



Sygn. akt I KK 200/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 marca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Jerzy Grubba

SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek

Protokolant Małgorzata Czaratorska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Józefa Giemry
w sprawie D. B., K. S., M. S. skazanych z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005
r. o przeciwdziałaniu narkomanii i innych
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 4 marca 2021 r., kasacji wniesionych przez obrońców skazanych
od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)
z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt II AKa (...),
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w B.
z dnia 8 kwietnia 2019 r., sygn. akt III K (...),

I. uchyla zaskarżony wyrok w odniesieniu do M.S. i K. S. i sprawę
w tym zakresie przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w (...) do
ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym;

II. oddala kasację obrońcy D. B. jako oczywiście bezzasadną i
obciąża tego skazanego kosztami sądowymi postępowania
kasacyjnego w części na niego przypadającej;

III. zarządza zwrot na rzecz K. S. wniesionej przez niego opłaty od kasacji

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2019 r., sygn. akt III K (...), Sąd Okręgowy w B.:

- uznał oskarżonego M. S. „w ramach zarzucanego mu czynu X-go (...) za winnego tego, że w okresie od dnia 8 lutego 2017 r. do dnia 11 maja 2017 r. na terenie województwa [...], w szczególności w B. i okolicach, wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami brał udział w kierowanej przez O. C. zorganizowanej grupie przestępczej, w skład której wchodził: M. K., D. K., D. M. i inne ustalone i nieustalone osoby, mającej na celu popełnienie przestępstwa związanego z udziałem w obrocie znacznych ilości środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste i ich udzielania” tj. czynu z art. 258 § 1 k.k. i na tej podstawie wymierzył mu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności (pkt IX wyroku);

- uznał oskarżonego M. S. „w ramach zarzucanego mu czynu XI-go (...) za winnego tego, że w okresie od dnia 8 lutego 2017 r. do dnia 11 maja 2017 r. na terenie województwa [...], w szczególności w B. i okolicach, działając czynem ciągłym w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w ramach zorganizowanej grupy przestępczej kierowanej przez O.C., wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uczestniczył w obrocie znacznej ilości środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości nie mniejszej niż 100 g w ten sposób, że umożliwiał O. C. ich nabycie w celu dalszej odsprzedaży innym osobom co najmniej trzykrotnie wożąc go użytkowanym przez siebie samochodem w miejsca, w których ów mężczyzna je nabywał, po czym odwoził go wraz zakupionym zielem konopi do wskazanych przez niego miejsc, a nadto w dniu 12 lutego 2017 r. na polecenie O. C. ukrył nabyty przez niego środek odurzający – w zamian za co otrzymywał nieustalone niewielkie kwoty pieniędzy bądź jednorazowe porcje tego narkotyku”, tj. czynu z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 § 1 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat i jednego miesiąca pozbawienia

wolności i 80 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 10 złotych (pkt X wyroku);

- na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu łączną karę 2 lat i jednego miesiąca pozbawienia wolności (pkt XI wyroku);

- uznał oskarżonego K. S. „w ramach zarzucanego mu czynu XXIII-go (...) za winnego tego, że w okresie od marca 2017 r. do kwietnia 2017 r. w B., działając w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru osiągnięcia korzyści majątkowej, uczyniwszy sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu, wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii uczestniczył w obrocie środków odurzających w postaci ziała konopi innych niż włókniste i substancji psychotropowych w postaci tabletek extasy, w ten sposób, że:

- w dniu 26 marca 2017 r. sprzedał O. C. 10 tabletek extasy za nieustaloną kwotę, celem dalszej odprzedaży innym osobom,

- w dniu 3 kwietnia 2017 r. zakupił od O. C. 50 gram ziała konopi innych niż włókniste za nieustaloną kwotę, celem dalszej odprzedaży innym osobom,

tj. czynu z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 12 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat i jednego miesiąca pozbawienia wolności i 150 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 10 złotych (pkt XXXIII wyroku).

W apelacji od całości opisanego wyroku, obrońca oskarżonego M. S. zarzucił:

„I. w zakresie czynu X opisanego w pkt 2 zaskarżonego wyroku:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, iż M. S. funkcjonował w ramach zorganizowanej grupy przestępczej mającej na celu popełnianie przestępstw związanych z wprowadzaniem do obrotu znacznych ilości środków odurzających i substancji psychotropowych w postaci marihuany i tabletek extasy, podczas gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie w postaci zarejestrowanych rozmów telefonicznych, depozycji świadków K. P., D. T., K. K., M. H., M. C., D. M., Ł. G. oraz wyjaśnień współoskarżonych, w

tym O. C. i M. K., nie daje wystarczających i jednoznacznym podstaw świadczących o przynależności oskarżonego do jakiegokolwiek struktury przestępczej,

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, polegający na uznaniu przez Sąd I instancji, iż zachowanie oskarżonego M. S. polegające na podwożeniu O. C. było realizacją roli w strukturze grupy przestępczej, w sytuacji gdy z treści zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, zwłaszcza zaś zeznań K. P. jednoznacznie wynika, że powyższe zachowanie podsądne podyktowane było wyłącznie faktem nie posiadania przez O. C. uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych oraz długoletniej przyjaźni pomiędzy oskarżonym, a M. S., jak również – co wynika wprost z zapisów rozmów telefonicznych, zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej – nosiło znamiona wyłącznie koleżeńskiej przysługi, a nie bezwzględnej realizacji polecenia osoby kierującej zorganizowaną grupą przestępczą.

II. w zakresie czynu X części dyspozytywnej wyroku:

1. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a mianowicie art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny depozycji świadka K. P., która zeznała, że M. S. nie handlował narkotykami, a kupował je dla siebie oraz zeznań Ł. G., który wskazał, że nie było żadnej grupy, a S. kupował środki odurzające na własne potrzeby, co doprowadziło do bezpodstawnego uznania, że oskarżony w ramach zorganizowanej grupy przestępczej w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uczestniczył w obrocie znacznej ilości środków odurzających, co pozostaje w sprzeczności z jednoznacznymi, konsekwentnymi oraz stanowczymi depozycjami ww. świadków oraz pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie,
2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, polegający na uznaniu przez Sąd I instancji, że oskarżony M. S. uczestniczył w obrocie znacznej ilości narkotyków, podczas gdy z treści zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, zwłaszcza zaś rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej wynika, że oskarżony nie

był zorientowany w ilościach środków odurzających jakie nabywał O. C., zaś sam M. S. nabywał od wymienionego marihuanę spożytkowaną wyłącznie na własne potrzeby, nie dokonując dalszej odprzedaży, co powoduje iż zachowaniu tego podsądnego można przypisać wyłącznie wypełnienie ustawowych znamion czynu określonego w art. 56 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 § 1 k.k.”

Skarżący zarzucił nadto wyrokowi rażącą niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu kary łącznej pozbawienia wolności i wniósł o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia czynu przypisanego w pkt IX wyroku oraz o zmianę wyroku w zakresie czynu przypisanego w pkt X przez uznanie oskarżonego za winnego popełnienia czynu określonego w art. 56 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 § 1 k.k. i wymierzenie mu na podstawie art. 37b k.k. kary 3 miesięcy pozbawienia wolności i roku ograniczenia wolności w postaci obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 40 godzin w stosunku miesięcznym.

Obrońca oskarżonego K. S. zaskarżył wyrok w całości i zarzucił:

1. obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, a mianowicie art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w zakresie rzekomej sprzedaży przez K. S. na rzecz O. C. w dniu 26 marca 2017 r. 10 tabletek extasy, w sytuacji braku dowodów jednoznacznie świadczących o tym, iż przedmiotem niniejszej transakcji były tabletki extasy, z uwagi na fakt, iż zarówno K. S. jak i O. C. zgodnie wskazali, iż niniejsza rozmowa telefoniczna dotyczyła zakupu środków na przyrost masy mięśniowej, jak również środków na potencję, do czego pierwotnie oskarżony K. S. nie chciał się przyznać, gdyż wstydził się, iż będąc w tak młodym wieku korzysta z tego rodzaju medykamentów;
2. obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, a mianowicie obrazę art. 7 k.p.k., poprzez oparcie orzeczenia, w zakresie transakcji z dnia 3 kwietnia 2017 r., pomiędzy K. S. a O. C., jedynie na dowodach obciążających podsądnego, to jest zarejestrowanej rozmowie, pełnej niedomówień i niejednoznacznych sformułowań, przy jednoczesnym

pominięciu dowodów świadczących na korzyść K. S., przede wszystkim wyjaśnień O. C., który kilkakrotnie przesłuchiwany w niniejszej sprawie, zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak również jurysdykcyjnego, wskazywał, iż K. S. zakupił od niego nieznaczące ilości ziela konopi innych niż włókniste, co zostało potwierdzone również w wyjaśnieniach złożonych przez samego K. S., tym samym nie sposób uznać, że przedmiotem transakcji z dnia 3 kwietnia 2017 r. pomiędzy w/w oskarżonymi były znaczne ilości środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 50 gram, które miały w następnej kolejności zostać odsprzedane przez K. S. innym osobom;

3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający istotny wpływ na jego treść, a polegający na bezzasadnym uznaniu, że w dniu 26 marca 2017 r. K. S. sprzedał O. C. 10 tabletek extasy, w sytuacji, gdy w sprawie niniejszej brak jest jednoznacznych dowodów świadczących o tym, iż pod słowem „krążki”, używanym w trakcie rozmowy telefonicznej pomiędzy wyżej wymienionymi podsądnymi, kryły się w rzeczywistości przedmiotowe tabletki extasy, nie zaś medykamenty na przyrost masy mięśniowej i potencję;
4. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający istotny wpływ na jego treść, a polegający na bezpodstawnym przyjęciu, iż przedmiotem transakcji w dniu 3 kwietnia 2017 r. pomiędzy K. S. a O. C. było 50 gram ziela konopi innych niż włókniste, który to środek odurzający w dalszej kolejności miał zostać odsprzedany przez K. S. innym osobom, w sytuacji gdy zgromadzony w sprawie i należycie oceniony materiał dowodowy prowadzi do przekonania, że przedmiotem transakcji było nie więcej niż 3,5 grama niniejszego środka odurzającego, które K. S. zakupił na własny użytek;
5. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający istotny wpływ na jego treść, a polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że K. S. uczynił sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu, w sytuacji gdy podsądnemu przypisano dwa przestępcze zachowania w ramach czynu ciągłego, popełnione na przestrzeni niespełna 10 dni, tym samym nie sposób

uznać, że takowe zachowania były naznaczone znamieniem powtarzalności i długotrwałości, świadczących o uczynieniu z przestępstwa stałego, regularnego źródła dochodu, tym bardziej że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie wykazał, aby K. S. czerpał jakiegokolwiek korzyści z handlu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego obostrzenia wymierzonej względem niego kary pozbawienia wolności na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k.

Powołując się na opisane zarzuty skarżący wniósł o:

- zmianę opisu i kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego oskarżonemu poprzez przyjęcie, iż w dniu 3 kwietnia 2017 r. w B. wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, posiadał zakupione uprzednio u O. C. środki odurzające w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości nie większej niż 3,5 grama, tj. czynu z art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i wymierzenie na tej podstawie kary w dolnych granicach ustawowego zagrożenia, ewentualnie
- zmianę wyroku poprzez wyeliminowanie z opisu czynu przypisanego oskarżonemu ustalenia „uczyniwszy sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu”,
- zmianę wyroku poprzez wyeliminowanie z podstawy skazania art. 65 § 1 k.k.,
- zmianę wyroku poprzez wyeliminowanie z podstawy wymiaru kary art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k.,
- wymierzenie oskarżonemu na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w zw. z art. 60 § 1 k.k. w zw. z art. 54 § 1 k.k. w zw. z art. 60 § 6 pkt 3 k.k. kary nadzwyczajnie złagodzonej.

Wyrokiem z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt II AKa (...), Sąd Apelacyjny w (...) zmienił zaskarżony wyrok w odniesieniu do M. S. w ten sposób, że w opisie czynu przypisanego w pkt IX pominął „D. K.”, a w pozostałej części, w odniesieniu do obu oskarżonych, zakażone orzeczenie utrzymał w mocy.

Opisane orzeczenie Sądu odwoławczego zaskarżone zostało kasacjami obrońców skazanych M. S. i K. S.

Obrońca M. S. zarzucił wyrokowi rażące naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie art. 7 i 366 w zw. z art. 433 § 2 k.p.k., wynikające z zaakceptowania ustaleń faktycznych wyroku Sądu Okręgowego dokonanych w oparciu o dowolną ocenę materiału dowodowego, skutkujące przypisaniem skazanemu funkcjonowania w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, kierowanej przez O. C. oraz udział w obrocie znacznymi ilościami środków odurzających, w sytuacji gdy zebrany materiał dowodowy, a w szczególności materiał pochodzący z kontroli operacyjnej rozmów telefonicznych, prowadzonych między skazanym a O. C. nie dawał podstaw do takiego wnioskowania i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Obrońca skazanego K. S. zarzucił wyrokowi rażącą obrazę przepisu prawa materialnego, a mianowicie art. 65 § 1 k.k., mającą istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, polegającą na jego niezasadnym zastosowaniu zarówno w opisie czynu zarzucanego podsądnemu K. S., jak również w podstawie skazania i wymiaru kary, w sytuacji gdy skazanemu przypisano dwa przestępcze zachowania w ramach czynu ciągłego, popełnione na przestrzeni jedynie 8 dni, tym samym nie sposób przyjąć, iż zachowania podsądnego były naznaczone znamieniem powtarzalności i długotrwałości, zaś fakt nie przypisania skazanemu udziału w zorganizowanej grupie przestępczej, brak relacji koleżeńskich z pozostałymi współoskarżonymi, nieujawnienie innych kontrahentów, którym skazany miał sprzedawać środki odurzające i psychotropowe, przesądza również o tym, iż działaniu podsądnego nie towarzyszył cel i chęć uzyskiwania z popełnienia przestępstwa stałego i długotrwałego źródła dochodu i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd odwoławczy.

W pisemnych odpowiedziach na kasacje prokurator wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy skazanego M. S. jest zasadna jedynie w części. Z treści postawionego zarzutu wynika, że skarżący kwestionuje rozstrzygnięcie Sądu odwoławczego zarówno w zakresie przypisania skazanemu odpowiedzialności za

udział w obrocie znacznymi ilościami środków odurzających w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, jak też za udział w zorganizowanej grupie przestępczej. Podnoszone w apelacji zarzuty dotyczące czynu przypisanego w pkt X wyroku, a więc uczestniczenia przez skazanego w obrocie znacznymi ilościami środków odurzających zostały rozpoznane prawidłowo, nie ma więc podstaw, by twierdzić, że doszło w tej mierze do naruszenia przez Sąd odwoławczy podstawowego obowiązku wynikającego z art. 433 § 2 k.p.k. Przypomnieć trzeba, że podstawą ustaleń faktycznych we wskazanym zakresie były przede wszystkim wyjaśnienia Ł. G. (k – 1385), zeznania D. M. oraz zarejestrowane rozmowy telefoniczne (strony 32 – 33 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego). Z treści tych dowodów wynika, że:

- skazany trzykrotnie woził O. C. w miejsca, w których ten nabywał marihuanę (dwukrotnie w ilości nie mniejszej niż 50 gramów),
- raz ukrył nabyty przez C. środek odurzający,
- M. sprzedawał marihuanę w ilościach hurtowych – od 50 do 100 gramów,
- przy trzecim wyjeździe – do B. – nie ustalono ilości nabytych środków odurzających,
- za te swoiste „przysługi” transportowe skazany otrzymywał od C. pieniądze na paliwo oraz jednorazowe porcje ziela konopi innych niż włókniste.

Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego (strony – 6 – 7), Sąd ten podzielił stanowisko Sądu Okręgowego zarówno co do podstawy dowodowej, jak wynikających ze wskazanych dowodów konsekwencji faktycznych i prawnych. S. wiedział po co jeździ z C., był także zorientowany co do ilości nabywanej marihuany, skoro ukrywał nabyte środki w parku. Sąd odwoławczy prawidłowo odniósł się do zarzutu związanego z oceną zeznań K. P., ponieważ utrzymywanie przez nią, że skazany jedynie nabywał narkotyki na własne potrzeby, nie przystaje do treści zarejestrowanych rozmów telefonicznych. W świetle tych uwag zarzut kasacyjny odnoszący się do omawianych kwestii ocenić należy jako oczywiście bezzasadny. Stanowisko to utwierdza uzasadnienie kasacji znajdujące się na jej stronie piątej. Zaprezentowany tam wywód ogranicza się w istocie rzeczy do przekonania skarżącego o nietrafności zaskarżonego wyroku, nie zawiera natomiast żadnych argumentów uzasadniających twierdzenie, że Sąd nienależycie

rozpoznał apelację i nie odniósł się do podniesionych w niej zarzutów. Zdziwienie w szczególności budzić musi stanowisko kwestionujące ustalenie, że przedmiotem obrotu było co najmniej 100 gramów marihuany, w sytuacji, gdy przyjęto, iż były trzy wyjazdy, a przedmiotem zakupu było co najmniej 50 gramów marihuany. Pomijając kierunek takiego wyводу wskazać trzeba, że ów rzekomy paradoks wyjaśniony został na stronie 50 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego. Wskazano tam przecież, że jednorazowy zakup od M. to co najmniej 50 gramów marihuany. Rzecz jednak w tym, że do trzeciej transakcji doszło w B., a sprzedającym nie był M. Zważywszy, że nie ustalono, ile marihuany podczas tej transakcji nabyto, Sąd – działając na korzyść skazanego – przyjął, że można mu przypisać co najmniej 100 gramów marihuany, czyli tyle, ile nabyto od M. Nie może być zatem mowy o rzekomej niekonsekwencji Sądu pierwszej instancji, której nie dostrzegł Sąd odwoławczy.

Inaczej rzecz się ma z zarzutem dotyczącym kwestii uczestniczenia skazanego w zorganizowanej grupie przestępczej i dokonywania przestępstw w ramach takiej grupy.

Jak wynika z opisu czynu przypisanego skazanemu w pkt IX wyroku Sądu Okręgowego, należał on do zorganizowanej grupy przestępczej kierowanej przez O. C., w skład której wchodził także M. K., D. K., D. M. i inne ustalone i nieustalone osoby. Spośród ustalonych w uzasadnieniu wyroku wskazuje się na K. P. i P. C. Ustalając udział skazanego M. S. w kierowanej przez C. grupie Sąd pierwszej instancji ograniczył się do wskazania, że C. nie miał prawa jazdy, zatem S. woził go co najmniej trzykrotnie na miejsce transakcji narkotykowych, wiedział co jest przedmiotem tych transakcji i za wykonaną pracę otrzymywał pieniądze na paliwo i niewielkie ilości narkotyku (strona 3 uzasadnienia). Analiza dalszych wywodów Sądu prowadzi do wniosku, że podstawą ustalenia, że S. brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej są wyjaśnienia Ł. G. (k – 1384 – 1385), wypowiedzi procesowe K. P. oraz zarejestrowane rozmowy telefoniczne. Na stronie 51 uzasadnienia dodatkowo podkreślono, że S. był „na każde wezwanie lidera grupy, a ów praktycznie nie korzystał z innych środków transportu niżli jego. Niewątpliwym jest również, że czynu tego dopuścił się w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, której jak wskazano był członkiem wykonującym polecenia jej

przywódcy”. Powyższe ustalenia zostały zakwestionowane w apelacji przez podniesienie zarzutów błędu w ustaleniach faktycznych wynikającego w istocie rzeczy z braku podstaw dowodowych uzasadniających przyjęcie udziału skazanego w zorganizowanej grupie przestępczej. Skarżący zwrócił uwagę, że zeznania świadków i wyjaśnienia współoskarżonych, a także treść zarejestrowanych rozmów nie wykluczają prawdziwości wyjaśnień skazanego, że jego zachowanie było jedynie formą koleżeńskej przysługi dla osoby, która nie miała prawa jazdy i nie wiązało się z wykonywaniem polecenia osoby kierującej zorganizowaną grupą przestępczą.

Sąd odwoławczy odniósł się do zarzutów apelacyjnych (strona 6 – 7 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), zgodzić się jednak należy z autorem kasacji, że ich rozpoznanie nastąpiło z rażącym naruszeniem art. 433 § 2 k.p.k. Przepis ten stanowi, że sąd odwoławczy jest zobowiązany rozważyć wszystkie wnioski i zarzuty wskazane w środku odwoławczym. Argumentacja zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku pozwala na stwierdzenie, że akceptując ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd pierwszej instancji, Sąd Apelacyjny nie rozpoznał istoty podniesionych zarzutów apelacyjnych. W uzasadnieniu zwykłego środka odwoławczego wskazano m.in., że:

- z żadnych dowodów nie wynika, by S. był członkiem zorganizowanej grupy przestępczej,
- z procesowych wypowiedzi K. P. wynika, że skazany nie brał udziału w grupie przestępczej, a marihuanę kupował wyłącznie na własny użytek,
- w podobny sposób wypowiadał się Ł. G., a inne osoby, tj. T., K., H., C. i M. w ogóle nie kojarzyli M. S.,
- zarejestrowane rozmowy telefoniczne potwierdzają jedynie relacje koleżeńskie i konsumenckie między skazanym a C.; S. nie wykonywał poleceń C.,
- w dwóch podróżach uczestniczyła sympatia M. S., a przysługa wykonywana była za hot – doga czy tankowanie samochodu,
- S. nie miał świadomości istnienia grupy przestępczej, nie znał jej członków, celów i sposobów działania oraz podziału ról.

Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego wynika, że zasadniczą podstawą do dokonania niekorzystnych dla skazanego ustaleń faktycznych w omawianym

zakresie są procesowe wypowiedzi Ł. G. i zarejestrowane rozmowy telefoniczne, a także stwierdzenie C., że S. był w „paczce”, choć sam C. nie przyznawał się do kierowania czy udziału w zorganizowanej grupie przestępczej. W wywodach Sądu trudno jednak znaleźć jakiegokolwiek konkretne odniesienie się do dowodów, które mają S. obciążać. Sąd odwołuje się do zeznań G., ale nie przywołuje ich treści – nie wiadomo zatem, które elementy jego wypowiedzi procesowej wskazują na udział S. w zorganizowanej grupie przestępczej. Podobnie postępuje zresztą Sąd pierwszej instancji (strona 19), który przedstawia swoje wnioski wynikające z wypowiedzi G., dodając lojalnie, że świadek ten przeczył istnieniu zorganizowanej grupy przestępczej. Trudno w motywacyjnej części orzeczenia Sądu Apelacyjnego znaleźć jakikolwiek argument przeczący tezie apelującego, iż z zeznań G. wcale nie wynika, by S. był członkiem zorganizowanej grupy przestępczej. Odnosząc się do zarejestrowanych rozmów telefonicznych Sąd odwoławczy odwołał się do argumentacji zawartej na stronie 33 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego. Rzecz jednak w tym, że zawarty tam wywód trafnie uzasadnia udział skazanego w obrocie środkami odurzającymi, a nie odnosi się, przynajmniej wprost do realizacji przez skazanego znamion przestępstwa z art. 258 § 1 k.k. Sąd Apelacyjny nie wykazał zatem dlaczego apelujący nie ma racji utrzymując, że nagrane rozmowy ilustrują jedynie koleżeński charakter relacji między skazanym a C. i nie potwierdzają wykonywania przez S. poleceń C. Trudno w uzasadnieniu Sądu odwoławczego znaleźć także jakiegokolwiek odniesienie się do kwestii związanej ze świadomością skazanego co do istnienia grupy przestępczej, jej struktury osobowej, celów organizacji i podziału ról. Sądy obu instancji nie wyjaśniły także dlaczego, mimo przyjęcia, że S. wykonywał każde polecenie C. w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, jego aktywność ograniczyła się do trzech wyjazdów w okresie od 8 lutego do 11 maja 2017 r. wobec faktu, że C. przypisano odpowiedzialność za kierowanie grupą w okresie od dnia 1 lutego 2017 r. do dnia 1 sierpnia 2017 r. oraz odpowiedzialność za udział w okresie od 1 lutego 2017 r. do dnia 18 marca 2017 r. w obrocie środkami odurzającymi daleko większym niż ten, który wiązał się ze współdziałaniem z S., na co wskazuje opis czynu przypisanego w pkt II.1,b) wyroku Sądu Okręgowego.

Bezpośrednie odczytanie zarzutu zawartego w kasacji obrońcy skazanego K. S. prowadziłoby do wniosku o oczywistej bezzasadności tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Sąd odwoławczy nie stosował przecież wprost przepisu art. 65 § 1 k.k., nie dokonał także odmiennej wykładni tego przepisu od tej, które legła u podstaw orzeczenia Sądu Okręgowego. Jednakże analiza podniesionego zarzutu w zestawieniu z uzasadnieniem kasacji i przy zastosowaniu regulacji zawartej w art. 118 § 1 k.p.k. pozwala na sformułowanie poglądu, że skarżący w istocie rzeczy kwestionuje rzetelność rozpoznania przez Sąd Apelacyjny podniesionego w pkt 5 apelacji zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych. Tak rozumiany zarzut kasacyjny zasługuje, w ocenie Sądu Najwyższego, na uwzględnienie, ponieważ apelacja obrońcy skazanego została rozpoznana w rozważanym aspekcie z rażącą obrazą art. 433 § 2 k.p.k.

Kwestia uczynienia sobie przez K. S. z obrotu środkami odurzającymi stałego źródła dochodu podnoszona była przez Sąd Okręgowy w B. w kilku miejsca uzasadnienia wyroku:

- na stronie 5 Sąd ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, że kolejnym kolegą C., który „tak jak on prowadził handel narkotykami uczyniwszy sobie z tego procederu stałe źródło dochodu był K. S. Wspomniany mężczyzna w dniu 26 marca 2017 r. sprzedał mu celem dalszej odsprzedaży 10 tabletek extasy za nieustaloną kwotę. Tydzień później ów zrewanżował się K. S. sprzedając mu w tym samym celu 50 gram ziela konopi innych niż włókniste”;
- oceniając wyjaśnienia skazanego oraz powołując się na zarejestrowane rozmowy telefoniczne (bez wskazania konkretnych fragmentów) Sąd wywiódł, że skoro skazany oferował „od ręki” sprzedaż dowolnej ilości narkotyku (w rzeczywistości doszło do sprzedaży 10 tabletek extasy), to okoliczność ta uzasadnia przyjęcie, że „od dłuższego czasu przed tą rozmową bez przerwy i stale zajmował się jego dystrybucją” (strona 43 – 44 uzasadnienia) – rzecz jednak w tym, że wprawdzie z opisu przypisanego skazanemu czynu wynika, że działał on w okresie od marca do kwietnia 2017 r., jednak dalsza część opisu wskazuje, że pierwszym przejawem aktywności skazanego była sprzedaż C. 10 tabletek extasy w dniu 26 marca 2017 r.;

- w dalszym wywodzie, znajdującym się na stronie 44 uzasadnienia, Sąd odwołał się do zarejestrowanej rozmowy z dnia 3 kwietnia 2017 r., związanej z nabyciem przez skazanego od C. marihuany i stwierdził, że „dopełnieniem powyższych dowodów są kolejne zarejestrowane rozmowy pomiędzy K. S., a pozostałymi współoskarżonymi, głównie O. C., ujawnione w protokołach z odtworzenia rozmów telefonicznych (k. 538-725, 1227-1262) i dodatkowo opracowane w notatce urzędowej (k. 1319-1325), ukazujące, że w taki sposób brał on stały udział w obrocie narkotykami”; trudno w uzasadnieniu Sądu Okręgowego znaleźć jednak jakąkolwiek analizę przywoływanych rozmów, odniesienie ich do okresu działalności przypisanej skazanemu, wyznaczonej datami transakcji z jego udziałem i ich konkretnego znaczenia dla ustalenia, że K. S. z handlu środkami odurzającymi uczynił sobie stałe źródło dochodu;
- dokonując oceny prawnej zachowania skazanego Sąd Okręgowy na stronie 55 uzasadnienia swojego wyroku stwierdził, że „Charakter tych transakcji (kupno – sprzedaż), ich okoliczności, w szczególności pierwszej z nich (...) uzasadniają przyjęcie działania ze z góry powziętym zamiarem jak też określenie, że uczynił on sobie z tego procederu stałe źródło dochodu”.

Uzasadniając podniesiony w pkt 5 apelacji zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, obrońca skazanego wskazał m.in., że „Analizując czasookres pomiędzy dwoma przestępczymi zachowaniami, nie sposób nie zauważyć, że oskarżony popełnił je na przestrzeni zaledwie 9 dni. W związku z powyższym nie można przyjąć, że jego zachowanie było naznaczone znamieniem powtarzalności, regularności, a przede wszystkim długotrwałości. Brak jest również dowodów świadczących o tym, iż intencją oskarżonego było wielokrotne i długotrwałe czerpanie korzyści majątkowej z udziału w obrocie narkotykami. Nie można pominąć faktu, iż ujawniony w sprawie materiał dowodowy *de facto* nie wykazał, aby K. S. czerpał jakiegokolwiek korzyści majątkowej z handlu narkotykami. Pomimo tak ukształtowanego materiału dowodowego, Sąd Okręgowy przyjął, iż K. S. uczynił sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu. Powyższy błąd w ustaleniach faktycznych był znamienny w skutkach, przede wszystkim w zakresie wymierzonej podsądnemu kary” (strona 5 apelacji).

Do przytoczonego wyводу, stanowiącego rozwinięcie zarzutu apelacyjnego, Sąd Apelacyjny odniósł się na stronach 10 – 11 uzasadnienia swojego wyroku. Jednak, jak wskazano już wcześniej, sposób rozpoznania apelacji w omawianym zakresie nie spełnia wymagań wynikających z art. 433 § 2 k.p.k. Poza powtórzeniem argumentacji znajdującej się na stronie 43 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego, bez jakiejkolwiek analizy „pozostałych rozmów telefonicznych”, Sąd skupił się na „zamyśle, celu” towarzyszącym zachowaniu sprawcy i odwołując się do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2015 r., V KK 165/14, OSNKW 2015, z. 6, poz. 49, wskazał, że przy ustaleniu uczynienia sobie z przestępstwa stałego źródła dochodu „chodzi nie tyle o sytuacje, w których prowadzenie procederu przestępczego przynosi sprawcy w miarę regularne dochody przez relatywnie długi czas, ile o sytuacje, w których sprawca, popełniając przestępstwo lub przestępstwa, zakłada (przyjmuje), że proceder przestępny będzie dla niego źródłem odpowiednio trwałym, w miarę regularnych dochodów (...) nawet gdy ostatecznie zamysł nie został urzeczywistniony z takich czy innych powodów”. Przytoczony fragment uzasadnienia zdaje się wskazywać, że w powołanym orzeczeniu Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że elementem decydującym o przyjęciu uczynienia z przestępstwa stałego źródła dochodu jest zamiar sprawcy, co nie jest zgodne z prawdą. Dokonując wykładni art. 65 § 1 k.k. Sąd Najwyższy stwierdził, że „określenie >>stałe źródło dochodu<<, zamieszczone w tym przepisie jest poprzedzone słowami >>... do sprawcy, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie...<<. Jest oczywiste, że oba sformułowania charakteryzują zarówno zamiar, jak i sposób działania sprawcy. Oznaczają, że sprawca uruchomił takie przestępcze działanie, którego *modus operandi* zapewnia powtarzalność osiągnięcia bezprawnego dochodu. Przestępstwo jest wtedy dla sprawcy źródłem korzyści majątkowych, funkcjonującym permanentnie i w zasadzie przez czas nieokreślony. Ta właściwość przestępstwa, wyrażająca się w osiąganiu dochodu przez sprawcę, przejawia się w całym okresie jego dokonywania i stanowi realizację celu sprawcy. Jako taka wypełnia od początku ustawowy warunek nadzwyczajnego obostrzenia kary. Dlatego też przerwanie procederu z przyczyn niezależnych od sprawcy, np. przez organy ścigania, nie odbiera przestępstwu omawianej cechy. (...) przepis art. 65 § 1 k.k. nie uzależnia stosowania nadzwyczajnego obostrzenia kary wobec

sprawcy, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, od czasu jego trwania. Decydujące znaczenie ma w tym względzie sposób działania sprawcy, który zgodnie z jego zamierzeniem przysparza mu stałego dochodu”. Nie jest możliwe zatem ustalenie, że sprawca uczynił sobie z przestępstwa źródło stałego dochodu wyłącznie w oparciu o przypisany mu zamiar. Ustawa posługuje się słowem „uczynił”, tj. czasownikiem dokonanym, co wymusza ocenę znamienia źródła stałego dochodu w perspektywie przyjętego i zrealizowanego sposobu działania sprawcy w połączeniu z towarzyszącym mu określonym zamiarem. Na marginesie należy zauważyć, że omawiane wyżej orzeczenie Sądu Najwyższego zapadło w sprawie, w której sprawcy przypisano, iż uczynił sobie stałe źródło dochodu w sytuacji, gdy w ciągu 9 dni, działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, za pośrednictwem sklepu internetowego oszukał 42 osoby i usiłował oszukać 3 kolejne osoby.

Sąd odwoławczy nie rozpoznał zarzutu apelacyjnego stosownie do powyższych uwag mimo, że skarżący podnosił kwestie związane ze sposobem działania skazanego (dwie transakcje dokonane w odstępie 9 dni, brak powtarzalności i długotrwałości, brak rozważań związanych z osiągniętymi korzyściami; warto zauważyć, że Sądy nie poczyniły żadnych pozytywnych ustaleń związanych ceną zbytu i nabycia środków odurzających oraz osiągniętymi, czy zamierzonymi przez skazanego korzyściami majątkowymi, nie wskazały także źródeł pochodzenia środków ani okoliczności ich zbytu ewentualnym dalszym pośrednikom, czy konsumentom, nie próbowały także wyjaśnić, dlaczego aktywność skazanego ograniczyła się do dwóch transakcji, mimo że działalność „handlowa” np. O. C. trwała do 14 czerwca 2017 r. – pkt II wyroku Sądu Okręgowego). Natomiast wywody związane z zamiarem towarzyszącym działaniom skazanego w istocie rzeczy stanowiły powtórzenie stanowiska Sądu pierwszej instancji, kwestionowanego przecież przez apelującego, co trudno uznać za rzetelne rozpoznanie wniesionego środka odwoławczego, zwłaszcza gdy Sąd Okręgowy buduje swoje przekonanie o zamiarze skazanego na podstawie zarejestrowanych rozmów telefonicznych, których w istocie rzeczy nie relacjonuje ani nie analizuje.

Konsekwencją powyższych rozważań stała się konieczność uchYLENIA zaskarżonego wyroku w odniesieniu do M. S. i K. S., ponieważ stwierdzone uchybienia miały charakter rażący, a możliwość ich istotnego wpływu na treść wyroku jest oczywista i przekazania sprawy Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W toku tego postępowania Sąd Apelacyjny będzie zobowiązany do rzetelnego rozpoznania wniesionych środków odwoławczych z uwzględnieniem poczynionych uwag.