

POSTANOWIENIE

Dnia 12 marca 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jarosław Matras

w sprawie **P. K.**

skazanego z art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i inne

po rozpoznaniu w Izbie Karnej

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

w dniu 12 marca 2020 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 3 lipca 2019 r., sygn. akt II AKa (...)

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w G.

z dnia 21 września 2018 r., sygn. akt II K (...)

p o s t a n o w i ł

1. oddalić kasację jako oczywiście bezzasadną;

2. obciążyć skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 21 września 2018 r. Sąd Okręgowy w G. w sprawie o sygn. akt II K (...) skazał P. K. : za czyn wyczerpujący dyspozycję art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. na karę 10 miesięcy pozbawienia wolności, oraz za czyn art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. na karę 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności i 150 stawek dziennych grzywny, określając

wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 zł., orzekł także o przepadku korzyści majątkowej. Wyrokiem tym obie wymierzone P. K. kary pozbawienia wolności połączono i wymierzono karę łączną 2 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności. Orzeczona została także nawiązka w wysokości 4000 zł na rzecz Polskiego Towarzystwa Zapobiegania Narkomanii Oddział Terenowy w G. . Wyrok zawierał również rozstrzygnięcie o kosztach sądowych.

Apelację złożył prokurator zaskarżając wyrok na niekorzyść P. K. co do punktów IX i X. Wyrokowi zarzucił obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 299 § 1 k.k. polegającą na błędnym uznaniu, że zachowanie P. K. nie stanowiło wyczerpania znamion przestępstwa określanego, jako „pranie brudnych pieniędzy”, a było jedynie elementem realizacji znamion występku uczestniczenia w obrocie znacznych ilości narkotyków.

Oskarżyciel publiczny złożył wniosek o zmianę zaskarżonego wyroku w stosunku do P. K. poprzez *„przypisanie mu popełnienia, jako odrębnego czynu, występku z punktu X części wstępnej wyroku i wymierzenie kary 7 miesięcy pozbawienia wolności i na podstawie art. 299 § 7 kk przepadku równowartości osiągniętej korzyści majątkowej w kwocie 3000 złotych oraz objęcie tej kary zasadniczej karą łączną przypisaną w punkcie XI części dyspozytywnej wyroku”*.

Wyrok w części skazującej P. K. zaskarżył także jego obrońca - adw. B. K. stawiając zarzuty:

„- naruszenie prawa materialnego tj. art. 65 § 1 kk mające zasadniczy wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia polegający na jego niewłaściwej wykładni oraz zastosowaniu wobec oskarżonego w zakresie punktu VII i IX części dyspozytywnej wyroku sądu I instancji polegający na uznaniu, iż oskarżony dopuścił się w/w czynów zabronionych czyniąc sobie z tego stałe źródło dochodu, w sytuacji gdy oskarżony miał się dopuścić czynów zabronionych związanych z wprowadzeniem do obrotu środków odurzających przez okres zaledwie 40 dni a także o stosunkowo niewielkiej wartości, co wyklucza działanie w ramach dyspozycji z art. 65 § 1 kk,

- naruszenie prawa materialnego tj. z art. 57 ust. 2 oraz 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii mające zasadniczy wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia polegający na jego niewłaściwej wykładni oraz zastosowaniu wobec oskarżonego w zakresie punktu VII i IX części dyspozytywnej wyroku sądu I

instancji w sytuacji gdy całokształt okoliczności dotyczących wskazanych w w/w punktach zaskarżonego orzeczenia, a w szczególności ilość, rodzaj oraz wartość wskazanych tam środków odurzających w sposób jednoznaczny, w sytuacji uznania przez sąd I instancji winy oskarżonego przemawiała za zasadnością zastosowania w zakresie wskazanych czynów wyłącznie typu podstawowego czynu zabronionego stypizowanego w art. 57 ust.1 oraz 56 ust.1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a nie typu kwalifikowanego czynu zabronionego określonego w art. 57 ust 2 oraz art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii,

- naruszenie prawa procesowego tj. art. 5 § 2 kpk, art.7 kpk oraz 410 kpk polegające na dokonaniu przez sąd I instancji dowolnej, sprzecznej z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, skutkującej uznaniem winy P. K. w zakresie czynów wskazanych w punktach VII oraz IX części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku, w sytuacji gdy istnieją w tym zakresie niedające się usunąć wątpliwości,

- naruszenie prawa procesowego tj. art. 193 § 1 kpk w zw. z art. 202 §1 i §5 kpk mające zasadniczy wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia polegające na ich niezastosowaniu, skutkujące nieprzeprowadzeniem w postępowaniu przygotowawczym, a następnie w postępowaniu sądowym dowodu z opinii biegłych lekarzy psychiatrów, psychologa oraz lekarza neurotraumatologa o stanie zdrowia psychicznego oraz dolegliwościach psychiatrycznych, a także neurotraumatologicznych P.K. , w sytuacji gdy już podczas pierwszego przesłuchania w Prokuraturze Okręgowej w G. w dniu 28 czerwca 2017 roku oskarżony podczas odbierania danych osobowych oświadczył, iż posiada uraz głowy –pęknięta potylicę, który odniósł 2 miesiące temu, próbuje się leczyć, lecz nie ma na to pieniędzy (k.518v), wyszedł ze szpitala 14 kwietnia 2017 roku (k.521), a także w aktach sprawy znajduje się informacja, iż oskarżony był w przeszłości dwukrotnie karany za przestępstwa popełnione z użyciem środków odurzających (k. 627-628), choć podczas przesłuchań oskarżony negował fakt uzależnienia od środków odurzających, co w konsekwencji doprowadziło, do wydania przez sąd I instancji wyroku skazującego wobec oskarżonego na karę pozbawienia wolności o charakterze bezwzględnym, w sytuacji gdy istnieją zasadnicze wątpliwości czy P. K. mógł być podmiotem przedmiotowego procesu, czy był poczytalny w chwili

popelnienia czynów zabronionych, czy jego stan zdrowia psychiczny pozwalał oskarżonemu na udział w postępowaniu przed sądem I instancji oraz czy w stosunku do oskarżonego nie zaistniały okoliczności wskazane w art. 93 b kk,

- naruszenie prawa procesowego tj. art. 214 § 1 kpk polegające na jego niewłaściwym niezastosowaniu, skutkującym nieprzeprowadzeniem przez sąd I instancji na rozprawie dowodu z wywiadu kuratorskiego w zakresie P. K., w sytuacji gdy, w aktach sprawy znajdują się sprzeczne w swej treści dokumenty w zakresie jego warunków i właściwości osobistych (np. protokół przesłuchania k.518-519 gdzie oskarżony wskazuje, iż jest osobą bezrobotną, wniosek obrońcy z dnia 5 marca 2018 roku z dokumentami świadczącymi o podjęciu pracy, oraz brak odebrania w tym zakresie danych na rozprawie w dniu 28 lutego 2018 roku), skutkujących nieuprawnionym ustaleniem przez rzecznika oskarżenia w akcie oskarżenia, a następnie przez sąd I instancji, iż P. K. jest kawalerem, osobą bezrobotną, pozostającą na utrzymaniu matki, gdy m.in. oskarżony podczas przesłuchania przez rzecznika oskarżenia (k.518-519) wskazywał, iż pozostaje w długotrwałym konkubinacie, oraz w toku postępowania sądowego przedkładał dokumenty dot. pracy zarobkowej, świadczące o prowadzeniu przez oskarżonego stabilnego, społecznie oczekiwanego oraz wartościowego trybu życia, ewentualnie

- rażącą niewspółmierność- surowość orzeczonej wobec P. K. kary łącznej pozbawienia wolności w wymiarze 2 lat i 3 miesięcy, a nadto wymierzenie oskarżonemu środków karnych w postaci przepadku równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popelnienia przestępstw wskazanego w punkcie IX części dyspozytywnej wyroku, środka karnego w postaci orzeczenia nawiązki w kwocie 4000 złotych na rzecz Polskiego Towarzystwa Narkomanii Oddziału Terenowego w G., a nadto obciążenie oskarżonego kosztami procesu, w tym wymierzeniem mu opłaty sądowej w kwocie 1000 złotych, w sytuacji gdy warunki i właściwości oskarżonego oraz jego aktualny tryb życia uzasadnia orzeczenie wobec niego kary z zastosowaniem dobrodziejstwa w postaci art.37b kk, skutkującej wymierzeniem P. K. kary 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz kary 2 lat ograniczenia wolności połączonej z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej pracy społecznie użytecznej

w wymiarze 30 godzin w skali miesięcznym, a nadto zwolnienie od ponoszenia przez oskarżonego kosztów sądowych w tym opłaty.”

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o „uniewinnienie oskarżonego od przypisanych mu czynów, ewentualnie uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd I instancji w zakresie czynów wskazanych w punkcie VII oraz IX części dyspozytywnej wyroku Sądu Okręgowego w G. z dnia 21 września 2018 roku, alternatywnie wymierzenie oskarżonemu w trybie art.37b kk kary 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz kary 2 lat ograniczenia wolności połączonej z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej pracy społecznie użytecznej w wymiarze 30 godzin miesięcznie, a nadto zwolnienie oskarżonego od ponoszenia przez niego kosztów sądowych, w tym opłaty”.

Wyrokiem z dnia 3 lipca 2019 r. Sąd Apelacyjny w (...) w sprawie sygn. akt II AKa (...) zmienił zaskarżony wyrok w odniesieniu do P. K. w ten sposób, że przyjął, iż zachowania przypisane oskarżonemu w punktach VII i IX stanowią jedno przestępstwo popełnione w okresie od 8 grudnia 2016 r. do 18 stycznia 2017 r. kwalifikowane z art. 56 ust. 3 w zb. z art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. 2019.852.j.t) w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. 2019.852. j.t) w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. wymierzył mu karę dwóch lat i 1 miesiąca pozbawienia wolności i 150 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych. W pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, a nadto obciążył P. K. opłatą w kwocie 1000 zł za obie instancje, zwalniając go jednocześnie od ponoszenia wydatków postępowania odwoławczego.

Od wyroku sądu odwoławczego kasację wniósł obrońca skazanego - adw. K. S., zaskarżając wyrok sądu odwoławczego w „zakresie pkt II 5 części dyspozytywnej tego wyroku oraz utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Okręgowego w G. w zakresie pkt. VII i IX tego części dyspozytywnej wyroku – co do winy skazanego” i stawiając zarzuty:

„ I. rażące naruszenie prawa procesowego, które miało wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to art. 440 kpk w zw. art. 410 kpk w zw. z art.393 kpk, art. 394 § 2 kpk, i art. 395 kpk poprzez zaniechanie przez Sąd Apelacyjny kontroli

instancyjnej wyroku Sądu I instancji ponad granicami zarzutów apelacji obrońcy i w rezultacie utrzymanie w mocy wyroku rażąco niesprawiedliwego wobec przyjęcia za jego podstawę ustaleń faktycznych dokonanych na podstawie dowodów w postaci dokumentów, które nie zostały ujawnione, nagrań audio- które nie zostały odtworzone, oraz materiałów niejawnych które nie zostały włączone w poczet materiału dowodowego w toku rozprawy głównej, podczas gdy podstawę wyroku może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, zaś wyrok skazujący oparty na ustaleniach faktycznych dokonanych na podstawie dowodów nieujawnionych w toku rozprawy, a zatem wydany w sposób bezdowodowy, jawi się jako rażąco niesprawiedliwy,

II. rażące naruszenie prawa materialnego, a to art. 56 ust 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu przez Sąd Apelacyjny, że znamię „znacznej ilości środka odurzającego” może zostać przypisane do ilości suszu konopi indyjskiej, ze względu na hipotetyczną liczbę kilkudziesięciu porcji (zdolnych do odurzenia osób uzależnionych), na jaką można podzielić tenże susz, podczas gdy:

- w toku postępowania nie doszło do ustalenia właściwości narkotycznych tego suszu, a nie sposób przypisać znamienia „znacznej ilości środka odurzającego” suszowi roślinnemu o nieustalonych właściwościach narkotycznych,*
- typ kwalifikowany tego czynu zabronionego powinien być zastrzeżony wyłącznie do nadzwyczajnych przypadków, gdy ilość środka odurzającego stanowiącego przedmiot czynu jest ogromna i pozwala na jednorazowe odurzenie, co najmniej kilkuset osób uzależnionych*

III. rażące naruszenie prawa procesowego, które miało wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia a to art. 433 § 5 kpk w zw. z art. 5 § 2 kpk poprzez nierozważenie zarzutu apelacyjnego odnoszącego się do rozstrzygnięcia pojawiających się w sprawie wątpliwości na niekorzyść skazanego, w kontekście rodzaju środka odurzającego, podczas gdy wątpliwości te były sygnalizowane już w sposobie sformułowania zarzutu w akcie oskarżenia, zaś w toku postępowania rozpoznawczego w żaden sposób nie zostały usunięte.

IV. rażące naruszenie prawa procesowego, które miało wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a to art. 433 § 1 kpk w zw. z art. 434 § 1 pkt 3 kpk

poprzez ustalenie przez Sąd Apelacyjny, że skazany jest osobą karaną, tj. okoliczności niekorzystnej dla skazanego, w sytuacji gdy Sąd I instancji ustalił, że skazany jest osoba niekaraną, podczas gdy apelacja oskarżyciela publicznego wniesiona na niekorzyść skazanego nie formułowała pod adresem wyroku Sądu I instancji zarzutu błędnych ustaleń faktycznych w tym zakresie.”

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca skazanego wniósł o „*uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) oraz utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Okręgowego w G. w zaskarżonych zakresach i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania*”.

W odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Okręgowej w G. wniósł o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasację obrońcy skazanego należało oddalić, jako oczywiście bezzasadną w trybie art. 535 § 3 k.p.k.

Zgodnie z art. 519 k.p.k. przedmiotem zaskarżenia kasacją może być tylko wyrok sądu odwoławczego. Realizując tę zasadę skarżący winien zatem sformułować zarzuty wskazując uchybienia jakie w toku rozpoznania zwykłego środka odwoławczego popełnił sąd odwoławczy. Tym samym zarzuty formułowane w kasacji muszą wskazywać na rażące naruszenia prawa, do jakich miało dojść w toku postępowania apelacyjnego i w rozstrzygnięciu sądu odwoławczego. Nie spełnia tego wymagania podnoszenie w kasacji zarzutów, które odnoszą się wprost do orzeczenia sądu I instancji albo dotyczą sposobu i zakresu procedowania przed tym sądem. Natomiast powtarzanie w kasacji tych samych zarzutów, jakie były już przedmiotem zwykłych środków odwoławczych może nastąpić wyłącznie przy jednoczesnym powiązaniu ich z dyspozycjami przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. i wykazaniu, że sąd drugiej instancji albo całkowicie uchylił się od rozpoznania tych zarzutów, albo też uczynił to w stopniu nieodpowiadającym wymaganiom ustawowym.

Tymczasem formuła zarzutów zawartych w kasacji obrońcy wyraźnie wskazuje na pozbawione merytorycznych podstaw, wyłącznie subiektywne

przekonanie skarżącego o niesprawiedliwości wydanego rozstrzygnięcia i w konsekwencji konieczności ponowienia postępowania odwoławczego, ewentualnie też postępowania pierwszoinstancyjnego. Rzecz jednak w tym, że stawiane przez autora skargi zarzuty, choć formalnie odpowiadają wymogom procedury kasacyjnej, to w rzeczywistości okazały się bądź to merytorycznie nieuzasadnione bądź jak w wypadku uchybienia wskazanego w pkt IV kasacji nie miały żadnego wpływu na treść wydanego przez sąd odwoławczy orzeczenia.

Zarzut kwalifikowany przez obrońcę, jako naruszenie prawa procesowego - art. 440 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. stanowi okoliczność niepodnoszoną uprzednio w apelacji. Jest więc oczywistym, że sąd odwoławczy w toku kontroli odwoławczej nie analizował zagadnienia podniesionego obecnie w skardze. Z tego też powodu zastosowany przez obrońcę zabieg powiązania tego uchybienia z normą art. 440 k.p.k., zobowiązującą sąd odwoławczy do działania poza zarzutami środka odwoławczego (rzecz jasna przy spełnieniu wskazanego w tym przepisie warunku), powoduje, że tak postawiony zarzut, przynajmniej od strony formalnej, odpowiada rygorom, jakim poddana jest kasacja. Weryfikując zagadnienie potencjalnego błędu, jakiego dopuścić się miał sąd pierwszej instancji, a którego, zdaniem autora kasacji, nie dostrzegł z urzędu sąd apelacyjny, utrzymując – co do zasady – podstawy dowodowe orzeczenia skazującego w mocy (dokonano jedynie zmiany w zakresie kształtu prawnego zachowań przypisanych w wyroku sądu pierwszej instancji), podkreślić w pierwszej kolejności trzeba brak merytorycznego uzasadnienia dla postawionej przez obrońcę tezy o naruszeniu normy art. 410 k.p.k. i rzekomym wyrokowaniu przez sąd *meriti* na podstawie dowodów nieujawnionych w toku rozprawy. Zdaniem skarżącego, sąd pierwszej instancji nieprawidłowo postąpił ujawniając w oparciu o treść art. 394 § 2 k.p.k. dowody w postaci materiałów niejawnych, w tym nagrań audio jak i wszystkich dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, bez sprecyzowania, których konkretnie dokumentów ta czynność (uznania za ujawnione bez odczytywania) dotyczy. Formalnie rzecz ujmując skarżący nie kwestionuje zatem, że te dowody zostały ujawnione w toku procesu, a kwestionuje jedynie procesowy sposób wprowadzenia do postępowania dowodowego tych dowodów.

Odpowiadając autorowi skargi na tak postawiony zarzut należało w pierwszej kolejności odwołać się do wielokrotnie już wyrażanego przez Sąd Najwyższy stanowiska, co do praktyki stosowanej przez sądy wprowadzania w trybie art. 394 § 2 k.p.k. do podstawy wyrokowania dokumentów poprzez odwołanie się jedynie do ogólnego wskazania, że chodzi czy to o całe akta sprawy, czy też zbiór dowodów - dokumentów zawnioskowanych (wskazanych) np. w akcie oskarżenia. Rzecz w tym, że pomimo wyraźnego braku akceptacji takich praktyk, Sąd Najwyższy jednoznacznie wypowiadał się w kwestii ewentualnej obrazy art. 410 k.p.k. mogącej mieć wpływ na treść orzeczenia, uznając, iż takie postąpienie, choć niewłaściwe, nie wywołuje jednak skutku w postaci niewłączenia tych dokumentów w poczet materiału dowodowego (por. wyrok z dnia 8 grudnia 2016 r., II KK 252/16; postanowienie z dnia 10 marca 2016 r., III KK 400/15). Błędna jest także i ta teza obrońcy zgodnie z którą jedynie bezpośrednie odtworzenie i odsłuchanie nagrań w postaci zapisów audio może stanowić dowód w sprawie. Wypowiadając się w tym kontekście, trafnie autor odpowiedzi na kasację zwraca uwagę na treść do art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2020, poz. 360 j.t.), jako normatywnej podstawy dopuszczenia do postępowania karnego materiałów zgromadzonych w toku kontroli operacyjnej. Zgodnie z przywołanym przepisem, do materiałów tych, a więc także i jak w tej sprawie dźwiękowych zapisów utrwalonych rozmów, stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2008 r., III KK 30/08 (OSNKW 2008, z. 8, poz. 65) stwierdzono, że *„Uzyskane przez Policję w drodze legalnej kontroli operacyjnej materiały w postaci utrwaleń rozmów telefonicznych, wprowadzone do procesu na podstawie art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 ze zm.), podlegają odtworzeniu (odsluchaniu) na rozprawie głównej (przez odpowiednie zastosowanie art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k.) albo wobec braku sprzeciwu obecnych stron, ujawnieniu bez odtwarzania (art. 394 § 2 k.p.k.), co musi znaleźć odzwierciedlenie w protokole rozprawy (art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k.). Przekłady zapisów tych rozmów są załącznikami do protokołu (analogia do art. 147 § 3 k.p.k.). Z wyroku tego wynika zatem w sposób oczywisty, że utrwalone rozmowy na nośniku cyfrowym (np. płyta CD) co do zasady powinny być wprowadzone do procesu w drodze odtworzenia (odsluchania), ale przy braku*

sprzeciwu stron ujawnienie tego pierwotnego dowodu (źródła dowodu) może nastąpić także w drodze ujawnienia treści tych nagrań bez ich odsłuchiwania. Stan prawny w dacie procedowania przez sąd pierwszej instancji pozwalał na takie właśnie postąpienie (por. art. 394 § 2 oraz art. 393 k.p.k.). Nie ma więc wątpliwości co do tego, że ujawniony w takim trybie dźwiękowy zapis rozmów stanie się weryfikowalnym w trybie art. 7 k.p.k. elementem materiału dowodowego, o którym mowa w art. 410 k.p.k.

Jak wynika z akt sprawy, sąd pierwszej instancji na rozprawie w dniu 7 września 2018 r. uznał w trybie art. 394 § 2 k.p.k. za ujawnione bez odczytywania dowody zawnioskowane w akcie oskarżenia (a zatem, także materiały niejawne - nagrania CD) wprowadzając je w ten sposób do materiału dowodowego (k. 1543). W kontekście prawidłowości posłużenia się normą art. 394 § 2 k.p.k. trzeba jedynie podnieść dodatkowo, że w czasie tego procesowego postąpienia z wnioskiem o odsłuchanie zapisów rozmów utrwalonych na płytach CD nie występował ani P. K. ani reprezentujący go wówczas obrońca (obrońca był na rozprawie głównej w dniu 7 września 2018 r.); sąd pierwszej instancji miał zatem możliwość zastosowania tego trybu (nie wystąpiła przesłanka z art. 394 § 2 *in fine* k.p.k.).

Zgodzić się trzeba ze skarżącym w jednej kwestii a mianowicie, pomocniczego charakteru stenogramów. Słowne przekłady (tzw. stenogramy) zapisów utrwalonych na nagraniach rozmów nie mogą zostać wprowadzone do procesu jako dowód samoistny, a jedynie jako załącznik - uzupełnienie dowodu pierwotnego, którym bez wyjątku pozostają utrwalone na nagraniach zapisy dźwiękowe. Dlatego też nie można czynności zaliczenia w poczet dowodów zapisu dźwiękowego rozmów przez odsłuchanie (odtworzenie) albo bez odsłuchania, zastępować odczytaniem stenogramów (por. wyrok SN z dnia 10 czerwca 2008 r., III KK 30/08, OSNKW 2008, z. 8, poz. 65). Tyle tylko, że w tej sprawie sąd *meriti* nie popełnił błędu, skoro owe słowne odwzorowania zapisów dźwiękowych wprowadził do materii dowodowej wyłącznie jako uzupełnienie ujawnionego bez odsłuchania dowodu pierwotnego – utrwalonych na płytach CD dźwiękowych zapisach rozmów. Chybione okazało się zatem twierdzenie skarżącego o wyrokowaniu przez sąd pierwszej instancji na podstawie nieujawnionego materiału dowodowego

Jeżeli zaś chodzi o opisane przez obrońcę w pkt II kasacji naruszenie prawa materialnego, tj. art. 56 ust 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, polegającego na błędnej w ocenie skarżącego wykładni znamienia „znacznej ilości środka odurzającego”, to w pierwszej kolejności należało zauważyć, że tożsamy zarzut postawiony uprzednio w zwykłym środku odwoławczym został uznany przez sąd odwoławczy za niezasadny. Powody takiej oceny zostały przedstawione przez sąd odwoławczy w uzasadnieniu wydanego wyroku w sposób wyczerpujący; stanowisko to uwzględniało ugruntowane w tym zakresie orzecznictwo Sądu Najwyższego (patrz str. 39 - 41 uzasadnienia). W sytuacji gdy skarżący w kasacji w istocie powielił swoje zastrzeżenia formułowane w apelacji i nie wskazał, aby ocena sadu odwoławczego była rażąco wadliwa na gruncie prawa karnego materialnego, przy niekwestionowanych ustaleniach faktycznych to stanowisko obrońcy nie może zyskać aprobaty Sądu Najwyższego. W konsekwencji należało odesłać skarżącego do argumentacji sądu drugiej instancji wskazanej w uzasadnieniu wyroku.

Nie odpowiada prawdzie zarzut podniesiony w pkt III kasacji obrońcy skazanego. Podnosząc rzekome naruszenie prawa procesowego polegające, w ocenie obrońcy, na nierozważeniu przez sąd odwoławczy *„zarzutu apelacyjnego odnoszącego się do rozstrzygnięcia pojawiających się w sprawie wątpliwości na niekorzyść skazanego, w kontekście rodzaju środka odwoławczego”*, autor skargi zupełnie pomija fakt, że sporządzona w tej sprawie apelacja obrońcy skazanego w rzeczywistości zarzutu takiego nie zawierała. Nie mieści się w tym pojęciu (zarzutu) zupełnie gołosłowne i abstrakcyjne odwołanie się autora apelacji do regulacji art. 5 § 2 k.p.k. O jakości opisanego wówczas uchybienia, świadczy dalsza treść wniesionego środka odwoławczego, w szczególności dostrzeżona przez sąd odwoławczy niespójność, a wręcz wewnętrzna sprzeczność zarzutu, świadcząca o niezrozumieniu istoty zagadnienia „niedających się usunąć wątpliwości”, o których traktuje wspomniany art. 5 § 2 k.p.k. Próżno szukać w treści wspomnianej apelacji jakiegokolwiek wzmianki odnoszącej się do kwestii ustalonego przez sąd pierwszej instancji rodzaju środka odurzającego. Sygnalizowane aktualnie w kasacji zagadnienie przyjętej w akcie oskarżenia formy postawionych zarzutów zostało w sposób jednoznaczny rozstrzygnięte przez sąd *meriti* i znalazło odzwierciedlenie w

prawidłowo skonstruowanej formule opisanych w wyroku występów. Z kolei, kwestia dotycząca ustaleń rodzaju środka odurzającego stanowiącego przedmiot tej sprawy, jak już wspomniano na wstępie, nie została ujęta w zarzutach apelacyjnych, do których rozpoznania sąd odwoławczy obligowałaby treść art. 433 § 2 k.p.k. Stąd konstruowanie na tej podstawie (odczytanej zgodnie z intencją obrońcy – w petitum kasacji wskazano art. 433 § 5 k.p.k.) zarzutu wobec sądu dokonującego kontroli instancyjnej, było pozbawione racji bytu.

Nie mógł odnieść zamierzonego przez obrońcę skutku także ostatni z podnoszonych zarzutów, choć jego merytoryczna zasadność nie może budzić wątpliwości. Istotnie sąd odwoławczy rażąco naruszył przepisy procedury (art. 434 § 1 k.p.k.), skoro poczynił niekorzystne dla skazanego ustalenie, co do jego uprzedniej karalności, choć na taki błąd co do faktów nie wskazywał wniesiony na niekorzyść P. K. środek odwoławczy. Wobec bezsporności wskazanego przez obrońcę uchybienia jakakolwiek dalsza analiza tej tematyki pozbawiona jest słuszności. Celowym w tym miejscu jest jednak przypomnienie, że skuteczność zarzutu kasacyjnego zależy od kumulatywnego spełnienia dwóch warunków, tj. zaistnienia rażącego naruszenia prawa oraz wykazania, iż uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku. Brak jednego z tych elementów determinuje uznanie kasacji za całkowicie bezzasadną. Co prawda autor kasacji wskazując na rażącą obrazę prawa zawarł lakoniczne i niekonkretne sformułowanie o jej wpływie na treść zaskarżonego wyroku, tyle tylko, że właśnie w tym konkretnie układzie niewątpliwie błąd jakiego dopuścił się sąd odwoławczy nie mógł mieć jakiegokolwiek wpływu na treść wyroku. Wymaga zauważyć, że wymierzona skazanemu przez Sąd Apelacyjny w (...) kara dwóch lat i jednego miesiąca pozbawienia wolności przy uwzględnieniu treści art. 65 § 1 k.k. była przecież najniższą z możliwych kar. Co do zasady istotne w procesie kształtowania kary zagadnienie uprzedniej karalności sprawcy, w tej opisanej sytuacji, a więc wobec wymierzenia skazanemu kary na poziomie ustawowego minimum, nie mogło mieć żadnego znaczenia.

Skoro podniesione w tej sprawie zarzuty i argumenty obrońcy skazanego okazały się chybione, a w wypadku ostatniego z analizowanych uchybień dotyczyły kwestii irrelevantnej dla rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonym wyroku, Sąd Najwyższy orzekł jak w postanowieniu.

