

**Sygn. akt II AKa 226/12**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 września 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Jacek Pietrzak (spr.)

Sędziowie: SA Danuta Matuszewska

SA Andrzej Czarnota

Protokolant: ref. stażysta Patrycja Gałęzowska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Gdańsku Andrzeja Błażejaka

po rozpoznaniu w dniach 21 sierpnia 2012r. i 13 września 2012 r.

sprawy

**A. J.**

oskarżonego z art. 280 § 1 k.k.; art. 59 ust. 2 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.; art. 59 ust. 2 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Włocławku

z dnia 21 marca 2012 r., sygnatura akt II K 86/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. ustala wartość telefonu komórkowego modelu S. opisanego w punkcie I aktu oskarżenia na kwotę 309 zł,
2. wysokość kwoty zasądzonej w pkt 6 wyroku na rzecz pokrzywdzonego tytułem naprawienia szkody ustala na 309 zł.

II. utrzymuje w mocy w pozostałej części zaskarżony wyrok;

III. zwalnia oskarżonego z obowiązku uiszczenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, a poniesionymi w jego toku wydatkami obciąża Skarb Państwa.

## UZASADNIENIE

A. J. został oskarżony o to, że:

1. w dniu 15 czerwca 2011 r. we W. w kompleksie leśnym w okolicy ul. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z nieletnimi, używając przemocy wobec J. P. poprzez bicie pięściami i kopanie po całym ciele zabrał w celu przywłaszczenia telefon komórkowy marki S. wartości 1000 zł, telefon komórkowy marki S. (...) wartości 50 zł, telefon komórkowy marki S. (...) wartości 50 zł, czym działał na szkodę J. P. - tj. o przestępstwo z art. 280 §1 k.k.;

2. w okresie od listopada 2010 r. do bliżej nieokreślonego dnia czerwca 2011 r. we W. przy ul. (...), działając wbrew przepisom ustawy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wielokrotnie udzielił małoletniemu M. S. środki odurzające w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 14,5 grama za łączną kwotę nie mniejszą niż 435 zł - tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.;

3. w okresie od marca 2011 r. do maja 2011 r. we W., działając wbrew przepisom ustawy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wielokrotnie udzielił małoletniemu K. K. środki odurzające w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 8 gram za łączną kwotę nie mniejszą niż 200 zł - tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy we Włocławku wyrokiem z dnia 21 marca 2012 r., w sprawie o sygn. akt II K 86/11 uznał:

1. oskarżonego A. J. za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie pierwszym aktu oskarżenia, tj. przestępstwa z art. 280 §1 k.k. i za to, na podstawie art. 280 §1 k.k., wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności;

2. oskarżonego A. J. za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w punktach drugim i trzecim aktu oskarżenia, z tym ustaleniem, że działał w warunkach czynu ciągłego, a także, iż K. K. udzielił dwukrotnie w niestabilnych dniach w kwietniu 2011 r. środki odurzające w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 1 gram za łączną kwotę nie mniej niż 30 złotych, tj. przestępstwa z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to, na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę 3 lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 §1 k.k. Sąd Okręgowy wymierzył A. J., w miejsce orzeczonych kar jednostkowych, karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 17 czerwca 2011 r. do dnia 15 marca 2012 r. Ponadto, na podstawie art. 45 §1 k.k., Sąd pierwszej instancji zasądził od oskarżonego: na rzecz Skarbu Państwa kwotę 465 zł tytułem przepadku równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa, zaś na podstawie art. 46 §1 k.k. na rzecz pokrzywdzonego J. P. kwotę 1000 zł tytułem naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem.

Zaskarżony wyrok zawierał również rozstrzygnięcia w przedmiocie dowodów rzeczowych oraz kosztów procesu.

Obrońca oskarżonego A. J. wywiódł apelację od powyższego orzeczenia, zaskarżając je w całości. We wniesionym środku odwoławczym skarżący podniósł zarzuty:

1. obrazy przepisów postępowania, mającej wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

- art. 410 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. przez pominięcie ujawnionych w toku rozprawy głównej okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego takich jak: cena zakupu telefonu S. (...) i treść umowy zawartej przez J. P. z operatorem oraz ilość marihuany udzielonej rzekomo M. S. wynikająca z zeznań tego nieletniego;

- art. 167 k.p.k. i art. 366 §1 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. i art. 5 §2 k.p.k. przez zaniechanie przeprowadzenia z urzędu wszystkich możliwych dowodów służących wyjaśnieniu okoliczności złożenia przez M. S. i K. K. zeznań oraz wyjaśnień przez oskarżonego, co do których wskazywali oni na okoliczności uzyskania tych dowodów oraz rozstrzygnięcie istniejących w tym zakresie wątpliwości na niekorzyść oskarżonego;

- art. 171 §7 k.p.k. w zw. z art. 171 §5 pkt 1 k.p.k. i art. 171 §4 k.p.k. przez wykorzystanie jako dowodu zeznań złożonych przez M. S. i K. K. w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi oraz uzyskanych z wykorzystaniem gróźb i sugestii.

2. wynikających z obrazy przepisów procedury karnej błędów w ustaleniach faktycznych mających wpływ na treść orzeczenia, polegających na przyjęciu, że:

- wartość telefonu S. zabranego J. P. wynosiła 1000 zł, mimo że wartość tego telefonu nie jest większa niż 229 zł;

- oskarżony udzielał małoletnim M. S. i K. K. środków odurzających, a w szczególności, iż udzielił ich w przypisanej mu w wyroku ilości, mimo iż przeprowadzone w sprawie dowody nie pozwalają na ustalenie w sposób niewątpliwy, że A. J. dopuścił się takiego czynu, a zwłaszcza nie dają podstaw do przypisywania mu udzielania środków odurzających w ilości przyjętej przez Sąd.

### 3. rażącej niewspółmierności:

- zbyt surowej kary 2 lat pozbawienia wolności orzeczonej za przestępstwo z art. 280 §1 k.k. wynikającą z przyjmowania przy ocenie społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu zawyżonego rozmiaru wyrządzonej szkody oraz błędnego przyjęcia, iż względy wychowawcze nie przemawiają za orzeczeniem wobec młodocianego, który nie był dotychczas karany i posiada pozytywną opinię środowiskową, kary z zastosowaniem nadzwyczajnego złagodzenia;

- zbyt surowej kary 3 lat pozbawienia wolności orzeczonej za przestępstwo z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k., która - nawet, gdyby oskarżony dopuścił się przypisanego mu czynu - została wymierzona z przyjęciem, przy ocenie społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu, zawyżonej ilości środków odurzających oraz wysokości osiągniętej korzyści majątkowej i bez uwzględnienia, iż udzielenie w ciągu kilku miesięcy niewielkiej ilości środka odurzającego, który nie zalicza się do szczególnie niebezpiecznych, przemawia za zakwalifikowaniem takiego czynu jako wypadku mniejszej wagi, a także błędne przyjęcie, iż względy wychowawcze nie przemawiają za orzeczeniem wobec młodocianego, który nie był dotychczas karany i posiada pozytywną opinię środowiskową kary z zastosowaniem jej nadzwyczajnego złagodzenia;

- zbyt surowej kary łącznej 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, która - nawet, gdyby oskarżony dopuścił się przypisanego mu czynu z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii - powinna być orzekana w granicach wyznaczonych karami jednostkowymi wolnymi od cech rażącej surowości, z zastosowaniem zasady pełnej absorpcji oraz warunkowym zawieszeniem jej wykonania - wobec istniejącej w przypadku oskarżonego pozytywnej prognozy kryminologicznej.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1. zmianę punktu 1 wyroku przez jego uzupełnienie o ustalenie, iż wartość telefonu komórkowego marki S. wynosiła 229 zł oraz - po zastosowaniu na podstawie art. 60 §1 k.k. nadzwyczajnego złagodzenia kary - obniżenie wysokości orzeczonej kary pozbawienia wolności;
2. zmianę punktu 2 wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia czynów zarzucanych mu w punkcie II i III aktu oskarżenia;
3. uchylenie punktów 3 i 5 wyroku;
4. warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności;
5. zmianę punktu 6 wyroku przez obniżenie kwoty zasądzonej na rzecz pokrzywdzonego J. P. do 229 zł;
6. zwolnienie oskarżonego od obowiązku zapłaty kosztów sądowych.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja obrońcy okazała się tylko częściowo zasadna i to jedynie w zakresie zarzutu ustalenia wartości zabranego J. P. telefonu komórkowego marki S.. W pozostałym zakresie złożony środek odwoławczy był całkowicie bezzasadny.

W pełni należy podzielić argumentację skarżącego, że ustalenie dokonane przez Sąd Okręgowy w zakresie bezkrytycznego przyjęcia podanej przez pokrzywdzonego wartości zabranego przez oskarżonego telefonu uznać należy za dowolne. Sąd Apelacyjny, w toku postępowania odwoławczego, zwrócił się do (...) sp. z o.o. z prośbą o podanie faktycznej wartości zakupionego przez J. P. telefonu. Z nadesłanego pisma z dnia 30 sierpnia 2012 r. (k. 430)

bezsprzecznie wynika, że rzeczywista wartość przedmiotowego telefonu wynosiła w chwili jego kradzieży 309 zł. Mając na uwadze powyższe Sąd odwoławczy dokonał korekty zaskarżonego orzeczenia poprzez ustalenie wartości opisanego w punkcie pierwszym aktu oskarżenia telefonu marki S. na kwotę 309 zł oraz zmodyfikował wysokość kwoty zasądzonej w punkcie 6 zaskarżonego wyroku na rzecz pokrzywdzonego tytułem naprawienia szkody.

Przechodząc do szczegółowych rozważań należy na wstępie ustosunkować się do podniesionej przez obrońcę kwestii posługiwania się przez Sąd Okręgowy nieostrymi, ogólnikowymi przymiotnikami. Zarzut ten mógłby odnieść skutek, gdyby wywód Sądu pierwszej instancji uniemożliwiał albo utrudniał kontrolę instancyjną zaskarżonego orzeczenia. Taka sytuacja w niniejszej sprawie jednak nie zachodzi. Uzasadnienie wyroku spełnia wymogi przewidziane w art. 424 k.p.k., a prześledzenie toku rozumowania Sądu a quo nie nastęrcza trudności.

Analizując całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego uznać trzeba, iż Sąd Okręgowy zebrał go w stopniu wystarczającym do merytorycznego orzekania, w tym również sprawdzając prezentowaną linię obrony, należycie go ocenił w granicach chronionych zasadą określoną w przepisie art. 7 k.p.k., dając temu wyraz w obszernym oraz szczegółowym uzasadnieniu, co umożliwiło mu poprawnie ustalić stan faktyczny, a w konsekwencji prawidłowo ocenić w kategoriach prawnych zachowanie A. J. w krytycznym okresie.

Dlatego też nie sposób podzielić zarzutu apelacji, jakoby Sąd pierwszej instancji orzeczenie swoje oparł nie na całokształcie dowodów, skoro wszystkie dowody, nie tylko przemawiające na niekorzyść oskarżonego, były przedmiotem jego logicznej i przekonującej oceny, czy też naruszył zasadę in dubio pro reo ustalając, iż to właśnie A. J. był sprawcą inkryminowanych czynów.

Sąd Okręgowy był w pełni uprawniony w tej mierze oprzeć swoje ustalenia na dowodach prezentowanych przez oskarżenie, w ramach zasady swobodnej oceny dowodów opartej na wiedzy i doświadczeniu życiowym, odmawiając wiary wyjaśnieniom oskarżonego, złożonym na etapie postępowania sądowego, które, co należy podkreślić, nie znajdowały wsparcia w innych dowodach.

Trudno więc podzielić stanowisko obrońcy, iż Sąd orzekający dopuścił się obrazy przepisów art. 171 §4 i §7 k.p.k. i art. 171 §5 pkt 1 k.p.k., gdyż nie można zawsze zakładać, że odwołanie lub zmiana zeznań (zwłaszcza złożonych przez małoletnich świadków) w czasie rozprawy powoduje automatyczną dyskwalifikację wiarygodności ich zeznań złożonych w czasie postępowania przygotowawczego. Praktyka sądowa wskazuje, że wypadki odwołania w czasie rozprawy zeznań obciążających sprawcę czynu, do którego popełnienia on sam się nie przyznaje, są zjawiskiem dość powszechnym. Taka postawa stymulowana jest zazwyczaj obawą przed ewentualną represją ze strony środowiska z którego wywodzi się oskarżony, jak i również potrzebą wykazania, że składanie w czasie postępowania przygotowawczego obciążających zeznań, nie było wynikiem własnej woli osoby ujawniającej obciążające fakty. Wiadomo bowiem, że psychologicznie bardziej uzasadniona jest skłonność do prawdziwych, szczerych wypowiedzi obciążających inne osoby w warunkach pewnej kameralności, w jakiej odbywa się przesłuchanie w postępowaniu przygotowawczym, niż publicznie i w dodatku w obecności zainteresowanego, co następuje w czasie rozprawy.

Kodeks postępowania karnego nie daje natomiast prymatu dowodom z postępowania sądowego nad dowodami pochodzącymi z postępowania przygotowawczego i odwrotnie - pozostawiając ich ocenę sądowi. Słusznie więc, Sąd pierwszej instancji dał wiarę zeznaniom, złożonym na etapie postępowania przygotowawczego, przez małoletnich świadków M. S. i K. K.. Zeznania te są bowiem wzajemnie spójne, logiczne i pośrednio potwierdzone innymi dowodami.

W żaden sposób nie można zgodzić się z argumentacją podnoszoną przez obrońcę oskarżonego w uzasadnieniu jego apelacji z której wynika, iż Sąd Okręgowy całkowicie bezpodstawnie i bezkrytycznie dał wiarę zeznaniom złożonym przez tych małoletnich świadków, na etapie prowadzonego śledztwa, w sytuacji kiedy podczas rozprawy sądowej wycofali się oni z oskarżania A. J. o udzielenie im marihuany.

Pomówienie innej osoby o dokonanie przestępstwa, jest zawsze dowodem specyficznym, podlegającym specjalnie wnikliwej i ostrożnej ocenie. Można taki dowód uznać za pełnowartościowy o ile spełnia on określone warunki,

a więc jest konsekwentny, logiczny, zgodny z logiką wypadków i znajduje potwierdzenie w innych dowodach bezpośrednich lub pośrednich. Ponadto każdorazowo należy zbadać właściwości charakteru osoby pomawiającej a w szczególności zwrócić uwagę na to, czy osoba taka nie ma określonego interesu procesowego lub osobistego w obciążaniu oskarżonego. Za warunek sine qua non dla nadania pomówieniu waloru pełnowartościowego dowodu jest również stwierdzenie, że osoba od której pochodzi pomówienie miała pełną swobodę wypowiedzi. Pojęcie "pomówienie" funkcjonujące w języku potocznym, jako synonim fałszywego oskarżenia, tzn. umyślnego, nieprawdziwego, bezpodstawnego przypisywania komuś określonego, nagannego zachowania, które w rzeczywistości nie wydarzyło się, nie może być jednak utożsamione z pojęciem wyjaśnień lub zeznań obciążających inną osobę przez ujawnienie faktów niekorzystnych z punktu widzenia interesów tej osoby, ale jednocześnie prawdziwych. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.05.1984 r., sygn. IV KR 122/84, OSNPG 1984/11/101 )

W ocenie Sądu Apelacyjnego twierdzenie obrońcy, że zeznania złożone przez M. S. oraz K. K., na etapie postępowania przygotowawczego były przeprowadzone w warunkach braku swobody wypowiedzi (tj. w sytuacji stosowania przez funkcjonariuszy Policji gróźb i sugestii) jest całkowicie nieuzasadnione.

Na wstępie należy skarżącemu przypomnieć, iż to właśnie sam oskarżony, w swoim pierwszym przesłuchaniu przed funkcjonariuszem policji w dniu 17 czerwca 2011 roku przyznał się częściowo do popełnienia przestępstwa z art. 280§1 k.k. a nadto wyjaśnił, że sprzedawał marihuanę K. K.. Fakty te potwierdził w czasie przesłuchania przed prokuratorem.

Obrońca całkowicie pomija fakt, iż A. J. nie potrafił lub nie chciał w toku postępowania jurysdykcyjnego w racjonalny sposób uzasadnić, dlaczego złożył w toku postępowania przygotowawczego obciążające siebie wyjaśnienia, skoro w rzeczywistości miał nigdy nie sprzedawać K. K. i M. S. narkotyków. Na rozprawie w dniu 4 października 2011 r. (k. 266), wyjaśnił, że przyznał się do sprzedaży narkotyków, ponieważ funkcjonariusze Policji zasugerowali mu, że lepiej będzie dla niego, jeśli się przyzna. Argumentacja taka jest całkowicie infantylna i niewiarygodna. Po pierwsze gdyby oskarżony rzeczywiście nie popełnił zarzucanych mu przez funkcjonariuszy przestępstw, takie postąpienie z jego strony byłoby wtedy całkowicie niezrozumiałe. Niepodobna racjonalnie założyć, że niemal dwudziestoletni mężczyzna przyznałby się do popełnienia przestępstw, których w rzeczywistości nie dopuścił się, ulegając sugestii, iż poprawi to jego sytuację procesową. Jest to tym bardziej nie miarodajne, gdy uwzględni się fakt, iż nie tylko w swoich pierwszych wyjaśnieniach, ale również i podczas konfrontacji przeprowadzonej w dniu 17 czerwca 2011 roku w Prokuraturze Rejonowej we W. A. J. nie przyznał się do sprzedawania marihuany M. S.. Uwzględniając więc za wiarygodne wyjaśnienia złożone przez oskarżonego na rozprawie przed Sądem pierwszej instancji, to w takiej sytuacji również powinien przyznać się do popełnienia i tego przestępstwa.

Po drugie z treści nadesłanej zdecydowanie negatywnej opinii z Zakładu Karnego we W. jednoznacznie wynika, że A. J. pomimo młodego wieku nie jest osobą podatną na wpływy, którą można byłoby zastraszyć. Świadczy o tym również i jego zachowanie w toku całego postępowania karnego.

Jak już powyżej wskazano oskarżony od samego początku postępowania przygotowawczego zaprzeczał, jakoby sprzedawał środki odurzające również M. S.. Bark jest jednak konsekwencji w tych jego wyjaśnieniach. A. J. mianowicie stwierdził, że sprzedawał marihuanę wyłącznie K. K. - w czasie przesłuchania w Komendzie Miejskiej Policji we W. (k. 63-64v) wskazał, że sprzedał mu jej w sumie około 7 gramów, natomiast w czasie przesłuchania w Prokuraturze Rejonowej we W. (k. 75-78v) wskazał, że sprzedał mu jej około 8 gramów. Jednocześnie jednak oskarżony stwierdził, że w sumie sprzedał około 40 gramów marihuany za łączną kwotę 1000 zł i osiągnął z tego zysk wynoszący 200 zł. Oczywistym jest zatem, że K. K. nie był jedynym odbiorcą środków odurzających sprzedawanych przez A. J.. W świetle zeznań M. S. złożonych w toku postępowania przygotowawczego oraz okoliczności, iż małoletni ten był i jest uzależniony od narkotyków, nie ulega wątpliwości, iż to właśnie również i jemu oskarżony sprzedawał marihuanę.

W ocenie Sądu Apelacyjnego całkowicie błędny jest także zarzut, iż M. S. i K. K. swoje zeznania złożyli w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi oraz zostały uzyskane z wykorzystaniem gróźb i sugestii. Twierdzenie takie jest całkowicie gołosłowne i niepotwierdzone żadnymi dowodami. Autor apelacji swój wniosek o złożeniu przez K.

K. w dniu 17 czerwca 2011 r. zeznań w warunkach sugerowania ich treści oraz gróźb ze strony funkcjonariuszy Policji wywodzi z okoliczności, iż małoletni nie był jakoby wówczas przesłuchiwany w obecności matki, a nadto z okoliczności, iż kilka godzin wcześniej A. J. złożył wyjaśnienia, w których przyznał się do sprzedaży marihuany K. K.. Konstatacja taka jest całkowicie nieuprawniona. W pierwszej kolejności godzi się zauważyć, że M. D. - wbrew twierdzeniu skarżącego - nie jest matką M. S., lecz właśnie K. K. (vide m.in. k. 45, 128), w związku z czym jej podpis na protokole przesłuchania świadka z dnia 17 czerwca 2012 r. (k. 68-69) jest w pełni uprawniony. Wprawdzie w przedmiotowym protokole nie wymieniono M. D., jako osoby uczestniczącej w przesłuchaniu, jednak z powyższej okoliczności nie sposób wywodzić wniosku o bezprawnym wpływaniu przesłuchującego policjanta na treść składanych przez K. K. zeznań. Należy podkreślić, że około pół godziny przed złożeniem zeznań w śledztwie przeciwko A. J., K. K. złożył wyjaśnienia w charakterze nieletniego sprawcy czynu zabronionego, w których przyznał się do dwukrotnego kupienia marihuany od A. J.. W czynności tej - jak wynika z protokołu przesłuchania (k. 79 - 80 akt sprawy III Npw 312/11 Sądu Rejonowego we Włocławku) - ponad wszelką wątpliwość uczestniczyła jego matka. Nie sposób racjonalnie zakładać, iż w obecności M. D. prowadzący przesłuchanie funkcjonariusz Policji groził małoletniemu i sugerował mu treść odpowiedzi.

W ocenie Sądu Apelacyjnego przesłuchanie tego świadka na okoliczność udzielania mu przez A. J. środków odurzających było - w sytuacji odebrania od podejrzanego wyjaśnień, w których ten przyznał się do sprzedawania K. K. marihuany - naturalną i prawidłową reakcją zmierzającą do weryfikacji twierdzeń oskarżonego.

Obrońca, formułując tezę o składaniu przez M. S. zeznań w dniu 16 czerwca 2011 roku w warunkach braku swobody wypowiedzi całkowicie pomija fakty, na które małoletni ten wskazał w toku konfrontacji podczas rozprawy w dniu 15 marca 2012 roku przed Sądem meriti z funkcjonariuszem Policji M. P. (która przesłuchiwała świadka w postępowaniu przygotowawczym w obecności pedagoga). M. S. ocenił mianowicie, iż składane przez niego zeznania nie były wymuszane (k. 339).

W ocenie Sądu odwoławczego błędny jest również zarzut mający świadczyć o tym, że ujęty w protokole czas trwania przesłuchania miałby przemawiać za prawidłowością przeprowadzonej czynności procesowej. Przesłuchanie każdego świadka odbywa się w różnym czasie. Jeden świadek może być przesłuchiwany przez kilka minut a drugi przez kilka godzin. Wszystko zależy od możliwości intelektualnych świadka i jego zdolności odtwarzania zdarzeń. Sam tylko fakt, iż czynność przesłuchania w charakterze świadka M. S. trwała aż dwie i pół godziny, choć obszerność zeznań małoletniego nie przystaje do tak długiego czasu przesłuchiwania, nie stanowi dostatecznej przesłanki do przyjęcia, że jego zeznania składane były w warunkach sugerowania ich treści oraz gróźb ze strony przesłuchujących. Należy podkreślić, że małoletni był przesłuchiwany w obecności pedagoga, który czuwał również nad poprawnością przeprowadzanej czynności procesowej.

Błędny jest także zarzut obrazy art. 167 k.p.k. i art. 366 §1 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. i art. 5 §2 k.p.k. albowiem obrońca nie wskazał konkretnych dowodów, których przeprowadzenie mogłoby - chociażby hipotetycznie - okazać się przydatne dla wyjaśnienia okoliczności przesłuchiwania A. J., M. S. i K. K. w toku postępowania przygotowawczego. W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy wyczerpał w tym zakresie inicjatywę dowodową przesłuchując na rozprawie P. W., M. P. oraz M. C.. Świadkowie ci kategorycznie zaprzeczyli, jakoby wymuszano od oskarżonego wyjaśnienia, a od małoletnich świadków zeznania określonej treści i nie sposób racjonalnie przypuszczać, aby ponowne ich przesłuchanie wniosło do sprawy nowe, istotne okoliczności, w szczególności zaś, aby doprowadziło do ustalenia, że A. J., M. S. i K. K. byli przesłuchiwani w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi. Co do zarzutu naruszenia reguły in dubio pro reo przypomnieć należy, iż tego rodzaju zarzutu nie można stawiać powołując się na wątpliwości samej strony co do treści ustaleń faktycznych, wymowy dowodów bądź sposobu interpretacji przepisów prawa. Dla oceny, czy nie został naruszony zakaz z art. 5 § 2 k.p.k., nie są miarodajne tego rodzaju wątpliwości zgłaszane przez stronę, ale tylko to, czy orzekający sąd rzeczywiście powziął wątpliwości w tym zakresie i mimo braku możliwości usunięcia ich rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego, albo czy były po temu powody, które sąd pominął. Gdy zaś konkretne ustalenie faktyczne zależy od dania wiary tej lub innej grupie dowodów, nie można mówić o naruszeniu zasady in dubio pro reo. Zarzuty co do oceny wiarygodności jakiegoś dowodu lub grupy dowodów zgłaszać należy na płaszczyźnie

dochowania przez sąd granic sędziowskiej swobody ocen z art. 7 k.p.k. (vide: postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31 marca 2010 r., II AKa 239/09, KZS 2010/9/30).

Reasumując stwierdzić należy, iż brak jest przekonujących powodów, dla których należałoby odmówić wiarygodności złożonym w toku postępowania przygotowawczego wyjaśnieniom A. J., w których przyznał się on do sprzedaży marihuany K. K., a także zeznaniom K. K. i M. S., w których małoletni obciążyli oskarżonego. Całościowa analiza sprawy wskazuje, zdaniem Sądu Apelacyjnego, że zeznania małoletnich, w których wskazali oni na fakt nabywania narkotyków od A. J., miały charakter spontaniczny, co bez wątpienia pozytywnie wpływa na ocenę ich wiarygodności. Podkreślenia wymaga, że biegły psycholog, oceniając zeznania K. K. i M. S. złożone na rozprawie w konfrontacji z zeznaniami złożonymi w toku śledztwa wskazał, że rozbieżności w treści tych zeznań mają podłoże motywacyjne (k. 312, 338).

Oceniając wiarygodność zeznań złożonych przez K. K. i M. S. oraz początkowe wyjaśnienia oskarżonego – to stwierdzić ponownie należy, iż brak jest jakichkolwiek przekonujących dowodów, które pozwoliłyby na przyjęcie (o co wnosi w swojej apelacji obrońca A. J.), że zostały one złożone pod wpływem presji innych osób lub w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi. Świadczą o tym nie tylko zeznania złożone w toku rozprawy sądowej, przez funkcjonariuszy policji, którzy przeprowadzali te czynności procesowe, ale również i zeznania innych osób, które były obecne w czasie tych przesłuchań.

W końcu odwołać należy się również do realizowanej jedynie przed Sądem pierwszej instancji zasady bezpośredniości. To właśnie ten Sąd mając bezpośredni kontakt z przesłuchiwanymi świadkami czy oskarżonym, ma pełną i wszechstronną możliwość prawidłowej oceny wiarygodności konkretnych zeznań czy wyjaśnień. Ocenę tę kształtuje jednak nie tylko w oparciu o treść wypowiedzi, ale bardzo istotne są także obserwowane zachowania przesłuchiwanej osoby, jej stan emocjonalny i intelektualny, reakcje na zadawane pytania, ujawniane sprzeczności czy rozbieżności. Całej tej sfery oceny wiarygodności konkretnych środków dowodowych pozbawiony jest Sąd odwoławczy, dysponujący jedynie zaprotokołowaną treścią wypowiedzi. Taki stan rzeczy powoduje, że Sąd drugiej instancji tylko wówczas ma podstawy do zakwestionowania oceny Sądu instancji pierwszej, gdy stwierdzi, że Sąd ten np. nie dostrzegł sprzeczności wewnętrznych czy wzajemnych w poszczególnych zeznaniach czy przeoczył, iż pozytywnie ocenione dowody pozostają w sprzeczności ze wskazaniami wiedzy bądź doświadczenia życiowego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego także kary jednostkowe oraz kara łączna wymierzone oskarżonemu nie noszą cech rażącej niewspółmierności. Nie ma racji obrońca zarzucając Sądowi pierwszej instancji niedostateczne uwzględnienie dyrektywy pierwszeństwa celów wychowawczych kary orzekanej w stosunku do młodocianych sprawców przestępstw. Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie, wynikająca z treści przepisu art. 54 § 1 k.k. dyrektywa nie oznacza nakazu orzekania wobec takich sprawców kar łagodnych. Kara nadmiernie łagodna, wymierzona w szczególności wobec sprawcy już zdemoralizowanego, nie osiąga celów wychowawczych i nie wdraża do przestrzegania porządku prawnego. Przeciwnie, kara taka pogłębia u młodocianego poczucie bezkarności przez co przyczynia się do jego deprawacji (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 kwietnia 2012 r., II AKa 99/12, LEX nr 1163713). O tym, że A. J. jest osobą zdemoralizowaną niezbicie przekonują same okoliczności rozboju na osobie J. P. oraz jego zachowanie w warunkach izolacji penitencjarnej w Zakładzie Karnym we W.. W takiej sytuacji przywiązywanie nadmiernej wagi do pozytywnej wymowy wywiadu środowiskowego z dnia 1 lipca 2011 r. (k.107-109) nie jest uzasadnione, zwłaszcza że wywiad ten – jak wynika z jego treści – został sporządzony przede wszystkim w oparciu o relację rodziców oskarżonego.

Nie jest uzasadnione przydawanie nadmiernego znaczenia również dotychczasowej niekaralności oskarżonego. A. J. jest osobą młodą - w chwili popełnienia przypisanych mu czynów miał ukończone 19 lat - i z uwagi na swój wiek nie mógł mieć dotychczas wielu sposobności do popełniania przestępstw (por. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1972 r., III KR 45/72, LEX nr 18479).

W związku z powyższym brak jest, zdaniem Sądu Apelacyjnego, jakichkolwiek szczególnych okoliczności przemawiających za celowością zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary wymierzonej oskarżonemu za występki z art. 280 §1 k.k. Okoliczności takiej nie stanowi sam tylko fakt, iż rzeczywista wartość telefonu zabranego

J. P. okazała się mniejsza, niż przyjęta przez Sąd pierwszej instancji. Wartość wyrządzonej szkody jest tylko jedną z przesłanek, jaką należy brać pod uwagę przy decydowaniu o wymiarze kary. W niniejszej sprawie przesłance tej, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nie należy przypisywać pierwszorzędного znaczenia przede wszystkim z uwagi na ilość i wagę innych prawnie relewantnych w świetle art. 53 §2 k.k. okoliczności, wśród których należy wymienić przede wszystkim współdziałanie oskarżonego z nieletnimi, sposób jego zachowania się (oskarżony działał w sposób bezwzględny) oraz następstwa zdrowotne dla pokrzywdzonego. Podkreślić jednocześnie należy, że oskarżony - choć przeprosił pokrzywdzonego na rozprawie - nie zwrócił mu telefonu, który do tej pory nie został odnaleziony, ani też nie naprawił wyrządzonej szkody. Kara 2 lat pozbawienia wolności wymierzona w dolnej granicy zagrożenia ustawowego z art. 280 §1 k.k. jawi się w związku z powyższym jako adekwatna do stopnia szkodliwości społecznej przypisanego oskarżonemu czynu i nie nosi znamion nadmiernej surowości.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób również mówić o nadmiernej surowości kary 3 lat pozbawienia wolności wymierzonej oskarżonemu za przestępstwo z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. Nie może w szczególności odnieść skutku zarzut niezakwalifikowania przypisanej oskarżonemu zbrodni, jako wypadku mniejszej wagi. Podkreślenia wymaga, iż przepis art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii chroni dobro szczególne, jakim jest zdrowie małoletnich, a poprzez to dobro ogólniejsze, jakim jest zdrowie społeczne. I jest to dobro wyjątkowej wagi, skoro czyn udzielenia środka odurzającego małoletniemu stanowi zbrodnię. W sytuacji, w której sprawca wielokrotnie sprzedaje niewielkie dawki środka odurzającego małoletnim, a jego działalność przestępcza zostaje przerwana interwencją organów ścigania, uznanie czynu, zwłaszcza zaś czynu ciągłego, za wypadek mniejszej wagi, należy uznać za wykluczone (por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 marca 2007 r., II AKa 69/07, LEX nr 301505). Zastosowanie kwalifikacji z art. 59 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii byłoby w niniejszej sprawie uzasadnione, gdyby chodziło o jednorazowe udzielenie niewielkiej ilości środka odurzającego (por. zwłaszcza wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 kwietnia 2009 r., II AKa 56/09, LEX nr 508295; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 października 2009 r., II AKa 170/09, LEX nr 550494). Odpłatne udzielanie przez oskarżonego małoletnim narkotyków nie miało jednak charakteru incydentalnego - A. J. w okresie od listopada 2010 r. do czerwca 2011 r. regularnie sprzedawał marihuanę M. S., a w kwietniu 2011 r. dwukrotnie sprzedał ją K. K.. Nie sposób nie zauważyć, jak negatywne następstwa pociągnęło za sobą zażywanie środków odurzających w przypadku M. S.. Małoletni ten jest uzależniony od narkotyków, dwukrotnie przechodził terapię odwykową (vide: k. 337v; nadto k. 86-86v akt sprawy III Now 6/12 Sądu Rejonowego we W.). Dlatego też nie może odnieść skutku powoływanie się przez skarżącego na okoliczność, iż sprzedaż marihuany jest dozwolona w kilku krajach, a korzyść majątkowa osiągnięta przez oskarżonego nie była znacząca.

Zastosowanie przy wymierzaniu kary łącznej zasady pełnej absorpcji (jak chce tego skarżący) byłoby w ocenie Sądu Apelacyjnego całkowicie nieuzasadnione z uwagi na brak ścisłego związku podmiotowo-przedmiotowego pomiędzy przypisanymi oskarżonemu przestępstwami. Rozboju na J. P. oskarżony dopuścił się wprawdzie wspólnie i w porozumieniu z K. K. i M. S., a zatem tymi samymi osobami, którym sprzedawał środki odurzające, jednak przedmiotem powyższego przestępstwa było inne rodzajowo dobro (mienie). Nadto występki ten nie był, w przeciwieństwie do zbrodni z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, elementem z góry zaplanowanej przez oskarżonego działalności przestępczej - decyzja o jego popełnieniu miała wszak charakter spontaniczny. W tej sytuacji kara łączna, przekraczająca surowszą z wymierzonych oskarżonemu kar jednostkowych jedynie o sześć miesięcy, nie może być uznana za nadmiernie surową. Podniesiony w apelacji zarzut rażącej niewspółmierności kary łącznej ma, w ocenie Sądu Apelacyjnego, charakter polemiczny. Skarżący nie przedstawił bowiem żadnej argumentacji przemawiającej za zastosowaniem zasady pełnej absorpcji.

Konsekwencją powyższych rozważań było uznanie apelacji obrońcy oskarżonego za zasługującą na częściowe uwzględnienie i dokonanie zmian w zaskarżonym wyroku w sposób opisany powyżej, w pozostałym zakresie utrzymując go w mocy.

Na podstawie art. 626 §1 k.p.k. w zw. z art. 636 k.p.k. w zw. z art. 624 §1 k.p.k. Sąd Apelacyjny zwolnił A. J. od obowiązku uiszczenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, a poniesionymi w toku tego postępowania



wydatkami obciążył Skarb Państwa. W ocenie Sądu odwoławczego uiszczenie przez oskarżonego kosztów procesu stanowiłoby, w jego aktualnej sytuacji materialnej, nadmierną uciążliwość.