



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 października 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Adam Roch (przewodniczący)
SSN Paweł Kołodziejcki (uzasadnienie)
SSN Marek Motuk (sprawozdawca)

Protokolant Katarzyna Wępa

przy udziale prokuratora del. do Prokuratury Krajowej Krzysztofa Urgacza
w sprawie **T. K.**

skazanego z art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i
in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 11 października 2023 r.,
kasacji, wniesionej przez obrońcę
od wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi
z dnia 10 listopada 2022 r., sygn. akt II AKa 81/22
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w Sieradzu
z dnia 4 stycznia 2019 r., sygn. akt II K 53/17,

**I. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu w Łodzi do ponownego rozpoznania w
postępowaniu odwoławczym;**

**II. orzeka zwrot T. K. uiszczonej przez niego opłaty sądowej w
kwocie 750 zł (siedemset pięćdziesiąt złotych).**

[PŁ]

UZASADNIENIE

T. K. został oskarżony o to, że:

- w bliżej nieustalonym okresie 2014 r. w Ł., woj. [...], działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, uprawiał konopie inne niż włókniste, przy czym uprawy te dostarczyły znacznej ilości ziela konopi innych niż włókniste, a następnie po ścięciu roślin wysuszył je wytwarzając znaczną ilość środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste – marihuany w ilości co najmniej 2.000 gram suszu, który w znacznych ilościach wprowadzał do obrotu przekazując M. D. w cenie co najmniej 18.000 zł, celem dalszej hurtowej sprzedaży,

tj. o czyn art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 63 ust 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. (czyn XII);

- w bliżej nieustalonym dniu 2014 r. w Ł., woj. [...], wbrew przepisom ustawy tj. art. 33-35, art. 37 i art. 40, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, uczestniczył w obrocie znacznych ilości środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste – marihuany w ilości nie mniej niż 400 gram, które wcześniej nabył od M. D. w cenie po co najmniej 26 zł za gram i przekazał innej nieustalonej osobie,

tj. o czyn art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (czyn XIII).

Wyrokiem z dnia 4 stycznia 2019 r., sygn. akt II K 53/17 Sąd Okręgowy w Sieradzu uznał oskarżonego T. K. w ramach zarzucanych mu czynów za winnego tego, że w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2014 r. w Ł., okręgu [...], działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uczestniczył w obrocie znacznymi ilościami środka odurzającego w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste, tj.:

- okresie od 21 czerwca do 23 września 2014 r. 2.000 g, które zbył za kwotę 18.000 zł M. D.,

- 400 g, które nabył od M. D. w cenie po nie mniej niż 26 zł za gram i zbył innej nieustalonej osobie,

to jest za winnego dokonania czynu wyczerpującego dyspozycję art. 56 ust. 3 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1030 ze zm.) w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1030 ze zm.) wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności oraz 200 stawek dziennych grzywny ustalając wartość stawki na kwotę 40 zł (pkt 3a). Jednocześnie orzekł na podstawie art. 45 § 1 k.k. wobec tego oskarżonego, w związku z rozstrzygnięciem z pkt 1a, przepadek kwoty 18.000 zł tytułem równowartości osiągniętej korzyści majątkowej (pkt 3b), zaliczył mu na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet wykonania orzeczonej w pkt 3a kary pozbawienia wolności okres tymczasowego aresztowania od 12 grudnia 2017 r. godz. 13.40 do 20 grudnia 2017 r. godz. 14.15 przyjmując, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się jednemu dniowi kary pozbawienia wolności (pkt 3c), a także zasądził od niego na rzecz Skarbu Państwa 2.200 zł tytułem opłaty oraz kwotę 70 zł tytułem zwrotu wydatków związanych z postępowaniem (pkt 4b).

Z orzeczeniem tym nie zgodził się zarówno prokurator, jak i obrońca oskarżonego. Oskarżyciel publiczny zaskarżył powyższy wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego T. K. i w zakresie jego dotyczącym podniósł zarzuty:

1. błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, który miał wpływ na jego treść, a polegającego na niezasadnym uznaniu, że nie sposób przypisać oskarżonemu T. K. odpowiedzialności za zachowania wyczerpujące znamiona czynów z art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz z art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w konsekwencji zmianę opisu czynu poprzez wyeliminowanie tych zachowań z opisu zarzutu nr XII aktu oskarżenia i jego kwalifikacji prawnej, co skutkowało wymierzeniem niższej kary, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy w postaci zeznań świadka M. D. i treści rozmów telefonicznych, oceniany zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, powinien prowadzić do skazania oskarżonego za te elementy jego przestępczego zachowania;
2. naruszenia przepisów prawa materialnego w postaci art. 45 § 1 k.k., poprzez jego niezasadne niezastosowanie wobec T. K. za czyn opisany w pkt 3a tiret 2 wyroku w przypadku, gdy zastosowanie tego środka jest obligatoryjne, na co

wskazuje również sama treść wyroku w postaci uznania przez sąd zbycia ziela konopi nieustalonej osobie, jak i działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, co zostało ustalone na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym zeznań M.D.;

3. naruszenia przepisów prawa procesowego w postaci art. 413 § 1 pkt 5 k.p.k., mającego wpływ na treść wyroku, poprzez błędne odwołanie w pkt 3b wyroku do pkt 1a wyroku w zakresie przepadku kwoty równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa przez T. K., podczas gdy pkt 1a wyroku dotyczy oskarżonego R. S., co czyni rozstrzygnięcie w tym zakresie niekompatybilnym z pozostałą częścią wyroku.

W konsekwencji wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w odniesieniu do oskarżonego T. K. poprzez przypisanie mu czynów zgodnych z opisem wskazanym w akcie oskarżenia (czyny XII i XIII) i wymierzenie:

- za czyn nr XII aktu oskarżenia kary: 3 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności, grzywny 200 stawek dziennych przy określeniu wysokości jednej stawki na kwotę 40 zł oraz przepadku równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w kwocie 18.000 zł;
- za czyn nr XIII aktu oskarżenia kary: 2 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności, grzywny 150 stawek dziennych przyjmując wysokości jednej stawki na kwotę 40 zł oraz przepadku równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w kwocie 10.400 zł;
- kary łącznej: 4 lat pozbawienia wolności i grzywny 250 stawek dziennych przyjmując wysokości jednej stawki na kwotę 40 zł.

Z kolei obrońca T. K. zaskarżył wyrok sądu pierwszej instancji w całości w odniesieniu do tego oskarżonego, zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a polegała na:

1. naruszeniu art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, poprzez przyznanie waloru dowodu obciążającego oskarżonego w sprawie i czynienie w tym zakresie ustaleń faktycznych niekorzystnych dla oskarżonego, na podstawie materiałów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej, mimo braku ustalenia czy działania te były zgodne z

prawem czy też podjęto je z naruszeniem przepisów prawa, nie wyjaśnienia w istocie, na jakiej podstawie była kontrola operacyjna prowadzona, które z przepisów miały zastosowanie, a co za tym idzie naruszenie zasady rzetelności postępowania karnego i sprawiedliwości proceduralnej, poprzez uznanie przedmiotowego dowodu za pełnowartościowy i dowodzący winy oskarżonego w wyniku nieprzekonującej argumentacji;

2. naruszenie art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. poprzez brak wskazania w uzasadnieniu wyroku ustaleń faktycznych w zakresie legalności działań podjętych w niniejszej sprawie a zakresie rozmów telefonicznych zabezpieczonych w ramach kontroli operacyjnej w szczególności rozmowy M. D. z R. S. w dniu 2 września 2014 r., a dotyczącej nabycia marihuany rzekomo od T. K., a także rozmowy telefonicznej z dnia 1 września 2014 r. pomiędzy T. K. a M. D.;

3. naruszenie art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., polegające na:

1. wybiórczej oraz całkowicie dowolnej analizie zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego, w szczególności zaś zeznań świadka koronnego M. D. (wcześniej status współpodejrzanego), które mając charakter pomówień winny być traktowane ze szczególną ostrożnością, albowiem:

1. informacje uzyskane przez M. D. są negowane przez oskarżonego T. K., nie są potwierdzone innymi dowodami, pochodzą od osoby zainteresowanej obciążeniem pomówionego, nie są spontaniczne (M. D. przy zeznaniach na rozprawie korzystał ze skryptu sporządzonego przez swoją konkubinę, a ponadto był w konflikcie z oskarżonym), a sam M. D. uzyskał status świadka koronnego,

2. wybiórczej ocenie dowodów w szczególności braku odniesienia się do faktu, iż świadek M. B. (której zeznania sąd w całości uznał za wiarygodne) zeznała, iż M.D. oraz oskarżony pokłócili się (protokół z rozprawy z dnia 12 kwietnia 2018 r.) a w konsekwencji nie wzięciu pod uwagę powyższego faktu, który przemawia za oceną zeznań M. D. jako tym bardziej mających charakter pomówienia,

3. wybiórczej ocenie dowodów w szczególności braku odniesienia się do faktu, iż M. D. i oskarżony pozostawali w konflikcie – co wynika z przeprowadzonej kontroli operacyjnej – m.in. rozmów telefonicznych w dniu 17 października 2014 r. oraz 26 listopada 2014 r. a w konsekwencji nie wzięciu pod uwagę powyższego faktu, który

przemawia za oceną zeznań M. D. jako tym bardziej mających charakter pomówienia,

4. bezzasadnym odmówieniu wiarygodności wyjaśnieniu oskarżonego T. K., w którym oskarżony wyjaśnia (protokół przesłuchania z dnia 20 grudnia 2012 r.), iż rozmowa telefoniczna z M. D. przeprowadzona w ramach kontroli operacyjnej w dniu 1 września 2014 r. dotyczy pożyczki jakiej oskarżony udzielił ww. świadkowi w konsekwencji brak jest jakichkolwiek dowodów na udział w przestępczym procederze T. K.,

5. nierozstrzygnięciu niedających się usunąć wątpliwości na korzyść oskarżonego, albowiem brak jest dowodów na sprawstwo oskarżonego,

6. nie odniesieniu się do całości materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, co w konsekwencji doprowadziło do poczynienia ustaleń faktycznych niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy z naruszeniem zasady prawdy materialnej;

7. naruszenie art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., polegające na wybiórczej oraz całkowicie dowolnej analizie zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego, w szczególności zaś zeznań świadka M. D., które zostały uznane przez sąd za wiarygodne w całości co do przypisanych T. K. czynów;

8. naruszenie art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., polegające na wybiórczej, sprzecznej i całkowicie dowolnej analizie zeznań świadka M. D., polegająca na przyjęciu z jednej strony, iż zeznanie świadka z rozprawy nie może być podstawą uznania za dowód wiarygodny – nie miały wiele wspólnego z odtwarzaniem rzeczywistych zdarzeń będących przedmiotem zarzutów (świadek przyznał, iż bezpośrednio przed przesłuchaniem zapoznał się dla potrzeb przesłuchania ze skryptem przygotowanym przez M. B. – konkubinę), a drugiej strony przyjęcie, iż takie zachowanie świadka nie jest sprzeczne z prawem i nie uchyla zasady swobodnej oceny dowodów, podczas gdy przedmiotowe zachowanie świadka jest sprzeczne z prawem i w konsekwencji doprowadziło uznania za wiarygodne zeznań w/ w świadka co do ustaleń w zakresie popełnionych przez T. K. czynów zabronionych;

9. naruszenie art. 370 § 1 k.p.k. w zw. z art. 171 § 7 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k., polegające na przeprowadzeniu oceny dowodu z zeznań świadka M. D. w sytuacji gdy zeznanie świadka z rozprawy nie może być podstawą uznania za dowód albowiem świadek przyznał, iż bezpośrednio przed przesłuchaniem zapoznał się dla potrzeb przesłuchania ze skryptem przygotowanym przez M. B. – konkubinę, co prowadzi do wniosku, iż świadek nie miał pełnej, nieskrępowanej możliwości formułowania swego oświadczenia o charakterze dowodowym, albowiem zeznania winny być składane w sposób swobodny i spontaniczny, a nie wcześniej przygotowane i odczytywane wskutek czego zeznania M. D. nie mogą stanowić dowodu w sprawie;

10. naruszenie art. 2 § 2 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k., polegające na wybiórczej oraz całkowicie dowolnej analizie zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego, w szczególności zaś zeznań świadka M. B., które zostały uznane przez sąd za wiarygodne w całości i nie wzięcie pod uwagę faktu, iż świadek przyznaje, iż oskarżony był w konflikcie z M. D. i co w konsekwencji wpływa na ocenę dowodu z zeznań świadka M. D. jako mających charakter pomówienia;

11. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, który miał wpływ na jego treść, a który polegał na bezzasadnym przyjęciu, wbrew zgromadzonemu w przedmiotowej sprawie materiałowi dowodowemu, że:

1. oskarżony T. K. w okresie od dnia 21 czerwca do 23 września 2014 r. zbył 2 kg środka odurzającego za kwotę 18.000 zł M. D.;
2. oskarżony T. K. nabył 400 gram środka odurzającego od M. D. w cenie po nie mniej niż 26 zł za gram i zbył innej nieustalonej osobie;
3. oskarżony T. K. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uczestniczył w obrocie znacznymi ilościami środka odurzającego w postaci suszu ziela konopi innych niż włókniste;
4. oskarżony T. K. był handlarzem, który kupował i sprzedawał marihuanę współpracując z M. D.;
5. oskarżony T. K. zakładał wykonywanie czynności składających się na czyn ciągły, zakładając podejmowanie ich sukcesywnie, w krótkich odstępach czasu, korzystając z każdej nadarzającej się okazji;

6. z ostrożności procesowej rażąca niewspółmierność orzeczonej wobec T. K. kary 3 lat pozbawienia wolności oraz 200 stawek dziennych grzywny po 40 zł każda, poprzez:

1. niedostateczne rozważenie dyrektyw wymiaru kary z art. 53 § 1 k.k., tj. nieuwzględnienie okoliczności łagodzących, tj. faktu, iż w przeciwieństwie do pozostałych współoskarżonych jest osobą niekaraną, niezdemoralizowaną, nie działającą w warunkach obostrzających odpowiedzialność karną, posiadającą ustabilizowane życie rodzinne (ojciec dwójki dzieci) i zawodowe (aktualnie pracuje) i nadmierne wyeksponowanie okoliczności obciążających, co skutkowało wymierzeniem kary 3 lat pozbawienia wolności zamiast kary 2 lat pozbawienia wolności, tj. w dolnej granicy ustawowego zagrożenia i w konsekwencji:
2. nieuwzględnienie dobrodziejstwa jakie niesie ze sobą instytucja warunkowego zawieszenia wykonania kary art. 69 i 70 k.k. – obowiązującej w dacie przypisanego czynu, tj. sprzed nowelizacji ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw obowiązującej od dnia 1 lipca 2015 r. w sytuacji, gdy T. K. w czasie popełnienia przestępstwa nie był skazany na karę pozbawienia wolności i jest to wystarczające dla osiągnięcia wobec niego celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa,
3. orzeczenie surowej kary grzywny nieadekwatnej do sytuacji majątkowej i osobistej oskarżonego.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i w konsekwencji uniewinnienie oskarżonego T. K. od popełnienia przypisanych mu czynów, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, względnie zmianę zaskarżonego wyroku poprzez obniżenie wymierzonej kary do dolnej granicy ustawowego zagrożenia, tj. 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby.

Sąd Apelacyjny w Łodzi wyrokiem z dnia 30 października 2019 r., sygn. akt II AKa 180/19 zmienił zaskarżony wyrok odnośnie do oskarżonego T. K. w ten sposób, że w zakresie punktu 3b ustalił, że orzeczony przepadek związany jest z rozstrzygnięciem z punktu 3a oraz utrzymał w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części. Wskutek apelacji obrońcy T. K. Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 25 stycznia

2022 r., sygn. akt II KK 210/20 uchylił powyższy wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi w części dotyczącej T. K. i w tym zakresie przekazał sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny w Łodzi, po ponownym rozpoznaniu apelacji prokuratora – w odniesieniu do oskarżonego T. K. i obrońcy tego oskarżonego, wyrokiem z dnia 10 listopada 2022 r., sygn. akt II AKa 81/22 zmienił zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego T. K. w ten sposób, że ustalił, iż orzeczony w pkt 3b przepadek równowartości osiągniętej korzyści majątkowej związany jest z rozstrzygnięciem z pkt 3a, a nadto do podstawy prawnej skazania dodał art. 4 § 1 k.k. (pkt I), utrzymał w mocy zaskarżony wyrok w stosunku do ww. oskarżonego w pozostałej części (pkt II) oraz zwolnił go od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze (pkt III).

Od tego wyroku kasację wywiódł obrońca T. K., zaskarżając go w całości w odniesieniu do ww. i podnosząc zarzuty:

1. naruszenia 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., poprzez ponownie pozorną, chybioną, a także niepełną kontrolę odwoławczą wyroku sądu pierwszej instancji, tj. nierozważenie przez sąd odwoławczy w sposób rzetelny i należyty zarzutów podniesionych w apelacji obrońcy T. K. dotyczących oceny wiarygodności dowodu z zeznań M. D. w zakresie oceny tego dowodu w perspektywie innych dowodów, przy przyjęciu że dowody te – w szczególności pochodzące z kontroli operacyjnej – powinny spełniać warunek legalności, z uwzględnieniem poglądu prawnego wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt II KK 210/20, uchylającego poprzedni wyrok sądu odwoławczego, co mogło mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia;
2. naruszenia 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., art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, poprzez ponownie pozorną, chybioną a także niepełną kontrolę odwoławczą wyroku sądu pierwszej instancji, tj. nierozważenie przez sąd odwoławczy w sposób rzetelny i należyty zarzutu podniesionego w apelacji obrońcy T. K. dotyczącego możliwości wykorzystania wobec T. K. materiału pozyskanego z kontroli operacyjnej, w tym możliwości wykorzystania rozmowy dnia 2 września 2014 r. między M. D. a R. S., która to rozmowa jest wynikiem kontroli operacyjnej zastosowanej nie wobec T. K., oraz brak w tym zakresie zgód następnych, a nawet

hipotetyczne przyjęcie, że kontrola operacyjna była legalna wobec M. D. czy też R.S. nie oznacza, że istnieje możliwość wykorzystania jej wyników wobec innych osób, co mogło mieć istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia.

Podnosząc takie zarzuty, obrońca wniósł o uchylenie w całości wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 10 listopada 2022 r. (sygn. akt II AKa 81/22) w części dotyczącej T. K. i przekazanie w tym zakresie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w Łodzi do ponownego rozpoznania.

Prokurator w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej i stanowisko takie podtrzymał na rozprawie kasacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się zasadna i jako taka zasługiwała na uwzględnienie.

Na wstępie przypomnieć należy, że zgodnie z art. 433 § 2 k.p.k. sąd odwoławczy jest obowiązany rozważyć w toku kontroli instancyjnej wszystkie wnioski i zarzuty wskazane w środku odwoławczym, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Przepis art. 457 § 3 k.p.k. nakazuje z kolei, by w uzasadnieniu wyroku sądu odwoławczego zawarto argumenty wskazujące na to, czym kierował się sąd wydając rozstrzygnięcie. To właśnie treść uzasadnienia zezwala wszakże na ocenę prawidłowości dokonanej kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia. Zrealizowanie obowiązków wynikających z treści art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. wymaga więc nie tylko niepomijania żadnego zarzutu podniesionego w środku odwoławczym, lecz także rzetelnego, a więc wnikliwego i wyczerpującego, ustosunkowania się do każdego z zarzutów oraz wykazania konkretnymi, znajdującymi oparcie w ujawnionych w sprawie okolicznościach argumentami, dlaczego uznano poszczególne zarzuty zawarte we wniesionym środku odwoławczym za zasadne bądź też za bezzasadne (por. m.in. wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2023 r., V KK 232/22, LEX nr 3582396; wyrok SN z dnia 11 stycznia 2021 r., V KK 100/20, LEX nr 3112906; wyrok SN z dnia 24 kwietnia 2018 r., V KK 384/17, OSNKW 2018, nr 9, poz. 59; wyrok SN z dnia 6 czerwca 2006 r., V KK 413/05, OSNKW 2006, nr 7-8, poz. 76).

Analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku prowadzi do wniosku, że tym wymaganiom sąd *ad quem* ponownie nie sprostał w zakresie zawartego w apelacji obrońcy oskarżonego T. K. zarzutu II.1. Przypomnieć należy, że dotyczył on naruszenia przepisów art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 6 ust. 1

Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, które polegało na przyznaniu waloru dowodu obciążającego oskarżonego w sprawie i czynieniu w tym zakresie ustaleń faktycznych niekorzystnych dla oskarżonego na podstawie materiałów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej, mimo braku ustalenia czy działania te były zgodne z prawem czy też podjęto je z naruszeniem przepisów prawa, nie wyjaśnieniu w istocie, na jakiej podstawie była kontrola operacyjna prowadzona, które z przepisów miały zastosowanie, a co za tym idzie naruszeniu zasady rzetelności postępowania karnego i sprawiedliwości proceduralnej, poprzez uznanie przedmiotowego dowodu za pełnowartościowy i dowodzący winy oskarżonego w wyniku nieprzekonującej argumentacji. W tej sytuacji obowiązkiem sądu odwoławczego była nie tylko ocena legalności kontroli operacyjnej, lecz także, a może przede wszystkim, możliwości wykorzystania jej wyników przeciwko oskarżonemu T. K.

Kwestia ta miała kluczowe znaczenie z kilku powodów. Po pierwsze, sąd *a quo* czynił ustalenia niekorzystne dla tego oskarżonego właśnie w oparciu o materiały z kontroli rozmów telefonicznych (s. 19 uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji). Po drugie, skazanie T. K. nastąpiło na podstawie pomówienia M. D., co wymagało skrupulatnej oceny depozycji ww. zgodnie ze wskazaniami doktryny i judykatury. Po trzecie wreszcie, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt II KK 210/20 uchylającym poprzedni wyrok sądu odwoławczego wobec T.K., nakazał dokonać oceny wartości zeznań M. D. w perspektywie innych dowodów, przy czym dowody te – w szczególności pochodzące z kontroli operacyjnej – winny spełniać warunek legalności.

Tymczasem sąd *ad quem* ustosunkowując się do wskazanych na wstępie dowodów z kontroli rozmów telefonicznych ograniczył swe rozważania wyłącznie do oceny samej legalności podsłuchów stosowanych wobec M. D. i R. S. uznając, że skoro w odniesieniu do tych osób i czynów, za które zostali skazani istniały zgody sądu, to sąd *meriti* był uprawniony do wykorzystania ich w procesie. Dostrzega wprawdzie, że ani zgody pierwotne, ani następne nie zostały wydane wobec T. K., lecz kwestię tę całkowicie bagatelizuje. Wyraża przy tym błędny pogląd, jakoby brak możliwości procesowego wykorzystania na niekorzyść tego oskarżonego dotyczył wyłącznie rozmowy M. D. z T. K., a co do pozostałych rozmów, zwłaszcza M. D. z

R.S. nie było tego rodzaju przeszkód. Tego rodzaju wnioskowanie pozostaje w sprzeczności z mającymi zastosowanie w sprawie przepisami regulującymi kwestię dopuszczalności wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej w zakresie szerszym niż w pierwotnej zgodzie sądu, tj. art. 19 ust. 15a i następne ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji w brzmieniu od 11 czerwca 2011 r. do dnia 15 kwietnia 2016 r.

Zgodnie z art. 19 ust. 15a wówczas obowiązującej ustawy o Policji, wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej było dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego było dopuszczalne stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot. Z kolei art. 19 ust. 15c ustawy o Policji stanowił, że „jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w ust. 3, na wniosek prokuratora, o którym mowa w ust. 1”. Normę tę uzupełniał przepis art. 19 ust. 15d ww. ustawy o Policji, zgodnie z którym wniosek, o którym mowa w ust. 15c, prokurator kierował do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Policji niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli. Z powyższych przepisów wynika zatem zakaz wykorzystywania materiałów z kontroli operacyjnej wskazujących na sprawstwo oskarżonego, co do którego nie była ona zarządzona, ani nie uzyskano tzw. zgody następcej, o którą prokurator mógł wystąpić w ustawowym terminie. W przypadku podsłuchów dotyczy to zarówno rozmów utrwalonych z udziałem oskarżonego, jak i nagranych rozmów innych osób. Oznacza to, że w sprawach wieloosobowych, legalność materiałów z kontroli operacyjnej wobec jednych oskarżonych, nie powoduje automatycznie możliwości ich wykorzystania wobec innych. Tymczasem sąd odwoławczy stwierdza, że „w stosunku do oskarżonego. T. K., to osobowy

materiał dowodowy i wyniki legalnie podsłuchanych rozmów telefonicznych A. D. z R. S. stanowią zasadniczy materiał, przez pryzmat którego sąd okręgowy dokonywał weryfikacji depozycji tzw. małego świadka koronnego i finalnie, czynił ustalenia faktyczne” (podkreślenia SN). W tym zakresie w dalszej części uzasadnienia odnosi się do rozmowy M. D. z R. S. z dnia 2 września 2014 r., dochodząc do przekonania, że powyższa rozmowa potwierdza dalszy obrót narkotykami nabytymi przez M. D. właśnie od oskarżonego T. K., co ma potwierdzać fakt wcześniejszej transakcji pomiędzy nimi. Niewątpliwie okoliczności te oceniane być muszą jako obciążające T. K. w związku z zarzuconym mu czynem. W takim jednak wypadku na jego wykorzystanie wobec tego oskarżonego niezbędna była zgoda następcza sądu, zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami. Brak owej zgody skutkować winien koniecznością potraktowania takiego dowodu jako niemożliwego do bezpośredniego wykorzystania względem T. K. Oznaczać to również może niedopuszczalność jego pośredniego wykorzystania – a to do oceny wiarygodności innych źródeł dowodowych. W tym zakresie sąd odwoławczy nie odniósł się jednak w żaden sposób do czytelnych uwag zawartych w apelacji złożonej na korzyść T. K., kwestionujących możliwość tak bezpośredniego, jak i pośredniego wykorzystania materiałów kontroli operacyjnej uzyskanych co prawda na potrzeby tego postępowania, ale wobec innych niż ten oskarżony osób. Jako kuriozalne jawi się twierdzenie sądu odwoławczego, że „[o]skarżony, który był reprezentowany przez obrońcę miał niczym nie ograniczoną możliwość kwestionowania zapisów rozmów utrwalonych w materiałach operacyjnych, czy to poprzez stosowną inicjatywę dowodową, czy poprzez złożenie wyjaśnień. Jego bierna postawa powoduje, iż w zakresie utrwalonych treści, a także identyfikacji osób prowadzących rozmowy, sąd był uprawniony, w oparciu o całość dostępnego materiału dowodowego, odtworzyć przebieg transakcji narkotykowych, dokonać identyfikacji osób i przyporządkować poszczególne rozmowy konkretnym osobom. Nic także nie stało na przeszkodzie, żeby do utrwalonych treści, czy konkretnych zapisów rozmów odniosła się skarżąca, czego nie uczyniła”. Oskarżony i jego obrońca nie byli zobowiązani do zajmowania stanowiska co do materiałów z kontroli operacyjnej, tak z racji treści przepisu art. 74 § 1 k.p.k., jak i wobec poczynionego przez sąd drugiej instancji ustalenia, iż nie było zgody na ich wykorzystanie wobec T. K.

Należy również zauważyć, że całkowicie nietrafione było także stanowisko prokuratora zawarte w odpowiedzi na kasację, iż „postanowieniem z dnia 29 grudnia 2017 roku wydanym na podstawie art. 168b k.p.k. prokurator podjął decyzję o wykorzystaniu w prowadzonym postępowaniu karnym o sygn. akt PO I Ds. [...] przeciwko T. K., rozmowy telefonicznej T. K. z M. D. z dnia 1 września 2014 roku, zarejestrowanej w toku kontroli operacyjnej o kryptonimie „[...]”, zawierającej dowody popełnienia przestępstwa przez T. K., wobec którego w zakresie tej rozmowy nie stosowano kontroli i nie wystąpiono o zgodę następczą Sądu”. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2019 r., I KZP 2/19, OSNKW 2019, nr 6, poz. 32 „[d]owody uzyskane w toku kontroli operacyjnej, niebędące w czasie obowiązywania art. 19 ust. 15c ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji przedmiotem wniosku, który prokurator był zobligowany skierować do sądu na podstawie tego przepisu, nie mogą być wykorzystane przez sąd w procesie w oparciu o art. 168b k.p.k.”. Jeśli zatem do dnia 15 kwietnia 2016 r. prokuratorowi upłynął termin do wystąpienia z wnioskiem o zgodę następczą określony w dawnym art. 19 ust. 15d ustawy o Policji, to przepis art. 168b k.p.k. nie będzie miał już zastosowania. W takiej sytuacji doszło do bezpowrotnej utraty możliwości wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej na niekorzyść osoby, co do której brak było zgody pierwotnej sądu. Zatem trafne było stanowisko sądu *ad quem*, że rozmowa pomiędzy oskarżonym a M. D. z dnia 1 września 2014 r. nie mogła stanowić podstawy dowodowej wyroku w odniesieniu do T. K. Nie sposób jednak zgodzić się, że ocena wiarygodności wyjaśnień tego oskarżonego musiała następować z uwzględnieniem treści wskazanej rozmowy. Ustosunkowanie się przez stronę postępowania do materiałów z kontroli operacyjnych w żadnej mierze ich nie legalizuje, ani nie „wprowadza” do procesu w sensie dowodowym. Zatem o ile sąd nie może zignorować treści wyjaśnień, w których oskarżony odnosi się do takich materiałów, o tyle weryfikacja jego depozycji w tej części, przy braku zgody pierwotnej lub następczej, może odbywać się wyłącznie przy wykorzystaniu innych dowodów. Same materiały z kontroli operacyjnej muszą zostać potraktowane w takim przypadku jak nieistniejące. Stanowisko przeciwne powodowałoby obchodzenie ustawowych ograniczeń w wykorzystaniu tego rodzaju dowodów i czyniło iluzorycznymi te regulacje, które mają przecież charakter gwarancyjny.

Reasumując, zgodzić się należy z kasatorem, że kontrola odwoławcza rażąco naruszała standardy określone w 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. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Sąd *ad quem* nie odniósł się należycie do możliwości procesowego wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej wobec T. K. – tak w sposób bezpośredni, jak i pośredni – w kontekście mających zastosowanie przepisów ustawowych. Uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na treść zapadłego wyroku. Rację ma sąd odwoławczy, że „nawet oparcie części ustaleń faktycznych poczynionych na podstawie treści zarejestrowanych w ramach podsłuchu rozmów telefonicznych wbrew warunkom wynikającym z przepisów, stanowi naruszenie prawa procesowego, które tylko wówczas mogłoby mieć znaczenia dla treści rozstrzygnięcia, gdyby inne dowody samoistnie nie pozwalały na dokonanie takich samych istotnych dla rozstrzygnięcia ustaleń”. Rzecz jednak w tym, że w dalszej części rozważań nie tylko nie analizuje jak wyglądałyby te ustalenia bez materiałów z kontroli operacyjnej, lecz wprost wykorzystuje je na niekorzyść T. K. Sąd Najwyższy nie jest uprawniony do oceny czy skutek wyeliminowania niedopuszczalnych dowodów zapadłby taki sam wyrok, gdyż prowadziłoby to do zastępowania sądu odwoławczego w realizacji jego ustawowych obowiązków. Tym bardziej, że jak już wskazano dowód z pomówienia wymaga szczególnie skrupulatnej weryfikacji, a sąd *ad quem* nie wywiązał się należycie z obowiązku rozważenia czy i w jakim zakresie dopuszczalne to było w niniejszej sprawie w oparciu o materiały z kontroli operacyjnej.

Powyższe okoliczności musiały skutkować uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy Sądowi Apelacyjnemu w Łodzi, który ponowi kontrolę odwoławczą z uwzględnieniem powyższych wskazań, a następnie wyda wyrok, który należycie umotywuje, zwłaszcza w kontekście dopuszczalności bezpośredniego i pośredniego wykorzystania wobec T. K. materiałów z kontroli operacyjnej.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji, zwracając jednocześnie T. K. uiszczoną opłatę od kasacji w kwocie 750 zł, które to rozstrzygnięcie zapadło po myśli art. 527 § 4 k.p.k.

[PŁ]

[ał]

