



Sygn. akt II KK 208/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 lipca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)
SSN Andrzej Siuchniński
SSN Małgorzata Wąsek-Wiaderek (sprawozdawca)

Protokolant Małgorzata Czartoryska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jolanty Rucińskiej
w sprawie **A.P.**

skazanego z art. 56 ust. 3 i in. ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu
narkomanii

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 21 lipca 2021 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 20 listopada 2019 r., sygn. akt II AKa (...),

utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w W.

z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt V K (...),

- 1. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania;**
- 2. zarządza zwrot oskarżonemu opłaty od kasacji w kwocie 750 zł.**

UZASADNIENIE
UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego w W. z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt V K (...), A. P. został uniewinniony od czynu z art. 258 § 1 k.k. (pkt 2) oraz uznany za winnego czynu z art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia czynu w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k., za który wymierzono mu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny 350 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 85 złotych (pkt 1).

Powyższy wyrok został zaskarżony apelacją obrońcy oskarżonego (na jego korzyść w zakresie, w jakim wyrokiem tym przypisano oskarżonemu czyn z art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii) oraz apelacją prokuratora wniesioną na niekorzyść oskarżonego (prokurator zaskarżył wyrok w całości).

Po rozpoznaniu obu apelacji, Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z dnia 20 listopada 2019 r., sygn. akt II AKa (...), utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

Kasację od tego wyroku wniósł obrońca skazanego, zaskarżając go w całości i zarzucając mu rażącą obrazę przepisów postępowania:

„1) art. 439 § 1 pkt 1, bądź 2 k.p.k. w zw. z art. 77 § 1 pkt 1 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych w zw. z art. 47 Karty Praw Podstawowych UE i art. 2 oraz art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej, polegającą na tym, iż w wydaniu zaskarżonego orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona, bądź też sąd był nienależycie obsadzony, a to ze względu na udział w nim SSR D. D.(sędziego sprawozdawcy), delegowanego przez Ministra Sprawiedliwości na podstawie art. 77 § 1 pkt 1 cyt. ustawy do orzekania w Sądzie Apelacyjnym, co skutkowało pozbawieniem oskarżonego A. P. prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem, a także sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd w postępowaniu apelacyjnym, a to ze względu na fakt, iż:

a) art. 77 § 1 pkt 1 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych jest sprzeczny z przepisami art. 47 Karty Praw Podstawowych UE i art. 2 oraz art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej w zakresie w jakim uprawnia Ministra Sprawiedliwości, pełniącego jednocześnie rolę Prokuratora Generalnego, do dokonywania delegacji sędziów z sądów niższej instancji do sądów wyższej instancji, w szczególności ze względu na brak określenia kryteriów doboru sędziów do tej delegacji, jak również

możliwość odwołania przez Ministra Sprawiedliwości delegacji w każdym czasie bez zachowania okresu uprzedzenia zgodnie z art. 77 § 4 zd. 2 cyt. ustawy,

b) w realiach niniejszej sprawy delegacja do Sądu Apelacyjnego dotyczyła Sędziego Sądu Rejonowego, który pomimo wieloletniego, tj. od 2005 r. na stanowisku sędziego, orzekania w Sądzie Rejonowym w W. i udziału w konkursach na stanowisko sędziego sądów wyższych instancji, nie uzyskał dotychczas nominacji na stanowisko w sądzie wyższej instancji, uzyskał zaś na podstawie dyskrecjonalnej decyzji Ministra Sprawiedliwości:

- delegację do sądu wyższej instancji i to o dwa szczeble w strukturze organizacyjnej,

- stanowisko wiceprezesa Sądu Okręgowego w W.,

co wskazuje na istnienie "szczególnej" relacji tego sędziego z przedstawicielem władzy wykonawczej, niepozwalającej uznać go za bezstronnego i niezawisłego".

W kolejnych zarzutach kasacji obrońca wskazał na rażącą obrazę:

„2) art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k., polegającą na nienależytym rozważeniu przez Sąd Apelacyjny, podniesionego w apelacji obrońcy oskarżonego zarzutu z pkt 1 — dotyczącego nieprawidłowości w zakresie wprowadzenia do procesu materiału dowodowego w postaci nagrań rozmów telefonicznych zarejestrowanych w ramach stosowanej kontroli operacyjnej P[...] GAN 2 i P[...]POLGAN — i niewłaściwym uzasadnieniu orzeczenia, poprzez brak odniesienia się do wszystkich argumentów uzasadniających ten zarzut, w szczególności pominięcie gwarancji konstytucyjnych, wynikających z art. 2, art. 7, art. 47, art. 49, 51 ust. 2 Konstytucji, w procesie wykładni i stosowania art. 19 ust. 3 w zw. z art. 19 ust. 15 zd. 2 w zw. z art. 393 k.p.k. w zw. z art. 19 ust. 17 ustawy o Policji, jak również brak odniesienia się do argumentów związanych z wykładnią systemową i historyczną tych przepisów, podczas gdy obowiązkiem Sądu Apelacyjnego było rzetelne odniesie się do wszystkich argumentów uzasadniających zarzut apelacyjny, w szczególności iż istnieją poważne argumenty przemawiające za zasadnością interpretacji i zastosowaniem ww. przepisów w taki sposób, iż uzyskanie zgody następczej na legalizację i wprowadzenie do procesu materiałów z kontroli operacyjnej w odniesieniu do osoby, która nie była objęta zgodą na tę kontrolę, było ograniczone terminem, który w realiach niniejszej sprawy

nie został zachowany, co winno skutkować zniszczeniem tych materiałów, zwłaszcza że Sąd Apelacyjny błędnie uznał, iż uzyskanie zgód następnych postanowieniami Sądu Okręgowego w W. z 10 listopada 2010 r. nastąpiło po uzyskaniu przez organy ścigania informacji z Sądu Okręgowego w O. z 22 października 2010 r. (k. 138), w sytuacji gdy informacja z Sądu Okręgowego w O. została przekazana organom ścigania pismem z 22 października 2012 roku (vide: k. 138, k. 1204-pismo Wiceprezesa Sądu Okręgowego w O. z 16.04.2018 r.),

3) art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7, 410, i art. 167 oraz 366 § 1 k.p.k., polegającą na oczywiście nierzetelnym rozpoznaniu zarzutu z pkt 2 apelacji poprzez niewłaściwe przyjęcie, iż Sąd Okręgowy nie naruszył powołanych w nim przepisów, pomimo niedopuszczenia z urzędu dowodów w postaci nagrań rozmów telefonicznych z szeregu wymienionych w apelacji kontroli operacyjnych oraz zgód na ich zastosowanie, ponieważ obrońca oskarżonego:

- nie przedstawił wyjaśnienia swej pasywnej postawy na rozprawie, w wyniku której do dopuszczenia tych „nagrań” nie doszło,
- nie wykazał, z jakiego powodu przyjmuje, że sąd był zobowiązany do podjęcia tych czynności z urzędu,
- nie przedstawił przekonujących argumentów, z których wynika, że niewykonanie tych czynności miało wpływ na treść orzeczenia,
- w sposób niedopuszczalny dąży do przerzucenia na sąd pierwszej instancji odpowiedzialności za bierną postawę obrońcy podczas procesu,
- zarzucając Sądowi I instancji brak poszukiwania dowodów w celu stwierdzenia m. in. „istnienia zorganizowanej grupy przestępczej”, podejmuje czynności procesowe na niekorzyść oskarżonego wbrew obowiązкови z art. 86 § 1 k.p.k., podczas gdy wbrew twierdzeniom Sądu Apelacyjnego:
- skarżący w apelacji szczegółowo wyjaśnił, iż brak dopuszczenia ww. dowodów z urzędu skutkował naruszeniem przez Sąd I instancji zasady bezpośredniości, a także brakiem źródłowego materiału dowodowego, pozwalającego w sposób pełny i prawidłowy dokonać oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wytworzonego na podstawie materiałów z ww. kontroli, co powodowało, iż orzeczenie Sądu I instancji uchylało się spod kontroli instancyjnej w zakresie

prawidłowości sposobu oceny materiału dowodowego oraz dokonanych ustaleń faktycznych,

- obrońca nie zachował bierności w toku procesu przed Sądem I instancji, a czynności obrończy dokonywał z uwzględnieniem zasad wynikających z rozkładu ciężaru dowodzenia w procesie karnym, zgodnie z regułą określoną w art. 42 ust. 3 Konstytucji i art. 5 § 1 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k., co powodowało, iż nie był zobowiązany przejawiać inicjatywy dowodowej zakresie ww. materiałów, natomiast obowiązek ten spoczywał na oskarżycielu i Sądzie,

- obrońca, stawiając Sądowi I instancji ww. zarzut, nie działał na niekorzyść oskarżonego, a wywód Sądu Apelacyjnego jest efektem niezrozumienia jego treści, co więcej Sąd Apelacyjny popadł w logiczną sprzeczność z jednej strony zarzucając obrońcy bierność w zakresie inicjatywy dowodowej, a z drugiej przyjmując, iż samo stawianie zarzutu Sądowi I instancji niedopuszczenia tych dowodów z urzędu jest działaniem na niekorzyść oskarżonego, szczególnie że obrońca kwestionował prawidłowość ustaleń Sądu I instancji m.in. w zakresie istnienia zorganizowanej grupy przestępczej i jej składu, a to ze względu na ich dokonanie w oparciu o dowody pośrednie, a nie bezpośrednie,

4) art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7, 410, i art. 167 oraz 366 § 1 k.p.k., polegającą na oczywiście niewłaściwym, bo pozornym, rozpoznaniu i odniesieniu do zarzutu z pkt 3 apelacji obrońcy oskarżonego, poprzez błędne przyjęcie, iż Sąd Okręgowy nie dopuścił się obrazy przepisów postępowania wskazanych w ww. części apelacji, albowiem:

- a) obrońca nie wskazał żadnych dowodów, które zostały przez Sąd I instancji ujawnione, lecz pominięte przy wyrokowaniu, bądź zostały uwzględnione, bez ich ujawnienia na rozprawie (str. 28 uzasadnienia wyroku SA), podczas gdy twierdzenia Sądu Apelacyjnego w tym zakresie nie znajdują potwierdzenia w treści środka odwoławczego, skoro obrońca precyzyjnie wskazał w nim, iż w procesie oceny materiału dowodowego Sąd Okręgowy, pomimo ujawnienia na rozprawie, nie uwzględnił dowodów w postaci wykazu rozmów telefonicznych, przekazanego przez operatora sieci komórkowej (k. 419 i nast., a także k. 111 załącznika nr 2 oraz k. 15 załącznika nr 1 do ao), z którego jasno wynika, iż część rozmów zarejestrowanych w ramach kontroli operacyjnej P[...]GAN 2 (rozmowa nr 18, 20,

24, 26, 28, 30, 32-35, 52-55, 58-61, 109, 112, 123) nie występuje w ww. wykazie, co poddawało w wątpliwość datę i czas przeprowadzenia zarejestrowanych rozmów, a także identyfikację oskarżonego (rozmowa nr 123), zwłaszcza że pozostałe rozmowy zarejestrowane w ramach kontroli operacyjnej P[...]GAN 2 da się powiązać z rozmowami ujawnionymi w ww. wykazie, a Sąd Apelacyjny do kwestii tych odniósł się pobieżnie, jedynie poprzez zacytowanie fragmentów pisma Kierownika Wydziału Bezpieczeństwa Sieci Komórkowej P. (...) Sp. z o.o. z 6.06.2013 r. (k. 417-18) i bez rozważania, m.in. faktu, iż zgodnie z przekazanymi informacjami poniżej 0,2 % połączeń realizowanych przez kontrolowane obiekty nie zostaje prawidłowo zarejestrowanych przez tego operatora, choć w realiach niniejszej sprawy poziom ten jest drastycznie wyższy, bo z zarejestrowanych i ujawnionych 156 rozmów 21 rozmów nie występuje w wykazie przekazanym przez operatora (blisko 13,5%), co przy twierdzeniach biegłego z zakresu fonoskopii o możliwości „ustawienia” w dowolny sposób zegarów może wskazywać na szeroki wachlarz możliwości nieprawidłowego określenia czasu (daty) rozmowy, czy to w drodze zamierzonej manipulacji, czy błędu ludzkiego, będącego następstwem niedbalstwa,

b) nie naruszył art. 7 k.p.k., a zarzuty apelacji sprowadzają się do prezentacji przez obrońcę oskarżonego własnej oceny i krytyki ocen, dokonanych przez Sąd I instancji, w szczególności iż:

- rozmowy telefoniczne zarejestrowane podczas kontroli operacyjnych nie są niewiarygodne, ponieważ biegły z zakresu fonoskopii nie ustalił w zapisach rozmów telefonicznych występowania cech mogących świadczyć o stosowaniu techniki montażu nagrań, bądź innego rodzaju ingerencji w zapisy rozmów (strona 28 uzasadnienia wyroku SA),
- Sąd wyjaśnił w sposób logiczny i przekonujący występujące rozbieżności w zakresie dat i czasu poszczególnych rozmów (strona 29 uzasadnienia wyroku SA), podczas gdy
- obrońca oskarżonego w zarzucie nr 3, ani 4 i 5 apelacji nie kwestionował opinii biegłego z zakresu fonoskopii w aspekcie wskazanym przez Sąd Apelacyjny,
- powyższe twierdzenie Sądu nie odpowiada rzeczywistości, skoro Sąd Okręgowy nie rozstrzygnął wątpliwości, ani nie podjął inicjatywy dowodowej, w celu

wyjaśnienia wątpliwości rodzących się na tle rozbieżności wynikających z faktu, iż część zarejestrowanych rozmów telefonicznych w ramach kontroli operacyjnej P[...]GAN 2, nie występuje w wykazie rozmów telefonicznych, przekazanym przez operatora sieci komórkowej,

c) Sąd Apelacyjny w ogóle nie odniósł się do zarzutu naruszenia art. 167 i art. 366 § 1 k.p.k. poprzez brak dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii biegłego w zakresie prawidłowego ustalenia czasu rozmów z kontroli operacyjnych, a to wobec występowania rozbieżności, o których mowa wcześniej, pomimo, iż na możliwość taką wskazywał biegły z zakresu fonoskopii podczas przesłuchania w dniu 13 listopada 2017 r. (str. 4 protokołu rozprawy z 13.11.2017 r.),

5) art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., polegającą na oczywiście nienależytym rozpoznaniu i odniesieniu się w uzasadnieniu orzeczenia do zarzutów z pkt 4 i 5 apelacji obrońcy oskarżonego poprzez błędne przyjęcie, iż Sąd Okręgowy nie dopuścił się obrazy przepisów postępowania wskazanych w ww. części apelacji, albowiem:

- oskarżony w rozmowie z dnia 16 marca 2010 roku, zwrócił się do rozmówcy imieniem Ł.,
- oskarżony sam przyznał, że w tym okresie utrzymywał kontakt zarówno osobisty jak i telefoniczny z Ł. G.,
- na podstawie czynności operacyjnych, w tym materiałów z kontroli operacyjnej (k. 186-196), uzyskano informacje, w wyniku której w dniu 28 lipca 2010 roku zatrzymano dwie osoby, w tym Ł. G., oraz zabezpieczono znaczną ilość środków odurzających i substancji psychotropowych, podczas gdy
- okoliczność zwrócenia się w rozmowie z 16 marca 2010 r. (nr 123), zarejestrowanej w ramach kontroli operacyjnej GAN 2, przez jednego z rozmówców, nawet przy założeniu, iż jest nim oskarżony A. P., do drugiego rozmówcy imieniem Ł., biorąc pod uwagę fakt znajomości w tym czasie Ł. G. i A. P., nie przesądza jednoznacznie o pewności i prawidłowości identyfikacji Ł. G.,
- fakt zatrzymania Ł. G. w wyniku czynności operacyjnych w dniu 28 lipca 2010 r., przy uwzględnieniu faktu, iż kontrole operacyjne P[...] GAN 2 i PÓŁGAN miały

miejsce odpowiednio w okresie styczeń—marzec 2010 r. i maj-czerwiec 2010 r., nie pozwala jednoznacznie powiązać tych zdarzeń,

- Sąd Apelacyjny całkowicie zignorował fakt, iż ww. rozmowa z 16 marca 2010 r., choć zarejestrowana w ramach kontroli operacyjnej P[...] GAN 2, nie występowała w wykazie rozmów telefonicznych przekazanych przez operatora sieci,

6) art. 433 § 2 k.p.k. oraz art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 167, art. 366 § 1 k.p.k., polegającą na oczywiście nieodpowiednim rozpoznaniu i odniesieniu się w uzasadnieniu orzeczenia do zarzutu z pkt 6 apelacji obrońcy oskarżonego poprzez błędne przyjęcie, iż Sąd Okręgowy nie dopuścił się obrazy przepisów postępowania wskazanych w ww. części apelacji w wyniku braku dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii biegłego z zakresu fonoskopii w celu ustalenia, czy głos rozmówcy A. P. z rozmów zarejestrowanych w ramach P[...] GAN 2 i P[...] PÓŁGAN należy do tej samej osoby, ponieważ:

- to obowiązkiem stron jest udowadnianie wysuwanych twierdzeń, a na sądzie zaś ciąży obowiązek oceny ich zasadności,

- obrońca nie wypełniał prawidłowo swojej roli, skoro takiego wniosku nie złożył, a stawianie takich zarzutów jest przejawem samokrytyki, którą składa obrońca, gdyż w ten sposób wykazuje swe błędy, ujawniając, jakich uchybień dopuścił się w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji.

- obrońca de facto konstruuje zarzut naruszenia art. 201 k.p.k. poprzez odstępianie od powołania innego biegłego z zakresu fonoskopii, który również jest nietrafny, ponieważ opinia biegłego z zakresu fonoskopii jest pełna, jasna i niesprzeczna, podczas gdy

- oskarżony, ani obrońca nie wysuwali w postępowaniu przed Sądami obu instancji żadnych twierdzeń w zakresie identyfikacji głosu rozmówcy A. P.,

- obrońca nie miał obowiązku, podobnie jak oskarżony, przejawiać inicjatywy dowodowej w tym zakresie ze względu na rozkład ciężaru dowodzenia w procesie karnym, wynikający z reguły określonej w art. 42 ust. 3 Konstytucji oraz art. 5 § 1 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k., natomiast obowiązek ten spoczywał na oskarżycielu i Sądzie, którzy powinni udowodnić, iż rozmówcą A. P. był Ł. G.,

- kwestia tego czy głos rozmówcy oskarżonego A.P. w rozmowach zarejestrowanych w ramach P[...] GAN 2 i P[...] PÓŁGAN należał do tej samej

osoby nie był przedmiotem opinii biegłego z zakresu fonoskopii (była nim wyłącznie autentyczność nagrań, ustalenie czy głos należy do określonych osób i sporządzenie kopii nagrań), a zatem obrońca nie był uprawniony do formułowania zarzutu naruszenia art. 201 k.p.k., zaś całość wywodów Sądu Apelacyjnego w tym zakresie świadczy o niezrozumieniu istoty zarzutu,

7) art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., polegającą na nienależytym rozpatrzeniu zarzutu z pkt 7 apelacji, dotyczącego naruszenia art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., poprzez wadliwe przyjęcie, iż Sąd Okręgowy nie naruszył tych przepisów, uznając opinię biegłego z zakresu slangu narkotykowego za prawidłową, ponieważ rozbieżności dotyczącej czasu rozmów zarejestrowanych w ramach P[...] GAN 2 i P[...] PÓŁGAN są bez znaczenia z przyczyn wcześniej, wskazanych, a biegły z zakresu fonoskopii nie stwierdził w zapisach rozmów telefonicznych występowania ingerencji, podczas gdy Sąd Apelacyjny, odnosząc się do tego zarzutu apelacji, całkowicie zignorował fakt, iż ocena wiarygodności opinii biegłego z zakresu slangu narkotykowego jest przedwczesna, a przez to dowolna, skoro biegły:

- opiniował na podstawie materiałów ze wszystkich kontroli operacyjnych, tj. 19, a Sąd dysponował jedynie materiałami z 2 takich kontroli,
- opiniował przy założeniu prawidłowości ustaleń organów ścigania w zakresie osób, wobec których stosowane były wszystkie kontrole operacyjne, a Sąd Okręgowy nie dysponował materiałem dowodowym pozwalającym na weryfikację prawidłowości tych ustaleń, zwłaszcza że z opinii biegłego z zakresu fonoskopii wynika, iż biegły nie jest w stanie ustalić, do kogo należą głosy rozmówców, z wyjątkiem A. P. (choć i w tym zakresie istnieją wątpliwości, będące przedmiotem odrębnego zarzutu),
- stanowczo wskazywał, iż prawidłowość wniosków jego opinii zależy także od prawidłowości ustaleń dotyczących czasu przeprowadzonych rozmów telefonicznych, do którego to zarzutu Sąd Apelacyjny się odniósł, jednak w sposób całkowicie nieprzekonujący,

8) art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., polegającą na nienależytym rozpatrzeniu zarzutu z pkt 8 apelacji, dotyczącego naruszenia art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., poprzez brak odniesienia się do wszystkich przedstawionych argumentów apelacji, a także aprobatę stanowiska Sądu Okręgowego co do wiarygodności opinii biegłego z zakresu slangu narkotykowego w zakresie przyjęcia, że określenie „to

płaskie” dotyczy haszyszu, bo interpretacja ta znajduje potwierdzenie w czynności zatrzymania w dniu 28 lipca 2010 r. Ł. G. i K. K. oraz ujawnienia i zabezpieczenia środków odurzających w postaci marihuany, amfetaminy i haszyszu, podczas gdy

- Sąd Apelacyjny, pomimo jasno sformułowanego i uzasadnionego zarzutu, nie odniósł się do oczywistej nielogiczności opinii biegłego w tym zakresie, która wynikała z faktu, iż w opinii ustnej na rozprawie w dniu 19 maja 2014 roku biegły wyjaśnił, iż rozmowa o „tym płaskim” mogła dotyczyć czegoś innego niż haszysz, choć rozmówcy odwoływali się do tego „co ostatnio”, czyż marihuany (przyp: powinno być haszyszu), a przecież nie mogło być wcześniejszej transakcji marihuaną, skoro Sąd Okręgowy w ramach zarzucanego mu czynu przyjął, iż pierwsza transakcja obejmowała haszysz,

- Sąd Apelacyjny nie dostrzegł, iż opinia biegłego jest nielogiczna, jeśli uwzględni się kontekst rozmowy, a mianowicie, iż w jednej w kolejnych rozmów mowa jest o telewizorach (rozmowa nr 26 z 9 lutego 2010 roku), które w obecnych czasach są płaskie,

- Sąd Apelacyjny przy ocenie tego zarzutu nie dostrzegł, iż podczas zatrzymania Ł.G. i K. K. ujawniono i zabezpieczono nie tylko środki odurzające w postaci marihuany, amfetaminy i haszyszu, ale także kokainę i 4,9 kg tabletek o nieustalonym składzie, które, jak później się okazało, nie były środkami odurzającymi, ani substancjami psychotropowymi,

9) art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., polegającą na nienależytym rozpatrzeniu zarzutu z pkt 10 apelacji, dotyczącego naruszenia art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., poprzez brak właściwego odniesienia się przez Sąd Apelacyjny do wszystkich przedstawionych argumentów i ograniczenie się do powtórzenia argumentacji dotyczącej zarzutów z pkt 3 i 6 apelacji, oraz odniesienie do art. 5 § 2 k.p.k., w sytuacji gdy Sąd Apelacyjny całkowicie pominął najistotniejszy z argumentów zawartych w tym zarzucie, a mianowicie czy opinia biegłego z zakresu fonoskopii w zakresie identyfikacji głosu oskarżonego A.P. jest wiarygodnym dowodem, potwierdzającym fakt uczestnictwa w rozmowach zarejestrowanych z ramach kontroli operacyjnych P[...]GAN 2 i P[...] PÓŁGAN, jeśli zważy się na fakt, iż ze względu na charakter i metodologię opiniowania biegły nie był w stanie wskazać, jaka liczba osób może posiadać te same lub zbliżone cechy głosu, które pozwalają

na potwierdzenie tożsamości ich głosu i głosu oskarżonego, co powoduje, iż nie sposób ustalić stopnia prawdopodobieństwa tego rodzaju identyfikacji, a dodatkowo Sąd nieprzekonująco odniósł się do zarzutu z pkt 3 apelacji w zakresie wątpliwości co do czasu rozmowy z 16 marca 2010 roku, stanowiącej podstawę identyfikacji oskarżonego A. P.”.

W oparciu o tak postawione zarzuty kasacyjne obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) w całości i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Regionalnej w [...] wniósł o oddalenie kasacji jak oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Zawarty w kasacji obrońcy oskarżonego wniosek o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w (...) w postępowaniu odwoławczym zasługiwał na uwzględnienie, jednak nie ze względu na zasadność zarzutów sformułowanych w kasacji (te nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu), ale z powodu zaistnienia w sprawie bezwzględnego powodu uchylenia orzeczenia z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

Sąd Najwyższy orzekający w tym składzie w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2021 r. (IV KK 70/21), zgodnie z którym nie spełnia wymogów ustawowych akt delegowania sędziego do pełnienia służby sędziowskiej „na czas pełnienia funkcji prezesa”. Na podstawie takiej właśnie delegacji orzekał w Sądzie Apelacyjnym Sędzia D. D., który był Sędzią sprawozdawcą w tej sprawie. Jak wynika z akt sprawy, Sędzia został delegowany do pełnienia obowiązków sędziego w Sądzie Apelacyjnym w (...) od dnia 17 maja 2018 r. „na czas pełnienia funkcji wiceprezesa Sądu Okręgowego w W.” (k. 30 akt SN). Na akcie delegacji znajduje się też odrębny dopisek o treści „tj. do 12.09.2023 r.”. Taki akt delegowania nie spełnia wymogów ustawowych, bowiem zgodnie z art. 77 § 1 pkt 1 u.s.p. Minister Sprawiedliwości może delegować sędziego, za jego zgodą, do pełnienia obowiązków w sądzie wyższym na czas określony, nie dłuższy niż 2 lata, albo na czas nieokreślony. Delegacja udzielona Sędziemu D. D. nie została udzielona na czas nieokreślony, nie wskazano w niej

również konkretnego, określonego datami, czasu delegowania, mieszczącego się w okresie 2 lat.

Należy podzielić wszystkie argumenty, także te odwołujące się do standardu konstytucyjnego, zawarte w uzasadnieniu wspomnianego wyroku Sądu Najwyższego w sprawie IV KK 70/21 wskazujące na to, że orzeczenie wydane z udziałem tak nieprawidłowo delegowanego sędziego dotknięte jest bezwzględnym uchybieniem, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.

Warto uzupełnić je o kontekst europejski. Każdy Sąd Rzeczypospolitej Polskiej jest zobowiązany gwarantować podsądnym prawo do rzetelnego procesu, wyrażone w art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284, ze zm.). Do dokonywania wykładni jej postanowień powołany został Europejski Trybunał Praw Człowieka (art. 19 Konwencji). To orzecznictwo tego Trybunału (dalej: EKPCz) nadaje ostateczny kształt normatywny postanowieniom Konwencji, doprecyzowując znaczenie i zakres gwarantowanych w niej praw i wolności, w tym prawa do rzetelnego procesu. Europejski Trybunał Praw Człowieka miał już sposobność orzekać o zgodności z art. 6 Konwencji postępowania karnego i wydania prawomocnego wyroku z udziałem sędziego, którego prawidłowość delegowania do orzekania w sądzie wyższej instancji budziła wątpliwości co do zakresu tej delegacji, w tym jej ram czasowych. W wyroku *Richert p. Polsce* ETPCz przypomniał, że wyrażenie „sąd ustanowiony ustawą” użyte w art. 6 ust. 1 Konwencji odzwierciedla zasadę praworządności, stanowiącą nieodłączny element systemu ochrony ustanowionego Konwencją i jej Protokołami. „Ustawa” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji oznacza w szczególności akty prawne regulujące ustanawianie i kompetencje organów wymiaru sprawiedliwości. Jeżeli zatem sąd nie posiada kompetencji do sądzenia oskarżonego zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie w myśl prawa krajowego, nie jest „sądem ustanowionym ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji, przy czym wyrażenie „ustanowiony ustawą” obejmuje nie tylko podstawę prawną istnienia „sądu” jako takiego, ale także składu orzekającego w poszczególnych sprawach (wyrok ETPCz w sprawie *Richert p. Polsce*, z dnia 25 października 2011 r., skarga nr 54809/07, pkt 41-43). Stosując ten standard, ETPCz orzekł naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji w tej sprawie w powodu nieprawidłowości delegowania sędziego do orzekania w sądzie wyższej instancji,

co skutkowało wznowieniem prawomocnie zakończonego postępowania karnego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 września 2013 r., III KO 58/13).

Podsumowując, podstawowym, wręcz wyjściowym wymogiem zapewnienia oskarżonemu „prawa do sądu właściwego” w rozumieniu art. 6 Konwencji jest prawidłowość delegowania sędziego do orzekania pod względem formalnym i jego zgodność z wymogami ustawowymi. Przy dokonywaniu wykładni art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. konieczne jest uwzględnienie standardu „prawa do sądu ustanowionego ustawą”, wyrażonego w art. 6 Konwencji, w rozumieniu nadanym temu postanowieniu w orzecznictwie ETPCz. Ma to przede wszystkim na celu zrealizowanie zobowiązania wynikającego z art. 1 Konwencji, ale również zapobieżenie wnoszeniu skutecznych skarg do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i narażaniu Polski na ewentualne wydanie przez ten Trybunał orzeczeń stwierdzających naruszenie prawa oskarżonego do rzetelnego procesu.

Wskazany standard konwencyjny prawa do rzetelnego procesu przemawia przeciwko uznaniu skuteczności delegowania Sędziego D.D. do pełnienia obowiązków Sędziego w Sądzie Apelacyjnym w (...) jedynie w okresie, który odpowiadałby wymogom ustawowym (czyli w okresie pierwszych dwóch lat liczonych od dnia wyznaczającego początek delegacji, tj. 17 maja 2018 r.). Jak słusznie podkreślił Sąd Najwyższy w sprawie IV KK 70/21, taka fragmentaryczna temporalnie skuteczność delegowania sędziego nie da się pogodzić z prawem do sądu ustanowionego ustawą, skoro do odwołania z funkcji prezesa sądu może dojść w każdym czasie.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy nie przystąpił do rozważenia zasadności zarzutu sformułowanego w pierwszym punkcie kasacji, chociaż wskazano tam na:

„zaistnienie w sprawie bezwzględnej przyczyny odwoławczej „z art. 439 § 1 pkt 1, bądź 2 k.p.k. w zw. z art. 77 § 1 pkt 1 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych w zw. z art. 47 Karty Praw Podstawowych UE i art. 2 oraz art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej, polegającą na tym, iż w wydaniu zaskarżonego orzeczenia brała udział osoba nieuprawniona, bądź też sąd był nienależycie obsadzony, a to ze względu na udział w nim SSR D. D. (sędziego sprawozdawcy), delegowanego przez Ministra Sprawiedliwości na podstawie art. 77 § 1 pkt 1 cyt.

ustawy do orzekania w Sądzie Apelacyjnym, co skutkowało pozbawieniem oskarżonego A. P. prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem, a także sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd w postępowaniu apelacyjnym [...]”, argumentując na rzecz niezgodności art. 77 § 1 u.s.p. z art. 47 Karty Praw Podstawowych UE, art. 2 i 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej, jak również podając szereg okoliczności, które mają świadczyć o braku niezależności i bezstronności ww. Sędziego.

Zarzut kasacyjny bazuje bowiem na założeniu, że akt delegowania Sędziego D. D. spełniał wymogi ustawowe, natomiast obowiązujący ustawowy model delegowania sędziego pozostaje w kolizji z prawem pierwotnym Unii Europejskiej a dodatkowo, *in concreto*, doprowadził do niezapewnienia oskarżonemu prawa do sądu niezawisłego i bezstronnego. Tymczasem, w ocenie Sądu Najwyższego, sam akt delegowania Sędziego do orzekania nie spełniał wymogów ustawowych, bowiem prawo nie przewiduje delegacji „na czas sprawowania określonej funkcji”. Wobec tego nie było konieczne rozważenie zasadności pierwszego zarzutu kasacji, również odwołującego się do zaistnienia bezzwzględnej przyczyny odwoławczej.

Z tego względu Sąd Najwyższy, nie rozpoznając merytorycznie zarzutów kasacji (na co pozwala art. 436 k.p.k. stosowany odpowiednio w postępowaniu kasacyjnym na podstawie art. 518 k.p.k.) i nie badając wpływu stwierdzonego uchybienia na treść orzeczenia, uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania temu Sądowi w postępowaniu odwoławczym. Jest rzeczą oczywistą, że procedując ponownie Sąd ten powinien być należycie obsadzony i rzetelnie rozpoznać obie apelacje wniesione w tej sprawie.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.