



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lutego 2024 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Tomasz Artymiuk

SSN Dariusz Kala

Protokolant Danuta Bratkrajc

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga

w sprawie **A. R. i A. M.**

skazanych z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu
narkomanii

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 7 lutego 2024 r.,

kasacji, wniesionych przez obrońców skazanych

od wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach

z dnia 24 kwietnia 2023 r., sygn. akt II AKa 547/22

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 29 lipca 2022 r., sygn. akt XXI K 20/22,

**uchyla zaskarżony wyrok co do A. R. i A. M. i sprawę obu tych
oskarżonych przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi
Apelacyjnemu w Katowicach w postępowaniu odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 29 lipca 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXI K 20/22, Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł co do oskarżonego A. R., w następujący sposób:

„ 1. uznaje oskarżonego A. R. za winnego tego, że w okresie od stycznia 2016 roku do grudnia 2018 roku w [...] i innych miejscowościach na terenie Polski, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej zajmującej się obrotem znacznymi ilościami substancji psychotropowych i środków odurzających, czym wyczerpał znamiona ustawowe występku z art. 258 § 1 k.k. i za to na mocy z art. 258 § 1 k.k. skazuje go na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

2. uznaje oskarżonego A. R. za winnego tego, że w okresie od stycznia 2016 roku do grudnia 2018 roku w [...] i innych miejscowościach na terenie Polski, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, uczestniczył w obrocie znacznymi ilościami substancji psychotropowych i środków odurzających, w ten sposób, że:

- 1. sprzedał innej ustalonej osobie oznaczanej na potrzeby tego wyroku jako PR, celem dalszej odsprzedaży innym osobom, substancje psychotropowe w postaci, mefedronu w ilości około 3 kg o łącznej wartości około 33 000 zł, amfetaminy w ilości 5 kg o łącznej wartości około 30 000 zł i środki odurzające w postaci marihuany w ilości około 25 kg o łącznej wartości około 425 000 zł,*
 - 2. kupił od PR, celem dalszej odsprzedaży innym osobom, środki odurzające w postaci marihuany w ilości około 35 kg o łącznej wartości około 595.000 zł.,*
- przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, czym wyczerpał znamiona ustawowe występku z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed 24.06.20r. to jest datą dodania art.57b k.k. w zw. z art.4 § 1 k.k. i w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na mocy art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 kk i art. 33§ 1 i 3 kk skazuje*

go na karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności i karę 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 100 (sto) złotych;

3. na mocy art. 45 § 1 kk orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa osiągniętej przez oskarżonego A. R. z popełnienia przestępstwa opisanego w pkt 2 wyroku polegającego na sprzedaży substancji psychotropowych i środków odurzających korzyści majątkowej w kwocie 488.000 (czterysta osiemdziesiąt osiem tysięcy) złotych;

4. na mocy art. 44 § 2 kk orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa równowartości zakupionego przez oskarżonego A. R. opisanego w pkt 2 wyroku środka odurzającego w postaci marihuany to jest kwoty 595.000 (pięciuset dziewięćdziesięciu pięciu tysięcy) złotych;

5. uznaje oskarżonego A. R. za winnego tego, że w okresie od stycznia do czerwca 2020 roku w [...], [...], [...] działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej zajmującej się obrotem znacznymi ilościami substancji psychotropowych i środków odurzających, czym wyczerpał znamiona ustawowe występku z art. 258 § 1 k.k. i za to na mocy z art. 258 § 1 k.k. skazuje go na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

6. uznaje oskarżonego A. R. za winnego tego, że w okresie od stycznia do czerwca 2020 roku w [...], [...], [...] i w innych miejscowościach, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, uczestniczył w obrocie znacznymi ilościami substancji psychotropowych i środków odurzających, w ten sposób, że za pośrednictwem innej osoby, której działaniami kierował sprzedał, celem dalszej odsprzedaży, innym osobom, środki odurzające: w postaci marihuany w ilości około 60 kg o łącznej wartości około 1.170.000 zł. i kokainy w ilości około 1,5 kg o łącznej wartości około 255.000 zł. a także substancje psychotropowe: w postaci amfetaminy w ilości około 20 kg o łącznej wartości około 120.000 zł. i 1.000 tabletek ekstazy o łącznej wartości około 3.500 zł, przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, czym wyczerpał znamiona ustawowe występku z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 § 1

k.k. i w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na mocy art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 kk i art. 33 § 1 i 3 kk skazuje go na karę 4 (czterech) lat pozbawienia wolności i karę 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 100 (sto) złotych;

7. na mocy art. 45 § 1 kk orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa osiągniętej przez oskarżonego A. R. z popełnienia przestępstwa opisanego w pkt 6 wyroku korzyści majątkowej w kwocie 1.548.500 (jeden milion pięćset czterdzieści osiem tysięcy pięćset) złotych;

8. uznaje oskarżonego A. R. za winnego tego, że w dniu 6 maja 2021 roku, w [...], wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, posiadał środek odurzający w postaci kokainy w ilości 3,543 grama o wartości około 400 zł oraz substancje psychotropowe w postaci mieszaniny 4 - CMC, mefedronu w ilości 21,493 grama o wartości około 400 zł. i w postaci MDMA w ilości 4,515 grama o wartości około 90 zł., czym wyczerpał znamiona ustawowe występkę z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na mocy z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii skazuje go na karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

9. na mocy art.85 § 1 kk i art.86 § 1 i 2 kk orzeczone kary oskarżonemu łączy i wymierza mu karę łączną 5 (pięciu) lat i 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności i karę łączną 250 (dwustu pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 100 (sto) złotych;

10. na mocy art.63 § 1 kk zalicza oskarżonemu na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 6 maja 2021 r. godz. 9.30 do dnia 29 lipca 2022 r.;

11. na mocy art. 70 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa posiadanego przez oskarżonego A. R. środka w postaci kokainy w ilości 3,543 grama oraz substancje psychotropowe w postaci mieszaniny 4 - CMC, mefedronu w ilości 21,493 grama i w postaci MDMA w ilości 4,515 grama;”.

Tym samym wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł co do A. M., w sposób następujący (punkty wpisane zgodnie z numeracją zawartą w wyroku):

„23. uznaje oskarżonego A. M. za winnego tego, że w okresie od początku 2012 roku do listopada 2013 roku w [...] i w innych miejscowościach, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, uczestniczył w obrocie znacznymi ilościami substancji psychotropowych i środków odurzających, w ten sposób, że sprzedał PR, celem dalszej odsprzedaży innym osobom, środki odurzające w postaci marihuany w ilości około 5 kg o łącznej wartości około 100 000 zł., przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, czym wyczerpał znamiona ustawowe występku z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed 24.06.20r. to jest datą dodania art.57b k.k. w zw. z art.4 § 1 k.k. i w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na mocy art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 kk i art. 33 § 1 i 3 kk skazuje go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 100 (sto) złotych;

24. na mocy art. 45 § 1 kk orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa osiągniętej przez oskarżonego A. M. z popełnienia przestępstwa opisanego w pkt 23 wyroku korzyści majątkowej w kwocie 100.000 (sto tysięcy) złotych;

25. uznaje oskarżonego A. M. za winnego tego, że w okresie od połowy 2014 roku do grudnia 2015 roku w [...] i w innych miejscowościach, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, uczestniczył w obrocie znacznymi ilościami substancji psychotropowych i środków odurzających, w ten sposób, że sprzedał za pośrednictwem PR innym osobom, celem dalszej odsprzedaży innym osobom, środki odurzające w postaci marihuany w ilości około 3,5 kg o łącznej wartości około 66 500 zł., przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, czym wyczerpał znamiona ustawowe występku z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym przed 24.06.20r. to jest datą dodania art.57b k.k. w zw. z art.4 § 1 k.k. i w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na mocy art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 kk i art. 33 § 1 i 3 kk skazuje go na

karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 100 (sto) złotych;

26. na mocy art. 45 § 1 kk orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa osiągniętej przez oskarżonego A. M. z popełnienia przestępstwa opisanego w pkt 25 wyroku korzyści majątkowej w kwocie 66 500 (sześćdziesiąt sześć tysięcy pięćset) złotych;

27. uniewinnia oskarżonego A. M. od zarzutu popełnienia czynu polegającego na tym, że w okresie od stycznia 2018 roku do grudnia 2018 roku w [...] i innych miejscowościach na terenie Polski, działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej zajmującej się obrotem znacznymi ilościami substancji psychotropowych i środków odurzających;

28. uznaje oskarżonego A. M. za winnego tego, że w okresie od stycznia do grudnia 2018 roku w [...], w wykonaniu z góry powziętego zamiaru i w krótkich odstępach czasu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, uczestniczył w obrocie znacznymi ilościami substancji psychotropowych i środków odurzających, w ten sposób, że:

3. kupił od PR, celem dalszej odsprzedaży innym osobom, środki odurzające w postaci marihuany w ilości około 2,6 kg. o wartości około 47.000 zł.
4. sprzedał PR, celem dalszej odsprzedaży innym osobom, środki odurzające w postaci marihuany w ilości około 7 kg o łącznej wartości około 91 000 zł
5. kupił od PR za pośrednictwem MR, celem dalszej odsprzedaży innym osobom, środki odurzające w postaci marihuany w ilości około 5 kg o łącznej wartości około 95.000 zł,

przy czym z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stale źródło dochodu, czym wyczerpał znamiona ustawowe występku z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 § 1 k.k. i w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na mocy art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 kk i art. 33§ 1 i 3 kk skazuje go na karę 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i karę grzywny i 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 100 (sto) złotych;

29. na mocy art. 45 § 1 kk orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa osiągniętej przez oskarżonego A. M. z popełnienia przestępstwa opisanego w pkt 28 wyroku

polegającego na sprzedaży środków odurzających korzyści majątkowej w kwocie 91 000 (dziewięćdziesiąt jeden tysięcy) złotych;

30. na mocy art. 44 § 2 kk orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa równowartości zakupionych przez oskarżonego A. M. opisanych w pkt 28 wyroku środków odurzających w postaci marihuany to jest kwoty 142.000 (sto czterdzieści dwa tysiące) złotych;

31. na mocy art.85 § 1 kk i art.86 § 1 i 2 kk orzeczone kary oskarżonemu łączy i wymierza mu karę łączną 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i karę łączną 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na 100 (sto) złotych;

32. na mocy art.63 § 1 kk zalicza oskarżonemu na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 17 maja 2021 r. od godz. 6.05 do dnia 29 lipca 2022 r.”

Apelacje od tego wyroku złożyli prokuratora na niekorzyść tych oskarżonych w zakresie orzeczenia o karach jednostkowych pozbawienia wolności oraz kar grzywny, a także kar łącznych, a także obrońcy obu oskarżonych, skarżąc wyrok w całości co do tych oskarżonych.

W apelacji obrońcy oskarżonego A. R., adw. H. K., zarzucono wyrokowi obrazę przepisów prawa procesowego, tj. art. 170 § 1 pkt 2, 3 i 5 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1a (pkt I), art. 169a w zw. z art. 168b k.p.k. poprzez zaniechanie weryfikacji zgodności pozyskanych nagrań z kontroli operacyjnej z zakresem zgody na jej przeprowadzenie udzielonej przez sąd (pkt II), a także art. 7 w zw. z art. 410 k.p.k. (argumentacja ujęta pod lit. a-g – pkt III). W konkluzji, skarżąca domagała się zmiany wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od czynów z pkt I-V części wstępnej wyroku oraz obniżenia kary wymierzonej za czyn w pkt VI. Drugi z obrońców oskarżonego, adw. R. B., zarzucił wyrokowi obrazę przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. (pkt 1 apelacji), art. 170 k.p.k. poprzez oddalenie wniosków dowodowych co do przesłuchania świadków Ł. R., R. M. i J. W. (pkt 4 apelacji), błąd w ustaleniach faktycznych (pkt 2 i 3 apelacji), a także – z ostrożności procesowej – obrazę prawa materialnego, tj. art. 44 § 1 i 5 k.k. poprzez bezzasadne orzeczenie wobec oskarżonego przepadek równowartości korzyści majątkowej w pkt 3, 4 i 7 wyroku oraz zarzut rażącej niewspółmierności orzeczonych kar jednostkowych i kar

łącznych pozbawienia wolności oraz grzywny. Formułując zarzuty w taki sposób skarżący domagał się zmiany wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego A. M., adw. F. D. zarzucił wyrokowi obrazę przepisów postępowania karnego, tj. art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. i art. 352 k.p.k. przez niezastosowanie oraz art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. przez niewłaściwe zastosowanie (pkt 1 a, c), art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. i art. 352 k.p.k. przez niezastosowanie oraz art. 169 § 2 k.p.k. przez nieuwzględnienie jego treści (pkt 1 d), art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. i art. 352 k.p.k. przez jego niezastosowanie polegającą na oddaleniu wniosku dowodowego o oględziny telefonu (pkt 1 e), art. 156 § 1 i 2 k.p.k. polegającą na nieudostępnieniu obrońcy kopii płyty zamieszczonej w aktach sprawy na k. 2817 (pkt 1 b), art. 7 i art. 410 w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. (pkt 1 f), rażącą niewspółmierność kary łącznej pozbawienia wolności oraz kary łącznej grzywny (pkt 2), a także obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 44 § 2 i 4 k.k. przez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów oraz art. 44 § 6 i art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przez pominięcie ich charakteru jako przepisów *legi specialis*, a w konsekwencji niesłuszne zastosowanie przepadu równowartości środków odurzających w pkt 30 zaskarżonego wyroku. W konkluzji, obrońca wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego od wszystkich zarzucanych mu czynów, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, w oparciu o zarzuty rażącej niewspółmierności orzeczonych kar oraz obrazy prawa materialnego, o zmianę wyroku przez wymierzenie kary łącznej zbliżonej do najwyższej z kar jednostkowych, oraz uchylenie rozstrzygnięcia w pkt 30 wyroku. W apelacji złożone zostały także wnioski dowodowe. Drugi z obrońców oskarżonego A.M. zarzucił wyrokowi obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na jego treść, tj. art. 5, 5 § 2, 7, 410, 424 § 1 k.p.k. (pkt I i II apelacji), a także błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na jego treść (pkt 3 apelacji). W oparciu o tak sformułowane zarzuty skarżący wnosił o zmianę wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Po rozpoznaniu tych apelacji Sąd Apelacyjny w Katowicach wyrokiem z dnia 24 kwietnia 2023 r., w sprawie o sygn. akt II AKa 547/22, orzekł co do tych oskarżonych w sposób następujący (pkt 1 i 3 wyroku - pkt 2 dotyczył innego oskarżonego):

„ 1. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego A. R.:

1. w pkt 2 w ten sposób, że podwyższa karę pozbawienia wolności do 4 /czterech/ lat i ilość stawek dziennych grzywny do 300 /trzystu/;
2. w pkt 4 ustala, że podstawę prawną przypadku stanowi przepis art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii;
3. w pkt 6 w ten sposób, że podwyższa karę pozbawienia wolności do 5 /pięciu/ lat i ilość stawek dziennych grzywny do 300 /trzystu/;
4. uchyla orzeczenie z pkt 9 i na mocy art. 85 § 1 kk i art. 86 § 1 i 2 kk łączy kary orzeczone wobec niego powyżej oraz kary z pkt 5 i 8 wyroku i wymierza karę łączną 6 /sześciu/ lat i 10 /dziesięciu/ miesięcy pozbawienia wolności i karę łączną grzywny w wysokości 360 /trzystu sześćdziesięciu/ stawek dziennych grzywny ustalając wysokość każdej z nich na 100 /sto/ złotych;
5. na mocy art. 63 § 1 kk zalicza oskarżonemu na poczet kary łącznej pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 6 maja 2021 roku godz. 9:30 do dnia 24 kwietnia 2023 roku;
1. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego A. M.:
2. w pkt 23 w ten sposób, że podwyższa karę pozbawienia wolności do 2 /dwóch/ lat i 6 /sześciu/ miesięcy oraz ilość stawek dziennych grzywny do 200 /dwustu/;
3. w pkt 25 w ten sposób, że podwyższa karę pozbawienia wolności do 2 /dwóch/ lat i 6 /sześciu/ miesięcy oraz ilość stawek dziennych grzywny do 200 /dwustu/;
4. w pkt 28 w ten sposób, że podwyższa karę pozbawienia wolności do 3 /trzech/ lat i ilość stawek dziennych grzywny do 200 /dwustu/;
5. w pkt 30 ustala, że podstawę prawną przypadku stanowi przepis art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii;
6. uchyla orzeczenie z pkt 31 i na mocy art. 85 § 1 kk i art. 86 § 1 i 2 kk łączy kary orzeczone wobec niego powyżej i wymierza karę łączną 4 /cztery/ lata

- pozbawienia wolności i karę łączną grzywny w wysokości 300 /trzystu/ stawek dziennych grzywny ustalając wysokość każdej z nich na 100 /sto/ złotych;*
7. *na mocy art. 63 § 1 kk zalicza oskarżonemu na poczet kary łącznej pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 17 maja 2021 roku godz. 6:05 do dnia 29 lipca 2022 roku godz. 17:26;*
8. *w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;"*
- Kasacje od tego wyroku wnieśli obrońcy obu skazanych.

W kasacji obrońcy skazanego A. R. postawiono zarzuty: rażącego naruszenia prawa procesowego, „a to art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. oraz art. 458 k.p.k., polegające na nienależytym rozważeniu zarzutów podniesionych przez obrońców oskarżonych w apelacjach, a to zarzutów obraży:

1. *art. 170 § 1 pkt 2, 3 i 5 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1a k.p.k. poprzez niezasadne oddalenie wniosku dowodowego o zwrócenie się do ZK w P. o informację o zakresie kontaktów P. i M. R. w toku postępowania przygotowawczego,*
2. *art. 168a k.p.k. w zw. z art. 168b k.p.k. poprzez zaniechanie weryfikacji zgodności pozyskanych nagrań z kontroli operacyjnej z zakresem zgody na jej przeprowadzenie udzielonej przez sąd, mimo że pozostawianie pozyskanych nagrań w zakresie udzielonej zgody jest warunkiem ich dopuszczalności jako dowodu w rzetelnym procesie karnym,*

III. *art. 7 w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dowolną i fragmentaryczną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w zakresie:*

- a. *ustalenia realizacji znamienia strony podmiotowej czynu z art. 56 ust. 3 u.p.n.,*
- b. *dowolnego przyjęcia, że oskarżony uczestniczył w zorganizowanej grupie przestępczej bez ustalenia jej członków i struktury, a także stanu świadomości oskarżonego A. R. o istnieniu i celach grupy,*
- c. *zaniechaniu szczegółowej, skonkretyzowanej oceny poszczególnych dowodów i poprzestaniu na stwierdzeniu, że podstawą ustaleń są „dowody pisemne zebrane w aktach sprawy, w tym protokoły odtworzenia odtajnionych podsłuchów”,*

- d. uczynieniu podstawą ustaleń faktycznych protokołów odtworzenia materiałów pozyskanych w toku kontroli operacyjnych, a nie samych nagrań,*
- e. niezasadnym uznaniu zeznań (wyjaśnień) P. R. i M. R. za wiarygodne, z pominięciem wypracowanych w orzecznictwie kryteriów oceny dowodu z pomówienia,*
- f. niezasadnym uznaniu wyjaśnień A. R. za niewiarygodne,*
- g. pominięciu przy wymiarze kary zagadnienia uzależnienia oskarżonego A. R., co w konsekwencji doprowadziło do rażącej niewspółmierności kary,*

co miało istotny wpływ na treść orzeczenia, albowiem doprowadziło do przeniknięcia do orzeczenia sądu odwoławczego uchybień, jakim było dotknięte już orzeczenie Sądu pierwszej instancji, w postaci zbyt szerokiego zakreszenia podstawy dowodowej orzeczenia oraz niezasadnego przydania waloru wiarygodności zeznaniom (wyjaśnieniom) P. i M. R., a w konsekwencji - poczynienia nieprawidłowych ustaleń o sprawstwie oskarżonego A. R..”

Podnosząc ten zarzut obrońca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Katowicach.

Obrońca skazanego A. M. zarzucił wyrokowi:

„1. Rażące naruszenie przepisów postępowania mogące mieć wpływ na treść orzeczenia, a to:

- a. art. 156 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k., w zw. z art. 6 k.p.k. przez ich niezastosowanie, polegające na uznaniu w toku rozprawy apelacyjnej w dniu 20 kwietnia 2023 r., że wydawanie obrońcy płyty z nagraniem rozmów z kontroli operacyjnej „nie miało merytorycznego uzasadnienia”, podczas gdy norma art. 156 § 2 k.p.k. nie pozostawia miejsca na podejmowanie przez sąd uznaniowej decyzji odmownej w zakresie zawnioskowanego i opłaconego wydania kopii nośnika, co w konsekwencji doprowadziło do rażącego naruszenia prawa do obrony w zakresie prawa dostępu do akt i prawa sporządzania z nich kopii;*

b. art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. i art. 352 k.p.k., w zw. z art. 458 k.p.k., przez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu przez przewodniczących Sądów obu instancji baczenia, aby zostały wyjaśnione wszystkie istotne okoliczności sprawy, przy dodatkowym naruszeniu art. 169 § 2 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k., przez nieuwzględnienie jego treści, a także art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. przez jego błędne zastosowanie,

i. polegające na uznaniu, że wniosek dowodowy o zobowiązanie prokuratury do wskazania treści porozumień procesowych z P. R. i M. R. (ewentualnie zapadłych względem nich orzeczeń, choćby nieprawomocnych) zmierza w oczywisty sposób do przedłużenia postępowania odwoławczego,

podczas gdy analogiczny wniosek złożony był przed Sądem I instancji, a szczegółowa weryfikacja czynników motywacyjnych oddziałujących na „małego świadka koronnego” jest bezwzględnym obowiązkiem sądu, który chce oprzeć wyrok skazujący na zeznaniach takiego świadka;

ii. polegające na uznaniu, że wniosek dowodowy o przeprowadzenie oględzin telefonu zatrzymanego przy P. R. zmierza w oczywisty sposób do przedłużenia postępowania odwoławczego,

podczas gdy świadek ten wskazał na rozprawie przed Sądem I instancji w dniu 8 czerwca 2022 r. (str. 5 protokołu), że telefon zatrzymany przy nim jest telefonem, za pomocą którego kontaktował się z A. M. w 2018 r. (a wyżej wskazywana sesja 59 została nagrana w dniu 3 kwietnia 2018 r.), w konsekwencji czego telefon ten mógł zawierać dane jednoznacznie przesądzające o wiarygodności lub niewiarygodności P. R., a w konsekwencji o winie lub niewinności A. M.;

iii. polegające na uznaniu, że wniosek dowodowy o ponowne przesłuchanie świadek A. W. zmierza w sposób oczywisty do przedłużenia postępowania odwoławczego, podczas gdy stosunek zależności służbowej z A. M. („chlebodawstwa”, jak ujął to Sąd I instancji) był istotnym elementem uznania zeznań tej świadek za niewiarygodne, a stosunek ten ustał po złożeniu przez nią zeznań, ale przed złożeniem apelacji, w związku z czym dowód ten należało ponowić.

2. Rażąco naruszenie prawa materialnego, mające wpływ na treść orzeczenia, a to art. 70 ust. 1 u.p.n. przez jego wykładnię, nieuprawnioną, bo rozszerzającą na niekorzyść sprawcy i art. 44 § 4 k.k. przez jego niewłaściwe zastosowanie, w efekcie

czego utrzymano w mocy rozstrzygnięcie w przedmiocie przepadku równowartości środków zakupionych rzekomo przez skazanego, podczas gdy - jak sam Sąd odwoławczy przyznaje – A. M. nie osiągnął korzyści majątkowej z tytułu uczestniczenia w obrocie w formie zakupu środków, zaś wobec faktu, że art. 44 § 4 k.k. nie odwołuje się do art. 70 ust. 1 u.p.n., zaś art. 70 u.p.n. nie zawiera odpowiednika art. 44 § 4 k.k., nie jest dopuszczalne w aktualnym stanie prawnym orzeczenie przepadku równowartości środków, których nie ujawniono.”

We wniosku końcowym obrońca domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

W pisemnym stanowisku co do złożonych kasacji prokurator wniósł o ich oddaleniu jako oczywiście bezzasadnych, a to stanowisku poparł w trakcie rozprawy kasacyjnej prokurator Prokurator Krajowej. W trakcie rozprawy kasacyjnej obrońca skazanego A. R. sygnalizował istnienie bezwzględneho powodu odwoławczego wskazanego w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. z uwagi na orzekanie w składzie sądu odwoławczego SSA X.Y.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

1. Na wstępie trzeba odnieść się do sygnalizacji uchybienia kwalifikowanego jako bezwzględny powód odwoławczy z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Bez wątpienia podstawą normatywną wskazywanego przez obrońcę uchybienia jest uchwała trzech Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I4110-1/2020 (OSNK 2020, z. 2, poz. 7). Konkluzja tej uchwały była wynikiem rozważań czynionych także na gruncie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC) w kontekście konwencyjnego standardu rzetelnego procesu sądowego i jego elementu, jakim jest prawo do niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą (art. 6 ust. 1) oraz roli jaką w procesie wyłonienia i powoływania sędziów sprawuje Krajowa Rada Sądownictwa (dalej jako KRS), po noweli z dnia 8 grudnia 2017 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 3 - por. zwłaszcza pkt 15-20, 31-36, a także 38-42 uchwały). Jest również jasne, że stanowisko przedstawione w tej uchwale, to zastosowanie mechanizmu wskazanego w wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii (por. np. L. Garlicki, *Trybunał Strasburski a kryzys polskiego sądownictwa. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.12. 2020 r., Ástráðsson przeciwko*

Islandii, Przegląd Sądowy 2021, z. 4, s. 9-10; W. Hermeliński, B. Nita - Światłowska, *Orzeczenie sądowe wydane z udziałem sędziego powołanego wadliwie a naruszenie prawa do sądu gwarantowanego przez art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka; glosa do wyroku Wielkiej Izby Trybunału Praw Człowieka z 1 grudnia 2020 r., 26374/18, Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, EPS 2021, z. 5, s. 44-45; np. postanowienie SN z dnia 27 lutego 2023 r., II KB 10/22, OSNK 2023, z. 5-6, poz. 28). W kwestii "niezawisłości" sędziego w tym orzeczeniu wskazuje się zasadnie, że istotna jest ocena nie tylko stanu umysłu, który wskazuje na odporność sędziego na zewnętrzną presję, ale również **zestaw instytucjonalnych ustaleń obejmujących tryb powoływania sędziów w sposób zapewniający ich niezawisłość**. To właśnie w tym ostatnim aspekcie istotną rolę sprawuje KRS, ale tylko wtedy, gdy jest organem niezależnym od władzy wykonawczej i będącym rzeczywistym reprezentantem środowiska sędziowskiego. Obecna KRS tego warunku nie spełnia i aby nie powtarzać elementów, które tego dowodzą, można odesłać do uzasadnienia niektórych orzeczeń (por. uzasadnienie uchwały trzech Izb SN z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I4110-1/2020; wyrok SN z dnia 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18; wyrok SN z dnia 17 maja 2023 r., V KK 17/23; uchwała SN z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22). Wracając na grunt normatywny przypomnieć trzeba, że to w odniesieniu do potrzeby dokonania ustaleń, czy miało miejsce naruszenie art. 6 ust. 1 EKPC w tym elemencie, Trybunał wypracował trzystopniowy test, który został przyjęty w uchwale trzech Izb Sądu Najwyższego, a stanowisko zawarte w uchwale trzech Izb znalazło także potwierdzenie w orzecznictwie ETPC wydanym już po dacie wydania uchwały. To przecież na gruncie art. 6 ust. 1 EKPC Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie Reczkowicz przeciwko Polsce (skarga nr 43447/19) podkreślił, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r. w sprawie U 2/20 - którym "unieważniono" uchwałę trzech Izb SN - nie jest rzetelny w zakresie badania standardu art. 6 ust. 1 EKPC. ETPC w swoim wyroku stwierdził, że Trybunał Konstytucyjny koncentrował się jedynie na ochronie konstytucyjnej prerogatywy Prezydenta, pominął kwestie istotne (kwestia statusu Krajowej Rady Sądownictwa jako organu niezależnego), a powstrzymał się od jakiegokolwiek sensownej analizy uchwały Sądu Najwyższego w kontekście zasady podziału władzy. Zakwestionował także jako zupełnie bezzasadne nawiązywanie

przez Trybunał Konstytucyjny w kontekście rzekomego standardu z art. 6 ust. 1 EKPC, do wyłączenia uprawnień "innych sędziów" do oceny "prawa sędziego do orzekania" lub weryfikacji procedury poprzedzającej powołanie przez Prezydenta, wskazując, że "nie widzi w swoim orzecznictwie żadnej możliwej podstawy do takiego wniosku" (pkt 261-262 wyroku). W efekcie ocenę Trybunału Konstytucyjnego w kategoriach standardu art. 6 ust. 1 konwencji uznał za arbitralną i nie mającą żadnego znaczenia co do tego, czy doszło do naruszenia prawa (pkt 262). Natomiast uchwałę trzech Izb z dnia 23 stycznia 2020 r. ocenił jako przekonującą, z mocną argumentacją, w której wnioski wyciągnięto po dogłębnej i starannej ocenie prawa polskiego z perspektywy podstawowych standardów konwencji (pkt 261). Wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie U 2/20 został oceniony jako naruszający praworządność i niezawisłość sądownictwa (pkt. 263). Mieć na uwadze trzeba, że to Trybunał Strasburski ma monopol jurysdykcyjny w zakresie interpretacji i stosowania konwencji (art. 19 i art. 32 Konwencji) i jego orzecznictwo nadaje ostateczny kształt normatywny postanowieniom Konwencji, doprecyzowując znaczenie i zakres gwarantowanych w niej praw i wolności, w tym prawa do rzetelnego procesu, co oznacza w konsekwencji, iż w zakresie interpretacji i stosowania konwencji sądy krajowe są związane interpretacją dokonaną przez ETPC (I. Kondak (w:) L. Garlicki (red.) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, Warszawa 2011, t. 2, s. 100 i nast.). Uwagi te czynione zostały dlatego, by wskazać, że dla Sądu Najwyższego uchwała trzech Izb SN dalej stanowi prawnie wiążące orzeczenie, co w połączeniu z tezami zawartymi w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22 (ONK 2022, z. 6, poz. 22), w tym tezie co do tego, że brak złożonego w oparciu o art. 41 k.p.k. wniosku strony nie zamyka drogi do badania tej kwestii przez sąd z urzędu, stanowi wymóg odniesienia się do podniesionego w trakcie rozprawy kasacyjnej zarzutu braku bezstronności i niezależności sędziego X.Y.. Przypomnieć trzeba także, że w odniesieniu do sędziów sądów powszechnych uchwała trzech Izb nie ma automatycznego skutku w postaci przyjęcia zaistnienia uchybienia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. w odniesieniu do tego sędziego, który uzyskał awans na skutek wniosku KRS, której kształt ustalony został nowelą z dnia 8 grudnia 2017 r. Muszą dodatkowo zaistnieć inne okoliczności, które w połączeniu z tym faktem, tj. awansem uzyskanym

na skutek wniosku organu, który nie jest tym organem, o którym mowa w art. 179 Konstytucji (por. uchwała z dnia 2 czerwca 2022 r., I KZP 2/22), dadzą podstawę do stwierdzenia, że w ujęciu obiektywnym nie jest spełniony warunek niezależności i bezstronności sędziego. obrońca takich okoliczności nie przedstawił w ogóle, nie zadbał nawet o analizę treści uchwały KRS nr [...], która jest publicznie dostępna. Sąd Najwyższy chce podkreślić, że obowiązek kontroli wskazanej powyżej okoliczności z urzędu jest oparty w pierwszej kolejności na informacjach dostępnych w publicznej domenie wiadomości medialnych. To one dają pierwszy sygnał co do tego, czy poza przejściem przez wadliwy konstytucyjnie proces nominacyjny w udziałem KRS istnieją informacje medialne dotyczące takich związków sędziego z władzą wykonawczą, który mogą wskazywać na rzeczywisty powód awansu (na te okoliczność zwracał uwagę SN w wyroku z dnia 26 lipca 2022 r., III KK 404/21). W tej przestrzeni skarżący takich elementów nie wykazał, a także Sąd Najwyższy ich nie dostrzegł. W drugiej kolejności odnotować należy, że w toku licznych już postępowań testowych prowadzonych w Izbie Karnej Sądu Najwyższego nie odnotowano, aby wynikiem przeprowadzonego postępowania testowego było stwierdzenie, iż sędzia X.Y. orzekając w konkretnej sprawie nie był sędzią bezstronnym i niezależnym w odbiorze zewnętrznym, choć takiego testu nie przeszło już około 20 sędziów sądów powszechnych. W dalszej kolejności poddano ocenie także widoczne w przestrzeni publicznej (strona internetowa Sejmu), czy sędzia ten udzielił poparcia sędziom kandydującym do KRS w trybie wskazanym w noweli z dnia 8 grudnia 2017 r. Analiza tych danych nie wskazuje, aby takiego poparcia sędzia ten udzielił. W tym obszarze dostępna informacja o sprawowaniu funkcji zastępcy Rzecznika Dyscyplinarnego przy Sądzie Okręgowym w Bielsku-Białej w roku 2018, a więc roku, w którym ubiegał się o nominację nie może przesłaniać faktu, iż funkcję tę sprawował już wcześniej, tj. od 2010 r. (treść uchwały KRS znajdującej się w aktach SN). Z uchwały KRS wynika, że sędzia ten przechodził po kolei wszystkie szczeble awansowe (w ostatnich 6 latach niektórzy sędziowie w ciągu 2-3 lat awansowali z sądów rejonowych do sądów apelacyjnych – uw. SN) i był już w 2010 r. delegowany do pełnienia obowiązków sędziego w Sądzie Apelacyjnym w Katowicach (tzw. delegacje prezesowskie). Odnotować trzeba, że w opinii wizytatora odnotowano pozytywną ocenę pracy orzeczniczej ze wskazanymi mankamentami

zwłaszcza w terminowości uzasadnień (ogólna ocena sędziego – spełnia wymogi niezbędne do powołania na stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego), zaś w czasie obrad Zgromadzenia Przedstawicieli Sędziów Sądów Apelacji Katowickiej w dniu 27 września 2018 r. miał on 26 głosów „za” przy 40 głosach „przeciwko” i 18 „wstrzymujących się” (drugi najgorszy wynik w głosowaniu na 15 poddanych ocenie), ale nie zmienia to faktu, iż obecnie – na potrzeby tego postępowania kasacyjnego – wybór KRS dokonany z tego grona kandydujących sędziów (sędziów znaczenie lepiej ocenianych przez członków Zgromadzenia) nie może być wiązany z powiązaniami tego sędziego z władzą wykonawczą. Można oczywiście wyrażać zdziwienie, że sędzia z niskim poparciem środowiskowym, o jednak przeciętnej opinii (w zakresie oceny tego samego wizytatora) jest wybierany przez KRS, to wszakże w kontekście większego doświadczenia orzeczniczego i dłuższego stażu w sądownictwie od innych kandydatów, ten wybór – przy braku innych informacji – nie może sam w sobie dowodzić związków z władzą wykonawczą albo z członkami KRS, którzy w większości byli powiązani z Ministerstwem Sprawiedliwości. Te wszystkie okoliczności nie dają obecnie – w tym postępowaniu kasacyjnym – podstaw do negatywnego zweryfikowania bezstronności tego sędziego oraz braku niezależności, co czyniłoby zasadne uchylenie wyroku w oparciu o przepis art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Dodać trzeba, że ocena ta może ulec zmianie, jeśli w płaszczyźnie faktycznej ujawnią się informacje nie znane Sądowi Najwyższemu w tym postępowaniu. Po tych uwagach trzeba przejść do zarzutów kasacji.

2. Ustosunkowując się do zarzutów kasacji trzeba stwierdzić, że zasadne okazały się zarzuty w pkt II i III kasacji obrońcy skazanego A. R. oraz zarzuty wskazane w pkt 1 a i 2 kasacji obrońcy skazanego A. M. Już zasadność tych zarzutów (pomijając zarzut z pkt 2 kasacji obrońcy A. M.) musiała skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym (art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.). Rację trzeba przyznać skarżącemu obrońcy skazanego A. R., że kontrola odwoławcza dokonana przez sąd drugiej instancji w sposób rażąco naruszyła wskazane w kasacji przepisy, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w obszarze, w jakim kontrola ta winna realizowana w odniesieniu do stawianych w apelacji adw. H. K. zarzutów braku weryfikacji legalności materiału dowodowego uzyskanego z kontroli operacyjnej (zarzut II), a

także dokonanej oceny dowodów (zarzut III b, c, e) oraz zarzutu z pkt 1, 2 apelacji drugiego obrońcy – adw. R. B. Podobnie zasadna jest kasacja obrońcy skazanego A. M., gdy wskazuje w zarzucie w pkt 1a na rażące naruszenie prawa do obrony w związku z brakiem udostępnienia w trakcie rozprawy apelacyjnej kopii nagrania nośnika, na którym zarejestrowano kluczową rozmowę ujawnioną w trakcie kontroli operacyjnej. Na wstępie stwierdzić trzeba, że sąd odwoławczy w ogóle nie dokonał kontroli zarzutu apelacyjnego, w którym skarżący kwestionował legalność dowodów wprowadzonych do procesu, a pochodzących z kontroli operacyjnej. Przypomnieć trzeba rzecz kluczową. Skoro sąd pierwszej instancji opierał się na rozmowach z podsłuchów realizowanych w toku kontroli operacyjnej i ten materiał stanowił podstawę pozytywnej weryfikacji wiarygodności najważniejszych dowodów, tj. depozycji braci R. (por. uzasadnienie wyroku sądu pierwszej instancji), to obowiązkiem tego sądu było wskazanie podstawy procesowej wprowadzenia tych podsłuchów, jako legalnego materiału dowodowego. Z uzasadnienia wyroku nie wynika wcale jakie normy procesowe stały się podstawą uznania, że dowody te są legalne (uzyskane w zgodzie z prawem). W tym układzie obrońca mógł w apelacji podnieść zarzut zmierzający do weryfikacji istnienia takiej podstawy procesowej, i nie można czynić mu zarzutu, że był zobligowany takie zarzuty stawiać już w czasie postępowania przed sądem *meriti*; w tym zakresie taka taktyka procesowa nie jest zabroniona, a rzeczą sądu pierwszej instancji jest dokonywanie z urzędu oceny legalności tych dowodów, bo tylko na takich dowodach można opierać podstawę ustaleń faktycznych. W kontekście tego oczywistego stwierdzenia jako głęboko niezrozumiałe jawi się stanowisko sądu *ad quem* zawarte na str. 8 uzasadnienia wyroku. Otóż sąd ten zarzucił skarżącemu, że ten nie podnosił tego zarzutu w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, a następnie uznał, iż stawianie tego zarzutu obecnie jest co najmniej dziwne. Podkreślono również, że skarżący nie wykazał, aby wykorzystano materiały poza zakresem uzyskanej zgody, a takiego naruszenia się sąd odwoławczy nie dopatrzył. Na wstępie trzeba stwierdzić, że trudno by się sąd drugiej instancji dopatrzył przekroczenia granicy zgody na podsłuch, skoro nie miał w dyspozycji materiałów niejawnych (notatka w aktach sprawy kasacyjnej). Ponadto, w aktach sprawy widnieją protokoły oględzin materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej stosowanych wobec różnych

osób, ale nie wobec obu oskarżonych w tej sprawie, czyli A. R. oraz A. M. (por. materiały z kontroli operacyjnej wobec P. R.– kryptonim „[...]” [np. k. 2323-2329] i „[...]” [np. k. 2336-2364], „[...]” [np. k. 2372-2396], „[...]” [np. k. 2735-2746]; materiały z kontroli operacyjnej stosowanej wobec: R. M.– kryptonim „[...]” [k. 867-872]; K. K.– kryptonim „[...]” [k. 879-884]; W. S.– kryptonim „[...]” [k. 1163-1178]). Oczywiście w tym kontekście jawiło się więc pytanie, jaką podstawę prawną należałoby przyjąć do legalizacji treści dokonanych podsłuchów w ramach kontroli operacyjnych prowadzonych wobec innych osób niż oskarżeni R. i M.? W momencie realizacji tych podsłuchów (rok 2018) w ustawie o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r. (tj. Dz.U. z 2024 r., poz. 145 – dalej ustawa o Policji) uchylono już wprawdzie przepisy art. 19 ust. 15 c-e (uchylone z dniem 15 kwietnia 2016 r. – art. 4 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw- Dz.U. z 2016 r., poz. 437), ale dalej w orzecznictwie sądowym – już na kanwie art. 168 b k.p.k. – wymagano aby na etapie postępowania jurysdykcyjnego wyłącznie sąd mógł podjąć decyzję o dopuszczeniu dowodu, jeśli ten wykraczał poza zgodę pierwotną (por. uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18, OSNKW 2018, z. 8, poz. 53). Wskazywano bowiem w tej uchwale: *„Gdyby zatem doszło do sytuacji, w której prokurator postąpiłby w tym zakresie niezgodnie z kodeksem postępowania karnego, Konstytucją RP czy ustawą o Policji, złożony przez niego wniosek i tak podlega kontroli sądu, który ma decydujące zdanie w kwestii dopuszczenia dowodu (art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k.). **Kontrola ta obejmuje też wszystkie ustawowe przesłanki stosowania kontroli operacyjnej, co z istoty swej stanowi pewną formę zgody następczej.**”* Uchwała ta spotkała się z krytyką w piśmiennictwie prawniczym, a istotą tej krytyki był pogląd o niedopuszczalności stosowania art. 168b k.p.k. do „legalizacji” dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa; stwierdzono, że konieczne jest stosowanie metody wykładni normy wyrażonej w art. 168b k.p.k., która pozwala na uzyskanie wyniku zgodnego z konstytucją i normami prawa międzynarodowego (por. J. Skorupka, *Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały SN z dnia 28 czerwca 2018 r., I KZP 4/18*, OSP 2019, z. 1, s. 72-79). Autor tej glosy stanowczo stwierdził, że: *„jeżeli w toku podsłuchu przedprocesowego uzyskano informacje dotyczące popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż*

katalogowe albo przestępstwa katalogowego popełnionego przez inną osobę niż objęta prawidłowo zarządzoną kontrolą operacyjną, to takie informacje nie mogą być wprowadzone do procesu karnego, gdyż przepis art. 19 ustawy o Policji, w wersji ustalonej przez obecną władzę, nie przewiduje możliwości zalegalizowania wymienionych informacji w trybie tzw. następczej zgody sądu.” Już przedstawienie tylko tych okoliczności, związanych z prawnymi ocenami co do reguł i warunków zastosowania art. 168b k.p.k. oraz roli orzekającego w sprawie sądu, winno uzmysłwić sądowi odwoławczemu, że zarzut apelacji w tym zakresie wymaga rzetelnej odpowiedzi i nie jest on bezprzedmiotowy – tak jakby to wynikało z uzasadnienia sądu drugiej instancji. Zważywszy na to jakie znaczenie miały dowody uzyskane w drodze stosowania kontroli operacyjnej (weryfikacja prawdziwości kluczowych depozycji braci R.) jasne jest, że już tylko to rażące naruszenie przepisu art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. musiało skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania. Sąd odwoławczy dopuścił się także takiego samego rodzaju uchybienia w zakresie pozostałych zarzutów apelacji obrońców oskarżonego A. R.. Uzasadnienie wyroku w zakresie postawionych zarzutów razi ogólnikowością, brakiem konkretnych odpowiedzi na postawione zarzuty, w tym szczególnie, w zakresie udziału w grupie przestępczej oraz brakiem wyjaśnienia kwestii potencjalnego współsprawstwa, a także zarzutu co do braku świadomości udziału w grupie przestępczej (str. 8 lit. b), a ponadto, wyszczególnienia dowodów (str. 8 c), czy też niewiarygodności zeznań braci R. (str. 9 lit. e). Uchybienia tego nie konwalidują rozważania odnoszące się do drugiej apelacji (apelacji adw. R. B.), a zawarte na str. 9-10 uzasadnienia. Także w tej części uzasadnienie to ogólnikowe stwierdzenia nie odnoszące się do argumentów wskazanych w apelacji. Oczywiście wadliwe było również stanowisko odnoszące się do celowości zastosowania art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii – w miejsce przepisu art. 44 § 2 k.k. (str. 11 uzasadnienia wyroku). Uwagi w zakresie tego rażącego naruszenia prawa materialnego poczynione zostaną w dalszej części uzasadnienia, albowiem uchybienie to zostało zawarte w kasacji drugiego ze skazanych.

Odnosząc się do kasacji wniesionej na korzyść skazanego A. M., to stwierdzić trzeba, że sąd odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia prawa do obrony oskarżonego

(art. 6 k.p.k. w zw. z art. 156 § 2 k.p.k. w zw. z art. 393 § 3 k.p.k.), które to uchybienie w konsekwencji mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku. Obrońca A. M. nie mógł uzyskać na etapie postępowania przed sądem pierwszej instancji kopii płyty (k. 2817), na której nagrano istotną rozmowę (zapis nr 59), którą odtworzono na rozprawie głównej w dniu 8 czerwca 2022 r. (k. 4543 i nast.) i wówczas uzyskano stanowisko P. R. co do fragmentu dotyczącego jazdy do B.. Z zeznań P. R., że powiedział wówczas (na nagraniu), że „jadę ze [...] do B.. Ta rozmowa dotyczyła A. M.” (k. 4543 i nast.). M. R. początkowo także nie miał wątpliwości, że w nagraniu jest zwrot „ze [...] do B.” (k. 3105-3107), by już na rozprawie nie mieć w tym zakresie pewności (k. 4548 – „nie załapałem tego fragmentu przed słowami P., że jedzie do B.”). Omówienie tych nagrań przez sąd pierwszej instancji dowodzi, że stanowiły one weryfikację wiarygodności zeznań obu braci. Obrońca chciał, w oparciu o kopię tego nagrania, uzyskać prywatną opinie fonoskopijną w celu ustalenia, czy na nagraniu jest zwrot „ze [...]” czy „do [...]”, co miałoby istotne znaczenie dla ustalenia, czy mowa była o oskarżonym M. jako „B.”. Z tego powodu wniosek o udostępnienie tej kopii powtórzył w toku postępowania odwoławczego. W trakcie rozprawy odwoławczej wniosek ten ponownie oddalono z uzasadnieniem, że „płyta ta stanowi dowód w sprawie i jej wydawanie obrońcy nie miało merytorycznego uzasadnienia skoro Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu 7 lipca 2022 r. uznał za zbędne dopuszczenie dowodu z opinii z zakresu fonoskopii co do tej płyty” (rozprawa w dniu 20 kwietnia 2023 r. - k. 5067v; uzasadnienie wyroku str. 4-5). Tym samym obrońca został pozbawiony możliwości jakiegokolwiek zweryfikowania, także np. w drodze prywatnej opinii fonoskopijnej, zapisu nagrania, które to nagranie miało istotne znaczenie, a którego treść sąd pierwszej instancji ustalił tylko w oparciu o zeznania tej osoby, która konsekwentnie i tak twierdziła, że A. M. to „B.”. Po odmowie dopuszczenia przez sąd dowodu z opinii fonoskopijnej obrońca miał prawo – w oparciu o art. 156 § 2 k.p.k. – uzyskać kopię nośnika (płyty CD), po uiszczeniu oczywiście stosownej opłaty (por. § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 września 2015 r. w sprawie wysokości opłaty za wydanie kopii dokumentów oraz uwierzytelnionych odpisów z akt sprawy- Dz.U. z 2015 r., poz. 1566). Nie tylko, więc odmówiono dopuszczenia dowodu w ramach toczącego się procesu, ale i bezprawnie odmówiono na etapie postępowania odwoławczego udostępnienia **kopii nośnika**, na którym zapisano

istotne dla obrony oskarżonego dane; dane te mogły zostać wykorzystane przez obrońcę w ramach postępowania karnego – chociażby w kontekście dopuszczenia prywatnej opinii (por. art. 393 § 3 k.p.k.) i próby podważenia wiarygodności zeznań braci R.. Na zakończenie podnieść trzeba, że w uzasadnieniu wyroku sąd drugiej instancji stwierdził, iż na nagraniu zapisano słowa „jadę do [...] do B.” (str. 4 uzasadnienia), a zatem odmiennie niż ustalił to sąd pierwszej instancji.

W kontekście powyżej wskazanych rażących uchybień, których konsekwencją musiało być uchylene zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, już tylko na zakończenie odnieść się trzeba do zarzutu w pkt 2 kasacji obrońcy skazanego A. M.

Ma rację skarżący, że sąd odwoławczy dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 70 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (dalej u.p.n.), przyjmując w pkt 30 swojego wyroku, iż ten właśnie przepis u.p.n. stanowi przepadek równowartości zakupionych przez A. M. środków odurzających w kwocie 142.000 zł. W wyroku sądu pierwszej instancji przepadek równowartości orzeczono w oparciu o art. 44 § 2 k.k. (pkt 4 i 30 wyroku), a takie rozstrzygnięcie zostało wydane w oparciu o aprobatę poglądu przedstawionego w postanowieniu Sądu Najwyższego wydanego w sprawie I KZP 12/10. Sąd pierwszej instancji przyjął bowiem, że w oparciu o przepis art. 44 § 2 k.k. trzeba orzec przepadek równowartości środków odurzających jeżeli nie można ustalić aby sprawca uzyskał korzyść z ich sprzedaży, a z powodu braku fizycznego tych środków nie można orzec ich przepadku. Rzecz jednak w tym, że z przywołanego postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2010 r., I KZP 12/10, OSNKW 2010, z. 9, poz. 78, wynika wyraźnie, iż w sytuacji, gdy nie można orzec przepadku narkotyków z powodu ich braku (zniszczenia, ukrycia) na podstawie art. 44 § 1 i 2 k.k., to ma zastosowanie przepadek zastępczy z art. 44 § 4 k.k. (przedostatni akapit uzasadnienia; pominięty zupełnie przez sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu wyroku w miejscu, w jakim orzeczenie to cytowano wprost). Już tylko dodać należy w tym miejscu, że orzeczenie przepadku równowartości w oparciu o art. 44 § 2 k.k. jest tym bardziej niezrozumiałe w kontekście przytaczanego poglądu prawnego w sprawie I KZP 12/10 co do zakresu orzekania na podstawie art. 45 § 1 k.k., gdy dostrzec, że w uzasadnieniu wyroku (formularz 3.1 do punktów 2, 6 i in.)

ustalono na podstawie zasad logiki i doświadczenia życiowego, iż narkotyki te zostały zbyte dalszemu dealerowi, a nie konsumentom (k. 4832v-4833).

Na skutek wniesionej przez obrońcę A. R. apelacji sąd odwoławczy dokonał zmiany w zakresie podstawy prawnej orzeczonego przepadku równowartości zakupionych środków odurzających w pkt 4 i 30 wyroku, przyjmując, że taką prawidłową podstawą jest art. 70 ust. 1 u.p.n. Tymczasem utrwalony jest przecież pogląd, że przepis art. 70 ust. 1 u.p.n. stanowi *lex specialis* tylko do uregulowań przepadku przedmiotów przestępstwa i narzędzi służących do jego popełnienia określonych w art. 44 § 1 i 2 k.k., a zatem, jeżeli nie jest fizycznie możliwe orzeczenie przepadku przedmiotu przestępstwa związanego z obrotem substancjami psychotropowymi w oparciu o art. 70 ust. 1 u.p.n., to w przypadku wcześniejszego zbycia lub jego utraty, podstawą orzeczenia przepadku jego równowartości jest przepis art. 44 § 4 k.k. (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 2 września 2004 r., II AKa 199/04; postanowienie SN z dnia 21 lutego 2002 r., III KKN 281/99; M. Kulik [w:] M. Mozgawa [red.] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 705-707, tezy 3 oraz 8; B. Kurzępa [w:] W. Kotowski, B. Kurzępa, A. Ważny, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Lex/el.2022, teza 10 do art. 70). Ma więc skarżący rację, że orzeczenie przepadku równowartości środków odurzających na podstawie art. 70 ust. 1 u.p.n. stanowiło o rażącym naruszeniu prawa, a pogląd prawny wskazujący na prawidłowość zastosowania tego przepisu (str. 11 uzasadnienia) jest z przyczyn wskazanych powyżej zupełnie wadliwy.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy sąd odwoławczy w sposób rzetelny i wnikliwy rozpozna apelacje obu oskarżonych, a po wpłynięciu akt do tego sądu winien wydać dyspozycje udostępnienia wreszcie obrońcy A. M. kopii płyty CD.

Tomasz Artymiuk Jarosław Matras Dariusz Kala

[PGW]

[a!]