

POSTANOWIENIE

Dnia 14 października 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Ryński

na posiedzeniu w trybie art. 535 § 3 kpk
po rozpoznaniu w Izbie Karnej w dniu 14 października 2016 r.,
sprawy K.B.
skazanego z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu
narkomanii
z powodu kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 18 marca 2016 r., sygn. akt II AKa .../16
zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w [...] z dnia 8 października 2015 r., sygn. akt III K .../14,

I. oddała kasację obrońcy skazanego jako oczywiście bezzasadną;

II. obciąża skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w [...] wyrokiem z dnia 8 października 2015 r., sygn. akt III K .../14 uznał K.B. za winnego tego, że w nieustalonych dniach w okresie od lipca 2011 r. do dnia 11 września 2012 r. w [...], w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, uczyniwszy sobie z popełniania przestępstwa stałe źródło dochodu, wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii uczestniczył w obrocie znaczną ilością środków odurzających w postaci ziela

konopi innych niż włókniste w łącznej ilości 8 kilogramów, w tym wspólnie i w porozumieniu z M.J., w ten sposób, że:

1. w dniu 12 kwietnia 2012 r. przekazał odpłatnie K. Ł. 300 gramów wymienionych wyżej narkotyków za kwotę 4950 zł, celem ich dalszej odsprzedaży,
 2. w okresie od lipca 2011 r. do dnia 11 września 2012 r. przekazał odpłatnie T.K. ziele konopi innych niż włókniste w ilości 7,7 kilograma, za łączną kwotę 128900 zł, w tym dwukrotnie wspólnie i w porozumieniu z M.J. 100 gramów tego narkotyku, sprzedając T.K. dwukrotnie lub trzykrotnie w miesiącu w ilościach jednorazowo od 250 gramów do 500 gramów za cenę od 16,50 zł do 22 zł za gram, celem ich dalszej odsprzedaży, w tym w dniu 11 września 2012 r. przekazał odpłatnie 250 gram ziela konopi innych niż włókniste za kwotę 4250 zł,
- to jest czynu z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. wymierzył mu karę 5 lat pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny ustalając, że wysokość jednej stawki dziennej jest równa kwocie 150 zł.

Skazania w tej sprawie uzyskali także T. K. i M. J., z tym, że w odniesieniu do T. K. Sąd odwoławczy w części uchylił zaskarżony wyrok z przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Po rozpoznaniu apelacji wywiezionej przez obrońcę oskarżonego, Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z dnia 18 marca 2016 r., sygn. akt II AKa .../16 utrzymał zaskarżony wyrok w mocy w stosunku do oskarżonego K.B..

Kasację od tego orzeczenia wywiódł obrońca skazanego zarzucając wyrokowi Sądu odwoławczego rażące naruszenie prawa, które miało istotny wpływ na treść orzeczenia, a to:

- a. art. 457 § 3 k.p.k. i art. 433 § 2 k.p.k. — polegające na braku należytej kontroli apelacyjnej orzeczenia Sądu pierwszej instancji i rzetelnego odniesienia się do każdego z zarzutów stawianych w apelacji obrońcy skazanego, w szczególności zarzutu naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k., art. 4 k.p.k., 7 k.p.k. w zw. art. 410 k.p.k., a nadto art. 92 k.p.k., a także polegające na wadliwym uzasadnieniu orzeczenia Sądu odwoławczego, opartym na odwoływaniu się do trafności ustaleń i ocen Sądu pierwszej instancji, przy braku odpowiedniej i

właściwej argumentacji, która wskazywałaby, dlaczego podniesione zarzuty i argumenty na ich poparcie nie zasługują na uwzględnienie,

b. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. — poprzez zaakceptowanie i przyjęcie za własną ocenę materiału dowodowego dokonaną przez Sąd pierwszej instancji, która wykracza poza granice swobodnej oceny dowodów określone wskazanym przepisem w kierunku oceny dowolnej, a przede wszystkim w odniesieniu do dowodów z wyjaśnień oskarżonego T. K., a także innych dowodów, w tym zeznań świadków oraz dowodów nieosobowych, zgromadzonych i ujawnionych przed Sądem Okręgowym, w tym protokołów z odtworzenia rozmów telefonicznych,

c. art. 440 k.p.k. w zw. z art. 374 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k., art. 6 ust. 3 lit. c. EKPC i art. 42 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie utrzymania przez Sąd Apelacyjny w [...] w mocy wyroku Sądu Okręgowego w [...] w sytuacji, gdy utrzymanie w mocy tego wyroku było rażąco niesprawiedliwe, z uwagi na fakt, iż prowadzono rozprawę i postępowanie dowodowe przed Sądem pierwszej instancji, pod nieobecność K. B., a w szczególności odczytano akt oskarżenia na rozprawie pod jego nieobecność, zaniechano przesłuchania go w charakterze oskarżonego oraz przeprowadzono pod jego nieobecność wszystkie dowody, pozbawiając go możliwości odniesienia się do ich treści, co doprowadziło do naruszenia nie tylko obowiązku, ale i prawa K. B. do rozpoznania sprawy w jego obecności oraz uniemożliwiono mu realizowanie w sposób rzeczywisty przysługującego mu prawa do obrony;

d. art. 440 k.p.k. w zw. z art. 393 § 1 k.p.k. w zw. z art. 394 § 2 k.p.k. i art 6 k.p.k. oraz w zw. z art. 19 ust. 15 ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r. (Dz. U. 2011.287.1687) i w zw. z art. art. 143 § 1 pkt. 7 k.p.k. i art. 148 § 1 pkt. 1, 2 i 4 k.p.k., w zakresie utrzymania przez Sąd Apelacyjny w [...] wyroku Sądu Okręgowego w [...], mimo, że utrzymanie w mocy tego wyroku było rażąco niesprawiedliwe z uwagi na fakt, iż ujawniono bez odczytywania protokoły z odtworzenia rozmów telefonicznych, w sytuacji gdy protokoły te, a także czynności objęte tymi protokołami zostały sporządzone w sposób wadliwy, a nadto same pierwotne orzeczenia Sądu Okręgowego w [...] zezwalające na gromadzenie i wykorzystywanie zapisów rozmów telefonicznych, a także wykorzystywanie ich w stosunku do określonych osób, w szczególności w zakresie operacji o kryptonimach

A. i C., zostały podjęte z rażącym uchybieniem prawa procesowego.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej skazanego K.B. i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w [...] do ponownego rozpoznania.

Prokurator Prokuratury Regionalnej w [...] w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja wywiedziona przez obrońcę skazanego okazała się bezzasadna i to w stopniu oczywistym, o jakim mowa w art. 535 § 3 k.p.k.

Na wstępie należy zauważyć, że podniesione w kasacji zarzuty są w większości powtórzeniem tych, które zostały zawarte w apelacji. Stanowi to, co do zasady, naruszenie art. 519 k.p.k., z którego jasno wynika, że kasacja przysługuje od wyroku Sądu odwoławczego i wykorzystywanie tego środka do kwestionowania wyroku pierwszoinstancyjnego jest niedopuszczalne. Wprawdzie powtórzenie w kasacji argumentacji przedstawionej uprzednio w apelacji może wyjątkowo okazać się skuteczne, ale tylko wówczas, gdy Sąd odwoławczy nie rozpozna należycie zarzutów i nie odniesie się do nich w uzasadnieniu swojego orzeczenia w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w art. 457 § 3 k.p.k. Niemniej, w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny w [...] wyczerpująco i trafnie rozważył wszystkie zarzuty podniesione w apelacji obrońcy oskarżonego. Uwagi te dotyczą także zarzutu z pkt b kasacji podnoszącego rażące naruszenie przez Sąd odwoławczy art. 7 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k., szczególnie w odniesieniu do oceny wyjaśnień T. K., które były jednym z dowodów obciążających oskarżonego K. B.. Rzecz w tym, iż przepis art. 440 k.p.k. sąd odwoławczy stosuje poza granicami zarzutów podniesionych w zwykłym środku odwoławczym, kiedy utrzymanie orzeczenia Sądu pierwszej instancji w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, podczas gdy w apelacji obrońcy oskarżonego podniesiono zarzut naruszenia art. 7 k.p.k., także w odniesieniu do dokonanej przez Sąd pierwszej instancji analizy wyjaśnień T. K. W związku z tym Sąd odwoławczy ograniczył się tylko do skontrolowania zasadności tego zarzutu, bowiem sam nie prowadził uzupełniającego postępowania dowodowego. Pozwala to na uznanie, że Sąd odwoławczy nie miał w tym zakresie pola do poszerzenia kontroli odwoławczej w ramach art. 440 k.p.k. i stosowania art. 7 k.p.k. Dlatego

podniesiony zarzut kasacyjny pozostaje na granicy dopuszczalności, skoro skierowany jest w istocie do orzeczenia Sądu pierwszej instancji i skarżący oczekuje, że Sąd Najwyższy przekroczy swoje uprawnienia oraz dokona ponownej oceny materiału dowodowego odmiennej od tej, którą dokonał Sąd Okręgowy.

Zdecydowanej krytyki wymaga wysunięty na czoło kasacji zarzut z pkt a odnoszący się do naruszenia przepisów art. 457 § 3 k.p.k. i art. 433 § 2 k.p.k. polegającego na braku należytej kontroli apelacyjnej Sądu pierwszej instancji i rzetelnego odniesienia się do każdego z zarzutów stawianych w apelacji obrońcy skazanego, w szczególności zarzutu naruszenia przepisu art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k., a nadto art. 92 k.p.k. Według skarżącego przewodniczący składu sądującego w pierwszej instancji, uczestnicząc wcześniej w wydaniu postanowienia w kwestii zarządzenia kontroli operacyjnej, wyrobił sobie pogląd o sprawie i nie był w stanie zachować obiektywizmu rozpoznając sprawę w jej zasadniczym przedmiocie.

W kontekście omawianego zarzutu należy podnieść, że obrazę art. 433 § 2 k.p.k. można zarzucać jedynie wówczas, gdy Sąd odwoławczy pominie któryś z zarzutów lub wniosków zgłoszonych w środku odwoławczym, co w sprawie niniejszej nie miało miejsca. Sam Autor kasacji wskazuje zresztą, że chodzi nie tyle o brak odniesienia się, co nienależytą kontrolę, gdy idzie o ustosunkowanie się do zarzutu z pkt I apelacji. Nadmierna lakoniczność w określeniu stanowiska organu odwoławczego wobec zarzutów i wniosków wniesionego środka odwoławczego jest wystarczającą podstawą do wskazania na naruszenie przepisu art. 457 § 3 k.p.k. Jednakże i w tym zakresie brak jest przesłanek do uznania, że Sąd odwoławczy naruszył standard rzetelności uzasadnienia orzeczenia. Wypada przypomnieć także jednolitą linię orzecznictwa, w myśl której stopień szczegółowości odniesienia się przez Sąd *ad quem* do zarzutów środka odwoławczego jest funkcją dwóch czynników. Z jednej strony, stopnia staranności i szczegółowości pisemnych motywów sporządzonych przez Sąd pierwszej instancji, z drugiej zaś strony, poziomu wniesionej skargi odwoławczej. W konsekwencji, dopuszczalne w praktyce (a w niektórych sytuacjach wręcz pożądane) jest postępowanie sądu odwoławczego, polegające na odwoływaniu się w motywach orzeczenia do stanowiska zawartego w uzasadnieniu wyroku sądu pierwszej instancji, zwłaszcza

wówczas, gdy zarzuty apelacji i uzasadniające je wywody stanowią dowolną polemikę ze stanowiskiem sądu *meriti* (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2014 r., sygn. akt II KK 205/14, LEX nr 1491327; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2009 r., III KK 381/08, Lex Nr 512100; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2007 r., III KK 120/07, Lex Nr 322853; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 2006 r., II KK 238/05, Lex Nr 193046). Zagadnienie, o którym mowa było przedmiotem rozważań Sądu Apelacyjnego w [...], który we wszechstronnym i przekonującym uzasadnieniu zaprezentował trafne stanowisko, że zapatrywania prawne sędziego, który wydał decyzję w przedmiocie kontroli operacyjnych, nie można w żadnym razie uznać, za czynności mogące wpłynąć na obiektywizm sędziego, który rozpoznawał następnie sprawę w jej zasadniczym przedmiocie. Sąd Apelacyjny słusznie podkreślił, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż orzekanie w tzw. sprawach incydentalnych, nie jest okolicznością przemawiającą za wyłączeniem sędziego. W sprawie niniejszej nie wykazano także, aby orzekając w przedmiocie kwestii incydentalnej sędzia wypowiedział się w sposób budzący wątpliwości co do jego bezstronności podczas merytorycznego rozpoznania sprawy.

W ocenie Sądu Najwyższego stopień szczegółowości i poprawności logicznej w zakresie analizy tak poszczególnych dowodów, jak i wszystkich przeprowadzonych dowodów w ich wzajemnym powiązaniu, cechujący uzasadnienie wyroku wydanego przez Sąd Apelacyjny, a także znaczny subiektywizm ocen zaprezentowanych przez obrońcę przy uzasadnianiu wskazanych wyżej zarzutów, sprawiają, że odniesienie się do tych właśnie zarzutów w taki sposób, jaki uczynił to Sąd Apelacyjny na s. 22-23 uzasadnienia wyroku Sądu *ad quem*, w pełni odpowiada wymogom określonym w art. 457 § 3 k.p.k.

Na uwzględnienie nie zasługiwał także zarzut sformułowany w pkt c kasacji, w którym obrońca podniósł, że doszło do naruszenia przepisów nakładających obowiązek na oskarżonego uczestnictwa w rozprawie (art. 374 § 1 k.p.k.). W ocenie skarżącego zaniechanie przesłuchania oskarżonego i przeprowadzenie czynności dowodowych pod jego nieobecność, pozbawiło go możliwości

odniesienia się do ich treści, co z kolei naruszyło prawo do obrony. W tym kontekście trzeba zauważyć, że przepis art. 374 § 1 k.p.k. został z dniem 1 lipca 2015 r. znówelizowany i obecnie określa jedynie, że oskarżony ma prawo brać udział w rozprawie, a wyjątkiem na rzecz jego obligatoryjnej obecności jest sytuacja opisana w art. 374 § 1a k.p.k. Niemniej przypomnieć także wypada, że choć przed nowelizacją regulacja ta w istocie zobowiązywała oskarżonego do udziału w rozprawie, to jednocześnie sądy mogły skorzystać z wyjątków, o których mowa m. in. w art. 377 § 3 k.p.k. i otworzyć przewód sądowy, jeżeli oskarżony zawiadomiony o terminie rozprawy osobiście nie stawiał się bez usprawiedliwienia, a także go kontynuować, gdy rozprawa została odroczone lub przerwana. Celem tego przepisu było w ówczesnym stanie prawnym, przeciwdziałanie praktykom utrudniania postępowania, przy zachowaniu jednak podstawowych gwarancji prawa oskarżonego.

Z analizy akt przedmiotowej sprawy jednoznacznie wynika, że sąd *meriti* procedował z zachowaniem tych właśnie reguł. W dniu 27 sierpnia 2014 r. prowadził rozprawę pod nieobecność oskarżonego w oparciu o przepis art. 377 § 3 k.p.k., albowiem prawidłowo wezwany i zarazem osobiście zawiadomiony o terminie rozprawy nie stawiał się i nie usprawiedliwił swojego niestawiennictwa (k. 2262, t. XII). Na podstawie art. 377 § 4 k.p.k. uznano za wystarczające odczytanie wyjaśnień K. B. złożonych w toku postępowania przygotowawczego (k. 2276, t. XII). Odroczenie rozprawy, przy uprzednim skorzystaniu z art. 377 § 3 k.p.k., nakładało następnie na Sąd pierwszej instancji obowiązek powiadomienia o nowym terminie oskarżonego. Temu obowiązkowi też w niniejszej sprawie nie uchybiono. Jak bowiem wynika z akt sprawy K. B., nie stawiał się na kolejnych rozprawach, tj. 25.09.2014 r., 07.11.2014 r., 09.01.2015 r., 11.02.2015 r., 13.03.2015 r., 11.05.2015 r., 10.06.2015 r., 22.07.2015 r., 02.09.2015 r., 23.09.2015 r. oraz 28.09.2015 r., a zawiadomienia o terminach były awizowane i wróciły z adnotacją „nie podjęte w terminie”. Niestawiennictwo oskarżonego na kolejnych terminach rozpraw upoważniało natomiast Sąd do skorzystania z art. 377 k.p.k.

Z kolei po nowelizacji przepisów KPK dokonanych ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2013.1247 ze zm.) oskarżony K. B. został pouczone o treści

znowelizowanych przepisów k.p.k., w tym art. 374 w formie pisemnej (k. 2585). Oznacza to, że wiedział on, iż jego udział w rozprawie głównej nie jest co do zasady obowiązkowy.

Nie sposób także podzielić argumentów Autora kasacji w zakresie zarzutu zaprezentowanego w pkt d kasacji, w którym skarżący powołuje się na naruszenie przepisów postępowania karnego i ustawy o Policji w odniesieniu do ujawnionych bez odczytywania protokołów z odtworzenia rozmów telefonicznych, w sytuacji gdy protokoły te, a także czynności objęte tymi protokołami zostały sporządzone w sposób wadliwy.

Wbrew stanowisku skarżącego zapis protokołu rozprawy z dnia 23 września 2015 r. nie wskazuje, aby w tym zakresie uchybiono przepisom proceduralnym. Jak wynika z tej dokumentacji Sąd Okręgowy ujawnił bez odczytywania i zaliczył w poczet materiału dowodowego w trybie art. 394 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 393 § 1 i 2 k.p.k. między innymi materiały z kontroli operacyjnych wraz z zapisami na płytach CD, protokoły z odtworzenia utrwalonych zapisów rozmów telefonicznych na płytach DVD (k. 2641-2644, t. XIV). Następnie, po przerwie, w tym samym dniu, przewód sądowy został wznowiony i ujawniono nagrania utrwalone w toku kontroli operacyjnych bez ich odsłuchania.

Wbrew pogładowi wyrażonemu przez skarżącego przedmiotowe materiały zostały uzyskanie w drodze legalnej kontroli operacyjnej oraz zarejestrowane w taki sposób, że pozwalały na ich procesowe ujawnienie przez sąd. Jednocześnie nie można podzielić stanowiska skarżącego, iż dokonując takiego ujawnienia Sąd pierwszej instancji dopuścił się rażącego naruszenia art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U.2016.1782 j.t.). Przepis ten stanowi, że w postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k. Zatem, cytowany przepis ustawy o Policji zalicza te materiały do dokumentów w rozumieniu procesowym, podlegających odczytaniu bądź odsłuchaniu na rozprawie. W konsekwencji w realiach sprawy niniejszej nie było przeszkód, aby Sąd pierwszej instancji na rozprawie w dniu 23 września 2015 r. procedował zgodnie z dyspozycją art. 394 § 2 k.p.k., w brzmieniu obowiązującym po 1 lipca 2015 r. (zob. art. 27 i 36 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy -

Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw), skoro wskazany przepis pozwala protokoły i dokumenty podlegające odczytaniu na rozprawie uznać bez ich odczytania za ujawnione w całości lub w części. W związku z tym w analizowanej sytuacji Sąd mógł materiały uzyskane przez Policję w drodze legalnej kontroli operacyjnej, w postaci utrwaleń rozmów telefonicznych i ich przekładów stanowiących załączniki do protokołu, odtworzyć i odsłuchać na rozprawie głównej albo wobec braku sprzeciwu obecnych stron, ujawnić bez odtwarzania czy odczytywania. W omawianej sprawie obecny na terminie rozprawy prokurator wyraził zgodę na ujawnienie nagrań utrwalonych w toku kontroli operacyjnych bez ich odsłuchiwania, natomiast obrońca K. B. oponował temu wniosкови wyrażając pogląd, że wskazane podsłuchy są nielegalne, jednak pozostawił decyzję w kwestii ich odtworzenia do uznania sądu (k. 2647, t. XIV). Zatem obrońca nie sprzeciwił się formie ujawnienia tych dowodów, jedynie kwestionował ich legalność.

Na marginesie należy zauważyć, że w świetle nowego brzmienia art. 394 § 2 k.p.k. Sąd nawet nie musiał pytać o zgodę stron na ujawnienie tych dokumentów bez odczytywania oraz odsłuchiwania, ponieważ strony, miały teoretyczną i praktyczną możliwość wcześniejszego zapoznania się z tymi materiałami. Dotyczy to także oskarżonego, który przecież mógł w tym celu stawić się Sądzie Okręgowym.

W tej sytuacji, gdy w procedowaniu Sądu pierwszej instancji nie sposób doszukać się obrazu przepisu art. 393 § 1 k.p.k. w zw. z art. 394 § 1 i 2 k.p.k. i art 6 k.p.k. oraz w zw. z art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, to całkowicie chybiony jest zarzut obrazu art. 440 k.p.k., skoro nie doszło do naruszenia wskazanych przepisów prawa procesowego, a tym samym nie można uznać aby utrzymanie w mocy wyroku Sądu pierwszej instancji w odniesieniu do K. B. ze wskazanego przez skarżącego powodu było rażąco niesprawiedliwe.

Powyższe uwagi nie tylko przesądzają o bezzasadności skargi kasacyjnej, ale nie pozwalają ponadto oprzeć się wrażeniu, że obrońca skazanego zmierzał jedynie do zainicjowania postępowania kasacyjnego w celu ponownego rozpoznania zarzutów stawianych orzeczeniu Sądu pierwszej instancji.

W tym stanie rzeczy, Sąd Najwyższy uznał zarzuty skarżącego za bezzasadne w stopniu oczywistym, przy czym obciążył skazanego kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego (art. 637a k.p.k.).

kc