrzygnięto we wcześniej zakończonym postępowaniu.

Wbrew stanowisku wyrażonemu przez sąd *a quo*, w przedmiotowej sprawie nie chodzi o ponowne orzekanie o tym, czy Stanisław J. współpracował z „*ogniwami operacyjnymi lub śledczymi organów bezpieczeństwa państwa*”, ale o zgodność z prawdą złożonego przez niego oświadczenia lustracyjnego. Przedmiotem badania sądu *meriti* jest treść oświadczenia osoby lustrowanej. Rozstrzygając w tej kwestii, sąd stwierdza, że

złożone przez osobę lustrowaną oświadczenie lustracyjne jest niezgodne z prawdą bądź, że oświadczenie było prawdziwe (art. 21a ust. 1 ustawy z 18 października 2006 r. *o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów* (Dz. U. z 2007 r., Nr 63, poz. 425 ze zm.).

Wynika stąd, że jeśli lustrowany złożył dwa odrębne oświadczenia lustracyjne - jedno na podstawie ustawy z dnia 11 listopada 1997 r. *o ujawnieniu współpracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944 – 1990 osób pełniących funkcje publiczne* (Dz. U. z 1997 r., Nr 70, poz. 443 ze zm.) oraz drugie, na podstawie ustawy z 2006 r., to chodzi tu o dwa różne zdarzenia prawne. Nie można więc mówić o tożsamości „czynu” w rozumieniu art. 17§1 pkt. 7 k.p.k. Oznacza to, że uznanie osoby lustrowanej za kłamcę lustracyjnego na podstawie przepisów ustawy z 1997 r., nie stanowi przeszkody – w rozumieniu art. 17§1 pkt. 7 k.p.k. - do ponownego orzekania w przedmiocie zgodności z prawdą kolejnego oświadczenia lustracyjnego osoby obowiązanej do jego złożenia na podstawie przepisów ustawy z 2006 r.

Stanowisko to znajduje uzasadnienie także w uregulowaniu zawartym w art. 56 ustawy z 2006 r. Przepis ten nakłada na osobę urodzoną przed dniem 1 sierpnia 1972 r., która w dniu wejścia w życie ustawy pełni funkcję publiczną wymienioną w art. 4 (w tym funkcję posła do Parlamentu Europejskiego), obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 7 ust.1, w terminie jednego miesiąca od dnia doręczenia powiadomienia. O obowiązku złożenia takiego oświadczenia powiadamia się właściwy organ, o którym mowa w art. 8 ustawy, w terminie jednego miesiąca od dnia wejścia w życie ustawy, informując jednocześnie o skutku niedopełnienia tego obowiązku.

Dla jasności dodać należy, iż obowiązek powtórnego złożenia oświadczenia lustracyjnego dotyczy jedynie tych osób, które piastując funkcje publiczne, złożyły oświadczenie wymagane na podstawie ustawy z 1997 r. Natomiast wobec osób, które złożyły oświadczenie lustracyjne już po wejściu w życie ustawy z 2006 r., obowiązuje zasada określona w art. 7 ust.3 wymienionej ustawy. Zgodnie z tym przepisem, złożenie oświadczenia lustracyjnego powoduje wygaśnięcie obowiązku jego powtórnego złożenia w przypadku późniejszego kandydowania lub wykonywania funkcji publicznej, z którą związany jest obowiązek złożenia oświadczenia.

Zauważyć również wypada, że nawet gdyby w obecnie obowiązującym stanie prawnym, ustawodawca nie uchwalił przejściowego przepisu art. 56 ustawy z 2006 r., to i tak, uznanie Stanisława J. za kłamcę lustracyjnego na podstawie przepisów ustawy z 1997 r., nie stanowiłoby przeszkody do zbadania zgodności z prawdą jego kolejnego oświadczenia lustracyjnego, złożonego na podstawie nowej ustawy. Trzeba bowiem zauważyć, że nowa ustawa rozszerzyła nie tylko pojęcie organu bezpieczeństwa państwa (zob. art.2 ust.1 pkt. 6), ale także pojęcie definicji „współpracy” wskazując, że obejmuje ona również „świadome działanie, którego obowiązek wynikał z ustawy obowiązującej w czasie działania w związku z pełnioną funkcją, zajmowanym stanowiskiem, wykonywaną pracą lub pełnioną służbą, jeżeli informacje przekazywane były organom bezpieczeństwa państwa w zamiarze naruszenia wolności i praw człowieka i obywatela” (art. 3a ust. 2). Tak więc, treść aktualnego oświadczenia lustracyjnego – składanego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do ustawy – różni się od poprzednio obowiązującego. Nie chodzi tu tylko o zmianę podstawy prawnej tego oświadczenia, ale również o istotne elementy jego treści. Nie może być tu zatem mowy o tożsamości przedmiotu rozstrzygnięcia.

Z tych względów zaskarżone postanowienie należało uchylić a sprawę przekazać Sądowi Okręgowemu we W. do ponownego rozpoznania.

Uchylenie zaskarżonego orzeczenia czyni przedwczesnym rozpoznanie zażalenia obrońcy lustrowanego.

Mając to wszystko na względzie orzeczono, jak na wstępie.

* * *

229.

art. 19, art 20 ust. 1 i 2 i art. 21a Ustawy z 18 października 2006 r. o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944 – 1990 oraz treści tych dokumentów
(Dz.U. z 2007 r., Nr 63, poz. 425 z późn. zm.)

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 26 października 2010 r. (sygn. akt II AKz 542/10)

Odpowiedzialność osoby lustrowanej określona w ustawie z dnia 18.10.2006r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów (tekst jedn. Dz. U. z 11 kwietnia 2007r., Nr 63, poz.

425 - dalej określanej mianem „ustawa lustracyjna”) jest odpowiedzialnością karną w rozumieniu art. 42 Konstytucji RP;

Składany na podstawie ustawy lustracyjnej, wniosek o wszczęcie postępowania przeciwko określonej osobie oraz o stwierdzenie złożenia przez tę osobę niezgodnego z prawdą oświadczenia lustracyjnego, o którym mowa w art. 20 ust. 1 i 2 ustawy lustracyjnej, jest w swej istocie skargą procesową zmierzającą do zainicjowania postępowania w przedmiocie pociągnięcia określonej osoby do odpowiedzialności karnej. Powinność wyjednania zgody właściwego sądu dyscyplinarnego na wystąpienie z tym wnioskiem w stosunku do osoby chronionej prawno-karnym immunitetem formalnym, spoczywa na prokuratorze Biura Lustracyjnego lub prokuratorze oddziałowego biura lustracyjnego Instytutu Pamięi Narodowej, który na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego powziął wątpliwość co do prawdziwości złożonego przez tę osobę oświadczenia lustracyjnego, i który zamierza wystąpić do sądu z wyżej wskazanym wnioskiem.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu Wydział II Karny po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 26 października 2010 r. apelacji wniesionej przez Prokuratora Oddziałowego Biura Lustracyjnego w przedmiocie umorzenia postępowania lustracyjnego:

zaskarżone orzeczenie utrzymać w mocy.

U z a s a d n i e n i e

Postanowieniem z dnia 20 września 2010 r. Sąd Okręgowy w W. po rozpoznaniu w sprawie postępowania lustracyjnego wobec Barbary O. na podstawie art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. w zw. z art. 19 ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów umorzył postępowanie w przedmiotowej sprawie, a kosztami postępowania obciążył Skarb Państwa. Niniejsze postanowienie zaskarżył Prokurator Oddziałowego Biura Lustracyjnego w K. i zarzucił

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 54 ust. 1 i 5 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze i art. 7 k.k. przez błędną ich wykładnię, a w szczególności

przyjęcie, że są to przepisy statuujące i chroniące prawa „oskarżonego – lustrowanego” w procesie oraz, że zakresem immunitetu prokuratorskiego objęte są sytuacje „zbliżone do odpowiedzialności karnej”, podczas gdy prawidłowe rozumienie norm regulujących zakres immunitetu prokuratorskiego nieodparcie prowadzi do wniosku, iż mają one charakter publiczno – prawny, chronią prawidłowe i wolne od wpływów zewnętrznych funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości i samych prokuratorów, a odnośne przepisy statuują wyjątek od zasady powszechnej odpowiedzialności za przestępstwo i nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a co za tym idzie wskazana w nich odpowiedzialność karna rozumiana być winna jedynie jako „odpowiedzialność za przestępstwo” nie zaś jako „odpowiedzialność zbliżona do odpowiedzialności karnej”;

2. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a to art. 21 a ust. 1 i art. 19 ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz o treści tych dokumentów w zw. z art. 414 § 1 k.p.k., poprzez zakończenie postępowania lustracyjnego wobec Barbary O. w formie postanowienia, podczas gdy wymienione przepisy wymagają formy orzeczenia, co do którego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wyroku oraz poprzez ograniczenie uzasadnienia wydanego postanowienia do przywołania w zasadzie tylko uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 lipca 2010 r. i stanowiska wydanego w przedmiocie tejże uchwały przez Prokuratora Generalnego z dnia 12 sierpnia 2010 r. i powołania się na autorytet wymienionych podmiotów i ich oddziaływanie na kształtowanie poglądów prawnych, przy całkowitym pominięciu rozważań Sądu odnoszących się do wykładni obowiązującego prawa i wskazania przyczyn, dla których to immunitet prokuratorski winien mieć zastosowanie w postępowaniu lustracyjnym.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił skargi odwoławczej Prokuratora Oddziałowego Biura Lustracyjnego w K. (określanego dalej w tym uzasadnieniu mianem „prokurator IPN”) uznając, że zarzuty w skardze tej podniesione są albo nietrafne, albo też nie są tej wagi, by ich podzielenie mogło prowadzić do wzruszenia orzeczenia Sądu *a quo*.

Do tej drugiej grupy zarzutów, zawierających uwagi i zastrzeżenia w pewnym stopniu trafne, należy zwłaszcza zarzut naruszenia art. 424 k.p.k. Wprawdzie orzeczenie Sądu Okręgowego nie miało charakteru decyzji wydawanej po zakończeniu postępowaniu lustracyjnego, ale okoliczność powyższa nie zwalniała Sądu *a quo* od rzetelnego i wszechstronnego przedstawienia własnego poglądu i przesłanek rozumowania odnośnie problematyki prawnej, bez wątplenia złożonej i rodzącej kontrowersje, która stanowiła istotę rozstrzygnięcia w sprawie. Nie zmienia to natomiast faktu, że poprzez odwołanie się przez Sąd *a quo* do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Trybunału Konstytucyjnego i wyrażenie zdecydowanego przekonania o jej słuszności, a także o podzieleniu wyrażonego w niej poglądu, a ponadto, poprzez odwołanie się do związanego z wydaniem tej uchwały stanowiska Prokuratora Generalnego, przyjęć należy, że minimalne warunki uzasadnienia podjętego rozstrzygnięcia zostały zachowane.

Zależnie od wyników wykładni przepisów ustawy z dnia 18 października 2006r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów Dz. U. z 2007r., nr 63, poz. 425 z późn. zm. (określanej dalej w tym uzasadnieniu mianem „ustawy lustracyjnej”) - za słuszny może być także uznany zarzut dotyczący formy wydanego przez Sąd Okręgowy rozstrzygnięcia, to znaczy jego podjęcie w formie postanowienia. Faktem jest bowiem, że ustawa lustracyjna nie różnicuje form decyzji na jej podstawie podejmowanych, posługując się jedynie nazwą „orzeczenie”. Nie sposób jednak nie zwrócić uwagi, że treść art. 21a ust 1 i 2 ustawy lustracyjnej wyraźnie wskazuje na określoną sytuację procesową w której wydawane jest rozstrzygnięcie, o którym w tym przepisie mowa. Jest ono mianowicie wydawane po przeprowadzeniu postępowania, jako kończące rozprawę i w takim wypadku powinno ono mieć formę orzeczenia (być tak właśnie nazwane). Ustawa nie rozstrzyga natomiast, czy tę samą formę powinny mieć także te rozstrzygnięcia, które wydawane są przed skierowaniem

sprawy na rozprawę (o odmowie wszczęcia bądź o umorzeniu). Zgodnie z treścią art. 19 omawianej ustawy, „w zakresie nieuregulowanym przepisami niniejszej ustawy do postępowania lustracyjnego, w tym odwoławczego oraz kasacyjnego, stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego”. Z kolei zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania karnego, formą decyzji procesowych są orzeczenia (pod tym pojęciem rozumie się wyroki i postanowienia) oraz zarządzenia. Formą właściwą dla decyzji podejmowanych w trybie art. 339 § 3 k.p.k. (w tym umorzenie postępowania w fazie sądowej kontroli oskarżenia) jest postanowienie. Tym samym, po pierwsze wątpliwe jest, czy istotnie Sąd *a quo* dopuścił się uchybienia formalnego, chociaż przy innym odczytaniu intencji ustawodawcy w odniesieniu do ustawy lustracyjnej, można naturalnie bronić tezy, że każde podejmowane w toku tego postępowania rozstrzygnięcie powinno mieć formę orzeczenia. Skoro jednak samo formalne nazwanie rozstrzygnięcia „orzeczeniem” lub „postanowieniem” nie ma wpływu na jego merytoryczną poprawność, wyrazić trzeba przekonanie, że będzie tu miał zastosowanie art. 118 § 1 k.p.k. w zw. z art. 19 ustawy lustracyjnej.

Analogiczne zresztą wątpliwości rodzi forma wniesionego przez prokuratora IPN środka odwoławczego nazwanego „apelacja”. Wprawdzie zgodnie z art. 21a ust. 1 zd. drugie „do orzeczenia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wyroku”, to jednak w świetle art. 21a ust. 1 i 2 omawianej ustawy najwyraźniej chodzi tu o orzeczenia kończące rozprawę główną, a nie orzeczenia ją poprzedzające i zamykające drogę dla skierowania sprawy na rozprawę. Tymczasem Kodeks postępowania karnego przewiduje formę apelacji wyłącznie w odniesieniu do skargi od wyroku, w odniesieniu zaś do pozostałych decyzji procesowych formą właściwą jest zażalenie. Przepisy art. 19 i 21a zostały dodane przez art. 1 ustawy zmieniającej z 28 lutego 2007r. (Dz. U. Nr 25, poz. 62). Być może spowodowało to powstanie luki normatywnej w zakresie analizowanego zagadnienia. W takim jednak wypadku mamy do czynienia z kwestią „nieuregulowaną” w ustawie lustracyjnej, a wówczas stosować należy dyrektywę art. 19 ustawy lustracyjnej. Niezależnie jednak od wyniku wykładni wyżej wskazanych przepisów, wniesioną skargę oceniać należy przez pryzmat art. 118 § 1 k.p.k., uznając jej procesową dopuszczalność.

Sąd Apelacyjny nie podzielił pierwszego z zarzutów skargi odwoławczej Prokurator

IPN, to jest wyrażonego w jego treści przekonana o dopuszczeniu się przez Sąd *a quo* obraży prawa materialnego poprzez błędną wykładnię art. 54 ust. 1 i 5 ustawy o prokuraturze oraz art. 7 k.k.

Formalnie rzecz ujmując, zarzut skargi jest ułomny już z tego powodu, że wbrew wynikającej z jego treści sugestii, Sąd *a quo* nie podjął wykładni art. 7 k.k. (w ogóle nie odniósł się do kwestii stosowania przepisów części ogólnej Kodeksu karnego). Przepis zaś art. 54 ust. 1 ustawy o prokuraturze został powołany jedynie dla wskazania aktu prawnego w którym unormowany jest tzw. formalny immunitet prokuratora i przypomnienia treści tej normy gwarancyjnej. Uwaga ta o tyle ma istotne znaczenie, że Sąd *a quo* w wywodach uzasadnienia odwołał się do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 lipca 2010r. (określanej dalej w tym uzasadnieniu mianem „uchwała TK z 13.07.10r.”) stwierdzając, że w pełni podziela wyrażony w niej pogląd prawny. Tymczasem z lektury tej uchwały wynika, że Trybunał motywując w jej treści podjęte rozstrzygnięcie, odwołał się do własnego wcześniejszego orzecznictwa oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w związku z przepisami ustawy lustracyjnej i **dokonał wykładni art. 42 Konstytucji RP**. Z treści uchwały nie wynika aby Trybunał zajmował się wykładnią przepisów części ogólnej Kodeksu karnego i rozważał ich stosowanie do przepisów ustawy lustracyjnej – o czym szerzej w dalszych rozważaniach tego uzasadnienia.

Kompletnie nieprzekonywające jest odwołanie się przez skarżącego do dotychczasowego orzecznictwa sądowego w sprawach lustracyjnych, w tym również do orzeczeń Sądu Najwyższego, pomimo wskazania art. 439 k.p.k. i płynących zeń konsekwencji. Na marginesie jedynie, w związku z przywołaniem art. 439 k.p.k., przypomnieć w tym kontekście wypada, że przepis art. 19 ustawy lustracyjnej nakazujący odpowiednie stosowanie w sprawach nieuregulowanych przepisów k.p.k. został do niej dodany ustawą z lutego 2007 roku.

Sąd Apelacyjny w tej sprawie – co oczywiste – nie kwestionuje autorytetu, ani samodzielności orzeczniczej sądów, które do tej pory orzekały w sprawach normowanych ustawą lustracyjną i nie dostrzegały przeszkody w postaci braku wymaganego zezwolenia na ściganie lub uznawały, że jego uzyskanie jest zbędne. Zwrócić wszakże należy uwagę na

nader już bogate orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, skutkiem którego była konieczność zmiany całych ustaw lub poszczególnych zawartych w nich przepisów, nierzadko przez wiele już lat stosowanych (dość przypomnieć dla przykładu, że sądy przez ok. 6 lat orzekały w formie postanowienia na posiedzeniu o warunkowym umorzeniu postępowania i dopiero stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wskazujące na dość oczywistą sprzeczność treści art. 5 § 1 k.p.k. z art. 42 ust. 3 Konstytucji R.P. doprowadziło do zmiany tego stanu rzeczy). Z faktu nawet wieloletniego stosowania przepisu (na ogół na zasadzie powszechnej akceptacji wadliwego precedensu i wykształcenia się akceptującego go zwyczaju), nie można wyprowadzać przekonania co do możliwości i celowości dalszego trwania tego zwyczaju (naturalnie nie chodzi tu o przypadki objęte wiążącymi ustawodawcę wyrokami Trybunału Konstytucyjnego), gdy jego dotychczasowe rozumienie okazuje się sprzeczne z naukowymi regułami wykładni, a nawet wprost sprzeczne z normami konstytucyjnymi. Nie sposób także pominąć dyrektywę art. 8 § 1 k.p.k., w myśl której, sąd karny (nie zapominając o art. 19 ustawy lustracyjnej) rozstrzyga samodzielnie zagadnienia faktyczne i prawne i nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu lub organu. **Rzecz zatem nie w tym, jaka była dotychczasowa praktyka orzecznicza, lecz czy była ona poprawna.**

W dalszej części swojej argumentacji Prokurator IPN powołała się na poglądy zawarte w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2006r. (I KZP 20/06) w treści których SN analizuje, czy do postępowania lustracyjnego mogą mieć zastosowanie przepisy części ogólnej Kodeksu karnego przez art. 116 k.k. i wyprowadza wniosek, że przedmiotem ustawy lustracyjnej nie jest postępowanie w sprawie o zbrodnię lub występku, nie ma w niej mowy o przestępstwie i karze, a ten rodzaj odpowiedzialności o charakterze represyjnym, który wynika z ustawy lustracyjnej nie jest tożsamy z odpowiedzialnością karną w rozumieniu art. 1 k.k. i dalszych przepisów części ogólnej Kodeksu karnego. Swego rodzaju brak rzetelności w relacjonowaniu tego poglądu przez Prokurator IPN (a może tylko dostatecznej dokładności i wszechstronności) wynika z trzech następujących okoliczności: a) postanowienie to zostało wydane przed nowelizacją ustawy lustracyjnej z lutego 2007 roku, a zmiany obejmujące obecnie obowiązujące art. 19, art. 21 ust. 1 i 2 oraz art. 21a mogą mieć w analizowanym przedmiocie niebanalne znaczenie interpretacyjne (i

fakt ich procesowego charakteru, wbrew odmiennemu przekonaniu skarżącego nie zmienia sensu tej uwagi); b) braku konstatacji, że analiza SN ograniczała się jedynie do kwestii, czy znajduje tu zastosowanie art. 116 k.k. i tego pojęcia „odpowiedzialność karna” które kształtowane jest przepisami części ogólnej Kodeksu karnego; c) pominięciu faktu, że mimo wyrażonego poglądu, Sąd Najwyższy uznał, że art. 30 k.k. w rozpoznawanej sprawie, na zasadzie dozwolonej analogii na korzyść, znajduje jednak zastosowanie.

Także w tym miejscu należy zasygnalizować (o czym bliżej w dalszych rozważaniach), że uchwała TK z 13.07.2010r., nie odnosi się do odpowiedniego lub wprost stosowania przepisów Kodeksu karnego, i to nie z tych przepisów Trybunał wyprowadza pogląd, że odpowiedzialność osoby lustrowanej, określona przepisami ustawy lustracyjnej, jest odpowiedzialnością karną, lecz że pogląd Trybunału sformułowany został na podstawie wyniku wykładni art. 42 Konstytucji RP.

Nie wzmacnia zawartej w uzasadnieniu skargi odwoławczej argumentacji fakt jej wyraźnej selektywności. Powołując się na wyżej wskazane postanowienie Sądu Najwyższego oraz orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 28 kwietnia 2010r., a nadto na poglądy wyrażone w doktrynie przez A. Murzynowskiego, P. Rogozińskiego, A. Gaberlego i J. Raglewskiego, skarżąca ignoruje odmienny pogląd wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 stycznia 2002r. UNV AL. 33/01 (OSA 2002/9/74), pomija kontrowersje wokół pojęcia odpowiedzialności o jakiej stanowi ustawa lustracyjna przejawiające się w piśmiennictwie (m. in. M. Bilik, M. Filar, S. Waltoś), a nawet te opracowania i poglądy naukowe, w których wyrażono poglądy na kwestię stosowania art. 116 k.k. do ustaw pozakodeksowych odmienne, od wyrażonego w wyżej omawianym postanowieniu Sądu Najwyższego (E. Bieńkowska, J. Wojciechowski). Wyżej sygnalizowane prace powołano w Komentarzu do Kodeksu karnego. Część ogólna. Tom I, pod red A. Zolla, Zakamycze 2004r., s. 1493 i n. Także w tym jednak wypadku analizy i oceny koncentrowały się na wykładni przepisów części ogólnej Kodeksu karnego, w tym art. 116 k.k. i tego pojęcia odpowiedzialności karnej, które z ich interpretacji wynika. Zarazem, skarżąca praktycznie całkowicie pomija dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, a także Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (do którego odwołał się w swojej uchwale Trybunał Konstytucyjny), dotyczące charakteru prawnego

odpowiedzialności na podstawie ustawy lustracyjnej.

W pełni natomiast trafnie skarżąca stwierdza, że „przepisy statuujące immunitet prokuratorski nie są przepisami procedury karnej ani nie dotyczą ogólnych zasad odpowiedzialności karnej” (jak należy domniemywać zawartych w części ogólnej Kodeksu karnego) oraz że mają one czysto ustrojowy charakter, ale wnioski jakie z tych słusznych tez skarżąca wyprowadza, w zgeneralizowanej ocenie są błędne, bowiem mimo sugerowania autonomicznego ustrojowego charakteru tych przepisów, skarżąca nadal wiąże je ściśle i wyłącznie z tym rozumieniem odpowiedzialności karnej oraz z tym rozumieniem przestępstwa i kary, które wynika z części ogólnej Kodeksu karnego.

Nie ulega żadnej wątpliwości, że rozwiązanie zagadnienia prawnego, które legło u podstaw zaskarżonego orzeczenia Sądu *a quo*, skargi odwoławczej, a wcześniej było przedmiotem rozstrzygnięcia przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Trybunału Konstytucyjnego, warunkowane jest trafnością analizy prawnej zmierzającej do ustalenia, czy ta odpowiedzialność osoby lustrowanej, o której jest mowa w ustawie lustracyjnej, **jest bądź nie jest, odpowiedzialnością karną**, a zarazem, jaki zakres znaczeniowy nadawać trzeba pojęciu „odpowiedzialność karna” w modelu polskiego systemu prawa.

Zarówno Trybunał Konstytucyjny, jak też Europejski Trybunał Praw Człowieka (o czym w sposób zdecydowany i jednoznaczny pisze Trybunał Konstytucyjny między innymi w wyroku z dnia 11 maja 2007r., sygn. akt K 2/07; zob. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTKA 2002, nr 4, poz. 50) wielokrotnie stwierdzały, że postępowanie lustracyjne ma charakter penalny. Świadczy o tym zarówno charakter czynu, za który sprawca ponosi odpowiedzialność, charakter i dolegliwość sankcji za ten czyn przewidzianych, jak też reguły postępowania, w toku którego stwierdzone jest ewentualne popełnienie czynu zarzucanego i orzekane są sankcje będące jego prawną konsekwencją.

Warto przypomnieć, że zasadniczym celem ustawy lustracyjnej jest odsunięcie od sprawowania władzy osób, co do których nie ma pewności, że będą sprawowały ją zgodnie z zasadami demokracji, ponieważ nie wykazały się one zaangażowaniem na ich rzecz ani wiarą w nie w przeszłości, a obecnie nie są zainteresowane ani nie mają motywacji, aby je sobie przyswoić. Nadto ustawodawca miał na względzie konstytucyjne gwarancje

zapewniające obywatelom prawo do informacji o osobach pełniących funkcje, zajmujących stanowiska i wykonujących zawody wymagające zaufania publicznego. Takie środki sankcjonujące jakie określa ustawa lustracyjna – pisze Trybunał Konstytucyjny – „(...)mogą być zgodne z zasadami funkcjonowania demokratycznego państwa prawa, jeżeli spełnionych jest kilka kryteriów. To znaczy, że winę – mającą charakter indywidualny, a nie zbiorowy – należy udowodnić w każdym indywidualnym wypadku, co wskazuje wyraźnie na konieczność indywidualnego, a nie kolektywnego, stosowania ustaw lustracyjnych. To znaczy także, że należy zagwarantować prawo do obrony, domniemanie niewinności do czasu udowodnienia winy oraz prawo odwołania się do sądu” (podkr. SA).

Penalny charakter ustaw lustracyjnych, pisze Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu cytowanego wyroku, wynika po pierwsze – z preambuły; po drugie – ze standardu ukształtowanego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka; po trzecie – z przyjęcia procedury karnej jako właściwej dla postępowania lustracyjnego i po czwarte – z penalnego charakteru sankcji związanych z obowiązkiem składania oświadczeń lustracyjnych. Preambuła, pisze dalej Trybunał Konstytucyjny, wyraża potępienie i dyskredytację społeczną, moralną i prawną osób, których działania były „trwale związane z łamaniem praw człowieka i obywatela na rzecz komunistycznego ustroju totalitarnego”. Trwale naruszanie praw człowieka (w różnych postaciach zjawiskowych), o którym mówi preambuła, z pewnością jest poważnym deliktem karnym. Tak więc preambuła przesądza o tym, że w ustawie chodzi o cel penalny.

Sama w sobie preambuła nie rodzi skutków prawnych dla adresatów ustawy. Nie można jednak twierdzić, że jej brzmienie jest bez znaczenia dla osób objętych lustracją. Ukierunkowuje jednak interpretację ustaw zaskarżonych, w tym także ustaw zmienianych tą ustawą, i sposób jej stosowania, i to nakazuje traktować preambułę jako wypowiedź normatywną, mającą znaczenie dla analizy konstytucyjności przeprowadzanej przez Trybunał Konstytucyjny - podkreślono w wywodach uzasadnienia tego wyroku.

Ważnym też będzie zdecydowane powtórzenie konstatacji zawartej w uzasadnieniu omawianego tu wyroku Trybunału, że „negatywne konsekwencje jakimi zagrożony jest czyn złożenia fałszywego oświadczenia lustracyjnego dla zainteresowanych osób, które pełnią lub zamierzają pełnić funkcje publiczne, powoduje nie współpraca, lecz złożenie

niezgodnego z prawdą oświadczenia. Przedmiotem postępowania lustracyjnego jest więc prawdziwość oświadczenia lustracyjnego” (podkr. SA). Jednym ze środków prowadzących do realizacji przedmiotu postępowania lustracyjnego (a pośrednio – celu) – jest przewidziana w tej ustawie sankcja (w jej aktualnym brzmieniu określona w art. 21a ust. 2a i 2b), którą jest orzeczenie utraty prawa wybieralności w wyborach do Sejmu, Senatu i Parlamentu Europejskiego oraz w wyborach powszechnych organu i członka organu jednostki samorządu terytorialnego oraz organu jednostki pomocniczej jednostki samorządu terytorialnego, której obowiązek utworzenia wynika z ustawy, na okres od 3 do 10 lat, a także orzeczenie zakazu pełnienia funkcji publicznej, o której mowa w art. 4 pkt 2-56 ustawy lustracyjnej, na okres od 3 do 10 lat. „Chodzi więc o to” - pisze Trybunał – „aby osoby będące w przeszłości funkcjonariuszami, pracownikami i współpracownikami organów bezpieczeństwa państwa ujawniały – w imię transparentności życia publicznego – fakt służby, pracy lub współpracy, a także o usunięcie niebezpieczeństwa związanego np. z szantażem, który mógłby być zastosowany wobec tych osób ze względu na nieujawnione fakty z przeszłości. Dlatego też istotne jest w konsekwencji ustalenie przede wszystkim faktu służby, pracy, czy współpracy, a nie samego kłamstwa danej osoby. Sama współpraca nie zamyka obywatelowi drogi do pełnienia funkcji publicznych”.

Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z treścią załączników nr 1a część A i nr 4 część A (o których ustawa stanowi w art. 10 i art. 11 ust. 5) osoba wypełniająca oświadczenie lustracyjne deklaruje, że jest **świadoma odpowiedzialności za złożenie niezgodne z prawdą oświadczenia** i składa je po zaznajomieniu się z treścią ustawy lustracyjnej. Nie sposób wyprowadzić przekonania, że prawodawca ma w tym wypadku na myśli rodzaj odpowiedzialności inny niż odpowiedzialność karna (administracyjną, cywilną lub jeszcze inną?). Trafnie zatem pisze Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 11 maja 2007r., że preambuła ustawy lustracyjnej wskazuje, że **celem ustawy było napiętnowanie (w życiu społecznym) i ukaranie** (poprzez zastosowanie sankcji wskazanych przez samą ustawę) osób kolaborujących z ustrojem totalitarnym, w tych formach zjawiskowych, które wskazano w samej ustawie. Wskazuje na to, o czym była już wyżej mowa, **rodzaj sankcji** związanych z obowiązkiem składania oświadczeń lustracyjnych. W wypadku stwierdzenia przez właściwe organy (prokurator IPN, sąd lustracyjny), że oświadczenie lustracyjne nie

odpowiada treści informacji zawartych w materiałach IPN, następują skutki, o których mowa w art. 21a ust. 2a i 2b. Ten sam skutek ma uchybienie terminowi złożenia oświadczenia (art. 57 ust. 1 i 2 odsyłający do skutków art. 21e ust. 1). „Zakaz wykonywania przez relatywnie długi czas określonych zajęć i zawodów (politycznych, prawniczych, w nauce, dziennikarskich)” - pisze Trybunał - „...jest dotkliwą sankcją, pozbawiającą osobę, której dotyczy, możliwości kontynuowania swojego życia zawodowego. **Takie sankcje mają z natury rzeczy charakter kary**; ich przedmiot i treść odpowiada bowiem temu, co w prawie karnym określa się mianem „**środka karnego**” (podkr. SA).

Podnieść warto i ten argument, że żadna norma, ani też zasada ustrojowa nie ogranicza ustawodawcy w odniesieniu do typizowania zachowań skutkujących odpowiedzialnością o charakterze karnym, do zasad i reguł tej odpowiedzialności określonych w części ogólnej Kodeksu karnego. Ustawa lustracyjna jest unormowaniem pozakodeksowym. Określono w niej autonomiczne cele i zasady odpowiedzialności karnej. Ustawą tą, na niektóre grupy obywateli, nałożony został obowiązek złożenia oświadczenia lustracyjnego. Dostatecznie precyzyjnie określono w niej czyn zabroniony, którym jest złożenie fałszywego oświadczenia. Określono również sankcje. Istotne jest przy tym nie tylko to, że sankcje te mają charakter kary, ale też ich bardzo głęboka dolegliwość. W rzeczywistości nie ogranicza się ona bowiem do utraty prawa wyborczego i utraty na pewien okres czasu prawa wykonywania określonej pracy lub zajmowania stanowiska, ale łączy się nadto z negatywną stygmatyzacją osób kwalifikowanych jako osobowe źródło informacji, prowadząc na ogół do infamii.

W tym miejscu prowadzonych rozważań nie sposób pominąć szczególnej dolegliwości takiej sankcji dla prokuratora (podobnie sędziego i przedstawicieli niektórych dalszych grup zawodowych). Sankcja za złożenie oświadczenia niegodnego z prawdą, prowadząca do złożenia z urzędu i infamii zawodowo-środowiskowej, praktycznie wyłącza powrót do wykonywania tego zawodu, utratę szeregu związanych z tym zawodem przywilejów, nierzadko także negatywne konsekwencje dla osób najbliższych.

Podzielenie poglądu Prokurator IPN skarżącej orzeczenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie, zwłaszcza wobec charakteru sankcji określonych w ustawie lustracyjnej, i przyjęcie, że nie wchodzi one w zakres prawnego pojęcia „odpowiedzialność karna”, że

mamy tu do czynienia z jakimś innym rodzajem odpowiedzialności, a w konsekwencji wyłączenie ochrony immunitetowej wraz z jej zasadniczym ustrojowo-prawnym charakterem gwarancyjnym, oznaczałoby ogromną lukę prawodawczą.

Przypomnieć należy, że immunitety formalno-prawne stanowią formę zabezpieczenia przysługującego określonym osobom z uwagi na pełnione przez nie ważne funkcje państwowe lub w stosunkach międzynarodowych. Funkcją immunitetu jest ochrona tych osób przed możliwością wpływania na ich zachowania (głównie w sferze ich powinności zawodowych), za pomocą wszczynania postępowań karnych, zwłaszcza takich, które mają fikcyjny charakter. Pozbawienie tych osób ochrony immunitetowej w zakresie stawianego im zarzutu złożenia fałszywego oświadczenia lustracyjnego, stwarzałoby realne niebezpieczeństwo dla nich samych, ale również dla obowiązującego porządku prawnego. Tego zaś zagrożenia zdaje się nie widzieć Prokurator IPN, który koncentruje się w swoim odwołaniu na gramatycznej wykładni przepisów Kodeksu karnego, ustawy lustracyjnej oraz ustawy o Prokuraturze, a nadto wyraża przekonanie, że przepisy ustawy o prokuraturze normujące zasady odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz immunitet prokuratorski mają charakter przepisów *lex specialis*.

Warto w tym stanie rzeczy przypomnieć, że bez wątplenia, dla ustalenia rzeczywistej treści i zakresu znaczeniowego konkretnego przepisu prawa, każdy kto zmierza do odczytania i prawidłowego zrozumienia tekstu prawnego, powinien w pierwszym rzędzie uwzględnić językowe reguły interpretacyjne. Zgodnie z regułą „językowej racjonalności prawodawcy” w wypadku, w którym przypis prawa - w języku prawnym aktu prawnego w którym został on zamieszczony - w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wyraża określoną normę postępowania, tak właśnie powinien on być odczytywany. W takim też wypadku nie ma podstaw do odwoływania się do innych, niż językowe, reguł wykładni (*clara non sunt interpretanda*). Jeśli tak jednak nie jest, a przepis, bądź poszczególne użyte w nim wyrażenia, budzą wątpliwości co do ich znaczenia (wtedy np., gdy użyty termin nie jest ostry i mogą mu być nadane różne, językowo dopuszczalne, znaczenia lub zakresy tych znaczeń) uzasadnione, a na ogół wręcz konieczne, staje się odwołanie do innych typów wykładni, w tym systemowej, celowościowej, funkcjonalnej. Niezbędne staje się zwłaszcza odwołanie do założenia „aksjologicznej racjonalności prawodawcy” i uwzględnienie w

procesie wykładni, funkcjonalnych reguł interpretacyjnych, zgodnie z którymi, spośród dopuszczalnych językowo znaczeń zespołu przepisów, danego przepisu, lub użytego w nim wyrażenia, przyjęć należy takie znaczenie, które nadaje wyinterpretowanej normie postępowania **najlepsze znaczenie aksjologiczne**. Trafnie też podkreślają P. Hofmański i S. Zabłocki (w:) Elementy metodyki pracy sędziego w prawach karnych, Zakamycze 2006r., s.234), że „Bez należytych rozważań nad sensem umiejscowienia danego przepisu w systemie prawnym” oraz równie wnikliwej refleksji nad celem, jaki przyświecał ustawodawcy przy jego uchwalaniu, nie jesteśmy (...) w stanie stwierdzić, czy przypadkiem nie zachodzą ważne racje prawne, społeczne lub moralne przemawiające za odstępianiem od wykładni gramatycznej. Zabieg taki jest już absolutnie niezbędny, jeśli rezultat wykładni językowej nie jest jednoznaczny”.

W ocenie Sądu Apelacyjnego orzekającego w niniejszej sprawie, brak jest zarówno prakseologicznych, jak też aksjologicznych przesłanek dla przypisania ustawodawcy intencji unormowania w ustawie lustracyjnej nowego rodzaju odpowiedzialności, a w każdym razie, takiego rodzaju odpowiedzialności, która nie wchodziłaby w zakres prawnego pojęcia „odpowiedzialność karna” z wszystkimi tego konsekwencjami, o którym już była mowa. Niezależnie od tego, czy jest to odpowiedzialność karna w takim rozumieniu, w jakim pojęcie to wyprowadzane jest na podstawie interpretacji przepisów części ogólnej Kodeksu karnego.

Powrócić w tym miejscu trzeba do kwestii sygnalizowanej już dwukrotnie w wywodach tego uzasadnienia. Rzecz w tym, że Trybunał Konstytucyjny treść swojej uchwały i wyrażony w niej pogląd prawny, wyprowadził nie z wykładni przepisów części ogólnej Kodeksu karnego, lecz w wyniku wykładni art. 42 Konstytucji RP, co najwyraźniej uszło uwadze skarżącej. Problem ten w nader komunikatywny i przekonujący sposób przedstawił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu cytowanego wyżej postanowienia z dnia 28.09.2006r. (I KZP 20/06), stąd też warto wypowiedź tę zacytować: „W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego - pisze Sąd Najwyższy - akcentuje się, że „...odpowiedzialność karna **jest tylko jedną z form odpowiedzialności, w związku z którą stosowane są środki o charakterze represyjnym**”, przy czym do „...aplikowania określonych środków represyjnych należy zasada stosowania tego rodzaju odpowiedzialności na podstawie

indywidualnej, jednostkowej winy sprawcy" (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTKA 2002, nr 4, poz. 50). Nadto podkreśla się, że **"konstytucyjne" znaczenie pojęcia "odpowiedzialności karnej" nie może być ustalane przez odwołanie się do obowiązującego ustawodawstwa, w przeciwnym wypadku analizowany przepis utraciłby swoje znaczenie gwarancyjne. W konsekwencji zaś "... należy przyjąć, że zakres stosowania art. 42 Konstytucji obejmuje nie tylko odpowiedzialność karną w ścisłym tego słowa znaczeniu, a więc odpowiedzialność za przestępstwa, ale również inne formy odpowiedzialności prawnej związane z wymierzaniem kar wobec jednostki"** (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 lipca 2003 r., P 10/02, OTK ZU 2003, nr 6, poz. 62; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 listopada 2004 r., K 18/03, OTKA 2000, nr 10, poz. 103)"; /podkr. SA/. Zakres konstytucyjnego pojęcia „odpowiedzialność karna” jest zatem szerszy od zakresu pojęcia „odpowiedzialność karna”, które wyprowadzić można w wyniku wykładni przepisów części ogólnej Kodeksu karnego, przy czym pojęcie kodeksowe wchodzi w całości w zakres pojęcia konstytucyjnego. W żadnym też razie takiemu rozumowaniu nie przeczy zwłaszcza fakt, że sankcja określona w ustawie lustracyjnej nie polega na wymierzeniu kary w jej ścisłym kodeksowym znaczeniu, skoro treściowo jest ona tożsama z odpowiadającymi jej środkami karnymi wymienionymi w art. 39 k.k. Z drugiej zaś strony, odstąpienie od wymierzenia kary, orzeczenie środka zabezpieczającego lub poprzestanie na orzeczeniu środka karnego w postępowaniu karnym, nie upoważnia do twierdzenia, że w takich wypadkach nie mamy do czynienia z rozstrzygnięciami w ramach karnej odpowiedzialności sprawcy czynu zabronionego. Tu wyróżnikiem jest jedynie określenie czynu zabronionego (złożenia fałszywego oświadczenia) w ustawie pozakodeksowej.

Koniecznym w tym kontekście jest również przypomnienie o hierarchii źródeł prawa unormowanej w Konstytucji RP. Są nimi: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. W obowiązującym w Polsce systemie ustrojowym wyłącza się sprzeczność ustawy zwykłej z Konstytucją (na straży zgodności ustaw z Konstytucją stoi właśnie Trybunał Konstytucyjny). W wypadku unormowanym w Konstytucji (a tak jest odnośnie art. 42 Konstytucji) ewentualne wątpliwości rodzące się na płaszczyźnie interpretacyjnej ustaw zwykłych muszą ustąpić normie konstytucyjnej.

Zważyć tu wreszcie należy, na wprowadzie formalny, ale istotny aspekt analizowanej problematyki, na którym zresztą skoncentrował się (niestety nieomal wyłącznie) Sąd Okręgowy. Trybunał Konstytucyjny, wielokrotnie w tym uzasadnieniu cytowaną uchwałę, podjął w dniu 13 lipca 2010r. Zapewne brak warunków faktycznych i prawnych do wcześniejszego wyrażenia przez Trybunał Konstytucyjny zawartego w niej poglądu, miał wpływ na ukształtowanie się takiej, a nie innej praktyki orzeczniczej sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (co może też w pewnym stopniu stanowić wyjaśnienie wątpliwości zawartych w skardze odwoławczej). Kwestią jednak o niepomiernie ważniejszym znaczeniu jest najwyższa ranga i autorytet Trybunału Konstytucyjnego w zakresie wykładni norm konstytucyjnych, zarówno w Polsce, jak też w innych państwach europejskich. Autorytet ten wypływa zarówno z faktu, iż członkami tego organu są wybitni i doświadczeni prawnicy, jak również faktu ich profesjonalizacji w zakresie analizy i ustalenia treści badanych norm, w relacji do norm konstytucyjnych. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997r. o Trybunale Konstytucyjnym, Trybunał Konstytucyjny, jest organem władzy sądowniczej, powołanym do badania zgodności z Konstytucją aktów normatywnych i umów międzynarodowych oraz wykonywania innych zadań określonych w Konstytucji. Wprowadzie w tym wypadku Trybunał nie orzekał ściśle w tym charakterze (to znaczy nie badał zgodności przepisu z normami Konstytucji), ale w treści swojej uchwały dostrzegł, podjął i rozstrzygnął zagadnienie o randze konstytucyjnej, wymagające wykładni o zasadniczym znaczeniu. Trybunał dokonał interpretacji art. 42 Konstytucji RP i odwołując się także do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka uznał, że odpowiedzialność osób zobowiązanych do złożenia oświadczenia lustracyjnego, której mowa w ustawie lustracyjnej „**jest odpowiedzialnością karną w rozumieniu art. 42 Konstytucji RP**” (podkr. SA). Prawdą jest, że uchwała ta nie ma mocy powszechnie wiążącej, ale prawdą też jest, że określa ona, wraz z rozstrzygnięciem zawartym w jej ustępie drugim, pewien stan prawnie wiążący w odniesieniu do sędziów Trybunału Konstytucyjnego. Ta zaś okoliczność prowadzi do dość oczywistej konstatacji, że zanegowanie poglądu Trybunału prowadziłoby do zróżnicowania pomiędzy grupami osób chronionymi immunitet formalnym. Sytuacja prawna sędziów Trybunału byłaby w tym przedmiocie silniejsza i byłiby oni silniej chronieni z uwagi na konieczność uprzedniego

uzyskania zgody na pociągnięcie sędziego Trybunału do odpowiedzialności karnej. Zróznicowanie to byłoby tyleż niezrozumiałe co kompletnie nieuzasadnione (a w relacji do sędziów Trybunału Stanu, sędziów Sądu Najwyższego, sędziów sądów powszechnych, wręcz rażące).

Z pragmatycznego punktu widzenia, ale już niejako na marginesie, warto zapewne zważyć, że skoro pogląd polskiego Trybunału Konstytucyjnego na istotę i charakter postępowania lustracyjnego jest zbieżny z poglądami Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, to próba jego zignorowania, czy odrzucenia, prowadzić jedynie może do wyroków dla Polski niekorzystnych i obniżenia rangi polskiego systemu prawnego w ocenach międzynarodowych.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również wyrażonego w skardze odwoławczej Prokuratora IPN przekonania o tym, że w wypadku przyjęcia, że odpowiedzialność, o której mowa w ustawie lustracyjnej, jest odpowiedzialnością karną i w konsekwencji przyjęcia, że pociągnięcie do tej odpowiedzialności warunkowane jest wyjednaniem zgody właściwego sądu dyscyplinarnego, powinność wyjednania tej zgody spoczywa nie na prokuratorze IPN, lecz na sędzie, do którego kieruje on wniosek o wszczęcie postępowania lustracyjnego.

Raz jeszcze wypada w tym kontekście przypomnieć, że zgodnie z art. 19 ustawy lustracyjnej, w sprawach w tej ustawie nieuregulowanych, stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego. To zaś oznacza, że zastosowanie odpowiednie mieć będą nie tylko normy gwarancyjne (prawo do obrony, domniemanie niewinności, spoczywanie ciężaru dowodu na oskarżycielu) i przepisy statuujące procesową pozycję osoby lustrowanej, do której z mocy odrębnego postanowienia (art. 21 ust. 1 ustawy lustracyjnej) mają zastosowanie przepisy dotyczące oskarżonego w postępowaniu karnym, ale także przepisy regulujące przebieg postępowania. Zgodnie z art. 21 ust. 2 ustawy lustracyjnej „do prokuratora Biura Lustracyjnego i prokuratora oddziałowego biura lustracyjnego Instytutu Pamięci Narodowej w postępowaniu lustracyjnym **mają zastosowanie przepisy dotyczące oskarżyciela publicznego w postępowaniu karnym**. Udział prokuratora Biura Lustracyjnego lub prokuratora oddziałowego biura lustracyjnego Instytutu Pamięci Narodowej w postępowaniu lustracyjnym jest obowiązkowy. Tym samym przyjąć należy, że odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego nakazuje uznać, że

wniosek prokuratora IPN o wszczęcie postępowania lustracyjnego wobec wskazanej w nim imiennie osoby i wydanie orzeczenia stwierdzającego, że osoba ta złożyła niezgodne z prawdą oświadczenie lustracyjne, jest rodzajem skargi uprawnionego oskarżyciela, której wniesienie zostało przecież poprzedzone zebraniem koniecznych materiałów dowodowych potwierdzających zasadność wyrażonego we wniosku żądania. Prokurator zaś składający wniosek, którego obecność na rozprawie jest obowiązkowa, nie ogranicza się powtórzenia przekonania „o powzięciu wątpliwości”, lecz spełnia rolę oskarżyciela obarczonego materialnym ciężarem dowodu. Problem nie w tym, czy w ramach poprzedzających czynności prokuratorskich dochodzi do wszczęcia postępowania lustracyjnego, lecz w tym, **że wszczęcie takiego postępowania wymaga uprzedniego wyjednania zgody właściwego sądu dyscyplinarnego.** Poszukiwanie, gromadzenie i zabezpieczenie dla sądu materiałów dowodowych przez prokuratora IPN jest swego rodzaju stadium przygotowawczym, a powzięcie przekonania, że istnieją uzasadnione podstawy do wszczęcia postępowania lustracyjnego, zobowiązuje do uprzedniego wyjednania zgody sądu dyscyplinarnego. Sugestia, jakoby powinność wyjednania owej zgody powstawała dopiero po wszczęciu postępowania przez sąd (przejścia sprawy w fazę *in personam* - według przeświadczenia Prokurator IPN) jest wręcz nieporozumieniem. **Immunitet chroni przed wszczęciem postępowania.** Wszczęcie zaś postępowania, jest równoznaczne z pociągnięciem do odpowiedzialności i stanowi jego pierwszy akt (zob. np.: F. Prusak: Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym, Warszawa 1973.r., s.38 i n.). Brak byłoby także podstaw do obarczania sądu tym obowiązkiem przed wszczęciem postępowania, po pierwsze dlatego, że sąd nie może w żadnym układzie procesowym łączyć funkcji rozpoznania i orzekania z funkcją o charakterze ścigania karnego, po wtóre dlatego, że w odniesieniu do tej powinności (wyjednania zezwolenia) w systemie polskiego prawa procesowego spoczywa ona na tym, kto zamierza wystąpić ze skargą przeciwko osobie chronionej immunitetem, żąda wszczęcia przeciwko takiej osobie postępowania karnego lub też zamierza takie postępowanie wszcząć z urzędu.

Na zakończenie wyrazić należy jeszcze jedną wątpliwość o drugorzędnym wprawdzie znaczeniu, ale która nie znajduje wyjaśnienia w treści wniesionej skargi odwoławczej. Sąd *a quo* powołał w uzasadnieniu wyroku stanowisko wydane przez

Prokuratora Generalnego wydane w odpowiedzi na pismo Dyrektora Biura Lustracyjnego Instytutu Pamięci Narodowej Komisji Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu „w związku z wątpliwościami powstałymi na tle uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego”(PG VII G 40/18/10 dot. BL –0737/10). Prokurator skarżący orzeczenie Sądu Okręgowego fakt ten dostrzega, ale nie odnosi się do owego „stanowiska” w żadnym zdaniu uzasadnienia. Tymczasem w treści tego stanowiska znajdują się następujące stwierdzenia (które Sąd Apelacyjny orzekający w niniejszej sprawie podziela): „Można bez obawy błędu przyjmować, że wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego, zawarta w uchwale Zgromadzenia Ogólnego z dnia 13 lipca 2010 r., po jej upowszechnieniu wśród sędziów rozpoznających sprawy lustracyjne, w tym sędziów Sądu Najwyższego, będzie stanowić argument za wymaganie zezwolenia właściwego organu na pociągnięcie do odpowiedzialności w postępowaniu lustracyjnym, nie tylko sędziów Trybunału Konstytucyjnego, ale także innych osób, objętych prawnokarnym immunitetem formalnym (...) **pogląd wyrażony w uchwale Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego nie może być traktowany jako odnoszący się wyłącznie do sędziów tego Trybunału, skoro wszystkie występujące w polskim systemie prawnym immunitety formalne zostały skonstruowane wedle jednolitej koncepcji.** Oznacza to, że wymaganie zezwolenia właściwego organu na pociągnięcie do odpowiedzialności w postępowaniu lustracyjnym, jako odpowiedzialności karnej w rozumieniu konstytucyjnym, muszą odnosić się do wszystkich osób objętych immunitetem.

Brak takiego zezwolenia może spowodować uznanie przez sąd zaistnienia negatywnej przesłanki procesowej i w efekcie skutkować umorzeniem postępowania lustracyjnego wszczętego na wniosek prokuratora, bez względu na stopień jego zawansowania, na podstawie art. 17 § 1 pkt 10 Kodeksu postępowania karnego, w związku z art. 19 ustawy lustracyjnej.

Waga wypowiedzi wyrażonej w uchwale Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego, pomimo możliwości głosów polemicznych powoduje, że w opinii Prokuratora Generalnego, celowe będzie występowanie z wnioskami o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności przewidzianej w przepisach ustawy lustracyjnej, w przypadku osób objętych immunitetem”.

Bez wątpienia za zbędne uznać tu należy jakiegokolwiek zabiegi interpretacyjne dla skonstatowania, że poglądy wyrażone w obszernie wyżej cytowanym „stanowisku” Prokuratora Generalnego, są sprzeczne z poglądem wyrażonym przez skarżącą orzeczenie sądu *meriti* Prokurator IPN. Prokurator Generalny dostrzega rangę wykładni Trybunału dla kształtowania jednolitego orzecznictwa sądowego, nie wyraża sprzeciwu wobec przedstawionego w niej poglądu prawnego i przyznaje, że konsekwencją zmiany praktyki postępowania w sprawach lustracyjnych w odniesieniu do osób objętych immunitetem, musi być konieczność uzyskania zgody odpowiedniego organu na pociągnięcie takiej osoby do odpowiedzialności, w przeciwnym bowiem wypadku (braku zgody) spełnione będą przesłanki umorzenia postępowania z art. 17 § 1 pkt. 10 k.p.k. w zw. z art. 19 ustawy lustracyjnej.

Zwracając uwagę na powyższą rozbieżność stanowisk, Sąd Apelacyjny nie zmierza do kwestionowania samodzielności prokuratora. Ale nie zmienia to faktu, że skoro prokuratorzy IPN są podlegli nie tylko Prezesowi IPN, ale także Prokuratorowi Generalnemu, całkowite zignorowanie „stanowiska” prokuratora Generalnego w omawianym przedmiocie musi budzić zdziwienie.

Uwzględniając powyżej przedstawioną argumentację, **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, po rozpoznaniu skargi Prokuratora Oddziałowego Biura Lustracyjnego:**

a) w pełni podziela pogląd wyrażony w uchwale Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 lipca 2010r., uznając, że odpowiedzialność osoby lustrowanej określona w ustawie z dnia 18.10.2006r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów (tekst jedn. Dz. U. z 11 kwietnia 2007r., Nr 63, poz. 425 - dalej określanej mianem „ustawa lustracyjna”) jest odpowiedzialnością karną w rozumieniu art. 42 Konstytucji RP;

b) składany na podstawie ustawy lustracyjnej, wniosek o wszczęcie postępowania przeciwko określonej osobie oraz o stwierdzenie złożenia przez tę osobę niezgodnego z prawdą oświadczenia lustracyjnego, o którym mowa w art. 20 ust. 1 i 2 ustawy lustracyjnej, jest w swej istocie skargą procesową zmierzającą do zainicjowania postępowania w przedmiocie pociągnięcia określonej osoby do odpowiedzialności

karnej. Powinność wyjednanie zgody właściwego sądu dyscyplinarnego na wystąpienie z tym wnioskiem w stosunku do osoby chronionej prawno-karnym immunitetem formalnym, spoczywa na prokuratorze Biura Lustracyjnego lub prokuratorze oddziałowego biura lustracyjnego Instytutu Pamięi Narodowej, który na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego powziął wątpliwość co do prawdziwości złożonego przez tę osobę oświadczenia lustracyjnego, i który zamierza wystąpić do sądu z wyżej wskazanym wnioskiem.

* * *

230.

art. 4 ust. 4 Ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki

(Dz.U. Nr 179, poz. 1843 z późn. zm.)

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 10 grudnia 2010 r. (sygn. akt II S 29/10)

Sądem właściwym do rozpoznania skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki co do orzeczeń wydanych w postępowaniu wykonawczym jest zgodnie z treścią art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz. U. z 2004r., Nr 179, poz.1843 z późn. zm.) sąd okręgowy, co stanowi odstępstwo od ogólnej reguły określonej w art. 4 ust. 1 wyżej powołanej ustawy.

Sąd Apelacyjny we W. po rozpoznaniu w dniu 10 grudnia 2010r. sprawy skazanego Radosława K. na skutek wniesienia przez niego skargi na naruszenie jego prawa do rozpoznania sprawy w postępowaniu w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia przed Sądem Okręgowym w O. bez nieuzasadnionej zwłoki:

uznał się niewłaściwym do rozpoznania skargi i sprawę przekazał sądowi właściwemu – Sądowi Okręgowemu w O.

U z a s a d n i e n i e

Zgodnie z art. 35 § 1 kpk sąd bada z urzędu swą właściwość, a w razie stwierdzenia swej niewłaściwości przekazuje sprawę właściwemu sądowi lub innemu organowi. Z art. 4 ust 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz. U. z 2004r., Nr 179, poz.1843 z późn. zm.) wynika, że sądem właściwym do rozpoznania skargi dotyczącej przewlekłości postępowania egzekucyjnego lub innego postępowania dotyczącego wykonania orzeczenia sądowego jest sąd okręgowy, w którego okręgu prowadzona jest egzekucja lub wykonywane są inne czynności, a gdy egzekucja lub inne postępowanie dotyczące wykonania orzeczenia sądowego prowadzone jest w dwu lub więcej okręgach - sąd, w okręgu którego dokonano pierwszej czynności. Przepis powyższy kompleksowo rozstrzyga problematykę sądu właściwego do rozpoznania skargi na przewlekłość postępowania wykonawczego, a zatem ogólna zasada wskazana w art. 4 ust. 1 niniejszej ustawy w sprawach tejże kategorii nie znajdzie zastosowania. Właściwym do rozpoznania sprawy w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania o warunkowe przedterminowe zwolnienie będzie zatem sąd okręgowy, nie zaś sąd apelacyjny.

W doktrynie za takim stanowiskiem opowiada się J. Skorupka („Skarga na naruszenie prawa strony do rozpoznania skargi bez nieuzasadnionej zwłoki. Komentarz”, s. 158 i n.). Autor ten trafnie uważa, że przepis art. 4 ust. 4 cytowanej ustawy kompleksowo rozstrzyga problematykę sądu właściwego do rozpoznania skargi na przewlekłość postępowania wykonawczego. W ocenie Sądu Apelacyjnego odmienne stanowisko zawarte w opracowaniu trzech autorów P. Górecki, St. Stachowiak, P. Wiliński „Skarga na przewlekłość postępowania sądowego. Komentarz”, str. 52, nie jest przekonujące. Wykładnia przepisu art. 4 ust. 4 sprowadzająca się do twierdzenia, że przepis ten nie dotyczy wykonania orzeczenia sądu karnego, jest interpretacją *contra legem*. Nie ma żadnego powodu, aby różnicować postępowanie wykonawcze karne od postępowania wykonawczego cywilnego. Cytowany powyżej J. Skorupka trafnie zauważył, że odstępstwem od ogólnej reguły właściwości sądu orzekającego w postępowaniu egzekucyjnym (art. 758 kpc) jest postępowanie o nadanie klauzuli wykonalności orzeczeniu

zapadłemu w sądzie okręgowym jako sądzie pierwszej instancji. Jak widać z powyższego przykładu zarówno w postępowaniu cywilnym jak i w postępowaniu karnym sądem właściwym do wykonania orzeczenia jest sąd okręgowy. W konsekwencji, wyjątek od reguły zawartej w art. 4 ust. 1 ustawy określony w tymże artykule w ust. 4, odnosi się także do postępowania karnego. Sądem właściwym do rozpoznania skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki co do orzeczeń wydanych w postępowaniu wykonawczym jest zgodnie z treścią art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz. U. z 2004r., Nr 179, poz.1843 z późn. zm.) sąd okręgowy, co stanowi odstępstwo od ogólnej reguły określonej w art. 4 ust. 1 wyżej powołanej ustawy.

Przyjmując, że właściwość miejscowa sądu rozpoznającego skargę na przewlekłość postępowania determinowana jest siedzibą sądu, w którego okręgu wykonywane są czynności, przedmiotowa sprawa podlega przekazaniu Sądowi Okręgowemu w O.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny postanowił jak na wstępie.

* * *

P R A W O K A R N E W Y K O N A W C Z E

231.

art. 153 § 3 k.k.w.

Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 17 stycznia 2011 r. (sygn. akt II AKzw 1334/10)

Nieodbycie przez skazanego roku pozbawienia wolności od czasu ukończenia przerwy w karze i powrotu skazanego do zakładu karnego (art. 153 § 3 kkw), nie jest ujemną przesłanką wyłączającą kolejne postępowanie w przedmiocie udzielenia przerwy w wykonywaniu kary pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu po rozpoznaniu w dniu 17 stycznia 2011r. sprawy Michała P., na skutek zażalenia skazanego na postanowienie Sądu Okręgowego w O. z dnia 25 listopada 2009r.:

zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że odmówił skazanemu udzielenia przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności.

Z u z a s a d n i e n i a

(...) Stwierdzona przez sąd penitencjarny okoliczność, że nie upłynął rok od powrotu skazanego do zakładu karnego, po wcześniejszej przerwie w karze, nie jest przyczyną wyłączającą – w myśl art. 15 § 1 kkw - kolejne postępowanie w przedmiocie przerwy, albowiem okoliczność ta jedynie ogranicza możliwości w uzyskaniu przerwy w karze, ale jej automatycznie nie wyklucza. Ustalenie tej okoliczności obliguje przecież sąd do dalszego prowadzenia postępowania i badania, czy nie zachodzą podstawy do obligatoryjnej przerwy w karze zgodnie z art. 153 § 1 kkw w zw. z art. 150 § 1 kkw (choroba psychiczna lub inna ciężka choroba) albo, czy przerwa w karze nie jest uzasadniona wypadkiem losowym. Zatem taki wniosek skazanego w tej części musi być rozpoznany merytorycznie.

Upoważnia to do stwierdzenia, że nieodbycie przez skazanego roku pozbawienia wolności od czasu ukończenia przerwy w karze i powrotu skazanego do zakładu karnego (art. 153 § 3 kkw), nie jest ujemną przesłanką wyłączającą kolejne postępowanie w przedmiocie udzielenia przerwy w wykonywaniu kary pozbawienia wolności.

Mając jednakże na uwadze, że Sąd I instancji nie ograniczył się jedynie do ustalenia czasu, jaki upłynął od powrotu skazanego do zakładu karnego po poprzedniej przerwie, ale także prawidłowo ustalił, iż nie zachodzi przypadek ciężkiej choroby lub choroby psychicznej skazanego ani wypadek losowy, to wskazuje to, że wniosek skazanego został rozpoznany merytorycznie, a Sąd ten jedynie posłużył się błędną formułą rozstrzygnięcia. W tej sytuacji możliwa była zmiana zaskarżonego postanowienia o umorzeniu postępowania na orzeczenie o odmowie udzielenia przerwy w karze. (...).

* * *