

Sygn. akt II Ka 200/20

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 stycznia 2021 r.

Sąd Okręgowy w Koninie II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: sędzia Robert Rafał Kwieciński

Sędziowie: Marek Ziółkowski

Anna Klimas

Protokolant: st. sekr. sąd. Dorota Sobieraj

przy udziale prokuratora Jacka Górskiego

po rozpoznaniu w dniu: 8 stycznia 2021 roku

sprawy **W. J. (1)**

oskarżonego z art. 231§1 k.k. w zb. z art. 263§3 k.k. w zw. z art. 11§2 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Rejonowego w Słupcy

z dnia 7 lipca 2020 roku sygn. akt II K 5/19

I. **Utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok.**

II. Kosztami procesu za postępowanie odwoławcze obciąża Skarb Państwa.

Marek Ziółkowski Robert Rafał Kwieciński Anna Klimas

UZASADNIENIE		
Formularz UK 2	Sygnatura akt	II Ka 200/20
Załącznik dołącza się w każdym przypadku. Podać liczbę załączników:	1	
1. CZEŚĆ WSTĘPNA		

1.1. Oznaczenie wyroku sądu pierwszej instancji

Wyrok Sądu Rejonowego w Słupcy z dnia 7 lipca 2020 r., sygn. akt II K 5/19

1.2. Podmiot wnoszący apelację

oskarżyciel publiczny albo prokurator w sprawie o wydanie wyroku łącznego

oskarżyciel posiłkowy

oskarżyciel prywatny

obrońca

oskarżony albo skazany w sprawie o wydanie wyroku łącznego

inny

1.3. Granice zaskarżenia

1.3.1. Kierunek i zakres zaskarżenia

na korzyść

na niekorzyść

w całości

w części

#

co do winy

#

co do kary

#

co do środka karnego lub innego rozstrzygnięcia albo ustalenia

1.3.2. Podniesione zarzuty

Zaznaczyć zarzuty wskazane przez strony w apelacji

#	art. 438 pkt 1 k.p.k. – obraza przepisów prawa materialnego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu	
#	art. 438 pkt 1a k.p.k. – obraza przepisów prawa materialnego w innym wypadku niż wskazany w art. 438 pkt 1 k.p.k., chyba że pomimo błędnej podstawy prawnej orzeczenie odpowiada prawu	
#	art. 438 pkt 2 k.p.k. – obraza przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia	
#	art. 438 pkt 3 k.p.k. – błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, jeżeli mógł on mieć wpływ na treść tego orzeczenia	
#	art. 438 pkt 4 k.p.k. – rażąca niewspółmierność kary, środka karnego, nawiązki lub niesłusznego zastosowania albo niezastosowania środka zabezpieczającego, przypadku lub innego środka	
#	art. 439 k.p.k.	
#	brak zarzutów	

1.4. Wnioski

#	uchylenie	#	Zmiana
---	-----------	---	--------

2. Ustalenie faktów w związku z dowodami przeprowadzonymi przez sąd odwoławczy

2.1. Ustalenie faktów

2.1.1. Fakty uznane za udowodnione					
Lp.	Oskarżony	Fakt oraz czyn, do którego fakt się odnosi	Dowód	Numer karty	
2.1.2. Fakty uznane za nieudowodnione					
Lp.	Oskarżony	Fakt oraz czyn, do którego fakt się odnosi	Dowód	Numer karty	

2.2. Ocena dowodów

2.2.1. Dowody będące podstawą ustalenia faktów		
Lp. faktu z pkt 2.1.1	Dowód	Zwięźle o powodach uznania dowodu

2.2.2. Dowody nieuwzględnione przy ustaleniu faktów (dowody, które sąd uznał za niewiarygodne oraz niemające znaczenia dla ustalenia faktów)		
Lp. faktu z pkt 2.1.1 albo 2.1.2	Dowód	Zwięźle o powodach nieuwzględnienia dowodu

3. STANOWISKO SĄDU ODWOŁAWCZEGO WOBEC ZGŁOSZONYCH ZARZUTÓW i wniosków		
Lp.	Zarzut	
	<p>- błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, albowiem mógł on mieć wpływ na treść orzeczenia, polegający na przyjęciu, iż oskarżony nie dopuścił się zarzucanego mu przestępstwa podczas, gdy właściwa ocena zgromadzonego materiału dowodowego, w tym zwłaszcza wyjaśnień oskarżonego, zeznań świadków E. F., M. W., A. O. oraz nagrania rozmów telefonicznych i smsów z dnia 10.05.2016 r. uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej „DEBIUT-Po-1” prowadzi do przekonania, iż W. J. (1) swoim zachowaniem wyczerpał znamiona zarzucanego mu występku;</p> <p>- naruszenia przepisów prawa procesowego, które miało wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 7 k.p.k. i art. 167 k.p.k. i art. 366§1 k.p.k. poprzez zaniechanie uzyskania informacji o rodzaju amunicji przekazanej oskarżonemu w ramach służbowego przydziału wraz z bronią służbową w dniu 03.02.2014 r. a następnie powołania biegłego z zakresu badań broni i balistyki celem ustalenia czy zabezpieczona w sprawie łuska została odstrzelona z naboju, który otrzymał oskarżony w ramach wskazanego służbowego przydziału oraz wskazania przez biegłego daty wyprodukowania naboju, z którego dowodowa łuska pochodzi.</p>	<p># zasadny</p> <p># częściowo zasadny</p> <p># niezasadny</p> <p># zasadny</p> <p># częściowo zasadny</p> <p># niezasadny</p>

<p>Zwiężle o powodach uznania zarzutu za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny</p>	
<p>Oba zarzuty apelacyjne okazały się niezasadne.</p> <p>W pierwszej kolejności sąd odwoławczy odniesie się do zarzutu obrazy przepisów prawa procesowego. W tym zakresie przedmiotowy środek odwoławczy jest wewnątrznie sprzeczny, ponieważ jednocześnie wskazano w nim, że wina i sprawstwo oskarżonego zostały dowiedzione przeprowadzonymi przed sądem rejonowym dowodami, a zarazem zarzucono sądowi meriti, że nie przeprowadził z urzędu wskazanych w petitum i uzasadnieniu apelacji dowodów.</p> <p>Przepis art. 167 k.p.k. podlegał zasadniczym modyfikacją, obecna jego treść obowiązuje od 16 kwietnia 2016 r. i stanowi, że dowodowy przeprowadza się na wniosek stron albo z urzędu. Pomimo takiej treści wskazanego przepisu nie do zaakceptowania jest jednak sytuacja polegająca na tym, że profesjonalna strona (oskarżyciel publiczny) zachowuje bierność podczas przewodu sądowego, nie zgłasza żadnych wniosków dowodowych, a w apelacji formułuje zarzut nieprzeprowadzenia przez sąd dowodów z urzędu.</p> <p>Ponadto sąd I instancji nie narusza przepisu art. 167 k.p.k., gdy nie podejmuje z urzędu inicjatywy dowodowej, uznając zebrany w sprawie materiał dowodowy za wystarczający do sprawiedliwego wyrokowania (postan. SN z 09.01.2019 r., II KK 466/18).</p>	

W niniejszej sprawie taka właśnie sytuacja miała miejsce. W ocenie sądu odwoławczego, już na etapie śledztwa doszło do obrazy art. 168b k.p.k. i zgromadzony materiał dowodowy, w szczególności utrwalony w ramach kontroli operacyjnej, wskazanej w zarzucie pierwszym apelacji, nie mógł być wykorzystany w postępowaniu karnym. Zeznania świadków wskazane przez apelującego były w zasadzie wynikiem utrwalonych rozmów i smsów podczas przedmiotowej kontroli operacyjnej i w oderwaniu od tej kontroli nie sposób dokonać ich oceny, a jednocześnie nie powinny być wprowadzone do procesu, jeżeli za niedopuszczalne uznaje się wykorzystanie wymienionych rozmów i smsów.

W tym miejscu należy więc przejść do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych podniesionego w apelacji. Zarzut ten, jak często bywa, stanowi polemikę z ustaleniami sądu I instancji. Jest to odmienna ocena dowodów zaprezentowana przez skarżącego. Przy czym co do szczegółów tej oceny sąd odwoławczy nie jest uprawniony do podjęcia polemiki z apelującym prokuratorem. Dowody wyżej wskazane nie powinny być bowiem wykorzystane w procesie, a więc poddane ocenie i wykorzystane w procesie wyrokowania.

Sąd okręgowy w pełni podziela bowiem treść uchwały Sądu Najwyższego, podjętej w składzie 7 sędziów, z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18, publ. OSNKW 2018/8/53. W judykacie tym Sąd Najwyższy stwierdził: użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie "innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż

przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej" obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2017 r. poz. 2067 t.j. z późn. zm.).

W niniejszej sprawie sytuacja w zakresie przedmiotowej kontroli operacyjnej przedstawiała się następująco: Sąd Okręgowy w Warszawie postanowieniem z dnia 31 marca 2016 r. zarządził kontrolę operacyjną pod kryptonimem „DEBIUT-PO-1” polegającą na uzyskaniu i utrwalaniu treści rozmów i korespondencji prowadzonych przy użyciu środków technicznych za pomocą sieci telekomunikacyjnych oraz uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej dla telefonu o numerze (...) abonent W. J. (2), stosowanej wobec faktycznego użytkownika tego telefonu W. J. (1) funkcjonariusza Komisariatu Policji w W. w sprawie nr ewidencyjny (...) pod kryptonimem (...), prowadzonej przez Wydział w P. Biura Spraw Wewnętrznych KGP, na wniosek nr (...) Komendanta Głównego Policji na okres 3 miesięcy do 30 czerwca 2016 r. Zgodnie z powołanym wnioskiem kontrola operacyjna miała dotyczyć przestępstw ujętych w art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, a określonych w art. 258 k.k., art. 286§1 k.k., art. 299§1 k.k. oraz ujętych w art. 76 k.kw., określonym w art. 19 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. Następnie kontrola we wskazanym wyżej zakresie przedmiotowym i podmiotowym została przedłużona

do 30 września 2016 r. (VIDE: k. 88-91 akt).

Następnie w dniu 25 kwietnia 2017 r. w sprawie PR 1 Ds. 61.2016 prokurator Prokuratury Rejonowej w Pile wydał na podstawie art. 168b k.p.k. postanowienie, w którym podjął decyzję o wykorzystaniu w postępowaniu karnym materiałów wytworzonych w związku ze stosowaniem kontroli operacyjnej kryp. (...) prowadzonej przez Wydział w P. (...) KGP, przekazanych na potrzeby toczącego się postępowania karnego PR 1 Ds. 61.2016 prowadzonego przez Prokuraturę Rejonową w kierunku art. 124 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo Farmaceutyczne i inne, a zawierające:

- dowody popełnienia przez W. J. (1) przestępstw z art. 165§1 pkt 2 k.k., art. 231§2 k.k., art. 266§2 k.k., art. 263§3 k.k., art. 18§2 i 3 k.k. w zw. z art. 271§1 i 3 k.k., art. 124b ust. 2 ustawy Prawo Farmakologiczne oraz przestępstw skarbowych określonych w art. 65§1 k.k.s., czyli innych przestępstw niż przestępstwa objęte zarządzeniem kontroli (k. 99-100).

Jak już wyżej wskazano te inne przestępstwa zgodnie z powołaną uchwałą SN obejmują swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji. W cyt. postanowieniu prokurator wskazał art. 231§2 k.k., jednak ostatecznie oskarżonemu postawiono zarzut z art. 231§1 k.k. który nie jest objęty przepisem art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, podobnie czyn opisany w art. 263§3 k.k. nie jest wymieniony

w ustawie o policji oraz innych przepisach określających podstawy wyrażenia przez sąd zgodny na zarządzenie kontroli operacyjnej. W art. 19 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji mowa jest o nielegalnym wytwarzaniu, posiadaniu lub obrocie bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub substancjami psychotropowymi albo ich prekursorami oraz materiałami jądrowymi i promieniotwórczymi. Oskarżony nie został jednak oskarżony o nielegalne wytwarzanie, posiadanie lub obrót bronią i amunicją. Wymienionemu postawiono jedynie zarzut udostępnienia E. F. broni służbowej w celu oddania jednego strzału. Zachowanie takie nie obejmuje przestępstw wymienionych we wskazanym wyżej przepisie ustawy o Policji. Oskarżony nie dopuścił się nielegalnego wytwarzania lub posiadania broni ani jej obrotu, to jest nie zbył odpłatnie lub nieodpłatnie przedmiotowej broni na rzecz E. F..

W opisanej sytuacji procesowej wydanie postanowienia o wykorzystaniu tych dowodów w niniejszym postępowaniu karnym było niedopuszczalne. (...) te nie mogły więc zostać wykorzystane, a całe dalsze postępowanie i dowodu wskazane w apelacji były wynikiem utrwalonych rozmów i wiadomości sms. Świadkowie i oskarżony wprost odnosili się do tych materiałów, a świadkowi M. W. wręcz odtworzono nagranie rozmowy z 10 maja 2016 r. podczas przesłuchania (VIDE: k. 147v i 453).

Uznając, że materiał dowodowy, na którym oparto zarzut postawiony oskarżonemu W. J. (1) uzyskany

został z przekroczeniem zakresu przedmiotowego opisanego w art. 19 ust. 1 ustawy o policji i nie mógł być wykorzystany na podstawie art. 168b k.p.k., brak było danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia przedmiotowego przestępstwa i uniewinnienie oskarżonego musiało nastąpić na podstawie art. 414§1 k.p.k. w zw. z art. 17§1 pkt 1 k.p.k.

Uzupełnianie materiału dowodowego w sposób opisany w apelacji nie miałyby żadnego wpływu na wyżej opisane konstatacje i nie mogło doprowadzić o skazania oskarżonego.

Wniosek

- uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania

zasadny
częściowo zasadny
niezasadny

Zwięźle o powodach uznania wniosku za zasadny, częściowo zasadny albo niezasadny.

Sąd odwoławczy nie podzielił zarzutów zawartych w apelacji i uznał, iż nie zachodzi konieczność uchylenia niniejszego wyroku, celem ponownego rozpoznania sprawy, ponieważ nie doprowadziłoby to do skazania oskarżonego z uwagi na brak dowodów potwierdzających jego sprawstwo i winę. Kluczowe dowody uzyskane bowiem zostały z naruszeniem wyżej wskazanych przepisów k.p.k. i ustawy o Policji.

4. OKOLICZNOŚCI PODLEGAJĄCE UWZGLĘDNIENIU Z URZĘDU	
1.	
Zwiążle o powodach uwzględnienia okoliczności	
5. ROZSTRZYGNIĘCIE SĄDU ODWOŁAWCZEGO	
5.1. Utrzymanie w mocy wyroku sądu pierwszej instancji	
1.	Przedmiot utrzymania w mocy
Uniewinnienie oskarżonego W. J. (1)	
Zwiążle o powodach utrzymania w mocy	
Brak było podstaw do uznania winy i sprawstwa oskarżonego.	
5.2. Zmiana wyroku sądu pierwszej instancji	
	Przedmiot i zakres zmiany
Zwiążle o powodach zmiany	

5.3. Uchylenie wyroku sądu pierwszej instancji	
5.3.1. Przyczyna, zakres i podstawa prawna uchylenia	
1.1.	# art. 439 k.p.k.
Zwiążle o powodach uchylenia	

2.1.	Konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości	# art. 437 § 2 k.p.k.
Zwięźle o powodach uchylenia		
3.1.	Konieczność umorzenia postępowania	# art. 437 § 2 k.p.k.
Zwięźle o powodach uchylenia i umorzenia ze wskazaniem szczególnej podstawy prawnej umorzenia		
4.1.		# art. 454 § 1 k.p.k.
Zwięźle o powodach uchylenia		
5.3.2. Zapatrywania prawne i wskazania co do dalszego postępowania		
5.4. Inne rozstrzygnięcia zawarte w wyroku		
Punkt rozstrzygnięcia z wyroku	Przytoczyć okoliczności	
6. Koszty Procesu		

Punkt rozstrzygnięcia z wyroku	Przytoczyć okoliczności
II	Na podstawie art. 632 pkt. 2 k.p.k. kosztami procesu za postępowanie odwoławcze obciążony został Skarb Państwa.

7. PODPIS

Marek Ziolkowski Robert Rafał Kwieciński Anna Klimas