

Warszawa, dnia 17 lipca 2018 r.

Sygn. akt VI Ka 1210/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie VI Wydział Karny Odwoławczy w składzie :

Przewodniczący: SSO Beata Tymoszków (spr.)

Sędziowie: SO Ludmiła Tułaczko

SR del. Justyna Dołhy

protokolant: protokolant sądowy Renata Szczegot, protokolant sądowy stażysta Katarzyna Pawelec

przy udziale prokuratora Józefa Gacka

po rozpoznaniu dnia 13 lipca 2018 r.

sprawy R. K. (1) syna S. i E. ur. (...) w L.

oskarżonego o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2005 r., Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) w zw. z art. 64 § 1 kk

M. K. (1) syna G. i M. ur. (...) w N.

oskarżonego o przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2005 r., Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

na skutek apelacji wniesionych przez obrońców obu oskarżonych i oskarżonego R. K. (1)

od wyroku Sądu Rejonowego w Legionowie

z dnia 10 lipca 2017 r. sygn. akt II K 64/16

1. stosując ustawę z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym w dniu 19 maja 2008 roku w zw. z art. 4 § 1 kpk:

- w odniesieniu do R. K. (1) zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

- w odniesieniu do M. K. (1) wyrok zmienia w ten sposób, że w ramach zarzucanego mu czynu uznaje oskarżonego za winnego tego, że w okresie od 23 lutego 2008 roku do 19 maja 2008 roku w L. w celu uzyskania korzyści majątkowej udzielał innym, nieustalonym osobom substancję psychotropową w postaci amfetaminy w łącznej ilości nie większej niż 40 gram i za tak przypisany mu czyn, na podstawie art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierza M. K. (1) karę roku i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;

2. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zalicza M. K. (1) okres jego zatrzymania w sprawie od dnia 3 czerwca 2008 roku do dnia 5 czerwca 2008 roku;

3. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. J. Ł. i adw. A. Z. kwoty po 516,60 zł obejmujące wynagrodzenie za obronę z urzędu świadczoną na rzecz oskarżonych w instancji odwoławczej oraz podatek VAT;

4. zwalnia obu oskarżonych od uiszczenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, wydatkami tego postępowania obciąża Skarb Państwa.

SSO Ludmiła Tułaczko SSO Beata Tymoszków SSR Justyna Dolhy (del.)

Uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie w sprawie o sygnaturze VI Ka 1210 /17

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Ze wszystkich rozpoznawanych apelacji na częściowe uwzględnienie zasługiwała jedynie ta, która pochodziła od obrońcy M. K. (1). W pierwszej kolejności omówione jednak zostaną środki odwoławcze dotyczące R. K. (1), gdyż część uwag prezentowanych w związku z nimi ma także znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w zakresie odnoszącym się do M. K. (1).

Jeśli więc chodzi o apelację obrońcy oskarżonego K., choć jest ona obszerna gdy chodzi wskazanie uchybień, jakich – w związku z zrzutem obrazy prawa procesowego, to jest art. 410 k.p.k. i art. 7 k.p.k. – miał dopuścić się sąd orzekający, ta objętość nie przekłada się na jej skuteczność. Stawiając tezę, że w ujawnionym w toku procesu materiale dowodowym brak dowodów jednoznacznie wskazujących na kontakty oskarżonego z M. K. (1), obrońca odwołuje się do odtajnionych zapisów rozmów telefonicznych prowadzonych w tym okresie przez oskarżonego, uzyskanych w drodze kontroli operacyjnej. To zagadnienie będzie omówione w dalszej części, natomiast w tym miejscu należy podkreślić, że powyższa teza abstrahuje zupełnie od wyjaśnień złożonych przez obu oskarżonych na etapie śledztwa. Nie można przecież zapominać, że przesłuchany po raz pierwszy M. K. (1) przyznał się do stawianego mu zarzutu, a zważywszy na jego wówczas uprzednią karalność (w tym za występki z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii) trudno uwierzyć, by uczynił to jedynie dla jakichś doraźnych interesów (chęć odzyskania wolności). Oskarżony ten miał pełną świadomość rangi takiego przyznania się, a co więcej – niezwłocznie po zakończeniu jego zatrzymania nie odwołał na piśmie tych wyjaśnień, nie przesłał pisma procesowego zawierającego odmienne stanowisko. Zapewne to właśnie, a więc zgodność wypowiedzi R. K. (1) i M. K. (1) była powodem, dla którego wobec niego nie umorzono postępowania przygotowawczego, jak to miało miejsce wobec J. G.. Eksponując tę okoliczność obrońca pomija bowiem, że ten ostatni słuchany dwukrotnie stanowczo zaprzeczył depozycjom R. K. (1), zaś w ujawnionych materiałach z podsłuchu brak było również informacji mogących podważyć zeznania J. G..

Niezależnie od postawy procesowej M. K. (1) po jego zatrzymaniu, same wyjaśnienia R. K. (1) składane podczas kolejnych przesłuchań, analizowane właśnie przez pryzmat kryteriów z art. 7 k.p.k., jak to uczynił Sąd Rejonowy świadczą o prawdziwości tylko pierwszych z nich.

Przypomnieć należy, że zatrzymanie R. K. (1) w dniu 19 maja 2008r. nie było przypadkowe – funkcjonariusze CBS dysponowali bowiem wiedzą o tym, czym zajmuje się oskarżony (udział w produkcji i obrocie środkami odurzającymi) i co będzie przewoził. Można zatem sądzić, że podczas jego przesłuchania oskarżony się tego domyślał i dlatego zdecydował współpracować składając wyjaśnienia, w których obciążał przede wszystkim siebie, ale także inne znane mu osoby. Zważywszy na zagrożenie wynikające z zarzutu uczestnictwa w wytworzeniu 18 kilogramów amfetaminy czy posiadania 105,49 gramów tego środka, czyn polegający na przekazaniu M. K. (1) 40 gramów amfetaminy do dalszej jej sprzedaży nie był już wazący na sytuacji procesowej oskarżonego. Inaczej mówiąc – pozostałe informacje przekazane przez niego wówczas śledczym były na tyle istotne i na tyle dokładne, że oskarżony mógł liczyć na zastosowanie dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary niezależnie od tego, czy będzie wypowiadał się na temat M. K. (1) czy też nie. Mimo to podejmując współpracę z organami ścigania R. K. (1) wskazał, że (...) sprzedał w czterech transakcjach łącznie 40 gramów amfetaminy (podał również w jaki sposób ją uzyskał) i opisał miejsce ich spotkań. Nadto, w kolejnych przesłuchaniach dwukrotnie przyznawał się do stawianego mu zarzutu i nie wycofał się z wcześniejszych wyjaśnień (odmawiał ich złożenia), a jeszcze podczas okazania mu zdjęć poglądowych bez wątplenia rozpoznał M. K. (1) jako (...), znanego mu od 2007r. Uwzględniając bliskie kontakty między L. Ł. a M. K. (3) – osobą z najbliższego

kręgu M. K. (1), – znajomość ta nie dziwi. Najważniejsze jednak, że podczas tego okazania R. K. (1) ani słowem nie wspomniał, że jest to jeden z braci K. i że nie wie, czy chodzi o starszego czy „młodego K.”.

Odwołując następnie wszystkie wcześniejsze wyjaśnienia oskarżony tłumaczył, że podawał nieprawdę co do produkcji amfetaminy, gdyż chciał się zemścić na osobach, które wskazywał jako współsprawców, choć nie tłumaczył, skąd pochodził narkotyk posiadany przezeń przy zatrzymaniu (za co został już prawomocnie skazany). Jednocześnie twierdził, że pomógł M. K. (1) dla swoich doraźnych korzyści, wynikających z treści art. 60 k.k. Oprócz tego co zostało powiedziane wcześniej, trudno logicznie zaakceptować tę wersję. Przecież obciążając M. K. (1) podczas pierwszego przesłuchania, oskarżony dostarczył też dowody przeciwko sobie, a więc gdyby były one fałszywe ewentualny zysk z wprowadzenia tych informacji do postępowania, był wysoce wątpliwy. Przecząc wówczas poprzedniej wersji oskarżony niepodał, że pomógł Starszego K., lecz właśnie M. K. (1), co oznacza, że od początku prawidłowo identyfikował osobę, którą swymi wyjaśnieniami obciążał.

Odnosząc się, podczas kolejnego przesłuchania, do wyjaśnień obciążających jego samego i M. K. (1) oskarżony K. twierdził, że nikomu nie sprzedawał amfetaminy, a uprzednio miał na myśli nie M. lecz jego brata – P. K.. Podczas pobytu w areszcie dowiedział się, że M. wziął winę na siebie, bo nie chciał, by jego brat odbywał karę on sam zaś, składając pierwsze wyjaśnienia, miał na myśli właśnie P. K.. Zastrzegł przy tym, iż opisywane uprzednio transakcje nie mogły mieć miejsca, bo przecież wskazywał ich daty, w których P. K. był pozbawiony wolności. Tłumaczenia te rażą niekonsekwencją i brakiem logiki. Jeśli bowiem te transakcje nie miały miejsca, a zostały wymyślone przez R. K. (1) dla uzyskania zmniejszenia kary za przestępstwo wytworzenia środków odurzających, całkowicie bez znaczenia pozostaje, kogo oskarżony miał na myśli wskazując na odbiorcę amfetaminy, czy jaki czas ich dokonywania precyzował. Jeśli by bowiem wymyślił te zdarzenia, to nie mógł „mieć na myśli” P. K. albo zwracać uwagi na to, czy podawany w nich czas odpowiadał okresowi pobytu na wolności tego właśnie mężczyzny. Przy czym, jak była o tym mowa, uprzednio oskarżony ani razu nie zastrzegł, że jego wypowiedzi dotyczą właśnie P. a nie jego brata – M. K. (1). Trudno też racjonalnie dać wiarę, by ten ostatni miał brać na siebie winę brata (sam zresztą nigdy o tym nie wspominał), jeśli wiedział, że jego brat nie mógł dopuścić się zarzucanego występkę, gdyż w tym czasie był pozbawiony wolności. Gdyby dać wiarę tym tłumaczeniom oskarżonego K. oznaczałoby, iż pomógł o bardzo poważny występki swego znajomego, bliskiego sąsiada, wiedząc, że ta informacja z pewnością dotrze do zainteresowanego i jego środowiska.

Kontynuując ten wątek przed sądem oskarżony dodał, że nigdy nie znał M. K. (1) i konsekwentnie, w toku całego postępowania przygotowawczego mówiąc o „K.” miał na myśli starszego z braci. Właśnie dlatego w protokole powinno zostać odnotowane – czego nie uczyniono – że wyjaśnia o „starszym K.”. R. K. (1) tłumaczył też, że składając te wyjaśnienia dla swych doraźnych interesów, wiedział, że P. K. cały czas odbywał karę pozbawienia wolności. Kolejne wątki wprowadzone przez oskarżonego ponownie dobitnie dowodzą braku logiki w jego wersji. Po pierwsze – jeśli oskarżony nie miał znać uprzednio M. K. (1) i nie wiedział nawet, że P. K. ma brata, bezcelowe byłoby operowanie zwrotem „starszy K.”, który przecież zakłada istnienie jakiego „młodszy K.”. Ponadto z protokołu okazania wizerunku jednoznacznie wynika, że osoba wskazana przez oskarżonego nazywa się „M. K. (1)” i tej informacji oskarżony wówczas nie prostował (k. 38 – 39). Wreszcie – jaki sens miałoby pomawianie przezeń osoby, o której wiedział, że cały czas (od 9 stycznia 2008r. do 8 grudnia 2010r.) przebywa w areszcie, a którą to informacje śledczy są w stanie niemal natychmiast zweryfikować. Taka postawa, to jest fałszywe oskarżanie innej osoby z pewnością nie podpada pod przesłanki z art. 60 § 3 k.k.

Oskarżony dodawał następnie, że w pierwszych wyjaśnieniach nie mógł mówić o M. K. (1), gdyż poznał go dopiero po osadzeniu w zakładzie karnym. Temu z kolei jasno przeczą nagrania rozmów prowadzonych z telefonu oskarżonego, z których wynika, że kojarzył oskarżonego i spotykał się z nim znacznie wcześniej.

Wreszcie, na rozprawie odwoławczej oskarżony odwołując się do treści osobistej apelacji podał, że w aktach sprawy znajdują się wyłącznie kserokopie protokołów jego przesłuchań, które zostały sfalszowane, nie zawierają jego rzeczywistych wypowiedzi, gdyż od początku postępowania wskazywał on na osobę P. K. – jako odbiorcę amfetaminy w transakcjach, które faktycznie nie miały miejsca. Nie sposób jednak, podążając za wyjaśnieniami oskarżonego, dociec kto i po co miałby owe protokoły spreparować tym bardziej, że stawiając taką tezę oskarżony jednocześnie stanowczo

twierdzi, iż jego wyjaśnienia obciążały właśnie P. K.. Nie było więc żadnej potrzeby ich fałszowania, skoro oskarżony operował wówczas sformułowaniem „K.”. Analizując wszystkie kolejne wypowiedzi R. K. (1) trzeba jasno stwierdzić, że prezentowane w nich wersje zmierzały do efektu ad absurdum. Sam oskarżony zdawał się nie pamiętać już, jak w toku całego postępowania tłumaczył swoje zachowanie i jak opisywał powody, dla których negował pierwsze wyjaśnienia. Dodać trzeba do tego, że w dacie zatrzymania 19 maja 2008r. oskarżony był osobą wielokrotnie karaną, która zdawała sobie sprawę z procesowego wykorzystania zarówno protokołu jego wyjaśnień jak i protokołu okazania wizerunku M. K. (1). Miał również świadomość tego, że ustalenie okresów pobytu w areszcie P. K. nie nastęrczy trudności, a w razie ewidentnego jego kłamstwa – naraża się tym samym na ewentualny zarzut fałszywego oskarżenia innej osoby. Nadto, oskarżony nie umiał wytłumaczyć, dlaczego podając rzekomo nieprawdziej informacje o transakcjach sprzedaży M. K. (1) 40 gramów amfetaminy, operował akurat taką ilością, podawał konkretne miejsca spotkań itp., które okazały się zbieżne z wyjaśnieniami tego ostatniego oskarżonego. Wszystko to nakazuje uznać, jak to uczynił też sąd meriti, że to właśnie pierwsze wyjaśnienia i efekt okazania wizerunku zawierały prawdziwe depozycje R. K. (1) i one też powinny stać się (i stały) podstawą czynienia ustaleń faktycznych.

Odsłuchane czy odtworzone zapisy nagrań, do których odwołuje się w apelacji obrońca, nie stoją w sprzeczności z tymi wyjaśnieniami, a wręcz je potwierdzają. Istotnie, dotyczą one w dużej mierze kwestii poruszonych przez skarżącego (spraw codziennych oskarżonego), ale nie są to kwestie jedyne. Jest przy tym oczywiste, że licząc się z obawami ewentualnego podsłuchu osoby rozmawiające nie mówiły wprost o zakupie środków odurzających, ale porozumiewały się w sposób zawołany, lecz łatwy do odkodowania. Nie ma przy tym racji obrońca, że pewne zwrotu używane w tych rozmowach (np. nawiązanie do ostatniej dostawy, która była dobra i rozmówca chce więcej tego samego) wcale nie wskazują jednoznacznie, że ich przedmiotem była sprzedaż alkoholu czy papierosów.

I Tak, tytułem przykładu wskazać można, że podczas rozmowy w dniu 1 marca 2008r. pada wyraźne stwierdzenie: „Słuchaj przywiózłbyś wujo GRAMA” (k. 1485v), które, co oczywiste nie może dotyczyć alkoholu.

Również sformułowanie w rozmowie z dnia 7 marca 2008r. z mężczyzną o imieniu: „M.” (k. 1504), że „to musi być dobre” i „jest lepsze niż dobre”, nie może dotyczyć alkoholu. O nim bowiem wypowiedziano być się jako „ten” (czyli spirytus”), albo „ta” (czyli wódka). Niezależnie od tego trzeba zaznaczyć, że obrót nielegalnym alkoholem w skali wynikającej z szeregu rozmów prowadzonych przez oskarżonego wymagałaby posiadania przezeń jakiegokolwiek miejsca przechowywania towaru, o którym sam R. K. (1) nigdy nawet nie wspomniał.

Z kolei w rozmowie z dnia 12 marca 2008r., w której oskarżony jest odbiorcą towaru, dostawca stwierdza że „wcześniej go przygotowuje”, zaś oskarżony zaznacza, że „chce dychę, 5 tak i 5 pojedynczo” (k. 1511v.). Wbrew twierdzeniom obrońcy takie stwierdzenie, nie może dotyczyć ani alkoholu (ten nie mógł być przecież W DOMU ROZMÓWCY dokąd udawał się R. K. (1) rozlewany do baniek po 5 lub 1 litrze, ani też papierosów – gdyż nie byłoby potrzeby wcześniejszego ich przygotowania. Odebrany towar oskarżony za kilkanaście minut oferuje kobiecie o imieniu T., która zaznaczając, że nie chce „całej piątki” tłumaczy, że musi ją rozdzielić. Gdyby chodziło o alkohol, w sposób naturalny użyte byłoby słowo „rozlać”, a wyodrębnienie poszczególnych miarek (1/2 czy litr) nie sprawiałoby kłopotu – w odróżnieniu od konieczności rozważenia narkotyku. Wniosek taki jest tym bardziej uprawniony, że w kolejnych rozmowach faktycznie dotyczących alkoholu i ewentualnych planów handlowania nim, mowa jest wprost o „banderoli”, „naszej wódzie” (k. 1523v.)

W podobny sposób prowadzona jest rozmowa oskarżonego z S. w dniu 26 marca 2008r., kiedy to odbiorca zamawia „dwie dychy tego”, bo też musi jeszcze komuś przekazać część towaru.(k. 1538v.) W następnych rozmowach ten sam odbiorca oraz osoba o imieniu A. zamawiają „dychę tego”; A. prosi o załatwienie „piątki”, co w przypadku alkoholu czy papierosów wymagałoby bliższego określenia o jaki towar chodzi. Wątpliwość ta nie występuje w wypadku udzielenia zawsze tego samego środka odurzającego. Zaznaczyć należy, że gdyby R. K. (1) miał handlować papierosami, to oczywistym jest, że jego konkubina nie byłaby zainteresowana zakupem takiego towaru od „D.”, a tego właśnie dotyczyła rozmowa z 4 kwietnia 2008r. L. Ś. ostatecznie zakupiła papierosy dla siebie i zamówiła je dla oskarżonego (k. 1561 – 15620).

Powyższe rozmowy przytoczono jedynie tytułem przykładu. Było ich znacznie więcej, prowadzonych m.in. z A. K., „G.”, „A.” czy „S.”, którzy to rozmówcy określali zamawiany towar jako „to, tamto” i precyzowali ilość poprzez podanie piątka, dycha alb dwadzieścia choć w jednej z nich A. K. wprost poprosił, by oskarżony przywiózł mu „to, co się waży” (k. 1572v.). Do części z odbiorców oskarżony dowoził towar do domu lub odbierali go od niego z domu, zaś z niektórymi umawiał się w mieście (np. przy starym kinie). Podnieść tu należy, że ów dom nie był czy nie zawsze musiał być mieszkaniem zajmowanym przez L. Ś. z dziećmi. Z omawianych materiałów wynika bowiem wprost, że oskarżony bywał w tym mieszkaniu, dojeżdżał tam, ale nie przebywał na stałe.

Wbrew temu co twierdzi obrońca, również rozmowy, jakie zostały odtworzone na rozprawie potwierdzają wyjaśnienia R. K. (1), w których przyznając się do uczestnictwa w obronie narkotykami, obciążył M. K. (1). I tak rozmowa z dnia 26 kwietnia 2008r. (k. 1616) wskazuje jasno, że po przedstawieniu się dzwoniącego: (...) oskarżony jednoznacznie potrafił go zidentyfikować. Co więcej – podczas kolejnego kontaktu M. K. (1) podaje wprost: „K. dzwoni młodszy”, a więc nie może być prawdą tłumaczenie oskarżonego K., że nie znał M. K. (1) albo też, że wyjaśniając w postępowaniu przygotowawczym mylił braci K.. Nadto, co niezwykle istotne, treść tej rozmowy (nie mającej nic wspólnego z zakupem mebli – k. 1678) jednoznacznie wskazuje, że obaj mężczyźni mieli wcześniej ze sobą bardzo dobry kontakt. Umawianie się „tutaj gdzieś na tym”, „na podwórku tam”, oznacza, że miejsce to musiało być im doskonale znane i łatwe do zidentyfikowania. To, że brak jest zarejestrowanych innych rozmów pomiędzy oskarżonymi nie oznacza, by nie dochodziło do większej liczby kontaktów telefonicznych czy spotkań. Jest rzeczą powszechnie wiadoma, że osoby trudniące się obrotem czy udzielaniem środków odurzających posługują się kilkoma numerami telefonów, zmieniają je często po to właśnie, by utrudnić kontrolę i identyfikację organom ścigania. Równie często korzystają z telefonów formalnie zarejestrowanych na inne osoby.

Gdy chodzi o wywody obrońcy, jakoby przeciwko uznaniu winy R. K. (1) przemawiało to, że jego status materialny nie przystawał do zysków, jakie miałby osiągać z działalności przestępczej wymaga zauważenia, że oskarżony prowadził – najogólniej mówiąc – dość bujne życie towarzyskie. Uzyskiwane pieniądze przeznaczał więc nie tylko na dzieci i L. Ś., ale również inne cele.

Nieporozumieniem jest, wobec wskazywania szeregu uchybień jakie – zdaniem autorki apelacji – dowodzić miały wadliwego zastosowania przez sąd orzekający art. 7 k.p.k. , jednoczesne podnoszenie zarzutu obrazy art. 5 § 2 k.p.k. na tle bogatego dorobku judykatury nie powinno budzić wątpliwości, że nieprawidłowym jest formułowanie zarzutu naruszenia zasad wyrażonych w art. 5 k.p.k., w tym zasady in dubio pro reo obok zarzutu dowolnej oceny dowodów - art. 7 k.p.k. Tak sformułowane zarzuty powodują, iż apelacja jest wewnętrznie sprzeczna. Skarżący może skutecznie powoływać się na treść art. 5 § 2 k.p.k. tylko wtedy, gdy sąd orzekający po przeprowadzeniu postępowania dowodowego dokona wszechstronnej oceny dowodów, zgodnie z wymogami art. 7 k.p.k. i mimo tego nie usunie wątpliwości, co do istotnych okoliczności sprawy. Nie można zatem jednocześnie podnosić obrazy reguł przewidzianych w tych dwóch normach prawnych. Nadto zarzut naruszenia przepisu art. 5 § 2 k.p.k. postawić można tylko wtedy, gdy sąd orzekający poweźmie wątpliwości, a mimo tego rozstrzygnie je na niekorzyść oskarżonego, nie zaś wtedy, gdy wątpliwości te ma strona. (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2018 r., sygn. II AKa 401/17).

Całkowicie chybiony jest też zarzut rażącej niewspółmierności kary wymierzonej temu oskarżonemu. Uwzględniając bowiem rodzaj i ilość środka wprowadzonego przezeń do obrotu, dotychczasowy tryb życia R. K. (1), a także minimalne zagrożenie karą za występki mu zarzucany trzeba stwierdzić, że kara roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oscyluje wokół owego ustawowego minimum. Nie powinno jednak ujść uwadze, że Sąd Rejonowy przyjął (prawidłowo), iż oskarżony działał w warunkach recydywy, wobec czego orzeczona wobec niego z pewnością nie jawi się jako zbyt surowa, a wręcz niezwykle wyważona. Niezrozumiałe są przy tym wywody obrońcy, który starając się doprowadzić do złagodzenia kary pozbawienia wolności twierdzi, że przypisana oskarżonemu ilość amfetaminy, jaka wprowadził on do obrotu „nie była znaczna”. Taka teza bowiem dezaktualizuje zastosowanie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, to zaś wymagało podniesienia zarzutu obrazy prawa materialnego, to jest przywołania art. 438 pkt. 1 k.p.k. – czego skarżący nie uczynił. Traktując tę myśl jako swoisty lapsus językowy i domyślając się, że zapewne chodziło o stopniowalność owych „znacznych ilości” (znaczna będzie przecież ilość wystarczająca dla

odurzenia się 100 osób jak i 1000), prezentowane wcześniej rozważania nadal nie pozwalają na traktowanie sumy dolegliwości karnej jako nadmiernie surowej, nieproporcjonalnej do wagi popełnionego przestępstwa.

Reasumując więc sąd odwoławczy nie znalazł podstaw do uwzględnienia apelacji R. K. (1) i jego obrońcy i w tym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Przechodząc do omówienia apelacji obrońcy M. K. (1) w pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii możliwości procesowego wykorzystania wobec tego oskarżonego ujawnionych nagrań z kontroli operacyjnej, która zarządzona była wobec R. K. (1). Jak słusznie zauważył ten skarżący, uchylając poprzedni wyrok jaki zapadł wobec oskarżonego Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w wyroku z dnia 11 grudnia 2015r. (VI Ka 998/15) nakazał ustalenie, czy w odniesieniu do M. K. (1) została wydana następcza zgoda na wykorzystanie owych nagrań i rozważenie możliwości ich wykorzystania. Zauważyć należy od razu, że orzeczenie to zapadło jeszcze przed nowelizacją Kodeksu postępowania karnego, jaka nastąpiła na mocy ustawy z dnia z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 1 kwietnia 2016 r.), a która z dniem 15 kwietnia 2016r. wprowadziła do tegoż aktu prawnego art. 168 b k.p.k.

Sąd Rejonowy realizując wytyczne sądu odwoławczego uzyskał od oskarżyciela publicznego informację, iż w stosunku do M. K. (1) nie była wydana następcza zgoda na wykorzystanie materiałów operacyjnych. Kierując się treścią art. 168b k.p.k. Sąd wprowadził jednak owe materiały do procesu, poprzez ich odtworzenie na rozprawie głównej. Wprawdzie zastosowanie wspomnianego przepisu w zaistniałej sytuacji procesowej budzi istotne wątpliwości Sądu Okręgowego, ale nawet twierdzenie, że doszło do obrazy art. 168 b k.p.k. nie daje podstaw do twierdzenia, iż miała ona wpływ na treść wyroku.

Przypomnieć wypada, że zgodnie z tym przepisem, jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Przytoczona treść zrodziła w praktyce wątpliwości co do formy tejże decyzji, a także etapu postępowania karnego, na jakim może ona zostać podjęta. Prima facie wydaje się, że zastosowanie wykładni systemowej musi prowadzić do jedyne logicznego sposobu rozstrzygnięcia tej wątpliwości, a mianowicie, że prokurator decyzję tę władny jest podjąć jedynie do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego. Do tego momentu bowiem jest on gospodarzem procesu, zaś po wniesieniu do sądu aktu oskarżenia występuje jako strona postępowania, mogąca składać określone wnioski, których rozstrzygnięcie zastrzeżone jest jednak do kognicji sądu. W taki też sposób problem też ujmowano w dotyczącym orzecznictwie sądów apelacyjnych, z których część skłaniała się ku temu, by owa decyzja mogła być podjęta poprzez samo złożenie wniosku dowodowego w akcie oskarżenia kierowanym do sądu (tak: Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 7 lipca 2017r. sygn. II AKa 63/17 , czy Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13 czerwca 2016r., sygn. AKa 133/16), część, wiążąc go z gwarancjami procesowymi podejrzanego, uznawała za konieczne wydanie postanowienia w tym przedmiocie (tak: Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 3 kwietnia 2017r sygn. II AKa 182/16). Pośrednio wskazywano przy tym, że w sprawie w której akt oskarżenia skierowano do sądu przed dniem 15 kwietnia 2016r., w praktyce prokurator nie będzie mógł wykorzystać owego uprawnienia, gdyż uniemożliwić to będzie etap postępowania, na którym znajduje się już rozpoznawana sprawa. Wydaje się, że sygnalizowanego zagadnienia nie przesądziła również uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018r. (sygn. I KZP 4/18).

Wprawdzie bowiem Sąd zaznaczył, że kierując się zakresem przedstawionego do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego kwestia ta pozostać musiała poza jego rozważaniami, ale jednocześnie w dalszej części uzasadnienia zawarł stwierdzenia uprawniające do wyrażenia poglądu zbieżnego z wyżej prezentowanymi. Po pierwsze – Sąd dostrzegł problem natury konstytucyjnej, a mianowicie czy wykorzystanie materiałów uzyskanych przed dniem 14 kwietnia 2016r. w sposób niezgodny z ówczesnie obowiązującymi przepisami (jak to ma miejsce niniejszej sprawie w odniesieniu do M. K. (1)) po tymże dniu poprzez zastosowanie art. 168 b k.p.k. nie narusza art. 2, 7 czy 45 ust. 1

Konstytucji RP i zasadami prawa międzynarodowego. Po drugie – za niedopuszczalną uznał także Sąd taką wykładnię omawianego przepisu, która miałaby służyć wprowadzeniu do materiału dowodowego konkretnych, już toczących się procesów materiałów pochodzących z dawnej kontroli operacyjnej, uzyskanych wówczas nielegalnie. Po trzecie wreszcie – w uchwale tej wskazano, że nie do zaakceptowania jest pogląd, jakoby to prokurator mógł arbitralnie w toku całego procesu (a więc także fazy sądowej) decydować o wykorzystaniu dowodu, uzyskanego w wyniku wtórnej kontroli operacyjnej. Wyraźnie zaznaczono przy tym, że decyzja o przydatności tych materiałów i wykorzystaniu ich w procesie sprowadza się do przesądzenia czy mają one „być przedstawione sądowi w akcie oskarżenia czy też nie”, zaś ostatecznie decyzję w tym przedmiocie podejmuje zawsze sąd. Potwierdzając następnie konieczność wyrażenia pozytywnej decyzji poprzez łożenia przez prokuratora określonych wniosków dowodowych dołączonych do aktu oskarżenia Sąd Najwyższy zastrzegł, że art. 168b k.p.k. nie przewiduje „żadnych ograniczeń czasowych dla podjęcia tej decyzji”, co zdaje się sugerować, że może ona nastąpić dopiero na etapie postępowania jurysdykcyjnego, a sprowadzać się będzie do złożenia przez prokuratora stosownego wniosku na rozprawie.

Rozstrzygając omawianą wątpliwość na korzyść M. K. (1) Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że ujawnione na rozprawie materiały z kontroli procesowej rozmów telefonicznych prowadzonych przez R. K. (1), nie stanowiły dowodu odnoszącego skutek procesowy wobec drugiego z oskarżonych. Pamiętać również trzeba, że poprzedni wyrok sądu odwoławczego zapadł po rozpoznaniu apelacji wniesionej wyłącznie na korzyść oskarżonego, a jego powodem było m.in. naruszenie prawa do obrony, a także nieuprawnione wprowadzenie do procesu tychże materiałów.

Niemniej jednak nie oznacza to, by inne, omówione wcześniej dowody nie pozwalały na przypisanie M. K. (1) przestępstwa odpłatnego udzielenia innym osobom środka odurzającego. Przeprowadzona wcześniej szczegółowa analiza wyjaśnień obu oskarżonych oraz czynności okazania R. K. (1) wizerunku M. K. (1) prowadzi do wniosku, iż pierwsze depozycje ich obu były zbieżne i prawdziwe. Nie może bowiem być mowy ani o pomyłce we wskazaniu jednego z braci K., zwłaszcza, że skoro P. K. odbywał wówczas karę pozbawienia wolności, co oczywiste nie mógł brać udziału w transakcjach z R. K. (1). z powyższych rozważań wynika też, że niewiarygodne jest jego twierdzenie, jakoby zmyślił sobie zarówno informację o prowadzonej działalności wytwarzania narkotyków jak i ich sprzedaży drugiemu z oskarżonych. Stawiając zarzut obrazę art. 7 k.p.k. obrońca sprowadza go do zakwestionowania analizy dowodów przeprowadzonej przez sąd orzekający, przedstawiając jednocześnie własną ich ocenę, ale nie wskazuje, gdzie konkretnie tkwił błąd sądu w zakresie logicznego rozumowania, wnioskowania czy też pominięcia którejkolwiek z okoliczności, mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Zaznaczyć też trzeba, że skoro za pierwotną wadę orzeczenia uznaje on obrazę art. 7 k.p.k., nieprawidłowym było podnoszenie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych. Jest on bowiem zawsze naturalną konsekwencją takiej analizy materiału dowodowego, która nie uwzględnia należycie reguł określonych w art. 7 k.p.k.

Ustalając jednak, że opisywane w początkowej fazie postępowania przygotowawczego transakcje sprzedaży amfetaminy na rzecz M. K. (1) miały miejsce sąd odwoławczy uznał, że dowody go obciążające nie pozwalają na przyjęcie, że oskarżony „uczestniczył w obrocie amfetaminą”. Nie wiadomo bowiem, kim były osoby, którym następnie ten środek odurzający zbywał. Jednorazowy zakup po 10 gramów czynił równie prawdopodobnym, że tę samą ilość M. K. (1) sprzedawała przekazywał innej osobie (dilerowi), która dopiero dostarczała go detalicznym odbiorcom, jak i to, że to oskarżony sprzedawał osobom uzależnionym porcje w obrocie detalicznym. Oskarżony nabył w okresie 3 miesięcy łącznie 40 gramów amfetaminy, a zatem taką ilość która bez trudu mógł sprzedawać poszczególnym osobom już do jej spożycia, nie zaś – do dalszego handlu. Żaden z oskarżonych nigdy nie wypowiedział się w tej materii, a więc w tym zakresie pojawiła się wątpliwość, o jakiej mowa w art. 5 § 2 k.p.k., którą należało rozstrzygnąć na korzyść M. K. (1). Jednocześnie racjonalne rozumowanie i zasady doświadczenia życiowemu nie pozwalają uznać, by ów narkotyk spożytkował sam lub też udzielał go nieodpłatnie. Nie był on osobą uzależnioną i nigdy nie twierdził, by przyjmował amfetaminę. Biorąc zaś pod uwagę, że musiał za nią zapłacić R. K. (1) trudno uwierzyć, aby kolejnym osobom udzielał jej bezpłatnie, ponosząc z tego tytułu tylko wydatki. Logicznym jest, że postępował w ten sposób po to, aby na każdej z transakcji osiągnąć dla siebie korzyść majątkową. Stąd też przypisał mu popełnienie występku z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i wymierzył karę roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności, a

więc karę nieznacznie tylko przewyższająca minimalną ustawową sankcję karną. Kara ta, podobnie jak w przypadku drugiego z oskarżonych uwzględnia zarówno ilość i rodzaj udzielonego narkotyku, jak i uprzednią karalność M. K. (1).

Mając zatem powyższe na uwadze, przy braku przesłanek z art. 439 § 1 k.p.k. lub art. 440 k.p.k. Sąd Okręgowy orzekł jak w dyspozycji wyroku.

SSO Ludmiła Tułaczko SSO Beata Tymoszów SSR (del.) Justyna Dołhy