

Sygn. akt III KK 245/15

POSTANOWIENIE

Dnia 17 listopada 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Józef Szewczyk (przewodniczący)

SSN Jarosław Matras (sprawozdawca)

SSA del. do SN Stanisław Stankiewicz

Protokolant Anna Korzeniecka-Plewka

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Krzysztofa Parchimowicza
w sprawie **M. B.**, **T. M.**, **J. W.** skazanych z art. 43 ust. 3 Ustawy z 24-04-1997r. o
przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 33 § 1 i 3 kk
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 17 listopada 2015 r.,
kasacji, wniesionych przez obrońców skazanych
od wyroku Sądu Okręgowego w G.
z dnia 3 grudnia 2014 r.,
utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w G.
z dnia 28 listopada 2012 r.,

**oddala wszystkie kasacje i obciąża skazanych kosztami
sądowymi postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy wyrokiem z dnia 28 listopada 2012 r., uznał M. B., w ramach czynów zarzuconych mu w pkt. II i III aktu oskarżenia, za winnego tego, że w okresie od 9 czerwca 1998 r. do 22 czerwca 1998 r., na terenie województwa [...], działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wprowadził do obrotu znaczną ilość substancji psychotropowych w postaci amfetaminy w ten sposób, iż w dniu 9 czerwca 1998 r. działając wspólnie i w porozumieniu z W. G. i T. M. posiadał wbrew przepisom ustawy znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci 780 gramów

amfetaminy, co stanowi nie mniej niż 7.800 porcji konsumpcyjnych, przeznaczonych do dalszej odsprzedaży, z czego 99 gramów amfetaminy, co stanowi nie mniej niż 990 porcji konsumpcyjnych, sprzedał w celu dalszej odsprzedaży za kwotę 5500 dolarów amerykańskich funkcjonariuszom Policji, wykonującym działania służbowe w trybie i na zasadach określonych w art. 19a ustawy o Policji, natomiast w dniu 22 czerwca 1998 r. działając wspólnie i w porozumieniu z W.G., T. M. i J. W. sprzedał w celu dalszej odsprzedaży znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci 971 gramów amfetaminy, co stanowi nie mniej niż 9.710 porcji konsumpcyjnych, za cenę 5.550 dolarów amerykańskich funkcjonariuszom Policji, wykonującym działania służbowe w trybie i na zasadach określonych w art. 19a ustawy o Policji. Czyn ten przy zastosowaniu art. 4 § 1 k. k. zakwalifikował z art. 43 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 75 poz. 468 z 1997 r. z późn. zm.) w zw. z art. 12 k. k. i za to na podstawie art. 43 ust. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 75 poz. 468 z 1997 r. z późn. zm.) w zw. z art. 33 § 1 i 3 k. k. skazał go na karę 4 (czterech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wymiarze 80 stawek dziennych po 30 złotych każda (punkt II wyroku). M. B. został wyrokiem tym uniewinniony od czynu zarzuconego mu w pkt. I aktu oskarżenia (punkt I wyroku). Tym wyrokiem zostali skazani także T. M. oraz J. W. T. M. miał postawione w akcie oskarżenia tożsame zarzuty co M. B., przy czym opisane one były w pkt VII i VIII aktu oskarżenia. W pkt. V wyroku Sąd Rejonowy uznał T. M. za winnego przestępstwa popełnionego w okresie od 9 czerwca 1998 r. do dnia 22 czerwca 1998 r. a jego opis został ujęty w tożsamy sposób co przy skazaniu M. B.; w sposób identyczny czyn ten zakwalifikowano, a także tożsama była podstawa skazania i wymiaru kary. T. M. został skazany na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 70 stawek dziennych po 30 zł każda.

J. W. natomiast został uznany za winnego tego, że w dniu 22 czerwca 1998 r. w G. wprowadził do obrotu znaczną ilość substancji psychotropowych w postaci amfetaminy w ten sposób, że działając wspólnie i w porozumieniu z [...] sprzedał w celu dalszej odsprzedaży znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci 971 gramów amfetaminy, co stanowi nie mniej niż 9.710 porcji konsumpcyjnych, za

cenę 5.550 dolarów amerykańskich funkcjonariuszom Policji, wykonującym działania służbowe w trybie i na zasadach określonych w art. 19a ustawy o Policji, czyn ten przy zastosowaniu art. 4 § 1 k. k. zakwalifikował z art. 43 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 75 poz. 468 z 1997 r. z późn. zm.) i za to na podstawie art. 43 ust. 3 tej ustawy w zw. z art. 33 § 1 i 3 k. k. skazał go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych po 30 złotych każda.

Apelacje od tego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych. Obrońca oskarżonego B. zaskarżył wyrok w zakresie rozstrzygnięcia w pkt. II wyroku i zarzucił mu:

„1. obrazę przepisów postępowania - art. 19a ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 roku o Policji (Dz. U. z 1990 roku, Nr 30, poz. 179 z późniejszymi zmianami) w brzmieniu obowiązującym w okresie od dnia 03 czerwca 1998 roku do dnia 22 czerwca 1998 roku, polegającą na przyjęciu, iż istniały podstawy do zastosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia przedmiotów, którymi obrót jest zabroniony, podczas gdy bezpodstawne jest stanowisko, iż na podstawie posiadanych w dniu 03 czerwca 1998 roku danych można było uznać, iż policja dysponowała wiarygodnymi informacjami o przestępstwie, które zaistniało, a w konsekwencji aby istniała podstawa do wydania zarządzenia nr N- 0024/98 w oparciu o wnioski nr 0018/98, co doprowadziło do niedopuszczalnego wykorzystania materiału dowodowego i w postaci zeznań świadków anonimowych w osobach Policjant nr 1, Policjant nr 2 i Policjant nr 3 w procesie karnym i w oparciu o taki materiał dowodowy pociągnięcie do odpowiedzialności karnej oskarżonego;

2. obrazę przepisów postępowania - art. 5 § 2, art. 7, art. 410, art. 424 § 1 Kodeksu postępowania karnego, polegającą na odmowie przyznania waloru wiarygodności wyjaśnieniom R. N. złożonym w toku ponownego rozpoznania sprawy na rozprawie w dniach 24 maja 2007 roku, 04 października 2007 roku, 29 listopada 2010 roku oraz 27 stycznia 2011 roku w części dotyczącej jego roli w „prowokacji” przygotowanej przez funkcjonariuszy CBŚ wobec M. B. z uwagi na ich nieweryfikowalność, podczas gdy owa nieweryfikowalność była konsekwencją wydania przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji decyzji o odmowie

zezwolenia funkcjonariuszom Centralnego Biura Śledczego na udzielenie informacji niejawnych, zaś odtajnione dokumenty znajdujące w teczce operacji specjalnej opatrzonej kryptonimem „B.” na podstawie decyzji nr 216 z dnia 22 czerwca 1998 roku Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji nie były wystarczające do ustalenia wszystkich okoliczności uzasadniających podjęcie operacji specjalnej, a wspomniane powyżej wyjaśnienia R. N. znalazły swoje potwierdzenie we wcześniej złożonych wyjaśnieniach M. B.;

3. obrazę przepisów postępowania — art. 7, art. 410 oraz art. 424 § 1 Kodeksu postępowania karnego, polegającą na odmowie przyznania waloru wiarygodności wyjaśnieniom M. B. w części dotyczącej przyczyn, dla których został nawiązany kontakt przez niego z potencjalnymi nabywcami substancji psychotropowych, którzy okazali się: być funkcjonariuszami Centralnego Biura Śledczego, podczas gdy te wyjaśnienia znajdują oparcie w treści wyjaśnień R. N. złożonych na rozprawie w dniach 24 maja 2007 roku, 04 października 2007 roku, 29 listopada 2010 roku oraz 27 stycznia 2011 roku, a także w treści pierwszej notatki służbowej z dnia 20 maja 1998 roku (k. 112 akt), co w konsekwencji doprowadziło do uznania zarządzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych w trybie art. 19a ustawy o Policji za legalne, dokonania na podstawie zgromadzonego w ich trakcie materiału dowodowego ustaleń faktycznych i pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej;

4. obrazę przepisów postępowania - art. 443 Kodeksu postępowania karnego, polegające na wydaniu wobec oskarżonego surowszego orzeczenia w zakresie kosztów sądowych poprzez obciążenie go opłatą w kwocie 880 zł., podczas gdy przy pierwotnym rozpoznaniu sprawy oskarżony został zwolniony od kosztów sądowych w całości, zaś apelacja na jego niekorzyść wniesiona przez Prokuratora Okręgowego dotyczyła wyłącznie orzeczenia o karze w części, w której nastąpiło odstąpienie od wymierzenia wyżej wymienionym oskarżonym, obok kar pozbawienia wolności, obligatoryjnych kar grzywny.”

Podnosząc te zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzuczonego mu czynu, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Obrońca T. M. zaskarżył wyrok w całości i zarzucił mu:

„ 1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na błędnym uznaniu, że oskarżony T.M. w okresie od 09.06.1998 r. do 22.06.1998 r. wprowadził do obrotu znaczną ilość środków psychotropowych,

2. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

a) art. 7, 410 k.p.k. poprzez:

- nie dokonanie wszechstronnej analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego i w konsekwencji:

- bezpodstawne zakwestionowanie wyjaśnień oskarżonego T. M. konsekwentnie nie przyznającego się do popełnienia zarzucanych mu czynów,

- poprzez bezpodstawne uznanie za wiarygodne dowodów zeznań świadków anonimowych - funkcjonariuszy Policji i oparcie na tychże dowodach wyroku, a które to dowody zostały uzyskane wskutek bezzasadnych czynności operacyjno-rozpoznawczych,

- błędne określenie ilości porcji konsumpcyjnych, które można przygotować z zabezpieczonej substancji psychotropowej.

b) art. 19a ust. 1 Ustawy o Policji poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodziły podstawy do dokonania czynności operacyjno-rozpoznawczych dotyczących nabycia środków, którymi obrót jest zabroniony,

c) art 424 § 1 pkt 1 k.p.k. poprzez:

- nienależyte ustosunkowanie się do zeznań świadków anonimowych oraz wyjaśnień oskarżonych,

- nienależyte wyjaśnienie na jakiej podstawie Sąd Rejonowy stwierdził winę oskarżonego T. M. odnośnie zarzucanych mu czynów,

- nienależyte wyjaśnienie na jakiej podstawie Sąd Rejonowy uznał, iż zachodziły podstawy dokonania czynności operacyjno-rozpoznawczych dotyczących nabycia środków, którymi obrót jest zabroniony,

- niewyjaśnienie na jakiej podstawie Sąd Rejonowy ustalił ilość porcji konsumpcyjnych, które może przygotować z zabezpieczonej substancji.”

Podnosząc te zarzuty skarżący wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego J. W. zaskarżył wyrok w całości i zarzucił mu:

„- obrazę przepisów postępowania mający wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj. art. 4, art. 5 § 2 oraz art. 7 k.p.k., polegającą na naruszeniu zasady obiektywizmu, na mocy której organy prowadzące postępowanie karne są obowiązane badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, zasady nakazującej rozstrzygać nie dające się usunąć wątpliwości na korzyść oskarżonego, jak również zasady swobodnej oceny dowodów, w myśl której organy postępowania kształtują swe przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego;
- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, który miał wpływ na jego treść, polegający na wadliwym uznaniu, iż oskarżony J. W. dopuścił się zarzucanego mu czynu pomimo, iż nie pozwalał na to ujawniony w sprawie materiał dowodowy.”

Tak formułując zarzuty autor apelacji domagał się zmiany wyroku poprzez uniewinnienie lub uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Po rozpoznaniu tych apelacji Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 3 grudnia 2014 r. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok uznając apelacje za oczywiście bezzasadne.

Kasacje od tego wyroku wywiedli obrońcy skazanych.

Obrońca skazanego M. B. zaskarżył wyrok w całości i zarzucił mu:

„ 1. rażące naruszenie prawa - art. 457 § 3 Kodeksu postępowania karnego - polegające na nie wskazaniu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku czym kierował się Sąd odwoławczy uznając zarzuty apelacji obrońcy z dnia 29 lipca 2013 roku za niezasadne w stopniu oczywistym;

2. rażące naruszenie prawa - art. 19a ust. (ustawy z dnia 06 kwietnia 1990 roku o Policji (Dz. U. z 1990 roku, Nr 30, poz. 79 z późniejszymi zmianami) w brzmieniu obowiązującym w 1998 roku, polegające na przyjęciu, iż istniały podstawy do zastosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych polegających na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia przedmiotów, którymi obrót jest zabroniony, bez dokonania wnikliwej i rzetelnej weryfikacji zasadności i sposobu przeprowadzenia prowokacji przez funkcjonariuszy Centralnego Biura Śledczego, w sytuacji gdy dowody uzyskane z prowokacji stały się podstawą wydania wyroku skazującego.”

Podnosząc takie zarzuty skarżący wniósł o uchylenie wyroku oraz wyroku go poprzedzającego i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Obrońca skazanego T. M. zaskarżył wyrok w całości i zarzucił mu „rażące naruszenie prawa procesowego, które mogło mieć istotny wpływ na treść tego orzeczenia, a mianowicie art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., polegające na:

- braku w uzasadnieniu sądu odwoławczego rzetelnego ustosunkowania się do istotnych kwestii dotyczących uznania, iż w niniejszej sprawie w stosunku do T. M. zachodziły określone w art. 19a ust. 1 ustawy o Policji podstawy do dokonania czynności operacyjno-rozpoznawczych w odniesieniu do nabycia środków, którymi obrót jest zabroniony, a także pominięcie argumentacji zawartej w apelacji obrońcy oskarżonego oraz w uzupełnieniu apelacji i tym samym zaakceptowanie stanowiska Sądu Rejonowego, zawartego w wyroku z dnia 27.11.2013 r. o możliwości procesowego wykorzystania dowodów uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych bez należytego uargumentowania tego stanowiska.”

W konkluzji kasacji zawarto wnioski o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Obrońca skazanego J. W. zaskarżył wyrok w całości i zarzucił mu „rażące naruszenie prawa karnego procesowego, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 19a ustawy z dnia 06.04.1990 r. o Policji (Dz. U. t.j. z 2011 r. Nr 287 poz. 1687 ze zm., dalej zwana: „u.o.p.”), art. 433 k.p.k. oraz art. 457 k.p.k., polegającego na ich wadliwym zastosowaniu poprzez wykorzystanie Sąd I instancji materiałów pozyskanych w warunkach art. 19a u.o.p. jako dowodów w postępowaniu karnym przeciwko skazanemu J. W., a w konsekwencji naruszenie art. 170 § 1 pkt 1) k.p.k. tj. wykorzystanie w procesie karnym dowodów niedopuszczalnych i nierozpoznanie w sposób kompleksowy tychże uchybień sformułowanych jako zarzutów w apelacjach obrońców.”

Autor kasacji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego i utrzymanie nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego oraz przekazanie sprawy skazanego J. W. do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

W pisemnym stanowisku prokurator Prokuratury Okręgowej wniósł o oddalenie wszystkich kasacji jako oczywiście bezzasadnych. Stanowisko to podtrzymał na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Generalnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Wniesione kasacje okazały się niezasadne, aczkolwiek nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że są one bezzasadne w stopniu oczywistym. Co więcej, trzeba wyraźnie stwierdzić, że słusznie wskazuje się we wszystkich kasacjach na rażące naruszenie przepisów art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. w odniesieniu do stanowiska Sądu drugiej instancji w zakresie sposobu rozważenia i odniesienia się do zarzutów apelacji, które dotyczyły obrazy art. 19a ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. 2015.poz. 355) w brzmieniu obowiązującym w okresie od 3 czerwca do 22 czerwca 1998 r. (dalej jako ustawa o Policji). Odnosząc się do tego uchybienia podkreślić należy, że w apelacjach obrońców M. B. oraz T. M. postawiono zarzuty, które dotyczyły legalności zastosowania czynności operacyjno-rozpoznawczej w postaci zakupu kontrolowanego. W obszernych wywodach – wspartych poglądami piśmiennictwa i orzecznictwa – przedstawiono argumentację, która w ocenie skarżących wskazywała na bezprawne (nielegalne) podjęcie decyzji o zgodzie na zastosowanie zakupu kontrolowanego, co w ocenie skarżących skutkowało uzyskaniem dowodów w sposób sprzeczny z prawem, a co z kolei czyniło nieskutecznym procesowo oparcie ustaleń faktycznych o dowody uzyskane w wyniku tych czynności. Istotne jest, że kwestionowano nie tylko istnienie wiarygodnych informacji przed dniem formalnego zarządzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych w formie zakupu kontrolowanego (3 czerwca 1998 r.), ale także wskazywano, iż na etapie sprawdzania uzyskanych informacji nie była możliwa „aktywna” postawa funkcjonariuszy policji działających „pod przykryciem”, co miało miejsce w tej sprawie. Przywoływano także, oczekując stanowiska Sądu drugiej instancji, że sporządzone notatki służbowe na podstawie których zdecydowano o podjęciu czynności operacyjno-rozpoznawczych i dokonanie zakupu kontrolowanego nie mogły stanowić wymaganego ustawą o Policji „uwiarygodnienia” informacji, bo ich podstawą były aktywne działania policjantów, a nie było wcześniej informacji o możliwości popełniania przez oskarżonych tego rodzaju przestępstw; obrońca M. B.

w tym zakresie wskazywał na fakt uniewinnienia oskarżonego od czynu z pkt I, który takiej działalności wcześniejszej miał dotyczyć (nie kwestionował natomiast skazania M. B. za udział w obrocie środkami odurzającymi w innej sprawie). Zarzuty te stanowiły główną „oś” obu wniesionych apelacji. Przepis art. 433 § 2 k.p.k. wymagał, aby Sąd odwoławczy zarzuty te rozważył, a zatem by ocenił ich zasadność. Rozważenie takie musiało prowadzić do ustalenia czy zarzuty te są słuszne, a jeśli nie, to dlaczego (art. 457 § 3 k.p.k.). Uzasadnienie Sądu odwoławczego winno zatem odnosić się w sposób rzetelny do tych kwestii, które stanowiły najistotniejsze (kluczowe) argumenty przedstawione na poparcie określonego zarzutu. Tymczasem w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego zarzutom naruszenia art. 19a ust. 1 ustawy o Policji poświęcono cztery zdania, przy czym tylko w jednym z nich odniesiono się do zarzutów związanych z niedopuszczalną formą działania policjantów, wskazując, że cyt.: *„Brak jest podstaw do stwierdzenia, co zarzucają skarżący, że na tym etapie postępowania funkcjonariusze Policji wykroczyli poza bierną postawę, podejmując już działania, o których mowa w art. 19a ustawy o Policji”*. Pozostałe zdania stanowiły aprobatę dla stanowiska Sądu pierwszej instancji (str. 14 uzasadnienia). Przypomnieć należy, że jest dopuszczalne w uzasadnieniu orzeczenia Sądu odwoławczego posłużenie się odesłaniem do akceptowanych rozważań sądu I instancji o ile metoda taka służy uniknięciu zbędnych powtórzeń. Odesłanie takie nie może natomiast zastępować przedstawienia samodzielnych rozważań sądu odwoławczego, albowiem to ten sąd rozpoznaje wniesiony środek odwoławczy i musi zmierzyć się z jego treścią, a w konsekwencji przedstawić pogląd, dlaczego postawione w nim zarzuty uważa za zasadne albo nie (por. np. wyrok SN z dnia 11 lutego 2015 r., II KK 289/14, Lex 1683258). Zważywszy na sposób odniesienia się do wskazanych zarzutów nie sposób odmówić racji wszystkim skarżącym co do rażącego naruszenia art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. **Niewątpliwie uzasadnienie to nie tylko dalekie jest od poprawności, ale wręcz jest poniżej minimalnych wymagań.** Rzecz jednak w tym, że kasacja jest zasadna wówczas, gdy sąd kasacyjny stwierdzi nie tylko rażące naruszenie prawa, ale i to, iż mogło ono mieć istotny wpływ na treść zapadłego wyroku (art. 523 §1 k.p.k.). Tego zaś związku w realiach sprawy nie sposób dostrzec. Przede wszystkim podkreślić należy, że zarzuty kasacji nie

dotykały kwestii prawidłowości procesowego sposobu poczynienia innych ustaleń faktycznych niż te, które dotyczyły sporządzenia przez policjantów notatek służbowych. Krótko mówiąc, **ani w apelacji ani też w kasacji nie kwestionowano w formule zarzutów natury procesowej tych ustaleń, które poprzedzały podjęcie przez policjantów telefonicznego kontaktu z M. B. oraz późniejszego z nim spotkania**. Tak więc ta baza faktyczna, jako niekwestionowana, musi być podstawą oceny zarzutów kasacji w kontekście ich treści oraz kwestii zasadności zastosowania przez właściwe organy przepisu art. 19a ust.1 ustawy o Policji. Z poczynionych przez sąd *meriti* ustaleń faktycznych wynika zaś, co ma istotne znaczenie, że: *„W maju 1998 r. funkcjonariusze Komendy Głównej Policji w Warszawie uzyskali informację o prowadzeniu przez M.B. działalności polegającej na nielegalnym obrocie środkami odurzającymi”* (str. 2 uzasadnienia). Dopiero później – bo 18 lub 19 maja 1998 r. – policjant nr 1 zadzwonił do M. B. w celu ustalenia możliwości zakupu amfetaminy (str. 2 - 3 uzasadnienia). Z rozmowy tej, jak i spotkania policjanta nr 1 z M. B., które nastąpiło w dniu 25 maja 1998 r., sporządzono notatki służbowe (z 20 maja i 25 maja 1998 r.) i dopiero te notatki stały się podstawą sformułowania wniosku o wydanie zgody na zastosowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych w formie zakupu kontrolowanego, a jego akceptacja nastąpiła w formie zarządzenia w dniu 3 czerwca 1998 r. (k. 111-119, 213-214). Na tle tych ustaleń faktycznych Sąd pierwszej instancji wskazał, że to właśnie te notatki służbowe były „uwiarygodnieniem uzyskanych informacji”, co stanowiło spełnienie warunku wymaganego w treści art. 19a ust. 1 ustawy o Policji w brzmieniu obowiązującym w dacie ich podejmowania (por. str. 29 uzasadnienia sądu I instancji). Przepis ten w brzmieniu ówczesnym stanowił bowiem: *W sprawach o przestępstwa umyślne (...) - czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej, wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz wykrycia sprawców i uzyskania dowodów mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawnym nabycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej*. Podkreślić też należy, że sąd *meriti* miał pełną świadomość tego, iż notatka z dnia 20 maja 1998 r. dokumentowała „nawiązanie kontaktu” z M.

B. (str. 30 uzasadnienia) po uzyskaniu wcześniejszej informacji, a pomimo tego taka forma sprawdzenia wiarygodności uzyskanych wcześniej informacji nie doprowadziła go do uznania, iż doszło w ten sposób do naruszenia przepisu art. 19a ust. 1 ustawy o Policji. W kontekście zatem poczynionych ustaleń podstawową kwestią było to, czy prawidłowo Sądy orzekające w tej sprawie uznały, iż notatki służbowe stanowiły „wiarygodną informację” w rozumieniu art. 19a ust. 1 ustawy o Policji. W obszarze tego zagadnienia – materialnej treści notatek – żaden ze skarżących nie kwestionował treści tych notatek. Zatem stanowisko Sądu drugiej instancji ogólnie akceptującego stanowisko wyrażone przez sąd *meriti* nie może być skutecznie kwestionowane (str. 14 uzasadnienia). Trafne jest również wyrażone w jednym zdaniu stanowisko Sądu odwoławczego co do legalności działań funkcjonariuszy Policji. Po pierwsze, sama ustawa o Policji w art. 19a ust. 1 nie określa w jakich formach ma istnieć uzyskana wcześniej wiarygodna informacja, a więc nie określa wskazywanego przez obrońców skazanych obowiązku „pasywności” lub „bierności”. Z przepisu art. 19a ust. 4 ustawy o Policji wynika jedynie, że podjęte już po wcześniejszym uzyskaniu „wiarygodnych informacji” czynności operacyjno-rozpoznawcze nie mogą polegać na kierowaniu działaniami wyczerpującymi znamiona czynu zabronionego ustawą, zaś w odniesieniu do czynów dotyczących przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej nie mogą również polegać na nakłanianiu do udzielenia lub przyjęcia takiej korzyści. A *contrario* zasadne wydaje się uznanie, że co do fazy „uwiarygodniania” informacji, o której mowa w art. 19a ust. 1 ustawy o Policji, nie sposób wywodzić żadnych innych ograniczeń, a zatem i budować tezy o koniecznej „bierności” w tej fazie. Po drugie, „uwiarygodnienie” wcześniej uzyskanych informacji wymaga jakiejś formy aktywności funkcjonariuszy Policji. Przecież chodzi o potwierdzenie, iż dana informacja jest prawdziwa, zasługuje na wiarę, jest pewna. Taki walor informacji wymaga podjęcia odpowiednich działań, które muszą być ukierunkowane na sprawdzenie faktu zaistnienia określonych okoliczności będących podstawą uzyskanej informacji oraz zweryfikowania ich rzetelności i prawdziwości. W przypadku informacji co do faktu prowadzenia działalności przestępczej, która z reguły prowadzona jest w sposób skryty, uzyskanie wiarygodności co do wcześniej uzyskanej informacji wymaga podjęcia aktywności operacyjnej. Rzeczą kluczową

jest natomiast to, aby tak pojmowana działalność nie przekroczyła tych ram, które w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), jak i Sądu Najwyższego uznaje się za nieprzekraczalne w kontekście gwarancji rzetelnego procesu (art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności). Chodzi zatem o to, aby takie czynności niejawnie nie polegały na nadmiernej aktywności, a więc np. na nakłonieniu do przestępstwa w sytuacji, w której nic by nie wskazywało na to, że bez ich działań przestępstwo nie zostałoby popełnione (por. Teixeira de Castro przeciwko Portugalii, wyrok z dnia 9 czerwca 1998 r., skarga nr 25829/94). W sprawie Teixeira de Castro ETPC zwracał również uwagę, że przed podjęciem takich działań przez policjantów pod przykryciem uczestniczących w prowokacji nie było żadnych podejrzeń co do tego, że oskarżony był zamieszany w jakąkolwiek działalność przestępczą i nie istniały też żadne dowody wskazujące, że miał predyspozycje do popełniania przestępstw. W przywołanej przez skarżących sprawie Ramanauskas przeciwko Litwie ETPC podkreślił, że do nakłaniania przez policję do przestępstwa (prowokowania) dochodzi wówczas, gdy funkcjonariusze służb specjalnych nie ograniczają się do pasywnego w istocie śledzenia działalności kryminalnej danej osoby, ale wywierają na nią wpływ, aby skłonić ją do przestępstwa, którego w innym przypadku by nie popełniła. ETPC zwrócił uwagę, że Ramanauskas wcześniej był prokuratorem i nie był skazany za żadne przestępstwo (wyrok z dnia 5 lutego 2008 r., skarga nr 74420/01), czego przecież nie można było powiedzieć o M. B. W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2014 r. II KK 265/13, OSNKW 2014, nr 9, poz.71 wskazano – w oparciu o dokonaną obszerną analizę orzecznictwa ETPC – że postawa agentów **nie może przybierać cech nadmiernej aktywności**, zaś ich czynności nie mogą polegać na nakłanianiu do przyjęcia korzyści majątkowej, a **kluczowe staje się ustalenie, czy doszłoby do popełnienia przestępstwa bez impulsu z zewnątrz, jakie nasilenie miał ten impuls oraz jaką pozostawiał swobodę wyboru prowokowanej osobie**; osoba prowokowana musi mieć swobodę podjęcia decyzji w przypadku złożenia jej propozycji w ramach tych czynności. Odnosząc te uwagi do realiów tej sprawy stwierdzić należy, iż nawiązanie wpraw przez policjanta nr 1 telefonicznego kontaktu z M. B., po uzyskaniu wcześniejszej informacji o prowadzeniu przez niego działalności

przestępczej w zakresie obrotu środkami odurzającymi, w celu uzyskania informacji o możliwości zakupu takich środków (notatka z 20 maja 1998 r.), a następnie potwierdzenie możliwości zakupu tych środków w ilości hurtowej (3-5 kilogramów amfetaminy miesięcznie) w czasie spotkania (notatka z dnia 25 maja 1998 r.) nie tylko nie wskazuje na „namówienie do popełnienia przestępstwa” osoby przypadkowej, co do której nie było wcześniej jakichkolwiek informacji o prowadzonej działalności przestępczej w tym zakresie, ale dowodzi tezy wprost przeciwnej, a więc tego, iż M. B. popełniłby przypisane mu przestępstwo niezależnie od tego, czy policjanci pod przykryciem nawiązałyby z nim kontakt. Trafnie oba orzekające sądy podkreśliły, że skoro M. B. dysponował tak dużą ilością amfetaminy by sprzedawać ją w ilościach od 3 kg do 5 kg miesięcznie, to nie można mówić o „skuszeniu przeciętnie uczciwego człowieka” (str. 31 uzasadnienia wyroku Sądu I instancji oraz str. 14 uzasadnienia wyroku Sądu II instancji). Nie budzi wątpliwości, że M. B. miał pełną swobodę w podjęciu czynności dotyczących sprzedaży amfetaminy i sam kreował dalsze kroki w tym procederze. Trafnie również orzekające w sprawie sądy ustaliły, że nawet gdyby nie podjęto próby zakupu tych środków w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczej w formie zakupu kontrolowanego, to osoba, która ma dostęp do tak dużych ilości środków odurzających musiałaby przecież je wprowadzić na rynek w inny sposób; nikt bowiem takiej ilości amfetaminy nie przetrzymuje na własny użytek.

Te wszystkie okoliczności dowodzą, że zaistniałe uchybienie chociaż miało postać rażącego naruszenia prawa, to nie mogło mieć istotnego wpływ na treść prawomocnego wyroku. To zaś zdecydowało o oddaleniu wniesionych kasacji.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w postanowieniu.

kc