

Sygn. akt IV KK 565/21

POSTANOWIENIE

Dnia 30 listopada 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Koziielewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 30 listopada 2021 r.,

sprawy **M. W.**

skazanego z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w G.

z dnia 11 lutego 2021 r., sygn. akt VI Ka [...]

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w Z.

z dnia 26 lutego 2020 r., sygn. akt II K [...]

oddala kasację jako oczywiście bezzasadną, a kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciąża skazanego.

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Z. wyrokiem z dnia 26 lutego 2020 r., sygn. akt II K (...), uznał M. W. za winnego tego, że:

I. w dniu 6 czerwca 2012 r. w Z., na terenie węzła drogowego R.- B. – Z. – C., wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił innej osobie substancji psychotropowej w postaci soli 4 — MEC w ilości 9,80 grama netto z cenę 800 zł;

II. w dniu 24 czerwca 2012 r. , na terenie węzła drogowego R., B., Z. – C., wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił innej osobie , substancji psychotropowej w postaci soli 4 — MEC w ilości 49,28 grama za cenę 4000 zł,

i przy przyjęciu, że czyny te zostały popełnione w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem takiej samej sposobności i stanowią ciąg przestępstw z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, na mocy tego przepisu skazał go na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Nadto orzekł w przedmiocie dowodów rzeczowych i kosztów postępowania.

Po rozpoznaniu apelacji obrońców wniesionych od tego wyroku, Sąd Okręgowy w G. wyrokiem z dnia 11 lutego 2021 r., sygn. akt VI Ka (...), zmienił wyrok Sądu I instancji obniżając wymierzoną M. W. karę pozbawienia wolności do wymiaru 1 roku i 6 miesięcy. W pozostałym zakresie utrzymał w mocy zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego w Z..

Od wyroku Sądu Okręgowego w G. z dnia 11 lutego 2021 r., sygn. akt VI Ka (...), kasację złożyła adwokat K. S. - obrońca M. W.. Podniosła w niej zarzuty:

1) rażącego naruszenia przepisów postępowania, mającego wpływ na treść wyroku, to jest art. 433 § 2 k.p.k. poprzez nienależyte rozpoznanie zarzutów apelacji polegające na ich analizie w sposób odbiegający od wymogu rzetelnej ich oceny, w szczególności poprzez naruszenie:

- art. 4 k.p.k. i art. 5 § 2 k.p.k. polegające na rozstrzygnięciu nie dających się usunąć niejasności na niekorzyść oskarżonego i oparciu skazania za czyn z dnia 24 czerwca 2012 r. wyłącznie na dowodzie z zeznań świadka anonimowego, co stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 i 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka,

- art. 5 § 1 k.p.k. polegające na przyjęciu, że oskarżony brał udział w obrocie środkami psychotropowymi, podczas gdy nigdy nie został uznany za winnego popełnienia takiego czynu, a które to ustalenie miało wpływ na przyjęcie, że zdarzenia z dnia 6 i 24 czerwca 2012 r. nie miały charakteru incydentalnego, a co za tym idzie wpłynęło na ocenę legalności działań operacyjnych podjętych wobec oskarżonego,

- art. 5 § 1 k.p.k. i 7 k.p.k. polegające na bezkrytycznym zaakceptowaniu przez Sąd odwoławczy ustaleń faktycznych:

1. dokonanych w oparciu o materiały niejawnie bez przeprowadzenia dowodu mającego na celu ustalenie, czy materiały te faktycznie dotyczą osoby oskarżonego,

2. aprobujących niesłuszne stanowisko, że materiał dowodowy w postaci substancji psychotropowych został pozyskany od oskarżonego, podczas gdy materiał dostarczony do badań został przekazany w otwartych kopertach depozytowych po ponad 10 miesiącach od ich rzekomego zatrzymania,

3. aprobujących niesłuszne stanowisko, że zastosowana wobec oskarżonego „prowokacja” miała charakter legalny, podczas gdy w rzeczywistości należałoby ją oceniać jako „podżeganie”,

2) rażącego naruszenia przepisów postępowania, mającego wpływ na treść wyroku tj. art. 6 k.p.k., art. 8 § 1 oraz art. 78 i 176 Konstytucji RP polegającego na uniemożliwieniu zapoznania się przez oskarżonego i Sąd z treścią wniosku organu Żandarmerii Wojskowej, w oparciu o który zostało wydane, na podstawie z art. 31 ust. 8 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, postanowienie Wojskowego Sądu Okręgowego w W. z dnia 20 lutego 2012 r., a wykazującego okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, a co za tym idzie uniemożliwienia Sądowi Okręgowemu w G. kontroli instancyjnej legalności wdrożenia działalności operacyjnej względem oskarżonego.

Podnosząc te zarzuty wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w G. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym

Prokurator Prokuratury Rejonowej delegowany do Prokuratury Okręgowej w G. w pisemnej odpowiedzi na kasację, wniósł o oddalenie kasacji obrońcy skazanego M. W. jako oczywiście bezzasadnej (por. pismo z dnia 13 lipca 2021 r.).

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja obrońcy jest oczywiście bezzasadna.

Zgodnie z treścią art. 523 § 1 k.p.k. kasacja może być wniesiona tylko z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k. lub innego rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. W kasacji trzeba wykazać, że to sąd odwoławczy popełnił uchybienie o randze bezwzględnej podstawy odwoławczej (uchybień wymienione w art. 439 k.p.k.), albo w inny sposób rażąco naruszył prawo, oraz wykazać, że zarzucane w kasacji naruszenie prawa mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego kasacją orzeczenia sądu odwoławczego (czyli, iż uniknięcie przez sąd odwoławczy ewentualnych uchybień, na które wskazuje kasacja, musi nieodzownie stwarzać realną perspektywę wydania orzeczenia odmiennego w swojej treści, niż orzeczenie zaskarżone kasacją). Oba te warunki, tj.: 1) rażące naruszenie prawa i 2) istotny wpływ na treść wyroku, muszą wystąpić łącznie, a brak jednego zawsze skutkuje uznaniem kasacji za bezzasadną. Przyjmuje się, że o ile tzw. bezwzględne przyczyny odwoławcze odnoszą się do całego postępowania sądowego, to uchybienia określane jako „inne rażące naruszenia prawa”, muszą być ściśle powiązane z postępowaniem odwoławczym. Z istoty postępowania kasacyjnego wynika, że nie stanowi ono trzeciej instancji, ani nie oznacza ponownego rozpoznania sprawy zakończonej już przecież prawomocnym wyrokiem. Trafnie zatem zauważono w pisemnej odpowiedzi na kasację obrońcy skazanego M. W., że zarzuty podniesione w kasacji w istocie stanowią **powtórzenie** wcześniejszych zarzutów apelacyjnych. Skarżąca po raz wtóry prowadzi polemikę z oceną dowodów dokonaną przez Sąd I instancji i forsuje tezy przytaczane już w sporządzonych w sprawie licznych pismach procesowych i zwyczajnych środkach zaskarżenia. Trafnie zauważono, iż Sąd Okręgowy w G., działający jako sąd odwoławczy, rozpoznając wniesione apelacje uzupełnił postępowanie dowodowe, w tym przesłuchał świadków wnioskowanych przez obronę. W pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego kasacją wyroku, odniósł się w wystarczającym stopniu, do wszystkich zarzutów apelacyjnych, przedstawiając motywy przemawiające za wydanym rozstrzygnięciem odnośnie każdego z nich (por. s. 4 – 14 sporządzonego na formularzu pisemnego uzasadnienia wyroku z dnia 11 lutego 2021 r., sygn. akt VI Ka (...)). Uzasadnił również dokonaną zmianę w zakresie wymiaru kary. Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem zaprezentowanym w pisemnej odpowiedzi na kasację,

że powołane w kasacji obrońcy skazanego M. W. argumenty na poparcie zarzutu z pkt. 1, w istocie stanowią powtórzenie w kasacji, zaprezentowanej wcześniej w apelacjach, polemiki z wyrokiem Sądu Rejonowego w Z. z dnia 26 lutego 2020 r., sygn. akt II K (...), co do błędnych, zdaniem obrońcy, ustaleń faktycznych i nieprawidłowej oceny poszczególnych dowodów. Argumenty z kasacji nie pozwalają na przyjęcie, iż w realiach niniejszej sprawy doszło, w postępowaniu odwoławczym przed Sądem Okręgowym w G., do rażącego naruszenia przepisów prawa w rozumieniu art. 523 k.p.k. Powszechnie przyjmuje się, że naruszenie zasady obiektywizmu wyrażonej w art. 4 k.p.k. nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutu kasacyjnego. Kasacyjny zarzut naruszenia tej zasady musi zawsze wskazywać, jakie przepisy postępowania i przez jakie postąpienie zostały obrażone przez sąd odwoławczy, w sposób wskazujący na niezachowanie obiektywizmu, a mogący mieć przy tym wpływ na treść wydanego orzeczenia sądu odwoławczego (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 2000 r., sygn. akt IV KKN 532/99, Legalis). W kasacji obraży tego przepisu upatrywano w naruszeniu nakazu z art. 5 § 2 k.p.k. Jednakże, ani z pisemnego uzasadnienia wyroku Sądu I instancji, ani z pisemnego uzasadnienia zaskarżonego kasacją wyroku Sądu Okręgowego w G., nie wynika, aby te Sądy powzięły niedające się usunąć wątpliwości i rozstrzygnęły je na niekorzyść M. W.. W orzecznictwie dominuje pogląd, że nakaz wynikający z art. 5 § 2 k.p.k. odnosi się jedynie do wątpliwości jakie, na tle realiów konkretnej sprawy, powziął organ procesowy. Stąd dla oceny czy nie został naruszony zakaz tłumaczenia nieusuwalnych wątpliwości na niekorzyść oskarżonego nie są istotne wątpliwości zgłaszane przez stronę (por. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 22 grudnia 2010 r., sygn. akt II KK 308/10, Legalis, z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt II KK 133/13, Legalis). Naruszenie przez sąd odwoławczy reguły *in dubio pro reo* z art. 5 § 2 k.p.k., ma miejsce jedynie wówczas, gdy: a) sąd odwoławczy poczynił własne ustalenia faktyczne w sposób z nią niezgodny, lub b) dokonując kontroli apelacyjnej zaakceptował fakt, iż sąd pierwszej instancji powziął nieusuwalne wątpliwości i rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego. W realiach sprawy nie można też dopatrzyć się naruszenia przez Sąd Okręgowy w G. unormowania z art. 5 § 1 k.p.k. Przepis ten nakazuje traktowanie oskarżonego jako niewinnego, dopóki jego wina

nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem. Z żadnego postępowania Sądu Okręgowego w G. nie wynikało, aby rozpoznając sprawę odwoławczą traktował M. W. , wbrew treści tego przepisu, jako osobę winną. Za naruszenie zasady domniemania niewinności, ujętej w art. 5 § 1 k.p.k., uznaje się np. wyrażenie przez funkcjonariusza publicznego przekonania o winie oskarżonego jeszcze przed prawomocnym jego skazaniem (por. np. orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – dalej powoływany jako ETPCz, z dnia 10 lutego 1995 r. w sprawie nr 15175/89 *Allenet de Ribemont przeciwko Francji*). Nie można także dopatrzeć się obrazy i to rażącej przez Sąd Okręgowy w G., w toku kontroli odwoławczej skazującego M. W. wyroku Sądu Rejonowego w Z. z dnia 26 lutego 2020 r., sygn. akt II K (...), zasady swobodnej oceny dowodów z art. 7 k.p.k.

Niezasadny jest też zarzut z pkt 2 kasacji. W doktrynie podnosi się, że czynności operacyjno – rozpoznawcze to najczęściej poufne bądź tajne działania uprawnionych ustawowo organów, prowadzone poza postępowaniem karnym, zmierzające do realizacji ustawowych zadań tych organów, zazwyczaj służące aktualnym bądź przyszłym celom postępowania karnego (por. W. Koziół, *Postępowanie w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej*, w: L. Paprzycki, Z. Rau (red.), *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, Warszawa 2009, s. 506 – 519). Rozpoczynają się one z reguły od sporządzenia rzetelnie udokumentowanej przez funkcjonariusza informacji operacyjnej, np. w postaci meldunku informacyjnego. Do form pracy operacyjnej zalicza się rozpracowanie (czasami nazywane rozpracowaniem operacyjnym, śledztwem operacyjnym lub śledztwem proaktywnym). Jego prostszą formą jest rozpoznanie operacyjne (osobowe, terenowe, zjawiskowe i zdarzeniowe). Przykładowo w działaniach Policji wyróżnia się dwanaście metod pracy operacyjnej (por. B. Sprengel, *Praca operacyjna Policji*, Toruń 2018, s. 15 – 46). Jakkolwiek polski ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „czynności operacyjno - rozpoznawcze” i nie przedstawił ich wyczerpującego katalogu, to zdecydował się na ustawową regulację niektórych z ich postaci. Dotyczy to między innymi kontroli operacyjnej, czy czynności tzw. zakupu kontrolowanego, czyli niejawnego nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione,

jak też czynności złożenia propozycji nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione (por. W. Kozielewicz, Niejawne nabycie, zbycie lub przejęcie przedmiotów pochodzących z przestępstwa, P. Herbowski, D. Ślarczyńska, D. Jagiełło (red.), Pozyskiwanie informacji w walce z terroryzmem, Warszawa 2017, s. 20 – 28). W orzecznictwie ETPCz dominuje pogląd, iż policja musi korzystać z tajnych agentów, informatorów i niejawnych operacji i że co do zasady takie instrumenty nie naruszają prawa do rzetelnego procesu (por. np. wyrok z dnia 26 października 2006 r. w sprawie nr 59696/00 Khoudobin przeciwko Rosji, wyrok Wielkiej Izby z dnia 5 lutego 2008 r. w sprawie nr 74420/01 Ramanauskas przeciwko Litwie, czy wyrok z dnia 26 marca 2015 r. w sprawie nr 7614/09 i nr 30863/10 Volkov i Adamskij przeciwko Rosji). W realiach niniejszej sprawy, jeśli chodzi o nieujawnienie uzasadnienia wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej, to podzielić należy stanowisko zaprezentowane przez prokuratora w pismach do Sądu Okręgowego w G. z dnia 13 listopada 2020 r i 1 grudnia 2020 r. (k. 981, 991, 995). Na względy sprzeciwiające się ujawnieniu treści tego uzasadnienia wskazuje też odpowiedź udzielona przez Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej, a znajdująca się w niej niejawnej części akt. Trafnie przypomniano w pisemnej odpowiedzi na kasację, że czym innym są czynności operacyjno-rozpoznawcze zarządzane przez Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej na podstawie art. 32 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w postaci tzw. zakupu kontrolowanego, a czym innym kontrola operacyjna (art. 31 tej ustawy), prowadzona na podstawie postanowienia sądu. Czynności operacyjno – rozpoznawcze, o których mowa w art. 32 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii i wojskowych organach porządkowych, Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej zarządza na okres nie dłuższy niż 3 miesiące po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego zastępcy prokuratora okręgowego do spraw wojskowych. Zarządzenie takie może również wydać komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej. Ustawa określa też warunki przedłużenia stosowania tych czynności operacyjno – rozpoznawczych (por. art. 32 ust. 4 tej ustawy). W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w G. z 22 maja 2018 r., sygn. akt VI Ka [...]

(k. 765, 767-771), uchylającego wyrok Sądu Rejonowego w Z. z dnia 14 lipca 2017 r., sygn. akt VII K (...), ten Sąd wskazał na konieczność dokonania oceny zarządzonych przez Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej czynności operacyjno-rozpoznawczych w postaci zakupu kontrolowanego (których zarządzenie nie podlegało kontroli sądowej), a nie poprzedzającej to zarządzenie kontroli operacyjnej, prowadzonej na podstawie postanowienia Wojskowego Sądu Okręgowego w W.. Zatem Sąd Okręgowy w G. polecił rozważyć kwestię istnienia wiarygodnych informacji, uzyskanych m.in. w wyniku kontroli operacyjnej, nie podważając legalności prowadzenia samej kontroli. Wraz z aktem oskarżenia, do Sądu Rejonowego w Z. przekazano wszystkie materiały zgromadzone w toku stosowanej wobec M. W. kontroli operacyjnej i przeprowadzonych czynności operacyjno - rozpoznawczych. Te materiały niejawnie były dostępne dla M. W. i jego obrońców na etapie postępowania przygotowawczego, jak i w toku dwukrotnego postępowania przed Sądem I instancji, oraz podczas postępowania apelacyjnego. Niewątpliwie celem czynności operacyjno – rozpoznawczej określanej mianem tzw. zakupu kontrolowanego, głęboko ingerującej w prawo do prywatności, jest sprawdzenie uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenie sprawców i uzyskanie dowodów przestępstwa (por. K. Rogoziński, Wiarygodne informacje o przestępstwie jako przesłanka zarządzenia zakupu kontrolowanego, Prokuratura i Prawo 2010, nr 10, s. 104 – 115). Oznacza to, że nie jest dopuszczalne opieranie się w tym względzie tylko na przypuszczeniu czy domniemaniu organu co do możliwości popełnienia przez daną osobę przestępstwa. Poza sporem jest też, że omawiana czynność operacyjno – rozpoznawcza nie może stanowić podżegania do popełnienia przestępstwa. Z samej swej istoty, nie powinna być nachalna czy połączona z groźbą bezprawną, bądź stosowaniem przymusu (fizycznego lub psychicznego). Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 19 marca 2014 r., sygn. akt II KK 265/13, OSNKW 2014, z. 9, poz. 71, wskazał, że w przypadku czynności operacyjno – rozpoznawczej tzw. zakupu kontrolowanego, należy zawsze poddać szczegółowej analizie zarówno powody jej przeprowadzenia, jak i okoliczności, czy funkcjonariusze zachowywali się pasywnie i do jakiego stopnia angażowali się w skuteczne jej przeprowadzenie. Jeżeli bowiem zajęli postawę aktywną, a do popełnienia przestępstwa nie doszłoby,

gdyby nie działania funkcjonariuszy, to taki stan rzeczy stanowi naruszenie prawa do rzetelnego procesu chronionego w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Analizując pisemne uzasadnienia wyroków Sądów, w tym części niejawne, należy zgodzić się z ich stanowiskiem, iż w realiach sprawy istniały faktyczne podstawy do zarządzenia przez Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej czynności operacyjno – rozpoznawczej w postaci tzw. zakupu kontrolowanego oraz, iż uczestniczący w niej funkcjonariusze, zachowywali się pasywnie, w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie ETPCz, jak i w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

Kierując się przedstawionym powodami Sąd Najwyższy, z mocy art. 535 § 3 k.p.k., rozstrzygnął jak w postanowieniu.