

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 marca 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Ryszard Ponikowski
Sędziowie:	SSA Witold Franckiewicz SSA Wiesław Pędziwiatr (spr.)
Protokolant:	Beata Sienica

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Ludwika Uciurkiewicza

po rozpoznaniu w dniu 1 marca 2013 r.

sprawy **K. K.**

oskarżonego z art. 62 ust.1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 59 ust.1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii;

M. S.

oskarżonego z art. 62 ust.1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 59 ust.1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 58 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii;

i K. O.

oskarżonego z art. 62 ust 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i z art. 57 ust.2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 56 ust.3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.11 § 2 kk i art.59 ust.1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.12 kk

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonych K. K. i K. O. i apelacji prokuratora co do oskarżonych M. S. i K. O.

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z dnia 21 listopada 2012 r. sygn. akt III K 61/12

I. zmienia zaskarżony wyrok;

1. wobec oskarżonego K. O. w ten sposób, że;

- przyjmuje, iż przypisane w pkt. II i III części rozstrzygającej zachowania, opisane w pkt. II i III części wstępnej wyroku, stanowią jedno przestępstwo popełnione w okresie od maja 2010 roku do grudnia 2011 roku kwalifikowane z art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 124, poz. 1840 z późn. zm.) w zw. z art.**

11 § 2 k.k. i w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 124, poz. 1840 z późn. zm.) w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierza mu karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności stwierdzając, że kara łączna orzeczona w pkt. IV części rozstrzygającej utraciła moc,

- ustala, iż przypadkowi równowartości osiągniętej korzyści majątkowej, o którym orzeczono w pkt. V części rozstrzygającej podlega kwota 3.300 (trzy tysiące trzysta) złotych,**

2. wobec oskarżonego K. K. w ten sposób, że przyjmuje, iż przypisane w pkt. XIII i XIV części rozstrzygającej zachowania, opisane w pkt. VIII i IX części wstępnej wyroku, stanowią jedno przestępstwo popełnione od września 2011 roku do 18 marca 2012 roku kwalifikowane z art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 124, poz. 1840 z późn. zm.) w zw. z art. 11 § 2 k.k. i w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 124, poz. 1840 z późn. zm.) w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierza mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności stwierdzając, że kara łączna orzeczona w pkt. IV części rozstrzygającej utraciła moc,

3. wobec oskarżonego M. S. w ten sposób, że;

- przyjmuje, iż przypisane w pkt. VII i VIII części rozstrzygającej zachowania, opisane w pkt. V i VI części wstępnej wyroku, stanowią jedno przestępstwo popełnione od września 2011 roku do lutego 2012 roku kwalifikowane z art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 124, poz. 1840 z późn. zm.) w zw. z art. 11 § 2 k.k. i w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 124, poz. 1840 z późn. zm.) w zw. z art. 11 § 3 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 6 pkt. 2 k.k. wymierza mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności stwierdzając, że kara łączna orzeczona w pkt. IV części rozstrzygającej utraciła moc,**
- w pkt. X części rozstrzygającej tego wyroku eliminuje z podstaw orzeczenia przepis art. 73 § 2 k.k. a uzupełnia o zapis, „a na podstawie art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 124, poz. 1840 z późn. zm.) zobowiązuje go do poddania się leczeniu w zakładzie opieki zdrowotnej prowadzącym leczenie osób uzależnionych przyjmując nadto, iż przepis ten stanowi również podstawę oddania oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora sądowego”, a zapisowi o zobowiązaniu oparty na podstawie art. 72 § 1 pkt. 5 k.k. nadaje treść „zobowiązując do powstrzymania się od używania środków odurzających”;**

II. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k. orzeka wobec:

- 1. K. O. karę łączną 3 (trzech) lat i 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności,**
- 2. K. K. karę łączną 3 (trzech) lat pozbawienia wolności,**
- 3. M. S. karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;**

III. w pozostałej części zaskarżony wyrok wobec oskarżonych K. O., K. K. i M. S. utrzymuje w mocy;

IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet kar łącznych zalicza okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie:

- 1. K. O. od 27 marca 2012 roku do 2 sierpnia 2012 roku,**
- 2. K. K. od 20 marca 2012 roku do 22 marca 2012 roku;**

V. zasądza od K. O. i K. K. na rzecz Skarbu Państwa po 1/3 wydatków związanych z postępowaniem odwoławczym i wymierza im opłaty po 400 złotych za obie instancje, zwalnia M. S. od ponoszenia kosztów sądowych związanych z postępowaniem odwoławczym zaliczając wydatki za to postępowanie na rachunek Skarbu Państwa.

UZASADNIENIE

Prokurator Rejonowy w Legnicy oskarżył K. O. o to, że;

I. w dniu 27 marca 2012r. w miejscowości D. gm. P. wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii po uprzednim nabyciu od nieustalonej osoby czynił przygotowania do wprowadzenia do obrotu znacznej ilości środków odurzających w postaci marihuany o łącznej wadze 7,17 grama netto oraz amfetaminy o łącznej wadze 29,20 grama netto, które to środki odurzające przy użyciu wagi elektronicznej rozważał na mniejsze porcje oraz pakował w celu odsprzedaży

tj. o czyn z art. 62 ust.2 ustawy z dnia 29.07.2005r o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 57 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 56 ust.3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.11 §2 kk

II. w okresie od maja 2011r. do października 2011r. w miejscowości D. gm. P. działając z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielał środki odurzające małoletniemu P. Z. w postaci amfetaminy w ilości 200 gram za kwotę 30 zł od jednej porcji wynoszącej 1 gram w sumie za łączną kwotę 6000 zł

tj. o czyn z art. 59 ust.2 ustawy z dnia 29.07.2005r o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.12 kk

III. w okresie od maja 2010r do grudnia 2011r w miejscowości D. działając z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielał środki odurzające K. M. w postaci amfetaminy w ilości 30 gram za kwotę 30 zł od jednej porcji wynoszącej 1 gram w sumie za łączną kwotę 900 zł i marihuany w ilości 20 gram po 30 zł od jednej porcji wynoszącej jeden gram za łączną kwotę 600 zł

tj. o czyn z art. 59 ust.1 ustawy z dnia 29.07.2005r o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.12 kk

Nadto oskarżył on także M. S. o to, że;

IV. w dniu 20 marca 2012r w P. wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii posiadał w miejscu zamieszkania środki odurzające w postaci marihuany o łącznej wadze 1,75 grama netto

tj. o czyn z art. 62 ust.1 ustawy z dnia 29.07.2005r o przeciwdziałaniu narkomanii

V. w okresie od września 2011r do lutego 2012r w P. działając z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielał środki odurzające A. F. w postaci marihuany o wadze 15 grama za kwotę 30 zł od jednej porcji wynoszącej 1 gram w sumie za łączną kwotę 450 zł

tj. o czyn z art. 59 ust.1 ustawy z dnia 29.07.2005r o przeciwdziałaniu narkomanii) w zw. z art.12 kk

VI. w dniu 14 grudnia 2011r działając z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił małoletniemu P. Z. środki odurzające w postaci amfetaminy w ilości 10 gram za kwotę 220 złotych oraz 30 gram marihuany za kwotę 400 złotych w sumie za łączną kwotę 620 zł

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r o przeciwdziałaniu narkomanii

Oskarżonym został także K. K., któremu oskarżyciel publiczny zarzucił, że;

VII. w dniu 20 marca 2012r w P. wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii posiadał przy sobie środek odurzający w postaci marihuany o wadze 0,61 grama netto oraz w miejscu zamieszkania marihuane o łącznej wadze 2,61 grama netto

tj. o czyn z art. 62 ust.1 ustawy z dnia 29.07.2005r o przeciwdziałaniu narkomanii

VIII. w okresie od września 2011r do lutego 2012r w P. działając z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielał środki odurzające małoletniemu M. S. w postaci marihuany o łącznej wadze 70 gram za kwotę 1000 zł

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r o przeciwdziałaniu narkomanii) w zw. z art.12 kk

IX. w okresie od września 2011r do 18 marca 2012 w P. działając z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił J. N. środki odurzające w postaci marihuany w ilości 6 gram za kwotę 30 zł od jednej porcji wynoszącej 1 gram w sumie za łączną kwotę 180 zł

tj. o czyn z art. 59 ust.1 ustawy z dnia 29.07.2005r o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.12 kk

Wyrokiem z dnia 21 listopada 2012 roku w sprawie III K 61/12 Sąd Okręgowy w Legnicy orzekł, że;

I. oskarżonego K. O. uznaje za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku, z tym, że kwalifikuje go z art.57 ust.2 Ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie tego przepisu wymierza mu karę 1 roku pozbawienia wolności,

II. oskarżonego K. O. uznaje za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku, z tym ustaleniem, że udzielił małoletniemu P. Z. nie mniej niż 60 gram amfetaminy za łączną kwotę 1800 złotych i za to na podstawie art.59 ust.2 w/w Ustawy wymierza mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności,

III. oskarżonego K. O. uznaje za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie III części wstępnej wyroku i za to na podstawie art.59 ust.1 w/w Ustawy wymierza mu karę 1 roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

IV. na podstawie art.85 i art. 86 § 1 kk łączy K. O. orzeczone kary pozbawienia wolności i wymierza mu karę łączną 4(czterech) lat pozbawienia wolności,

V. na podstawie art.45 § 1 kk orzeka wobec oskarżonego K. O. przepadek równowartości osiągniętej korzyści majątkowej w wysokości 2400 złotych,

VI. oskarżonego M. S. uznaje za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie IV części wstępnej wyroku i za czyn ten na podstawie art.62 ust.1 w/w Ustawy wymierza mu karę 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności,

VII. oskarżonego M. S. uznaje za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie V części wstępnej wyroku i za to na podstawie art.59 ust.1 w/w Ustawy wymierza mu karę 1 roku i 6(sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

VIII. oskarżonego M. S. uznaje za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie VI części wstępnej wyroku i za to na podstawie art.59 ust.2 w/w Ustawy przy zastosowaniu art.60 § 1 i § 6 pkt 2 kk wymierza mu karę 1 roku i 8(ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności,

IX. na podstawie art.85 i art.86 § 1 kk łączy oskarżonemu M. S. orzeczone kary pozbawienia wolności i wymierza mu karę łączną 2(dwóch) lat pozbawienia wolności,

X. na podstawie art.69 § 1 i § 2 kk , art.70 § 2 kk i art.72 § 1 pkt 5 i art.73 § 2 kk wykonanie orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności wobec M. S. warunkowo zawiesza na okres próby 5 lat oddając go w tym okresie pod dozór kuratora sądowego i zobowiązując do powstrzymywania się od używania środków odurzających,

XI. na podstawie art.45 § 1 kk orzeka wobec M. S. przepadek równowartości korzyści osiągniętej przestępstwem w kwocie 1070 złotych,

XII. oskarżonego K. K. uznaje za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie VII części wstępnej wyroku i za to na podstawie art.62 ust.1 w/w Ustawy wymierza mu karę 6(sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

XIII. oskarżonego K. K. uznaje za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie VIII części wstępnej wyroku i za to na podstawie art.59 ust.2 w/w Ustawy wymierza mu karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności,

XIV. oskarżonego K. K. uznaje za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie IX części wstępnej wyroku i za to na podstawie art.59 ust.1 w/w Ustawy wymierza mu karę 1 roku i 6(sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

XV. na podstawie art.85 i art.86 § 1 kk łączy oskarżonemu K. K. orzeczone kary pozbawienia wolności i wymierza mu karę łączną 3(trzech) lat pozbawienia wolności,

XVI. na podstawie art.45 § 1 kk orzeka wobec oskarżonego K. K. przepadek równowartości korzyści osiągniętej przestępstwem w kwocie 1180 złotych,

XVII. na podstawie art.63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zalicza oskarżonemu K. O. okres tymczasowego aresztowania od 27.03.2012r. do dnia 2.08.2012r. zaś K. K. okres zatrzymania od 20.03.2012r. do 22.03.2012r.,

XVIII. na podstawie art.70 ust.1 i 2 w/w Ustawy orzeka przepadek dowodów rzeczowych ujętych w wykazie dowodów rzeczowych na kartach 391-392 pod l.p. 1-15,

XIX. na podstawie art.624 § 1 kpk zwalnia wszystkich oskarżonych od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych,

XX. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. L. kwotę 1320 złotych + VAT , na rzecz adw. J. W. kwotę 720 złotych + VAT tytułem nieopłaconej obrony z urzędu.

Nie pogodził się z wyrokiem Sądu Okręgowego oskarżony K. O., którego obrońca na podstawie art. 444 k.p.k. w zw. z art. 425 § 1 k.p.k. zaskarżył go w całości dotyczącej tego oskarżonego zarzucając, na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt. 1, 2 i 3 k.p.k.;

I. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie:

1. art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przez uznanie za wystarczające do zastosowania tego przepisu jako podstawy odpowiedzialności karnej sprawcy, ustalenia wystąpienia znamienia małoletniości osoby, której środek odurzający lub substancja psychotropowa jest udzielana, bez jakichkolwiek dotyczących K. O. rozważań co do strony podmiotowej tego sprawcy tj. świadomości tego sprawcy lub jej braku występowania znamienia małoletniości u P. Z., bądź zdefiniowania okoliczności, na podstawie których możliwe byłoby przyjęcie, że sprawca ten godził się z tym, że dopuszcza się udzielenia narkotyków małoletniemu;

2. art. 57 ust. 2 w/w ustawy przez błędne uznanie, że władztwo przez K. O. nad narkotykami w postaci 29,20 netto grama amfetaminy i 7.17 grama netto marihuany nakazuje traktować te ilości jako znaczne w sytuacji, gdy bezspornym jest, że wskazaną substancję i środek oskarżony posiadał także częściowo na własny użytek, co biorąc pod uwagę

wskazaną okoliczność, a także celowość określenia jednej działki tych środków i substancji na jeden gram, wyklucza przyjęcie, że oskarżony posiadanymi ilościami mógł odurzyć co najmniej kilkadziesiąt osób;

3. art. 12 kk przez niezastosowanie tego przepisu do czynów przypisanych K. O. w pkt. II i III części skazującej zaskarżonego wyroku w sytuacji, gdy - jeżeliby przyjąć, że skazania za oba czyny są trafne – przypisane oskarżonemu czyny winny były zostać objęte konstrukcją czynu ciągłego;

4. art. 53 § 1 i § 2 kk przez przyjęcie jako okoliczności obciążającej przy wymiarze K. O. kary faktu popełnienia przestępstwa godzącego w dobro ogółu, jakim jest ochrona społeczeństwa przed narkomanią w sytuacji, gdy już z samej istoty przestępstwa stypizowane w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii zwrócone są przeciwko dobru ogółu i w założeniu ściganie tych przestępstw chronić ma społeczeństwo przed narkomanią, co tym samym logikę rozumowania Sądu w toku stosowania sędziowskich dyrektyw wymiaru kary sprowadza się do traktowania już samego faktu popełnienia przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jako okoliczności obciążającej.

II. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść wyroku w zaskarżonej części, a mianowicie:

1. art. 4 kpk i art. 5 § 2 kpk poprzez tłumaczenie niedających się usunąć wątpliwości co do świadomości K. O. o wieku P. Z. na niekorzyść tego oskarżonego w sytuacji, gdy bezspornym jest, że K. O. z P. Z. nie łączyła znajomość ani ze szkoły, ani z pracy, ani ze środowiska lokalnego, mężczyźni ci nie odbywali rozmów prywatnych, w szczególności nie rozmawiali na temat wieku (sam P. Z. przed Sądem zeznał, że K. O. nie miał raczej wiedzy, ile P. Z. liczył lat), zaś wygląd P. Z. (wysoki wzrost, zapuszczona broda, wygolone boki głowy) zestawiony z okolicznościami życiowymi dotyczącymi tej osoby (wykonywanie pracy fryzjera w centrum handlowym w L., posiadanie dziewczyny i dziecka, poruszanie się motorem), nie pozwalały przypuszczać, że P. Z. nie ma jeszcze ukończonych 18 lat;

2. art. 4 kpk i art. 5 § 2 kpk i art. 7 kpk przez uchybiające w sposób oczywisty zasadom obiektywizmu i sposobowi dowodzenia winy przewidzianymi w procedurze karnej przyjęcie, że skoro z zawnioskowanego przez obrońcę dowodu z bilingów połączeń pomiędzy K. O., a P. Z. wynika, że w okresie przełomu października i listopada oraz grudnia 2011 r. pomiędzy tymi mężczyznami było kilka połączeń, to, mając na uwadze, że P. Z. posługiwał się jeszcze innym telefonem wcześniej, należało przyjąć, że „w okresach poprzedzających kontakty te odbywały się z podobnym natężeniem”, podczas gdy z konsekwentnych wyjaśnień oskarżonego od początku śledztwa wynikało, że P. Z. udzielił narkotyków dwu lub trzykrotnie w końcu roku 2011, co zawnioskowany dowód z bilingów potwierdza, jeśli mieć na uwadze, że głównie w taki sposób mężczyźni ci mieli się umawiać;

3. art. 7 kpk. art. 391 § 1 kpk i 410 kpk w w. z art. 424 § 1 kpk przez brak powołania w podstawie faktycznej i dowodowej zaskarżonego wyroku ujawnionych w toku rozprawy głównej dowodów z zeznań i wyjaśnień P. Z. złożonych w toku postępowania przygotowawczego i oparcie podstawy zaskarżonego wyroku jedynie na dowodzie z zeznań P. Z. złożonych przed Sądem, podczas gdy tylko łączna analiza tych dowodów prowadzić może do wniosku o nikłej wiarygodności P. Z., w szczególności w zakresie okresu i ilości nabywanych narkotyków, źródeł ich finansowania, liczby posiadanych telefonów itd. przy jednoczesnym pominięciu, że sam świadek stwierdził, że na skutek używania narkotyków ma zaniki pamięci, a nadto przy pominięciu, że świadek ten obciążające K. O. i pozostałych oskarżonych zeznania złożył „spontanicznie”, w toku prowadzonego przeciwko niemu śledztwa o dokonanie trzech napadów na banki i jednego usiłowania z niebezpiecznym narzędziem, czym mógł dążyć do poprawienia własnej sytuacji procesowej w swojej sprawie;

4. art. 192 § 2 kpk przez pominięcie wniosku obrońcy zgłoszonego na rozprawie dnia 11 lipca 2012 r. o wydanie zarządzenia przesłuchania świadka P. Z. z udziałem biegłego psychologa w sytuacji, gdy świadek ten jest silnie uzależniony od narkotyków, a podczas składania zeznań na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2012 r. zeznał, że z tego powodu ma zaniki pamięci, co uniemożliwiło specjalistyczną psychologiczną weryfikację złożonych przez P. Z. zeznań w czasie rozprawy, w szczególności w zakresie tego, jaka jest zdolność P. Z. do odtwarzania spostrzeżeń oraz, czy manifestowane zaniki pamięci wypełnione są urojeniami;

5. art. 2 § 1 kpk, art. 4 kpk, art. 5 § 2 kpk, art. 7 kpk, art. 410 kpk i art. 424 kpk przez dowolną ocenę zgromadzonych dowodów, wybiórcze ich analizowanie, pomijanie okoliczności korzystnych dla oskarżonego K. O., brak należytego krytycyzmu przy analizie dowodów w ich fragmentach niekorzystnych dla tego oskarżonego, a także pomijanie istotnych okoliczności mających wpływ na ocenę dowodów, w szczególności przez bezzasadne przyjęcie odpowiedzialności karnej K. O. za czyn z pkt. III części skazującej (udzielania narkotyków K. M.) w sytuacji, gdy oskarżony od początku postępowania konsekwentnie do popełnienia tego nie przyznawał się, zeznania K. M. traktował jako pomówienie będące formą zemsty na rodzinie O. za odtrąconą miłość szwagierki, żądał konfrontacji z tym świadkiem, a także w sytuacji, gdy świadek ten przed Sądem zmienił swoje dotychczasowe zeznania, wskazał na wiarygodny i uzasadniony motyw dotychczasowego pomówienia K. O., co nie pozwalało na bezkrytyczne przyjęcie dowodu z jego zeznań w postępowaniu przygotowawczym przeprowadzonego z pominięciem zasady bezpośredniości;

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść zaskarżonego wyroku:

1. przez sprzeczne z treścią materiału dowodowego zebranego w sprawie – opinią biegłego z zakresu informatyki i komputerów ustalenie, że w okresie od dnia 30 października 2011 r. do dnia 3 grudnia 2011 r. pomiędzy telefonami K. O., a P. Z. doszło do nawiązania 31 połączeń, podczas gdy zbiorcze zestawienie w opinii (zał. 4) składające się z trzydziestu jeden wierszy zawiera także informacje o nieudanych próbach połączeń oraz modyfikacjach sms – a zatem bezspornie są to informacje nie będące nawiązaniem kontaktu pomiędzy w/w mężczyznami, zaś ze szczegółowych danych z załączników 1, 2 i 3 opinii wynika, że we własnym okresie mężczyźni trzykrotnie kontaktowali się za pomocą SMS (w tym dwa razy tego samego dnia) oraz pięciokrotnie za pomocą SMS (w tym dwa razy tego samego dnia) oraz pięciokrotnie za pomocą rozmowy głosowej (z tym, że jedna z rozmów odbyła się w dniu wysłania SMS, a jedna trwała zaledwie 3 sekundy) – a zatem pomiędzy K. O., a P. Z. było zaledwie kilka kontaktów za pomocą telefonu, co potwierdza, że wiarygodne są konsekwentne wyjaśnienia K. O. w zakresie okresu i ilości udzielonych P. Z. narkotyków, a niewiarygodne są zeznania P. Z., że połączeń i udzieleń pomiędzy mężczyznami było kilkadziesiąt;

2. przez oczywiście sprzeczne z treścią dowodu z wyjaśnień oskarżonego K. O. złożonych przed Sądem ustalenie, że oskarżony ten nie wyraził skruchy i potraktowanie tego faktu za okoliczność obciążającą w toku sędziowskiego wymiaru kary, podczas gdy w czasie rozprawy dnia 1 sierpnia 2012 r. oskarżony przyznał, że popełnił błąd i oświadczył, że bardzo tego żałuje, a także kolejny raz skruchę wyraził w głosach końcowych;

3. przez błędne uznanie uprzedniej karalności oskarżonego K. O., zgodnie z treścią karty karnej, za czyn z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w sytuacji, gdy doszło już do zatarcia skazania i dane z rejestru winny zostać usunięte, a oskarżony winien być traktowany jako osoba niekarana.

Stawiając te zarzuty wniósł o;

- zmianę wyroku w zaskarżonej części przez:

1. uznanie K. O. winnym popełnienia zarzucanego mu czynu w pkt. I i II części wstępnej zaskarżonego wyroku, z tym, że:

a) w zakresie czynu opisanego w pkt. I części wstępnej wyroku zakwalifikowanie go z art. 57 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie tego przepisu wymierzenie kary 6 miesięcy pozbawienia wolności;

b) w zakresie czynu opisanego w pkt. II części wstępnej wyroku zakwalifikowanie go z art. 59 ust. 1 w/w ustawy, z tym ustaleniem, że udzielił małoletniemu P. Z. trzykrotnie nie mniej niż 3 gramy amfetaminy i 3 gramy marihuany o łącznej wartości 180 zł. przy czym nie miał świadomości małoletniości P. Z. oraz na powyższe nie godził się i za to na podstawie wskazanego przepisu wymierzenie mu kary 1 roku pozbawienia wolności;

2. uniewinnienie oskarżonego K. O. od czynu opisanego w pkt. III części wstępnej zaskarżonego wyroku;

3. połączenie w/w kar i orzeczenie kary łącznej w wymiarze 1 roku i 3 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wynoszący 5 lat,

ewentualnie

- uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Wyrok ten nie został także zaakceptowany przez oskarżonego K. K., którego obrońca, na podstawie art. 425 § 1 k.p.k. oraz art. 444 k.p.k. zaskarżył go w całości w stosunku do tego oskarżonego.

Opierając się na podstawie art. 438 pkt. 1 – 4 k.p.k. orzeczeniu temu zarzucił:

- obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść wyroku, a mianowicie naruszenie przepisów art. 2 § 2, 4 oraz 7 kpk i art. 4 kpk przez dokonanie przez Sąd dowolnej oceny zgromadzonego materiału oraz brak realizacji zasady prawdy materialnej i zasady obiektywizmu, które to uchybienia doprowadziły Sąd do błędnych ustaleń faktycznych w postaci przyjęcia, że:

oskarżony K. K. wiedział, że M. S. w okresie do lutego 2012 r. był małoletni oraz działając z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej okresie od września 2011 r. do lutego 2012 r. w P. udzielał mu środków odurzających w postaci marihuany, o łącznej wadze 70 gram na kwotę 1000 zł.

oskarżony w okresie od września 2011 r. do marca 2012 r. w P. działając z góry powziętym zamiarem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił J. N. środki odurzające w postaci marihuany w ilości 6 gram za kwotę 30 zł. od jednej porcji wynoszącej 1 gram;

- obrazę przepisów prawa materialnego poprzez nieuzasadnione zastosowanie art. 59 ust. 1 i 2 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz błędne zastosowanie art. 53 kk;

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na treść tego orzeczenia, polegający na uznaniu oskarżonego K. K. za winnego popełnienia zarzuczanych mu czynów mimo braku dostatecznych dowodów wskazujących na powyższe;

- rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec K. K..

Podnosząc ten zarzut apelujący wniósł o;

zmianę zaskarżonego tą apelacją wyroku przez uniewinnienie oskarżonego K. K. od postawionych mu zarzutów w pkt. VIII i IX części opisowej, przy złagodzeniu kary wymierzonej za czyn z pkt. VII, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Za wadliwe uznał to rozstrzygnięcie także oskarżyciel publiczny i w części dotyczącej orzeczenia o karze wobec K. O. i M. S. zaskarżył je na ich niekorzyść.

Na podstawie art. 438 pkt. 1 i 3 k.p.k. zarzucił;

- obrazę przepisów prawa materialnego w postaci art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii polegającą na nieprawidłowym zakwalifikowaniu czynu I przypisanego oskarżonemu K. O. wyłącznie jako przestępstwa z art. 57 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i na tej podstawie wymierzeniu mu kary pozbawienia wolności podczas gdy z opisu tego czynu wprost wynika, iż K. O. w dniu zatrzymania posiadał znaczną ilość środków odurzających co uzasadniało zakwalifikowanie jego działania również jako przestępstwa z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i na podstawie tegoż przepisu, zagrożonego wyższą karą, wymierzenie mu kary pozbawienia wolności,

- obrazę przepisu prawa materialnego w postaci art. 71 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, polegającą na nie orzeczeniu wobec oskarżonego M. S. środka karnego w postaci zobowiązania skazanego do poddania się leczeniu lub

rehabilitacji w zakładzie opieki zdrowotnej i oddania go pod dozór wyznaczonej osoby, instytucji lub stowarzyszenia, podczas gdy zastosowanie tego środka jest obligatoryjne, albowiem oskarżony jest osobą uzależnioną od środków odurzających, a skazano go za przestępstwo pozostające w związku z używaniem tych środków na karę pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono,

- błąd w ustaleniach faktycznych mających wpływ na treść orzeczenia a polegający na przyjęciu, iż oskarżony K. O. z popełnienia przypisanych mu przestępstw osiągnął korzyść majątkową w kwocie 2400 zł. podczas gdy oskarżony osiągnął korzyść majątkową nie mniejszą niż 3300 zł.

Stawiając te zarzuty apelujący wniósł o;

zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

- przyjęcie w punkcie I wyroku, iż oskarżony K. O. dopuścił się czynu zarzucanego mu aktem oskarżenia z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 57 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk i za to na podstawie art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 kk wymierzenie mu kary 1 roku pozbawienia wolności,

- orzeczenie w punkcie V wyroku wobec oskarżonego K. O., na podstawie art. 45 § 1 kk, przepadek równowartości osiągniętej korzyści majątkowej w wysokości 3300 zł.

- zobowiązanie w punkcie X wyroku na podstawie art. 71 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oskarżonego M. S. do poddania się leczeniu lub rehabilitacji w zakładzie opieki zdrowotnej i oddanie go pod dozór wyznaczonej osoby, instytucji lub stowarzyszenia.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Nie podzielono, co do zasady, oceny wyroku Sądu I instancji wyrażonej w skargach obu oskarżonych. Choć zasługuje na uwzględnienie jeden z zarzutów podniesionych w apelacji dotyczącej K. O.. Przyznano natomiast rację apelującemu oskarżycielowi publicznemu. Jego skarga, przynajmniej w części, okazała się oczywiście zasadna.

Apelacja obrońcy oskarżonego K. O. jest najobszerniejsza i ona zostanie omówiona w pierwszej kolejności.

I.

Ad apelacji obrońcy oskarżonego K. O..

Rozważania dotyczące tej apelacji rozpocząć należy od zarzutów postawionych w oparciu o przepis art. 438 pkt. 2 k.p.k. Ustalenie przez Sąd Apelacyjny wystąpienia naruszeń reguł procesowych w toku postępowania i ich wpływ na treść wyroku musiałoby skutkować uznaniem, że zaskarżony wyrok nie może się ostać. W konsekwencji zaś Sąd Apelacyjny zwolniony byłby od powinności rozpoznania pozostałych zarzutów wymienionych w apelacji (art. 436 k.p.k.).

Wbrew twierdzeniom apelacji, nie uznano za dowolne ustalenie Sąd orzekającego, o świadomości K. O. o małoletności P. Z.. Wskazywane przez obrońcę okoliczności wyglądu świadka, faktu, że nie chodzili oni razem do szkoły i braku rozmów na temat wieku P. Z. wynikają z twierdzeń oskarżonego i częściowo relacji świadka. Nie może to jeszcze oznaczać, że dokonując ustalenia o wiedzy oskarżonego, co do wieku świadka Sąd dopuścił się błędu. Wszak przecież to Sąd miał kontakt z tym świadkiem i jego własne obserwacje upoważniały do poczynienia ustalenia, które znalazły wyraz w treści rozstrzygnięcia poprzez przypisanie oskarżonemu naruszenie art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Doświadczenie życiowe jest tu wystarczającym do oparcia tego faktu przy jego przyjęciu. Jeśli więc Sąd nie miał wątpliwości w tym zakresie to nie naruszył art. 5 § 2 k.p.k. Tylko wtedy doszłoby do obrazy tego przepisu, gdyby Sąd w istocie nie miał pewności co do tej okoliczności i mimo tego przyjął na niekorzyść oskarżonego ten fakt. Jeśli zaś był Sąd orzekający pewny tego, że bez wątpliwości należy przyjąć świadomość oskarżonego o małoletności P. Z. to w żadnym razie nie mógł obrazić art. 5 § 2 k.p.k.

Był uprawniony Sąd I instancji do przyjęcia, iż oskarżony udzielił P. Z. ustalone przez ten Sąd ilości środków narkotycznych. Uprawnienie to wynika z obowiązku dążenia do ustalenia okoliczności zgodnych z prawdą (art. 2 § 2 k.p.k.), co wcale nie oznacza, że obowiązkiem Sądu jest przyjęcie tylko tych okoliczności (w tym wypadku ilości sprzedanych P. Z. środków narkotycznych) do których przyznaje się oskarżony. Zarzut stawiany w pkt. II. 2. jest o tyle chybiony, że podnosi się w nim naruszenie po raz kolejny art. 5 § 2 k.p.k. Konieczne jest przy rozważaniach o tym zarzucie odwołanie się także do kolejnego zarzutu sformułowanego w następnym punkcie i mającego polegać na oparciu rozstrzygnięcia tylko na dowodzie w postaci zeznań P. Z. złożonych na rozprawie z pominięciem wypowiedzi świadka ze śledztwa. Apelujący z jednej strony stawia zarzut oparcia orzeczenia o zeznania z rozprawy z pominięciem tych ze śledztwa z drugiej natomiast podnosi naruszenie art. 5 § 2 k.p.k. i nieprzyjęcie, że oskarżony udzielił tylko dwu lub trzykrotnie narkotyki P. Z.. Otóż zwrócić należy uwagę na fakt, że właśnie realizując zasadę, o której mowa w art. 5 § 2 k.p.k. Sąd, opierając się na zeznaniach świadka z rozprawy, ustalił okoliczności tego zachowania oskarżonego, rozstrzygając wątpliwości, których nie był w stanie wyjaśnić, na korzyść K. O.. Gdyby bowiem oparł je na wypowiedziach P. Z. ze śledztwa, byłby uprawniony do przyjęcia, że oskarżony udzielił małoletniemu nie mniej niż 180 gramów środków narkotycznych, bo o takiej minimalnej ilości zeznawał wtedy świadek. Jeśli więc Sąd w oparciu o wypowiedzi świadka złożone w toku rozprawy, ale i w śledztwie, dalej nie był pewny ilości tych środków, jakie sprzedał małoletniemu oskarżony, ustalił je na minimalnym poziomie możliwym do wykazania, to nie tylko nie naruszył art. 5 § 2 k.p.k. ale postąpił zgodnie z zasadą *in dubio pro reo*.

W żadnym razie nie można przyjąć, że Sąd dokonując ustaleń faktycznych w tej sprawie jedynie na zeznaniach z rozprawy oparł swe ustalenia. Wszak przecież w toku rozprawy przeprowadzono przesłuchanie P. Z. bezpośrednio przed sądem. Podczas tych zeznań, zauważając rozbieżności w wypowiedziach świadka, Sąd procedując zgodnie z regułami art. 391 § 1 k.p.k. odczytał świadkowi zeznania, które ten złożył w toku śledztwa. Sąd miał więc obraz całości tych zeznań i zostały one przeprowadzone w toku rozprawy, a odzwierciedleniem takiego postępowania są zapisy na k. 489 – 491. Odwołując się w swych ustaleniach do tych zeznań w sposób naturalny opierał się na zbieżnych z wypowiedziami ze śledztwa relacjach P. Z.. Jest przy tym wymownym, że w treści uzasadnienia Sąd ten jednoznacznie wskazuje na tę okoliczność. Wszak przecież na s. 17 odwołuje się do wypowiedzi świadka o jego wiedzy o tym gdzie oskarżony przechowywał narkotyki. Tę wiedzę zaś Sąd uzyskał w oparciu o wystąpienie świadka złożone w toku śledztwa. Nie jest więc tak jak twierdzi apelujący, że tylko wypowiedzi z rozprawy były podstawą czynionych ustaleń. Nawet jednak gdyby tak było to w żadnym razie nie można by uznać takiego postępowania za błędne. Sąd zobowiązany jest do wskazania, którym dowodom i dlaczego dał wiarę. Aktualne jest tu stanowisko Sądu odwoławczego, które wyrażono rozważając o apelacji oskarżonego K. K.. Reasumując stwierdzić należy, że nie popełnił błędu Sąd orzekający, gdy przyjął swe ustalenia w oparciu o zeznania P. Z., jeśli nadto wskazał, że także częściowe wyjaśnienia K. O. stanowiły o przyjęciu jego sprawstwa lecz w postaci jaka nadana została w zaskarżonym wyroku to ustalenia te poczynił w oparciu o całokształt materiału dowodowego, a przy tym wątpliwości których nie mógł wyjaśnić rozstrzygnął na korzyść oskarżonego. Fakt, iż oskarżony zaprzecza, aby dopuścił się zarzuconych mu czynów nie może jeszcze oznaczać, iż należy go od ich popełnienia uniewinnić „(...) Byłoby wynaturzeniem sprawiedliwości, gdyby jej wymiar miał zależeć od tego, do czego sprawca zechce się przyznać.” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 września 1996 roku w sprawie II AKa 193/96, zamieszczony w Prok.i Pr. 1997/3/18.).

Umniejszający swą odpowiedzialność oskarżony podający znacznie mniejsze ilości narkotyków sprzedawanych P. Z. jest uprawniony do takiego postępowania i opierania swej obrony na dopuszczalnych przez prawo zachowaniach. Nie może to jednak oznaczać, że tylko jego wypowiedzi należy traktować jako prawdziwe, a pozostające w sprzeczności z nimi wypowiedzi innych uznać za nieprawdziwe. Wbrew twierdzeniom apelującego, P. Z. nie miał powodów aby liczyć w swej sprawie na łagodne potraktowanie. W pierwszej kolejności należy wskazać, że przecież wypowiadając się o okolicznościach związanych z nabywaniem narkotyków czynił to w sprawie, która w żaden sposób tego proceduru nie dotyczyła. Funkcjonariusze policji przesłuchujący P. Z. byli zainteresowani zupełnie innymi okolicznościami pozostającymi poza obszarami dotyczącymi narkotyków, tak więc kwestionowanie spontaniczności relacji P. Z., gdy wyjaśniając o przebiegu napadów rabunkowych podał także o kupowaniu narkotyków i osobach, które mu je sprzedawały pozostaje w rażącej kolizji z faktami. Policjanci nie wiedzieli o zachowaniach P. Z. i nabywaniu przez niego narkotyków. Jeśli więc okoliczności te pojawiły się w jego wypowiedziach to tylko dlatego, że on sam zdecydował

się o nich powiedzieć. Nie miał powodów, po pierwsze, aby o tym mówić a po drugie, jeśli już się zdecydował nie miał powodów, aby mówić nieprawdę. Jego niepewność w toku rozprawy, co do ilości kupionych od oskarżonego środków narkotycznych została ostatecznie rozstrzygnięta na korzyść oskarżonego, a sam fakt nie został nie tylko przez oskarżonego zakwestionowany, lecz wręcz został potwierdzony. Oznacza to, że zeznania P. Z. w ich zasadniczej części trafnie zostały uznane za prawdziwe, a zarzut błędu w tym zakresie musiano ocenić, jako chybiony.

Nie naruszył także przepisu art. 192 § 2 k.p.k. Sąd orzekający prowadząc przesłuchanie P. Z.. Sam fakt nadużywania środków narkotycznych przez świadka i wskazywanie przez niego na ubytki w pamięci nie może jeszcze prowadzić do wniosku, że istnieją wątpliwości co do stanu psychicznego świadka, jego stanu rozwoju umysłowego zdolności postrzegania i odtwarzania postrzeżeń. Nie jest wystarczającym dla potrzeby przesłuchania świadka z udziałem psychologa zgłoszenie takiego wniosku w toku rozprawy, musi bowiem wystąpić wątpliwość i to uzasadniona w stopniu istotnym aby należało wykorzystać możliwość wynikającą z art. 192 § 2 k.p.k. To Sąd przeprowadzający dowód z zeznań świadka (lub prokurator) musiałby mieć wątpliwości w tym zakresie. Jeśli takich wątpliwości tenże Sąd nie miał, a przy tym wsparł się w swej ocenie opinią psychiatryczną dotyczącą P. Z. sporządzoną w innym postępowaniu to nie miał także podstaw do przesłuchania tego świadka w trybie regulowanym art. 192 § 2 k.p.k.

Nie było dowolnym sprzecznym z regułami art. 7 k.p.k. ustalenie Sądu meriti, że kontakty między oskarżonym a P. Z. odbywały się z określonym przez ten Sąd natężeniem. Wszak ustalenie to wynikało nie tylko z analizy opinii biegłego z zakresu informatyki, ale wynikało także z wypowiedzi świadka. To przecież P. Z. wskazał częstotliwość spotkań z oskarżonym oraz ilości kupowanych od niego narkotyków. Oba więc dowody uprawniały do wyprowadzenia wniosku o podobnych ilościach kontaktów między nimi. Takie ustalenie jest zgodne z materiałem dowodowym oraz pozostaje w zgodzie z doświadczeniem życiowym. P. Z. wypowiadając się przed Sądem nie negował swych wypowiedzi ze śledztwa o częstotliwości kontaktów z oskarżonym oraz okresu w jakim to się odbywało, nie miał natomiast pewności co do ilości kupowanych narkotyków. I tę ostatnią okoliczność Sąd rozstrzygnął na korzyść oskarżonego, natomiast tenże Sąd nie miał wątpliwości co do okresu w jakim do spotkań tych dochodziło i ilości tych spotkań, które ustalił jak wskazano wyżej w oparciu o opinię biegłego ale przede wszystkim w oparciu o korespondujące z nią wypowiedzi P. Z.. W żadnym razie więc ustalenie to nie jest ustaleniem dowolnym.

Spośród zarzutów naruszeń formalnych w toku procesu, pozostało ostatnie jakie sformułował apelujący, a dotyczące dowolnej oceny dowodu w postaci zeznań K. M. i w efekcie przypisanie oskarżonemu występku zarzuconego mu w akcie oskarżenia. Należy jednak zwrócić uwagę, że w sprawie tej Sąd dysponował zeznaniami świadka złożonymi w toku śledztwa, w których tenże jednoznacznie wskazywał na sprawstwo oskarżonego. To prawda, że w toku rozprawy świadek zmienił swe zeznania i podał zgodnie z twierdzeniami oskarżonego, że pomówił tego ostatniego z zemsty. Sąd I instancji mógł dać wiarę tym wypowiedziom, ale także mógł im wiarygodności odmówić. I tak też postąpił wskazując na powody swej decyzji w tym zakresie. Nie sposób przyjąć, że powodem złożenia obciążających zeznań przez K. M. była chęć odegrania się na A. A., jego uprzedniej sympatii za zerwanie z nim związku. Takie twierdzenia rażą naiwnością. Wszak przecież to nie oskarżony był rodziną zastępczą dla A. A., ale on i jego żona i w pierwszej kolejności takie pomówienie dotyczyło całej rodziny oskarżonego, a nie tylko jego byłej sympatii. Jeśli nadto uwzglęni się wypowiedzi świadka złożone w czasie rozprawy to jasnym się staje, że twierdzenia o zemście na oskarżonym jawią się jako oczywiście kłamliwe zeznania. Wszak przecież K. M. podając, że kłamał w toku śledztwa stwierdził, że chciał się zemścić na A. A.. Podał, że „...nie miałem jak się zemścić na A.. Nie myślałem wtedy o tym jak to się odbije na A., że obciążę K..” (k. 519). Już te wypowiedzi czynią jasnym, że odwoływanie się w apelacji do wynikających z nich wniosków o nieprawdziwych zeznaniach świadka ze śledztwa i prawdziwych wypowiedziach K. O. należy uznać za zupełnie nietrafne. Jeśli bowiem twierdzący, że chce się zemścić na A. A. świadek podaje, że nie miał jak tego zrobić, co więcej nie myślał nawet że odbije się to na jego byłej dziewczynie jak pomówi bezpodstawnie oskarżonego to za zupełnie pozbawione podstaw należy uznać wnioskowanie, że motywacją jego wypowiedzi była chęć zemsty. Tłumaczenie takiej postawy świadka razi wręcz naiwnością. Nie znajduje ono żadnego racjonalnego oparcia. Świadek bowiem mówi najpierw o okolicznościach które obciążają oskarżonego, nie wie, że w efekcie dotknie to jego byłą dziewczynę, co więcej nie wie nawet, jak to się stanie i dopiero w toku rozprawy cztery miesiące później uświadamia sobie, że jest to zemsta na byłej sympatii.

Jest wymownym w odniesieniu do tego zarzutu, że wypowiedzi świadka w żaden sposób nie przystają, do twierdzeń oskarżonego. Należy zwrócić uwagę, że przecież oskarżony na temat okoliczności związanych z pomówieniami K. M., nie mówi ani w toku śledztwa ani także w czasie, gdy przesłuchiwany jest w czasie rozprawy. Dopiero na kolejnym jej terminie podaje, że podłożem zemsty mają być pretensje o jakąś piłę spalinową, którą K. M. sprzedał i chciał się zemścić (k. 493). Jeśli porówna się te wypowiedzi z relacjami świadka to jasnym staje się, że w żaden sposób one do siebie nie przystają. Twierdzenie zaś apelacji, o przyczynach zmiany zeznań przez świadka, a w efekcie o prawdziwości tych złożonych w toku rozprawy, co dodatkowo przekonuje o wiarygodności wypowiedzi oskarżonego, musi być uznane za nieznaidujące oparcia w racjonalnej analizie materiału dowodowego. Choć w istocie o tym, że oskarżony przechowywał środki narkotyczne w chlewiki nie mówił K. M., a podawał o tym P. Z. to nie zmienia to faktu, że prawidłowo ocenił treść wypowiedzi K. M. Sąd Okręgowy. Zasadnie oparł się na jego relacjach ze śledztwa, choć uzasadnienie tego stanowiska rzeczywiście jest mało pogłębione. Uzupełnienie jednak wymowy twierdzeń Sądu meriti analizą przeprowadzoną wyżej pozwala uznać, że ocena tych zeznań była jak najbardziej trafna. Zarzut apelującego odrzucono.

Spośród zarzutów błędnych ustaleń faktycznych tylko dwa ostatnie miały znaczenie dla treści wyroku. Bez znaczenia natomiast jest zarzut pierwszy. Nie ma wartości zasadniczej dla ustaleń faktycznych istotnych w sprawie ta okoliczność ile nawiązano połączeń telefonicznych między oskarżonym a P. Z.. Istotą ustaleń było ile środków narkotycznych sprzedał małoletniemu oskarżony i w jakim czasie. Opinia biegłego z zakresu informatyki i komputerów jak już wyżej wskazano była jedynie pomocniczym materiałem dowodowym. Zasadnicze znaczenie miała tu relacja P. Z.. To w oparciu o jego wypowiedzi Sąd ustalił okres, w którym oskarżony sprzedał małoletniemu środki narkotyczne oraz ich ilość i wartość. To były okoliczności zasadnicze dla rozstrzygnięcia w tej sprawie i powinności dokonania ustaleń Sąd Okręgowy sprostał, a ustalenia te akceptuje Sąd odwoławczy.

Sąd I instancji ustalił, że oskarżony miał świadomość wieku P. Z. (co najmniej przewidywał go i godził się na sprzedaż mu środków narkotycznych). Nie jest wymagana (...) jednoznaczna i konkretna wiedza oskarżonego o tym, iż osoba, której sprzedaje narkotyk, nie ma ukończonych osiemnastu lat. Świadomość sprawcy co do tego faktu winna kształtować się na podstawie wszystkich okoliczności sprawy i wystarczy, że będzie on godził się na taką ewentualność. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 13 września 2012 roku, II AKa 206/12, LEX nr 1220533)

W tej sytuacji mający pewność w tym zakresie Sąd I instancji w żadnym razie nie doprowadził do obrazy prawa materialnego. Zarzut taki odnoszący się do występowania po stronie oskarżonego świadomości wieku kupującego narkotyki winien być w pierwszej kolejności oparty o trzecią podstawę apelacyjną. Ustalenia świadomości sprawcy to przecież sfera faktów, a nie ocen prawnokarnych. W ścisłym związku z tym zarzutem pozostaje ten opisany w pkt. I. 3.

Za trafny uznano zarzut apelującego błędnego ustalenia, że oskarżony popełnił dwa odrębne przestępstwa, pierwsze polegające na sprzedaży małoletniemu P. Z. środków narkotycznych oraz drugie również polegające na sprzedaży środków narkotycznych pełnoletniemu K. M.. Oba te czyny w postaci przyjętej przez Sąd orzekający popełnione zostały w ramach czynów ciągłych. Uznano, że rację ma skarżący twierdząc, że winny być one potraktowane, jako czyn ciągły stanowiący jedno przestępstwo. Jeśli Sąd I instancji ustalił, że oskarżony zajmował się handlem środkami narkotycznymi, czego nota bene dowodzi także przypisane mu zachowanie przygotowania wprowadzenia środków narkotycznych do obrotu, to sprzedaż ich różnym nabywcom jest naturalnym zachowaniem w tym zakresie, objętym z góry powziętym zamiarem. Oskarżony gotów był sprzedawać te środki każdemu, kto tylko zgłosił się do niego po te środki. W tym także i osobom małoletnim takim jak P. Z.. Uznano za zasadny zarzut obrońcy w tym zakresie i działając na korzyść oskarżonego przyjęto, że popełnił jeden czyn ciągły naruszający dwa przepisy ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Wbrew zastrzeżeniom apelującego nie można mieć wątpliwości, co do tego, że oskarżony swymi zachowaniami wyczerpał znamię ustawowe przygotowania wprowadzania do obrotu **znacznych** ilości narkotyków. Wszak przecież ilość tych środków dotyczyła 29,20 gramów amfetaminy i 7,17 gramów marihuany. I choć są poglądy judykatury, że ilość od 2 kg amfetaminy może być traktowana, jako ilość znaczna tego środka (zob. wyrok z dnia 8 lipca 2009 roku Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawie II AKa 132/00, KZS 2009/9/43), oraz że „znaczną ilością” środków

odurzających lub substancji psychotropowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii jest ilość pozwalająca na sporządzenie, co najmniej kilkaset jednorazowych porcji, mogących odurzyć, co najmniej kilkaset osób (wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 lutego 2008 roku w sprawie II AKa 10/08, Orzecznictwo Apelacji Wrocławskiej, MMIX, Nr 1(9)), to jednak dominującym stanowiskiem Sądu Najwyższego jest, że ilość znaczna to taka, która pozwala odurzyć, co najmniej kilkadziesiąt osób. Jeżeli przedmiotem czynności wykonawczej przestępstw określonych w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) jest taka ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby, co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, to jest to "znaczna ilość" w rozumieniu tej ustawy (postanowienie z dnia 23 września 2009 roku Sądu Najwyższego w sprawie I KZP 10/09, OSNKW 2009/10/84, podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2008 roku, III KK 30/08, OSNKW 2008/8/65).

Skarżący dla potrzeb apelacji podnosi, że jedna porcja narkotyków to ilość około 1 grama. Takie twierdzenie nie przystaje jednak do ugruntowanego stanowiska judykatury. Wszak przecież przyjmuje się, że do odurzenia jednej osoby uzależnionej wystarcza porcja od 0,1 grama środka narkotycznego w postaci amfetaminy (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 października 2000 r., II AKa 124/00, KZS 2000, z. 11, poz. 48, podobnie wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 lutego 2006 roku, II AKa 14/06, LEX nr 179040) przez 0,15 grama (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 2 lutego 2012 roku, II AKa 413/11, LEX nr 1112421) do 0,2 grama (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 czerwca 2012 roku, II AKa 92/12, KZS 2012/7-8/68). Przyjęcie tej ostatniej ilości, jako podstawy wyliczeń prowadzi do wniosku, że ilość amfetaminy zabezpieczonej u oskarżonego pozwala, odwołując się do akceptowanego przez Sąd Apelacyjny poglądu Sądu Najwyższego, odurzyć co najmniej 146 osób (abstrahując w tym miejscu od marihuany zabezpieczonej w jego mieszkaniu). Taka ilość środków narkotycznych to niewątpliwie ilość znaczna. W żadnym razie nie może mieć znaczenia dla oceny faktu naruszenia normy art. 57 ust. 2 ustawy twierdzenie oskarżonego, że część przygotowanych do wprowadzenia do obrotu środków narkotycznych była przeznaczona na własny użytek. Należy pamiętać, że narkotyki te nie były w jednej masie, lecz były porcjowane, jako odrębne pakunki o zbliżonej do siebie wadze pozwalające łatwo się sprzedać. To jest element decydujący dla wykazania, że twierdzenia oskarżonego są jego linią obrony. Powiązanie faktu sprzedaży narkotyków P. Z. i K. M. oraz przyznania przez oskarżonego, że także innym osobom udzielał środki narkotyczne słusznie nakazywało przyjęcie, że zakwestionowane u niego narkotyki były przeznaczone do wprowadzenia do obrotu, a ewentualnie tylko jakaś niewielka ich ilość, nieplywająca na ocenę tego zachowania mogła być przeznaczona na użytek własny.

Gdy przy tym zważyć, że oskarżony miał świadomość, iż środek, jakim obraca to amfetamina, czyli środek psychotropowy, o jakim mowa w art. 4 pkt. 25 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, bowiem jest on wymieniony w załączniku Nr 2 wykazu substancji psychotropowych, które określają substancje psychotropowe grupy II-P, zaś tabletki ekstazy to środek psychotropowy o chemicznej nazwie 3,4-metylenodioksymetamfetamina lub też zwany inaczej MDMA wymieniony w tymże załączniku w grupie I-P, to miał on także świadomość, co do tego, że obrót takimi środkami wymaga stosownych zezwoleń, a ich brak pociąga za sobą odpowiedzialność karną. Oskarżony nie miał zezwolenia wydanego na podstawie prawa farmaceutycznego, a ogólnie nie spełniał wymogów, które są konieczne do obrotu takimi środkami i które to wymogi wymienione są w art. 33–35 i art. 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Słusznie więc Sąd Okręgowy przypisał oskarżonemu naruszenie normy art. 57 ust. 2 powołanej wyżej ustawy. Nie można mieć wątpliwości, że zarzut niezasadnego przyjęcia kwalifikowanej postaci tego czynu stawiany temu rozstrzygnięciu nie może się ostać.

Sąd Apelacyjny uznając, że konieczne jest zmodyfikowanie opisu czynów przypisanych oskarżonemu związanych ze sprzedażą indywidualnym nabywcom środków narkotycznych i przyjęcie, że stanowiły one jeden czyn ciąglej musiał dokonać korekty wymiaru kary za tak przypisane zachowanie. Uwzględniono, okoliczności podnoszone w apelacji, jakie miały znaczenie dla określenia wysokości orzeczonej kary. Podzielono pogląd obrony o niezasadnym przyjęciu, jako okoliczności obciążającej faktu, że działania oskarżonego skierowane były przeciwko dobru ogółu. Rację ma obrońca, że założeniem ustawy jest ochrona społeczeństwa przed narkomanią i dopuszczanie się przestępstw penalizowanych tą ustawą pociąga za sobą ich ściganie oraz sankcjonowanie i jest naturalną konsekwencją takich zachowań. Dopuszczanie się ich nie może być traktowane, jako dodatkowa okoliczność obciążająca. Ma też rację

obrońca, że oskarżony wbrew ustaleniom Sąd orzekającego okazał skruchę i żal w toku tego postępowania. Sąd niezasadnie także przyjął, że oskarżony popełnił przypisane mu przestępstwa będąc uprzednio karany za zachowanie przeciwko ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii. W istocie doszło do zatarcia skazania za czyn z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jeśli zważyć na treść wpisów w danych o karalności (k.359). Jeśli kara pozbawienia wolności orzeczona z warunkowym zawiedzeniem wykonania nie została zarządzona do wykonania w okresie próby i dalszych 6 miesięcy to skazanie to uległo z mocy prawa zatarciu (art. 76 § 1 k.k.). Orzeczenie grzywny mogłoby przedłużyć okres do zatarcia skazania (§ 2 art. 76 k.k.) ale brak informacji o zarządzeniu kary do wykonania upoważnia do przyjęcia, że w tym okresie nie zarządzono kary do wykonania z powodu niewykonania kary grzywny, co dodatkowo przekonuje o słuszności twierdzeń obrony.

W tej sytuacji wyrokując w tej sprawie i określając wymiar kar za czyn ciągle wymierzono ją oskarżonemu na poziomie najniższym z możliwych, przewidzianych przez przepis art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Konsekwencją przyjęcia argumentów obrony było także orzeczenie kary łącznej na niższym poziomie niż uczynił to Sąd Okręgowy. Należy pamiętać, że oskarżony to osoba (mimo uwzględnienia okoliczności braku recydywy ogólnej w zakresie naruszenia ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii) z kryminalną przeszłością, na co wskazuje przywołana już wyżej karta karna i wpis pod poz. 1 w tym dokumencie. Czas działania sprawcy oraz w głównej mierze motywacja mu towarzysząca (chęć osiągnięcia korzyści majątkowej) nakazywały orzeczenie kary łącznej na poziomie, jaki znalazł wyraz w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego.

II.

Ad apelacji obrońcy oskarżonego K. K..

Wbrew twierdzeniom apelacji Sąd odwoławczy nie podzielił stanowiska skarżącego o naruszeniu w toku procedowania w sprawie K. K. zasad procesowych obiektywizmu i prawdy materialnej. Wniosek taki jawi się, jako naturalny zwłaszcza w kontekście twierdzeń apelacji, że brak było podstaw do przyjęcia sprawstwa oskarżonego. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że Sąd I instancji w sposób wymagany treścią art. 4 k.p.k. przeprowadził w toku rozprawy postępowanie dowodowe w pełnym zakresie wynikającym z treści wniosków dowodowych oskarżyciela publicznego, który wskazał, jakie dowody, według niego, należy w czasie rozprawy przeprowadzić bezpośrednio przed sądem. Poza uwzględnieniem wniosków dowodowych prokuratora tenże Sąd dopuścił także dowody wnioskowane przez obrońcę oskarżonego K. O. w postaci bilingów przeprowadzonych połączeń telefonicznych między oskarżonym i P. Z. oraz z przesłuchania świadka P. B.. Nadto z urzędu dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu informatyki. Te postąpienia Sądu świadczą nie tylko o realizacji zasady dążenia do ustalenia prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.) ale przekonują o zachowaniu przez tenże Sąd zasady obiektywizmu (art. 4 k.p.k.). Jeśli przy tym weźmie się pod uwagę, że obrońca oskarżonego w apelacji dokonuje odmiennej, niż uczynił to Sąd I instancji, oceny istotnych dla czynionych ustaleń dowodów (zwłaszcza wyjaśnień M. S. oraz zeznań J. N.) to w istocie takie postępowanie sprowadza się do kwestionowania oceny zeznań świadków i jest czystą polemiką z oceną wyrażoną przez Sąd I instancji. Tymczasem przecież to Sąd jest organem, który mając na uwadze całokształt materiału dowodowego, a więc wypowiedzi poszczególnych osób zarówno złożonych w toku śledztwa jak i podczas rozprawy, jest uprawniony do przyjęcia wiarygodności jednych i odmówienia tej wiarygodności innym dowodom. Takie oceny pozostają pod ochroną procedury karnej (art. 7 k.p.k.) jeśli tylko Sąd w sposób zbieżny z regułami poprawnego rozumowania pozostający w korelacji z zasadami wiedzy i zgodny z doświadczeniem życiowym uzasadni swe stanowisko, a przy tym oceny te zostaną wyprowadzone po ujawnieniu w toku rozprawy całokształtu materiału dowodowego i zostanie w ten sposób zrealizowana zasada bezpośredniości (art. 410 k.p.k.). W żadnym miejscu apelacji skarżący nie przekonał, że Sąd I instancji naruszył wymienione wyżej reguły.

Sąd I instancji przyjął, że K. K. miał świadomość wieku M. S. w chwili, gdy sprzedawał temu oskarżonemu narkotyki. Obrońca zaś twierdzi, że ustalenie to jest błędne, bo M. S. pracował, jeździł samochodem, był wytatuowany, te okoliczności powinny przekonać, że oskarżony o wieku M. S. nie miał nie tylko wiedzy, ale także nie mógł małoletności

tego oskarżonego przewidywać. Apelujący stawia jednoznaczną tezę, że bezpodstawne jest ustalenie Sądu o tym, że obaj ci oskarżeni znali się, co w konsekwencji czyni to ustalenie dowolnym i niezrozumiałym.

Nie sposób zgodzić się z takim wnioskiem w świetle przedstawionych przez Sąd I instancji wywodów oraz konfrontacji tychże z materiałem dowodowym. Wszak przecież z wyjaśnień samego oskarżonego złożonych w toku śledztwa wynika, w sposób niebudzący wątpliwości, że oskarżony wiedział ile lat ma M. (k. 107). Ta depozycja oskarżonego pochodzi z protokołu jego wyjaśnień złożonych w czasie śledztwa. Oskarżony przesłuchiwany wówczas przez prokuratora nie tylko podał, że ma wiedzę o małoletniości M. S., ale także przyznał się do wszystkich stawianych mu wówczas zarzutów. Podnoszenie w czasie rozprawy, że informacje te uzyskał przed przesłuchaniem, w żaden sposób, poza twierdzeniami samego oskarżonego zainteresowanego ewidentnie rozstrzygnięciem i dążącego do umniejszenia swej odpowiedzialności (na co zwrócił uwagę Sąd meriti i z czym należy się zgodzić), nie wykazano. Jeśli przy tym pamiętać się o przeszłości kryminalnej oskarżonego, i wynikających z tego faktu okolicznościach związanych z doświadczeniem w kontaktach z organami ścigania, to argument o nieprawdziwym przedstawianiu przez oskarżonego okoliczności posiadania wiedzy o wieku M. S. jest jak najbardziej uzasadniony.

Podobnie nie przekonał o błędnym oparciu rozstrzygnięcia o odpowiedzialności oskarżonego na wypowiedziach M. S. złożonych w toku rozprawy. Wszak przecież oskarżony ten o nabywaniu narkotyków od K. K. podał w toku przesłuchania, jako podejrzany, ale był wówczas przesłuchany przez prokuratora. Jeśli weźmie się pod uwagę, że wtedy nie wspominał słowem o tym, że wywierano na niego jakąkolwiek presję, to jego wypowiedzi na ten temat na rozprawie nie mogły zostać uznane za prawdziwe. Twierdzenie, że przesłuchująca była zainteresowana jedną osobą zaś K. K. nie, jest sprzeczne z treścią protokołu przesłuchania M. S.. W pierwszych wyjaśnieniach oskarżony jednoznacznie wskazał na K. K. jako sprzedawcę środków narkotycznych (k.97) aby w następnych zaprzeczyć, że sprzedawał narkotyki P. Z. oraz odmówił wyjaśnień i odpowiedzi na pytania. Jeśli więc oskarżony mógł wycofać się z twierdzeń dotyczących P. Z. to tym bardziej mógł uczynić to wobec innych w tym także K. K., tego jednak nie zrobił. Należy podkreślić, że przecież wtedy nie było zagrożenia jego aresztowaniem, bo odpowiadał z wolnej stopy. Nic nie stało na przeszkodzie, aby powiedzieć to, co przekazał w toku rozprawy. Jeśli więc Sąd wziął pod uwagę wypowiedzi K. K. i M. S. z postępowania przygotowawczego to uprawniony był do wyprowadzenia wniosku o popełnieniu przez tego pierwszego zarzuconego mu czynu. Miał ten Sąd uprawnienie do dania wiary tym wypowiedziom oraz zdyskredytowania złożonych na rozprawie. Procedura karna nie zna prymatu jednych wypowiedzi nad innymi w zależności od tego kiedy, gdzie i przez kogo zostały złożone. Jeśli więc Sąd I instancji racjonalnie wyjaśnił, którym wypowiedziom dał wiarę i wykazał, dlaczego odmówił jej innym, a przy tym rozumowanie to nie zostało podważone, bo zgodne jest z zasadami logiki i zbieżne z doświadczeniem życiowym to zarzut naruszenia art. 7 k.p.k. nie mógł zostać uznany za trafny.

Jest charakterystycznym w sprawie oskarżonego K. K., co w efekcie także znajduje swój wyraz w apelacji jego obrońcy, że zarówno sam oskarżony, jak i M. S. oraz druga z osób którym według ustaleń Sądu meriti narkotyki sprzedawał oskarżony podnoszą, iż do składania obciążających oskarżonego wypowiedzi zostali oni zmuszeni postępowaniem funkcjonariuszy policji. Wszak przecież J. N., który obciążył oskarżonego w toku śledztwa, także przed sądem podał, że zeznania te złożył w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi. Sąd I instancji poddał wypowiedzi te szczegółowej i dogłębnej analizie i doszedł do przekonania, że wyjaśnienie przez J. N. okoliczności dla których wskazał wcześniej na oskarżonego jako sprzedawcę narkotyków oraz fakt, że zna oskarżonego jako swego sąsiada wynikały z prawdziwego przekazu o znajomości z oskarżonym oraz łączących ich transakcjach. Jest oczywistym, że świadek w sytuacji, gdy w toku rozprawy miał powtórzyć swe wypowiedzi miał świadomość ich wydźwięku, zwłaszcza, że składał je w obecności oskarżonego uczestniczącego na rozprawie. Rozważania Sądu nie zostały podważone argumentacją apelacji i należy dokonane przez Sąd ustalenia akceptować. Nie są one bowiem dowolne, ale są wynikiem dania wiary jednym dowodom, a odmówienia jej wypowiedziom tych samych osób, ale złożonych w toku rozprawy. Do takiego postąpienia uprawniony był Sąd I instancji i nie popełnił żadnego błędu w tym zakresie, w tym i takich, o jakich pisze w apelacji obrońca oskarżonego.

Apelujący podniósł także zarzut naruszenia prawa materialnego, nie wskazał jednak na czym obraza przepisu art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 124, poz. 1840 z późn. zm.) miałyby polegać, trudno więc w tej sytuacji Sądowi odwoławczemu rozważać o tym zarzucie. Jak się

wydaje, odczytując motywy skargi, zarzut ten dotyczy niezasadnego przypisania oskarżonemu popełnienia czynów naruszających wskazane wyżej przepisy ustawy, których według obrońcy oskarżony nie popełnił. Tak odkodowując treść tego zarzutu należy stwierdzić, że prawidłowo sformułowany zarzut powinien w tej sytuacji podnosić błędne ustalenia faktyczne, bo te w istocie kwestionuje apelujący.

Sąd Apelacyjny po raz kolejny zmuszony jest przypomnieć, że judykatura od dawna ma ugruntowane stanowisko w tym zakresie. Sąd Najwyższy konsekwentnie wyraża pogląd, że nie ma obrazy prawa materialnego, gdy wada orzeczenia jest wynikiem błędnych ustaleń, przyjętych za jego podstawę. Jeżeli autor rewizji kwestionuje przyjętą w wyroku kwalifikację prawną czynu, ponieważ w działaniu oskarżonego dopatruje się innego od przypisanego mu przestępstwa, to podstawą takiej rewizji może być tylko zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 1978 roku, I KR 155/78 OSNPG 1979/3/52, podobnie tenże Sąd w wyroku z dnia 23 lipca 1974 roku w sprawie V KR 212/74, OSNKW 1974/12/233). Nie mniej wymowne jest także stanowisko Sądu Apelacyjnego w Łodzi, według którego „Obraza prawa materialnego zachodzi tylko wtedy, gdy nastąpiła błędna wykładnia danego przepisu, albo został zastosowany przepis niewłaściwy lub pominięto obligatoryjne [rozstrzygnięcie].

Nie ma natomiast obrazy prawa materialnego, gdy wadliwość orzeczenia - przynajmniej w przekonaniu autora środka odwoławczego - jest wynikiem błędnych ustaleń przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia.

Jeżeli więc skarżący kwestionuje przyjętą przez sąd kwalifikację prawną dlatego, że w czynie oskarżonego dopatruje się znamion innego przestępstwa, niż przypisane, bądź w ogóle neguje sprawstwo oskarżonego, to podstawą takiej apelacji może być tylko zarzut błędnych ustaleń faktycznych, określony w art. 438 pkt 3 k.p.k.” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 16 stycznia 2002 roku, II AKa 243/01, Prok.i Pr.-wkł. 2004/6/24, KZS 2004/7-8/82).

Uwagi te poczynione zostały w celu uporządkowania granic zaskarżenia w obszarze stawianego zarzutu.

Przechodząc do rozważań jego trafności należy stwierdzić, że jest on pozbawiony racji.

Przeprowadzając postępowanie dowodowe w sposób zbieżny z regułami procedury karnej i dokonując oceny całokształtu materiału dowodowego Sąd I instancji wyprowadził wnioski o sprawstwie oskarżonego trafnie ustalając jego odpowiedzialność za popełnione przez niego przestępstwa. Sąd ten także dokonał właściwej subsumpcji zachowań oskarżonego pod określone w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii przepisy tej ustawy. Natomiast w ocenie Sądu odwoławczego z tych samych powodów dla których uznano racje obrońcy oskarżonego K. O. co do konieczności zakwalifikowania dwóch odrębnych zachowań naruszających art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r. Nr 124, poz. 1840 z późn. zm.) i przyjęcia według reguł art. 11 § 2 k.k., że stanowią one jeden czyn popełniony w ramach art. 12 k.k. także i wobec K. K. konieczna była korekta rozstrzygnięcia do czego zobowiązywał przepis art. 455 k.p.k.

Za chybiony uznano zarzut rażąco surowej kary wymierzonej K. K. za czyn zabronionego posiadania środków narkotycznych. Odwoływanie się do rozstrzygnięcia o karze orzeczonej wobec K. O., skazanego za przygotowanie do wprowadzenia do obrotu znacznych ilości środków narkotycznych, jest o tyle chybione, że przecież K. K. skazano za inny czyn, tj. posiadanie 2, 61 gramów marihuany. Jednak pozostając w konwencji przyjętej przez obrońcę należy stwierdzić, że K. O. skazano na karę pozbawienia wolności, którą wymierzono w wysokości 1/3 jej górnej granicy, tymczasem K. K. karę tę wymierzono na poziomie 1/6 górnej granicy określonej w przepisie art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Górna granica kar pozbawienia wolności za oba te zachowania jest identyczna, co oznacza, że K. K. został potraktowany znacznie łagodniej niż K. O. m.in. dlatego, że posiadał on znacznie mniejsze ilości środka narkotycznego niż ten pierwszy oskarżony.

Wymierzona kara za to zachowanie w żadnym wypadku nie razi surowością i jako taka nie została obniżona.

Konieczna jednak stała się modyfikująca kary wymierzonej za przypisany oskarżonemu orzeczeniem Sądu Apelacyjnego czyn ciągły. Upřednio wymierzono K. K. dwie kary, za czyn VIII 3 lat pozbawienia wolności, a za czyn

IX roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Obecnie za czyn ciągly Sąd Apelacyjny wymierzył karę w jej dolnej granicy przewidzianej za to zachowanie w wysokości 3 lat pozbawienia wolności. Z przyczyn, dla których karę łączną orzekł Sąd I instancji także i wymierzona przez Sąd Apelacyjny kara ta została określona przy wykorzystaniu zasady pełnej absorpcji.

III.

Co do apelacji Prokuratora.

Już na wstępie stwierdzono, że jest ona w większości zasadna.

Nie można mieć wątpliwości, że błędnie określono wysokość zobowiązania K. O. do zwrotu równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnionego przestępstwa udzielenia w celu osiągnięcia korzyści majątkowej środków narkotycznych. Sąd ustalił w pkt. II części rozstrzygającej, że oskarżony P. Z. udzielił amfetaminy za kwotę 1.800 złotych, natomiast w pkt. III części rozstrzygającej przyjął, że K. O. popełnił czyn opisany w pkt. III części wstępnej. Treść tego zarzutu (w konsekwencji czynu przypisanego sprawcy) wskazuje, że oskarżony udzielił amfetaminy za łączną kwotę 900 złotych oraz marihuany za 600 złotych, co łącznie daje wartość uzyskanej korzyści majątkowej 1.500 złotych. Suma tych kwot to 3.300 złotych, na co słusznie wskazał prokurator.

Ta konstatacja zmuszała do korekty orzeczenia w tym zakresie.

Jeśli Sąd I instancji w oparciu o opinię biegłych psychiatrów ustalił, czemu dał wyraz w uzasadnieniu (s.12 in fine), że M. S. jest uzależniony od środków psychoaktywnych, a czyny za które został skazany pozostają w ścisłym związku z jego uzależnieniem (posiadanie środka narkotycznego) i przy tym wymierzono mu karę z warunkowym zawieszeniem jej wykonania obligatoryjne było orzeczenie o powinności poddania się przez oskarżonego leczeniu w specjalistycznej placówce leczniczej, stosownie do art. 71 ust. 1 ustawy z 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Treść tego przepisu zawiera także powinność orzeczenia w takim przypadku poza obligatoryjnym orzeczeniem o leczeniu także obowiązek poddania się dozorowi wyznaczonej osoby. Przepis ten jest normą specjalną w stosunku do przepisu art. 73 § 2 k.k. W tej sytuacji Sąd I instancji mając na względzie status młodocianego, jaki obejmował M. S. dla realizacji powinności z art. 71 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii winien ten przepis, jako *lex specialis* przywołać w podstawie orzeczenia o poddaniu oskarżonego dozorowi kuratora sądowego bo on jako norma szczególna wyłącza stosowanie ogólnych reguł określonych w k.k. Nakładając na oskarżonego obowiązek o jakim mowa w art. 72 § 1 pkt. 5 k.k. Sąd użył sformułowania o zobowiązaniu oskarżonego do powstrzymywania się od używania środków odurzających (określił więc jego obowiązek w czasie przyszłym, ale w jego aspekcie niedokonanym). Tymczasem ustawodawca nie daje wyboru skazanemu, który staje się podmiotem takiej powinności. Tenże nie ma się **powstrzymywać** od używania takich środków, ale ma się **powstrzymać** od takich zachowań (czas przyszły, ale w aspekcie dokonanym). Dla czystości sformułowania i jasności, jaki obowiązek spoczywa na skazanym dokonano korekty tego orzeczenia, aby skazany nie mógł powiedzieć, że powstrzymywał się od używania środków odurzających, zgodnie z orzeczeniem sądowym, ale w ostateczności się nie powstrzymał i użył takiego środka, lecz nie naruszył postanowienia sądu, bo ten do tego go nie zobowiązał.

Konsekwentnie też Sąd Apelacyjny postąpił i dokonał stosownej zmiany orzeczenia dotyczącego M. S., w zakresie w jakim przypisano mu popełnienie dwóch przestępstw naruszających treść normy art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zachowanie oskarżonego winno być potraktowane, jako jeden czyn ciągly naruszający dwa przepisy ustawy, czemu dano wyraz w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego. Mimo braku skargi w tym zakresie, kierując się regułami art. 455 k.p.k., poprawiono błędną kwalifikację prawną zachowań przypisanych oskarżonemu, skoro zamiast poprzednio przypisanych mu dwóch przestępstw przyjęto, że popełnił jedno przestępstwo jako czyn ciągly orzeczenie jakie zapadło jest orzeczeniem na korzyść oskarżonego, a przy apelacji oskarżyciela publicznego na niekorzyść M. S. postąpienie takie było dopuszczalne. Wszystkie okoliczności, jakie wziął pod uwagę Sąd meriti zostały uwzględnione i doprowadziły do wymierzenia oskarżonemu kary za to zachowanie przy zastosowaniu dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary. Także i kara łączna została oceniona, jako

sprawiedliwa i w efekcie korekta przeprowadzona przez Sąd Apelacyjny nie wpłynęła na rozstrzygnięcie dotyczące wymierzonej oskarżonemu kary łącznej.

Natomiast nie uznano zasadności zarzutu obrazy art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. W opisie tego czynu zawartym w części wstępnej wyroku wskazuje się, że czynności sprawcze polegały na nabyciu środków narkotycznych oraz rozważaniu ich na mniejsze porcje i pakowanie, w celu odsprzedaży, przez co K. O. czynił przygotowania do wprowadzenia znacznych ilości tych środków do obrotu. Czyn w takiej postaci został przypisany oskarżonemu. Opis tego zachowania powtórzony za zarzutem postawionym w akcie oskarżenia jednoznacznie wskazuje, że oskarżony przygotowywał się do wprowadzenia środków narkotycznych do obrotu przez ich dzielenie na mniejsze porcje. Działanie takie możliwe jest tylko wtedy, gdy sprawca takiego zachowania posiada te środki. Nie jest możliwe dzielenie, porcjowanie środków narkotycznych i ich pakowanie bez ich posiadania. Jak zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie, ale i literaturze przedmiotu czyn posiadania środków narkotycznych, jako czyn współukarany uprzedni wobec zachowań penalizowanych normami art. 53, 55, 56 i 59 ustawy z 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, nie podlega odrębnemu ukaraniu. W takiej bowiem sytuacji pomiędzy wskazanymi wyżej przestępstwami, a czynem określonym w art. 62 ustawy zachodzi pozorny (pomijalny) zbieg przestępstw i posiadanie narkotyków winno być traktowane jako zachowanie współukarane w stosunku do wyżej wymienionych przestępstw głównych. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 30 sierpnia 2012 roku, II AKa 176/12, LEX nr 1220531, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 stycznia 2009 roku, II AKa 294/08, LEX nr 491184). Posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych, które łączy się z przestępstwami, określonymi w art. 55 (przywóz, wywóz, nabycie, przewóz), art. 56 (nielegalny obrót), art. 58 (udzielanie środka, nakłanianie), art. 59 (udzielanie środka, nakłanianie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej), nie podlega odrębnemu ukaraniu (pozorny zbieg przestępstw) i stanowi czyn współukarany, jeżeli zachowana jest więź czasowa i sytuacyjna z przestępstwem głównym. (Łucarz Katarzyna, Muszyńska Anna, Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz, Oficyna 2008).

Skoro nie odpowiada odrębnie za posiadanie sprawca wprowadzający do obrotu środki narkotyczne to także nie będzie odpowiedzialności odrębnej ponosił ten, kto czyni przygotowania do tego przestępstwa głównego.

Jeśli więc, jak w sprawie niniejszej oskarżony przygotowywał się do wprowadzenia do obrotu znacznych ilości środków narkotycznych, porcjując je i pakując, to nie mógł tego uczynić inaczej jak posiadając je. Tym samym zachowanie to, jako współukarane, wyklucza przyjęcie zbiegu kumulatywnego, o co wnosi oskarżyciel publiczny. W tej sytuacji zarzut obrazy prawa materialnego w apelacji Prokuratora okazał się nieskuteczny.

IV.

Podstawę rozstrzygnięcia o wydatkach poniesionych w postępowaniu odwoławczym stanowił przepis art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 633 k.p.k. w zakresie, w jakim obciążono nimi K. O. i K. K.. Podstawą wymierzonych im opłat jest przepis art. 2 ust. 1 pkt. 5 i art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku o opłatach w sprawach karnych (tekst jednolity Dz. U. z 1983 roku, Nr 49, poz. 223 z p.zm.). Uznając, że M. S. nie jest w stanie ponieść wydatków ani opłat zwolniono go z obowiązku uiszczenia kosztów sądowych.

Wszystkie przytoczone wyżej rozważania doprowadziły Sąd odwoławczy do rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.