

Sygn. akt IV KK 449/20

POSTANOWIENIE

Dnia 2 grudnia 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Dariusz Kala

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 2 grudnia 2020 r.
sprawy **R. S. (S.) poprzednio R.**
skazanego za przestępstwo z art. 158 § 2 i 3 k.k. i in.
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. akt II AKa (...)
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w K.
z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. akt XVI K (...)

postanowił

- 1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;**
- 2. obciążyć skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. akt XVI K (...), Sąd Okręgowy w K.:

1) uznał oskarżonego R. S. za winnego tego, że 16 grudnia 1981 roku, w K., jako funkcjonariusz państwa komunistycznego, będąc członkiem plutonu specjalnego, skierowanego w ramach Pułku Manewrowego Komendy Wojewódzkiej Milicji Obywatelskiej w K. do przełamania strajku w KWK „W.”, wspólnie i w porozumieniu z innymi funkcjonariuszami plutonu specjalnego, używając broni palnej, wziął udział

w pobiciu kilkusetosobowej grupy górników, w którym narażono ich na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienia skutku określonego w art. 156 § 1 k.k. lub 157§ 1 k.k., a w następstwie pobicia śmierć ponieśli J. S., J. G., A. P., B. K., Z. Z., Z. W., K. G., J. C. i R. G., natomiast B. B., M. G., P. B., W. K., R. C., T. P., B. D., M. B., S. P., Z. S., Z. W., W. Ł., J. Ż., J. F., J. M., W. W., H. P., S. N., J. B., Z. S. i H. K. doznali ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci ran postrzałowych, przy czym czyn ten stanowi zbrodnię komunistyczną, tj. przestępstwa z art. 158§2 i 3 k.k. i art. 159 k.k. w zw. z art. 11 §2 k.k. w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 roku o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu i za to na podstawie art. 158 § 3 k.k. w zw. z art. 11 §3 k.k. wymierzył mu karę 7 (siedem) lat pozbawienia wolności, którą na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 2a ustawy z dnia 7 grudnia 1989 roku o amnestii złagodził o połowę do 3 i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

2) na podstawie art. 41 §1 k.k. orzekł wobec oskarżonego zakaz zajmowania stanowisk związanych z ochroną bezpieczeństwa i porządku publicznego na 10 (dziesięć) lat,

3) na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 17 maja 2019 roku godz. 9:20 do 13 grudnia 2019 roku.

Wyrok zawiera również rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu.

Od powyższego wyroku apelację wywiedli obrońca, prokurator, pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego S. P.

Obrońca zaskarżył powyższy wyrok w całości.

I. na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 i 8 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił obrazę przepisów postępowania, a mianowicie :

- art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 114 § 3 pkt 4 k.k. w zw. z art. 54 Konwencji wykonawczej do protokołu Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. poprzez przyjęcie, że prawomocne postanowienie Prokuratury N-F. z dnia 16 czerwca 1994 r., nie mogło stanowić merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy w rozumieniu art. 54 Konwencji wykonawczej, a zatem nie może ono stanowić podstawy do zaistnienia przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w postaci powagi rzeczy osądzonej, podczas gdy tego rodzaju orzeczenie w świetle wykładni prezentowanej w

orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej uwzględniającej cele Konwencji, jako kończące postępowanie karne w fazie in personam powinno zostać uznane za stwarzające stan powagi rzeczy osądzonej, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą, określoną w art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia przez sąd odwoławczy wyżej wymienionej bezwzględnej przyczyn odwoławczej, obrońca podniósł zarzut obrazy przepisów postępowania mającą wpływ na treść wyroku, a mianowicie:

a) art. 7 k.p.k. w zw. 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, w tym zeznań świadków, w szczególności zeznań J. J., oraz raportu użycia broni, jak i wizji lokalnych, polegającej na bezpodstawnym uznaniu, że dowody te w sposób jednoznaczny wskazują na fakt oddania przez oskarżonego czterech strzałów na kopalni „W.”, podczas gdy w szczególności zeznania świadka J. J. są niespójne, nielogiczne, jak również są sprzeczne wewnętrznie, nadto treść raportu użycia broni nie jest tożsama z wykazem zużytej amunicji, w związku z powyższym dowody te nie powinny stanowić podstawy ustaleń faktycznych, nadto dokonania dowolnej oceny zeznań pozostałych świadków, którzy poza J. J., jednoznacznie zeznali, iż nie posiadają wiedzy, co do faktu jakoby oskarżony oddał strzały podczas pacyfikacji kopalni „W.” dnia 16 grudnia 1981 r., skutkiem powyższych błędów w procedowaniu było dokonanie błędnych ustaleń faktycznych uznających oskarżonego winnym zarzucanego mu czynu, podczas gdy prawidłowa i rzetelna ocena ujawnionych w sprawie materiałów dowodowych oraz dokonanie ich oceny w zgodzie z zasadami wiedzy, prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego, w szczególności poprzez rzeczową i merytoryczną ocenę linii obrony oskarżonego, wskazywało na niewinność R. S.;

b) art. 170 § 1 i 3 k.p.k. oraz art. 391 § 2 k.p.k. poprzez brak przeprowadzenia i dopuszczenia zgłoszonego wniosku dowodowego - pismem obrońcy z dnia 31 października 2019 r. - o przesłuchanie w charakterze świadka J. P. w drodze pomocy prawnej, przed właściwym organem w Niemczech, w sytuacji braku formalnego oddalenia tego wniosku dowodowego (i tym samym braku podania podstawy takiej decyzji Sądu) i ograniczeniu się do dopuszczenia

dowodów z protokołów przesłuchania J.P. w charakterze podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym, w tym przed prokuratorem w Niemczech, nie podając przy tym motywów dla których Sąd rezygnował z możliwości przeprowadzenia tegoż dowodu w ramach pomocy prawnej w trybie art. 585 § 1 pkt. 2 k.p.k., podczas gdy dowód ten jako istotny dla sprawy powinien zostać przeprowadzony w ramach pomocy prawnej przed organem niemieckim;

c) art. 167 k.p.k., art. 193 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. polegające na nieprzeprowadzeniu z urzędu dowodu z nowej opinii biegłego psychologa w zakresie oceny wiarygodności zeznań świadka J. J., w sytuacji gdy opinia wydana w poprzednim procesie prowadzonym przed Sądem Okręgowym w K., w sprawie o sygn. akt V K (...) z dnia 9 grudnia 2005 r., wydana została niespełna 15 lat temu, nie obejmowała zeznań złożonych przez ww. świadka na obecnym etapie postępowania, jak również nie odnosiła się do obecnych procesów psychologicznych i neurologicznych zachodzących u ww. świadka, co winno skutkować dopuszczeniem w poczet materiału dowodowego nowej opinii biegłego z zakresu psychologii;

W przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów procesowych z części I oraz II apelacji, z ostrożności procesowej obrońca podniósł zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i mających wpływ na jego treść polegających na bezpodstawnym przyjęciu, że oskarżonego osądzono tak późno z uwagi na fakt, że przez wiele lat ukrywał się przed polskim wymiarem sprawiedliwości oraz uznanie, że postawa procesowa oskarżonego, w tym przeprosiny zostały wyrażone z uwagi na interes procesowy oskarżonego, nadto uznanie, że kara nałożona na oskarżonego została wymierzona znacznie poniżej maksimum, jak również brakiem wpływu upływu czasu na sankcję karną, co w konsekwencji spowodowało orzeczenie wobec tego oskarżonego niewspółmiernie surowej kary w wysokości 7 lat pozbawienia wolności złagodzonej na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 7 grudnia 1989 roku o amnestii o połowę do 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący wniosk:

„1) w pierwszej kolejności, z uwagi na bezwzględną przyczynę odwoławczą z pkt. I apelacji, na podstawie art. 427 § 1 i art. 437 § 2 k.p.k. o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania;

2) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt. I, w związku z zarzutem z pkt. II od a) do d) apelacji, na podstawie art. 427 § 1 k.p.k. i art. 437 § 2 k.p.k. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez odmienne orzeczenie co do istoty sprawy, a tym samym uniewinnieniu oskarżonego;

3) z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów z części I i II w związku z zarzutem z pkt. III apelacji, na podstawie art. 427 § 1 i art. 437 § 2 k.p.k. obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części co do kary i wymierzenie oskarżonemu kary 2 dwóch lat pozbawienia wolności, która na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy o amnestii z dnia 7 grudnia 1989 r. powinna zostać zawieszona na okres próby 2 lat.”.

W przypadku niewydania orzeczenia kasatoryjnego, na podstawie art. 427 § 3 k.p.k., obrońca wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

1) uwierzytelnionej kopii karty ewidencyjnej funkcjonariusza MO - 2 karty - na okoliczność przebiegu służby oskarżonego, jak również przyczyn zakończenia służby, które nie mogły być powołane przed Sądem I instancji, ponieważ dokumenty te zostały przekazane przez Instytut Pamięci Narodowej oskarżonemu za pośrednictwem obrońcy, pismem z dnia 7 stycznia 2020 r., doręczonym w dniu 9 stycznia 2020 r., więc już po wydaniu wyroku przez Sąd I instancji;

2) z przesłuchania świadka J. P. w ramach pomocy prawnej przed organem niemieckim - na okoliczności przebiegu akcji pacyfikacyjnej w kopalni KWK „W.” dnia 16 grudnia 1981 r., w tym opisu aktywności oskarżonego podczas tych wydarzeń, sporządzenia raportów użycia broni, ich zgodności z rzeczywistym stanem faktycznym, toczącego się postępowania przeciwko świadkowi i oskarżonemu na terenie Niemiec, udziału świadka lub oskarżonego w szkoleniach organizowanych przez tzw. „Taterników”, faktu przekazywania informacji przez poszczególnych członków plutonu na temat wydarzeń z dnia 16 grudnia 1981 r.;

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z nowej opinii biegłego z zakresu psychologii w zakresie oceny zeznań świadka J. J. - na okoliczność przebiegu procesów percepcyjnych u świadka, takich jak postrzeganie,

zapamiętywanie i odtwarzanie zdarzeń z przeszłości, jak również zbadania zachowania w zakresie skłonności do konfabulacji, zachowań odwetowych, motywacji ukierunkowanej na zwrócenie na siebie uwagi publicznej, zyskania popularności oraz w zakresie ogólnego waloru wiarygodności tychże wypowiedzi;

4) zwrócenie się przez Sąd II instancji, w ramach pomocy prawnej na podstawie art. 585 pkt 5 k.p.k. z zapytaniem do Prokuratury Generalnej w N. oraz Prokuratury w D. czy w ramach prowadzonego postępowania przeciwko R. S. pozostały w tych organach dokumenty akt sprawy, w przypadku odpowiedzi twierdzącej, o dopuszczenie tychże dokumentów w poczet materiału dowodowego - na okoliczność przebiegu procesu przeprowadzonego przez stronę niemiecką, co do tego samego czynu, co do którego toczy się niniejsze postępowanie.

Prokurator zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego, zarzucając mu:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na jego treść polegający na wyrażeniu przez Sąd I instancji poglądu, że działanie oskarżonego miało na celu wyłącznie odblokowanie kopalni i nie było motywowane politycznie, a także nie było skierowane przeciwko określonej grupie społecznej oraz politycznej, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy prowadzi do odmiennego wniosku, a mianowicie, iż w pierwszej kolejności działanie oskarżonego było motywowane przyczynami politycznymi mającymi na celu stłumienie wolnościowo-niepodległościowego oraz antykomunistycznego protestu górników należących do określonej grupy społeczno-politycznej, to jest członków, tudzież sympatyków związku zawodowego NSZZ „Solidarność”, będących jednocześnie przeciwnikami reżimu komunistycznego w Polsce, w tym także przeciwnikami wprowadzenia stanu wojennego na terenie całego kraju, w konsekwencji czego doszło do uznania przez Sąd I instancji, iż czyn oskarżonego nie stanowił zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu przepisu art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 2019 r., poz. 1882) w związku z art. VI lit. c Karty Międzynarodowego

Trybunału Wojskowego stanowiącej integralną część Porozumienia w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych państw Osi podpisanego w Londynie w dniu 8 sierpnia 1945 r. (Dz.U. z 1947 r., nr 63, poz. 367) oraz z art. 1 b Konwencji o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 26 listopada 1968 r. (Dz.U. z 1970 r., nr 26, poz. 208 z późn. zm.);

2. rażącą niewspółmierność kary wymierzonej oskarżonemu R.S., będącej skutkiem niedostatecznego uwzględnienia wysokiego stopnia społecznej szkodliwości czynu, wyrażającą się w szczególności w nieuwzględnieniu wpływu na jej wymiar rozmiaru szkody wyrządzonej przestępstwem, a nadto naruszenia poprzez zarzucone oskarżonemu przestępstwo dóbr fundamentalnych jak życie i zdrowie oraz wolności obywatelskie osób pokrzywdzonych, oraz drastycznego sposobu działania oskarżonego, jak i pozostałych działających wspólnie z nim sprawców, a także poważnych następstw przedmiotowego przestępstwa w postaci przyczynienia się do śmierci 9 osób i uszczerbku na zdrowiu 21 osób.

Podnosząc powyższe zarzuty prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

- zmianę kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu R. S. poprzez przyjęcie, że wyczerpuje on znamiona art. 158 § 2 i 3 k.k. i z art. 159 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 2 ust. 1 i art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 2019 r., poz. 1882),
- wyeliminowanie z podstaw wymierzenia kary wobec oskarżonego R. S. przepisu art. 5 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 7 grudnia 1989 r. o amnestii,
- wymierzenie oskarżonemu R. S. kary 10 lat pozbawienia wolności, przy jednoczesnym pozostawieniu w mocy orzeczonego w stosunku do oskarżonego środka karnego.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego S. P., który wyrokowi temu zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych

przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, że czyn oskarżonego nie stanowił zbrodni przeciwko ludzkości, określonej w art. 3 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 roku o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, co w efekcie doprowadziło do niepełnej kwalifikacji prawnej czynu oraz z uwagi na wieloletnie unikanie przez oskarżonego odpowiedzialności miało wpływ na wymiar kary wymierzonej oskarżonemu, którą uznać trzeba w takiej sytuacji za zbyt łagodną.

Podnosząc powyższe zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

1. uzupełnienie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu przez przyjęcie, że czyn ten wyczerpał także znamiona zbrodni przeciwko ludzkości określonej w art. 3 ustawy wskazanej w zarzucie niniejszej apelacji;
2. zaostrenie kary pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu.

Wyrokiem z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. akt II AKa (...), Sąd Apelacyjny w (...) utrzymał w mocy zaskarżony wyrok i orzekł o kosztach procesu.

Od powyższego wyroku kasację wywiódł obrońca skazanego, który zaskarżył wyrok w całości zarzucając mu:

a) rażącą obrazę przepisów postępowania, tj. art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 114 § 3 pkt 3 k.k. w zw. z art. 54 Konwencji Wykonawczej do układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. (dalej zwanej KWUS) poprzez przyjęcie, że prawomocne postanowienia Prokuratury w N. z dnia 16 czerwca 1994 r. nie mogło stanowić merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy w rozumieniu art. 54 KWUS, a zatem nie może ono stanowić podstawy do ujemnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w postaci powagi rzeczy osądzonej, podczas gdy tego rodzaju orzeczenie w świetle wykładni prezentowanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej uwzględniającej cele KWUS, jako kończące postępowanie karne w fazie *in personam*, powinno zostać uznane za stwarzające stan powagi rzeczy osądzonej.

Z „ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia przez Sąd Najwyższy wyżej wymienionego uchybienia wymienionego w art. 439 § 1 pkt 8

k.p.k., obrona wskazuje dalszy zarzut rażącego naruszenia przepisów postępowania, mogący mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to:

b) art. 452 § 2 pkt 2 k.p.k., art. 201 k.p.k. (a contrario) w zw. z art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k., poprzez oddalenie wniosków dowodowych:

1. z przesłuchania świadka J. P. w ramach pomocy prawnej;
 2. z nowej opinii biegłego z zakresu psychologii w zakresie oceny zeznań świadka J. J.;
 3. o zwrócenie się przez Sąd w ramach pomocy prawnej z zapytaniem do Prokuratury Generalnej w N. oraz Prokuratury w D., czy w ramach prowadzonego postępowania przeciwko R. S. pozostały w tych organach dokumenty akt sprawy, a w razie odpowiedzi twierdzącej o dopuszczenie dowodu z tych dokumentów;
 4. z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania toczącego się w Prokuraturze Generalnej w N. o sygn: 9 Ausl (...);
 5. z wydruku wiadomości mailowej obrońcy skazanego adwokat M. T. z dnia 8 czerwca 2020 r., reprezentującej skazanego przed Prokuraturą Generalną w N.;
 6. z kopii dokumentów (w języku niemieckim) pisma Prokuratury Generalnej w N. kierowanego do adwokat M. T.,
- a to z uwagi, że miały one rzekomo zmierzać w sposób oczywisty do przedłużenia postępowania, albowiem dowody te miały być znane stronom przed otwarciem przewodu sądowego, na etapie postępowania I instancyjnego, gdzie obrońca R. S. wszedł w posiadanie dowodów od pkt 4-6 dopiero na etapie postępowania apelacyjnego, a więc już po wydaniu wyroku przez Sąd I instancji, ponadto Sąd Apelacyjny na podstawie art. 452 § 3 k.p.k. nie mógł oddalić wniosków dowodowych od pkt 1 do pkt 6 pkt na podstawie art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. w zw. z art. 452 § 2 pkt 2 k.p.k., albowiem art. 452 § 3 k.p.k. w sposób stanowczy zabrania oddalenia wniosku dowodowego na podstawie § 2 pkt 2 tegoż przepisu, gdy okoliczność, która ma być udowodniona, w granicach rozpoznania sprawy przez Sąd Apelacyjny, ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony oraz czy stanowi on przestępstwo, wszystkie dowody wskazane w pkt. od 1 do 6, miały na celu wykazanie istotnych dla sprawy informacji, w szczególności negatywnej

przesłanki procesowej określonej w art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., a mogło to mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, albowiem doprowadziło to do rażącego naruszenia przepisów postępowania w postaci art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. z uwagi na niewyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy, jednocześnie pozbawiając skazanego prawa do realnej obrony”.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł:

- w pierwszej kolejności, z uwagi na uchybienia z art. 439 k.p.k. z pkt II a) o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w (...), II Wydział Karny, z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. II AKa (...) oraz wyroku Sądu Okręgowego w K., Wydział XVI Karny, z dnia 13 grudnia 2019 r., sygn. XVI K (...) i umorzenie postępowania - na podstawie art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. - ze względu na to, że postępowanie karne co tego samego czynu i tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone;
- w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt II a), w związku z zarzutem z pkt II b), obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do Sądu Apelacyjnego w (...), II Wydział Karny, do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na kasację, prokurator wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja, z przyczyn szczegółowo wskazanych poniżej, okazała się oczywiście bezzasadna.

Na wstępie należy zauważyć, że skarżący nie ma racji wskazując, że postępowanie w przedmiotowej sprawie było prowadzone wbrew negatywnej przesłance procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., a tym samym dotknięte jest uchybieniem stanowiącym bezwzględną przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k.

Należało bowiem w pełni zgodzić się z sądem odwoławczym, że postanowienie prokuratora Prokuratury w N. z dnia 16 czerwca 1994 r., sygn. akt (...) o umorzeniu postępowania wobec R. S. nie kreowało zakazu ne bis in idem na podstawie art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen z dnia 14

czerwca 1985 r. Przedmiotowa decyzja procesowa została bowiem wydana na podstawie § 170 ust. 2 niemieckiego kodeksu postępowania karnego (StPO), a tego rodzaju orzeczenia, wydane z powodu braku dowodów obciążających (a także z innych powodów) nie korzystają z przymiotu prawomocności i nie konsumują prawa oskarżyciela do oskarżenia. Pogląd wskazujący na taki właśnie charakter przedmiotowych orzeczeń - w oparciu o stanowiska wyrażane w doktrynie niemieckiej - jest powszechnie wyrażany przez przedstawicieli nauki polskiej (zob. m.in. H. Kuczyńska, *Możliwość prowadzenia postępowania karnego w sprawie zbrodni popełnionych w czasie Powstania Warszawskiego przed sądami polskimi. Przypadek Heinza Reinefartha*, Czasopismo Prawno-Historyczne 2018, z. 2, s. 353; H. Kuczyńska, „Umorzenie prokuratorskie” jako podstawa do zastosowania zasady *ne bis in idem* w stosunkach między państwami członkowskimi Unii Europejskiej – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 19.07.2017 r., V KK 92/17, EPS 2018/7, s. 29; Ł. Wiśniewski, *Umorzenie w trybie § 170 ust. 2 StPO* [w:] System Prawa Karnego Procesowego. Tom II. Proces karny - rozwiązania modelowe w ujęciu prawnoporównawczym, red. P. Hofmański, P. Kruszyński, Warszawa 2014, s. 412 – 413; Z. Brodzisz, *Ne bis in idem* jako podstawa umorzenia postępowania przygotowawczego w ustawodawstwie polskim i niemieckim, Prokuratura i Prawo 2011, nr 3, s. 150). Kwestia ta ma zaś kluczowe znaczenie, albowiem zakaz *ne bis in idem*, o którym mowa w art. 54 KWUS, kreują tylko takie prokuratorskie postanowienia o umorzeniu postępowania, które spełniają dwa warunki, tj. po pierwsze powodują definitywne wygaśnięcie prawa oskarżyciela do oskarżenia na poziomie krajowym, a po drugie zapadają po dokonaniu oceny sprawy co do istoty. Ocena, co do tego, czy konkretna decyzja prokuratorska powoduje definitywne wygaśnięcie prawa do oskarżenia musi być przy tym dokonywana wg przepisów kraju, w którym ją wydano (zob. wyrok TS z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-491/07 oraz wyrok TS z dnia 5 czerwca 2014 r w sprawie C-398/12). Z powyższego wynika, że przesądzenie, iż postanowienie prokuratora Prokuratury w N. z dnia 16 czerwca 1994 r. , sygn. akt (...) o umorzeniu postępowania wobec R. S. nie mogło być potraktowane jako powodujące definitywne wygaśnięcie prawa oskarżyciela do oskarżania na poziomie krajowym, stanowiło wystarczającą przesłankę do uznania, że nie kreowało ono zakazu *ne bis in idem* na podstawie art. 54 KWUS. Tym

samym orzekające w sprawie sądy były zwolnione od badania, czy jej wydanie poprzedzono szczegółowym postępowaniem dowodowym. Już z tego względu zarzuty podniesione w punkcie b kasacji, a dotyczące wniosków dowodowych ujętych w punktach od 3 – 6 nie mogły okazać się skuteczne. Nieprzeprowadzenie tych dowodów nie mogło mieć bowiem jakiegokolwiek wpływu na treść zaskarżonego orzeczenia. W tej sytuacji jedynie na marginesie należy zauważyć, że wbrew temu co twierdzi skarżący, z treści postanowienia prokuratora Prokuratury przy Sądzie Krajowym w N. z dnia 16 czerwca 1994 r., sygn. akt (...), jednoznacznie wynika, że postępowanie umorzono na podstawie § 170 ust. 2 StPO wyłącznie z powodu braku dowodów obciążających. W lakonicznym uzasadnieniu ograniczono się bowiem do stwierdzenia, że „przeprowadzone w Niemczech dochodzenie nie wykazało żadnych okoliczności, które wskazywałyby na celowe oddanie strzałów przez oskarżonego w związku z wydarzeniami z dnia 16.12.1981 r. w K.. Polskie organy nie udostępniły niemieckim organom „zebranego materiału dowodowego. Nie będą przeprowadzane dalsze działania dochodzeniowe”. Treść tego postanowienia nie odpowiada więc zawartym w kasacji twierdzeniom na temat przyczyn umorzenia tego postępowania. Zarówno treść tego postanowienia, które zostało oznaczone jako k. 49 akt, jak i dołączone do wniosku o umorzenie postępowania z dnia 22 września 2019 r., kopie akt zakończonego tą decyzją procesową postępowania przygotowawczego, nie potwierdzają tezy, że zostało ono poprzedzone szczegółowym postępowaniem dowodowym.

W powyższym kontekście należy jeszcze zwrócić uwagę na słabość argumentacji skarżącego zawartej w uzasadnieniu kasacji, a mającej na celu zanegowanie zaprezentowanego wyżej poglądu sądu odwoławczego. Nie można nie zauważyć, że stwierdzenie obrońcy, że „zgodnie z linią orzecniczą Sądu Najwyższego” postanowienie wydane na podstawie § 170 ust. 2 StPO wywołuje skutki analogiczne do wydania prawomocnego wyroku, zostało poparte przywołaniem tylko jednego judykatu Sądu Najwyższego, tj. wyroku z dnia 19 lipca 2017 r., V KK 92/17. Podjęta przez skarżącego próba podważenia słuszności rozstrzygnięcia sądu odwoławczego nie mogła więc okazać się skuteczna. Po pierwsze jedno orzeczenie - co oczywiste - nie świadczy w żaden sposób o istnieniu „linii orzecniczej”. Istotą linii orzecniczej jest wszak „sytuacja, w której

większość sądów rozpatrujących podobny przypadek rozstrzyga go identycznie lub podobnie, a stan ten kreuje pewną normę o walorze generalnym i abstrakcyjnym, kierowaną do kolejnych składów orzekających” (A. Jakubowski, S. Gajewski, *Argument z linii orzeczniczej w orzecznictwie sądów administracyjnych*, Warszawa 2015, s. 16). Po drugie, wydania wyroku powołanego przez autora kasacji nie poprzedziła analiza charakteru postanowienia wydanego na podstawie § 170 ust. 2 StPO w porządku krajowym. Z tego też powodu okoliczność, że w judykacie tym nie wykluczono, by decyzja prokuratorska wydana na wskazanej podstawie prawnej mogła kreować zakaz *ne bis in idem*, nie może być uznana za podważającą trafność stanowiska wyrażonego przez organ odwoławczy.

Z oczywistych względów żadnego znaczenia nie mogły mieć też przywołane przez skarżącego argumenty odnoszące się do postępowania dotyczącego J. P. i postanowienia, które zapadło w jego sprawie. Jest oczywiste, że orzeczenie zapadłe w sprawie wyżej wymienionego nie mogło kreować zakazu *ne bis in idem* w sprawie dotyczącej czynu popełnionego przez R. S..

Jako oczywiście bezzasadny należało również ocenić zarzut podniesiony w punkcie b punkty 1 i 2 kasacji.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący oddalenia wniosku dowodowego o przesłuchanie w drodze pomocy prawnej świadka J. P., to – pomijając inne kwestie – absolutnie kluczowe znaczenie ma fakt, iż skarżący nie wykazał, by oddalenie wniosku o przesłuchanie tego świadka w drodze pomocy prawnej mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Przede wszystkim, skarżący najwyraźniej zapomniał, że z zaświadczenia lekarskiego z dnia 23.10.19 r. wynikało, że wyżej wymieniony cierpi na lęki i depresję, trudno mu się koncentrować i zaczął tracić pamięć. W piśmie tym wskazano, że w chwili obecnej nie można ocenić, jak długo będą się utrzymywały zaburzenia zdrowotne (k. 2467).

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze zwłaszcza rozpoczęty proces utraty pamięci świadka, bardzo wątpliwe jest, żeby ww. mógł złożyć istotne dla rozstrzygnięcia sprawy depozycje procesowe w toku postępowania odwoławczego. Nie można też nie zauważyć, że sąd pierwszej instancji odczytał depozycje procesowe złożone przez J. P. w postępowaniu przygotowawczym. Oskarżony nie złożył w stosunku do tych dowodów żadnych oświadczeń. W kasacji nie wskazano

też, jakie pytania chcieli zadać świadkowi, w związku z przesłuchaniem w toku postępowania jurysdykcyjnego, obrońca i oskarżony. Powyższe potwierdza postawioną wyżej tezę, że skarżący nie wykazał, by zaniechanie przesłuchania J. P. w toku postępowania odwoławczego mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia tego sądu. Oznacza to, że jeśli nawet podjęta w tym przedmiocie decyzja procesowa była wadliwa z uwagi na oparcie jej na nieodpowiedniej podstawie prawnej, uchybienie to z uwagi na brzmienie art. 523 § 1 k.p.k., nie mogło być podstawą skutecznego zarzutu kasacyjnego.

Oczywiście bezzasadny okazał się również zarzut podniesiony w punkcie b kasacji, w zakresie oddalenia wniosku o dopuszczenie dowodu z „nowej opinii biegłego z zakresu psychologii w zakresie oceny zeznań świadka J. J.”. Po pierwsze, co oczywiste, psycholog nie wydaje opinii „w zakresie oceny zeznań świadka”, ale w zakresie jego zdolności do postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń (art. 192 § 2 k.p.k.). Oznacza to, że wnioskując o dopuszczenie takiego dowodu skarżący powinien wykazać, że tego rodzaju wątpliwość na dzień składania wniosku zachodzą. Na gruncie przedmiotowej sprawy, skarżący powyższego nie wykazał. Z kasacji jednoznacznie wynika, że powodem, dla którego zwrócił się o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego psychologa nie było powzięcie wątpliwości w tej kwestii, ale fakt, że Sąd Okręgowy przy ocenie zeznań świadka J. J. odwołał się do opinii biegłego psychologa wydanej w innym postępowaniu, a powstałej 15 lat temu. Wskazuje na to:

- zarówno w nadzwyczajnym środku zaskarżenia konstatacja o treści: „przechodząc do kwestii wniosku dowodowego z nowej opinii biegłego psychologa w zakresie oceny wiarygodności zeznań świadka J. J., zauważyć należy, iż o fakcie uznania przez Sąd Okręgowy, że opinia powstała przeszło 15 lat może stanowić dowód, na stwierdzenie wiarygodności zeznań świadka, który składa je przeszło 15 lat po dacie jej wydania. Biorąc pod uwagę zasady logicznego rozumowania, trudno było przewidzieć na etapie postępowania sądowego, że Sąd Okręgowy będzie oceniał wiarygodność i poczytalność zeznań świadka złożonych w 2019 r., przez pryzmat opinii wydanej w 2005 r. Sąd Okręgowy powołując w treści swojego uzasadnienia, iż podstawą oceny jednego z najistotniejszych dowodów w sprawie, na podstawie którego uznano sprawstwo skazanego, będzie stanowić opinia, która powstała,

zanim ten świadek złożył zeznania w toku niniejszego procesu. Dlatego też bezzwłocznie po zapoznaniu się z treścią uzasadnienia Sądu Okręgowego, zawnioskowano w treści apelacji o przeprowadzenie dowodu z nowej opinii biegłego. Przepisy art. 193 k.p.k. i art. 201 k.p.k. formułują samoistne przesłanki dopuszczenia dowodów z biegłych i w tym zakresie stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów ogólnych z art. 170 k.p.k.”,

- jak i fakt, że podczas postępowania przed sądem pierwszej instancji obrońca wniosku o dopuszczenie takiego dowodu nie składał. Brak aktywności dowodowej obrońcy w tym zakresie niewątpliwie świadczy o tym, że nie miał on wątpliwości co do zdolności J. J. do postrzegania i odtwarzania postrzeżeń. W tym kontekście szczególnego podkreślenia wymaga fakt, że zarówno oskarżony, jak i obrońca uczestniczyli w przesłuchaniu świadka J. J., a w aktach sprawy znajdowała się kopia opinii psychologicznej z dnia 9 grudnia 2005 r., z której dowód dopuszczono w postępowaniu toczącym się przed Sądem Okręgowym w K. pod sygnaturą V K (...).

Wbrew też temu, co twierdzi obrońca, organ *a quo* miał pełne podstawy, by w uzasadnieniu swojego orzeczenia odwołać się do ww. opinii, a to, że to uczynił w żaden sposób nie świadczy o tym, że powziął wątpliwości co do aktualnej zdolności świadka do postrzegania i odtwarzania postrzeżeń. Pamiętać bowiem należy, że sąd pierwszej instancji wydając wyrok opierał się również na zeznaniach świadka złożonych w postępowaniu V K (...). Miał więc pełne prawo, przy ocenie ich wiarygodności, odwołać się do treści tej opinii wydanej w tamtym postępowaniu. Skarżący nie wykazał zaś, by opinia ta, na dzień jej wydania, była niepełna, niejasna lub wewnętrznie sprzeczna, czyli by zachodziły przesłanki z art. 201 k.p.k. W tym stanie rzeczy, trafność decyzji sądu odwoławczego o oddaleniu wniosku „o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z nowej opinii biegłego z zakresu psychologii w zakresie oceny zeznań świadka J. J.” nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości.

Kierując się powyższą argumentacją, Sąd Najwyższy uznał nadzwyczajny środek zaskarżenia za oczywiście bezzasadny i orzekł o jego oddaleniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

O kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k., obciążając nimi skazanego.