

Sygn. akt IV Kz 854/18

## POSTANOWIENIE

Dnia 28 sierpnia 2018 roku

Sąd Okręgowy w Krakowie, IV Wydział Karny – Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Wojciech Maczuga

Protokolant: st. sekr. sąd. Marta Kruk

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Krakowie- Małgorzaty Cisło

po rozpoznaniu w sprawie przeciwko

S. M.

s. W. i H., z d. S.

ur. (...) w D.

podejrzanemu z art 54 § 1 kks w zw. z art 6 § 2 kks w zw. z art 37 § 1 ust. 1 kks

wskutek zażalenia obrońcy podejrzanego – adw. M. B. - na postanowienie Sądu Rejonowego dla Krakowa – Śródmieścia w Krakowie z dnia 27 lipca 2018 r. sygn. akt II Kp1452/18/S

w przedmiocie zastosowania środka zapobiegawczego

na podstawie art. 253 § 1 kpk, 430 § 1 kpk, art. 98 § 2 kpk

### ***postanawia***

1. uchylić stosowany względem podejrzanego S. M. środek zapobiegawczy, w postaci tymczasowego aresztowania, zastosowany postanowieniem Sądu Rejonowego dla Krakowa – Śródmieścia w Krakowie z dnia 27 lipca 2018 r. sygn. II Kp1452/18/S a następnie przedłużony postanowieniem tegoż Sądu z dnia 21 sierpnia 2018 roku sygn. II Kp 1541/18/S;
2. pozostawić bez rozpoznania zażalenie obrońcy podejrzanego S. M. na postanowienie Sądu Rejonowego dla Krakowa – Śródmieścia w Krakowie z dnia 27 lipca 2018 r. sygn. II Kp1452/18/S o zastosowaniu środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania;
3. odroczyć sporządzenie uzasadnienia postanowienia w zakresie części niejawniej na okres 7 dni

## UZASADNIENIE

Na wniosek Prokuratora, postanowieniem z dnia 27 lipca 2018 r. sygn. II Kp1452/18/S Sąd Rejonowy dla Krakowa – Śródmieścia w Krakowie, zastosował względem S. M. jako środek zapobiegawczy, tymczasowe aresztowanie na okres do dnia 25 sierpnia 2018 r. godz. 12:55. Podstawą szczególną stosowania środka, był art. 258 § 1 pkt 2 kpk.

Zażalenie na powyższe orzeczenie złożył ówczesny obrońca podejrzanego adw. M. B., który w zażaleniu zakwestionował istnienie przesłanki z art. 258 § 1 pkt 2 kpk a także błędne nie przyjęcie, iż zachodzi przeszkoda do stosowania środka zapobiegawczego, przewidziana w art. 259 § 1 pkt 1 kpk.

Zanim doszło do rozpoznania zażalenia - środek zapobiegawczy, przedłużony został postanowieniem tegoż Sądu Rejonowego z dnia 21 sierpnia 2018 roku sygn. II Kp 1541/18/S na okres dalszych dwóch miesięcy, tj. do dnia 24 października 2018 r. godz. 12:55.

W chwili obecnej, to drugie orzeczenie jest więc już podstawą stosowania środka zapobiegawczego.

Taka, zaistniała sytuacja procesowa, jak też podobne w skutkach sytuacji rozpoznawania zażalenia, gdy stosowanie środka zapobiegawczego już ustało - powodują w praktyce orzeczniczej, wątpliwości co do sposobu dalszego procedowania przez Sąd Odwoławczy. Trudno bowiem orzekać w drugiej instancji, o środku zapobiegawczym, który stosowany jest obecnie, już na podstawie innego orzeczenia niż to zaskarżone, a ponadto samo orzeczenie zaskarżone, siłą rzeczy, z uwagi na upływ czasu, nie wywołuje już skutku z którym było ono związane. Pamiętać trzeba, że podstawą do orzekania przez Sąd Odwoławczy jest art. 437 kpk, którego treść przewiduje tylko trzy formy wyrzeczenia: utrzymanie w mocy zaskarżonej decyzji procesowej, jej zmianę lub też uchylenie, z następczym przekazaniem sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania lub umorzeniem postępowania. Nijak się to ma, do sytuacji jaka w sposób faktyczny w sprawie zaistniała.

Pojawiły się więc na tym tle, dwa rozbieżne poglądy prawne reprezentowane też przez dwie linie orzecznicze, a które w odmienny sposób wskazują na sposób rozwiązania problemu.

Pierwszy z nich generalnie wskazuje, iż skutek upływu czasu nie istnieje już „substrat zaskarżenia”, jakim była zakwestionowana decyzja procesowa i stan prawny przez nią ustalony. W takiej sytuacji, która może wynikać zarówno z faktu, że środek zapobiegawczy stosowany jest już na innej podstawie jak i z tego, że jego stosowanie zostało następnie uchylone – złożone zażalenie należy pozostawić bez rozpoznania, bowiem w chwili obecnej, skarżący utracił już gravamen (interes prawny), do składania środka odwoławczego lub też dlatego, że środek zaskarżenia nie jest już dopuszczalny. Nadto jakakolwiek decyzja organu odwoławczego w odniesieniu do zaskarżonego orzeczenia, nie jest już w stanie zmienić sytuacji prawnej skarżącego.

Na stanowisku takim stał w szczególności Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 czerwca 1999 r. sygn. I KZP 20/99 (opubl. w OSNKW 1999/7-8/43, OSP 2000/1/9, Prok.i Pr.-wkł. 1999/9/15, M.Prawn. 1999/8/8, Biul.SN 1999/6/18, Wokanda 1999/9/20, M.Prawn. 1999/9/38), gdzie stwierdzono, iż „jeżeli prokurator w ramach swych uprawnień uchyla lub zmienia, z przyczyn określonych w art. 253 § 1 k.p.k., zastosowany przez sąd na jego wniosek środek zapobiegawczy (art. 253 § 2 k.p.k.), to uprzednie postanowienie o zastosowaniu tego środka przestaje prawnie egzystować.” oraz że, „jeżeli środek odwoławczy dotyczy orzeczenia już nieistniejącego, a „pole” orzekania sądu odwoławczego wyznacza przedmiot zaskarżenia, to przy jego braku środek staje się niedopuszczalny, ergo należy odmówić jego przyjęcia, albo gdy został przyjęty - pozostawić bez rozpoznania, wskazując na przepisy art. 429 in fine art. 430 k.p.k. jako prawną podstawę takiej decyzji. Aprobatę dla tego stanowiska wyraził w piśmiennictwie m.in. J. Tylman i R. A. Stefański (patrz - Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego (...) za 1999, WPP 2000, nr 2) a ponadto pogląd taki przyjął Sąd Apelacyjny w Krakowie, w judykatach z 22.10.2002 r., sygn. II AKz 250/02, opubl. w KZS 2002/12, poz. 43 oraz z 26.08.2010 r., sygn. II AKz 336/10, opubl. w SIP LEX pod nr 698683).

Odmienne natomiast stanowisko zajęte zostało przez Sąd Najwyższy, w postanowieniu z dnia 1 czerwca 2000 r. sygn. II KZ 59/00 (opubl. w OSNKW 2000/5-6/50, Biul.SN 2000/6/20) a następnie uchwale z 27 lutego 2007 r. sygn. I KZP 37/06 opubl. w OSNKW 2007/3/22).

Sprowadza się ono do dwóch tez – pierwszej, iż „upływ terminu tymczasowego aresztowania, określonego w postanowieniu sądu, nie stanowi podstawy do pozostawienia bez rozpoznania zażalenia złożonego na to postanowienie, jeżeli podstawą dalszego pozbawienia wolności podejrzanego (oskarżonego) jest już inna decyzja procesowa. W takim wypadku przedmiotem kontroli odwoławczej jest zasadność i legalność zastosowanego (przedłużonego) tymczasowego aresztowania.” oraz drugiej, że „w razie stwierdzenia bezzasadności lub nielegalności tymczasowego aresztowania, sąd odwoławczy powinien uchylić lub zmienić ten środek zapobiegawczy na podstawie art. 253 § 1 k.p.k.”

Sam tok rozumowania Sądu Najwyższego, poddany został krytyce, w glosach do tego ostatecznego orzeczenia, napisanych przez Stanisława Zabłockiego (opubl. Palestra 2007/3-4/294) oraz Andrzeja Sakowicza (opubl. w Prok.i Pr. 2008/1/165-172), szczególnie w zakresie możliwości „przesunięcia substratu zaskarżenia” na kolejne wydane już, a przecież niezaskarżone jeszcze orzeczenie, a co za tym idzie zezwolenie Sądowi Odwoławczemu na jego kontrolę poza zakresem skargi i w zakresie tego, jak to ujął S. Zabłocki, że „skład podejmujący głosowaną uchwałę nie dokonał, niestety, precyzyjnego rozgraniczenia pomiędzy kontrolą odwoławczą zaskarżonego orzeczenia a po prostu obowiązkami kontrolnymi, spoczywającymi ex lege na każdym sądzie (zatem także i na sądzie odwoławczym), w związku z treścią art. 253 § 1 k.p.k.”

W konsekwencji obaj ci autorzy zgodnie uznali, że:

- po pierwsze, uniemożliwienie zaskarżenia nie obowiązującego już wprawdzie postanowienia, naruszałoby jednak prawo obywatela do sądu a w szczególności nie dałoby się pogodzić z wynikającym z art. 5 ust. 3 oraz art. 12 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, prawem do instancyjnej kontroli każdej decyzji o pozbawieniu człowieka wolności. W konsekwencji, sąd odwoławczy nie jest zwolniony od obowiązku merytorycznego rozpoznania wniesionego zażalenia. Natomiast w obu opisywanych sytuacjach „rezultatu dokonanej kontroli odwoławczej nie można, rzecz oczywista, wyrazić w typowej formule, to jest poprzez „uchylenie”, „zmianę” lub też „utrzymanie w mocy” zaskarżonego orzeczenia. Właściwą formułą, jest stwierdzenie, (na zasadzie analogii z instytucją z art. 246 kpk – przyp. SO), że stosowany w określonym okresie środek zapobiegawczy był zasadny i legalny albo też, że był on stosowany niezasadnie lub nielegalnie”. Jako dalsze argumenty za potrzebą rozpoznawania zażalenia, na nie egzystujące już w obiegu prawnym postanowienie, przywołano potrzebę - "przyczyniania się do stałego podnoszenia poziomu orzecznictwa na wyższy poziom, a w każdym razie do unikania stwierdzanych nieprawidłowości w przyszłości" czy też wskazano na jego „zasadnicze znaczenie w wypadku ewentualnego zgłoszenia później roszczeń o odszkodowanie za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie w trybie art. 552 § 4 k.p.k.”;

- po drugie zaś glosatorzy przyjęli, że niezbędna i zasadna jest kontrola, także przez Sąd Odwoławczy, na podstawie art. 253 § 1 kpk dalszej zasadności stosowania środka zapobiegawczego i natychmiastowa jego zmiana lub uchylenie, ale rozumiane jako wyraz bieżącej kontroli a nie poszerzenia kognicji Sądu Odwoławczego na nowe, zapadłe już później orzeczenie.

O ile z tym drugim poglądem nie można skutecznie polemizować i stał się on też podstawą orzeczenia zapadłego w niniejszej sprawie – a to w pkt 1 postanowienia (o czym będzie mowa później), to jednak Sąd Okręgowy w tym składzie, nie podzielił poglądu, o potrzebie merytorycznego odnoszenia się do postanowienia, które nie istnieje już w porządku prawnym, a tym samym zaakceptował w tym zakresie poglądy opisaną jako pierwsza, linii orzeczniczej, nawet w sytuacji, gdy w później wydanym orzeczeniu, ten drugi pogląd zaakceptował ostatecznie także skład Sądu Apelacyjnego w Krakowie (patrz postanowienie z dnia 13 października 2015 r. sygn. II AKz 347/15, opubl. w OSA 2016/5/3-8, LEX nr 1820487, KZS 2016/6/69).

Sąd Odwoławczy powinien bowiem kontrolować w ramach zażalenia, jedynie zaskarżone nim postanowienie i odnośnie do niego wydawać orzeczenie o utrzymaniu go w mocy, zmianie lub uchyleniu. Wymogu tego nie spełnia orzekanie „o zasadności i legalności tymczasowego aresztowania” z powołaniem się na art. 246 i 249 kpk. Gdyby zaś w związku z tą kontrolą Sąd Odwoławczy ustalił także, że tymczasowe aresztowanie trwające nadal w czasie rozstrzygnięcia - jest niezasadne lub nielegalne (lub również takie i takie), to na podstawie odrębnej decyzji w tej materii, Sąd ten powinien wypowiedzieć się w tej właśnie kwestii (i ewentualnie w tym samym postanowieniu), ale już w trybie art. 253 § 1 kpk. Tutaj zaś – jeśli chodzi o pierwszą kwestię – nie ma już czego utrzymywać w mocy, zmieniać lub uchylać, trzeba więc uznać niedopuszczalność środka odwoławczego, niezależnie od tego, kiedy ta niedopuszczalność powstała.

Dokonanie oczywiście słusznej, nakierowanej na realizację praw zawartych w opisaną wyżej Konwencji, interpretacji przepisów kpk, nie może bowiem dotyczyć tylko wyodrębnionej kwestii art. 429 i 430 kpk i następować w oderwaniu od całego systemu stworzonych w kodeksie gwarancji – w tym, bez uwzględnienia wywołanego zażaleniem skutku bieżącej kontroli z art. 253 kpk, czy otwartej drogi odszkodowawczej w trybie art. 552 kpk.

Celem opisanych przepisów gwarancyjnych zawartych w Konwencji jest to, by skutecznie i szybko doprowadzały one do zwolnienia osób, bezzasadnie zatrzymanych lub aresztowanych a nie generowały tylko dodatkowe procesy czy „sprawy wpadkowe”, przedłużające tylko merytoryczne rozpoznanie przedmiotu głównego postępowania. Istnienie prawa do skutecznego odwołania, nie może oznaczać automatycznego rozpoznawania każdej sprawy od razu w dwóch instancjach, niezależnie od tego czy środek odwoławczy został złożony czy też nie, lub czy spełnia on wymogi dla takiego środka – np. w kwestii osoby uprawnionej, dochowania terminu, uzupełnienia braków formalnych, czy wreszcie posiadania przez stronę „gravamen”. Tym bardziej – że jak już wyżej wskazano – już samo zainicjowanie procedury odwoławczej, niezależnie od kwestii czy zażalenie zostanie na tym etapie merytorycznie rozpoznane czy też nie – i tak musi spowodować, bieżącą kontrolę przez Sąd Odwoławczy w trybie art.253 § 1 kpk, zasadności i legalności dalszego pozbawienia wolności osoby aresztowanej.

W ocenie Sądu Okręgowego w tym składzie, bezwzględna potrzeba oceny, także na etapie kontroli odwoławczej, poprzez pryzmat art. 253 kpk bieżącej zasadności i legalności tymczasowego aresztowania – w pełni zabezpieczy wymogi z art. 5 ust. 3 i 4 Konwencji a także jej art. 13-tego.

Przywołany w wywodach glosy A. Sakowicza, art. 5 ust. 3 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, ma bowiem brzmienie: „Każdy zatrzymany lub aresztowany zgodnie z postanowieniami ustępu 1 lit. c) niniejszego artykułu powinien zostać niezwłocznie postawiony przed sędzią lub innym urzędnikiem uprawnionym przez ustawę do wykonywania władzy sądowej i ma prawo być sądzony w rozsądnym terminie albo zwolniony na czas postępowania. Zwolnienie może zostać uzależnione od udzielenia gwarancji zapewniających stawienie się na rozprawę.”

Ponieważ tutaj, tymczasowe aresztowanie nastąpiło właśnie na mocy decyzji Sądu, a więc S. M. niezwłocznie postawiony został przed Sądem Rejonowym - to jeśli już mówić o naruszeniu Konwencji co do kwestii nie rozpoznania zażalenia, to raczej powinniśmy się tu odnieść do art. 5 ust. 4 Konwencji, który wskazuje, iż „każdy, kto został pozbawiony wolności przez zatrzymanie lub aresztowanie, ma prawo odwołania się do sądu w celu ustalenia bezzwłocznie przez sąd legalności pozbawienia wolności i zarządzenia zwolnienia, jeżeli pozbawienie wolności jest niezgodne z prawem.”

Zdaniem Sądu Odwoławczego – do bieżącego sprawdzenia zasadności i legalności pozbawienia wolności doszło tu poprzez zastosowanie art. 253 kpk. Odwołanie zostało wniesione i nawet jeśli skutek upływu czasu potrzeba jego rozpoznania się zdezaktualizowała – to skutek oczekiwany przez Konwencję i tak nastąpił. Nie ma tu natomiast potrzeby sięgania per analogiam, do odrębnego trybu skarżenia, przewidzianego dla instytucji zatrzymania, celem zbadania postanowienia którego skutki już ustały.

Jak pisze M. Nowicki w Komentarzu do EKPC (patrz - Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Wydawnictwo WKP 2017) „Każde pozbawienie wolności powinno pozostawać w zgodzie z celem art. 5 Konwencji, a więc ochroną jednostki przed arbitralnością.(...) Szczególne znaczenie mają wymagania art. 5 ust. 3 i 4 Konwencji: szybkiej sądowej kontroli, która może doprowadzić do ujawnienia działań zagrażających życiu i znęcania się, naruszających podstawowe gwarancje zawarte w art. 2 i 3 Konwencji, oraz zapobieżenia im.”

Zważywszy że art. 13 przywołanej Konwencji brzmi – „Każdy, czyje prawa i wolności zawarte w niniejszej konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe.” – to w tej sytuacji zastosowanie przed Sądem Odwoławczym (niezależnie od tego, czy zgodnie z pierwszym przedstawionym poglądem - pozostawi on ostatecznie zażalenie bez rozpoznania, czy też dokonując swoistej ekwilibrystyki - przekształci orzeczenie w trybie art. 437 kpk w orzeczenie a simile z art. 246 w zw. z art. 249 kpk) - art. 253 kpk – doprowadzi do tego samego skutku - niewątpliwego ujawnienia tego co zagraża życiu osadzonego oraz niewątpliwego doprowadzenia do jego zwolnienia, tam gdzie zostanie ustalone, że nastąpiło arbitralne pozbawienie wolności. Jest to działanie szybkie i skuteczne. Jest też ono skutkiem wniesienia środka odwoławczego. Oczywiście widoczne ono będzie wtedy, gdy Sąd Odwoławczy

dopatrując się podstaw z art. 253 środek zapobiegawczy uchyli. W pozostałych wypadkach, choć przecież kontrola bieżąca będzie dokonana, postanowienie „negatywne”, oparte o ten przepis, po prostu nie zapadnie.

Natomiast nie łamie Konwencji, nie rozpoznawanie merytorycznie środka odwoławczego, skierowanego do pozbawionej już wszelkiej mocy decyzji – gdy z jednej strony prowadzić by to miało do wydawania orzeczenia nie znajdującego oparcia w art. 437 kpk a z drugiej, ustawodawca wszak przewidział w art. 552 § 4 kpk, odrębny tryb dochodzenia odszkodowania i zadośćuczynienia za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie. I nie mają racji zarówno autorzy glos, jak i te głosy z judykatury (patrz Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, z dnia 31 stycznia 2012 r. sygn. II AKa 402/11, opubl. w Lex), które podnoszą twierdzenia, o rzekomym „zasadniczym znaczeniu takiego postanowienia w wypadku ewentualnego zgłoszenia później roszczeń o odszkodowanie”. Otóż jak powszechnie przyjmuje się w literaturze i orzecznictwie, dla orzekania w przedmiocie odszkodowania i zadośćuczynienia – w ogóle nie jest niezbędne, by decyzja o zatrzymaniu (lub tymczasowym aresztowaniu) była zaskarżona (patrz np. uzasadnienie uchwały SN z dnia 23.05.2006 r., sygn. I KZP 5/06, opubl. w OSNKW 2006/6, poz. 55, a także wyrok SA w Katowicach z dnia 30.09.2010 r., sygn. II AKa 162/10, opubl. w SIP LEX pod nr 686852). Wszak Sąd dokonujący oceny zasadności odszkodowania i zadośćuczynienia – posiada w tej mierze pełną samodzielność jurysdykcyjną i orzeczenie Sądu Odwoławczego czy też Sądu badającego zasadność i legalność zatrzymania - nie ma dla niego charakteru prejudycjalnego. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 lutego 2018 r. sygn II AKa 427/17 (opubl. w SIP LEX pod nr 2466236) „skoro odpowiedzialność Skarbu Państwa oparta jest we wszystkich wskazanych w art. 552 k.p.k. sytuacjach na zasadzie ryzyka, to także przy badaniu niewątpliwie niesłuszności osadzenia do odbycia kary pozbawienia wolności niezbędna staje się ocena ex nunc, czyli przez pryzmat całokształtu okoliczności z momentu rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o odszkodowanie i zadośćuczynienie z racji owego środka przymusu.” Można więc zaryzykować tezę, że właśnie wypowiedzanie się przez Sąd Odwoławczy o „legalności i zasadności” tymczasowego aresztowania, wychodzące poza zakres wyznaczony dla tego sądu przepisem art. 437 kpk, będzie mogło być podstawą do kwestionowania przez strony, niezrozumiałej dla nich sytuacji, gdy dwa różne i niezależnie od siebie działające Sądy, w tym samym postępowaniu wypowiedzą odmienne poglądy na ten sam temat. Ponadto, patrząc od strony formalnej – decyzja jaką preferują zwolennicy „merytorycznego rozpoznawania” – nie będzie jednak stricte decyzją odwoławczą, o jakiej mowa w przepisach kpk i nie będzie miała zakorzenienia w przepisie art. 437. Można więc będzie twierdzić, że w istocie nie nastąpiło rozpoznanie zażalenia – nie ma więc skutecznego środka odwoławczego.

Całkowicie chybionym argumentem jest też to, że rozpoznawanie takich środków odwoławczych, miałyby "przyczynić się do stałego podnoszenia poziomu orzecznictwa na wyższy poziom, a w każdym razie prowadzić do unikania stwierdzanych nieprawidłowości w przyszłości". Nie można przecież celami szkoleniowymi, uzasadniać rozpoznawania spóźnionych jednak apelacji czy środków odwoławczych, lub tych, wniesionych przez osoby nieuprawnione - od nawet oczywiście niesłusznych już na pierwszy rzut oka orzeczeń.

Stosowanie przez Sąd Odwoławczy kontroli z art. 253 § 1 kpk usuwa też obawy, podnoszone w komentarzu prof. T. Grzegorzcyka, o możliwość udaremniania kontroli izolacyjnego środka zapobiegawczego, poprzez przedłużenie jego trwania, na krótkie okresy, nie dające rozpoznać zażaleń przed ich upływem, czy też poprzez bezprawne przetrzymywanie środków odwoławczych. (To ostatnie jest zresztą nota bene – działaniem po prostu bezprawnym i karygodnym).

Z tych względów, w sytuacji, gdy postanowienie Sądu Rejonowego dla Krakowa – Śródmieścia w Krakowie z dnia 27 lipca 2018 r. sygn. II Kp1452/18/S o zastosowaniu środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania, nie było już obecnie podstawą pozbawienia wolności podejrzanego – należało pozostawić zażalenie obrońcy bez rozpoznania.

Natomiast Sąd Okręgowy, dokonując w trybie art. 253 § 1 kpk bieżącej kontroli zastosowanego środka zapobiegawczego, uznał jednak, że jest on środkiem choć zastosowanym wobec tego podejrzanego legalnie, tj. w sytuacji przewidzianej przez kpk, przez uprawniony do tego organ oraz na przewidziany przepisami okres – to jednak niezasadnym.

W ocenie tego Sądu, materiał dowodowy, jaki legł u podstaw zastosowania środka, a także przedłużenia czasu jego trwania do łącznie trzech miesięcy, choć faktycznie w pewnym stopniu uprawdopodobnia, że podejrzany dopuścił się zachowań naruszających przepisy ustawy karno-skarbowej, to jednak nie wskazuje on z dostatecznym prawdopodobieństwem, iż dopuścił się on czynu - tak w formie jak i rozmiarach, opisanych w przedstawionym mu zarzucie. Wynika to m.in. z braku przekształcenia materiałów operacyjnych w dowodowe oraz braku dostatecznego powiązania tych materiałów z innymi dowodami.

Pamiętać trzeba, że „orzekając, na etapie postępowania przygotowawczego, w przedmiocie zastosowania albo przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania, sąd jest zobowiązany do oceny trafności przyjętej przez oskarżyciela publicznego kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego podejrzanemu. Ocena ta powinna być dokonywana w kontekście ustawowych przesłanek tymczasowego aresztowania.” (patrz uchwała SN 7 sędziów z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. I KZP 23/10 opubl. w OSNKW 2011/1/1 oraz w SIP LEX). Oznacza to, że prokurator winien postawić podejrzanemu zarzut odpowiadający stanowi dowodów, a nie „na wyrost” i nie może oczekiwać, że środki zapobiegawcze będą odnoszone do takiego czynu.

Dostrzec wypada, że jedynymi dowodami na które powołał się Prokurator we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania wobec S. M. a także jakie w kwestii przesłanki ogólnej stosowania środków zapobiegawczych przywołał Sąd Rejonowy tak w postanowieniu o zastosowaniu środka zapobiegawczego jak i w postanowieniu o jego przedłużeniu – były ogólnikowo tylko wskazane materiały niejawne oraz znajdująca się na k. 22-39 analiza bilingów, dotycząca wyłącznie podejrzanego P. K.. Prokurator ani Sąd Orzekający nie powołali do tej pory żadnych innych, nowych dowodów – w tym protokołów przeszukań czy zeznań świadków.

Na prokuraturze spoczywa ciężar wykazania zarówno ogólnej, jak i szczególnej przesłanki stosowania środków zapobiegawczych i dlatego we wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania obowiązany jest on podać konkretne dowody, a także okoliczności wskazujące zagrożenia dla prawidłowego toku postępowania (patrz postanowienie S.A. we Wrocławiu z dnia 16 maja 2018 r. sygn.. II AKz 307/18 opubl. w SIP LEX i w OSAW 2018/1/375).

(część niejawna uzasadnienia)

Należy mieć na uwadze, że taki sposób przywołania dowodów, nie spełnia wymogów z art. 251 § 3 kpk, gdyż w istocie ani autorzy wniosków ani postanowień – nie odnosili się do żadnych konkretnych dowodów, choćby przez wymienienie ich kart, ale praktycznie globalnie do całości materiału.

Niezależnie od okoliczności ujętych już wyżej, w niejawnej części uzasadnienia, przypomnieć trzeba, że nie stanowią dowodu notatki i zapiski funkcjonariuszy prowadzących postępowanie. Sytuacja taka uniemożliwia powiązanie dowodów przeprowadzonych w jawnej części akt, nawet tych które nie były wymienione jako podstawa zastosowania czy przedłużenia aresztu lub np. zostały przeprowadzone później, z materiałem niejawnym.

Zauważyć też trzeba, iż nie jest jasne w jaki sposób dokonano wyliczenia, zarówno ilości opisanych w zarzucie papierosów oraz tytoniu bez akcyzy a nadto, jak wyliczono uszczuplenie należności Skarbu Państwa. W aktach nie ma śladu, by jakieś wyliczenia dokonywane były przez uprawnionych pracowników administracji skarbowej, by wydawane były w tym przedmiocie decyzje podatkowe, nie ma też śladu, aby nad wyliczeniem pracował jakikolwiek biegły. Natomiast mając świadomość, że podatek akcyzowy obliczany jest jako suma określonej urzędowo kwoty (odpowiednio za 1000 szt. papierosów lub 1 kg tytoniu) oraz 31,41% maksymalnej ceny papierosów lub tytoniu – dziwi fakt, że zarzut oparto na notatkach funkcjonariuszy, gdzie wartość rynkowa krajanki tytoniowej lub papierosów - wskazywana jest jako wielokrotnie niższa, niż wartość uszczuplonych podatków.

Ma to istotne znaczenie chociażby dlatego, że zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, czynności operacyjne mogą być prowadzone w sposób określony w odnośnych przepisach – gdy dotyczą ujawniania umyślnych przestępstw skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają

pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów. Ponadto wbrew prezentowanym niekiedy przez Prokuraturę poglądom, Sąd Okręgowy w tym składzie, stoi na stanowisku, iż tak jak rozstrzygnięto w uchwale Sądu Najwyższego (7) z dnia 28 czerwca 2018 r. sygn. I KZP 4/18 (opubl. w OSNKW 2018/8/53, www.sn.pl) „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.).

Ma więc znaczenie, czy czyn który można przypisać S. M. i co do którego są wystarczające dowody – spełnia wymogi ze wskazanego art. 19 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji.

W ocenie Sądu Okręgowego – z powyższych przyczyn – na tym etapie sprawy i z uwagi na zakres dowodów będących podstawą stosowania środka zapobiegawczego - tymczasowego aresztowania nie można uznać za zasadne ze względu na brak dostatecznie silnej przesłanki z art. 249 § 1 kpk.

Ponadto w odniesieniu do S. M., od początku podnoszono jego niezdolność do odbywania tymczasowego aresztowania, przywołując szereg specjalistycznych opinii, które stały się nawet podstawą do odroczenia odbywania przez niego kary. Przeciwstawiono im lakoniczne świadectwo lekarskie, wystawione przez lekarza aresztu śledczego, który niewątpliwie nie jest specjalistą tej miary, co biegli wystawiający opinie dla Sądu. Po upływie miesiąca prokuratura uzyskała kolejne zaświadczenie wystawione przez lekarza aresztu, natomiast brak jest informacji aby z uwagi na ujawnione u podejrzanego schorzenia, które stały się przecież podstawą do odroczenia wykonania kary (a więc przesłanką tożsamą z zagrożeniem życia lub zdrowia) – prokurator zasięgnął opinii biegłych będących odpowiednimi specjalistami.

Nie można oczekiwać, że podejrzany przy aresztowaniu będzie dysponował opinią aktualną czy wydaną w przeddzień tego zdarzenia. Oczywiście nie mogło to stanowić dostatecznej podstawy do niestosowania aresztu w dniu 27.07.2018 r., skoro lekarze jednostki penitencjarnej zdecydowali że podejrzany może tam przebywać i wystawili stosowne świadectwo. Zważywszy jednak na to, że schorzenie podejrzanego ma charakter skomplikowany i trudny do pełnej diagnozy przy pobieżnym badaniu – powinien to być asumpt do dokładnego przebadania S. M. przez biegłych. Pomimo upływu miesiąca czasu, prokurator nie podjął jednak w tym kierunku żadnych działań. Sądy wykonujące czynności wypadkowe związane z rozpoznawaniem wniosków oraz zażaleń, nie mogą we własnym zakresie takich czasochłonnych działań podjąć. W tej sytuacji, Sąd Okręgowy, dodatkowo mając nie usunięte obawy o możliwość przebywania podejrzanego w jednostce penitencjarnej, uchylając tymczasowe aresztowanie ma na uwadze również art. 259 § 1 pkt 1 kpk.

Jak wspomniano na wstępie, kontrola w trybie art. 253 § 1 kpk jest nie tylko prawem ale i obowiązkiem Sądu Odwoławczego, co wynika z powołanego na wstępie orzecznictwa i poglądów doktryny. O potrzebie takiej, permanentnej kontroli przekonuje też postanowienie S.A. w Lublinie z dnia 13.05.2009 r. sygn.. II AKz 264/09 opubl. w SIP LEX oraz postanowienie S.N. z dnia 19.09.2007 r. sygn. WZ 30/07 (opubl. w OSNWSK 2007/1/2029).

W związku z powyższym – orzeczono jak w sentencji.

SSO Wojciech Maczuga

Sygn. akt IV Kz 854/18

Z./

1.(...)

2.(...)

3.(...)

(...)