

POSTANOWIENIE Z DNIA 13 KWIETNIA 2011 R.

III KK 367/10

Jeżeli w toku postępowania karnego, wszczętego o konkretne przestępstwo wymienione w art. 237 § 3 k.p.k., zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów, określając w postanowieniu osobę, której kontrola ta dotyczy oraz nośnik informacji, który obejmuje, a następnie w toku postępowania pojawi się potrzeba czy to przedmiotowego poszerzenia tej kontroli (chyba że poszerzenie dotyczy innego przestępstwa, należącego do katalogu przestępstw wskazanych w powołanym przepisie, ściśle wiążącego się z tym lub tymi przestępstwami, co do których zastosowano kontrolę rozmów), czy też objęcia kontrolą rozmów także innych osób niż wskazane w postanowieniu albo innych nośników informacji, którymi dysponują osoby objęte uprzednim postanowieniem, konieczne jest wystąpienie do sądu o poszerzenie zakresu przedmiotowego lub podmiotowego tej kontroli, a jeżeli konieczność taka pojawi się w toku prowadzonej kontroli i zachodzi wypadek niecierpiący zwłoki, podjęcie czynności, o których mowa w art. 237 § 2 k.p.k.

*Przewodniczący: sędzia SN T. Grzegorzczak.*

*Sędziowie SN: T. Artymiuk (sprawozdawca), Z. Puskarski.*

*Prokurator Prokuratury Generalnej: M. Wilkosz-Śliwa.*

Sąd Najwyższy w sprawie Jacka M., Marka J., Jerzego W. i Sebastiana J., oskarżonych z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) i innych, po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2011 r., kasacji, wniesionej przez Prokuratora Generalnego na niekorzyść oskarżonych od

wyroku Sądu Okręgowego w B. z dnia 20 kwietnia 2010 r., zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w B. z dnia 24 marca 2009 r.,

o d d a l i ł kasację (...).

## UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w B. wyrokiem z dnia 24 marca 2009 r., uznał Jacka M. i Marka J. za winnych popełnienia czynów zarzuconych im w pkt. 1, 2 i 3 aktu oskarżenia polegających na tym, że:

1. „w okresie od maja do grudnia 2004 r. w W., S. i innych miejscowościach, realizując wspólnie i w porozumieniu powzięty z góry cel osiągnięcia korzyści majątkowych, wbrew przepisom ustawy, brali udział w obrocie znacznymi ilościami narkotyków, w ten sposób, że nabyli a następnie odprzedali Rafałowi M. nie mniej niż 5 kg amfetaminy i 5 kg suszu ziela konopi indyjskich, przy czym popełnienie przestępstw tego rodzaju stanowiło dla nich stałe źródło dochodu, a Jacek M. czynu tego dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa określonego w art. 64 § 1 k.k.” – tj. przestępstwa określonego w art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm. – dalej w tekście u.p.n.) w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k., a w stosunku do Jacka M. także w zw. z art. 64 § 1 k.k., i za to skazał: Jacka M. na karę 2 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 150 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 20 zł, zaś Marka J. na karę 2 lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 150 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 20 zł;

2. „w okresie od października do grudnia 2005 r. w W., S. i innych miejscowościach, realizując wspólnie i w porozumieniu powzięty z góry cel osiągnięcia korzyści majątkowych, wbrew przepisom ustawy, brali udział w

obrocie znacznymi ilościami narkotyków, w ten sposób, że dostarczyli Rafałowi M. hurtowe ilości amfetaminy i marihuany, przy czym popełnianie przestępstw tego rodzaju stanowiło dla nich stałe źródło dochodu, a Jacek M. czynu tego dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa określonego w art. 64 § 1 k.k.” – tj. przestępstwa określonego w art. 56 ust. 3 u.p.n. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k., a w stosunku do Jacka M. także w zw. z art. 64 § 1 k.k., i za to skazał: Jacka M. na karę 2 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 150 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 20 zł, zaś Marka J. na karę 2 lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 150 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 20 zł;

3. „w dniu 6 czerwca 2006 r. w W., działając wspólnie i w porozumieniu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy, udzielili Marcinowi G. i Piotrowi C. 20 gram amfetaminy uzgadniając, że rozliczenie transakcji nastąpi w późniejszym terminie, przy czym popełnienie przestępstw tego rodzaju stanowiło dla nich stałe źródło dochodu, a Jacek M. czynu tego dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa określonego w art. 64 § 1 k.k.” – tj. przestępstwa określonego w art. 56 ust. 1 u.p.n. w zw. z art. 65 § 1 k.k., a w stosunku do Jacka M. także w zw. z art. 64 § 1 k.k., i za to skazał: Jacka M. na karę roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 100 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 20 zł, zaś Marka J. na karę roku i 5 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 100 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 20 zł.

Nadto Jacek M. uznany został za winnego popełnienia czynów opisanych w pkt. 6, 7 i 8 aktu oskarżenia stanowiących przestępstwa określone w art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 273 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., i przy przyjęciu, że czynów tych dopuścił się w ramach ciągu przestępstw przewidzianego w art. 91 § 1 k.k., skazany na karę roku i 10

miesiący pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 100 stawek dziennych przy przyjęciu, że jedna stawka grzywny jest równoważna kwocie 20 zł, zaś Marek J. za winnego popełnienia czynów opisanych w pkt 4 i 5 aktu oskarżenia tj. przestępstw określonych w art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za każde z tych przestępstw skazany na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 50 stawek dziennych przy przyjęciu, że jedna stawka dzienna równoważna jest kwocie 20 zł.

Jako kary łączne Sąd Rejonowy w B. orzekł:

- wobec oskarżonego Jacka M. karę 6 lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 300 stawek dziennych określając wysokości jednej stawki na kwotę 20 zł,

- wobec oskarżonego Marka J. karę 5 lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 300 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 20 zł.

Tym samym wyrokiem Jerzy W. uznany został za winnego popełnienia czynów opisanych w pkt 9 i 10 aktu oskarżenia a polegających na tym, że:

1. „w okresie nie krótszym niż od października do 26 listopada 2005 r. w B. i w S., działając ze z góry powziętym celem osiągnięcia korzyści majątkowej, dostarczając Rafałowi M. hurtowych ilości amfetaminy i marihuany, brał wbrew przepisom ustawy udział w obrocie znacznymi ilościami narkotyków, przy czym czynu tego dopuścił się przed upływem 5 lat od odbycia 6 miesięcy kary pozbawienia wolności wymierzonej za umyślne przestępstwo podobne” – tj. przestępstwa określonego w art. 56 ust. 3 u.p.n. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i za to skazany na karę 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 150 stawek dziennych przy przyjęciu, że jedna stawka dzienna jest równoważna kwocie 20 zł;

2. „w dniu 17 listopada 2005 r. nakłaniał Rafała M. do udzielenia Danielowi J. wbrew przepisom ustawy jednego grama marihuany” – tj. przestępstwa określonego w art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 58 ust. 1 u.p.n. i za to skazany na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności;

za co wymierzono mu karę łączną 2 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności.

Powołanym na wstępie wyrokiem Sądu Rejonowego w B. objęty został także Sebastian J., który uznany został za winnego popełnienia czynów opisanych w pkt. 11 i 12 aktu oskarżenia, a polegających na tym, że:

1. „w dniu 25 października 2005 r. w B. i S., wbrew przepisom ustawy, wziął udział w obrocie znaczną ilością narkotyków w ten sposób, że w B. przyjął od Jerzego W. 100 gram amfetaminy, które przewiózł do S. i przekazał Rafałowi M.” – tj. przestępstwa określonego w art. 56 ust. 3 u.p.n.,

2. „w dniach 7 i 8 listopada 2005 r. w S., wbrew przepisom ustawy, wziął udział w obrocie znaczną ilością narkotyków w ten sposób, że przyjął od nieustalonej osoby 200 gram suszu ziela konopi indyjskich, które przewiózł do S. i przekazał Rafałowi M., a następnie w nocy 10 listopada 2005 r. dopomógł mu w ich porcjowaniu” – tj. przestępstwa określonego w art. 56 ust. 3 u.p.n.,

i przy przyjęciu, że czynów tych dopuścił się w ramach ciągu przestępstw przewidzianego w art. 91 § 1 k.k., skazany na karę 2 lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 150 stawek dziennych przy przyjęciu, że jedna stawka dzienna jest równoważna kwocie 20 zł, a nadto za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt 13 aktu oskarżenia, polegającego na tym, że:

3. „w dniu 1 listopada 2005 r. w S., w trakcie rozmowy telefonicznej, nakłaniał Rafała M. do udzielenia Jackowi M. wbrew przepisom ustawy porcji marihuany” – tj. przestępstwa określonego w art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 58 ust. 1 u.p.n. i za to skazany na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności,

oraz za winnego popełnienia czynu opisanego w pkt 14 aktu oskarżenia, tj. przestępstwa określonego w art. 291 § 1 k.k. i za to skazany na karę 5 miesięcy pozbawienia wolności. Jednocześnie orzeczono wobec Sebastiana J. karę łączną w wymiarze 2 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności.

Przedmiotowy wyrok zakwestionowali obrońcy wszystkich oskarżonych.

W apelacjach, w których orzeczenie Sądu pierwszej instancji zaskarżone zostało co do poszczególnych oskarżonych w różnym zakresie (w odniesieniu do Jacka M. i Marka J. w części przypisującej im popełnienie czynów zarzuconych w pkt. 1, 2 i 3 aktu oskarżenia, w odniesieniu do Jerzego W. w całości, w odniesieniu do Sebastiana J. w części przypisującej mu popełnienie czynów zarzuconych w pkt. 11, 12 i 13 aktu oskarżenia), poza zarzutami błędów w ustaleniach faktycznych podniesione zostały zarzuty naruszenia szeregu przepisów postępowania m.in. art. 5 k.p.k. (obrońcy oskarżonych Sebastiana J., Marka J., Jacka M.), art. 6 k.p.k. w zw. z art. 79 § 1 pkt 3 i § 2 k.p.k. (obrońca Jerzego W.), art. 4, 5 § 2, 7 k.p.k. w zw. z art. 410 i 92 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., art. 366 § 1 k.p.k. w zw. z art. 391 § 2 k.p.k. w zw. z art. 410 i 92 k.p.k. (obrońca Jerzego M.), art. 393 § 1 k.p.k. w zw. z art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. lub art. 147 § 3 k.p.k. (obrońcy Jacka M. i Jerzego W.). Ponadto obrońcy oskarżonych Jerzego W., Jacka M. i Marka J. zarzucili również naruszenie art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.) polegające na wykorzystaniu i uznaniu w niniejszym postępowaniu za dowód, stanowiący podstawę ustaleń faktycznych, materiałów z kontroli operacyjnej dotyczącej Rafała M. wynikającej z postanowienia Sądu Okręgowego w B. w sprawie III Kp 229/05, pomimo że nie została wydana zgoda następcza sądu na poszerzenie zakresu podmiotowego tej kontroli na oskarżonych objętych niniejszym postępowaniem.

W oparciu o tego rodzaju zarzuty skarżący wnosili bądź o zmianę wyroku w zaskarżonej części i uniewinnienie oskarżonych od popełnienia czynów, których dotyczyły poszczególne apelacje, bądź o uchylenie tego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi *a quo*.

Wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2010 r., Sąd Okręgowy w B.:

I. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchylił kary łączne orzeczone wobec wszystkich oskarżonych,
2. uniewinnił oskarżonych Jacka M. i Marka J. od popełnienia przypisanego im czynu obejmującego zarzut z pkt. 2 aktu oskarżenia,
3. uniewinnił oskarżonego Jerzego W. od popełnienia obu przypisanych mu czynów obejmujących zarzuty z pkt. 9 i 10 aktu oskarżenia,
4. uniewinnił oskarżonego Sebastiana J., przy zastosowaniu art. 435 k.p.k., od popełnienia przypisanych mu czynów obejmujących zarzuty z pkt. 11, 12 i 13 aktu oskarżenia,
5. wyeliminował z opisu czynu przypisanego oskarżonym Jackowi M. i Markowi J., obejmującego zarzut z pkt. 3 aktu oskarżenia, znamię „uczynienia z popełnienia tego rodzaju przestępstwa stałego źródła dochodu”, i kwalifikując ten czyn jako przestępstwo określone w art. 56 ust. 1 u.p.n., a w odniesieniu do oskarżonego Jacka M. także w zw. z art. 64 § 1 k.k., skazał Jacka M. na karę roku i 5 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 80 stawek dziennych przyjmując, że jedna stawka dzienna jest równoważna kwocie 20 zł, zaś Marka J. na karę roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wymiarze 70 stawek dziennych przyjmując, że jedna stawka dzienna jest równoważna kwocie 20 zł,
6. orzekł wobec oskarżonego Jacka M., na podstawie art. 91 § 2 k.k. w zw. z art. 86 § 1 i 2 k.k., nową karę łączną – obejmującą kary jednostkowe orzeczone za przypisane mu czyny dotyczące zarzutów z pkt. 3 oraz z pkt. 6, 7 i 8 (w tym zakresie karę wymierzoną z zastosowaniem art. 91 § 1 k.k.) aktu oskarżenia – w wymiarze 2 lat i 10 miesięcy pozbawienia wolno-

ści oraz grzywny w wymiarze 140 stawek dziennych przy przyjęciu, że jedna stawka dzienna jest równoważna kwocie 20 zł,

7. orzekł wobec oskarżonego Marka J., na podstawie art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 i 2 k.k., nową karę łączną – obejmującą kary jednostkowe orzeczone za przypisane mu czyny dotyczące zarzutów z pkt. 3, 4 i 5 aktu oskarżenia – w wymiarze roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych przy przyjęciu, że jedna stawka dzienna jest równoważna kwocie 20 zł,

II. uchylił zaskarżony wyrok w części dotyczącej czynu przypisanego oskarżonym Jackowi M. i Markowi J. w zakresie zarzutu z pkt. 1 aktu oskarżenia i sprawę w tej części wobec obu oskarżonych przekazał Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania,

III. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasację od orzeczenia Sądu Okręgowego w B. wniósł w dniu 18 października 2010 r. – na podstawie art. 521 k.p.k. – Prokurator Generalny. Zaskarżył on powyższy wyrok:

1. w części zmieniającej wyrok Sądu pierwszej instancji i uniewinniającej oskarżonych od popełnienia czynów z art. 56 ust. 3 u.p.n. w zw. z art. 12 k.k. i innych – na niekorzyść oskarżonego Jacka M. i Marka J. (w zakresie zarzutu z pkt. 2 aktu oskarżenia), Jerzego W. (w zakresie zarzutów z pkt. 9 i 10 aktu oskarżenia) oraz Sebastiana J. (w zakresie zarzutów z pkt. 11, 12 i 13 aktu oskarżenia),

2. w części zmieniającej wyrok Sądu pierwszej instancji w zakresie rozstrzygnięcia co do przypisanego oskarżonym czynu dotyczącego zarzutu z pkt 3 aktu oskarżenia – na niekorzyść oskarżonych Jacka M. i Marka J.,

zarzucając: „rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, tj. art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 k.p.k. i art. 7 k.p.k., polegające na nierze-



telnym rozpoznaniu środków odwoławczych wniesionych przez obrońców oskarżonych i bezkrytycznym uznaniu jako zasadnych zarzutów naruszenia art. 19 ust. 1 pkt 5, ust. 2, ust. 3 i ust. 5 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (...), jak też podnoszących kwestie legalności podsłuchów i w konsekwencji błędnym przyjęciu, iż podsłuch telefonu o numerze abonenckim (...) użytkowanego przez Rafała M. był podsłuchem operacyjnym (przedprocesowym) oraz że dowód z tego podsłuchu nie został wprowadzony do procesu karnego z zachowaniem wymagań określonych rozdziałem 26 Kodeksu postępowania karnego, podczas gdy podsłuch ten został zarządzony na podstawie art. 237 § 1 k.p.k. w toku śledztwa, a więc nie wymagał uzyskania tzw. «zgody następczej», co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego uniewinnienia oskarżonych od popełnienia części przypisanych im czynów, jak też wyeliminowanie z opisu innych czynów znamienia «uczynienia sobie z przestępstwa stałego źródła dochodu» a z ich kwalifikacji – art. 65 § 1 k.k., przy czym sąd odwoławczy orzekając odmiennie niż sąd I instancji nie podał przekonujących przesłanek orzeczenia bowiem nie wskazał w oparciu o jakie dowody odmiennie ustalenia co do charakteru podsłuchu poczynił, a poza jego oceną pozostały istotne w sprawie dokumenty ściśle dotyczące trybu zarządzenia w rozpoznawanej sprawie podsłuchu”.

Przy tak sformułowanym zarzucie autor kasacji wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w B. w zaskarżonej części i przekazanie sprawy temu sądowi w opisanym zakresie do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Przystępując do rozpoznania kasacji wniesionej przez Prokuratora Generalnego, na niekorzyść oskarżonych (z zachowaniem terminu określonego w art. 524 § 3 k.p.k.), już na wstępie zauważyć należy, że o ile nie budzi wątpliwości zakres w jakim zaskarżony został wyrok Sądu odwoławcze-

go, o tyle zdekodowanie samego zarzutu i to zarówno przez pryzmat jego sformułowania w *petitum* kasacji, jak i pisemnej motywacji powołanej dla uzasadnienia jego słuszności, nie jest zadaniem prostym. Podzielając przy tym wyrażony w orzecznictwie pogląd, że stosowanie art. 118 § 1 i 2 k.p.k. – w zakresie oceny czynności procesowych podejmowanych przez organ procesowy, a także przez podmioty kwalifikowane, o których mowa w art. 521 k.p.k. – nie może mieć charakteru antygwarancyjnego dla oskarżonego (zob. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 14 kwietnia 2005, III KK 196/04, LEX nr 151672 oraz z dnia 15 listopada 2006 r., II KK 178/06., R-OSNKW 2006, poz. 2159), już w tym miejscu wyrazić należy wątpliwość co do zasadności podniesionego w nadzwyczajnym środku zaskarżenia zarzutu naruszenia wymienionych w nim przepisów prawa procesowego.

Zgodnie z art. 536 k.p.k. Sąd Najwyższy rozpoznaje kasację w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów, zaś w zakresie szerszym – tylko w wypadkach określonych w art. 435, 439 i 455 k.p.k. Stawia to przed autorami kasacji szczególnie wysokie wymagania zarówno pod względem precyzjności formułowania zarzutów, jak i ich zharmonizowania z argumentacją zawartą w uzasadnieniu. Uwarunkowania powyższe w całej rozciągłości mają odniesienie do kasacji wnoszonych przez podmioty wymienione w art. 521 k.p.k. Nadzwyczajne środki zaskarżenia tych podmiotów spełniać muszą większość wymagań, które ustawa nakłada na zwykłe strony postępowania, w szczególności w zakresie obowiązków i ich konsekwencji wynikających z art. 523 § 1 k.p.k., art. 526 § 1 k.p.k., art. 536 k.p.k. i in. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2001 r., V KKN 23/01, OPr. i Pr. 2002, nr 4, poz. 10).

Mając na uwadze powyższe uwarunkowania zauważyć należy, że już sama analiza zarzutu kasacji Prokuratora Generalnego zawartego w tzw. części dyspozytywnej skargi, nasuwa szereg zastrzeżeń nie tylko co do poprawności sformułowania z prawnego punktu widzenia, lecz i samej jego

zasadności. Trudno zwłaszcza doszukiwać się w – jak to ujął skarżący – „nierzetelności rozpoznania środków odwoławczych wniesionych przez obrońców” naruszenia art. 433 § 2 k.p.k., skoro wniesione, i to wyłącznie na korzyść oskarżonych, apelacje doprowadziły do pożądanego przez ich autorów rezultatu, zaś rozpoznanie innych podniesionych w nich uchybień w świetle art. 436 k.p.k. nie było już konieczne. W tym stanie rzeczy twierdzenie, że doszło do postąpienia wbrew regulacji zawartej w powołanym przepisie, i to w skardze kasacyjnej wywiedzionej na niekorzyść skazanych, uznać należy za zabieg nie tylko nietrafny, lecz wręcz usytuowany na granicy dopuszczalności. Co więcej, nie można zapominać i o tym, że do naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. nie dochodzi wówczas, gdy Sąd odwoławczy odnosi się do zarzutów apelacyjnych na wystarczającym poziomie szczegółowości, jednak w swej argumentacji przedstawia błędny pogląd prawny w zakresie interpretacji przepisów prawa karnego materialnego lub procesowego. W takim wypadku kasacja powinna podnosić wszakże zarzuty naruszenia tych przepisów materialnych lub procesowych, które zostały przez Sąd odwoławczy błędnie zinterpretowane, o ile naruszenia te mają charakter rażący (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 2011 r., III KK 181/10, OSNKW 2011, z. 3, poz. 27). Tym samym, o naruszeniu w niniejszej sprawie przez Sąd drugiej instancji art. 433 § 2 k.p.k. nie może być mowy.

Tożsama konkluzja nasuwa się również w odniesieniu do tej części zarzutu, w której autor kasacji sygnalizuje naruszenie przez Sąd *ad quem* przepisu art. 457 § 3 k.p.k. Nawet pobieżne spojrzenie na treść uzasadnienia poddanego kontroli kasacyjnej orzeczenia nie pozostawia bowiem wątpliwości, że Sąd odwoławczy w pisemnych motywach swojego rozstrzygnięcia podał zarówno to czym kierował się wydając wyrok, jak i dlaczego zarzuty oraz wnioski apelacji obrońców uznał w części za zasadnie, zaś w pewnym zakresie także za niezasadne. Nie wykazał wreszcie skarżący na-

ruszenia przepisu art. 7 k.p.k. Wprawdzie w drugiej instancji zapadło orzeczenie o charakterze reformatoryjnym, powód takiego rozstrzygnięcia nie wiązał się jednak z odmienną – niż to uczynił Sąd *a quo* – oceną dowodów, lecz ich brakiem, a to wobec stwierdzonej przez Sąd Okręgowy w B. nielegalności ich pozyskania. Jeżeli więc w niniejszej sprawie można mówić o jakimkolwiek uchybieniu, to wyłącznie w zakresie powołanego także w skardze kasacyjnej art. 424 § 1 k.p.k., lecz i to jedynie w tej części, w której nakłada on na sąd obowiązek wyjaśnienia w uzasadnieniu podstawy prawnej wyroku, a to w związku z trafnie zauważonym przez Prokuratora Generalnego niewłaściwym określeniem przez Sąd drugiej instancji przepisów, w oparciu o które zarządzono w toku niniejszego postępowania kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych. Rzecz jednak i w tym, że dla skuteczności skargi kasacyjnej konieczne jest nie tylko wskazanie na konkretne naruszenie prawa, lecz również wykazanie, że było to naruszenie rażące i jednocześnie mogące mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, tych zaś – określonych w art. 523 § 1 k.p.k. – przesłanek warunkujących uwzględnienie kasacji jej autor i w tym wypadku nie wykazał.

Przechodząc do merytorycznej oceny tak zakreślonej kasacji przypomnieć więc na wstępie należy to, co w tej sprawie wynika ze zgromadzonej w aktach dokumentacji procesowej.

Postępowanie karne w niniejszej sprawie wszczęte postanowieniem z dnia 20 sierpnia 2005 r., sygn. akt Ds. 1267/05/S, prowadzone było przez Prokuraturę Rejonową w S. i dotyczyło udzielania środków odurzających małoletnim w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, tj. o czyn z art. 46 ust. 2 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2003 r. Nr 24, poz. 198). W toku tego postępowania, co jest bezsporne, na wniosek prokuratora, Sąd Okręgowy w B. postanowieniem z dnia 27 września 2005 r., sygn. akt III Kp 229/05, na podstawie art. 237 § 1 i 3 pkt 13 k.p.k., zarządził – na okres nie dłuższy niż 3 miesiące – kontrolę i utrwała-

nie rozmów telefonicznych wobec Rafała M. posługującego się telefonem komórkowym o nr (...), przedłużając ją następnie – w odniesieniu do tej osoby i tego telefonu oraz w zakresie tych samych przestępstw – postanowieniami z dnia 3 stycznia 2006 r. (III Kp 1/06) oraz z dnia 2 lutego 2006 r. (III Kp 36/06). Po przejęciu postępowania do dalszego prowadzenia przez Prokuraturę Okręgową w B. (sygn. akt VI Ds. 2/06/S) postanowieniami z dnia 2 lutego 2006 r. w sprawach o sygn. akt III Kp 37/06 oraz III Kp 38/06 – na wniosek prokuratora tej ostatniej prokuratury – Sąd Okręgowy w B. zarządził, również na okres nie dłuższy niż 3 miesiące, kontrolę i utrwalanie rozmów wobec Jacka M. posługującego się telefonami o nr (...) w sprawie dotyczącej udzielania innym osobom środków odurzających tj. o czyn z art., 59 ust. 2 u.p.n., która to czynność – postanowieniem prokuratora Prokuratury Okręgowej w B. z dnia 21 marca 2006 r. (VI Ds. 2/06/S), wobec zaprzestania aktywności aparatów telefonicznych o wskazanych wyżej numerach, została zakończona.

Skierowany do Sądu Rejonowego w S. w dniu 27 września 2006 r. akt oskarżenia objął osiem osób: Jacka M., Marka J., Jerzego W., Sebastiana J., a także Rafała M., Bożenę M., Annę K. i Pawła B., którym m. in. zarzucano popełnienie przestępstw z art. 56 ust. 1 i 3 u.p.n.

W trybie konsensualnym – wyrokami Sądu Rejonowego w S. wydanymi pod sygn. akt II K 175/06 – za zarzucone im w akcie oskarżenia czyny skazani zostali: Rafał M., Anna K i Paweł B (wyrok z dnia 26 października 2006 r. Sądu Rejonowego w B.) oraz Bożena M. (wyrok z dnia 12 stycznia 2007 r.), natomiast sprawa Jacka M., Marka J., Jerzego W. i Sebastiana J., po wyłączeniu w tym zakresie materiałów, przekazana została na wniosek Sądu Rejonowego w S., w oparciu o przepis art. 36 k.p.k., postanowieniem Sądu Okręgowego w B., do rozpoznania Sądowi Rejonowemu w B.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w B. z dnia 24 marca 2009 r., powołanym na wstępie niniejszego uzasadnienia, wszyscy czterej oskarżeni uzna-

ni zostali za winnych popełnienia (z niewielkimi modyfikacjami) zarzucanych im w akcie oskarżenia czynów. Nie budzi przy tym wątpliwości, że podstawą przypisania sprawstwa: Jackowi M. i Markowi J. w zakresie zarzutu z pkt. 2 aktu oskarżenia, Jerzemu W. w zakresie zarzutów z pkt. 9 i 10 aktu oskarżenia, zaś Sebastianowi J. w zakresie zarzutów z pkt. 11, 12 i 13 aktu oskarżenia, były materiały, jakich dostarczyła kontrola rozmów przychodzących i wychodzących z numeru abonenckiego (...), należącego do Rafała M., a obejmująca okres od października 2005 r. do grudnia 2005 r.

Pismem z dnia 4 listopada 2009 r., stanowiącym odpowiedź na wystąpienie w toku postępowania apelacyjnego Sądu Okręgowego w B. do Prokuratury Okręgowej w B., ta ostatnia poinformowała, że za wyjątkiem spraw III Kp 37/06 oraz III Kp 38/06, nie kierowano do sądów innych wniosków w przedmiocie zarządzenia kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych prowadzonych przez oskarżonych Jacka M., Marka J., Jerzego W. i Sebastiana J., a nadto, że w okresie od dnia 1 stycznia 2004 r. do dnia 31 grudnia 2005 r. wyżej wymienieni, poza śledztwem w sprawie VI Ds. 2/06/S, nie występowali w charakterze podejrzanych w innych postępowaniach przygotowawczych prowadzonych w tej prokuraturze.

Stwierdzona wyżej sytuacja stała się podstawą podważenia przez Sąd *ad quem* legalności i możliwości wykorzystania uzyskanych z podsłuchu materiałów, a to w związku z niedochowaniem warunków ich uzyskania i wprowadzenia do procesu wynikających z – jak to przyjął ten sąd – przepisu art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji. Doprowadziło to – przy przyjęciu niedopuszczalności nielegalnie pozyskanego dowodu, na którym oparte zostało zaskarżone orzeczenie – do zmiany wyroku Sądu pierwszej instancji i uniewinnienia poszczególnych oskarżonych od popełnienia przypisanych im czynów, obejmujących zarzuty z pkt. 2, 9, 10, 11, 12 i 13 aktu oskarżenia.

Pisemne motywy skargi kasacyjnej Prokuratora Generalnego wskazują, że zakwestionował on powołane wyżej orzeczenie Sądu odwoławczego i to z dwóch powodów.

Po pierwsze dostrzegł, zresztą trafnie – o czym była już wyżej mowa, że przeprowadzone przez instancję *ad quem* rozważania, co do legalności wprowadzenia do procesu dowodów uzyskanych w toku kontroli rozmów telefonicznych i niezasadnego, naruszającego obowiązującą procedurę, oparcia na nich rozstrzygnięcia sądu *meriti*, ograniczone zostały do przepisów cytowanej wyżej ustawy o Policji (podstęp operacyjny), w sytuacji, gdy materiały mające w tej sprawie znaczenie pozyskane zostały w ramach podsłuchu procesowego, zarządzanego postanowieniem Sądu Okręgowego w B. z dnia 27 września 2005 r., sygn. III Kp 229/05, w oparciu o przepis art. 237 § 1 k.p.k.

Po wtóre wyraził pogląd, że przy tego rodzaju podsłuchu, gdy kontrola rozmów była zarządzona na podstawie postanowienia sądu wydanego na skutek wniosku prokuratora w toku wszczętego, prowadzonego w fazie *in rem*, postępowania przygotowawczego, wobec niezmienionego zakresu przedmiotowego zgody, nie istniała konieczność legalizacji tej kontroli, w tym uzyskania następczej zgody sądu nawet w sytuacji, gdy poszerzeniu uległyby jej granice podmiotowe.

O ile zgodzić należy się ze skarżącym, że przyjęcie przez Sąd drugiej instancji, w ślad za twierdzeniami zawartymi w apelacjach obrońców, iż zarządzony w niniejszej sprawie podsłuch miał charakter operacyjny, było błędem, o tyle brak podstaw do konkluzji, że zauważone uchybienie stanowiło rażące naruszenie prawa, a przede wszystkim aby mogło mieć wpływ – i to istotny – na treść poddanego kontroli kasacyjnej orzeczenia.

W sposób kategoryczny odrzucić trzeba bowiem – a to ma w tym wypadku priorytetowe znaczenie – wyartykułowany przez autora kasacji pogląd, według którego tylko w razie tzw. kontroli operacyjnej rozmów telefo-

nicznych, a więc prowadzonej na podstawie art. 19 ustawy o Policji, konieczne jest – dla późniejszego wykorzystania takich materiałów w postępowaniu przed sądem – uzyskanie, w wypadku gdy materiały te dotyczą innych przestępstw lub osób nie objętych wcześniejszym postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 tej ustawy, następczej zgody sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej także w tym poszerzonym zakresie, zaś wymóg taki nie dotyczy już kontroli procesowej, zarządzanej przez sąd w trybie przepisów rozdziału 26 Kodeksu postępowania karnego, a więc po wszczęciu postępowania i na wniosek prokuratora. Stanowisko to nie uwzględnia bowiem dotychczasowego dorobku judykatury, zgodnie z którym wykładnia przepisów wkraczających w konstytucyjnie chronione prawo do wolności komunikowania się i wiążącego się z tym prawa do tajemnicy (art. 49 Konstytucji), powinna uwzględniać właśnie aspekt konstytucyjny i być możliwie ścisła, a przy niejasności przepisów ustawy wręcz restryktywna, aby można było uznać ją za zgodną z ustawą zasadniczą. To właśnie konieczność zachowania standardów konstytucyjnych doprowadziła do takiej a nie innej interpretacji nie tylko art. 19 ustawy o Policji (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007, z. 5 poz. 37), lecz także przepisu art. 237 k.p.k. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2008 r., V KK 195/08, OSNKW 2009, z. 2, poz. 17), co skarżący, wydaje się, zupełnie przeoczył. Potwierdzenie tej linii orzeczniczej znalazło ostatnio swój wyraz w uchwale powiększonego składu Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2011 r., I KZP 32/10, OSNKW 2011, z. 3, poz. 22, która dotyczyła wprawdzie kontroli operacyjnej zarządzanej postanowieniem Sądu wydanym na podstawie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.), jednak z uwagi na przeprowadzony w niej wywód interpretacyjny, w tym odwołujący się do innego orzeczenia Sądu Najwyższego dotyczącego wykładni art. 237 § 1 k.p.k. (postanowienie z dnia 25 marca 2010



r., I KZP 2/10, OSNKW 2010, z. 5, poz. 42), rezultat dokonanej w uzasadnieniu tej uchwały wykładni ma pełne odniesienie również do procesowej kontroli i utrwalania rozmów. Nie powielając zawartej zarówno w powołanej uchwale, jak i w innych wskazanych wyżej orzeczeniach argumentacji, którą Sąd Najwyższy w składzie orzekającym w niniejszej sprawie w pełni podziela, stwierdzić więc należy, że jeżeli w toku postępowania wszczętego o konkretne przestępstwo lub przestępstwa wymienione w art. 237 § 3 k.p.k., zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów określając w postanowieniu osobę, której kontrola ta dotyczy oraz nośnik informacji, który obejmuje, a następnie w toku postępowania pojawi się potrzeba czy to przedmiotowego poszerzenia tej kontroli (chyba, że poszerzenie dotyczy innego przestępstwa, przynależnego do katalogu przestępstw wskazanych w powołanym wyżej przepisie, ściśle wiążącego się z tym lub tymi przestępstwami, co do których zastosowano kontrolę rozmów), czy też objęcia kontrolą rozmów także innych osób niż wskazane w postanowieniu albo innych nośników informacji, którymi dysponują osoby objęte uprzednim postanowieniem, konieczne jest wystąpienie do sądu o poszerzenie zakresu przedmiotowego lub podmiotowego tej kontroli, a jeżeli konieczność taka pojawi się w toku prowadzonej kontroli i zachodzi wypadek niecierpiący zwłoki, podjęcie czynności, o których mowa w art. 237 § 2 k.p.k. Tylko materiał w postaci utwaleń rozmów telefonicznych uzyskany z zachowaniem wskazanych wyżej warunków może być wykorzystany w postępowaniu przed sądem przez jego odtworzenie (art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k., stosowany odpowiednio) lub, przy braku sprzeciwu stron, ujawnienie (art. 394 § 2 k.p.k.), i stanowiąc dowód w sprawie, stać się podstawą poczynienia w niej ustaleń faktycznych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszego postępowania jako oczywista jawi się – pomimo wskazania błędnej podstawy prawnej zarządzenia o kontroli i utrwalaniu rozmów – trafność dokonanej przez Sąd odwoławczy oceny, z której wynika, że materiał uzyskany w toku kontroli,

zarządzonej wprowadzić postanowieniem Sądu Okręgowego w B. z dnia 27 września 2005 r. (III Kp 229/05) w przedmiocie udzielania środków odurzających małoletnim, ale dotyczącej wyłącznie osoby Rafała M. i użytkowanego przez niego telefonu komórkowego, nie mógł stanowić dowodu w odniesieniu do zarzucanych skazanym Jackowi M., Markowi J., Jerzemu W. i Sebastianowi J. czynów mających mieć miejsce w okresie październik – grudzień 2005 r., a kwalifikowanych jako przestępstwa z art. 56 ust. 3 u.p.n. i innych. W odniesieniu do wyżej wymienionych nie została nigdy wydana – na podstawie art. 237 § 2 k.p.k. – zgoda następcza sądu, o którą zresztą prokurator w toku niniejszego postępowania nawet nie występował, zaś zarządzane postanowieniami Sądu Okręgowego w B. z dnia 2 lutego 2006 r. (III Kp 37/06 i III Kp 38/06) kontrole i utrwalanie rozmów Jacka M. prowadzonych z będących w jego posiadaniu telefonów, dotyczyły zupełnie innego okresu i co więcej nie dostarczyły materiałów mogących mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w części obecnie kwestionowanej skargą kasacyjną. Powyższe w pełni uprawniało Sąd *ad quem* do konstatacji o nielegalności tego dowodu, a z uwagi na fakt, że był to jedyny dowód sprawstwa oskarżonych w tym zakresie oraz na kierunek wniesionych w sprawie zwykłych środków odwoławczych i obowiązującą w postępowaniu ponowionym regułę pośredniego zakazu *reformationis in peius* (art. 443 k.p.k.), skutkujące brakiem możliwości poszukiwania innych dowodów, do postąpienia po myśli art. 437 § 2 k.p.k., a więc zmiany zaskarżonego wyroku Sądu pierwszej instancji i uniewinnienia oskarżonych Jacka M., Marka J. i Jerzego W. od popełnienia przypisanych im czynów w zakresie odpowiednio zarzutów z pkt. 2, 9 i 10 aktu oskarżenia, zaś w odniesieniu do oskarżonego Sebastiana J. od popełnienia czynów zarzuconych w pkt. 11, 12 i 13 aktu oskarżenia, w tym ostatnim wypadku – wobec treści skargi apelacyjnej jego obrońcy – przy zastosowaniu art. 435 k.p.k. Argumentacja zawarta w kasacji wniesionej przez Prokuratora Generalnego wskazanej oceny Sądu

drugiej instancji i wyprowadzonej z niej konkluzji w najmniejszym nawet stopniu nie podważyła, nie dając przy tym jakichkolwiek merytorycznych podstaw do odstąpienia od utrwalonej w orzecznictwie interpretacji przepisów rozdziału 26 Kodeksu postępowania karnego.

Całkowicie nietrafna, a przy tym wręcz niezrozumiała, jest ta część zarzutu, w której zakwestionowano zmianę opisu i kwalifikacji prawnej czynu przypisanego skazanym Jackowi M. i Markowi J. w zakresie zarzutu z pkt 3 aktu oskarżenia, polegającą na wyeliminowaniu z opisu czynu znamienia „uczynienia z popełnienia tego rodzaju przestępstwa stałego źródła dochodu”, a z jego kwalifikacji prawnej art. 65 § 1 k.p.k. Pomijając nawet tak podstawową, a przeoczoną przez autora kasacji okoliczność jak to, że do wspomnianej modyfikacji doszło poza zakresem objętym apelacjami obrońców (art. 440 k.p.k.), trudno więc w tym wypadku mówić o naruszeniu art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., zważyć należy, że zdaniem skarżącego zmiana powyższa była wyłącznie efektem nieuprawnionego uznania przez Sąd odwoławczy za dowód nielegalny, materiałów zgromadzonych w toku kontroli telefonicznej rozmów prowadzonych przez Rafała M. w okresie październik – grudzień 2005 r. i w efekcie tego uniewinnienia obydwu oskarżonych od zarzutu z pkt 2 skargi oskarżyciela publicznego, z którym to czynem zdarzenie z dnia 6 czerwca 2006 r. pozostawało w jego ocenie w bezpośrednim związku. Takie stwierdzenie jest jednak nietrafne, ignorujące faktyczną motywację Sądu drugiej instancji w powyższym zakresie. Z pisemnego uzasadnienia Sądu Okręgowego w B. wynika wszakże w sposób jednoznaczny, że powodem jego ustaleń, a w konsekwencji tego i odmiennej niż to uczynił Sąd *meriti* oceny prawnej przedmiotowego zdarzenia, nie było – jak to się sugeruje w kasacji Prokuratora Generalnego – jedynie określone, wcześniejsze rozstrzygnięcie w zakresie zarzutu z pkt. 2 aktu oskarżenia, a tym samym brak możliwości wpisania się czynu z pkt. 3 aktu oskarżenia w całość działań podejmowanych przez skazanych Jacka

M. i Marka J. w okresie od maja 2004 r. do czerwca 2006 r. Wręcz przeciwnie, jak to zauważył Sąd *ad quem*, transakcja w dniu 6 czerwca 2006 r., stanowiąca udzielenie wbrew przepisom ustawy środka psychotropowego dwóm konkretnym osobom, biorąc pod uwagę art. 12 k.k. lub art. 91 § 1 k.k., nie miała żadnego związku z zarzutami z pkt. 1 i 2 aktu oskarżenia. Była to pojedyncza transakcja, pozwalająca na uzyskanie przez sprawców wyłącznie jednorazowego dochodu, której nie można przypisać cechy „stałości, systematyczności i regularności”. To właśnie, w powiązaniu z analizą prawną znamienia „stałego źródła dochodu” zawartego w art. 65 § 1 k.p.k. (po nowelizacji tego przepisu dokonanej ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. – Dz. U. Nr 93, poz. 889), zaprezentowaną w pisemnych motywach swojego wyroku, którą to wykładnię Sąd Najwyższy całkowicie podziela, nie znajdując tym samym powodów do jej powtarzania, doprowadziło Sąd drugiej instancji do zasadnego wniosku, o braku podstaw do przyjęcia, że w tym jednostkowym wypadku (czyn ten nie został popełniony w warunkach art. 12 k.k.), intencją skazanych było właśnie „uczynienie sobie (z popełnienia przestępstwa) stałego źródła dochodu”.

Podsumowując całość przeprowadzonego wyżej wywodu stwierdzić więc należy, że skarga kasacyjna Prokuratora Generalnego nie wykazała podniesionego w niej naruszenia prawa procesowego, co implikowało Sąd Najwyższy do jej oddalenia i obciążenia Skarbu Państwa poniesionymi w tym zakresie wydatkami (art. 638 k.p.k.).