

WYROK Z DNIA 10 CZERWCA 2008 R.

III KK 30/08

Uzyskane przez Policję w drodze legalnej kontroli operacyjnej materiały w postaci utrważeń rozmów telefonicznych, wprowadzone do procesu na podstawie art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 ze zm.), podlegają odtworzeniu (odsłuchaniu) na rozprawie głównej (przez odpowiednie zastosowanie art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k.) albo wobec braku sprzeciwu obecnych stron, ujawnieniu bez odtwarzania (art. 394 § 2 k.p.k.), co musi znaleźć odzwierciedlenie w protokole rozprawy (art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k.). Przekłady zapisów tych rozmów są załącznikami do protokołu (analogia do art. 147 § 3 k.p.k.).

Przewodniczący: sędzia SN K. Cesarz (sprawozdawca).

Sędziowie SN: M. Gierszon, Z. Stefaniak.

Prokurator Prokuratury Krajowej: Z. Siejbik.

Sąd Najwyższy w sprawie Dawida F. skazanego z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i innych, po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 10 czerwca 2008 r., kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w B. z dnia 4 kwietnia 2007 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w B. z dnia 23 lutego 2006 r.,

1. u c h y ł i ł zaskarżony wyrok co do Dawida F. a na podstawie art. 435 k.p.k. także wobec Adama M. w części utrzymującej wyrok Sądu Rejonowego w B. skazujący oskarżonych za czyny z art. 56 ust. 3 ustawy z

dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 179, poz. 1485 ze zm.) i w tym zakresie p r z e k a z a ł sprawę Sądowi Rejonowemu w B. do ponownego rozpoznania,
2. o d d a ł kasację w pozostałej części (...).

Z u z a s a d n i e n i a :

Wyrokiem z dnia 23 lutego 2006 r., Sąd Rejonowy w B. uznał Dawida F. za winnego tego, że:

1. w okresie od dnia 27 stycznia 2004 r. do dnia 9 marca 2004 r. w B., realizując z góry powzięty zamiar, wspólnie i w porozumieniu z Adamem M. i innymi nieustalonymi osobami wprowadził do obrotu znaczne ilości środków odurzających (...)

łącznie 2972 tabletki ekstazy, 200 porcji amfetaminy i 985 porcji marihuany, to jest czynu wypełniającego dyspozycję art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. nr 179, poz. 1485) w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust. 3 powołanej ustawy wymierzył oskarżonemu karę 2 lat pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny po 20 zł za stawkę,

2. w dniu 12 marca 2004 r. w T. w mieszkaniu, wspólnie i w porozumieniu z Agnieszką G. wbrew przepisom ustawy, posiadał środki odurzające w postaci sproszkowanej kokainy w ilości 0,70 grama i ziela konopi w ilości 0,61 grama a ponadto w piwnicy przynależnej do mieszkania posiadał środki odurzające w postaci sproszkowanej kokainy w ilości 28,24 grama,

i za to na podstawie art. 62 ust. 2 powołanej ustawy skazał oskarżonego na karę roku pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny po 20 zł za stawkę.

Następnie Sąd na podstawie art. 85 i 86 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu karę łączną 2 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności oraz 200 stawek dziennych grzywny po 20 zł za stawkę, a na poczet kary pozbawienia wolności zaliczył okres tymczasowego aresztowania oskarżonego od 12 marca 2004 r. do 4 listopada 2004 r.

Tym samym wyrokiem został również skazany Adam M.:

1. na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. za to, że w okresie od 17 lutego 2004 r. do 11 marca 2004 r. w B., realizując z góry powzięty zamiar, wspólnie i w porozumieniu z Dawidem F. i innymi nieustalonymi osobami wprowadził do obrotu znaczne ilości środków odurzających (...) łącznie 2723 tabletki ekstazy, 165,5 porcji amfetaminy i 641 porcji marihuany,

2. na podstawie art. 62 ust. 2 powołanej ustawy za to, że w dniu 12 marca 2004 r. w B., w mieszkaniu oraz w pomieszczeniu strychowym, wbrew przepisom ustawy – posiadał znaczne ilości środków odurzających w postaci 2.501,79 g siarczanu amfetaminy, 326 tabletek ekstazy i 929,96 g. ziela konopi.

Sąd wymierzył Adamowi M. identyczne kary jednostkowe, co Dawidowi F., a następnie karę łączną 2 lat i 10 miesięcy pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny po 20 zł za stawkę.

Apelacje od tego wyroku złożyli obrońcy oskarżonych i oskarżony Dawid F. (...)

Sąd Okręgowy w B. wyrokiem z dnia 4 kwietnia 2007 r., utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, uznając apelacje za oczywiście bezzasadne.

Obrońca Dawida F. w kasacji podniósł trzy zarzuty, powtarzając dwa pierwsze za apelacją oskarżonego, to jest:

I. „rażące naruszenie art. 5, 7, 410 i 424 k.p.k., wyrażające się w ustaleniu okoliczności faktycznych sprawy co do czynu z pkt 1 na pod-

stawie niekompletnego materiału dowodowego bez przeprowadzenia z urzędu dowodów z opinii:

- biegłego na okoliczność czy dźwięki zarejestrowane przez organy ścigania w trakcie kontroli i utrwalania rozmów są tożsame z dźwiękiem głosu któregośkolwiek z oskarżonych,
 - biegłego językoznawcy na okoliczność interpretacji treści (słów) utrwalonych w trakcie kontroli i utrwalania rozmów,
- a także poprzez uznanie przez Sąd Rejonowy za główny dowód w sprawie (przesądzający o winie skazanego Dawida F.) poszlaki, a mianowicie materiałów znajdujących się w tajnej Kancelarii Sądu Okręgowego, pomimo że mają one charakter pośredni, nacechowane są subiektywizmem i dlatego nie powinny stanowić samodzielnego dowodu”,

II. „obrazę prawa materialnego w postaci art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przez uznanie Dawida F. za winnego popełnienia czynu z pkt 2 i zakwalifikowanie tego czynu z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, pomimo że nie pozwala na to treść wyżej wymienionego przepisu w związku z treścią poczynionych ustaleń faktycznych w sprawie”,
a nadto zarzucił:

III. „obrazę przepisów art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 5 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. polegającą na powtórzeniu przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku argumentów zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Rejonowego bez dokonania własnej analizy zarzutów apelacji, wyjaśnieniu motywów, którymi kierował się Sąd uznając Dawida F. za winnego popełnienia zarzucanego mu w pkt 1 aktu oskarżenia czynu, w oderwaniu od zasad określonych w art. 5 § 1 k.p.k. i art. 7 k.p.k. oraz pominięciu w ogóle kwestii nieudowodnie-

nia w toku całego postępowania okoliczności działania przez oskarżonych »wspólnie i w porozumieniu«”.

Autor kasacji w konkluzji wniósł o zmianę wyroku przez uniewinnienie oskarżonego Dawida F. od popełnienia czynu z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz zmianę kwalifikacji prawnej czynu z pkt 2 i wymierzenie łagodniejszej kary z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności.

W pisemnej odpowiedzi na kasację Prokurator Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

1. Przepis art. 410 k.p.k. określa, że podstawę wyroku może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. W obu apelacjach postawiono zarzut obrazy tego przepisu, przy czym oskarżony już na wstępie podniósł, że ustalenia faktyczne poczynione zostały „na podstawie niekompletnego materiału dowodowego”. Zaś w uzasadnieniu skargi wywodził, że „jedynie bezpośrednie odtworzenie i odsłuchanie przez Sąd utrwalonych rozmów mogłoby stanowić dowód w sprawie. Taka czynność nie została jednak przeprowadzona”. Stwierdzenia te wyznaczały zasadnicze pole koniecznych rozważań, na którym nie doszło jednak do ich poczynienia. Uwaga Sądu odwoławczego skupiła się natomiast na zaniechaniach oskarżonych, z wyjaśnień których „nie wynikało, by kwestionowali zawartość i treść materiału dowodowego zebranego w drodze podsłuchu ...”, i którzy nie domagali się „przesłuchania nagrań w celu identyfikacji osób czy głosu” ani dowodu, ze wskazanych dopiero w apelacji, opinii biegłych. Fakty te doprowadziły Sąd Okręgowy do konkluzji, iż „całkowicie nie-trafny jest zarzut podniesiony w apelacji obrońcy oskarżonego Dawida F. i tego oskarżonego, że dowody z materiałów niejawnych nie zostały przeprowadzone i nie mogą stanowić dowodu w sprawie ...”. Trafnie w ten sposób oddana istota zagadnienia zawiera wadliwą konkluzję, która czyni za-

sadnym zarzut rażącej obrazy art. 7 k.p.k., wyznaczającego także Sądowi odwoławczemu kryteria oceny kompletności materiału dowodowego i zarzutów apelacyjnych. Innymi słowy, Sąd ten, realizując, wynikający z art. 433 § 2 k.p.k., obowiązek rozważenia wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w środku odwoławczym, musi sięgać do określonych w ustawie instrumentów ich weryfikacji, a te zostały wskazane w art. 7 k.p.k., dotyczącym wszystkich organów postępowania (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2006 r. III KK 112/06, Lex 202229).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, sprzeczna z wymogiem przestrzegania zasady logicznego rozumowania jest konstatacja, że wola stron decyduje o zakresie koniecznych dowodów, na jakich można oprzeć rozstrzygnięcie, i o dopuszczalności ich substytuowania. Wiodąca myśl (konkluzja) Sądu odwoławczego sprowadza się do tego, że brak żądania strony odsłuchania w toku rozprawy nagrań rozmów z podsłuchu operacyjnego, utrwalonych na nośnikach magnetycznych, i poprzestanie tylko na odczytaniu zapisów tych rozmów, stwarza dopuszczalną procesowo fikcję przeprowadzenia dowodów z wszystkich materiałów niejawnych, a więc i z zarejestrowanej treści tych rozmów. A zatem, iż mimo nieujawnienia ich w procesowo przewidziany sposób, został spełniony wymóg wyrokowania na podstawie okoliczności, które były ujawnione na rozprawie głównej (art. 410 k.p.k.) i kształtowania przekonania na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów (art. 7 k.p.k.).

Rozumowanie takie nie może zostać zaakceptowane. Przekłady słowne zapisów dźwięków (rozmów) nie stanowią samoistnego ani pierwotnego dowodu, na którym sąd może poprzestać, nawet jeśli takie jest żądanie stron. Przekłady te mogą zostać wprowadzone do procesu, ale obok treści zarejestrowanych (utrwalonych dźwiękowo) rozmów. Ich odtworzenie, a więc ujawnienie zgodnie z wymogiem art. 410 k.p.k. następuje na rozprawie, co musi, zgodnie z dyspozycją art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k., znaleźć

odzwierciedlenie w treści protokołu (podobnie Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 3 października 2005 r., II AKa 218/05 – Lex 166006). Wskazany przepis określa jednak tylko konieczny sposób ujawnienia tego dowodu. Natomiast podstawę normatywną jego wprowadzenia (dopuszczenia) do postępowania karnego stanowi art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007, nr 43, poz. 277 ze zm.). Określa on, że do materiałów zgromadzonych w toku kontroli operacyjnej (np. z podsłuchu treści rozmów telefonicznych) stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k. Odpowiednie stosowanie tego przepisu oznacza, że wolno odsłuchiwać na rozprawie treść tych rozmów. Ich dźwiękowy zapis stanie się okolicznością (materiał dowodową), o której mowa w art. 410 k.p.k. (art. 7 k.p.k.). Upoważnienie do odpowiedniego stosowania art. 393 § 1 zd. pierwsze k.p.k. rozciąga się na prawo również odpowiedniego stosowania art. 394 § 2 k.p.k. tzn. do ujawnienia (zaliczenia do materiału dowodowego) bez odsłuchania treści owych rozmów, jeśli żadna z obecnych stron się temu nie sprzeciwia. Ich stanowisko w tym względzie musi znaleźć odzwierciedlenie w protokole rozprawy. Czynności tej, czyli zaliczenia w poczet dowodów zapisu dźwiękowego rozmów przez odsłuchanie (odtworzenie) albo bez odsłuchania, nie wolno zastąpić odczytaniem przekładów słownych. W razie ujawnienia, w jednej z wyżej wskazanych form, zarejestrowanych rozmów, ich słowne zapisy stają się załącznikami do protokołu rozprawy (analogia do art. 147 § 3 zd. ostatnie k.p.k.). Oznacza to, że nie ma konieczności ich odczytywania ani zaliczania do dowodów w inny sposób, co oczywiście nie pozbawia sądu takiego uprawnienia ani prawa strony do żądania odczytania tych zapisów.

W świetle powyższych uwag jasne jest, że przeprowadzenie dowodu „z akt tajnej kancelarii” przez odczytanie dokumentów w postaci tzw. komunikatów i „z protokołów oględzin zawartych w skoroszycie” ani oświadczenia stron, iż „nie wnoszą o uzupełnienie postępowania” (protokół roz-

prawy głównej) ani też powoływanie się na fakt, że w toku czynności za-
znajamiania podejrzanego z materiałem śledztwa zapoznano Dawida F. „z
materiałem niejawnym w Kancelarii Tajnej” ani wreszcie, zapoznanie się
indywidualnie: członków składu sądzącego i każdej ze stron z tymi materia-
łami, nie czyniły zadość wymogom wynikającym z art. 410 k.p.k. (w zw. z
art. 393 § 1 k.p.k. i 143 § 1 pkt 7 k.p.k.), co nie zostało – z naruszeniem art.
7 k.p.k. – dostrzeżone przez Sąd odwoławczy.

Uchybienie temu przepisowi było rażące i mogło mieć wpływ na treść
wyroku. Ponieważ dotknięte zostało nim najpierw orzeczenie Sądu Rejo-
nowego, także i ono nie mogło się ostać. Rozpoznanie kasacji co do czynu
z pkt 1 w zakresie tego uchybienia było wystarczające do wydania wyroku
kasacyjnego, bez potrzeby rozpoznania innych podniesionych uchybień
(art. 436 k.p.k.).

Wprawdzie kasacji nie wniósł współoskarżony Adam M., skazany
również na karę pozbawienia wolności, ale te same względy przemawiały
za uchyleniem obu wyroków także wobec tego oskarżonego. Bowiem Są-
dy, skazując Adama M. za analogiczny czyn co Dawida F., bazowały na
tym samym materiale dowodowym.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Rejonowy będzie związany zapa-
trywaniami prawnymi wyrażonymi wyżej oraz rozważy, i to w pierwszej ko-
lejności, po zapoznaniu się ze wszystkimi powstałymi w tej sprawie doku-
mentami, czy w trybie art. 19 ust. 1 lub 3 ustawy o Policji wyrażona została
zgoda Sądu, pierwotna lub następcza, w drodze postanowienia, na zasto-
sowaną kontrolę operacyjną tzn. utrwalenie rozmów telefonicznych. Tylko
w ten sposób mógł być zalegalizowany podsłuch operacyjny przedproce-
sowy a następnie – wprowadzenie do procesu uzyskanego zeń materiału
dowodowego. W innym wypadku, rozmowy zarejestrowane na magnetycz-
nych nośnikach oraz przełożone na zapisy słowne objęte byłyby zakazem
dowodowym (niezupełnym ze względu na sposób ich uzyskania).

Podsumowując powyższe zapatrywania prawne, uzyskane przez Policję w drodze legalnej kontroli operacyjnej materiały w postaci utrwaleń rozmów telefonicznych, wprowadzone do procesu na podstawie art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 ze zm.), podlegają odtworzeniu (odsluchaniu) na rozprawie głównej (przez odpowiednie zastosowanie art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k.) albo wobec braku sprzeciwu obecnych stron, ujawnieniu bez odtwarzania (art. 394 § 2 k.p.k.), co musi znaleźć odzwierciedlenie w protokole rozprawy (art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k.). Przekłady zapisów tych rozmów są załącznikami do protokołu (analogia do art. 147 § 3 k.p.k.).

2. Wbrew twierdzeniom kasacji, nie doszło do obrazu prawa materialnego przez przyjęcie, że czyn z pkt 2 wypełnia dyspozycję art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Apelacja oskarżonego a następnie kasacja przeszły do porządku nad treścią opinii kryminalistycznej, że z ilości posiadanej przez Dawida F. kokainy można było uzyskać od 145 do 289 porcji handlowych (opinia). Do opinii tej odwołał się Sąd Rejonowy, jak również, choć ogólnikowo, Sąd Okręgowy. Stwarzało to podstawę do przyjęcia typu kwalifikowanego tego przestępstwa. Wśród judykatów wskazywanych przez skarżącego, wyjaśniających co kryje się pod znamionami „znaczna ilość środków odurzających”, zabrakło postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 1 lutego 2007 r., III KK 257/06, Biuletyn Prawa Karnego z 2007 r., nr 7, poz. 27 (Lex nr 323801). Przyjęto w nim, i to stanowisko podziela Sąd w niniejszym składzie, że znaczna ilość narkotyków to taka, która wystarcza do jednorazowego odurzenia co najmniej kilkudziesięciu osób. Stanowisko to nie jest odosobnione, ale odzwierciedla istniejącą już linię orzecznictwa i głosy wyrażone w piśmiennictwie (zob. uzasadnienie powołanego judykatu), wsparte ostatnio w komentarzu do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii autorstwa K. Łucarz i A. Muszyńskiej – Warszawa 2008 r., s. 475–481.

Wracając na grunt niniejszej sprawy, skoro z zakwestionowanej u Dawida F. kokainy można byłoby uzyskać co najmniej 145 porcji handlowych, a więc nadających się do odurzenia tylu uzależnionych osób, to mimo ogólnikowości uwag Sądu odwoławczego odnoszących się do omawianego zarzutu, nie da się ich podciągnąć pod rażące naruszenie prawa materialnego, które mogłoby mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Dlatego w tej części oddalono kasację jako niezasadną. Poza rozważaniami musiała pozostać kwestia wewnętrznej niesprawiedliwości wyroku, nie tylko dlatego, że sytuje się ona na płaszczyźnie niedopuszczalnej podstawy kasacyjnej (art. 523 § 1 zd. ost. k.p.k.), ale również z uwagi na niemożność wyrażania obecnie oceny co do współmierności kary wymierzonej Adamowi M. za czyn tego samego rodzaju.

O zwrocie opłaty od kasacji rozstrzygnięto na podstawie art. 527 § 4 k.p.k.