



Sygn. akt V KK 455/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 września 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marek Pietruszyński

SSN Andrzej Ryński

Protokolant Katarzyna Wępa

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jerzego Engelkinga,

w sprawie **M. K.**

oskarżonego z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu
narkomanii i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 19 września 2018 r.,

kasacji wniesionej przez prokuratora Prokuratury Okręgowej w Ś. na niekorzyść
od wyroku Sądu Okręgowego w Ś.

z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. akt IV Ka [...]

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w K.

z dnia 5 października 2016 r., sygn. akt VI K [...],

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje do ponownego
rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Ś.**

UZASADNIENIE

M. K. został oskarżony o to, że: „w dniu 22 marca 2015 roku w L., woj. [...], wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił T. C. środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste o łącznej wadze 5 gram za kwotę 150 złotych, przy czym czynu tego dopuścił się przed upływem 5 lat od odbycia kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności w okresie od 04 grudnia 2008 roku do dnia 05 grudnia 2008 roku oraz od dnia 17 maja 2012r. do dnia 16 listopada 2013 r. orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt II K [...], za przestępstwa podobne z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 55 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 59 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, to jest o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012, poz. 124 ze zm.) w zw. z art. 64 § 1 k.k.

Wyrokiem z dnia 5 października 2016 r., w sprawie sygn. akt VI K [...], Sąd Rejonowy w K. uznał oskarżonego za winnego tego, że: „w dniu w dniu 22 marca 2015 roku w L., województwa [...], wbrew przepisom ustawy, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił T. C. środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste o łącznej wadze 5 gram za kwotę 150 złotych, przy czym czynu tego dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa określonych art. 64 § 1 k.k., będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 12 lutego 2009 roku (sygn. akt II K [...]) za czyny określone art. 58 ust. 1, art. 55 ust. 1 i art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii na karę łączną 1 roku i 6 miesięcy pozbawiania wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania tytułem próby na okres lat 3, a zarządzonej do wykonania postanowieniem Sądu Rejonowego w K. z dnia 22 grudnia 2010 roku (sygn. akt II Ko [...]), i którą to karę łączną pozbawienia wolności odbył w okresie od dnia 04 grudnia 2008 roku do dnia 05 grudnia 2008 roku oraz od dnia 17 maja 2012 roku do dnia 16 listopada 2013 roku, to jest popełnienia czynu wyczerpującego ustawowe znamiona przestępstwa określonego art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2016 roku, poz. 224, j.t. ze zm.) w zw. z art. 64 § 1 k.k.” i za to na podstawie art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu

narkomanii w zw. z art. 64 § 1 k.k. wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności oraz orzekł na podstawie art. 45 § 1 k.k. przepadek osiągniętej z popełnienia przestępstwa korzyści majątkowej w kwocie 150 zł. Rozstrzygnął także o kosztach procesu.

Apelację od tego wyroku wniósł tylko obrońca oskarżonego. Zaskarżył wyrok w całości i zarzucił mu: obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść wyroku, a mianowicie:

„art. 7 k.p.k., polegającą na:

1. nadaniu waloru wiarygodności zeznań świadka T. M. jako potwierdzających zasadność uznania oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, w sytuacji gdy przedmiotowe zeznania, wskazujące na odmienną niż przyjęta w wyroku data zdarzenia z udziałem świadka, jak również kwestionujące wprost okoliczność, iż to T. C. miał poruszać się ze świadkiem do miejsca zamieszkania oskarżonego, co nastąpiło w konsekwencji nierozpoznania T. C. w trakcie rozprawy głównej z dnia 27 lipca 2016 roku, ustalenia Sądu meriti w tym zakresie czynią oczywiście dowolnymi

2. uznanie za wiarygodne zeznań pokrzywdzonego T. C. złożonych na etapie postępowania przygotowawczego z jednoczesną dyskwalifikacją tychże złożonych przez wymienioną osobę w postępowaniu sądowym, w sytuacji gdy sąd meriti niezależnie od kwestii braku udowodnienia istnienia stanu przymusu jako okoliczności mającej wpływ na zmianę zeznań przez T. C., nie podjął próby wyjaśnienia istniejących między tymi zeznaniami a twierdzeniami pozostałych świadków zdarzenia rozbieżności co do daty zdarzenia, składu osobowego uczestników wyjazdu do L., tj. okoliczności bez wyjaśnienia których nie jest możliwym wyrokowanie co do udziału oskarżonego udzielaniu pokrzywdzonemu środków odurzających w dniu 22 marca 2015 r.

3. przyjęciu zasady wartościowania zeznań ze względu na moment ich składania oraz przyjęcia za regułę dowodową zasady większej wiarygodności zeznań funkcjonariusza policji bez wskazania podstaw przyjęcia powyższego, w sytuacji gdy istniejący zakaz wartościowania składanych zeznań pozwala przypisanie im waloru większej bądź mniejszej wiarygodności ale jedynie na podstawie powołania szczegółowej argumentacji za dokonany wybór przemawiającej, tak by

kontrolujący tak wydane orzeczenie mógł zapoznać się z tokiem rozumowania Sądu, czego jednakże Sąd meriti, o czym przesądza treść sporządzonego uzasadnienia, w sprawie nie uczynił.

art. 410 k.p.k. poprzez oparcie orzeczenia na niepełnym materiale dowodowym ujawnionym w toku rozprawy głównej, o czym przesądza okoliczność braku odniesienia się do uznanych za wiarygodne, zeznań T. M. w części dotyczącej wykluczenia obecności M. K. w trakcie wyjazdu świadka do L., oraz innych, niewyjaśnionych a mających korzystne znaczenie dla sytuacji oskarżonego okoliczności wskazanych w treści niniejszego uzasadnienia tj. w Konsekwencji wydania wyroku w oparciu jedynie część materiału dowodowego”.

Podnosząc te zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu, względnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy w Ś. wyrokiem z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. akt IV Ka [...], zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oskarżonego uniewinnił od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Kasację od tego wyroku wniósł na niekorzyść oskarżonego prokurator. Zaskarżając wyrok w całości zarzucił mu: „rażącą obrazę prawa procesowego w postaci art. 7 k.p.k. w zw. z art. 434 § 1 k.p.k. mającą istotny wpływ na treść orzeczenia przez odstąpienie od dokonania prawidłowej kontroli instancyjnej wyroku Sądu Rejonowego w K. z dnia 5 października 2016r., sygn. akt VI K [...] skazującego M. K. za popełnienie czynu z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a zaskarżonego na jego korzyść, w związku z ustaleniem w toku postępowania odwoławczego potrzeby zmiany daty dziennej popełnienia przestępstwa i przyjęciem nieprawidłowej interpretacji zakazu reformationis in peius wynikającej z art. 434 § 1 k.p.k., uznając, iż dokonanie zmiany tej i czynienie w tym zakresie ustaleń dowodowych mogłoby pogorszyć sytuację procesową M. K., w konsekwencji czego zachodzi konieczność uniewinnienia wymienionego, podczas gdy dokonanie ustaleń w powyższym zakresie pozostawało w gestii ustawowych uprawnień Sądu II instancji, nie miało wpływu na pogorszenie sytuacji oskarżonego i zobowiązywało do dokonania

własnej oceny zgromadzonych dowodów w sprawie, zamiast wydania tak istotnie reformatoryjnego orzeczenia jak uniewinnienie.”

Podnosząc tak opisany zarzut skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. W trakcie rozprawy kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej poparł wniesioną kasację.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja jest zasadna. Na wstępie dla zobrazowania problemu przed którym stanął sąd odwoławczy, jak i także autor kasacji – ten ostatni z uwagi na schemat argumentacji sądu II instancji – trzeba jednak przytoczyć najważniejsze kwestie zaistniałe w tym postępowaniu. Otóż podstawą wydania wyroku skazującego były zeznania T. C. złożone w toku postępowania przygotowawczego oraz zeznania T. M. złożone także na tym etapie postępowania (str.1 – 3 uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji). Obdarzenie wiarą tych zeznań dało podstawę do poczynienia ustalenia, że oskarżony dopuścił się zachowania opisanego w akcie oskarżenia. W zakresie daty przypisanego oskarżonemu czynu, a zatem ustalenia popełnienia go w dniu 22 marca 2015 r., sytuacja już nie była oczywista. Z uzasadnienia aktu oskarżenia wynikało bezspornie, że datę tę przyjęto w oparciu o dane uzyskane z billingu rozmów za okres od 19 marca 2015 r. do 31 marca 2015 r., i fakt, że w tym czasokresie (dokładnie – 22 marca 2015 r.) odnotowano połączenia telefoniczne pomiędzy numerem aparatu użytkowanym przez T. C. i numerem M. K. (k. 38, 41), o których to połączeniach zeznawał T. C. łącząc te rozmowy jednak nie z konkretną datą, ale ze zdarzeniem w postaci kradzieży kotłów dokonanej wspólnie z braćmi M.. Z uzasadnienia wyroku sądu *meriti* nie wynikało w ogóle na jakiej podstawie fakt ten przyjęto. W podstawie ustaleń faktycznych przywołano tylko zeznania T. C. i T. M. (notatka z k. 1 nie daje w tym zakresie żadnej wiedzy), a przecież T. C. w swoich zeznaniach nie wskazywał żadnej daty kalendarzowej, zaś T. M. datę tę określał na 18 lub 19 marca 2015 r. Z zeznań T. C. złożonych na etapie postępowania przygotowawczego wynikało, że wyjazd do L. w celu zakupu środka odurzającego nastąpił tylko raz i miał miejsce tego samego dnia, w którym dokonał on (wspólnie z innymi osobami) kradzieży kotłów (k. 2 - 4- zeznania z dnia 24.03.2015 r.). Istotne było jednak, że w swoich zeznaniach podawał, iż wcześniej tego dnia zadzwonił do osoby, od której miał

kupić ten środek odurzający i podał numer telefonu. Nadto stwierdził, że do osoby, która miała ich zawieźć (jechał z nim A. M. - uw. SN) zadzwonił tego dnia A. M.. Z zeznań T. M. wynikało natomiast, że 18 lub 19 marca 2015 r. zadzwonił do niego jego kuzyn A. M. i poprosił o zawieszenie go do L.. Kiedy przyjechał po niego pod delikatesy, to był z nim jego kolega i obu zawiózł tego dnia do L. (k. 11 - tym kolegą, wg ustaleń sądu, był T. C.). Z protokołu przesłuchania tego świadka wynika jednocześnie, że w trakcie przesłuchania dokonano odczytu połączeń dokonywanych z jego telefonu oraz tych, który wchodziły na jego numer telefonu (k. 11). Odnotowano, że cyt.: *„W historii połączeń odnaleziono połączenia z numerem telefonu komórkowego: [...] z dnia 19 marca 2015 r....”* (k. 11; numer [...] należał do T. C. – z tego telefonu miał, według T. M., dzwonić A. M.). Nie ma zapisów w tym protokole, aby takie połączenia odnotowano dzień wcześniej, a więc 18 marca 2015 r., choć też nie ma wprost zapisu, iż takich połączeń (czy prób połączeń) w tym dniu nie odnotowano. Z akt sprawy wynika, że zażądano bilingu rozmów z dwóch numerów telefonów - telefonu T. C. (k. 14) oraz telefonu M. K. (k. 13). W obu tych postanowieniach wskazano jednak, że te wykazy rozmów mają obejmować okres od **19 marca 2015 r. do 31 marca 2015 r.** Pominięto zatem dzień 18 marca 2015 r., o którym mówił także świadek M., prawdopodobnie uznając, że z treści protokołu przesłuchania T. M. wynika, iż w dniu 18 marca 2015 r. nie odnotowano połączenia z jego numerem z telefonu należącego do T. C., z którego zadzwonił A. M.. Nie dołączono na etapie postępowania przygotowawczego także danych, które mogłyby – przed postawieniem zarzutu – pozwolić na ustalenie, kiedy miała miejsce kradzież kotłów, a na ten dzień osadzał w czasie popełnienia przestępstwa zakupu środka odurzającego T. C. (wyroki te dołączono dopiero w toku postępowania odwoławczego). Uzyskane dane z połączeń telefonicznych (k. 38 i 41) nakierowały natomiast prokuratora na przedstawienia zarzutu popełnienia przestępstwa w dniu 22 marca 2015 r. (k. 43), chociaż pierwotnie śledztwo wszczęto co do udzielenie środka odurzającego w dniu 19 marca 2015 r. (k. 11). Zmiana ta była spowodowana (tak wynika z uzasadnienia aktu oskarżenia), stwierdzeniem, że to w dniu 22 marca 2015 r. odnotowano wykonywanie połączeń telefonicznych pomiędzy M. K. a T. C. (k. 93, 39 - 41).

Brak minimalnej i wymaganej w takim układzie wnikliwości sądu *meriti*

w zakresie podstawy faktycznej dla ustalenia daty dziennej czynu przypisanego oskarżonemu (zresztą, niestety, nie tylko w tym zakresie - uw.SN) oraz sprzeczność pomiędzy datą przypisanego czynu a depozycjami T. C. (brak daty dziennej) oraz T. M. (1 - 19 marca 2015 r.), wykorzystał w apelacji obrońca oskarżonego. Z tego też względu kwestia daty popełnienia przestępstwa stała się przedmiotem rozważań sądu odwoławczego, także w kontekście wiarygodności tych świadków. Ocenę tę poprzedziło jednak ujawnienie wyroku Sądu Rejonowego w K. w sprawie o sygn. VI K [...] oraz wyroku Sądu Okręgowego w Ś. z dnia 13 kwietnia 2016 r. w sprawie IV Ka [...] (k. 273); to z treści wyroku wydanego w sprawie VI K [...] (utrzymanego w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Ś.) wynikało, że T. C. wraz z A. M. i A. M. dokonali kradzieży kotłów warzelnych w dniu 18 marca 2015 r. (k. 273 - 274). Podjęto także próbę uzyskania połączeń z dnia 18 marca 2015 r. pomiędzy telefonami T. C. oraz M. K. (k. 262), ale wobec upływu rocznego okresu czasu wykazu połączeń nie udało się uzyskać (k. 264).

Odnosząc się do zarzutów apelacji sąd odwoławczy na wstępie stwierdził, że dokonana ocena dowodów przez sąd pierwszej instancji była dowolna, a poczynione ustalenia faktyczne budzą poważne wątpliwości (str. 4 uzasadnienia). Wytykając, zupełnie prawidłowo, sądowi pierwszej instancji braki w zakresie inicjatywy w odniesieniu do wykorzystania informacji T. C. co do daty popełnienia przestępstwa, w istocie nie zakwestionował jednak oceny zeznań T. C. i T. M. dokonanych przez sąd I instancji (zwłaszcza wywód na str. 6 uzasadnienia i str. 7). Wskazał natomiast, co wynikało z wyroku wydanego w sprawie VI K [...] Sądu Rejonowego w K., że kradzież kotłów miała miejsce w dniu 18 marca 2015 r., a zatem to o tej dacie mówił w swoich zeznaniach T. C.. Dostrzegając sprzeczność zeznań T. M. (przy braku billingu z dnia 18 marca 2015 r.) oraz T. C., podniósł, iż w dniu 19 marca 2015 r. T. C. nie kontaktował się z oskarżonym, bo ta okoliczność nie wynika z danych w wykazie połączeń, a skoro dano wiarę T. M. co do jego zeznań, to istnieje w tym zakresie sprzeczność, która nasuwa wątpliwości zarówno co do daty czynu, jak i tego, czy w ogóle T. C. nabył w tym dniu – tj. 22 marca 2015 r. - środek odurzający od oskarżonego, albowiem przeczy aby to miało miejsce właśnie 22 marca 2015 r. (str. 6 uzasadnienia). Przywołując dalej treść wyjaśnień

oskarżonego, kończy swój wywód konkluzją, że mnożą się wątpliwości i nie daje się ich usunąć, a przepis art. 434 § 1 k.p.k. uniemożliwia – przy wniesionej apelacji tylko na korzyść – dokonywanie ustaleń faktycznych, które mogłyby powodować negatywne skutki dla oskarżonego. Z tych względów sąd II instancji uznał, że zebrane w sprawie dowody nie wskazują na winę oskarżonego, poszukiwanie innych dowodów jest niedopuszczalne, a skoro sąd pierwszej instancji dokonał oceny dowodów w sposób sprzeczny z art. 7 k.p.k., to zmienił zaskarżony wyrok i oskarżonego uniewinnił od zarzucanego mu czynu.

Przedstawienie argumentacji sądu odwoławczego pozwala z jednej strony na zrozumienie powodów postawienia w kasacji zarzutu naruszenia art. 7 k.p.k. w zw. z art. 434 § 1 k.p.k. (skoro oba te przepisy zostały przywołane jako podstawa rozstrzygnięcia reformatoryjnego; nie przywołano np. art. 5 § 2 k.p.k.), a z drugiej strony, na stwierdzenie, że rację ma skarżący, iż sąd ten w sposób rażący dopuścił się ich rażącego naruszenia, co mogło mieć istotny wpływ na treść wydanego wyroku. W pierwszym rzędzie trzeba przyznać racje skarżącemu, gdy podnosi, że dokonana ocena dowodów przez sąd odwoławczy nie podważyła wiarygodności najistotniejszych dowodów, tj. zeznań złożonych w toku postępowania przygotowawczego przez T. C. oraz T. M.. Zeznania T. C. wówczas złożone podtrzymał on w czasie konfrontacji z A. M. (k. 7) i znalazły pełne pokrycie w pierwszych zeznaniach T. M. (k. 10 - 11). Wprawdzie już w czasie konfrontacji z A. M. T. M. zmienił swoje zeznania, ale oba sądy trafnie wskazywały, że podawane powody zmiany zeznań są nieprzekonywujące (str. 2 - 3 sądu I instancji i str. 4 oraz 6 - 7 sądu II instancji). Z uzasadnienie wyroku sądu odwoławczego wynika w istocie, że o deklarowanej dowolności w ocenie dowodów w tym zakresie decyduje to, co lokuje się nie w kategorii art. 7 k.p.k. (dowolność ocen), ale raczej w kategorii wadliwych ustaleń faktycznych ograniczonych co do daty dokonania przestępstwa zakupu środka odurzającego. Otóż bowiem sąd II instancji mocno zestawia ze sobą sprzeczność w zakresie daty dziennej dokonania przestępstwa, jaka wynika z obdarzonych wiarą zeznań obu tych świadków i nakłada na te dowody ustalenia wynikające z wykazu rozmów. Z depozycji T. C. miałyby bowiem wynikać pośrednio data 18 marca 2015 r., z zeznań T. M. – 19 marca 2015 r., zaś z wykazu rozmów pomiędzy skazanym i T. C. – 22 marca 2015 r. O ile jeszcze sąd odwoławczy

logicznie wskazał, że nie może - z uwagi na niemożność uzyskania billingu z dnia 18 marca 2015 r. - wprost zanegować wiarygodności zeznań T. C. co do tego, iż właśnie w dniu kradzieży kotłów (czyli w dniu 18 marca 2015 r.) rozmawiał telefonicznie z oskarżonym o zakupie środka odurzającego i tego samego dnia A. M. rozmawiał z T. M., o tyle upatrywanie źródła istotnych wątpliwości co do daty wskazywanej przez T. C. na tle wykazu połączeń z dnia 19 marca 2015 r. oraz 22 marca 2015 r. jest nieuzasadnione. Po pierwsze, fakt realizowania rozmów pomiędzy T. C. a oskarżonym w dniu 22 marca 2015 r. nie stanowi dowodu na to, iż takich połączeń telefonicznych nie realizowali oni w dniu 18 marca 2015 r. (te rozmowy mogły nie dotyczyć zakupu środka odurzającego). Po drugie, sąd odwoławczy przywiązując taką wagę do dowodu z billingu miał możliwość sprawdzenia, **czy rzeczywiście w dniu 19 marca 2015 r. o wskazywanych godzinach (por. zeznania na k. 11) z telefonu C. miałyby być wykonywane przez A. M. połączenie na telefon T. M.,** jak stwierdził T. M. (k. 11). Takiego sprawdzenia nie dokonano, albowiem na etapie postępowania sądowego nawet nie otworzono kopert, w których znajdowały się płyty CD z danymi od operatora. Tymczasem, mając podany numer telefonu T. M. (podał numer do protokołu - k. 11) oraz wykaz połączeń z dnia 19 marca 2015 r. wchodzących i wychodzących z numeru [...] (numer telefonu T. C.) można potwierdzić, czy rzeczywiście takie połączenie się odbyło. Nadmienić należy, że takie ustalenie pozwoliłoby na ustalenie wiarygodności relacji T. M. **co do daty** wyjazdu do L., a jednocześnie pozwoliłoby na ustalenie, czy na numer telefonu T. M. wykonywane było połączenie z numeru T. C. w dniu 22 marca 2015 r., a więc w tym dniu, w którym odnotowano szereg połączeń telefonicznych (lub prób) pomiędzy telefonami T. C. i oskarżonego. Istnienie połączenia w dniu 22 marca 2015 r. pomiędzy telefonem T. M. a telefonem T. C. pozwoliłby z kolei na dokonanie oceny, co do trafności spostrzeżeń T. M., że wyjeżdżał do L. tylko w dniu 19 marca 2015. Brak przeprowadzenia dowodu z oględzin, utrwalonych także w pliku PDF, zapisów rozmów w dniach 19 marca i 22 marca 2015 r. wchodzących i wychodzących na numer [...] przy posiadaniu numerów telefonu oskarżonego oraz T. M. (por. deklaracja co do numeru na k. 11) stanowi o rażącym naruszeniu art. 7 k.p.k. i nie pozwala na aprobowanie dokonanej oceny tych dowodów, jak i postawienie tezy o

nie dających się usunąć wątpliwościach. Nie można zgodzić się także, że konieczne jest poszukiwanie innych dowodów. Niezależnie bowiem od tego, że w sprawie niniejszej akt oskarżenia został wniesiony przed dniem 1 lipca 2015 r., (np. stosowanie art. 452 k.p.k. w brzmieniu ustalonym po dniu 15 kwietnia 2016 r. - art. 36 pkt 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. – Dz.U. poz.1247 ze zm. i uchwałę SN z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 79), to przecież nie chodzi o poszukiwanie nowych dowodów, ale o przeprowadzanie we właściwym trybie tych dowodów, które zostały dopuszczone w toku postępowania przygotowawczego (tj. żądanie danych od operatora telefonicznego). Tymczasem, pomimo, że na tle okoliczności wynikających z przeprowadzonych dowodów (zeznania świadków) konieczne było przeprowadzenie przez sąd *meriti* oględzin zapisów billingu rozmów, to poprzestano – niestety – na analizie przeprowadzonej przez policjanta.

Wskazane powyżej uchybienie wiąże się także z naruszeniem art. 434 § 1 k.p.k. Bezpośredni zakaz *reformationis in peius* wyrażony w przepisie art. 434 k.p.k. ogranicza możliwość orzekania na niekorzyść oskarżonego przez sąd odwoławczy - gdy nie wniesiono środka odwoławczego na jego niekorzyść - tylko do sytuacji wskazanej w art. 434 § 4 k.p.k., a zatem, w realiach tej sprawy zakaz ten obowiązywał w formule bezwzględnej. Zakaz ten działa zarówno w sferze rozstrzygnięć w zaskarżonym orzeczeniu, jak i w zakresie ustaleń zawartych w uzasadnieniu wyroku, **powodujących, lub tylko mogących powodować, negatywne skutki w sytuacji prawnej oskarżonego** (por. wyroki SN: z dnia 4 lutego 2000 r., V KKN 137/99, OSNKW 2000, nr 3-4, poz. 31; z dnia 6 maja 2002 r., V KKN 352/00, LEX nr 54387; postanowienie SN z dnia 5 sierpnia 2009 r., II KK 36/09, OSNKW 2009, nr 9, poz. 80). Negatywne skutki muszą być odnoszone do sytuacji prawnokarnej oskarżonego określonej w zaskarżonym orzeczeniu (rozstrzygnięciu oraz uzasadnieniu). Zakaz odnosi się więc do odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucany mu czyn, a zwłaszcza kwalifikacji prawnej, ustaleń faktycznych w zakresie sprawstwa, wymiaru kary, środków karnych i innych rozstrzygnięć. Naruszeniem zakazu będzie także pojawienie się w uzasadnieniu wyroku sądu odwoławczego niekorzystnych dla skazanego ustaleń faktycznych,

choćby sam wyrok sądu pierwszej instancji został utrzymany w mocy (por. np. wyrok SN z dnia 15 marca 2017 r., II KK 10/17, LEX nr 2269190).

Zmianą niekorzystną dla oskarżonego będzie bez wątpienia modyfikacja opisu czynu, polegająca na takim „uzupełnieniu” przez sąd drugiej instancji okoliczności faktycznych ustalonych przez sąd pierwszej instancji, która pozwoli na stwierdzenie, że zostały wyczerpane znamiona określonego czynu zabronionego i to nawet wtedy, gdy miałyby to finalnie prowadzić do skazania za czyn „korzystniej” zakwalifikowany niż ten, który stanowił podstawę skazania przez sąd pierwszej instancji (por. wyrok SN z dnia 9 maja 2018 r., V KK 406/17, LEX nr 2500546).

Wskazuje się natomiast, że nie stanowi naruszenia zakazu z art. 434 § 1 dokonanie przez sąd odwoławczy niekorzystnych dla oskarżonego nowych ustaleń, które jednak w konkretnej sytuacji procesowej nie wywołują negatywnych skutków dla niego, lecz stają się wyłącznie podstawą do takiego samego, co uprzednio orzeczenia (postanowienie SN z dnia 27 stycznia 2015 r., V KK 195/14, LEX nr 1650307). W orzecznictwie Sądu Najwyższego dostrzega się również, że sąd odwoławczy, mimo braku apelacji na niekorzyść oskarżonego, może skazać go za inny czyn, jeżeli mieści się w granicach oskarżenia, a orzeczenie nie będzie surowsze od wydanego przez sąd I instancji (por. np. wyrok SN z dnia 9 marca 2017 r., IV KK 345/16, LEX nr 2242373; postanowienie SN z dnia 25 lutego 2016 r., V KK 418/15, LEX nr 2019585). Szczególnie istotna jest wypowiedź zawarta w uzasadnieniu postanowienia wydanego w sprawie II KK 36/09 (OSNKW 2009, nr 9, poz. 80). Sąd Najwyższy wypowiadając się co do normy art. 434 k.p.k. postrzeganej przez pryzmat zmiany miejsca czynu podkreślił bowiem, że: *„Ocena co do tego, czy zmiana przez sąd ad quem ustalenia dotyczącego czasu (miejsca) zawarcia przez współoskarżonych porozumienia przestępnego albo ustalenia dotyczącego czasu (miejsca) przekazania przez jednego ze sprawców szczegółów planu działania przestępnego drugiemu ze sprawców narusza zakaz reformationis in peius, powinna być dokonywana na tle niepowtarzalnych realiów konkretnej sprawy”*. Pogląd ten jest trafny. Na tle przytoczonych powyżej stanowisk – wyrażonych w orzeczeniach Sądu Najwyższego - podnieść należy, że o ile z treści zakazu wyrażonego w art. 434 §1 k.p.k. wynika – w wypadku braku środka

odwoławczego wniesionego na niekorzyść oskarżonego – brak możliwości dokonywania przez sąd odwoławczy „dookreślenia” znamion przestępstwa przypisanego oskarżonemu nie tylko w części dyspozytywnej ale i motywacyjnej (por. wyroki SN: z dnia 10.02. 2000 r., IV KKN 726/98, LEX nr 51393; z dnia 8.11. 2001 r., IV KKN 359/97, LEX nr 51589; z dnia 9.07. 2002 r., III KKN 499/99, LEX nr 105496; postanowienie SN z dnia 20.07.2005 r., I KZP 20/05, OSNKW 2005, nr 9, poz.76; wyrok SN z dnia 23.06. 2010 r., III KK 373/09, LEX nr 598844), albowiem takie postąpienie wpływa na ustalenie (kształtowanie) podstaw odpowiedzialności karnej (art. 1 § 1 k.k.), o tyle nie stanowi jego naruszenia, gdy sąd odwoławczy przestrzegając granic tożsamości czynu określonego aktem oskarżenia (art. 14 § 1 k.p.k.) i nie dokonując modyfikacji w obszarze znamion czynu zabronionego, który przyjęto i przypisano w wyroku skazującym oskarżonemu (art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k.) - znamion wynikających z przyjętych w uzasadnieniu wyroku trafnych ustaleń faktycznych, dokona zmiany daty czynu na taką, która jawiła się jako możliwa do przyjęcia już na tle okoliczności (dowodów), na których oparto ustalenia aktu oskarżenia. W takim układzie dokonana tylko w tym obszarze zmiana nie stanowi pogorszenia sytuacji oskarżonego, albowiem jej istotą jest tylko dokonanie korekty opisu czynu, który w dalszym ciągu wyczerpuje znamiona tego samego czynu zabronionego. Przyjęcie poglądu przeciwnego, tj. uznanie, że sąd odwoławczy – dokonując kontroli wyroku w granicach wynikających z normy art. 433 § 1 i 2 k.p.k. – nie może dokonać korekty co do daty popełnienia przestępstwa, pomimo pewności, iż to ten właśnie czyn, co do którego rozstrzygnięto w wyroku skazującym, jest czynem objętym skargą aktu oskarżenia, nie tylko nie znajduje oparcia w normie wyrażonej w art. 434 § 1 k.p.k., ale także stanowiłoby jaskrawe naruszenie zasad wyrażonych w art. 2 § 1 pkt 1 i § 2 k.p.k. oraz art. 14 § 1 k.p.k. W realiach tej sprawy jest przy tym jasne, że T. C. dokonał zakupu środka odurzającego tylko raz od skazanego. Datę czynu wiązał z kradzieżą kotłów, a zeznania jego stały się podstawą aktu oskarżenia. Zmiana daty popełnienia tego czynu nie lokowałaby się w obszarze „wyboru” zachowania, którym skazany realizował znamiona czynu zabronionego, albowiem w relacji do T. C. w akcie oskarżenia opisano tylko jedno zdarzenie wyczerpujące znamiona przestępstwa (jeden wyjazd z T. M. do L.). Podkreślić przy tym trzeba, że w apelacji

na korzyść wskazano na uchybienie w postaci obdarzenia wiarą zeznań dwóch świadków, z których każdy zajście przestępcze wiązał ze zdarzeniami, które jak okazało się – miały miejsce w innych datach. Zatem, sąd odwoławczy w ramach obowiązku wynikającego z treści art. 433 § 1 i 2 k.p.k. musiał odnieść się do tego uchybienia. Skoro określenie innej daty popełnienia czynu, który przypisano skazanemu w wyroku skazującym, opiera się na właściwym usytuowaniu w czasie **zachowania przestępnego przypisanego sprawcy w wyroku skazującym**, to zmiana taka – zdaniem Sądu Najwyższego orzekającego w tej sprawie - ma neutralne znaczenie dla odpowiedzialności karnej oskarżonego. W takiej sytuacji fakt, że wywiedziono apelację tylko na korzyść nie skutkuje naruszeniem normy zawartej w art. 434 § 1 k.p.k., albowiem w relacji do wyroku zaskarżonego apelacją zmiana daty czynu nie niesie za sobą żadnych negatywnych konsekwencji dla oskarżonego (odmiennie w tym zakresie por. wyrok SN z dnia 1 września 2010 r., IV KK 69/10).

Przy ponownym procedowaniu w tej sprawie, sąd odwoławczy będąc związany wyrażonym poglądem prawnym odnośnie zakazu *reformationis in peius* rozpozna ponownie apelację, ujawniając uprzednio dowody już przeprowadzone w tym postępowaniu (odpisy wyroków dołączonych na etapie postępowania odwoławczego), i dokonując oględzin wykazu rozmów telefonicznych stanowiących materiał dowodowy w zakresie, który wskazano powyżej (weryfikacja daty wskazanej przez T. M.).

Z tych wszystkich powodów należało orzec jak w wyroku.