

POSTANOWIENIE

Dnia 12 marca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Antoni Bojańczyk

po rozpoznaniu w dniu 12 marca 2021 r.
w Izbie Karnej na posiedzeniu bez udziału stron (art. 535 § 3 k.p.k.),
sprawy **P. O., S. B., M. M., M. W., T. K., D. S., T. J. i T. W.**
skazanych z art. 258 § 1 k.k. i in. k.k., art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1 i 5
k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 2 k.k.s. w zw. z art. 4 § 1 k.k.
z powodu kasacji wniesionych przez obrońców skazanych
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 21 listopada 2019 r., sygn. II AKa (...),
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w S.
z dnia 19 marca 2019 r., sygn. II K (...),

p o s t a n o w i ł:

- 1. oddalić wszystkie kasacje jako oczywiście bezzasadne;**
- 2. obciążyć skazanych kosztami sądowymi za postępowanie kasacyjne w częściach ich dotyczących.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego w S. z dnia 19 marca 2019 r., sygn. akt II K (...), oskarżony S. B. został uznany winnym popełnienia czynu zakwalifikowanego z art. 258 § 1 k.k. (za co na mocy art. 258 § 1 k.k. skazany został na karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności) oraz czynu zakwalifikowanego z art. 54 § 1 k.k.s. w zb. z art. 65 § 1 k.k.s. w zb. z art. 91 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i za to na mocy art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 2 k.k.s., za co skazany został na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wymiarze 400 (czterystu) stawek dziennych, przy przyjęciu wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 (stu) złotych. Na podstawie art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 85 k.k. i w zw. z art. 39 § 1 i 2

k.k.s. sąd połączył wymierzone wobec oskarżonego S. B. kary pozbawienia wolności i orzekł karę łączną w wymiarze 1 (jednego) roku i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem oskarżony M. M. został uznany winnym popełnienia czynu zakwalifikowanego z art. 258 § 1 k.k. (za co na mocy art. 258 § 1 k.k. skazany został na karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności) oraz czynu zakwalifikowanego z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 54 § 1 k.k.s. w zb. z art. 65 § 1 k.k.s. w zb. z art. 91 § 1 i 3 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. i za to na mocy art. 54 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt 1 i 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 7 § 2 k.k.s., za co skazany został na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wymiarze 400 (czterystu) stawek dziennych, przy przyjęciu wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 (stu) złotych. Na podstawie art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 85 k.k. i w zw. z art. 39 § 1 i 2 k.k.s. sąd połączył wymierzone oskarżonemu kary pozbawienia wolności i orzekł karę łączną w wymiarze 1 (jednego) roku i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 63 § 1 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. na poczet orzeczonych kar łącznych pozbawienia wolności sąd zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności: M. M. od dnia 10 czerwca 2015 r. do dnia 4 września 2015 r., zaś S. B. od dnia 8 czerwca 2015 r. do dnia 7 września 2015 r. Na podstawie art. 32 § 1 i 3 k.k.s. w zw. z art. 30 § 1 i 3 k.k.s. w zw. z art. 29 pkt 1 k.k.s. sąd orzekł wobec oskarżonych D. S., M. M., M. W., P. O., S. B. i T. K. solidarnie obowiązek ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku papierosów w ilości 17 000 (siedemnaście tysięcy) paczek w kwocie 19 166 (dziewiętnaście tysięcy sto sześćdziesiąt sześć) złotych. W pkt. XXXI oraz XXXII wyroku sąd rozstrzygnął o kosztach procesu.

Po rozpoznaniu środków odwoławczych (wniesionych m. in. przez obrońców oskarżonych M. M. i S. B.) Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 21 listopada 2019 r., sygn. akt II AKa (...), zmienił zaskarżony wyrok Sądu I-szej instancji m. in. w ten sposób, że co do oskarżonych M. W., D. S., T. J., M. M., P. O., S. B. i T. K.

podstawę skazania i wymiaru kar orzeczonych wobec oskarżonych uzupełnił o art. 4 § 1 k.k., w pozostałym zakresie utrzymując w mocy zaskarżony wyrok.

Od tego rozstrzygnięcia kasacje wywiedli m. in. obrońcy skazanych M. M. i S. B.

Zaskarżając wyrok sądu odwoławczego w całości obrońca M. M. zarzucił mu:

1. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego mające istotny wpływ na treść orzeczenia wobec utrzymania w mocy orzeczenia Sądu Okręgowego w S. przypisującego oskarżonemu M. M. winę, a w szczególności art. 258 § 1 k.k. i art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 54 § 1 k.k.s. w zb. z art. 65 § 1 k.k.s. w zb. z art. 91 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 4, 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 7 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. pomimo że z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wynika, aby M. M. brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej o charakterze przestępczym i uczestniczył w obrocie wyrobami tytoniowymi bez wymaganych znaków akcyzy;

2. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego mające istotny wpływ na treść orzeczenia wobec utrzymania w mocy orzeczenia Sądu Okręgowego w S. przypisującego oskarżonemu M. M. winę, a w szczególności art. 4 § 1 k.k. poprzez uzupełnienie podstawy skazania i wymiaru kary orzeczonej wobec M. M. przez Sąd I instancji, w sytuacji gdy takie uzupełnienie w świetle obowiązujących przepisów było niewłaściwe, biorąc pod uwagę pominięcie przez Sąd I instancji art. 4 § 1 k.k. w podstawie skazania i wymiarze kary;

3. rażące naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 7 k.p.k. oraz art. 440 k.p.k., które miały istotny wpływ na treść wyroku poprzez orzeczenie o utrzymaniu w mocy wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 19 marca 2019 r. w sprawie sygn. akt: II K (...) (w zakresie objętym kasacją) skutkujące rażącą niesprawiedliwością wyroku wobec M. M., co do którego Sąd nie był w stanie ustalić ponad wszelką wątpliwość, czy brał on udział w zorganizowanej grupie przestępczej i czy wprowadzał do obrotu wyroby tytoniowe bez znaków akcyzy.

W związku z powyższym wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w S. z dnia 19 marca 2019 r., sygn. akt II K (...) oraz wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 21 listopada 2019 r. sygn. akt II AKa (...) w zakresie odnoszącym się do M. M. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji.

Obrońcy skazanego S. B. w wywiedzionej kasacji od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 21 listopada 2019 r. zarzucili zaskarżonemu wyrokowi:

I. rażące naruszenie prawa procesowego, mogące mieć wpływ na treść skarżonego orzeczenia, polegające na obrazie przepisów postępowania tj. art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. i art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., wyrażające się w podzieleniu oceny dowodów dokonanej przez Sąd Okręgowy w S. przez Sąd Apelacyjny w (...) pomimo, iż została ona dokonana w sposób dowolny, tendencyjnie niekorzystnie dla skazanego oraz nieuwzględnieniu całokształtu istotnych okoliczności i pominięciu okoliczności korzystnych dla skazanego, w szczególności poprzez:

1. zignorowanie przez Sądy obu instancji okoliczności istotnych dla oceny prawidłowości przypisania S. B. popełnienia zarzucanych mu czynów i niepoczynienie jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie, a nadto - nieomówienie tych korzystnych dla Skazanego kwestii i nieuzasadnienie, dlaczego Sądy obu instancji pominęły je przy ocenie całokształtu sprawy tj.:

a) faktu, że S. B. w kryminogennym okresie był zatrudniony w firmie D. S. i wykonywał zwykle pracownicze czynności niezwiązane z nielegalnym procederem;

b) faktu, że S. B. bez wątpliwości przypisano korzystanie tylko z jednego numeru telefonu tj. (...), po którego analizie połączeń i wiadomości nie sposób wywieść wniosku o uczestnictwie w zorganizowanej grupie przestępczej trudniącej się przemytem nielegalnych towarów;

c) faktu, że materiały zgromadzone w ramach kontroli operacyjnej oraz ich analizy stanowią subiektywne przekonania osób ich dokonujących i zawierają w

stosunku do S. B. wnioski oparte na przypuszczeniach, co przejawia się w używanych wielokrotnie przez analizujących sformułowaniach „prawdopodobnie”;

2. rażące naruszenie prawa procesowego, mogące mieć wpływ na treść skarżonego orzeczenia, polegające na obrazie przepisów postępowania tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. - polegającą na dokonaniu dowolnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego i czynieniu ustaleń faktycznych bez wyjaśnienia wszelkich istotnych okoliczności, a przez to oparcie rozstrzygnięcia na niemiarodajnych i stronniczych analizach z kontroli operacyjnej polegającej na dowolnym przypisaniu S. B. korzystania aż z 10 telefonów komórkowych - w wyniku nieprzeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu fonoskopii na okoliczność faktycznego wykazania, jakoby numery telefonów przypisane S. B. były rzeczywiście przez niego używane - który to brak w sposób istotny wpłynął na ocenę całokształtu materiału dowodowego przez Sądy obu instancji.

3. rażące naruszenie prawa procesowego, mogące mieć wpływ na treść skarżonego orzeczenia, polegające na obrazie przepisów postępowania tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. polegające na niedostrzeżeniu przez Sąd Apelacyjny uchybień w wyroku Sądu I instancji i wydaniu orzeczenia nadal obciążonego uchybieniami wynikającymi z dokonania przez Sąd I instancji dowolnej oceny materiału dowodowego, a przede wszystkim przyjęciu jako własnych ustaleń i ocen dowodów poczynionych przez Sąd I instancji, mimo że ustalenia te były błędne, albowiem sprzeczne z dowodami zgromadzonymi w sprawie i oparte na ich dowolnej ocenie, dokonane przy tym z naruszeniem zasady in dubio pro reo, jak również nieopartej na całokształcie dowodów, przy uwzględnieniu wyłącznie okoliczności niekorzystnych dla skazanego i nie wzięciu pod uwagę tych, które świadczą na jego korzyść, w szczególności poprzez nieuprawnione przyjęcie przez Sąd I instancji i powtórzenie przez Sąd Odwoławczy, że S. B. posługiwał się dziesięcioma telefonami komórkowymi, które służyły mu do komunikacji w czasie popełniania czynów przestępnych, a czynności, które wykonywał w porozumieniu z D. S. nie stanowiły zwykłych czynności pracowniczych a czynności przestępne, podczas gdy z materiału dowodowego

wynika, że S. B. nie brał udziału w zorganizowanej grupie przestępczej, a jedynie wykonywał polecenia swojego przełożonego w ramach umowy zlecenia - Sądy obu instancji nie zbadały tej okoliczności tj. kiedy wyjeżdżały „niepodejrzane” transporty.

Alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów, obrońcy podnieśli:

1. rażące naruszenie prawa materialnego tj. art. 69 § 1 i § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji rażącą niewspółmierność wymierzonej S. B. kary pozbawienia wolności w łącznym wymiarze roku i dwóch miesięcy bez warunkowego jej zawieszenia, pomimo istnienia ku temu przesłanek tj. braku dotychczasowej karalności, warunków i właściwości osobistych, dotychczasowego sposobu życia oraz zachowania po ujawnieniu przestępstwa.

W konkluzji autorzy kasacji wniesli o uchylenie w całości zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...)

W odpowiedzi na obie kasacje prokurator Prokuratury Okręgowej w S. wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje wniesione przez obrońców skazanych S. B. i M. M. okazały się bezzasadne w stopniu oczywistym.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że nadzwyczajny środek zaskarżenia unormowany w przepisach Rozdziału 55 — *Kasacja* Kodeksu postępowania karnego nie jest nakierowany na wywołanie i przeprowadzenie w procesie kolejnej kontroli o charakterze apelacyjnym (nie jest to postępowanie „trzecioinstancyjne”, którego celem miałoby być ponowne, niejako „apelacyjne” weryfikowanie orzeczenia sądu pierwszej instancji). Kasacja i jej zarzuty — co wymaga szczególnego wyeksponowania — mogą być zgodnie z ustawą postępowania karnego skierowane w y ł ą c z n i e przeciwko prawomocnemu orzeczeniu sądu *ad quem* (art. 519 k.p.k.), a zatem w nadzwyczajnym środku

zaskarżenia — co do zasady — wolno autorowi kasacji atakować jedynie te uchybienia, których dopuścił się sąd *ad quem* w trakcie postępowania odwoławczego. Uchybienia te muszą mieć — nadto — k w a l i f i k o w a n y charakter (muszą to być więc uchybienia dające się zakwalifikować jako „rażące naruszenia” w rozumieniu przepisu art. 523 § 1 zd. pierwsze k.p.k.), a ich zmaterializowanie się w postępowaniu odwoławczym (dla skuteczności kasacji) powinno prowadzić do ustalenia, że mogły one mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia. Trzeba ponadto wskazać, że podstawą kasacji wnoszonej przez strony postępowania nie może być zarzut rażącej niewspółmierności kary (por. art. 523 § 1 zd. drugie k.p.k.). Zgodnie zaś z od dawna ustabilizowaną praktyką orzeczniczą najwyższej instancji sądowej podstawy kasacji nie może stanowić zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, jako niemieszczący się w ramach podstaw kasacyjnych, o których mowa w przepisie art. 523 § 1 zd. pierwsze k.p.k.

Nadzwyczajne środki zaskarżenia sporządzone i wniesione przez obrońców: (a) skazanego S. B. , adw. K. Z. i adw. P. P. oraz (b) obrońcę skazanego M. M., adw. M. S., wskazane powyżej fundamentalne wymogi obowiązujące w postępowaniu kasacyjnym spełniają tylko w minimalnym stopniu, a znaczna część podniesionych w nich zarzutów bądź to oscyluje na granicy dopuszczalności, bądź jest w postępowaniu kasacyjnym (z uwagi na ustawowe ograniczenia podstaw kasacyjnych, na które wskazano powyżej) niedopuszczalna.

(a) Odnośnie kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego M. M.:

Zarzuty oznaczone w nadzwyczajnym środku zaskarżenia jako pkt. 1 i 3 *petitum* — mimo ich odmiennego ujęcia przez autora kasacji, tj. przez nawiązanie już to do naruszenia prawa materialnego (zarzut z pkt. 1), już to do naruszenia prawa procesowego (zarzut z pkt. 3) — nakierowane są w istocie na kwestionowanie ustaleń faktycznych dokonanych przez sąd pierwszej instancji w sprawie, o czym przekonuje jednoznacznie końcowy ich fragment, w którym obrońca wskazuje na to, że ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika, aby „skazany M. M. brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej o charakterze

przestępczym i uczestniczył w obrocie materiałami tytoniowymi bez wymaganych znaków akcyzy”.

Naruszenia wskazane w pkt. 1 i 3 nadzwyczajnego środka zaskarżenia wniesionego przez obrońcę skazanego M. M. — jako podstawa wyartykułowanych zarzutów kasacyjnych — plasują się na granicy dopuszczalności, jeśli chodzi o zarzuty które wolno podnosić w postępowaniu kasacyjnym.

Wyartykułowany przez obrońcę w pkt. 1 *petitum* kasacji zarzut — z punktu widzenia rygorów procesowych obowiązujących w postępowaniu kasacyjnym — cechuje się podwójną ułomnością. Pod pozorem podniesienia zarzutu naruszenia prawa materialnego autor nadzwyczajnego środka zaskarżenia nie kwestionuje wcale błędnego zastosowania prawa bądź wadliwej jego interpretacji skutkującej wadliwym zastosowaniem przepisu prawa materialnego, lecz — dokonane w sprawie przez sąd pierwszej instancji — ustalenia faktyczne. Wskazuje więc, że (jego zdaniem) przeprowadzone przez Sąd Okręgowy w S. dowody nie wskazują na to, by skazany M. M. cyt.: „brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej o charakterze przestępczym i uczestniczył w obrocie materiałami tytoniowymi bez wymaganych znaków akcyzy”. Zatem autorowi kasacji chodzi nie o to, że sąd ten miał do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego zastosować wadliwie obowiązujące przepisy prawa materialnego, ale o to, że na tle alternatywnego stanu faktycznego, zaprezentowanego i forsowanego w kasacji jako trafny, kwalifikacja czynu przypisanego oskarżonemu M. M. jest wadliwa. Abstrahując od powyższych, fundamentalnych zastrzeżeń co do konstrukcji tego zarzutu kasacyjnego, należy stwierdzić, że jest on w istocie skierowany w p r o s t przeciwko orzeczeniu sądu pierwszej instancji: wszak Sąd Okręgowy w S. nie stosował w sprawie wskazanych przepisów art. 258 § 1 k.k. i art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 54 § 1 k.k.s. w zb. z art. 65 § 1 k.k.s. w zb. z art. 91 § 1 k.k.s. w zw. z art. 37 § 1 pkt. 1, 4, 5 k.k.s. w zw. z art. 38 § 2 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 7 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s., lecz przeprowadzał kontrolę apelacyjną, rozpoznając zarzuty podniesione we wniesionych w sprawie środkach odwoławczych. Przepis art. 519 k.p.k. jednoznacznie stoi na przeszkodzie formułowaniu tego typu zarzutów w postępowaniu kasacyjnym.

W zarzucie określonym jako pkt. 3 *petitum* autor nadzwyczajnego środka zaskarżenia podnosi rażące naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 7 k.p.k. i art. 440 k.p.k. W charakterze uwagi wstępnej odnoszącej się do tego zarzutu należy podnieść, że sformułowanie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 k.p.k. w kasacji jest — co do zasady — możliwe wyłącznie wtedy, gdy sąd *ad quem* bądź przeprowadzał postępowanie dowodowe, bądź też na skutek ponownej oceny zgromadzonego materiału dowodowego dokonał własnych („odwoławczych”) ustaleń faktycznych. W niniejszej sprawie Sąd odwoławczy w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu M. M. ani nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie dokonywał własnych ustaleń faktycznych na podstawie ponowionej oceny dowodów przeprowadzonych w postępowaniu jurysdykcyjnym toczącym się przed Sądem Okręgowym w S. Sąd Apelacyjny w (...) — jak już powiedziano wyżej — w zaskarżonym wyroku nie dokonywał żadnych własnych ustaleń faktycznych w zakresie czynów przypisanych oskarżonemu M. M. , co dezaktualizuje kwestię potrzeby badania zaskarżonego orzeczenia w pryzmacie wyartykułowanego w nadzwyczajnym środku zaskarżenia zarzutu naruszenia przepisu art. 7 k.p.k. Porównanie treści zwyczajnego środka odwoławczego (pkt. 2 *petitum* apelacji wniesionego przez obrońcę skazanego M. M.) z treścią zarzutu z pkt. 3-ciego kasacji jednoznacznie wskazuje na to, że obrońca M. M. usiłuje ponowić w kasacji zarzut apelacyjny — z tą tylko różnicą, że w nadzwyczajnym środku zaskarżenia zarzut ten dodatkowo uzupełnił o twierdzenie o naruszeniu przez sąd odwoławczy art. 440 k.p.k. (co zapewne w intencji obrońcy miało nadać temu zarzutowi charakter kasacyjny). Autor kasacji w jej uzasadnieniu nie wskazuje jednak na to, jakie konkretnie okoliczności miałyby powodować, że utrzymanie orzeczenia sądu *a quo* w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe (art. 440 k.p.k.), wyjąwszy dość ogólne i subiektywne sformułowanie, że M. M. skazany został cyt. „w sposób rażąco nieprawidłowy”. Ogranicza się autor kasacji w tym zakresie do zasygnalizowania, że „Sąd II instancji w sposób bardzo powierzchowny i schematyczny odniósł się do kontroli instancyjnej orzeczenia wydanego przez Sąd Okręgowy w S. W sposób pobieżny i lakoniczny omówił on apelację obrońcy i w sposób całkowicie nieprzekonywujący uargumentował swoje stanowisko o utrzymaniu w mocy zaskarżonego orzeczenia”. Lektura uzasadnienia sądu *ad*

quem przekonuje, że rozważył i w sposób adekwatny odniósł się on do zarzutów formułowanych w związku z podniesioną przez obrońcę M. M. tezę naruszenia art. 7 k.p.k. (s. 98 uzasadnienia), odsyłając w tym zakresie słusznie do wywodów odnoszących się do przedstawionych w części wstępnej uzasadnienia oraz odnoszących się do apelacji obrońcy T. W. , T. J. i D. S. (zważywszy na to, że tożsamość stawianych zarzutów oraz wspierających je tez zdaniem Sądu Apelacyjnego w (...) wskazywała na niecelowość ponownego powielania zawartej tam argumentacji).

Oczywiście bezzasadny jest zarzut oznaczony w *petitum* kasacji jako pkt. 2. Jest on przede wszystkim wewnętrznym niespójny, bowiem nie wiadomo w jaki sposób „utrzymanie w mocy orzeczenia Sądu Okręgowego w S. przypisującego oskarżonemu M. M. winę” miałoby być tożsame z rażącym naruszeniem przepisów prawa materialnego polegającym na „uzupełnieniu podstawy skazania i wymiaru kary orzeczonej wobec M. M. przez Sąd II instancji [o art. 4 § 1 k.k.]” i dlaczego „takie uzupełnienie w świetle obowiązujących przepisów było niewłaściwe, biorąc pod uwagę pominięcie przez Sąd I instancji art. 4 § 1 k.k. w podstawie skazania i wymiarze kary”. Dokonując uzupełnienia podstawy prawnej skazania sąd odwoławczy nie dopuścił się naruszenia art. 4 § 1 k.k. Uzupełnienie podstawy skazania przez sąd *ad quem* o przepis art. 4 § 1 k.k. (powody takiej modyfikacji zaskarżonego orzeczenia Sądu Okręgowego w S. zostały wyjaśnione na s. 71-72 uzasadnienia sądu drugiej instancji) było reakcją na zarzut sformułowany m. in. w apelacji oskarżonego M. M. Kasacja jest więc w tym zakresie dotknięta istotnym pęknięciem konstrukcyjnym, bowiem kwestionując sposób zastosowania art. 4 § 1 k.k. przez sąd odwoławczy obrońca M. M. jednocześnie uważa, że stanowisko o utrzymaniu w mocy zaskarżonego orzeczenia w zakresie uzupełnienia podstawy skazania i wymiaru kary o art. 4 § 1 k.k. zostało przez Sąd Apelacyjny w (...) uargumentowane przekonująco w pisemnym uzasadnieniu wyroku (s. 3 uzasadnienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia).

(b) Odnośnie kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego S. B. :

Zarzut z pkt. 1 *petitum* kasacji jest oczywiście bezzasadny: nie tylko chodzi o to, że w uzasadnieniu kasacji nie wskazuje się, na czym konkretnie miałyby polegać naruszenie przez Sąd Apelacyjny w (...) tych przepisów: przede wszystkim trzeba wskazać na to, że sąd *ad quem* nie stosował wskazanych przez autorów nadzwyczajnego środka zaskarżenia przepisów (tj. art. 4 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. i art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k.). Dlaczego sąd odwoławczy nie mógł w niniejszej sprawie naruszyć art. 7 k.p.k. była już mowa wyżej. To samo odnosi się zresztą do przepisów art. art. 5 § 2 i 410 k.p.k.

Co się tyczy zarzutu podniesionego w pkt. 2 *petitum* kasacji, to jego ocena — gdyby dokonać jej jedynie w oparciu o lekturę samego *petitum* — nakazywałaby uznać go za wręcz niedopuszczalny. Kwestionują bowiem obrońcy skazanego S. B. sposób dokonania ustaleń faktycznych. Rażąco naruszenie przepisów prawa wskazanych w tym zarzucie miałyby wszak polegać na cyt.: „dokonaniu [przez sąd drugiej instancji] dowolnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego i czynieniu ustaleń faktycznych bez wyjaśnienia wszelkich istotnych okoliczności, a przez to oparcie rozstrzygnięcia na niemiarodajnych i stronniczych analizach z kontroli operacyjnej polegającej na dowolnym przypisaniu S. B. korzystania aż z 10 telefonów komórkowych - w wyniku nieprzeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu fonoskopii na okoliczność faktycznego wykazania, jakoby numery telefonów przypisane S. B. były rzeczywiście przez niego używane - który to brak w sposób istotny wpłynął na ocenę całokształtu materiału dowodowego przez Sądy obu instancji”. Jednak z uzasadnienia kasacji wynika, że jej autorom w istocie chodzi o nierozpoznanie wniosku dowodowego (rzekomo) zawartego w apelacji cyt.: „Sąd Apelacyjny w (...) rozpoznając apelację na rozprawie w dniu 20 listopada 2019 r. nie wydał żadnego postanowienia w zakresie wniosku dowodowego zgłoszonego w apelacji z dnia 4 lipca 2019 r. o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego” (s. 5 uzasadnienia środka odwoławczego). Rzecz w tym jednak, że lektura apelacji obrońcy oskarżonego S. B. wskazuje na to, że nie został w niej sformułowany tego rodzaju wniosek. Tym samym sąd drugiej instancji — niezależnie od tego, że nie prowadził „własnego” postępowania dowodowego — nie mógł naruszyć wskazanych przez obrońców przepisów (art. 167 k.p.k. w zw. z art. art. 366 § 1 k.p.k.) przez zaniechanie wydania postanowienia co do niezgłoszonego

w apelacji przez obrońcę wniosku dowodowego. W następnych zdaniach uzasadnienia kasacji jej autorzy zresztą zmieniają stanowisko i swoją linię argumentacyjną, podnosząc, że naruszenie wskazanych przepisów przez sąd *ad quem* miało polegać na tym, że nie przeprowadził on dowodów z urzędu i zaniechał przeprowadzenia „własnej” inicjatywy dowodowej cyt.: „nie przeprowadził [sąd] chociażby dowodu z opinii biegłego z zakresu fonoskopii, aby wyjaśnić, czy telefony z których rzekomo miał korzystać S. B., fatycznie były przez niego użytkowane”. Kwestia ta była jednak przedmiotem analizy sądu *ad quem* w kontekście zarzutu apelacyjnego i sąd drugiej instancji trafnie wskazał, dlaczego przeprowadzenie z urzędu dowodu z opinii biegłego z zakresu fonoskopii na okoliczność, czy w rozmowach utrwalonych podczas kontroli operacyjnej uczestniczył oskarżony S. B. nie było w realiach sprawy konieczne (s. 95 uzasadnienia).

Jeśli chodzi o zarzut odnoszący się do rażącego naruszenia prawa materialnego tj. art. 69 § 1 i § 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji rażącą niewspółmierność kary (pkt. 4 *petitum*), to jest on także oczywiście bezzasadny. Wypada przypomnieć, że zabiegiem procesowym mogącym ewentualnie doprowadzić do zbadania i zrewidowania przez instancję kasacyjną rozstrzygnięcia sądu odwoławczego w tym zakresie, w którym dotyczyło ono kary, jest bądź to wskazanie na naruszenie przepisu (rzutującego na rozstrzygnięcie w przedmiocie kary), który ma charakter obligatoryjny w tym sensie, że nakłada na sąd obowiązek jego bezwzględnego respektowania albo też wskazanie w nadzwyczajnym środку zaskarżenia na to, że orzeczenie kary o parametrach charakteryzujących się rażącą niewspółmiernością było wynikiem rażącego naruszenia przepisów procesowych, które w efekcie doprowadziło do dokonania w sposób wadliwy ustaleń faktycznych leżących u podstaw rozstrzygnięcia o karze. Obrońca skazanego S. B. — podnosząc zarzut rażącego naruszenia prawa materialnego — nie wskazuje jednak zmaterializowanie się uchybienia polegającego na naruszeniu przepisu przez sąd *ad quem* przepisu o charakterze zobowiązującym do bezwzględnego postąpienia w określony sposób (art. 69 § 1 k.k. nie należy przecież do kategorii przepisów o charakterze stanowczym, a więc nakazujących stosowanie prawa materialnego bądź też zakazujących jego stosowania). Po wtóre, godzi się ponownie wskazać na

implikacje wynikające dla prawidłowej budowy kasacji z przepisu art. 519 k.p.k.: sąd *ad quem* nie orzekał w niniejszej sprawie o karze (wyrokiem z dnia 21 listopada 2019 r. uzupełniono jedynie podstawę skazania i wymiaru kary orzeczonej przez sąd pierwszej instancji co do oskarżonego S. B. o art. 4 § 1 k.k.).

Jedyny zarzut respektujący zarysowane powyżej wymogi procesowe obowiązujące w postępowaniu kasacyjnym (tj. zarzut oznaczony jako pkt. 3 *petitum*) okazał się również bezzasadny w stopniu oczywistym. Nie tylko chodzi o to, że w konstrukcji tego zarzutu zabrakło wskazania, które konkretnie z zarzutów sformułowanych w apelacji miałyby zostać rozważone w sposób nieodpowiadający art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. art. 457 § 3 k.p.k. Analiza uzasadnienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia przekonuje, że jego autor nie sprecyzował w żaden sposób zarzutu tj. nie wskazał konkretnych zarzutów, bądź to nie rozważonych (art. 433 § 2 k.p.k.), bądź też wadliwie omówionych (art. 457 § 3 k.p.k.) w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji. Sąd Apelacyjny w (...) odniósł się w sposób odpowiadający nie tylko wymogowi wynikającemu z przepisu art. 457 § 3 k.p.k., ale także hołdujący zasadzie zwięzłości partii motywacyjnych orzeczeń (art. 458 w zw. z art. 424 § 1 k.p.k.) do zarzutów odnoszących się do kwestii używanych przez S. B. numerów telefonów komórkowych, wskazując m. in. na to, że „chybiony jest [...] zarzut obrazy art. 167 k.p.k. poprzez nieprzeprowadzenie z urzędu dowodu z opinii biegłego z zakresu fonoskopii na okoliczność czy w rozmowach utrwalonych podczas kontroli operacyjnej uczestniczył oskarżony S. B. Organy ścigania, które prowadziły taką kontrolę dysponowały bowiem pełnym wykazem ustalonych numerów telefonów użytkowanych przez poszczególnych członków grupy przestępczej oraz nr IMEI, w tym oskarżonego S. B. [...], informacjami i wykazem połączeń od poszczególnych operatorów telefonii komórkowych wraz z danymi dotyczącymi danych personalnych abonentów, informacjami wskazującymi stacje bazowe w zasięgu, których znajdowały się telefony - stacji BTS [...]. Uzyskane w ten sposób informacje były weryfikowane w terenie, w tym przy poprzez zapisy z kamer monitorujących przejazd pojazdów, którym poruszali się oskarżeni [...], oraz w oparciu o zeznania przesłuchanych w sprawie świadków (szczególnie cenne w tym zakresie okazały się zeznania M. P.,

który udostępnił oskarżonemu swoje pojazdy do dokonywania przemytu papierosów)” (s. 95 uzasadnienia sądu drugiej instancji).

Uwzględniając zdecydowanie „niekasacyjny” charakter większości zarzutów postawionych w nadzwyczajnych środkach zaskarżenia wniesionych przez obrońców skazanych S. B. i M. M. oraz ewidentną bezzasadność zawartych w tym środkach zarzutów odpowiadających wymogom wynikającym z przepisów art. 519 i 523 § 1 zd. pierwsze k.p.k., Sąd Najwyższy oddalił kasacje obrońców skazanych S. B. i M. M. jako oczywiście bezzasadne, o kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzekając w oparciu o treść przepisów art. 637a k.p.k. w zw. z art. 636 § 1 k.p.k.