

Sygn. akt II AKa 457/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 listopada 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący Sędzia SA – Dorota Tyrła

Sędziowie SA – Anna Zdziarska

SR (del.) – Dariusz Drajewicz (spr.)

Protokolant sekr. sąd. Olaf Artymiuk

przy udziale Prokuratora Jacka Pergałowskiego

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2019 r.

sprawy

A. P.,

syna I. i Ż.

urodzonego w dniu (...) w O.

oskarżonego o przestępstwa z art. 258 § 1 k.k. i art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie

z dnia 3 września 2018 r, sygn. akt V K 193/14

1. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;

2. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, wydatkami obciążając Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

A. P. został oskarżony o to, że

I. w okresie od dnia 29 stycznia 2010 roku do dnia 02 czerwca 2010 roku w W. i w M. i innych miejscowościach, wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi i nieustalonymi osobami, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu popełnienie przestępstw w szczególności związanych z obrotem znacznymi ilościami środków odurzających i substancji psychotropowych,

tj. o czyn z art. 258 § 1 k.k.;

II. w okresie od dnia 29 stycznia 2010 roku do dnia 25 marca 2010 roku oraz od dnia 26 maja 2010 roku do dnia 02 czerwca 2010 roku w W., M. i innych miejscowościach, działając w krótkich odstępach czasu, w realizacji z góry

powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, uczyniwszy sobie z popełnienia przestępstw stałe źródło dochodu, wspólnie i w porozumieniu z innymi ustalonymi i nieustalonymi osobami, w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, wbrew przepisom ustawy, brał udział w obrocie znacznymi ilościami środków odurzających i substancji psychotropowych w ten sposób, że nabył, a następnie wielokrotnie udzielał różnym osobom nie mniej, niż 8 kg marihuany, 8 kg amfetaminy i 2 kg haszyszu, między innymi nabył od Ł. G.:

- w dniu 28 maja 2010 roku około godziny 19.17 w W. – 2 kilogramy marihuany,
 - w dniu 09 lutego 2010 roku około godziny 18.00 – 1 kilogram marihuany i 1 kilogram amfetaminy oraz około godziny 09.08 – 2 kilogramy haszyszu,
 - w dniu 13 lutego 2010 roku około godziny 05.00 – 1 kilogram i 1 kilogram amfetaminy,
 - w dniu 06 marca 2010 roku około godziny 20.52 w M. – 2 kilogramy marihuany,
 - w dniu 10 marca 2010 roku około godziny 17.33 w W. – 1 kilogram marihuany i 1 kilogram amfetaminy,
 - w dniu 20 marca 2010 roku około godz. 19.50 w M. – 2 kilogramy amfetaminy,
 - w dniu 23 marca 2010 roku około godz. 18.23 w M. – 2 kilograma marihuany,
 - w dniu 25 marca 2010 roku około godz. 19.50 w W. przy ul. (...) – 1 kilograma amfetaminy i 1 kilograma marihuany;
- tj. o czyn z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie wyrokiem z dnia 3 września 2018 roku w sprawie V K 193/14 uznał:

1) oskarżonego A. P. uznał w ramach zarzucanego mu w pkt II aktu oskarżenia czynu za winnego tego, że w okresie od 8 lutego 2010 roku do 28 maja 2010 roku, działając w W. i innych miejscowościach, w krótkich odstępach czasu, w wyniku z góry podjętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, uczyniwszy sobie z popełnienia przestępstw stałe źródło dochodu, wbrew przepisom ustaw, brał udział w obrocie znacznymi ilościami środków odurzających i substancji psychotropowych, w ten sposób, iż nabył od Ł. G., w celu dalszego odsprzedania innym nabywcom, narkotyki w postaci 10 kilogramów marihuany, 6 kilogramów amfetaminy i 2 kilogramów haszyszu, i tak:

- w dniach 8 do 9 lutego 2010 roku 2 kilogramy haszyszu, 1 kilogram marihuany i 1 kilogram amfetaminy,
- w dniu 13 lutego 2010 roku 1 kilogram marihuany i 1 kilogram amfetaminy,
- w dniach 5 do 6 marca 2010 roku 2 kilogramy marihuany,
- w dniu 10 marca 2010 roku 1 kilogram marihuany i 1 kilogram amfetaminy,
- w dniu 20 marca 2010 roku 2 kilogramy amfetaminy,
- w dniu 23 marca 2010 roku 2 kilogramy marihuany,
- w dniach 24 do 25 marca 2010 roku 1 kilogram marihuany i 1 kilogram amfetaminy,
- w dniu 28 maja 2010 roku 2 kilogramy marihuany,

i występki ten zakwalifikował z art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomani w zw. z art. 4 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia przedmiotowego czynu w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i na podstawie tych przepisów skazał oskarżonego a na podstawie art. 56 ust. 3 wskazanej ustawy wymierzył

mu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny 350 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki na kwotę 85 złotych;

2) oskarżonego A. P. uniewinnił od popełnienia zarzucanego mu w pkt I aktu oskarżenia czynu kwalifikowanego z art. 258 § 1 k.k.;

3) na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności zaliczył rzeczywisty okres pozbawienia wskazanego wolności w sprawie od dnia 26 marca 2013 roku do dnia 28 stycznia 2014 roku;

4) na podstawie art. 632 ust. 2 k.p.k. kosztami procesu w części uniewinniającej obciążył Skarb Państwa;

5) na podstawie art. 627 k.p.k. w części skazującej zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 6.350 złotych tytułem opłaty oraz pozostałe koszty sądowe w sprawie.

Apelację od tego wyroku wniósł prokurator, zaskarżając powyższy wyrok w całości wobec oskarżonego A. P.. Wyrokowi temu prokurator zarzucił:

1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść polegający na niezasadnym przyjęciu, że zgromadzone w niniejszej sprawie dowody nie dają podstaw do uznania, iż oskarżony A. P. działał w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, co doprowadziło do uniewinnienia go od popełnienia tego czynu, podczas gdy prawidłowa i wszechstronna analiza całokształtu materiału dowodowego prowadzi do jednoznacznego wniosku, że oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu z art. 258 § 1 k.k.;

2) obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie obrazę art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., polegającą na kształtowaniu przez sąd przekonania o niewinności oskarżonego na podstawie jedynie części ujawnionego w sprawie materiału dowodowego, nie zaś jego całokształcie, ocenionego w sposób dowolny, z naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, pominięcie przez sąd I instancji dowodów i okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonego i oparcie podstawy faktycznej wyroku jedynie na części okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, bez uwzględnienia części istotnych dowodów, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy oceniony prawidłowo i wszechstronnie, z uwzględnieniem dyrektyw wskazanych w art. 7 k.p.k., prowadzić powinien do uznania oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu z art. 258 § 1 k.k. oraz przypisania mu w ramach czynu obrotu znacznymi ilościami środków odurzających i substancji psychotropowych działania w ramach zorganizowanej grupy przestępczej;

3) obrazę prawa materialnego, a mianowicie art. 45 § 1 k.k. poprzez nieorzeczenie wobec oskarżonego A. P. obligatoryjnego środka karnego w postaci przepadku równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa, mimo obowiązku wynikającego z treści wskazanego wyżej przepisu i wobec prawidłowego ustalenia, iż oskarżony z przypisanego mu czynu obrotu znacznymi ilościami środków odurzających i substancji psychotropowych osiągnął korzyść majątkową, która nie podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi. Prokurator nie wskazał, jakiej kwoty przepadku domaga się orzeczenia.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego, zaskarżając orzeczenie na korzyść oskarżonego i zarzucił obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść orzeczenia:

1) 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 w zw. z art. 2, art. 7, art. 47, art. 49, 51 ust. 2 Konstytucji, mającą wpływ na jego treść, polegającą ujawnieniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2018 r. materiałów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej pod kryptonimem (...) 2 i (...), a także na błędnym przyjęciu, iż wykorzystanie w niniejszym postępowaniu w stosunku do oskarżonego materiałów uzyskanych w ramach tych kontroli operacyjnych, stosowanych w stosunku do innej osoby na podstawie postanowień Sądu Okręgowego w Warszawie, wymagało uzyskania zgody następczej Sądu Okręgowego w Warszawie bez konieczności zachowania jakiegokolwiek terminu, podczas gdy prawidłowa wykładnia tych przepisów wskazuje, iż dopuszczalność wykorzystania tych materiałów i ich ujawnienie w toku postępowania sądowego było uzależnione

b) rozmowy wskazane pod nr 24 (godz. 12.16), 26 (godz. 18.00), 28 (godz. 18:52) protokołu, które nie występują w zestawieniach (k. 419-419v oraz załącznik nr 2 str. liii nast.), czyli billingach połączeń, przekazanych przez operatora sieci, przy czym rozbieżności dotyczą nie tylko czasu rozmowy, ale także jej długości, co więcej czas rozmowy nr 24 pokrywa się częściowo z czasem rozmowy nr 25, co łącznie prowadzi do wniosku o braku możliwości ustalenia rzeczywistego czasu rozmów oraz weryfikacji prawdziwości zapisów dotyczących ich czasu, a w efekcie ich niewiarygodności, chociażby w aspekcie zachowania ich chronologii, czego konsekwencją jest brak możliwości oceny ich związku logicznego, w tym także w kontekście treści rozmów z nr 20 i 26, a nadto przy uwzględnieniu treści opinii fonoskopijnej, z której nie wynika, aby głos któregokolwiek z rozmówców rozmowy z nr 23 protokołu należał do oskarżonego,

c) rozmowę wskazaną pod nr 30 protokołu, która nie występuje w zestawieniach (k. 419-419v oraz załącznik nr 2 str. 111 i nast.), czyli billingach połączeń, przekazanych przez operatora sieci, a której treść wskazuje, iż nie mogła mieć ona miejsca w czasie określonym w protokole (nagraniu na płycie), tj. o godz. 00.24, co prowadzi do wniosku o istnieniu tego rodzaju wątpliwości co do wiarygodności zapisu czasu rozmów, zawartych na przekazanych przez organy ścigania płytach z nagraniami, które uniemożliwiają obdarzenie ich wiarygodnością,

d) rozmowy wskazane pod nr 32-35 protokołu, które w ogóle nie występują w zestawieniach (k. 429 oraz załącznik nr 2 str. 111 i nast.), czyli billingach połączeń, przekazanych przez operatora sieci, a treść tych rozmów wskazuje, iż nie mogły mieć one miejsca w czasie określonym w protokole (nagraniu na płycie), co prowadzi do wniosku o istnieniu tego rodzaju wątpliwości co do wiarygodności zapisu czasu rozmów, zawartych na przekazanych przez organy ścigania płytach z nagraniami, które uniemożliwiają obdarzenie ich wiarygodnością,

e) rozmowy wskazane pod nr 52-55 protokołu, które w ogóle nie występują w zestawieniach (k. 420 oraz załącznik nr 2 str. 111 i nast.), czyli billingach połączeń, przekazanych przez operatora sieci, a rozbieżności dotyczą nie tylko czasu rozmowy, ale także jej długości, co więcej czas rozmowy nr 52 uwzględniając jej długość pokrywa się częściowo z czasem rozmowy nr 53, a nawet nr 54 i 55, a nadto treść tych rozmów wskazuje, iż nie mogły mieć one miejsca w czasie określonym w protokole (nagraniu na płycie), co prowadzi do wniosku o istnieniu tego rodzaju wątpliwości co do wiarygodności zapisu czasu rozmów, zawartych na przekazanych przez organy ścigania płytach z nagraniami, które uniemożliwiają obdarzenie ich wiarygodnością,

f) rozmowy wskazane pod nr 58 – 61 protokołu, które w ogóle nie występują w zestawieniach (k. 420 oraz załącznik nr 2 str. 111 i nast.), czyli billingach połączeń, przekazanych przez operatora sieci, a rozbieżności dotyczą nie tylko czasu rozmowy, ale także jej długości, a ich treść wyraźnie wskazuje, iż nie mogły mieć one miejsca w czasie określonym w protokole, co prowadzi do wniosku o istnieniu tego rodzaju wątpliwości co do wiarygodności zapisu czasu rozmów, zawartych na przekazanych przez organy ścigania płytach z nagraniami, które uniemożliwiają obdarzenie ich wiarygodnością,

g) rozmowy wskazane pod nr 109 – 112 protokołu, które w ogóle nie występują w zestawieniach (k. 423v oraz załącznik nr 2 str. 111 i nast.), czyli billingach połączeń, przekazanych przez operatora sieci, a rozbieżności dotyczą nie tylko czasu tych rozmów, ale także ich długości, zawartych w protokole odtworzenia nagrań z rozmów telefonicznych i występujących w zestawieniu (billingu), co skutkuje brakiem możliwości weryfikacji prawidłowości czasu i długości trwania tych rozmów zawartych na płytach z nagraniami rozmów z kontroli operacyjnej, czego efektem winno być uznanie, iż brak jest podstaw do przyjęcia ich jako wiarygodny materiał dowodowy, chociażby w aspekcie zachowania chronologii tych rozmów, a w konsekwencji braku możliwości oceny ich związku logicznego, a nadto przy uwzględnieniu treści opinii fonoskopijnej, z której nie wynika, aby głos któregokolwiek z rozmówców rozmowy nr 112 protokołu należał do oskarżonego,

h) rozmowę wskazaną pod nr 123 protokołu, która w ogóle nie występuje w zestawieniach (k. 425v), czyli billingach połączeń, przekazanych przez operatora (sieci, a rozbieżności dotyczą nie tylko czasu rozmowy, ale także jej długości, co skutkuje brakiem możliwości weryfikacji prawidłowości czasu i długości trwania tej rozmowy utrwalonej podczas kontroli operacyjnej, czego skutkiem winno być uznanie, iż brak jest podstaw do przyjęcia jej jako wiarygodny materiał

dowodowy, chociażby w aspekcie identyfikacji oskarżonego na podstawie jej treści, zwłaszcza że rozmowa z tego samego dnia ujęta pod nr 125 protokołu nie zawiera tego rodzaju istotnych rozbieżności z danymi przekazanymi przez operatora i da się ją zidentyfikować w zestawieniu (billingu), a rozbieżności tych nie da się logicznie wytłumaczyć w sposób zaprezentowany przez sąd, biorąc pod uwagę, iż czas i długość pozostałych rozmów, zawartych na płytach z nagraniami rozmów przekazanych przez organy ścigania, da się logicznie powiązać z datami i czasem rozmów, określonych w zestawieniach (k. 421 i nast.), czyli billingach połączeń,

4) art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., mającą wpływ na jego treść, polegającą na wybiórczej i dowolnej ocenie materiału dowodowego poprzez błędne wnioskowanie co do tego, iż jednym z rozmówców rozmów zarejestrowanych w ramach (...) 2 jest Ł. G., podczas gdy prawidłowa ocena tego materiału nie pozwala na tego rodzaju jednoznaczne ustalenie z przyczyn szczegółowo wyjaśnionych w uzasadnieniu apelacji,

5) art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., mającą wpływ na jego treść, polegającą na wybiórczej i dowolnej ocenie materiału dowodowego w postaci m. in. zeznań funkcjonariuszy Policji, opinii biegłego z zakresu fonoskopii, opinii biegłego z zakresu przestępczości narkotykowej, slangu narkotykowego i przestępczego, nagrań z kontroli operacyjnej (...), w tym protokołu z ich odsłuchania, skutkującą dowolnym przyjęciem, iż jednym z rozmówców jest Ł. G., a drugim z rozmówców jest A. P. podczas gdy prawidłowa ocena tego materiału, z uwzględnieniem logiki i doświadczenia życiowego, nie pozwala na takie ustalenie w sposób pewny, bez wątpliwości w tym zakresie, zwłaszcza że nie została wykazana tożsamość głosów rozmówców z (...) 2 i (...),

6) art. 167 i art. 366 § 1 k.p.k., mającą wpływ na jego treść, polegającą na braku dążenia do wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy, braku dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii biegłego z zakresu fonoskopii w celu ustalenia, czy głos rozmówcy A. P. (przy przyjęciu, iż opinia fonoskopijna prawidłowo wskazuje, iż jeden z głosów należy do tego oskarżonego) z (...) 2 i (...) należy do tej samej osoby, w sytuacji gdy materiał dowodowy zgromadzony w tej sprawie nie dawał podstaw do przyjęcia, iż jest to głos tej samej osoby,

7) art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., mającą wpływ na jego treść, polegającą na całkowicie dowolnym przyjęciu, iż opinia biegłego z zakresu przestępczości narkotykowej, slangu narkotykowego i przestępczego J. W. jest prawidłowa i może stanowić podstawę ustaleń faktycznych, w sytuacji gdy biegły ten wydawał swoje opinie, przyjmując za ich podstawę nagrania rozmów z kontroli operacyjnych (...) 2 i (...), a także pozostałych wskazanych w pkt 2 zarzutów, przy jednoczesnym założeniu prawidłowości ustaleń osób wobec, których stosowana była kontrola operacyjna, jak i przyjętego w protokole czasu i długości tych rozmów, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy nie dawał podstaw do przyjęcia, iż osoby wskazane przez biegłego w opiniach to osoby, których głosy zostały zarejestrowane w rozmowach telefonicznych w ww. kontrolach operacyjnych, zaś czas, długość oraz chronologia rozmów, wskazanych w pkt 3 zarzutów, nasuwa istotne wątpliwości co do ich prawidłowości,

8) art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., mającą wpływ na jego treść, polegającą na całkowicie dowolnym przyjęciu przez sąd, iż opinia biegłego z zakresu przestępczości narkotykowej, slangu narkotykowego i przestępczego J. W. jest wiarygodna w zakresie w jakim biegły przyjmuje, iż rozmowa z dnia 8 lutego 2010 r. (nr 20 protokołu odtworzenia rozmów (...) 2) dotycząca „tego płaskiego” związana jest z obrotem haszyszem, podczas gdy biegły w swojej opinii nie uwzględnił treści rozmowy z dnia 9 lutego 2010 r. (rozmowa nr 26 protokołu odtworzenia rozmów (...) 2), a także wobec istotnych wątpliwości co do czasu tych rozmów, w szczególności w zakresie ich chronologii, przy uwzględnieniu zarzutów wskazanych z pkt 3 zarzutów apelacji,

9) art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., mającą wpływ na jego treść, polegającą na całkowicie dowolnym przyjęciu przez sąd, że opinia biegłego z zakresu przestępczości narkotykowej, slangu narkotykowego i przestępczego J. W. jest wiarygodna w zakresie w jakim biegły przyjmuje, iż rozmówcy posługują się slangiem, w którym dolary oznaczają marihuanę, a euro – amfetaminę, podczas gdy materiał dowodowy zgromadzony w tej sprawie nie dawał podstaw do takiego wniosku,

10) art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., mającą wpływ na jego treść, polegającą na wybiórczej i dowolnej ocenie materiału dowodowego skutkującej błędnym przyjęciem, iż nagrania z kontroli operacyjnej (...) 2 i (...), opinia biegłego z zakresu fonoskopii, a także informacja z Sądu Okręgowego w Ostrołęce, pozwalają na pewne przyjęcie, iż głos jednego

z rozmówców występujących w (...) 2 i (...) należy do A. P., podczas gdy na podstawie opinii biegłego z zakresu fonoskopii nie sposób ustalić jaka liczba osób w Polsce może posiadać te same lub zbliżone cechy, które pozwalają na identyfikację ich głosu z głosem oskarżonego A. P., zaś wobec zastrzeżeń co do czasu i długości rozmowy z dnia 16 marca 2010 r. (rozmowa nr 123 z protokołu odtworzenia rozmów) nie sposób uznać identyfikację A. P. na podstawie treści tej rozmowy w połączeniu z informacją przekazaną przez Sąd Okręgowy w Ostrołęce za pewną, co łącznie powinno skutkować powstaniem tego rodzaju wątpliwości, które sąd zobowiązany był rozstrzygnąć zgodnie z regułą określoną w art. 5 § 2 k.p.k.

Obrońca, wskazując na powyższe zarzuty, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego względnie o uchylenie wskazanego na wstępie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu Warszawa Praga w Warszawie.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacje nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosnie do apelacji prokuratora.

Przede wszystkim wskazać należy, że chybiony jest zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, który zdaniem prokuratora miał polegać na niezasadnym przyjęciu, że zgromadzone w niniejszej sprawie dowody nie dają podstaw do uznania, iż oskarżony A. P. działał w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, a zatem że nie dopuścił się zarzucanego mu czynu z art. 258 § 1 k.k.

Prokurator nie wykazał, na co sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, jakiegokolwiek organizacyjno – strukturalnego powiązania pomiędzy oskarżonym a grupą, poddania się przez niego panującej w grupie dyscyplinie, czy wykonywania określonych poleceń. Nie wykazano także gotowości oskarżonego do wypełniania zadań służących grupie, jej organizacji, niesienia wzajemnej pomocy, czyli elementów koniecznych do uznania, że oskarżony w niej działał. Samo nabywanie narkotyków, co słusznie wywiódł sąd a quo, nawet cykliczne, utrzymywanie kontaktów towarzyskich ze sprzedawcą, nie stanowi wystarczającego kryterium do przyjęcia, że oskarżony miał świadomość istnienia jakiegokolwiek grupy przestępczej, jako zorganizowanej struktury ludzkiej mającej na celu popełnianie ściśle określonych przestępstw, że akceptował w ten sposób cele grupy i co najmniej godził się na udział w niej.

Nie każde przestępne współdziałanie z członkami zorganizowanej grupy przestępczej, jest wystarczającym dowodem na udziale w tej grupie. Działania oskarżonego w ramach takiej grupy prokurator nie udowodnił. Przede wszystkim nie sposób wykazać jakiegokolwiek zależności oskarżonego od Ł. G., przy założeniu, że ten ostatni był członkiem zorganizowanej grupy przestępczej.

Jak trafnie zauważył sąd a quo, oskarżony płacił za zakupione narkotyki, jak i też decydował o czasie ich zamówienia, ilości i rodzaju. Nadto, oskarżony samodzielnie decydował o odstąpieniu od ich nabycia, z czego korzystał, gdy uznawał, że jakość tych narkotyków jest niska. Sam fakt znajomości oskarżonego z Ł. G., towarzyskie kontakty, czy nabywanie od niego narkotyków i ukrywanie tego, w szczególności poprzez używanie slangu, należy uznać za niewystarczające do przyjęcia, że oskarżony brał udział w tej zorganizowanej grupie przestępczej. Używanie slangu i ukrywanie faktu nabycia narkotyków towarzyszy każdej takiej transakcji i w żaden sposób nie dowodzi, że osoby w niej uczestniczące są członkami zorganizowanej grupy przestępczej.

Przyjęcie odmiennej oceny prowadziłoby do przypisania każdej osobie cyklicznie nabywającej środki odurzające lub substancje psychotropowe działania w ramach zorganizowanej grupy przestępczej. Taki zabieg w procesie subsumpcji jest niedopuszczalny. Nie stanowi właściwej subsumpcji przyporządkowanie stanu faktycznego pod normę, która nie jest normą prawną. Jeżeli sam akt kontaktu dwóch podmiotów, z których jeden jest członkiem zorganizowanej grupy przestępczej, nie stanowi znamienia czynu z art. 258 § 1 k.k., to przypisanie na tej podstawie sprawstwa przestępstwa z art. 258 § 1 k.k. stanowi naruszenie zasad „nullum crimen sine lege scripta” oraz „nullum crimen sine lege certa”, które wynikają z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 1 § 1 k.k.

Nie podlegał także uwzględnieniu zarzut prokuratora naruszenia przepisów postępowania, a mianowicie obrazy art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. Zdaniem prokuratora obraza tych przepisów miała polegać na „kształtowaniu przez sąd przekonania o niewinności oskarżonego na podstawie jedynie części ujawnionego w sprawie materiału dowodowego, nie zaś jego całokształcie, ocenionego w sposób dowolny, z naruszeniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”.

Zdaniem prokuratora doszło do pominięcia „przez sąd pierwszej instancji dowodów i okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonego i oparcia podstawy faktycznej wyroku jedynie na części okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, bez uwzględnienia części istotnych dowodów, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy oceniony prawidłowo i wszechstronnie, z uwzględnieniem dyrektyw wskazanych w art. 7 k.p.k., prowadzić powinien do uznania oskarżonego za winnego popełnienia zarzuconego mu czynu z art. 258 § 1 k.k. oraz przypisania mu w ramach czynu obrotu znacznymi ilościami środków odurzających i substancji psychotropowych działania w ramach zorganizowanej grupy przestępczej”.

Tytułem przypomnienia, obraza przepisów postępowania (error in procedendo), którą zarzuca apelujący, to uchybienie, które polega na naruszeniu norm procesowych w toku postępowania (art. 438 pkt 2 k.p.k.). Zdaniem skarżącego doszło do naruszenia art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. Twierdzenie, że doszło do naruszenia zasady swobody oceny dowodów (art. 7 k.p.k.) jest przedwczesne w sytuacji, kiedy zdaniem prokuratora doszło do uchybienia art. 410 k.p.k. poprzez ocenę, zdaniem skarżącego tylko części dowodów i pominięcie innych dowodów. Skoro pominięto jakiś dowód, to nie doszło jeszcze do etapu jego analizy i oceny, a zatem nie mogło jeszcze dojść do naruszenia art. 7 k.p.k. i wynikającej z tego przepisu zasady swobody oceny dowodów.

Jeżeli zaś uchybienie art. 7 k.p.k. należy tak rozumieć, że w zakresie stawianego zarzutu popełnienia występku z art. 258 § 1 k.k. sąd pierwszej instancji ukształtował swe przekonanie co do niewinności oskarżonego nie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, to taki zarzut byłby trafny, o ile prokurator wykazałby także, że podstawę wyroku nie stanowił całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej (art. 410 k.p.k.).

W niniejszej sprawie nie można stwierdzić naruszenia tych przepisów. Nie wykazuje prokurator na jakikolwiek dowód, który miały zostać przez sąd pominięte. Poza tym, przepis art. 7 k.p.k. jak i też przepis art. 410 k.p.k. nie nakłada na sąd obowiązku przywołania w uzasadnieniu wyroku wszystkich dowodów bez wyjątku, gdyż oceny wymagają tylko te, które według sądu miały znaczenie dla wydanego orzeczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2018 r., SNO 7/18, LEX nr 2531297).

Zatem omówienie wybranych dowodów jest dopuszczalne, o ile mają one znaczenie dla wyrokowania, tak jak w warunkach niniejszej sprawy. Prokurator nie wykazał, że zostały naruszone art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., w szczególności nie wskazał żadnych dowodów, które zostały przez sąd pierwszej instancji zostały ujawnione, lecz pominięte przy wyrokowaniu, bądź zostały uwzględnione, bez ich ujawnienia na rozprawie.

Zgodzić się należy z zarzutem prokuratora, że sąd pierwszej instancji naruszył art. 45 § 1 k.k., gdyż nie orzekł obligatoryjnego środka karnego w postaci przepadku równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa.

Przepis art. 45 § 1 k.k. formułuje zasadę, zgodnie z którą, w sytuacji gdy sprawca z popełnionego przestępstwa osiągnął (choćby pośrednio) korzyść majątkową, sąd zobowiązany jest orzec przepadek korzyści majątkowej lub jej równowartości. Korzyścią majątkową pochodzącą z przestępstwa w rozumieniu art. 45 § 1 k.k. są wszelkie składniki majątkowe pochodzące z popełnienia danego przestępstwa, a nie tylko osiągnięty zysk.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Najwyższego, który stwierdził, że "ze względu na nielegalne (przestępcze) pochodzenie korzyści nie tylko nie wchodzi w rachubę jakiekolwiek jej miarkowanie (odliczanie wydatków także z legalnego źródła), ale należy pozbawić sprawcę jej całości, nawet gdyby uzyskana korzyść okazała się mniejsza od wydatków (np. doszło do zbycia narkotyków po cenie niższej od ceny ich nabycia). Zatem korzyścią majątkową, o której mowa w art. 45 § 1 k.k., jest wszystko o charakterze materialnym i niematerialnym dające się wyrazić w pieniądzu,

co sprawca osiągnął z przestępstwa, chociażby pośrednio, nawet gdyby korzyść ta nie równoważyła wydatków, za pomocą środków uzyskanych także legalnie. Innymi słowy, w skład korzyści majątkowej w rozumieniu art. 45 § 1 k.k., podlegającej przypadkowi, wchodzi również wszelkie wydatki poczynione przez sprawcę na uzyskanie przedmiotu pochodzącego z przestępstwa" (zob. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2010 r., I KZP 12/10, OSNKW 2010, Nr 9, poz. 78).

Orzeczenie przypadku korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa nie wymaga poczynienia uprzednich ustaleń co do tego, czy sprawca w chwili orzekania dysponuje konkretnymi wartościami mogącymi stanowić przedmiot przypadku tej korzyści (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2017 r., V KK 387/16, Legalis).

Wymagane jest jednak poczynienie ustaleń odnośnie do wysokości równowartości korzyści majątkowej i przede wszystkim zebranie dowodów procesowych potwierdzających tę wysokość. W tym przedmiocie prokurator ani nie przeprowadził żadnego postępowania dowodowego w toku śledztwa, ani nie zainicjował takiego postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji, co niewątpliwie stanowi rażące zaniedbanie prokuratora.

Pozostaje poza sporem, że takich czynności, mimo że powinien, nie podjął się sąd pierwszej instancji, co niewątpliwie także należy potraktować jako oczywiste zaniedbanie sądu okręgowego.

Jednakże prokurator jako profesjonalny uczestnik postępowania nie może wykazywać postawy pasywnej w toku procesu. Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny umożliwił prokuratorowi konwalidowanie uchybienia, którego dopuścił się prokurator, i wykazanie wysokości równowartości korzyści majątkowej, jako że takowej nie wskazał w środku odwoławczym. Prokurator jednak nigdy tej wartości nie przedstawił.

Prokurator nie wykonał też zobowiązania Sądu Apelacyjnego wydanego na podstawie art. 396a § 1 k.p.k. i nie przedstawił, pomimo przedłużenia terminu, dowodów, z których wynika wysokość równowartości korzyści majątkowej.

Przedłożony przez prokuratora wykaz cen jednostek środków odurzających i środków psychotropowych w postaci 1 grama, który został podpisany przez funkcjonariusza Policji (k. 1376), a zatem funkcjonariusza organu postępowania przygotowawczego, nie ma waloru dowodu. Stanowi swoistą obvious perspicuitas (oczywistą oczywistość), że stwierdzenie takiej okoliczności wymaga wiadomości specjalnych, a zatem należało zasięgnąć opinii biegłego albo biegłych, stosownie do art. 193 § 1 k.p.k. Akceptacja poglądu przeciwnego zwalniałaby organ postępowania przygotowawczego od jakichkolwiek czynności procesowych mających na celu wykazanie odpowiednią opinią biegłego okoliczności wymagających wiadomości specjalnych i otwierałaby drogę do substytuowania opinii biegłego notatkami funkcjonariuszy Policji.

Nadto, prokurator jednostki oskarżającej tylko raz stawił się na rozprawie apelacyjnej, na której to został zobowiązany do uzupełnienia postępowania dowodowego. Prokurator ten nie podjął się żadnej akcji procesowej w celu odpowiedniego wykonania swego obowiązku i aż do zamknięcia przewodu nie podał w żadnej formie kwoty swego żądania.

W tym stanie stwierdzić należy, że prokurator nie wykazał odpowiednim dowodem o walorze procesowym wysokości równowartości korzyści majątkowej, która miała ulec przypadkowi, a tym samym stosownie do art. 396a § 4 k.p.k. należało na korzyść oskarżonego rozstrzygnąć wątpliwości.

Niezależnie od powyższego zwrócić uwagę prokuratorowi należy, że brak rozstrzygnięcia odnośnie do przypadku może stanowić przedmiot postanowienia uzupełniającego, o którym mowa w art. 420 § 1 k.p.k.

Odnosnie do apelacji obrońcy.

Apelacja obrońcy jest także bezzasadna. Zarzuty mają charakter polemiczny i nierzadko powtarzający się. Z uwagi na konieczność realizacji dyrektywy rozpoznania wszystkich zarzutów zawartych w środku apelacyjnym (art. 433 § 2 k.p.k.), a także wyjaśnienia wad tego środka odwoławczego, omówienie zarzutów apelacyjnych nastąpi z zachowaniem

porządku ich prezentacji w apelacji z nieznaczną modyfikacją, która odnosić się będzie do problematyki wręcz oczywistej powtarzalności stawianych tez.

Nie podlegał uwzględnieniu zarzut opisany w punkcie 1 apelacji obrońcy. Odniesienie się to tego zarzutu wymaga przedstawienia rysu historycznego niniejszej sprawy.

Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w Warszawie wyrokiem z dnia 30 maja 2014 r. (V K 103/13) uniewinnił oskarżonego od popełnienia obu zarzucanych mu obu czynów. Wyrok powyższy zaskarżył prokurator. Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 24 listopada 2014 roku (II AKa 367/14) uwzględnił apelację prokuratora i jednocześnie stwierdził, że orzeczenie sądu pierwszej instancji jest uzasadnione w sposób nie tylko nieprzekonywujący, ale nadto zawiera szereg błędów.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, sąd pierwszej instancji wydał wyrok uniewinniający, formułując błędną tezę, że materiał dowodowy stanowiący podstawę aktu oskarżenia, a pochodzący z czynności operacyjnych w postaci tzw. podsłuchów rozmów telefonicznych pozyskany został sprzecznie z obowiązującym prawem, wychodząc z założenia, że tzw. zgoda następcza dotycząca kontroli operacyjnej wobec oskarżonego została wyrażona przez sąd z rażącym – kilkumiesięcznym – przekroczeniem 5-cio dniowego terminu, o którym mowa art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, co powoduje, że „uznać należy, iż nie doszło do zalegalizowania tychże kontroli operacyjnych”. Tymczasem, zdaniem Sądu Apelacyjnego, z własnych ustaleń sądu pierwszej instancji wynikało, że w stosunku do oskarżonego nie zarządzono w ogóle kontroli operacyjnej w trybie art. 19 ust. 3 ustawy o Policji (działanie „w przypadkach niecierpiących zwłoki...”), a jedynie wykorzystano w toku postępowania materiały uzyskane w toku czynności operacyjnych legalnie prowadzonych wobec Ł. G. – rozmówcy oskarżonego, po opracowaniu ich już po zakończeniu wspomnianych czynności operacyjnych.

Reasumując, Sąd Apelacyjny stwierdził, że prawidłowe sformułowanie wniosku o tzw. zgodę następczą, stosownie do art. 19 ust. 7 ustawy o Policji wymaga także, aby zawierał m. in. „... 4. Dane osoby lub inne dane pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania”, a zatem termin wskazany w tym przepisie nie tylko nie miał, ale nie mógł mieć zastosowania do sytuacji i okoliczności ustalonych w przedmiotowej sprawie.

Stosownie do art. 442 § 3 k.p.k., w brzmieniu obowiązującym w chwili wydania wyroku przez Sąd Apelacyjny oraz wydania zaskarżonego wyroku przez sąd pierwszej instancji, zapatrywania prawne i wskazania sądu odwoławczego co do dalszego postępowania były wiążące dla sądu, któremu sprawę przekazano do ponownego rozpoznania. Zauważyć należy, że obecnie obowiązująca treść tego przepisu (od dnia 5 października 2019 roku) także zawiera dyrektywę ograniczenia zasady autonomii jurysdykcyjnej sądu o tożsamym brzmieniu, jednakże zamieszczoną w zdaniu 1 art. 442 § 3 k.p.k. Dodane do tego przepisu nowe jednostki redakcyjne zarówno w zdaniu 2 i 3 nie uchylają dyrektywny związania sądu, któremu sprawę przekazano do ponownego rozpoznania, zapatrywaniami prawnymi sądu odwoławczego.

Sąd pierwszej instancji, któremu sprawę przekazano do ponownego rozpoznania, z pełnym poszanowaniem tej zasady przeanalizował kwestie prawne wskazane przez Sąd Apelacyjny. Nie pojawiły się żadne okoliczności, które, zgodnie z zasadą rebus sic stantibus, nakazywałyby odstępianie od tego zapatrywania prawnego, jakie przedstawił Sąd Apelacyjny uprzednio rozpoznający sprawę.

Powołany w przedstawionym wyżej wyroku Sądu Apelacyjnego, art. 19 ust. 7 pkt 4 ustawy o Policji, w brzmieniu obowiązującym zarówno z chwili czynu, jak i też w chwili wydania pierwszego wyroku Sądu Apelacyjnego, w chwili wydania wyroku sądu pierwszej instancji, który stanowi obecnie przedmiot zaskarżenia, oraz wydania wyroku przez obecnie orzekających skład Sądu Apelacyjnego wskazywał na istotne elementy, jakie powinien zawierać wniosek organu Policji o zarządzanie kontroli operacyjnej, w tym konieczność podania danych osoby lub innych danych pozwalających na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna.

Wypełnienie tego warunku, który zabezpiecza zindywidualizowany charakter instytucji kontroli operacyjnej, z uwagi na konstytucyjną ochronę prawną życia prywatnego oraz wolności i tajemnicy komunikowania się (art. 47 i 49 ustawy zasadniczej), wymagało precyzyjnego, a zatem i rzetelnego wskazania podmiotu, który ma zostać poddany kontroli operacyjnej. Ten wymóg w niniejszej sprawie mógł zostać spełniony dopiero po ujawnieniu danych personalnych oskarżonego.

Identyfikacja oskarżonego nastąpiła dopiero w wyniku zarejestrowania rozmowy przeprowadzonej przez oskarżonego z Ł. G. w dniu 16 marca 2010 roku z numeru (...), zarejestrowanej w ramach prowadzonej kontroli operacyjnej o kryptonimie (...). W toku tej rozmowy oskarżony, wówczas niezidentyfikowany jeszcze z imienia i nazwiska, będąc w O., zapewniał swojego rozmówcę, że będzie starał się z nim spotkać w dniu następnym, to jest w dniu 17 marca 2010 roku, o godzinie 10.00 oraz podał, że w dniu 18 marca 2010 roku o godzinie 12.00 ma zaplanowane zapoznanie się z materiałami z rozmów telefonicznych w kancelarii tajnej w Sądzie Okręgowym. Następnie funkcjonariusze Centralnego Biura Śledczego w ramach prowadzonego śledztwa wystąpili ze stosownym pismem do Kancelarii Tajnej Sądu Okręgowego (...), a w odpowiedzi datowanej na dzień 22 października 2010 roku uzyskali informację pisemną, że osobą, która w dniu 17 marca 2010 roku zapoznawała się w kancelarii tajnej wskazanego sądu z aktami o sygn. akt II K 7/09 był oskarżony A. P. (k. 138, 1182, 1230). Dysponując tymi danymi Komendant Główny Policji, po uzyskaniu wcześniejszej zgody Prokuratora Generalnego, na podstawie art. 19 ust. 1 i 3 ustawy o Policji, zwrócił się do Sądu Okręgowego w Warszawie z wnioskami o o wyrażenie następczej zgody na przeprowadzenie kontroli operacyjnej wobec A. P. odnośnie do czynów z art. 258 k.k. i z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Wnioski te zostały złożone w Sądzie Okręgowym w Warszawie w dniu 9 listopada 2010 roku. Sąd Okręgowy w Warszawie postanowieniami z dnia 10 listopada 2010 roku, po dokonaniu formalnej i merytorycznej kontroli, zgodę taką wyraził (k. 247-250).

Prezentując taki tok rozumowania, sąd pierwszej instancji uznał materiały kontroli operacyjnej w postaci utwaleń rozmów telefonicznych za uzyskane legalnie i wobec wprowadzenia ich do procesu na podstawie art. 19 ust. 15 ustawy o Policji przyjął, że stanowią materiał dowodowy. Przedmiotowe zapisy zostały uzyskane i utwalone w sposób odpowiadający rygorom przewidzianym w ustawie o Policji, w brzmieniu obowiązującym w czasie ich gromadzenia na podstawie pierwotnie zarządzanej kontroli rozmów wobec innej osoby, a następnie w wyniku zgody, którą wyraził sąd, zostały wprowadzone do procesu.

Tym samym sąd pierwszej instancji zastosował się do zapatrywań prawnych Sądu Apelacyjnego wyrażonych w trybie art. 442 § 3 k.p.k., jak i też wskazań interpretacyjnych zawartych w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. (I KZP 6/07, OSNKW 2007, nr 5, poz. 37), w którym stwierdzono, że uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw – określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji – przez osobę inną niż objęta postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 tej ustawy albo popełnionych wprawdzie przez osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem (art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k., stosowany odpowiednio), pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, stosowany odpowiednio).

Pogląd ten spotkał się w piśmiennictwie z decydowaną aprobatą, np. glosy: S. H., I. Novum 2007, nr 2-3; R. S., D. K., Palestra 2008, nr 9-10; J. S., Państwo i Prawo 2008, nr 2 oraz opracowania: D. D., Z. następcza sądu na stosowanie kontroli operacyjnej, Prokuratura i Prawo 2009, nr 1; A. G., Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka, W. 2010, s. 389-392; Ł. T., Legalizacja i procesowe wykorzystanie podsłuchów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno - rozpoznawczych Policji, Palestra 2010, nr 9-10. Aprobata ta, jako swoiste *communis opinio doctorum*, stanowi potwierdzenie prawidłowości tezy wygłoszonej w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 roku.

Podejmując kwestionowaną w apelacji decyzję, sąd pierwszej instancji dostosował się także do zaleceń uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2011 roku (sygn. akt I KZP 32/10, L.), z której wynika, że skoro ustawodawca przewidział szczególną procedurę umożliwiającą uzyskanie następczej zgody sądu, w przypadkach

niecierpiących zwłoki, to może ona mieć odpowiednie zastosowanie także wówczas, gdy informacje gromadzone w ramach zalegalizowanej już przez sąd kontroli operacyjnej mogą stanowić dowód takiego przestępstwa osoby nie objętej tą zgodą. Chodzi nie o odesłanie w rozumieniu prawnym do stosowania określonego przepisu, lecz o wskazanie na potrzebę uwzględnienia zaistnienia także w toku prowadzonej już kontroli wypadku niecierpiącego zwłoki, z uwagi na ujawnienie się w toku legalnej kontroli innego jeszcze przestępstwa innej zupełnie osoby i konieczność szybkiego działania dla poszerzenia kontroli operacyjnej i zalegalizowania dowodów uzyskiwanych poza zakresem dotychczasowego postanowienia sądu o tej kontroli.

Bezasadny jest także zarzut zamieszczony w punkcie 2 apelacji obrońcy, który ma polegać na braku dążenia do wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy i braku dopuszczenia z urzędu dowodu z nagrań rozmów telefonicznych, zgromadzonych z ramach (...), (...), (...), (...) FIRMA, (...), (...), (...) 2, (...) KONSORCJUM, (...) SPÓŁKA, (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), a także stosownych zgód sądów na stosowanie tych kontroli operacyjnych. Zdaniem obrońcy uchybienie to ma skutkować obrazą art. 7 k.p.k., art. 167 k.p.k., art. 366 § 1 k.p.k. i art. 410 k.p.k.

Nie sposób przyjąć, aby na etapie poprzedzającym dopuszczenie dowodu mówić o naruszeniu art. 7 k.p.k., to jest zasady swobodnej oceny dowodów, lub art. 410 k.p.k., który miałby polegać na wydaniu wyroku, nieuwzględniającego całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, polegającym na nieuwzględnieniu niedopuszczonego dowodu. Naruszenie tych przepisów (art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k.) może mieć miejsce jedynie w wypadku dowodów dopuszczonych w procesie. W tym zakresie stawiany przez obrońcę zarzut jest w pełni nietrafny.

Chybiony jest także zarzut obrońcy naruszenia art. 167 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k. w zakresie niedopuszczenia z urzędu dowodu z nagrań rozmów telefonicznych, zgromadzonych z ramach (...), (...), (...), (...) FIRMA, (...), (...), (...) 2, (...) KONSORCJUM, (...) SPÓŁKA, (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), a także stosownych zgód sądów na stosowanie tych kontroli operacyjnych.

Po pierwsze, obrońca nie przedstawił wyjaśnienia swej pasywnej postawy na rozprawie, w wyniku której do dopuszczenia tych „nagrań” nie doszło. Po drugie, apelujący nie wykazał, z jakiego powodu przyjmuje, że sąd był zobowiązany do podjęcia tych czynności z urzędu. Po trzecie, obrońca nie przedstawił przekonujących argumentów, z których wynika, że niewykonanie tych czynności miało wpływ na treść orzeczenia. Po czwarte, tak skonstruowany zarzut obrońcy jawi się w tym stanie nie tylko jako chybiony, ale jako zmierzający do niedopuszczalnego przerwania na sąd pierwszej instancji odpowiedzialności za bierną postawę obrońcy podczas procesu.

Końcowo stwierdzić tylko należy, że stanowi całkowite niezrozumienie roli obrońcy w świetle art. 86 § 1 k.p.k., zarzucanie sądowi, iż ten nie podjął się z urzędu czynności poprzez „dokonanie ustaleń faktycznych” w postaci „istnienia zorganizowanej grupy przestępczej o ustalonym składzie, czy działalności osób wchodzących w skład tej grupy” (pkt 2b zarzutu apelacji obrońcy). Do występkę kwalifikowanego z art. 258 § 1 k.k. oskarżony się nie przyznał, co więcej został uniewinniony od jego popełnienia. W tym stanie obrońca nie może przedsięwziąć czynności procesowych na niekorzyść oskarżonego (art. 86 § 1 k.p.k.), a do tego sprowadza się zarzucanie sądowi pierwszej instancji braku poszukiwania dowodów w celu stwierdzenia m. in. „istnienia zorganizowanej grupy przestępczej”.

Nie podlegały uwzględnieniu zarzuty zawarte w punktach 3, 4 i 5 apelacji obrońcy odnośnie do oceny rozmów telefonicznych zarejestrowanych podczas kontroli operacyjnej. Wbrew argumentacji przytoczonej przez obrońcę oskarżonego, sąd pierwszej instancji nie dopuścił się, zarzucanej mu w tych punktach, obrazy art. 7 k.p.k. To, że obrońca nie akceptuje oceny zebranego materiału dowodowego i poczynionych w wyniku tej oceny ustaleń faktycznych, a w środku odwoławczym prezentuje własne oceny i krytykę ocen dokonanych przez sąd pierwszej instancji, nie upoważnia do automatycznego uznania, że zaskarżone orzeczenie jest wadliwe.

Obrońca oskarżonego nie wykazał też, że został naruszony art. 410 k.p.k., w szczególności nie wskazał żadnych dowodów, które zostały przez sąd pierwszej instancji ujawnione, lecz pominięte przy wyrokowaniu, bądź zostały uwzględnione, bez ich ujawnienia na rozprawie. Wobec powyższego, także zarzut w tym zakresie jest gołosłowny i dowolny oraz nie poddaje się kontroli, a w konsekwencji nie zasługuje na uwzględnienie.

W szczególności, nie sposób przyjąć, jak twierdzi obrońca w zarzucie wskazanym w punkcie 3, że rozmowy telefoniczne zarejestrowane podczas kontroli operacyjnej są niewiarygodne. Jak trafnie zauważył sąd pierwszej instancji, biegły w opinii fonoskopijnej nie ustalił w zapisach rozmów telefonicznych występowania cech mogących świadczyć o stosowaniu techniki montażu nagrań oraz nie stwierdził żadnych ingerencji w zapisy rozmów, które mogłyby podważyć ich autentyczność (k. 726, 851).

Uzupełniająco wskazać należy, że pracownicy operatora obsługujący system przechwytywania przekazów telekomunikacyjnych, z uwagi na konstrukcję tego systemu, nie mieli bieżącego dostępu do informacji o połączeniach kontrolowanych numerów i nie mieli też możliwości wpływania na ich przechowywanie i zarejestrowanie (pismo (...) Sp. z o.o. k. 417). A zatem sam system wykluczał możliwość ingerencji w proces techniczny kontroli i utrwalania rozmów. Obrońca nie przedstawił żadnych dowodów, które podważają prawdziwość powyższych informacji. Stawiane przez niego zarzuty odnośnie do nieautentyczności zarejestrowanych rozmów telefonicznych są zupełnie gołosłowne.

Co więcej, sąd a quo wyjaśnił w sposób logiczny i przekonujący występujące rozbieżności w zakresie daty i czasu poszczególnych rozmów. Rozbieżności te nie dyskwalifikują materiału zebranego podczas kontroli rozmów, a wręcz go uwiarygadniają, potwierdzając ogólną tezę odnośnie do braku systemów zawierających rozwiązania idealne. Powstanie rozbieżności wynikało z funkcjonującego systemu działania operatorów sieci komórkowych, jak i charakteru pracy wszelkich urządzeń technicznych wyposażonych w zegar.

Z informacji (...) Sp. z o.o., które zostały w toku procesu zakwestionowane wynika, że system kontroli treści przekazów oraz system raportowy sporządzający wykazy połączeń posługują się różnymi systemami technicznymi oraz mogą ulegać awarii, a sam system raportowy połączeń może otrzymać dane, zaś system kontroli treści przekazów może ich nie uzyskać albo może zaistnieć sytuacja odwrotna.

Ponadto, abonent telefonu pracującego w systemie GSM może poruszać się nie tylko w sieci macierzystej, ale również na zasadzie roamingu krajowego, czy zagranicznego w sieci innych operatorów, a (...), co do zasady nie obejmował korespondencji prowadzonej w innych sieciach, jednakże w rzeczywistości dane z niektórych połączeń były rejestrowane przez system, w zależności od sieci, w której pracuje kontrolowany obiekt, sieci, w której pracuje jego rozmówca, oprogramowania, centrali innego operatora, przez którą łączy się obiekt kontroli, czy wreszcie rodzaju i kierunku połączenia.

Co więcej, standard GSM nie jest też standardem zamkniętym i dopuszcza pewne rozwiązania firmowe podproducentów sprzętu telekomunikacyjnego. Sieć telekomunikacyjna GSM zbudowana jest z urządzeń wielu producentów, dlatego trudno jest określić jednolite reguły sterujące rejestracją połączeń dokonywanych przez sieć macierzystą.

Poza tym, spośród wszystkich połączeń realizowanych przez kontrolowane obiekty poniżej 0,2% nie zostaje prawidłowo zarejestrowanych z nieznanymi przyczynami technicznymi (k. 417- 418). Z treścią tych informacji, których nie zakwestionował obrońca innym dowodem, z którego wynikałyby tezy przeciwne, koresponduje treść opinii biegłego z zakresu fonoskopii.

Biegły ten w toku swej praktyki stwierdził, że każde urządzenie, które wskazuje czas dokonania nagrania ma wbudowany zegar, bądź nawet kilka zegarów, z których każdy można zresetować i każdy może być ustalony w tym urządzeniu w sposób dowolny (k. 854).

Reasumując, rozbieżności, które podnosi obrońca, stanowią rzeczywistą cechę techniczną wynikającą zarówno z zastosowanego wówczas systemu kontroli operacyjnej oraz właściwości samych urządzeń rejestrujących.

Nie sposób podzielić zarzutu obrońcy odnośnie do oceny materiału w postaci kontroli rozmów, w tym zakresie, w którym apelujący kwestionuje udział w rozmowach Ł. G., wskazując, że ocena tego materiału była wybiórcza i dowolna (zarzut zawarty w punktach 4).

Przypomnieć należy, że oskarżony w rozmowie z dnia 16 marca 2010 roku, zwrócił się do rozmówcy imieniem Ł.. Przy tym, oskarżony sam przyznał, że w tym okresie utrzymywał kontakt zarówno osobisty jak i telefoniczny z Ł. G.. Nadto, na co zasadnie wskazał sąd pierwszej instancji, to właśnie 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 oraz znaczną ilość środków odurzających i substancji psychotropowych, a jedną z tych osób, co okazało się zbieżnie z typowaniem, okazał się Ł. G.. W tym stanie nie sposób stwierdzić, że identyfikacja Ł. G., była dowolna, a co więcej, że jej podstawę stanowił, jak wnioskować należy z twierdzeń skarżącego, wyselekcjonowany negatywnie materiał dowodowy. Sąd pierwszej instancji zebrane materiały w tym przedmiocie ocenił kompleksowo oraz swobodnie, przy tym nie naruszając żadnej z dyrektyw wynikających z art. 7 k.p.k.

Taki też charakter ma ocena sądu a quo powyższych dowodów w powiązaniu z zeznaniami funkcjonariuszy Policji, opinią biegłego z zakresu przestępczości narkotykowej i slangu narkotykowego, nagraniami kontroli operacyjnej, z których to wynika, że jednym z rozmówców jest Ł. G., a drugim z rozmówców jest A. P. (zarzut zamieszczony w punkcie 5).

Zauważyć należy, że depozycje M. S., P. K., J. K. i A. K. (1) – funkcjonariuszy Policji, którzy dokonywali w sprawie czynności zarówno operacyjnych jak i procesowych, to depozycje osób obcych dla oskarżonego, niemających żadnych osobistych interesów, aby bezpodstawnie go obciążać. obrońca nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów w celu wykazania tezy przeciwnej. Nadto, udział oskarżonego oraz Ł. G. w przedmiotowych rozmowach znajduje potwierdzenie w treści opinii fonoskopijnej. Opinia ta sporządzona została na podstawie materiału dowodowego w postaci plików komputerowych, zawierających cyfrowe zapisy dźwiękowe rozmów telefonicznych przeprowadzonych w ramach kontroli operacyjnych oraz na podstawie utrwalonej wypowiedzi oskarżonego, który został zarejestrowany na płycie CD w trakcie jego przesłuchania, które miało miejsce w dniu 27 marca 2013 roku.

Całościowo przeprowadzonych na tej podstawie badań fonoskopijnych upoważniał do stwierdzenia, że oskarżony przeprowadził rozmowy telefoniczne z Ł. G., które dotyczyły nabycia środków odurzających i substancji psychotropowych, co z kolei potwierdza opinia biegłego analizującego slang narkotykowy. Dowody te sąd pierwszej instancji przeanalizował całościowo i we wzajemnym ich powiązaniu, a także w odniesieniu do realiów niniejszej sprawy. Jednocześnie oceniając każdy z tych dowodów, sąd ad quo wskazał na powody uzasadniające przyjęcie jego wiarygodności, logicznie i przekonująco argumentując swą ocenę. W tym zakresie apelujący nie wykazał, aby sąd uchybił przepisom procesowym, w szczególności art. 7 k.p.k. lub art. 410 k.p.k.

Chybiony jest zarzut zawarty w punkcie 6 apelacji obrońcy, w którym także zarzuca naruszenie art. 167 k.p.k. i art. 366 § 1 k.p.k. Naruszenie tych przepisów, zdaniem apelującego ma polegać na braku dążenia sądu pierwszej instancji do wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy i braku dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii biegłego z zakresu fonoskopii w celu ustalenia, czy głos rozmówcy A. P. z (...) 2 i (...) należy do tej samej osoby.

Ponownie w tym miejscu przypomnieć należy obrońcy, że na nim jako kwalifikowanym reprezentancie strony spoczywa obowiązek udowodnienia wysuwanych twierdzeń, a na sędzię zaś obowiązek oceny ich zasadności. Realizacja obowiązku stron wymaga odpowiedniej aktywności w postępowaniu dowodowym, która przede wszystkim powinna mieć miejsce przed sądem pierwszej instancji. Taka treść zarzutu, jaką stawia obrońca w punkcie 6, dowodzi, że obrońca nie wypełniał prawidłowo swej roli w postępowaniu karnym, skoro takiego wniosku dowodowego nie złożył. Tym samym, skoro obrońca uznaje, że przeprowadzenie takiego dowodu w interesie oskarżonego było konieczne, to reprezentacja oskarżonego była nieprawidłowa, gdyż o przeprowadzenie takiego dowodu nie wykazał żadnych starań. Zwrócić uwagę obrońcy należy, że stawianie zarzutu obraży art. 167 k.p.k. lub art. 366 § 1 k.p.k. zawsze stanowi rodzaj samokrytyki, którą składa obrońca, gdyż w ten sposób wykazuje swe błędy, ujawniając, jakich uchybień dopuścił się w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, albowiem przed tym sądem nie zgłosił wniosków dowodowych, mimo własnego twierdzenia o ich zasadności.

Niezależnie od powyższego, stwierdzić należy, że tak skonstruowany zarzut, jaki stawia obrońca w punkcie 6, w istocie prowadzi do wniosku, że dopatruje się on naruszenia art. 201 k.p.k., poprzez odstąpienie od powołania innego biegłego

z zakresu fonoskopii. Jest to także nietrafny zarzut. Przesłanki powołania innego biegłego jasno określa art. 201 k.p.k., wskazując, że wówczas należy powołać nowego biegłego, jeżeli opinia jest niepełna lub niejasna albo gdy zachodzi sprzeczność w samej opinii lub między różnymi opiniami w tej samej sprawie. W niniejszej sprawie opinia biegłego z zakresu fonoskopii nie jest dotknięta żadnymi wadami, o których mowa w cytowanym art. 201 k.p.k.

Przede wszystkim, nie występuje ani sprzeczność zewnętrzna, ani wewnętrzna opinii. Biegły z zakresu fonoskopii, A. K. (2) opiniował więcej niż raz i to w różnych formach (pisemnie i ustnie), ale przedstawione przez niego tezy w opiniach nie pozostają w sprzeczności, gdyż nie zawierają wzajemnie wykluczających się ocen lub wniosków. Co więcej tezy jego opinii są jasne i pełne. Zawarte w opiniach wnioski są logiczne i znajdują oparcie w przeprowadzonych przez biegłego badaniach i nie budzą zastrzeżeń co do ich trafności w porównaniu z podanym w opinii materiałem badawczym.

Do zastosowania art. 201 k.p.k. nie wystarcza, gdy wątpliwości, o których mowa w tym przepisie, leżą wyłącznie po stronie obrońcy, gdyż możliwość dopuszczenia nowej ekspertyzy pojawia się, jeżeli obiekcje pojawią się po stronie organu procesowego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2018 r., IV KK 492/18, Legalis). Skoro sąd pierwszej instancji uznał opinię biegłego za pełną, jasną i niesprzeczną, to nie miał powodu dopuszczania dowodu z innej opinii na te same okoliczności (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2019 r., IV KK 212/19, Legalis). Nadto, kryteria oceny wyników pracy biegłego z zakresu fonoskopii, sąd a quo poprawnie ustalił, odwołując się do weryfikacji wiedzy, kompetencji i rzetelności biegłego oraz jasności i zupełności jego opinii. W tym stanie nie zachodziła konieczność powołania innego biegłego z zakresu fonoskopii.

Nie podlegały uwzględnieniu zarzuty zawarte w punktach 7, 8, 9 i 10 apelacji obrońcy. W każdym z nich skarżący podnosi, że uchybiono przepisom art. 7 k.p.k. i 410 k.p.k. Są to zarzuty chybione.

Ocena dowodów wymienionych w tych zarzutach, którą przeprowadził sąd a quo, uwzględnia zasady prawidłowego rozumowania oraz wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego, jak tego wymaga art. 7 k.p.k. W realiach rozpoznawanej sprawy poza zaprezentowaniem swojej własnej, odmiennej oceny dowodów od tej, jaką przeprowadził sąd pierwszej instancji, obrońca oskarżonego nie wykazał, aby ten sąd przekroczył wytyczone w art. 7 k.p.k. granice sędziowskiej swobody ocen i wkroczył w sferę ich dowolności. Analiza akt sprawy potwierdza bowiem słuszność stanowiska przyjętego przez sąd a quo.

Obrońca oskarżonego nie wykazał także, że został naruszony art. 410 k.p.k., w szczególności nie wskazał żadnych dowodów, które zostały przez sąd pierwszej instancji ujawnione, lecz pominięte przy wyrokowaniu, bądź zostały uwzględnione, bez ich ujawnienia na rozprawie. Naruszenie treści tego przepisu następuje poprzez oparcie wyroku na okolicznościach nieujawnionych w toku rozprawy głównej, bądź też przez pominięcie przy wyrokowaniu ujawnionych w toku rozprawy głównej okoliczności tak korzystnych, jak i niekorzystnych dla oskarżonego (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2004 r., sygn. IV KK 102/04, LEX nr 126693).

Nie stanowi zaś naruszenia przepisu art. 410 k.p.k. dokonanie takiej czy innej oceny dowodu przeprowadzonego lub ujawnionego na rozprawie (np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2002 r., sygn. V KKN 34/01, LEX nr 53912), do czego właściwie sprowadzają się zarzuty apelacji obrońcy.

W odniesieniu do szczegółowo podniesionych kwestii w zarzutach zamieszczonych w punktach 7, 8 i 9 apelacji podnieść należy, co następuje.

Przede wszystkim, obrońca usiłował zakwestionować opinię biegłego z zakresu przestępczości narkotykowej, slangu narkotykowego i przestępczego J. W.. W zarzucie zamieszczonym w punkcie 7 obrońca podniósł, że zgromadzony materiał nie dawał podstaw do przyjęcia, iż osoby wskazane przez biegłego w opiniach to osoby, których głosy zostały zarejestrowane w rozmowach telefonicznych, z uwagi na czas, długość oraz chronologię rozmów, które, zdaniem obrońcy, nasuwają istotne wątpliwości co do ich prawidłowości.

Sprawa rozbieżności odnośnie do kwestii rejestracji rozmów, które podnosi obrońca, została już przeanalizowana podczas omawiania zarzutu zamieszczonego w punkcie 3 jego apelacji. Nie występuje ponownie konieczność

powtarzania wszystkich argumentów wskazujących na nietrafność zarzutu, które ponownie stawia apelujący. Przypomnieć jedynie należy, że rozbieżności odnośnie do czasu wskazują na rzeczywistą cechę techniczną wynikającą zarówno z zastosowanego wówczas systemu kontroli operacyjnej oraz właściwości samych urządzeń rejestrujących. Powyższe nie dyskwalifikuje materiału zebranego podczas kontroli rozmów, a wręcz go uwiarygadnia, potwierdzając ogólną tezę odnośnie do braku systemów zawierających rozwiązania idealne.

Nadto, biegły A. K. (2) w opinii fonoskopijnej nie stwierdził w zapisach rozmów telefonicznych występowania cech mogących świadczyć o stosowaniu techniki montażu nagrań, a co więcej nie stwierdził żadnych ingerencji w zapisy rozmów, które mogłyby podważyć ich autentyczność (k. 726, 851). Materiały w postaci zapisów rozmów mogły i powinny stanowić oraz stanowiły podstawę analizy biegłego z zakresu przestępczości narkotykowej, slangu narkotykowego i przestępczego J. W.. Zarzut przedstawiony w punkcie 7 apelacji nie mógł zostać uwzględniony.

Nie podlegały uwzględnieniu zarzuty zamieszczone w punkcie 8 i 9 apelacji obrońcy, w których ponownie apelujący odwołał się do swych wątpliwości co do treści zarejestrowanych rozmów telefonicznych oraz mających z tego wynikać wątpliwości odnośnie do prawidłowości przyjęcia przez biegłego J. W., że rozmowa z dnia 8 lutego 2010 roku (nr 20 protokołu odtworzenia rozmów (...) 2) dotycząca „tego płaskiego” związana jest z obrotem haszyszem oraz że rozmówcy posługują się slangiem, w którym dolary oznaczają marihuanę, a euro — amfetaminę.

Po pierwsze, kwestia rozbieżności odnośnie do czasu rejestracji rozmów była już omawiana i nie przekłada się w żaden sposób na autentyczność tych rozmów. Po drugie biegły J. W., który zajmuje się problematyką slangu narkotykowego, jednoznacznie wykazał, co potwierdza także względ na doświadczenie życiowe i obecne realia życia codziennego, że użycie przez oskarżonego i Ł. G. wyrażeń pochodzących ze slangu narkotykowego stanowiło swoiste zabezpieczenie kryptologiczne, które miało na celu zakamufłowanie ich prawdziwego sensu polegającego na przekazie informacji dotyczących środków odurzających lub substancji psychotropowych.

Biegły J. W. w sposób jasny i przekonujący, a nadto, mając na uwadze kontekst semantyczny i syntaktyczny, wyjaśnił pochodzenie używanych zwrotów w korespondencji między oskarżonym oraz Ł. G., wskazując, że zwrot „dolary” używany w zarejestrowanych rozmowach przypisany jest w slangu narkotykowym do marihuany, „euro” do amfetaminy, natomiast określenie „to płaskie” dotyczy haszyszu. Poza tym interpretacja, którą przedstawił biegły znalazła swe potwierdzenie w okoliczności, która miała miejsce w dniu 28 lipca 2010 roku, kiedy to zatrzymano Ł. G. i K. K., a w mieszkaniu znaleziono i zabezpieczono marihuanę, amfetaminę oraz haszysz. W tym stanie przypisanie używanych w rozmowach telefonicznych zwrotów „dolary”, „euro” lub „to płaskie” innym desygnatom jest w warunkach niniejszej sprawy nieuzasadnione.

Chybiony jest także zarzut zamieszczony w punkcie 10 apelacji obrońcy. Zarzut ten charakteryzuje się swoistą powtarzalnością, która cechuje apelację obrońcy. Apelujący ponownie odwołuje się do swych wątpliwości odnośnie do autentyczności zapisu pochodzącego z kontroli operacyjnej z uwagi na czas rejestracji oraz treści opinii z zakresu badań fonoskopijnych w zakresie dotyczącym identyfikacji głosu oskarżonego.

Poruszana przez skarżącego tematyka autentyczności zapisu rozmów była już omawiana, podczas analizy innych zarzutów obrońcy, w szczególności zarzutu zamieszczonego w punkcie 3 apelacji. Przedstawione tam tezy pozostają aktualne i nie zachodzi potrzeba ich powtarzania. Problematyka opinii z zakresu fonoskopii również stanowiła przedmiot analizy i była prezentowana przy omówieniu zarzutu zamieszczonego w punktach 3 oraz 6 apelacji. Zawarte natomiast in fine zarzuty stwierdzenie obrońcy, że wątpliwości, do których dochodzi obrońca „powinny skutkować powstaniem tego rodzaju wątpliwości, które sąd zobowiązany był rozstrzygnąć zgodnie z regułą określoną w art. 5 § 2 k.p.k.”, dowodzi zupełnie błędnego odczytania przez apelującego norm tego przepisu.

Przepis art. 5 § 2 k.p.k. dotyczy wątpliwości sądu, a nie stron, czy ich przedstawicieli procesowych. Sytuacja równoznaczna z "niedającymi się usunąć wątpliwościami" jest kategorią obiektywną w tym sensie, że ani zasady logicznego rozumowania, ani zasady doświadczenia życiowego lub nauki nie pozwalają ustalić określonego faktu. Nie ma to zatem nic wspólnego z subiektywnymi ocenami strony procesowej. Oceny te nie powodują powstania stanu

"niedających się usunąć wątpliwości" i tym samym nie kreują naruszenia prawa procesowego (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2004 r., II KK 369/03, LEX nr 109464).

Analiza przedmiotowej sprawy w tym treść przeprowadzonych dowodów, do których w sposób jasny i jednoznaczny odwołał się sąd a quo w uzasadnieniu orzeczenia, prowadzi do wniosku, że do naruszenia zasady, o której mowa w art. 5 § 2 k.p.k., nie doszło w niniejszym postępowaniu. Sąd pierwszej instancji nie stwierdził istnienia niedających się usunąć wątpliwości natury faktycznej. obrońca, odwołując się do ogólnych i polemicznych tez, nie zdołał wykazać, że sąd ten powinien powziąć wątpliwości, które rodziłyby konieczność odwołania się do zasady in dubio pro reo.

Sąd okręgowy po wnikliwym przeprowadzeniu postępowania dowodowego oraz wyczerpaniu wszelkich możliwych środków dowodowych nie stanął w obliczu jakichkolwiek wątpliwości, czemu dał jasny wyraz w treści pisemnego uzasadnienia. Wątpliwości odnośnie do ustalonego przez sąd stanu faktycznego, będącego przedmiotem osądu, stanowią jedynie wątpliwości obrońcy oskarżonego, a zatem są to wątpliwości jedynie reprezentanta strony procesowej, które mają charakter subiektywny, a takie nie mogą być podstawą konstruowania zarzutu obrazy art. 5 § 2 k.p.k.

Ustosunkowując się do problematyki wymiaru kary orzeczonej wobec oskarżonego, Sąd Apelacyjny nie dopatrył się w wymierzonej mu karze pozbawienia wolności cech rażącej niewspółmierności w kierunku jej nadmiernej surowości, uzasadniającej wymierzenie mu łagodniejszej kary pozbawienia wolności.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w przedmiotowej sprawie wymierzenie kary łagodniejszej nie zrealizowałyby zarówno celów prewencji indywidualnej, jak i ogólnej, a w konsekwencji byłoby sprzeczne z funkcjami wychowawczymi kary. Konieczność utrwalania w świadomości społecznej przekonania, że sprawca poważnego przestępstwa, jakim niewątpliwie jest udział w obrocie znacznymi ilościami środków odurzających i substancji psychotropowych, nie spotka się z niezasadnie łagodną reakcją wymiaru sprawiedliwości. Także wzgląd w wychowawcze oddziaływanie kary wykluczał dopuszczalność orzeczenia niższej kary. Stąd też wymierzenie kary 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności nie stanowi kary, którą cechuje rażąca niewspółmierność. Uwagi te należy odnieść do kary grzywny, która została orzeczona w wymiarze 350 stawek dziennych i przy określeniu wysokości jednej stawki na kwotę 85 złotych.

Mając powyższe na względzie, Sąd Apelacyjny orzekł jak w części dyspozytywnej orzeczenia.

Biorąc pod uwagę sytuację materialną oskarżonego oraz orzeczoną bezwzględną karę pozbawienia wolności, a także wysokość kary grzywny, sąd zwolnił go z obowiązku poniesienia kosztów sądowych w postępowaniu odwoławczym uznając, iż ich uiszczenie byłoby dla niego praktycznie niemożliwe (art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k.).