

POSTANOWIENIE Z DNIA 13 PAŹDZIERNIKA 2011 R.

III KK 64/11

Niezwłoczne umożliwienie kontaktu z adwokatem, o którym stanowi art. 245 § 1 k.p.k., nie oznacza jednak, że kontakt ten ma nastąpić „natychmiast”, ponieważ termin ten musi być interpretowany z uwzględnieniem realiów konkretnej sprawy, a przede wszystkim możliwości technicznych i uwarunkowań wynikających z obowiązujących regulacji prawnych, w tym wiążących się z ustanowieniem obrońcy z urzędu.

Przewodniczący: sędzia SN A. Siuchniński (sprawozdawca).

Sędziowie SN: M. Buliński, R. Malarski.

Prokurator Prokuratury Generalnej: J. Engelking.

Sąd Najwyższy w sprawie Yucela D., skazanego z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.), po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 13 października 2011 r. kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w B. z dnia 7 października 2010 r., utrzymującego w mocy wyrok Sąd Okręgowy w O. z dnia 10 marca 2010 r.,

o d d a l i ł kasację (...).

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w O., wyrokiem z dnia 10 marca 2010 r., uznał oskarżonego Yucela D. za winnego tego, że:

I. w dniu 29 czerwca 2009 r. działając ze z góry powziętym zamiarem i wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) dokonał wewnątrzspółnotowego nabycia znacznej ilości środków odurzających w postaci ziela konopi, innych niż włókniste, ujętych w wykazie środków odurzających z grup I-N i IV-N, w ilości łącznej nie mniejszej niż 3773,799 grama, co stanowi nie mniej niż 18 869 jednorazowych porcji tego narkotyku, w ten sposób, że przemieścił te środki odurzające z Holandii na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i w dniu 29 czerwca 2009 r. na trasie B. – E., posiadał je w ukryciu, w swoim samochodzie marki Ford Mondeo, t.j. przestępstwa określonego w art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 55 tej ustawy skazał go na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i 100 stawek dziennych grzywny przyjmując, że jedna stawka dzienna grzywny jest równoważna kwocie 20 zł;

II. w okresie od początku listopada 2008 r. do dnia 29 czerwca 2009 r. w E., działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ze z góry powziętym zamiarem i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wprowadził do obrotu znaczne ilości środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste, ujętych w wykazie środków odurzających z grup I-N i IV-N, w ilości łącznej nie mniejszej niż 2000 gramów, co stanowi nie mniej niż 10 000 jednorazowych porcji tego narkotyku, w ten sposób, że przekazał w tym okresie szereg razy wymienione środki odurzające Pawłowi K., za co uzyskał pieniądze w kwocie nie mniejszej niż 32 000 zł,

tj. przestępstwa określonego w art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności i 100 stawek

dziennych grzywny, przyjmując, że jedna stawka dzienna grzywny jest równoważna kwocie 20 zł.

Na podstawie art. 85 k.k., art. 86 § 1 i 2 k.k. łącząc wymierzone oskarżonemu kary jednostkowe orzekł karę łączną w wymiarze 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę łączną grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych, przyjmując wysokość jednej stawki w wysokości 20 zł.

Apelację od powyższego wyroku wniósł obrońca oskarżonego, zaskarżając go w części dotyczącej uznania Yucela D. za winnego popełnienia czynu z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k., podnosząc następujące zarzuty:

1) obrazę prawa procesowego mającą wpływ na jego treść, to jest art. 7 k.p.k., poprzez dowolną ocenę wyjaśnień oskarżonego Yucela D. i uznanie, wbrew zasadom prawidłowego rozumowania oraz wskazaniom wiedzy i doświadczenia życiowego, że oskarżony przyznał, iż dokonał przywozu środków odurzających na teren Rzeczypospolitej Polskiej z Holandii; poprzez dowolną ocenę wyjaśnień oskarżonego Pawła K. i uznanie wbrew zasadom prawidłowego rozumowania oraz wskazaniom wiedzy i doświadczenia życiowego jego wyjaśnień za wiarygodne, w zakresie w jakim wskazywał, że środki odurzające nabywane od oskarżonego Yucela D. pochodziły z Holandii; poprzez dowolną ocenę zeznań świadka Artura B. oraz Błażeja J. i uznanie jako dowód w sprawie ich zeznań w zakresie, w jakim dotyczą zeznań złożonych przez oskarżonego w postępowaniu przygotowawczym z naruszeniem prawa do obrony oraz prawa do rzetelnego procesu, to jest art. 245 § 1 k.p.k., art. 6 k.p.k., art. 45 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 6 ust. 3 lit. c w zw. z art. 6 ust 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz w zakresie, w jakim dotyczą informacji posiadanych przez świadków w ramach wiedzy operacyjnej;

2) błąd w ustaleniach faktycznych, który miał wpływ na treść zapadłego orzeczenia, polegający na przyjęciu pomimo braku wiarygodnych dowodów, iż oskarżony dopuścił się nabycia wewnątrzspółnotowego znacznej ilości środków odurzających w postaci ziela konopi innych, niż włókniste, ujętych w wykazie środków odurzających z grupy I-N i IV-N w ten sposób, że przemieścił te środki z Holandii na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o zmianę powyższego wyroku w pkt I i V jego sentencji, poprzez:

I. zmianę opisu zarzucanego oskarżonemu w pkt I czynu, to jest ustalenie, iż w 29 czerwca 2009 r., działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii na trasie B. – E., posiadał w ukryciu, w samochodzie marki Ford Mondeo, znaczne ilości środków odurzających w postaci ziela konopi, innych niż włókniste, ujętych w wykazie środków odurzających z grupy I-N i IV-N, w ilości łącznej nie mniej niż 3773,799 grama co stanowi nie mniej niż 18 800 jednorazowych porcji narkotyku;

II. zmianę kwalifikacji prawnej czynu poprzez uznanie, iż czyn oskarżonego opisany w pkt I wypełnia znamiona przestępstwa opisanego w przepisie art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii;

III. uznanie oskarżonego Yucela D. za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt I, to jest czynu z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 62 ust. 2 tej ustawy skazanie i wymierzenie oskarżonemu kary 2 lat pozbawienia wolności i 100 stawek dziennych grzywny przyjmując, iż jedna stawka dzienna grzywny jest równoważna kwocie 20 zł;

IV. na mocy art. 85 k.k., art. 86 § 1 i 2 k.k. połączenie oskarżonemu Yucelowi D. kar jednostkowych i wymierzenie kary łącznej 2 lat

pozbawienia wolności oraz kary łącznej 100 stawek dziennych grzywny przyjmując, iż jedna stawka dzienna grzywny jest równoważna kwocie 20 zł.

Sąd Apelacyjny w B. wyrokiem z dnia 7 października 2010 r. utrzymał w mocy wyrok Sądu pierwszej instancji, uznając apelację za oczywiście bezzasadną.

Od tego wyroku kasację wniósł obrońca oskarżonego podnosząc zarzut rażącego naruszenia prawa procesowego, które mogło mieć wpływ na treść orzeczenia, wyrażające się w naruszeniu:

1. art. 6 k.p.k. i art. 245 § 1 k.p.k., poprzez uznanie przez Sąd Apelacyjny w B., iż w sprawie zapewniono zatrzymanemu niezwłoczny kontakt z adwokatem, co skutkowało niestwierdzeniem naruszenia prawa do obrony poprzez prowadzenie czynności postępowania przygotowawczego, a w tym przesłuchania poza protokołem oskarżonego, bez umożliwienia mu zagwarantowanego prawem kontaktu z adwokatem;
2. art. 7 k.p.k., poprzez zaakceptowanie przez Sąd Apelacyjny w B. oceny materiału dowodowego dokonanej przez Sąd pierwszej instancji, pomimo że jako dowód w sprawie uznany został dowód niedopuszczalny i podlegający oddaleniu, w postaci zeznań świadków, funkcjonariuszy Policji Artura B. i Błażeja J., w zakresie w jakim dotyczyły one zeznań złożonych przez oskarżonego w postępowaniu przygotowawczym poza protokołem i z naruszeniem prawa do obrony gwarantowanego przepisem art. 6 k.p.k., art. 245 § 1 k.p.k., co skutkowało uznaniem za zgodne z prawem oparcie ustalenia winy w zakresie zarzucanego mu czynu z pkt I na przedmiotowych dowodach;
3. art. 457 § 3 k.p.k., poprzez nierozważenie i nieustosunkowanie się przez Sąd Apelacyjny w B. do zarzutu apelacji, obrazy prawa procesowego mającej wpływ na treść wyroku Sądu Okręgowego w O., to jest art. 7 k.p.k., art. 6 k.p.k. poprzez dowolną ocenę zeznań świadka Artura B. oraz Błażeja

J. i uznanie ich jako dowód w sprawie, w zakresie w jakim dotyczyły informacji posiadanych przez świadków w ramach wiedzy operacyjnej, i wniósł o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w B. w postępowaniu odwoławczym.

Prokurator w odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny w B. uznał zasadnie, że niezwłoczne umożliwienie kontaktu z adwokatem, o którym stanowi art. 245 § 1 k.p.k., nie oznacza jednak, że kontakt ten ma nastąpić „natychmiast”, ponieważ termin ten musi być interpretowany z uwzględnieniem realiów konkretnej sprawy, a przede wszystkim możliwości technicznych i uwarunkowań wynikających z obowiązujących regulacji prawnych, w tym wiążących się z ustanowieniem obrońcy z urzędu.

Stanowisko Sądu odwoławczego znajduje potwierdzenie w doktrynie, gdzie wskazuje się, że „niezwłoczny kontakt z adwokatem powinien zostać umożliwiony tak szybko po zatrzymaniu, jak to jest, z technicznego punktu widzenia, wykonalne” (J. Grajewski, L. K. Paprzycki., S. Steinborn: *Komentarz do art.245 kodeksu postępowania karnego*, LEX/el. 2011, teza 2).

W rozpoznawanej sprawie do zatrzymania skazanego doszło w dniu 29 czerwca 2009 r. o godz. 18.00, a czynności zatrzymania oraz przeszukania samochodu skazanego zakończono o godz. 21.45, kiedy nie było już praktycznej możliwości zapewnienia kontaktu z adwokatem. Jednakże już następnego dnia skazanemu umożliwiono dwukrotne zatelefonowanie do konsulatu Królestwa Holandii, gdzie jego przedstawiciele porozumieli się z adw. Adamem P., który w dniu 1 lipca

2009 r. otrzymał pełnomocnictwo od skazanego i od tego momentu występował jako jego obrońca. Powyższy układ chronologiczny wydarzeń wskazuje jednoznacznie, że zarówno w świetle art. 245 § 1 k.p.k., jak i art. 6 k.p.k. nie doszło do naruszenia prawa do obrony.

Na marginesie należy zaznaczyć, że w dniu 30 czerwca 2009 r., kiedy skazany nie miał jeszcze obrońcy, funkcjonariusze Policji dokonali jedynie identyfikacji i zważenia zabezpieczonych narkotyków. Czynności te miały jedynie charakter techniczny, a przy ich dokonywaniu był obecny Yucel D., a także tłumacz języka niemieckiego.

Odnosząc się do zarzutu obrazy art. 7 k.p.k. należy uznać, że Sąd odwoławczy w sposób prawidłowy zweryfikował ocenę Sądu *a quo*. Zasadnie bowiem stwierdził, że Sąd ten miał prawo dopuścić dowód z zeznań funkcjonariuszy Policji – Artura B. i Błażeja J., którzy przekazali sądowi informacje, o których dowiedzieli się od skazanego podczas dokonywania czynności zatrzymania. Sąd *ad quem* trafnie uznał, że wypowiedzi skazanego nie stanowiły wyjaśnień złożonych poza protokołem, a były jego spontaniczną wypowiedzią. Dopuszczenie w charakterze dowodu zeznań osoby przesłuchującej bądź dokonującej innej czynności procesowej nie może być traktowane jako substytuowanie wyjaśnień oskarżonego, jeżeli z inicjatywą w przekazywaniu informacji wychodzi sam oskarżony i nie jest on przymuszany do wyrażania wiedzy o danych faktach (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 listopada 2006 r., II AKa 325/06, LEX nr 216967).

Przywołane przez skarżącego orzeczenia Sądu Najwyższego tylko pozornie wspierają stanowisko strony skarżącej o zakazie dopuszczenia dowodu z zeznań funkcjonariuszy Policji, albowiem dotyczą odmiennych stanów faktycznych, a teza jednego ze wskazanych judykatów w kontekście analizowanej sprawy potwierdza nawet pogląd zaprezentowany przez Sąd odwoławczy. W wyroku z dnia 6 października 2009 r., II KK 83/09, LEX nr

532383, Sąd Najwyższy uznał wprawdzie, że „dowód z zeznań funkcjonariusza policji przeprowadzony na okoliczność wypowiedzi osoby rozpytywanej nie może zastąpić dowodu z wyjaśnień oskarżonego, czy z zeznań świadka”. Zdaniem Sądu Najwyższego „na podstawie tego dowodu nie wolno czynić ustaleń faktycznych sprzecznych z wyjaśnieniami oskarżonego lub z zeznaniami świadka, wobec których dokonano czynności rozpytania, gdyż byłoby to usankcjonowanie nieformalnie przeprowadzonego dowodu z wyjaśnień lub z zeznań, w sytuacji gdy jego przeprowadzenie w formie określonej przez prawo dowodowe jest bezwzględnie wymagane jako podstawa prawna rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej” (podobnie we wskazanych przez skarżącego wyrokach: SN z dnia 22 lutego 2007 r., V KK 183/06, R-OSNKW 2007, poz. 487 oraz SA w Katowicach z dnia 12 września 2005 r., II AKa 249/05, LEX nr 179588, KZS 2006/2/69). Dalej jednak zaznacza: „Możliwe jest wykorzystanie dowodowe zeznań osoby sporządzającej notatkę urzędową obok wyjaśnień oskarżonego lub zeznań świadka w celu potwierdzenia i uzupełnienia oryginalnych zeznań i wyjaśnień jedynie, gdy tym zeznaniami lub wyjaśnieniami nie przeczą albo w celu weryfikacji tych wyjaśnień lub zeznań, gdy zachodzi konieczność wyjaśnienia różnic między treścią wyjaśnień lub zeznań, jednak z tym zastrzeżeniem, że nie można odmówić wiary wyjaśnieniom lub zeznaniom i dokonać odmiennych ustaleń faktycznych w oparciu o treść notatki urzędowej lub na podstawie dowodu z zeznań osoby sporządzającej notatkę urzędową”.

W rozpoznawanej sprawie występuje właśnie ta druga sytuacja i Sąd Najwyższy podziela przedstawiony powyżej pogląd zaprezentowany we wcześniejszym orzeczeniu. Dokonując wykładni przepisu art. 174 k.p.k. należy położyć decydujący akcent na samą istotę zakazu, która dotyczy jedynie **zastępowania** (podkr. SN) wyjaśnień oskarżonego. Literalna wykładnia tego zakazu jest determinowana jasnym, niebudzącym

wątpliwości brzmieniem przepisu art. 174 k.p.k., jak również zasadą obiektywizmu i swobodnej oceny dowodów, których realizację norma ta może ograniczać.

W rozpoznawanej sprawie zeznania funkcjonariuszy Policji nie służą zastępowaniu wyjaśnień oskarżonego, ale ich weryfikacji, potwierdzając prawdziwość pierwszych z nich, udzielonych po przetłumaczeniu Yucelowi D. postanowienia o przedstawieniu zarzutów, w których nie kwestionował przywozu narkotyków z Holandii. Nie przyznał się w nich bowiem jedynie do przywiezienia tak znacznej ilości marihuany, większej niż ta przewożona w dniu 29 czerwca 2009 r. (5773,799 g), co było w pełni uzasadnione, albowiem prokurator wskazując na tę ilość zsumował masę narkotyków znaną w pojeździe należącym do skazanego (3773,799 g) z 2000 g narkotyku sprzedanego wcześniej współoskarżonemu – Pawłowi K. Warto podkreślić, że w tym zakresie Sąd pierwszej instancji nie podzielił stanowiska oskarżyciela publicznego i w ramach czynu I skazał Yucela D. jedynie za przywóz 3773,799 g marihuany z Holandii do Polski, rozstrzygając tym samym wątpliwości na korzyść oskarżonego.

Na kraj pochodzenia narkotyków wskazują również inne dowody, w tym zwłaszcza wyjaśnienia współoskarżonego – Pawła K. Warto zwrócić uwagę także na fakt, że zarówno ten oskarżony, jak i Błażej J. wskazywali na szczególny sposób zapakowania marihuany w torbę zamykaną hermetycznie, co ich zdaniem wskazuje właśnie na Holandię jako kraj pochodzenia narkotyków.

Nie można również pominąć faktu, że w toku postępowania jurysdykcyjnego oskarżony nie chciał wyjaśnić skąd przewoził narkotyki. Rzecz jasna milczenie oskarżonego stanowi jeden z elementów prawa do obrony i nie może wywoływać względem niego negatywnych skutków, niemniej jednak sąd jest uprawniony do oceny znaczenia takiego

zachowania, podobnie jak każdego innego dowodu przeprowadzonego na rozprawie.

Wskazywanie przez oskarżonego na słabą znajomość języka niemieckiego i brak możliwości porozumienia się z policjantami, to tylko próba obrony poprzez podważenie wiarygodności zeznań funkcjonariuszy Policji. Skazany w swoich wyjaśnieniach złożonych przed Sądem Okręgowym w O. w dniu 17 lutego 2010 r. stwierdził, że rozmawiał z Błażem J. w języku angielskim, a także próbował się porozumieć z Arturem B., ale jego znajomość języka nie była płynna. Próbował zrozumieć co mówi, a jak rozumiał to także odpowiadał w języku angielskim. Wyjaśnienia te korespondują z zeznaniami funkcjonariuszy Policji, albowiem świadek Błażej J. zeznał, że mieszkał przez 6 miesięcy w Stanach Zjednoczonych i ocenił swoją znajomość języka na poziomie komunikatywnym. Należy ponadto zauważyć, że do porozumienia się w sprawie kraju pochodzenia narkotyków nie potrzeba trudnego słownictwa czy języka specjalistycznego, a wystarczy podstawowa znajomość danego języka w zakresie słów i zwrotów potocznych, dotyczących życia codziennego.

Również zarzut obrazy art. 457 § 3 k.p.k. nie okazał się zasadny. Sąd odwoławczy dzieląc dokonaną przez Sąd *a quo* ocenę dowodu z zeznań funkcjonariuszy Policji – Artura B. i Błażeja J. przedstawił swoje stanowisko w zakresie charakteru prawnego tych zeznań – w kontekście „prawa do milczenia” (odmowy składania wyjaśnień), stanowiącego jeden z aspektów prawa do obrony oraz w świetle art. 174 k.p.k., ustanawiającego m.in. zakaz substytuowania wyjaśnień oskarżonego. Rozważania dotyczące tych węzłowych problemów prawnych w kontekście zarzutu dowolnej oceny zeznań funkcjonariuszy Policji i uznania ich jako dowód w sprawie są dostatecznie szczegółowe i w sposób wystarczający

odzwierciedlają tok rozumowania Sądu odwoławczego, pozwalając stwierdzić, dlaczego podniesiony zarzut został uznany za niezasadny.

Kierując się przedstawionymi względami Sąd Najwyższy na mocy art. 537 § 1 k.p.k. orzekł jak w części dyspozytywnej niniejszego postanowienia.