

Sygnatura akt II AKa 271/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 listopada 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Stanisław Rączkowski

Sędziowie: SSA Cezariusz Baćkowski (spr.)

SSO del. do SA Tomasz Wysocki

Protokolant: Beata Sienica

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Beaty Lorenc - Kociubińskiej

po rozpoznaniu w dniu 4 listopada 2015 r.

sprawy **Z. B.**

oskarżonego z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2009r o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

z dnia 4 sierpnia 2015 r. sygn. akt III K 109/14

I. zaskarżony wyrok wobec oskarżonego Z. B. utrzymuje w mocy;

II. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa 720 zł kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

	UZASADNIENIE	
--	---------------------	--

Z. B. został oskarżony o to, że:

w okresie od 25 lutego 2014 r. do 27 lutego 2014 r. na terenie Niemiec i Polski, w tym w miejscowości J., wspólnie i w porozumieniu z inną ustaloną osobą, co do której materiały wyłączono do odrębnego postępowania, kierował wewnątrzspółnotowym nabyciem znacznej ilości środków odurzających w postaci marihuany o łącznej wadze 5160,87 grama dokonany w dniu 27 lutego 2014 r. na granicy Rzeczypospolitej Polskiej i Niemiec w miejscowości J.

tj. o przestępstwo z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt III K 109/15 uznał Z. B. za winnego popełnienia czynu opisanego w części wstępnej wyroku z tym, że przyjął, że działał on wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, stanowiącego przestępstwo z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 5 (pięciu) lat pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 150 (sto pięćdziesiąt) stawek dziennych przyjmując, że jedna stawka wynosi 10 (dziesięć) złotych.

Na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił polisę OC seria (...) samochodu nr rej. (...) i wagę koloru szarego Z. B..

Na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił Z. B. w całości od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych.

Apelację od tego wyroku wniósł oskarżony Z. B. poprzez obrońcę, który zaskarżając wyrok w całości zarzucił:

I. rażąco obrazę prawa materialnego tj. art. 60 § 3 kk poprzez jego niezastosowanie w sytuacji kiedy dzięki informacjom uzyskanym od oskarżonego organy ścigania uzyskały dane osób zajmujących się przemytem narkotyków jak również miejsce, gdzie mogą być składowane i przepakowywane,

II. rażąco obrazę prawa procesowego, a mianowicie:

1) art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. oraz art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 oraz art. 410 k.p.k. poprzez wydanie orzeczenia skazującego bez dostatecznych dowodów uprawdopodobniających fakt zawinienia oraz poprzez naruszenie podstawowych zasad procesowych określających regułę dowodzenia winy i zastąpienie ich przed domniemanie winy oskarżonego,

2) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez – będące wynikiem nieuwzględnienia zasad prawidłowego rozumowania oraz wiedzy i doświadczenia życiowego – przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz niedostrzeżenie przy wyrokowaniu całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, skutkujące szeregami nieprawidłowych stwierdzeń oraz ocen, w szczególności:

- ustaleniem, że oskarżony Z. B. dopuścił się zarzucanego mu czynu w sytuacji kiedy zarówno E. S. (1) jak i T. O. po zatrzymaniu, a także w postępowaniu przygotowawczym początkowo nie wskazywali na udział jakichkolwiek osób trzecich w popełnionym przez nich przestępstwie, w sytuacji kiedy zmienione ich zeznania stanowiły podstawę oskarżenia Z. B.,

- uznaniu zeznań świadka J. M., w zakresie w jakim podała, że wiedziała o sprzedaży przez oskarżonego pojazdu marki O. (...) T. O., a także że nie doszło do formalnego spisania umowy kupna-sprzedaży, w sytuacji kiedy zeznania te były spójne, logiczne,

- pominięciu zeznań świadków E. K. (1), M. R. i K. K., którzy zgodnie zeznali, że w dniach 24 i 25 lutego 2014 r. byli z oskarżonym, a zeznania te korespondują z wyjaśnieniami oskarżonego.

3) art. 167 § 1 k.p.k. w związku z 170 § 1 pkt. 5 k.p.k. polegający na bezpodstawnym oddaleniu wniosku dowodowego o przesłuchanie świadków Ł. K. i E. K. (2) wobec uznania, że wniosek ten w oczywisty sposób zmierza do przedłużenia postępowania, w sytuacji kiedy świadkowie Ci zostali zawnioskowani przez oskarżonego na pierwszej rozprawie w dniu 19 lutego 2015 r. a mogą mieć wiedzę dotyczącą miejsca pobytu oskarżonego w momencie popełnienia zarzucanego mu czynu,

4) art. 167 § 1 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. polegający na oddaleniu wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z analizy telefonów oskarżonego do (...), w sytuacji kiedy opinia z dnia 04.12.2014 r. obejmowała jedynie analizę zawartości pamięci telefonów komórkowych i kart SIM, a wniosek ten został złożony przez oskarżonego w terminie, w którym uzyskanie tych danych jest możliwe,

5) art. 167 § 1 k.p.k. w zw. z art. 201 k.p.k. polegający na oddaleniu wniosku o przeprowadzenie uzupełniającej opinii biegłych z zakresu identyfikacji genetycznej na okoliczność ustalenia czy możliwe było stwierdzenie, że zabezpieczony ślad w postaci włosa koloru czerwonego ujawnionego na wewnętrznej stronie taśmy, że nie należy do E. S. (1),

6) art. 167 § 1 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt. 2 i 5 k.p.k. polegająca na oddaleniu wniosku o ustalenie czy E. S. (1) i T. O. na początku lutego meldowali się w hotelu w Holandii, w sytuacji kiedy przeprowadzenie niniejszego dowodu pozwoliłoby na ocenę wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadków,

7) art. 167 § 1 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt. 5 k.p.k. polegający na oddaleniu wniosku obrońcy o zwrócenie się do CBS w K., wydziału do walki z przestępczością narkotykową w celu ustalenia czy na terenie województwa (...) występuje osoba o pseudonimie (...) lub (...), która pozostawała w zainteresowaniu tych służb i czy był to Z. B., w sytuacji kiedy świadkowie E. S. (1) i T. O. wskazywali, że tymi pseudonimami posługiwał się oskarżony, a ustalenie tej okoliczności jest konieczne dla oceny zeznań świadków,

8) art. 167 § 1 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt. 5 k.p.k. polegający na oddaleniu wniosku o uzupełniające przesłuchanie E. S. (1) na okoliczność wskazania szczegółów związanych z egzekwowaniem od nich długów i jej zastraszania, w sytuacji kiedy okoliczności te są niezbędne w celu oceny wiarygodności jej zeznań,

ewentualnie, w razie gdyby Sąd II instancji nie podzielił argumentacji obrońcy dotyczącej wyżej opisanych zarzutów na podstawie art. 438 pkt 4 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. rażąco niewspółmierność orzeczonej kary pozbawienia wolności poprzez orzeczenie kary w wymiarze 5 lat pozbawienia wolności oraz kary grzywny w wysokości 150 stawek dziennych grzywny po 10 zł. każda, w sytuacji kiedy Sąd pominął okoliczności łagodzące dotyczące oskarżonego, zwłaszcza współpracę z organami ścigania w zakresie podania informacji dotyczących przestępstw nie związanych ze sprawą zagrożoną karą pozbawienia wolności powyżej 5 lat.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Jeleniej Górze jako Sądowi I instancji, ewentualnie zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie wobec oskarżonego kary w niższym wymiarze.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego Z. B. nie mogła zostać uwzględniona.

Skarżący podnosi naruszenie przepisów postępowania w zakresie gromadzenia dowodów, wadliwą ocenę dowodów, które zostały przeprowadzone skutkujące błędnym przypisaniem oskarżonemu zbrodni wewnątrzspółnotowego nabycia znacznej ilości środka odurzającego a także obrazę art. 60 § 3 k.k. i rażąco niewspółmierność kary. Dostrzegając wewnętrzną niespójność sformułowanych zarzutów trzeba też uznać, że ustawa nie wyklucza takiego konstruowania środków odwoławczych, ani nie zwalnia Sądu drugiej instancji od odniesienia się do takich zarzutów.

Autor apelacji wskazuje, że skutek oddalenia, z przekroczeniem art. 167 § 1 k.p.k., art. 170 § 1 pkt 2 i 5 k.p.k., art. 201 k.p.k., wniosków dowodowych oskarżonego i obrońców nie doszło do ujawnienia wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności i w rezultacie Sąd Okręgowy wydał nietrafny wyrok.

Art. 167 k.p.k. w brzmieniu do dnia 1 lipca 2015 r. określa podmioty którym przysługuje inicjatywa dowodowa. Jeśli więc zdaniem strony Sąd niezasadnie oddalił jej wniosek dowodowy, to chodzi o zarzut naruszenia art. 170 k.p.k. albo art. 193 § 1 k.p.k. albo art. 201 k.p.k. Przywoływanie w tym kontekście także art. 167 k.p.k. jest zbędne.

Wprowadzona z dniem 1 lipca 2003 r. podstawa oddalenia wniosków dowodowych wyrażona w art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. służy przeciwdziałaniu umyślnemu wykorzystywaniu przez strony uprawnień procesowych dla uniemożliwienia lub spowolnienia toku procesu i dotyczy sytuacji, gdy nie zachodzą podstawy do nieuwzględnienia wniosku dowodowego określone w art. 170 § 1 pkt 1 – 4 k.p.k. Ta regulacja będąc jednym z ograniczeń zasady prawdy (art. 2 § 2 k.p.k.) na rzecz równorzędnej w procesie karnym zasady rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.) odnosi się do sytuacji, gdy dowód jest przydatny, dopuszczalny, da się przeprowadzić i dotyczy okoliczności, która może mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, o ile w ocenie sądu zmierza wyłącznie do przewlekłości postępowania. (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2012 r., V KK 30/12, LEX nr 1163966, Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2011 r., V KK 12/11, LEX nr 897773, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 listopada 2012 r., II AKa 185/11, Legalis). Zasada prawdy, będąc limitowaną przez wartości powszechnie szanowane a wynikające z idei demokratycznego państwa prawnego, praw przyrodzonych naturze ludzkiej, nie jest bowiem

celem samym w sobie lecz stanowi „środek do wydania orzeczenia materialnie i procesowo sprawiedliwego” (K.p.k. Komentarz pod red. J. Skorupki, Warszawa 2015 r., str. 14).

Przepis o którym mowa musi być przy tym odczytywany tak, by był realnym a nie tylko pozornym instrumentem służącym realizacji obowiązku Sądu rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie (także – jak zasada prawdy - mającym oparcie w Konstytucji a i w traktatach z dziedziny praw człowieka) i przeciwdziałaniu obstrukcji procesowej. Jeżeli więc analiza złożonego wniosku dowodowego, w konfrontacji z całokształtem okoliczności faktycznych istniejących w sprawie, a w szczególności możliwością złożenia tego wniosku na wcześniejszym etapie postępowania bez szkody realizowanej linii obrony, doprowadzi do ustalenia, że celem złożenia takiego wniosku było tylko przedłużenie postępowania karnego, to oddalenie takiego wniosku dowodowego będzie nie tylko uzasadnione, ale konieczne (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2015 r., IV KK 304/14, OSNKW 2014 r., z. 10, poz.82). Warto dodać, że organ procesowy może uznać, że żądanie przeprowadzenia dowodu niewątpliwie zmierza do przedłużenia postępowania nie tylko w sytuacji, gdy zostało złożone w końcowej fazie procesu, ale i na wcześniejszym etapie ponieważ art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. nie zawiera w tej mierze ograniczeń. Wszystko uzależnione jest od warunków występujących w konkretnej sprawie.

W realiach sprawy Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 4 sierpnia 2015r. (k.855v) na podstawie 170 § 1 pkt 5 k.p.k. oddalił wniosek oskarżonego Z. B. o dopuszczenie dowodu z zeznań Ł. K. i E. K. (2) wskazując, że przesłuchał na te okoliczności E. K. (1) i M. R., a Ł. K. poinformował, że nie ma pieniędzy by przyjechać na rozprawę zaś E. K. (2) przebywa za granicą.

Wniosek o którym mowa oskarżony złożył na pierwszym terminie rozprawy w dniu 19 lutego 2015 r. (k.631) i pierwotnie dotyczył on wykazania, że Z. B. przebywał z tymi osobami (oraz innymi wymienionymi we wniosku) w dniach 24-25 lutego 2014 r. (po modyfikacji wniosku także w dniach następnych) w C. i nie mógł dopuścić się wewnątrzspółnotowego nabycia marihuany. Zarządzono wezwanie wnioskowanych świadków, w tym Ł. K. i E. K. (2) (k.633) na termin rozprawy. Jednak pierwszy ze świadków zawiadomił (k.660), że nie będzie obecny gdyż nie stać go na przyjazd do Sądu Okręgowego, zaś E. K. (2) usprawiedliwiła się (k.663) tym, że pracuje za granicą. Jednocześnie Sąd I instancji przesłuchał innych świadków: E. K. (1) (k.673v-675), M. R. (k.793) i K. K. (k.794) wnioskowanych przez Z. B. i jego obrońcę a świadkowie opisali swoje kontakty z oskarżonym w C. w domu przy ul. (...) w czasie, gdy wg. E. S. (1) i T. O. miał z nimi przewozić narkotyk z Holandii do Polski.

Wniosek o przesłuchanie m.in. E. K. (2) i Ł. K. oskarżony złożył po czterech miesiącach od czasu poznania treści zarzutu i po upływie siedmiodniowego terminu od doręczenia aktu oskarżenia, do składania wniosków dowodowych (art. 338 § 1 k.p.k.), gdy stosownie do art. 352 k.p.k. prezes sądu po rozważeniu wniosków stron lub z urzędu dopuszcza dowody i zarządza ich sprowadzenie na rozprawę a zgodnie z art. 366 § 2 k.p.k. zasadą jest aby rozstrzygnięcie zapadło na pierwszym terminie rozprawy.

Nie widać przeszkód faktycznych, czy wynikających z realizowanej linii obrony, by Z. B. (czy od czasu ustanowienia jego obrońca) zgłosił wcześniej, bez opóźnienia wniosek o przesłuchanie E. K. (1), K. K., E. K. (2), M. R., Ł. K. – osób które dobrze znał, wiedział gdzie przebywają i z którymi, jak twierdzi, spędził dni kiedy wg. zarzutu miał sprowadzić zza granicy narkotyk. Nie chodzi o to, że oskarżony traci prawo do składania wniosków dowodowych, ale czyniąc to z opóźnieniem, a nie niezwłocznie po powstaniu okoliczności uzasadniających wniosek, może spotkać się z oceną takiego postąpienia przez pryzmat art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2013r., IV KK 303/13, LEX nr 1403900).

Sąd I instancji mając na względzie zasadę prawdy i prawo do obrony weryfikował linię obrony oskarżonego a zeznania E. K. (1), K. K. oraz M. R. odpowiadały tezie wniosku dowodowego. W tej sytuacji gdy Z. B. i jego obrońca podtrzymywali żądanie przesłuchania E. K. (2) i Ł. K. na te same okoliczności o których zeznali już wymienieni wyżej świadkowie Sąd Okręgowy miał prawo odstąpić od wcześniejszego stanowiska (art. 170 § 4 k.p.k.) i w zmienionej sytuacji uznać, że dalsze domaganie się przesłuchania E. K. (2) i Ł. K. oczywiście zmierza do przedłużenia postępowania zwłaszcza, że pierwsza przebywała za granicą, drugi zasłaniał się brakiem pieniędzy a mnożenie źródeł

dowodowych mających potwierdzić tę samą okoliczność nie wzmacnia ich siły przekonywania. Takie postąpienie zapewnia niezbędną równowagę między dyrektywami prawdy, prawa do obrony i szybkości postępowania.

Na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2015r. obrońca wniósł o zwrócenie się do (...) Biura (...) o podanie czy na terenie województwa (...) występuje osoba o pseudonimie (...) lub (...) i czy jest to oskarżony co miało służyć ocenie zeznań T. O. i E. S. (1) (k.856), Sąd Okręgowy na podstawie art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. oddalił ten wniosek (856v) ponieważ oczywiście zmierza do przedłużenia postępowania, gdyż obrońca mógł złożyć ten wniosek wcześniej.

E. S. (k.218v) i T. O. (k.213v) od końca lipca 2014 r. zeznawali, że mężczyzna którego określali jako (...), (...) i z którym współdziałali w przestępstwie to Z. B.. Tak więc przynajmniej od czasu zapoznania się z tymi dowodami oskarżony (zaznajomienie z materiałami śledztwa) i obrońca (zapoznanie się z dowodami po wstąpieniu do sprawy) mogli złożyć stosowny wniosek jeśli uważali, że ma to znaczenie dla realizowanej linii obrony. Zwlekając do ostatniego terminu rozprawy narażali się na zarzut dążenia do przewlekłości postępowania.

Istotniejsze jest to, co mówi T. O. (k.213), że sam nadał oskarżonemu pseudonim (...) i wydaje mu się że w liście kontaktów jednego z telefonów określił go mianem (...). Niezależnie więc od tego czy Z. B. był rejestrowany w urządzeniach ewidencyjnych CBS i czy ta służba знаła jego ewentualne pseudonimy, to określenia (...) i (...) wobec oskarżonego nie były używane powszechnie w środowisku w którym się obracał, lecz stworzył je T. O.. Zwrócenie się do CBS z zapytaniem wnioskowanym przez obrońcę nie może prowadzić do weryfikacji wersji świadków E. S. (1) i T. O.. Stąd właściwą podstawą oddalenia omawianego wniosku powinien być art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k., a nie art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k.

Sąd I instancji nie popełnił błędu oddalając (k.856) wnioski oskarżonego (k.758) i jego obrońcy (k.790) o ustalenie czy E. S. (1) i T. O. przebywali na początku lutego ub.r. w hotelu w Holandii a to na okoliczność sprawdzenia prawdziwości ich relacji o tym, że był to ich pierwszy wyjazd za granicę. Sprawdzenie księgi meldunkowej w drodze pomocy prawnej, co do zasady możliwe, słusznie zostało uznane za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiocie rozstrzygnięcia odpowiedzialności oskarżonego za zarzucane mu przestępstwo w czasie popełnienia którego świadkowie około 3 tygodnie później przebywali w innym holenderskim mieście i innym hotelu (art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k.). Przydatność tej drugorzędnej okoliczności dla oceny zeznań świadków jest wątpliwa.

Oczywiście trafnie Sąd I instancji na rozprawie w dniu 8 sierpnia br. oddalił (k.856) złożony wtedy wniosek o ponowne przesłuchanie E. S. (1) na okoliczność szczegółów egzekwowania od niej długów. Świadek opisała te okoliczności w swoich zeznaniach i w żadnym ich miejscu nie mówi, co zauważył Sąd Okręgowy, że osobiście w domaganiu się od niej oddania pieniędzy, groźeniu, zastraszaniu uczestniczył Z. B. (k.670-672, 27-31, 33, 85-86, 185-186, 191, 209-210, 216-218). Podobnie rzecz się ma z nieuwzględnieniem wniosku o ponowne przesłuchanie T. O. na okoliczność wypłacenia pieniędzy z rachunku matki, co skarżący podnosi w uzasadnieniu apelacji nie tłumacząc jak miałyby to wpłynąć na ocenę dowodów, lub wnioski co do sprawstwa, winy i kary.

„Postępowanie dowodowe nie może być dowolnie ponawiane na życzenie stron, a wnioski dowodowe nie mogą odnosić się do spraw pobocznych, niezwiązanych wprost z zarzutem, pod jakim stoi oskarżony w danej sprawie”. (postanowienie Sądu Najwyższego, z dnia 22 lipca 2010 r., IV KK 142/10, OSNwSK 2010 r., z.1, poz.1475)

Trzeba zaaprobować rozstrzygnięcie Sądu I instancji (k.855v) o oddaleniu wniosku oskarżonego (k.631, 632v) i obrońcy (k.789) o ustalenie miejsc logowania telefonów komórkowych Z. B. w dniach 25-27 lutego 2014 r.

Oskarżony został zatrzymany około 8 miesięcy po zdarzeniu. Przeczy by telefonicznie kontaktował się z T. O. lub E. S. (1) i by użytkował numery telefonów zapisane w pamięci aparatów zatrzymanych od tych świadków. Brak jest obiektywnych dowodów wskazujących jakimi telefonami i jakimi kartami SIM dysponował Z. B. w czasie zarzucanego czynu. Nie wiadomo więc jakich kart SIM i jakich aparatów telefonicznych miałyby dotyczyć analiza miejsc logowania postulowana w apelacji by zweryfikować wersje oskarżonego i T. O. oraz E. S. (1). Obrońca także tego nie wyjaśnia.

Stosownie do art. 180a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. 2014 r., poz. 243) z zastrzeżeniem art. 180c ust. 2 pkt 2, operator publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych są obowiązani na własny koszt zatrzymywać i przechowywać dane, o których mowa w art. 180c, generowane w sieci telekomunikacyjnej lub przez nich przetwarzane, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przez okres 12 miesięcy. Okres przechowywania danych telekomunikacyjnych z 25-27 lutego 2015 r. upłynął stąd nie są obecnie dostępne.

Oskarżony złożył swój wniosek w dniu 19 lutego 2015 r. stąd ówczesna możliwość ich uzyskania przed terminem obligatoryjnego zniszczenia była iluzoryczna niezależnie od tego, że nie wiadomo o jakie numery kart SIM i telefonów chodziło i tego, że aktualnie przeprowadzenie tego dowodu jest niemożliwe.

Obrońca bezzasadnie podważa rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego (k.855v) o oddaleniu wniosków oskarżonego (k.702, 787) i obrońcy (k.789) zawierających żądanie wydania uzupełniającej opinii kryminalistycznej z zakresu identyfikacji genetycznej. Niezależnie od wad wniosku obrońcy, o czym pisze Sąd I instancji wypada przypomnieć, że ani apelujący ani jego mandant wcześniej nie wskazywali, że wydana przez Instytut (...) w B. (k.177-184, 331-336) jest dla nich niejasna, lub „nieczytelna” jak pisze w apelacji obrońca (problematykę opiniowania omawiają np. W. A., P. N., I. S. w artykule „Opinia biegłego z zakresu badań genetycznych” Prok. i Pr. 2015 r., z. 10 str. 142-154) . Z opinii tych jasno wynika (por. w szczególności k.181, 183), że w wypadku dwóch dowodowych włosów zapisanych w metryczce jako czerwone, a w opinii jako brązowe, układy polimorficzne (markery genetyczne) były nieoznaczalne, stąd stwierdzenie o negatywnym wyniku ich badania i niemożność określenia czy ich profil genetyczny był zgodny z profilem E. S. (1), T. O., oskarżonego lub każdego innego człowieka. W trzecim włosie dowodowym oznaczonym odpowiednio jako blond i jasnobrązowy zostały zidentyfikowane markery (poza dwoma nie nadającymi się do raportowania) i biegli stwierdzili, że mają inny profil genetyczny niż profil Z. B. i wymienionych świadków (k. 181, 183, 331-336). Widać zatem, że opinia jest pełna, jasna, spójna i zawiera odpowiedź na pytanie obrońcy wyartykułowane w apelacji.

Przepisy art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. i art. 4 k.p.k. wyrażają ogólne zasady prawa: zasadę trafnej reakcji i obiektywizmu. Stanowią one dyrektywy kierunkowe, których realizacji, konkretyzacji służą przepisy szczegółowe i to one mogą stanowić podstawę skutecznego zarzutu odwoławczego (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., III KK 335/10, LEX nr 736755). Powołanie tych przepisów w środku odwoławczym należało więc potraktować jako podkreślenie doniosłości i konsekwencji naruszenia przepisów wyrażających nakazy lub zakazy określonego postąpienia.

Naruszenie art. 410 k.p.k., co podnosi obrońca oskarżonego Z. B., może polegać na oparciu ustaleń na okolicznościach nieuwjawnionych na rozprawie, lub pominięciu istotnych dla rozstrzygnięcia ujawnionych okoliczności (por.np. postanowienie Sądu Najwyższego z 14.06.2013 r., IV KK 82/13, LEX nr 1350322).

W sytuacji, gdy dowody są ze sobą sprzeczne, gdy odmienne są relacje świadka – wcześniejszego podejrzanego, to jest oczywiste, że jednocześnie nie mogą zostać uznane za wiarygodne i stać się podstawą ustaleń. Realizując obowiązek ich weryfikacji Sąd stosownie do art. 7 k.p.k. jedne z nich uznaje za prawdziwe a innym odmawia tej cechy. Nie oznacza to pominięcia tych ostatnich, lecz odmienną od postulowanej przez stronę ich ocenę, zaś dowody niewiarygodne nie mogą być podstawą ustaleń.

Sąd Okręgowy szeroko, przekonująco i bez pomijania istotnych okoliczności korzystnych i niekorzystnych dla oskarżonego omawia (uzasadnienie str. 3-8) powody dla których nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonego i zeznaniom E. K. (1), K. K. i M. R. a uznał za prawdziwe zeznania E. S. (1) (k.670-672, 209-210, 216-218) i T. O. (k.672-673v, 207v-209, 211-214) w których opisywali oni udział i rolę Z. B. w przemyśle narkotyków z Holandii do Polski.

Sąd nie stracił z pola widzenia (uzasadnienie str.4-5), że ci ostatni świadkowie jeszcze jako podejrzeni przeczyli świadomości przewożenia w aucie marihuany, lub przyznając się (E. S.) nie mówili o okolicznościach przemytu (k. 27-31, 33, 85-86, 185-186, 25-26, 32, 87-88). Zmiana relacji nie jest w praktyce wymiaru sprawiedliwości niczym

szczególным. Rzeczą Sądu było rozważenie tych rozbieżnych twierdzeń w świetle całokształtu istotnych ujawnionych okoliczności i wskazanie które z nich są wiarygodne i dlaczego.

Sąd zwrócił uwagę na cechy wypowiedzi świadków, ich treść, okoliczności w jakich zostały złożone, relacje z innymi dowodami wskazując:

- na złożony charakter pomówienia, gdzie świadkowie nie tylko obciążają oskarżonego ale i przyznają, że sami popełnili przestępstwo, można zauważyć, że wbrew apelacji E. S. (1) i T. O. nie mówili jako oskarżeni na rozprawie w dniu 11 lipca 2014 r., że w przemyśle narkotyków uczestniczył Z. B., ale wskazywali na osobę o ps. (...), (...) na którego mówili (...), (...) (k. 207v-210) ;

- że E. S. (1) i T. O. nie mieli powodu by nieprawdziwie pomawiać oskarżonego, którego wg. relacji Z. B. E. S. (1) nie znała, a T. O. znał tylko z widzenia;

- że świadkowie przesłuchani przez prokuratora w dniu 31 lipca 2014 r. niezależnie od siebie i tak samo opisali osobę z którą współdziałali a potem rozpoznali okazywany wśród innych wizerunek oskarżonego (k. 211-214, 216-218), którego wzrost, budowa, karnacja odpowiadają opisowi;

- że E. S. (1) i T. O. zgodnie przedstawili okoliczności w jakich doszło do przywiezienia ponad 5 kg marihuany z Holandii do Polski i rolę oskarżonego;

- że w folderach kontakty aparatów telefonicznych zabezpieczonych od świadków znajdowały się numery telefonów osób określonych jako: (...), (...), (...), a numer telefonu zapisany w aparacie E. S. (1) jako (...) jest taki sam jak numer przypisany do kontaktu (...) w telefonie T. O., co potwierdza również relacje tych świadków, że (...), (...), (...), (...) to ta sama osoba – rozpoznany przez nich Z. B., a oskarżony potwierdził, że inni mówią na niego (...) (k.358v);

- że u E. S. (1) po zatrzymaniu ujawniono kartę płatniczą na nazwisko oskarżonego wydaną przez holenderski bank, którą, jak ona tłumaczy (k.217v), znalazła w samochodzie o. (...);

- że w aucie którym świadkowie przewozili narkotyki odnaleziono podczas przeszukania (k.8-11) dowód ubezpieczenia OC okres 8 stycznia 2014 r.-7 stycznia 2015 r. na nazwisko Z. B.

Sąd I instancji nie pominął zeznań świadków E. K. (1) (k.673v-675), M. R. (k.793) i K. K. (k.794) potwierdzających wersję oskarżonego o przebywaniu z nimi w C. w czasie zarzucanego czynu tylko uznał je za niewiarygodne i to nie wyłącznie dlatego, że początkowa teza dowodowa dotyczyła 24 -25 lutego 2014 r. ale przede wszystkim z racji poprzedzających zeznania (w tym krótko przed nimi) kontaktów z oskarżonym E. K. (1) podającej nieprawdziwe powody wniosku o udzielenie widzenia i spostrzeżeń Sądu co do sposobu składania zeznań przez tych świadków pozostających w bliskich relacjach ze Z. B. (uzasadnienie str. 7-8).

Skarżący nie przedstawia argumentów podważających oceny Sądu I instancji poprzestając na kontestowaniu stanowiska co do wiarygodności zeznań E. S. (1), T. O., E. K. (1), K. K. i M. R. i wskazywaniu na okoliczności, które nie uszły uwagi Sądu.

J. M. nie zeznała (k.167-168, 194v) – jak to twierdzi obrońca- o sprzedaniu przez oskarżonego samochodu o. (...) T. O.. Tak wyjaśniał Z. B. (k.631v, 632). Natomiast J. M. podała (k.167), że auto sprzedała za 1000zł 2 tygodnie przed przesłuchaniem E. S. (1) i miała z nią wtedy osobisty kontakt. Jej relacja nie potwierdza wyjaśnień oskarżonego, lecz jest z nimi sprzeczna. Świadek ta utrzymywała (k.167-168, 194v), że umowa kupna-sprzedaży samochodu została sporządzona, tyle że oskarżony umowy jej nie przekazał bo powiedział, że jej nie ma. Nie może więc dziwić, że Sąd I instancji nie dał wiary tym rozbieżnym twierdzeniom o sprzedaniu przed zdarzeniem pojazdu E. S. (1) lub T. O. a podzielił zeznania tych świadków, że tak nie było.

Potwierdzeniem trafności wniosku Sądu Okręgowego jest opinia Laboratorium (...) w M. (104-165). Trasy zapisane w pamięci nawigacji samochodowej zabezpieczonej w o. (...), którym poruszali się E. S. (1) i T. O. wskazują, że w dniu

8 lutego 2014r. pojazd pokonał trasę C. – R. Śl. Ś. - C., a w dniu 24 lutego 2014 r. o godz. 17.14 więc dzień przed wyjazdem do Holandii odnotowano lokalizację w C. przy ul. (...) to jest pod adresem gdzie jak deklarował mieszkał wtedy Z. B.. Okoliczności te potwierdzają, że samochód o (...) znajdował się wówczas w dyspozycji oskarżonego, a nie E. S. (1) lub T. O., gdy wg. Z. B. pierwsza nie znała go a z drugim miał sporadyczny kontakt.

Ocena dowodów nie wykracza poza ramy określone w art. 7 k.p.k. a wnioski o podstawie faktycznej, winie, kwalifikacji prawnej są prawidłowe.

Zarzut obrazy art. 60 § 3 k.k. jest bezzasadny. Przepis ten stanowi, że Sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet może warunkowo zawiesić jej wykonanie w stosunku do sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, jeżeli ujawni on wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia.

Oskarżony kwestionował swoje sprawstwo, o czym przecież pisze w apelacji obrońca, i nie ujawnił żadnych okoliczności przestępstwa popełnionego we współdziałaniu z E. S. (1) oraz T. O. za które został skazany. Nie było żadnych przesłanek do zastosowania postulowanego w apelacji obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary. Brak danych wskazujących, że Z. B. przekazał organom ścigania istotne, nieznanne informacje o innych przestępstwach (k. 441) a prokurator nie złożył w toku całego postępowania wniosku o jakim mowa w art. 60 § 4 k.k.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej oceny stopnia karygodności czynu oskarżonego oraz stopnia jego winy, w kontekście wpływu tych ocen na wysokość kary, dostrzegł okoliczności związane z decydującą rolą w popełnieniu przestępstwa, zaplanowanym charakterem czynu, a także charakteryzujące stopień demoralizacji oskarżonego, jego dotychczasowy sposób i tryb życia. W konsekwencji wymierzoną oskarżonemu karę pięciu lat pozbawienia wolności i 150 stawek dziennych grzywny nie można uznać za surową w stopniu rażącym, co dopiero pozwalałoby orzec Sądowi Apelacyjnemu zgodnie z wnioskiem apelacji oskarżonego. O rażącej niewspółmierności wymierzonej kary można mówić wtedy, gdy na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny oddziaływać na wymiar kary, można uznać, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd pierwszej instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji odwoławczej, w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary. Taka sytuacja tego w odniesieniu do oskarżonego nie zachodzi.

Z tych wszystkich powodów zarzuty i wnioski apelacji były niezasadne stąd zaskarżony wyrok należało utrzymać w mocy.

O kosztach sądowych postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 636 § 1 k.p.k.

SSA Stanisław Rączkowski SSA Cezariusz Baćkowski SSO(del.) Tomasz Wysocki