

Sygnatura akt II AKa 192/19

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lipca 2019 r.

**Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:**

Przewodniczący: sędzia Jerzy Skorupka

Sędziowie: Andrzej Kot

del. Jarosław Mazurek (spr.)

Protokolant: Paulina Pańczyk

**przy udziale prokuratora Prokuratury (...) Zbigniewa Jaworskiego**

**po rozpoznaniu w dniu 10 lipca 2019 r.**

**sprawy M. N. (1)**

**oskarżonego z art. 62 ust. 2 i art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 12 kk i art. 58 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 12 kk**

**na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego i prokuratora**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu**

**z dnia 1 kwietnia 2019 r. sygn. akt III K 118/18**

**I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok;**

**II. zwalnia oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.**

## UZASADNIENIE

**M. N. (1)** został oskarżony o to, że :

I. w dniu 20 listopada 2017 w N. woj. (...), wbrew przepisom ustawy posiadał znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci amfetaminy w ilości 77,28 g netto oraz wbrew przepisom ustawy posiadał środek odurzający w postaci marihuany w ilości 0,87 g netto i substancję psychotropową w postaci metylofenidatu w ilości 7.99 g netto

**tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 2 i art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk**

II. w okresie od stycznia 2017 r. do października 2017 r. w N., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dziesięciokrotnie udzielił P. Ź. (1) środek psychotropowy w postaci amfetaminy w ilości łącznej 10 gram, każdorazowo po 1 gram za kwotę łączną 200 złotych

**tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 12 kk**

III. w okresie od 15 sierpnia 2017 r. do 19 listopada 2017 r. w N., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej sześciokrotnie udzielił M. N. (2) środek psychotropowy w postaci amfetaminy w ilości łącznej 10 gram, pięć razy po 1 gramie i raz – 5 gram za kwotę łączną 200 złotych

***tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 12 kk***

IV. w okresie od 15 sierpnia 2017 r. do 19 listopada 2017 r., w N., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru udzielił 15 razy M. N. (2) środek psychotropowy w postaci amfetaminy w ilości łącznej 15 gram, każdorazowo po 1 gram

***tj. o przestępstwo z art. 58 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 12 kk***

V. w okresie od października 2017 r. do listopada 2017 r., w N., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dziesięciokrotnie udzielił M. J. (1) środek psychotropowy w postaci amfetaminy w ilości łącznej 19 gram, cztery razy po 1 gramie, trzy razy po dwa gramy i trzy razy po trzy gramy za kwotę łączną 380 złotych

***tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 12 kk***

VI. w październiku 2017 r. w N., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru udzielił czterokrotnie R. S. środek odurzający w postaci marihuany w ilości łącznej 0,8 g każdorazowo po 0,2 g

***tj. o przestępstwo z art. 58 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 12 kk***

VII. w listopadzie 2017 r. w N., woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru udzielił trzykrotnie K. S. (1) środek psychotropowy w postaci mefedronu w ilości łącznej 300 mg, każdorazowo po 100 mg oraz środek odurzający w postaci marihuany w ilości 0,2 g

***tj. o przestępstwo z art. 58 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 12 kk***

Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 1 kwietnia 2019 r., sygn.. akt: III K 118/18 orzekł:

1. uznał oskarżonego M. N. (1) za winnego popełnienia przestępstwa opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 62 ust. 2 i art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył M. N. (1) karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

2. uznał oskarżonego M. N. (1) za winnego popełnienia przestępstw z art. 59 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk opisanych w punktach II, III części wstępnej wyroku, z tą zmianą, iż co do punktu III przyjął nadto, iż jeszcze jednokrotnie udzielił M. N. (2) 1 gram amfetaminy za 30 złotych oraz przyjął, że czyny te zostały popełnione w warunkach ciągu przestępstw i za to na podstawie art. 59 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 91 § 1 kk wymierzył M. N. (1) karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 45 § 1 kk orzekł przepadek równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstw w kwocie 430 (czteryście trzydzieści) zł,

3. uznał oskarżonego M. N. (1) za winnego popełnienia przestępstwa opisanego w punkcie V części wstępnej wyroku z tą zmianą, iż przyjął, że udzielił środka psychotropowego małoletniemu M. J. (2) oraz iż czyn ten stanowi przestępstwo z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i za to na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył M. N. (1) karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 45 § 1 kk orzekł przepadek równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstw w kwocie 380 (trzysta osiemdziesiąt) zł,

4. uznał oskarżonego za winnego przestępstw z art. 58 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk opisanych w punktach IV, VI i VII części wstępnej wyroku, z tą zmianą, iż co do punktu IV przyjął nadto, iż jeszcze

trzykrotnie udzielił M. N. (2) nieodpłatnie po 2 gramy amfetaminy oraz przyjął, że czyny te zostały popełnione w warunkach ciągu przestępstw i za to na podstawie art. 58 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 91 § 1 kk wymierzył M. N. (1) karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

5. na podstawie art. 85 § 1 i 2 w zw. z art. 91 § 2 kk połączył kary pozbawienia wolności orzeczone w punktach 1, 2, 3 i 4 części dyspozytywnej wyroku i wymierzył oskarżonemu M. N. (1) karę łączną 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

6. na podstawie art. 70 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek dowodów rzeczowych w postaci: zawiniątka foliowego z zawartością substancji proszkowej barwy białej o masie netto 77,20 gram, zawierającej w swym składzie 11/9% wag. amfetaminy w postaci soli z domieszką kofeiny, substancji proszkowej barwy białej o masie netto 7,90 gram, zawierającej w swoim składzie metylofenidat z domieszką kofeiny, ziela konopi innych niż włókniste o masie netto 0,78 grama opisanych wykazem dowodów rzeczowych nr I/749/17/N, Drz (...)- (...) przechowywanych w (...)w O.,

7. na podstawie art. 230 § 2 kpk zwrócił M. N. (1) dowód rzeczowy w postaci telefonu komórkowego z napisem S. nr (...) z kartą SIM nr (...) wraz z kartą micro SD, zapisany pod numerem 25/18 pozycja 2 księgi depozytów rzeczowych Sądu Okręgowego w Opolu,

8. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności od 20 listopada 2017 roku godz. 15.00 do 23 maja 2018 roku,

9. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych w całości.

Apelację od tego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonego i prokurator.

**Obrońca oskarżonego – radca prawny M. O. (1)** – zaskarżonemu wyroki zarzucił:

1) obrazę prawa materialnego tj. art. 59 ust. 2 i 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.2018.1030 tj. z dn. 29.05.2018 r.), poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że zarzucany oskarżonemu w punkcie V aktu oskarżenia czyn dotyczący udzielania M. J. (1) środka psychotropowego w postaci amfetaminy stanowi zbrodnię z art. 59 ust. 2, podczas gdy w dacie zarzucanego czynu M. J. (3) był w wieku 17 lat i 11 miesięcy, a więc był osobą niemal pełnoletnią, co prowadzić powinno do wniosku, że zarzucany oskarżonemu czyn stanowi wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art. 59 ust. 3 w/w ustawy.

2) obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść skarżonego orzeczenia, tj. art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., poprzez przyjęcie a priori przez Sąd pierwszej instancji, że wiarygodne są pierwsze, niekorzystne dla oskarżonego zeznania świadków P. Ż. (1), M. N. (2) i R. S., a nie te złożone na dalszym etapie postępowania, którymi świadkowie odciążyli M. N. (1) z pomówienia o udzielanie im narkotyków, podczas gdy procesowe zasady oceny dowodów nie przewidują takiego odgórnego założenia, a świadkowie Ci złożyli odmienne zeznania mimo wyraźnych pouczeń prokuratora i sądu o grożącej im odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, a nawet mimo zapowiedzi wszczęcia przez prokuratora w sprawie tychże zeznań odrębnego postępowania karnego.

3) obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść skarżonego orzeczenia, tj. art. 8 § 1 k.p.k. i art. 391 § 1 k.p.k., poprzez poprzestanie na odczytaniu zeznań świadka M. N. (2) z postępowania przygotowawczego i zeznań złożonych przed Sądem Rejonowym w Nysie oraz skazanie M. N. (1) za odpłatne i nieodpłatne udzielanie M. N. (2) substancji psychotropowych w postaci amfetaminy w sytuacji, gdy świadek ta składała sprzeczne zeznania, odwołała pomówienia M. N. (1) o udzielanie jej substancji psychotropowych, a Sąd Okręgowy w Opolu, wbrew zasadzie bezpośredniości, nie przesłuchał w sprawie sygn.. akt: III K 118/18 tego świadka i nie miał tym samym możliwości we własnym zakresie dokonania bezpośredniej oceny wiarygodności tego świadka.

4) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść tego orzeczenia, a polegający na:

a) przyjęciu, że oskarżony M. N. (1) zajmował się w okresie 2017 roku sprzedażą amfetaminy, podczas gdy zeznania świadków E. K. (1), M. G. (1) i M. Z., wskazują na to, że oskarżony nigdy nie miał przy sobie większych kwot pieniędzy lub wręcz, że oskarżony nierzadko pożyczał od innych drobne kwoty pieniędzy, co mając na względzie zasady doświadczenia życiowego wskazuje na to, że oskarżony nie zajmował się sprzedażą narkotyków i nie osiągał z tego tytułu korzyści majątkowych;

b) przyjęciu, że oskarżony M. N. (1) w okresie od stycznia 2017 roku do października 2017 roku dziesięciokrotnie sprzedał łącznie P. Ż. (1) 10 gram środka psychotropowego w postaci amfetaminy za łączną kwotę 200 zł, każdorazowo po 1 gramie w oparciu o zeznania P. Ż. (1) złożone w dniu 29 stycznia 2018 roku w KPP w N., podczas gdy P. Ż. (1) trzykrotnie pod rygorem odpowiedzialności karnej, w tym przed prokuratorem PR w N. w dniu 22 marca 2018 r, zeznał, że jest alkoholikiem i składał zeznania w dniu 29 stycznia 2018 roku w czasie ciągu alkoholowego, a nadto wskazywał konsekwentnie i logicznie, że M. N. (1) obciążył w czasie przesłuchania w dniu 29 stycznia 2018 roku z chęci zemsty i zazdrości o swoją żonę A. Ż. oraz w związku z tym, że obwinał M. N. (1) o rozpad swojego związku małżeńskiego;

c) przyjęciu, że oskarżony M. N. (1) w okresie od 15 sierpnia 2017 roku do 19 listopada 2017 roku siedmiokrotnie sprzedał M. N. (2) łącznie 11 gramów amfetaminy za łączną kwotę 230 zł w oparciu o zeznania M. N. (2) złożone w dniu 17 stycznia 2017 roku w KPP w N., podczas gdy świadek ta kategorycznie i diametralnie zmieniła zeznania w trakcie przesłuchania na rozprawie przed Sądem Rejonowym w Nysie w dniu 23 maja 2018 roku, kiedy to stanowczo zaprzeczyła temu, aby miała nabywać narkotyki od M. N. (1) oraz logicznie i spójnie przedstawiła motywy wcześniejszego obciążenia oskarżonemu złożonymi zeznaniami;

d) przyjęciu, że oskarżony M. N. (1) w okresie od października 2017 roku do listopada 2017 roku, sprzedał M. J. (1) dziesięciokrotnie łącznie 19 gramów amfetaminy za łączną kwotę 380 zł, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności z samych zeznań świadka M. J. (3), przedłożonych do akt sprawy zdjęć z wesela siostry M. J. (3) zeznań świadka M. G. (1) oraz wyjaśnień podejrzanego wynika, że M. J. (3) jest osobą niewiarygodną, często zmieniającą zdanie i zeznania w zależności od zadanych mu pytań, a także osobą zdeprawowaną, umniejszającą lub negującą swoje negatywne zachowania związane z zażywaniem narkotyków;

e) przyjęciu, że oskarżony M. N. (1) w okresie od 15 sierpnia 2017 roku do 19 listopada 2017 roku piętnastokrotnie poczęstował M. N. (2) amfetaminą, udzielając jej nieodpłatnie po 1 gramie tej substancji, a nadto trzykrotnie po 2 gram tej substancji, podczas gdy świadek ta kategorycznie i diametralnie zmieniła zeznania w trakcie przesłuchania na rozprawie przed Sądem Rejonowym w Nysie w dniu 23 maja 2018 roku, kiedy to stanowczo zaprzeczyła temu, aby miała uzyskiwać narkotyki od M. N. (1) oraz logicznie i spójnie przedstawiła motywy wcześniejszego obciążenia oskarżonego złożonymi zeznaniami;

f) przyjęciu, że oskarżony M. N. (1) w okresie października 2017 roku czterokrotnie udzielił R. S. środka odurzającego w postaci marihuany w łącznej ilości 0,8 grama, każdorazowo po 0,2 grama, podczas gdy świadek ten kategorycznie i diametralnie zmienił zeznania w trakcie przesłuchania na rozprawie przed Sądem Rejonowym w Nysie w dniu 23 maja 2018 roku oraz w trakcie przesłuchania przed Sądem Okręgowym w Opolu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2019 roku, kiedy to stanowczo zaprzeczył temu, aby miał uzyskiwać od M. N. (1) narkotyki oraz logicznie, spójnie i konsekwentnie przedstawił motywy wcześniejszego obciążenia oskarżonego złożonymi zeznaniami;

g) przyjęciu, że oskarżony M. N. (1) w listopadzie 2017 roku trzykrotnie częstował K. S. (1) środkiem psychotropowym w postaci mefdronu oraz jednokrotnie środkiem odurzającym w postaci marihuany, podczas gdy świadek K. S. (1) jest osobą całkowicie niewiarygodną, wieloletnim narkomanem (od 13 roku życia), osobą po próbie samobójczej, ze stwierdzonymi zaburzeniami psychicznymi, która na rozprawie przed Sądem Okręgowym w Opolu w dniu 15 lutego 2019 r. jako świadek częściowo wycofała się ze złożonych uprzednio wyjaśnień dotyczących M. N. (1) w charakterze

podejrzanej wskazując, że była to jej „nadinterpretacja”, a nadto K. S. (1) miała wyraźny motyw, aby pomówić M. N. (1) o udzielanie jej narkotyków, tj. świadek, co też sama zeznała na rozprawie w dniu 15 lutego br., miała do M. N. (1) pretensje o to, że została zatrzymana przez Policję ze znaczną ilością środków odurzających oraz publikowała w portalu społecznościowym (...)posty, w których kierowała do M. N. (1) pretensje;

h) a także na przyjęciu, że oskarżony M. N. (1) w okresie ostatniego kwartału 2017 roku miał wiedzę co do tego, że M. J. (3) był wówczas osobą małoletnią, podczas gdy oskarżony takiej wiedzy nie miał, widując M. J. (3) w okolicznościach, które wskazywały na pełnoletniość, a także pozostając w takim przeświadczeniu w oparciu o wygląd M. J. (3)

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie M. N. (1) od zarzutów popełnienia czynów opisanych w punktach od II do VII części wstępnej wyroku oraz wymierzenie oskarżonemu za czyn z punktu I części wstępnej wyroku kary 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem na okres próby 3 lat oraz przepadek dowodów rzeczowych opisanych w punkcie 6 wyroku; i nie obciążanie oskarżonego kosztami sądowymi.

**Obrońca oskarżonego – adv. W. M.** – zaskarżył wyrok w całości – co do winy i kary – zarzucając:

I. W zakresie czynu opisanego w pkt I części wstępnej sentencji wyroku:

a) obrazę przepisów prawa procesowego mającą istotny wpływ na treść wyroku, a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, polegającą na błędnej ocenie opinii toksykologicznej z dnia 19.01.2018 r. i błędnym przyjęciu, że oskarżony posiadał przy sobie znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci amfetaminy w ilości 77,28 g netto, środek odurzający w postaci marihuany w ilości 77,28 g netto, środek odurzający w postaci marihuany w ilości 0,87 g netto i substancję psychotropową metylofenidatu w ilości 7,99 g netto, podczas gdy prawidłowa analiza ww. opinii wskazuje, bowiem, iż oskarżony posiadał jedynie 11,9 % wag. z 77,28 g tj. 9,1 grama amfetaminy, a także mieszaninę metylofenidatu z kofeiną w nieustalonej ilości oraz susz roślinny, co stanowi, bowiem znamienia znaczości środków odurzających;

b) obrazę przepisów prawa procesowego mającą wpływ na treść wyroku, a to art. 410 k.p.k. poprzez nieuwzględnienie i pominięcie przez Sąd I instancji okoliczności wynikających z opinii toksykologicznej z dnia 19.01.2018 r.;

c) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść poprzez błędne przyjęcie, iż oskarżony w dniu 20 listopada 2017 roku posiadał przy sobie znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci amfetaminy w ilości 77,28 g netto, środek odurzający w postaci marihuany w ilości 0,87 g netto i substancję psychotropową metylofenidatu w ilości 7,99 g netto, podczas gdy prawidłowa analiza ww. opinii wskazuje, bowiem, iż oskarżony posiadał jedynie 11,9 % wag. z 77,28 g tj. 9,1 grama amfetaminy, a także mieszaninę metylofenidatu z kofeiną w nie ustalonej ilości, których to łączna waga nie stanowi o ich znacznej ilości w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

II. W zakresie czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku:

a) obrazę przepisów prawa procesowego mającą istotny wpływ na treść wyroku, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, polegającą na błędnej ocenie zeznań P. Ż. i uznaniu za niewiarygodne kolejnych zeznań ww. świadka, tj. przed prokuratorem oraz sądem, które odwołują swoje dotychczasowe zeznania obciążające oskarżonego, podczas gdy ww. świadek podczas postępowania sądowego konsekwentnie wskazywał, iż odwołuje swoje zeznania, logicznie uzasadniając przyczynę takiego zachowania;

b) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść poprzez błędne przyjęcie, iż oskarżony udzielił P. Ż. (1) środek psychotropowy w postaci amfetaminy w ilości łącznej 10 gram, podczas gdy prawidłowa analiza wszystkich zeznań P. Ż. (1) wskazuje, iż nie otrzymał on jakichkolwiek środków psychotropowych, a uprzednio złożone zeznania były wyrazem jedynie odwetu na oskarżonym oraz występującego wówczas ciągu alkoholowego, a także zostały złożone pod wpływem alkoholu.

III. W zakresie czynu opisanego w pkt III i IV części wstępnej wyroku (pkt 2 i 4 wyroku), zarzucił:

a) obrazę przepisów prawa procesowego mającą istotny wpływ na treść wyroku, a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, polegająca na błędnej ocenie zeznań M. N. (2) i uznaniu za niewiarygodne kolejnych zeznań ww. świadka tj. przed sądem, które odwołują swoje dotychczasowe zeznania obciążające oskarżonego, podczas gdy ww. świadek podczas postępowania sądowego konsekwentnie wskazywał, iż odwołuje swoje zeznania, logicznie uzasadniając przyczynę takiego zachowania;

b) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść poprzez błędne przyjęcie, iż oskarżony udzielił M. N. (2) środek psychotropowy w postaci amfetaminy, podczas gdy prawidłowa analiza wszystkich zeznań M. N. (2) wskazuje, iż nie otrzymała ona jakichkolwiek środków psychotropowych, a uprzednio złożone zeznania były wyrazem jedynie wpłynięcia przez organy ścigania na ww. świadka i nakłanianiem jej do złożenia zeznań o określonej treści.

IV. W zakresie czynu opisanego w pkt V części wstępnej sentencji wyroku (pkt 3 wyroku):

a) obrazę przepisów prawa procesowego mającą istotny wpływ na treść wyroku, a to art. 4 i 7 k.p.k. poprzez dowolną i jednokierunkową, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, z pominięciem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, poprzez nie przyznanie waloru wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego w zakresie nieposiadania przez niego wiedzy odnośnie wieku M. J. (3) w chwili zarzucanego oskarżonemu czynu, w sytuacji, gdy z wyjaśnień oskarżonego oraz zeznań M. G. (1) nie wynika, że oskarżony znał M. J. (3) na tyle dobrze by domniemywać, że miał wiedzę, co do wieku tego świadka; a także nie przyznania wiarygodności wyjaśnieniom oskarżonego w zakresie faktu nieudostępniania M.J. środków odurzających;

b) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść poprzez błędne przyjęcie, iż oskarżony posiadał wiedzę odnośnie wieku M. J. (3) w chwili zarzucanego oskarżonemu czynu, podczas gdy prawidłowa analiza wszystkich zeznań a w szczególności M. G. oraz wyjaśnienia oskarżonego wskazują, że oskarżony nie znał M. J. (3) na tyle dobrze, by domniemywać, że miał wiedzę, co do wieku tego świadka, a także błąd w ustaleniach faktycznych poprzez błędne przyjęcie, iż oskarżony udostępnił M. J. (4) środki odurzające.

V. W zakresie czynu opisanego w pkt VI części wstępnej wyroku (pkt 3 wyroku):

a) obrazę przepisów prawa procesowego mającą istotny wpływ na treść wyroku, a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów polegająca na błędnej ocenie zeznań R. S., uznaniu za niewiarygodne kolejnych zeznań ww. świadka, tj. przed sądem, które odwołują swoje dotychczasowe zeznania obciążające oskarżonego, podczas gdy ww. świadek podczas postępowania sądowego konsekwentnie wskazywał, że odwołuje swoje zeznania, logicznie uzasadniając przyczynę takiego zachowania;

b) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść poprzez błędne przyjęcie, iż oskarżony udzielił R. S. środków w postaci marihuany, podczas gdy prawidłowa analiza wszystkich zeznań R. S. wskazuje, iż nie otrzymał on jakichkolwiek środków odurzających, a uprzednio złożone zeznania były wyrazem jedynie wpłynięcia przez organy ścigania na ich treść i zostały spisane niezgodnie z intencją świadka.

VI. W zakresie czynu opisanego w pkt VII części wstępnej wyroku (pkt 3 wyroku):

a) obrazę przepisów prawa procesowego mającą istotny wpływ na treść wyroku, a to art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów polegająca na przyznaniu wiarygodności w pełni zeznaniom K. S. (1) i uznaniu za niewiarygodne wyjaśnienia oskarżonego, podczas gdy ww. świadek występowała w sprawie związanej z oskarżonym, jako współoskarżona i pomawiała oskarżonego jedynie w celu uzyskania lepszej sytuacji procesowej swojej osoby, a także nie stanowiła wiarygodnego źródła dowodowego, z uwagi na występujące u nich zaburzenia psychiczne, potwierdzone przez psychiatrów;

b) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść poprzez błędne przyjęcie, iż oskarżony udzielił K. S. (1) środków odurzających, podczas gdy prawidłowa analiza wszystkich zeznań wskazuje, iż K. S. (1) nie otrzymała jakichkolwiek środków odurzających od oskarżonego.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w pkt I sentencji poprzez wyeliminowanie z opisu czynu znamienia znacznej ilości substancji psychotropowych oraz zmianę kwalifikacji prawnej czynu na art. 62 ust. 1 ustawy i wymierzenie kary o charakterze nie izolacyjnym.
2. zmianę zaskarżonego wyroku w pkt II, III, IV sentencji wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych w części wstępnej wyroku czynów zabronionych.

Alternatywnie z daleko posuniętej ostrożności (nie uznając sprawstwa i winy oskarżonego) w przypadku nieuwzględniania powyższych zarzutów, zarzucił:

1. Na podstawie art. 438 pkt 4 k.p.k. – rażąco niewspółmierność wymierzonych oskarżonemu kar pozbawienia wolności w pkt 1, 2, 3, 4 wyroku, podczas gdy nieznaczny stopień społecznej szkodliwości czynu zabronionego przypisanego oskarżonemu, stopień jego zawinienia, a także wzgląd na cele zapobiegawcze i wychowawcze, jakie kara powinna osiągnąć w stosunku do oskarżonego uzasadniają wymierzenie kary łagodniejszej, w szczególności poprzez zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary.
2. Na podstawie art. 438 pkt 4 k.p.k. – rażąco niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności orzeczonej w pkt 5 zaskarżonego wyroku, a która to niewspółmierność jest wynikiem niezastosowania oskarżonego zasady pełnej absorpcji.
3. Niezastosowanie instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary z art. 60 § 2 k.k. wobec orzeczonych w pkt 1, 2, 3, 4 w sytuacji, gdy najniższa kara przewidziana za zarzucone oskarżonemu przestępstwa i orzeczone wobec oskarżonego są niewspółmiernie surowe, a oskarżony z uwagi na swoją postawę okoliczności związane z zarzucanymi czynami, zasługiwał na szczególne potraktowanie i wymierzenie mu kar z zastosowaniem przepisu art. 60 § 2 k.k. i wymierzenie kar poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o zmianę wyroku w pkt 1, 2, 3, 4, 5 sentencji wyroku i wymierzenie oskarżonemu kary z zastosowaniem instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary i orzeczeniem jednostkowych kar pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a także wymierzenie kary łącznej na zasadzie pełnej absorpcji.

**Prokurator Rejonowy w Nysie** zaskarżył wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze, zarzucając:

rażącą niewspółmierność orzeczonych wobec oskarżonego M. N. (1) kar jednostkowych za czyn określony w pkt I części rozstrzygającej wyroku kwalifikowany z art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, za czyny określone w pkt II i III części rozstrzygającej wyroku kwalifikowane z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za czyn określony w pkt V części rozstrzygającej wyroku kwalifikowany z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz kary łącznej w wymiarze 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności w stosunku do wysokiego stopnia społecznej szkodliwości czynów zarzucanych oskarżonemu oraz wysokiego stopnia winy wskutek niedostatecznego uwzględnienia okoliczności obciążających takich jak okoliczność, że M. N. (1) zajmował się sprzedażą amfetaminy i sprzedawał ją także małoletnim, że – jako osoba w okresie objętym zarzutami uzależniona – był świadom konsekwencji swoich działań oraz wpływu narkotyków na zdrowie i życie osób, którym je sprzedawał lub nieodpłatnie udzielał, jego działanie było umyślne i w zamiarze bezpośrednim przy równoczesnym nadaniu nadmiernego znaczenia faktowi, że oskarżony popełnił czyny pozostające w ścisłym związku przedmiotowym kwalifikowane z pokrewnych przepisów tej samej ustawy, odstęp czasu pomiędzy poszczególnymi przestępstwami jest nieznaczny, a poszczególne czasookresy zazębiają się, co miało wpływ na zastosowanie przez sąd przy wymiarze kary łącznej zasady asperacji.

Podnosząc powyższy zarzut, apelujący wniósł o: zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu M. N. (1):

- za czyn określony w pkt I części rozstrzygającej wyroku kwalifikowany z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. – kary 1 roku i 8 miesięcy pozbawienia wolności;

- za czyn określony w pkt II i III części rozstrzygającej wyroku kwalifikowane z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k. – kary 3 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności;

- za czyn określony w pkt V części rozstrzygającej wyroku kwalifikowany z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. – kary 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

oraz wymierzenie kary łącznej w wymiarze 5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a w pozostałym zakresie pozostawienie wyroku bez zmian.

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

Apelacje obu obrońców oskarżonego M. N. (1), a także apelacja Prokuratora okazały się niezasadne. W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny odniesie się do apelacji obrońców oskarżonego: r.pr. M. O. (2) oraz adw. W. M. i zostaną omówione łącznie, albowiem obie zawierają tożsame zarzuty obrazy przepisów postępowania, w szczególności naruszenie art. 7, art. 8, i art. 410 k.p.k. powodujące dokonanie przez sąd błędnych ustaleń faktycznych skutkujących przyjęciem, że M. N. (1) odpłatnie i nieodpłatnie udzielał środków narkotycznych, w tym również osobie małoletniej, co w konsekwencji skutkowało wyrokiem skazującym. Obrońcy zarzucili również popełnienie błędu w zakresie ustaleń dotyczących posiadania znacznej ilości substancji psychotropowej w postaci amfetaminy (zarzut I aktu oskarżenia). Z podniesionymi zarzutami nie można się jednak zgodzić. Wbrew twierdzeniom apelujących Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił, iż w dniu 20 listopada 2017 r. u M. N. (1) zabezpieczono amfetaminę w ilości 77,28 gram netto, marihuanę w ilości 0,87 gram i substancję psychotropową w postaci metylofenidatu w ilości 7,99 gram. Następnie prawidłowo sąd uznał, że taka ilość środków narkotycznych wypełnia ustawowe znamiona przestępstwa z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. O tym, że ustalenia te są prawidłowe świadczą zebrane w śledztwie i ujawnione na rozprawie dowody (protokół przeszukania k.7-8, protokół zważenia k.12,121, opinia fizykochemiczna zabezpieczonych narkotyków k. 134-137). Apelacja obrońcy koncentruje się na zabezpieczonej amfetaminie i podnosi niesłuszny zarzut, iż sąd I instancji dokonał błędnej oceny wniosków zawartych w opinii kryminalistycznej tej substancji psychotropowej. Zdaniem skarżącego nie uwzględnił okoliczności, że zabezpieczona u oskarżonego biała substancja proszkowa o masie netto 77,28 gram była mieszaniną białego proszku, która zawierała kofeinę i sole amfetaminy o objętości wagowej 11,9 % w całej zabezpieczonej substancji. Podniesiony zarzut nie jest trafny ponieważ przepisy ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii nie wymagają, by dla odpowiedzialności za posiadanie substancji psychotropowej (amfetaminy) konieczne było jej wyodrębnienie z zabezpieczonej mieszaniny, której jest częścią składową. Za niezasadnością tak postawionego zarzutu świadczą ostatnie judykaty Sądu Najwyższego z których wynika, że przedmiotem osądu jest całość zabezpieczonej substancji jako środka narkotycznego, gdyż przedmiotem obrotu czarnorynkowego nie jest czysta amfetamina, a jedynie jej mieszanina. Tak np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2017 r. w sprawie III KK 261/17 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2017 r. w sprawie II KK 76/17. Niezasadny jest zatem zarzut obrońców, że sąd nieprawidłowo ustalił ilość posiadanej amfetaminy, a skoro tak to całkowicie zasadne było przyjęcie przez sąd I instancji, że posiadanie ponad 80 gramów środków narkotycznych stanowi „znaczna ilość” substancji psychotropowej w rozumieniu art. 62 ust 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Przypomnieć należy niekwestionowane w orzecznictwie sądów stanowisko, iż w sytuacji gdy ilość posiadanego środka wystarczy do jednorazowego odurzenia się co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, to wówczas taka ilość uznawana jest za ilość znaczną w rozumieniu art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Celem dodatkowego wykazania, że podniesiony zarzut obrońców odnośnie ilości i jakości zabezpieczonej amfetaminy jest całkowicie chybiony warto przytoczyć postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2014 r. w sprawie III KK 208/14 „Dla przypisania oskarżonemu odpowiedzialności z art. 62 ust. 2 u.p.n. nie jest konieczne dokładne ustalenie, ile substancji aktywnej (zabronionej) znajduje się w tabletkach i proszku. Chociaż



substancje psychotropowe będące przedmiotem nielegalnego obrotu (posiadania) z reguły nie są czystym narkotykiem z uwagi na mogące pojawić się w procesie produkcji zanieczyszczenia albo celowe dodawanie zwiększających masę tzw. wypełniaczy, to w toku postępowania w celu wydania prawidłowego orzeczenia nie zachodzi konieczność oddzielenia (w zależności od procentowej jakości narkotyku) innych substancji. – Lex nr 1495843.

Obaj obrońcy M. N. (1) w dalszych zarzutach złożonych w apelacji kwestionują poprawność ustaleń faktycznych w zakresie przypisania odpłatnego i nieodpłatnego udzielania przez M. N. (1) środków odurzających P. Ż. (1), M. N. (2), M. J. (1), R. S. oraz K. S. (1). Obrońcy podnoszą, że sąd popełnił błąd z uwagi na naruszenie przepisów art. 7 k.p.k. i 4 k.p.k. przez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego. W szczególności wskazują, iż P. Ż. (1) i M. N. (2) składając zeznania przed sądem I instancji „odwołali” wcześniej złożone zeznania obciążającego oskarżonego. Zarzucono sądowi, iż bezpodstawnie dał wiarę zeznaniom M. J. (3) oraz K. S. (1) - świadkom niewiarygodnym, gdyż mieli powody do fałszywego pomawiania oskarżonego. Jednak podniesione zarzuty i powołane w apelacji argumenty nie zasługują na uwzględnienie. Podkreślić należy, że Sąd Okręgowy w Opolu w sposób prawidłowy - zgodny z przepisami k.p.k. przeprowadził postępowanie dowodowe w sprawie, a każdy z ujawnionych w toku przewodu sądowego dowodów poddał analizie w pisemnym uzasadnieniu. Ocena dokonana przez sąd I instancji, uznana być musi za ocenę swobodną, o której mowa w art. 7 k.p.k. i jako taka pozostaje pod ochroną tego przepisu. Kontrola apelacyjna nie wykazała, aby sąd I instancji przekroczył granice swobodnej oceny dowodów w kierunku oceny dowolnej, nie stwierdzono też błędu w rozumowaniu sądu, a przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku argumenty odpowiadają wymogom określonym w art. 424 k.p.k.

Prawdą jest, że w toku postępowania przed Sądem Okręgowym w Opolu P. Ż. (1) nie potwierdził, by oskarżony odpłatnie udzielał mu amfetaminy, podobnie jak nie potwierdziła takich okoliczności M. N. (2) słuchana przed Sądem Rejonowym w Nysie. Również R. S. zaprzeczył uzyskaniu od oskarżonego 0,89 grama marihuany. Rzecz jednak w tym, że procedura karna nie przewiduje większej wartości i ważności dowodu złożonego przed sądem w porównaniu z tym uzyskanym na etapie postępowania przygotowawczego. Z punktu widzenia zasad procesowych, o istotności dowodu decyduje nie faza procesowa jego pozyskania, ale wyłącznie wartość merytoryczna. Przy ocenie każdego dowodu sąd musi brać pod uwagę całość zebranego w sprawie materiału dowodowego, albowiem z zasady swobodnej oceny dowodów wynika, że wszystkie dowody oceniane są łącznie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Jak słusznie podniósł w uzasadnieniu sąd I instancji za wiarygodne sąd uznał dowody w postaci pierwszych zeznań złożonych przez tych świadków, albowiem nie można w przedmiotowej sprawie nie zauważyć pewnego logicznego ciągu zdarzeń, który zaistniał przy składaniu przez świadków swoich pierwszych zeznań. Otóż po zatrzymaniu oskarżonego M. N. (1) w dniu 20 listopada 2017 r. dokonano zabezpieczenia jego telefonu komórkowego, a następnie w wyniku analizy zawartości telefonu, w szczególności zapisanych kontaktów oraz połączeń i wiadomości tekstowych ustalono potencjalnych klientów oskarżonego. W ten właśnie sposób wytypowano P. Ż. (1), M. N. (2), M. J. (3), R. S., K. S. (1). Osoby te przesłuchano w charakterze świadków i wszystkie potwierdziły podczas przesłuchania, że znają oskarżonego i że udzielał im środków narkotycznych.

Nieprzekonywające są te argumenty obrońcy, iż sąd w sposób nieprawidłowy oparł się na pierwszych obciążających oskarżonego zeznaniach P. Ż. (1), które ten następnie odwołał i wskazał, że był przesłuchiwany pozostając w ciągu alkoholowym. Po pierwsze oskarżony słuchany przed Sądem Okręgowym w Opolu (karta 554) potwierdził, że odczytane mu zeznania pochodziły od niego i nie wskazał, by zostały złożone pod przymusem czy pod wpływem sugestii przesłuchującego. W toku postępowania nie wykazano również, aby rzeczywiście zeznania świadka złożone zostały w warunkach artykułu 171 §7 k.p.k., które wyłączałyby ten protokół z materiału dowodowego. Sąd mając do dyspozycji dwie przeciwne relacje tego samego świadka miał możliwość bezpośredniej konfrontacji jego zeznań z innymi dowodami zebranymi w sprawie, dokonał oceny tych dowodów i przyjął że wiarygodne są te zeznania złożone na początku postępowania przygotowawczego. Sąd I instancji na stronie 5 i 6 uzasadnienia w sposób bardzo dokładny wyjaśnia dlaczego nie dał wiary późniejszym zeznaniom P. Ż. (1) wskazując, że świadek na rozprawie nie wyjaśnił w sposób przekonujący dużej ilości kontaktów z oskarżonym nie wyjaśnił również okoliczności, że jego żona przestała pracować z oskarżonym dwa lata w przed zaistniałymi zdarzeniami. Nadto informacje wynikające z treści zapisów tekstowych pomiędzy oskarżonymi nie wskazują na wrogość, a raczej przyjacielskie kontakty. Taka ocena

dowodów zasługuje na aprobatę i słusznie sąd I instancji za wiarygodne uznał pierwsze zeznania tego świadka złożone na policji. Analogicznie należało ocenić zeznania M. N. (2), która przesłuchana w postępowaniu przygotowawczym (dwukrotnie na policji i przed prokuratorem) potwierdziła nabywanie amfetaminy od oskarżonego zarówno odpłatnie jak i nieodpłatnie, zaś późniejsze jej zeznania złożone przed Sądem Rejonowym w Nysie, w których wycofała się z obciążających oskarżonego zeznań słusznie zostały uznane za niewiarygodne. Za niezasadny uznano także zarzut naruszenia artykułu 8 §1 k.p.k. w zw. z art. 391 §1 k.p.k. Przede wszystkim bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 8 k.p.k. Przepis ten dotyczy samodzielności sądu stanowiąc, że sąd karny rozstrzyga samodzielnie zagadnienia faktyczne i prawne i nie jest związany rozstrzygnięciami żadnego innego organu. W przedmiotowej sprawie ten przepis w ogóle nie znajduje zastosowania, bowiem dotyczy on przejęcia stanowczych ustaleń innego organu, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Sąd korzystając z art. 391 § 1 k.p.k. z uwagi na to, że świadek przebywała za granicą ujawnił zeznania M. N. (2) złożone przed Sądem Rejonowym w Nysie i w tym znaczeniu nie naruszono żadnego z powołanych wyżej przepisów. Art. 391 § 1 k.p.k. jednoznacznie wskazuje, że w przypadku, gdy świadek przebywa za granicą można jego wcześniej złożone zeznania odczytać. Tak odczytane zeznania podlegają następnie ocenie w ramach swobodnej oceny dowodów wynikającej z art. 7 k.p.k. W przypadku M. N. (2) sąd dysponował zarówno zeznaniami z postępowania przygotowawczego, w których obciążyla oskarżonego, oraz zeznaniami złożonymi przed Sądem Rejonowym w Nysie, kiedy to zeznania obciążające wycofała. Okoliczność, że świadek nie składała zeznań bezpośrednio przed Sądem Okręgowym w Opolu nie powoduje niemożności ich prawidłowej oceny. Podobnie jak w przypadku P. Ż. (1), prócz zeznań świadka należało uwzględnić dodatkowe okoliczności wynikające z informacji pochodzących z zabezpieczonego telefonu oskarżonego. To właśnie korzystając z tych informacji podczas przesłuchania na policji zadawano świadkowi konkretne pytania, na które udzielała wyczerpujących odpowiedzi. Świadek M. N. (2) zeznania te potwierdziła będąc następnie przesłuchiwaną przez prokuratora. Słusznie zatem zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów sąd I instancji uznał pierwsze zeznania tego świadka za wiarygodne. Analiza zeznań złożonych przed Sądem Rejonowym w Nysie, w trakcie których to wycofała się z obciążających oskarżonego zeznań jest nieprzekonywująca. Analogicznie należało ocenić zeznania złożone przez R. S.. Również nie można zgodzić się z zarzutem, iż sąd I instancji naruszył przepis art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. Po pierwsze w przypadku odmiennych relacji w zeznaniach tego samego świadka nie sposób przyjąć wszystkie zeznania za podstawę do ustaleń faktycznych. Jest oczywistym, że w podstawie faktycznej skazania sąd powołuje dowody, które wskazują na określone ustalenia, a tym samym nie powołuje innych dowodów, które tym ustaleniom przeczą. Nie znaczy to jednak, że sąd narusza art. 410 k.p.k. w tym znaczeniu, że opiera rozstrzygnięcie nie na całokształcie zebranych w sprawie dowodów. Przepis ten aktualizuje się dopiero wtedy, kiedy dowód został rzeczywiście przeprowadzony i uznany za wiarygodny, a istotna okoliczność faktyczna wynikająca z tego dowodu nie została wykorzystana w podstawie ustaleń faktycznych. W przedmiotowej sprawie tak jednak nie było, sąd stosując prawidłowo art. 410 k.p.k. przeanalizował wszystkie możliwe dowody, ale tylko niektórym z nich nadał walor ważności, przesądzając i wskazując w uzasadnieniu, którym to zeznaniom świadków (tym złożonym w fazie postępowania przygotowawczego) dał wiarę i poczynił na ich podstawie ustalenia faktyczne, a w dalszej części uzasadnienia zgodnie z wymogami art. 424 § 1 punkt 1 k.p.k. wskazał dlaczego niektórym dowodom (tym złożonym na rozprawie głównej) nie dał wiary. Takie postępowanie jest właśnie realizacją zasady swobodnej oceny dowodów wynikającej z art. 7 k.p.k..

Za całkowicie chybiony uznano zarzut dotyczący oceny zeznań K. S. (1) i zarzut błędu w ustaleniach faktycznych dotyczących nieodpłatnego udzielania narkotyków tej osobie. Przede wszystkim zauważyć należy, że słuchana w charakterze świadka przed Sądem Okręgowym w Opolu K. S. (1) potwierdziła wielokrotne udzielanie jej przez oskarżonego narkotyku, a dodać należy, że podobne w treści zeznania złożyła również w postępowaniu przygotowawczym. Zarzut, iż jej zeznania są niewiarygodne, gdyż jest wieloletnią narkomanką nie może być uznany za słuszny. Prawo procesowe nie uzależnia wiarygodności dowodów od takich okoliczności jak stopień rozwoju umysłowego, uzależnienie od alkoholu, narkotyków, hazardu itp., powiązań rodzinnych lub towarzyskich ze sprawcą. Każda wyżej wymieniona okoliczność powoduje konieczność wnikliwej weryfikacji zeznań, ale podlega ocenie Sądu w ramach swobodnej oceny dowodów. Sąd I instancji dał wiarę jej zeznaniom i wskazał, że przy ocenie tego dowodu miał na uwadze także opinię dotyczącą K. S. (1) pochodzącą z (...) zespołu hosteli socjalno- readaptacyjnych (...). Przy ocenie zeznań tego świadka należy wziąć pod uwagę również treść opinii sądowo psychiatrycznej, z której wynika, że jakkolwiek stwierdzono u K. S. zaburzenia psychiczne spowodowane używaniem substancji psychoaktywnych, to

jednak nie stwierdzono choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego czy też innych zaburzeń po myśli art. 31§1 i 2 k.k., stwierdzono także, że jej stan rozwoju umysłowego jest na tyle poprawny, że może występować przed sądem samodzielnie. Stwierdzenia opinii biegłych lekarzy specjalistów pośrednio wskazują, że nie było zastrzeżeń, co do możliwości postrzegania czy opisywania zaistniałych zdarzeń. W tym kontekście twierdzenia obrońcy, że jej zeznania są niewiarygodne, bo jest wieloletnią narkomanką są jedynie polemiką z prawidłowo dokonaną przez sąd I instancji oceną tego dowodu. Apelacja nie wykazała w żaden sposób, iż konsekwentne zeznania złożone przez tego świadka są nieprawdziwe. W apelacji obrońcy podniesiono także zarzut błędnego ustalenia, co do udzielania narkotyku osobie małoletniej, a następnie zarzut naruszenia prawa materialnego dotyczącego zastosowania art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Po pierwsze zarzut błędu w ustaleniach faktycznych dotyczący braku świadomości oskarżonego, co do wieku M. J. (3) nie może być uwzględniony. To prawda, że w dacie przypisanego czynu M. J. (3) miał 17 lat i 10 -11 miesięcy, a więc był bliski pełnoletności. Dodatkowo obrońcy podnoszą, iż oskarżony był przekonany o tym, że M. J. (3) jest pełnoletni, a swoje przekonanie opierał na tym, że świadek spożywał alkohol, miał tatuaże, był widywany w środowiskach, gdzie zażywa się narkotyki. Rzeczywiście jest to istotny element zarzutu apelacyjnego, gdyż przyjęcie braku świadomości oskarżonego, co do rzeczywistego wieku nabywcy narkotyków powodować powinno przyjęcie odpowiedzialności za typ podstawowy przestępstwa z art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Rzecz jednak w tym, że jak prawidłowo ustalił sąd I instancji w dacie zarzucanego czynu M. J. (3) nie miał ukończonych 18 lat i oskarżony o tym wiedział. Za takim ustaleniem przemawiają zebrane w sprawie dowody, przede wszystkim stanowcze zeznanie M. J. (3) złożone podczas rozprawy przed Sądem Okręgowym w Opolu (karta 551-552). Z zeznań tych wynika, że oskarżony znał świadka od dłuższego czasu, razem spożywali alkohol, który świadkowi kupował oskarżony, właśnie dlatego, że ten nie miał ukończonych 18 lat życia, oskarżony wiedział, że świadek chodzi do szkoły. Wskazane wyżej okoliczności w sposób jednoznaczny świadczą, że oskarżony miał świadomość tego, że M. J. (3) był wówczas osobą małoletnią, to zaś czyni w pełni zasadnym przypisanie mu odpowiedzialności za popełnienie zbrodni z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. W tym miejscu przywołać można dodatkowo orzecznictwo Sądu Najwyższego, które wskazuje, że dla przyjęcia odpowiedzialności za typ kwalifikowany odpłatnego udzielania narkotyków wystarczające jest w świadomości sprawcy godzenie się, że udziela narkotyków osobie małoletniej. Nie jest wymagana bezwzględna wiedza, co do rzeczywistego dokładnego wieku nabywcy narkotyku. Obrońca oskarżonego r.pr. M. O. (1) podniósł także zarzut obrazy prawa materialnego, to jest przepisu art. 59 ust. 2 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w tym znaczeniu, że nie kwestionując ustaleń faktycznych, co do udzielenia narkotyku osobie w wieku 17 lat i 11 miesięcy, bezzasadnym było przypisanie działania w warunkach art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a koniecznym było przyjęcie wypadku mniejszej wagi z art. 59 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Tak podniesiony zarzut jest oczywiście niesłuszny. Rację ma obrońca, gdy twierdzi, że wypadek mniejszej wagi ma zastosowanie zarówno do typu podstawowego jak i również do typu kwalifikowanego, to jest zbrodni z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Rzecz jednak w tym, że o wypadku mniejszej wagi nie może decydować wiek nabywcy narkotyku, a wyłącznie wielkość i rodzaj udzielonego narkotyku. W przedmiotowej sprawie, z uwagi na dużą ilość sprzedanej amfetaminy wykluczone jest przyjęcie wypadku mniejszej wagi .

Obrońca oskarżonego r.pr. M. O. (1) w pkt. 4 apelacji podniósł zarzut błędu w ustaleniach faktycznych sprowadzający się do niezasadnego zdaniem obrońcy przyjęcia, że w okresie roku 2017 M. N. (1) zajmował się sprzedażą amfetaminy pomimo zeznań świadków E. K. (2), M. G. (1) i M. Z., którzy wskazywali że oskarżony nigdy nie miał przy sobie większych kwot pieniędzy, a zatem nie mógł się zajmować sprzedażą narkotyków i nie osiągał z tego tytułu żadnych korzyści majątkowych. Jak wcześniej podniesiono sąd I instancji nie popełnił błędu w zakresie ustalenia odpłatnego udzielania amfetaminy, zaś przywołane zeznania wskazanych wyżej świadków, po pierwsze nie przeczą tej okoliczności, a po drugie z ich zeznań nie sposób wyprowadzić logicznego wniosku o nie prowadzeniu sprzedaży narkotyków przez oskarżonego.

Obrońca oskarżonego adw. W. M. w apelacji złożył także alternatywny wniosek, w którym zarzucił naruszenie przepisu art. 438 pkt. 4 k.p.k. dotyczącego wymierzenia oskarżonemu kar rażąco surowych i to zarówno w zakresie kar jednostkowych jak i kary łącznej.

Ponieważ apelację od wyroku tylko w zakresie kary wywiódł także oskarżyciel publiczny podnosząc również zarzut z art. 438 pkt. 4 k.p.k. przy czym zarzucił rażąco niewspółmierność (łagodność) orzeczonych kar jednostkowych i kary łącznej, to kwestie te zostaną omówione łącznie.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego obie apelacje w tej części nie zasługują na uwzględnienie, nie można zasadnie twierdzić, iż orzeczone kary jednostkowe wymierzone M. N. (1) za poszczególne przestępstwa jak też wymierzona kara łączna są niewspółmierne i rażąco surowe jak zarzuca obrońca lub rażąco łagodne jak podnosi oskarżyciel publiczny. Poza sporem jest, że orzeczone kary jednostkowe mieszczą się w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego przepisami ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i faktem jest, iż sąd I instancji wymierzył te kary w granicach dolnego ustawowego zagrożenia. Nie znaczy to jednak, że wymierzone kary są niewłaściwe. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że rażąca niewspółmierność kary występuje wtedy, gdy kara orzeczona nie uwzględnia w należyty sposób stopnia społecznej szkodliwości przypisywanego czynu oraz nie realizuje wystarczająco celu kary, ze szczególnym uwzględnieniem celów zapobiegawczych i wychowawczych. Pojęcie niewspółmierności rażącej oznacza znaczną, wyraźną i oczywistą, a więc niedającą się zaakceptować dysproporcję między karą wymierzoną, a karą sprawiedliwą (zasłużoną). Przesłanka rażącej niewspółmierności kary jest spełniona tylko wtedy, gdy na podstawie ustalonych okoliczności sprawy, które powinny mieć decydujące znaczenie dla wymiaru kary, można przyjąć, że występuje wyraźna różnica między karą wymierzoną, a karą która powinna zostać wymierzona w wyniku prawidłowego zastosowania dyrektyw wymiaru kary oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo (por. wyroki SN: z 22.10.2007 r., (...) 75/07, LEX nr 569073; z 26.06.2006 r., (...) 28/06, LEX nr 568924; z 30.06.2009 r., WA 19/09, OSNwSK 2009, poz. 1255; z 11.04.1985 r., V KRN 178/85, OSNKW 1985/7-8, poz. 60).

W ocenie Sądu Apelacyjnego kary jednostkowe wymierzone oskarżonemu M. N. (1) za przypisane mu przestępstwa i ciągu przestępstw nie są rażąco surowe, jak również nie noszą cech kar rażąco łagodnych. O rażącej niewspółmierności kary jak wynika z praktyki orzeczniczej można mówić wówczas, gdy orzeczona kara w porównaniu do kary sprawiedliwej pozostaje w dysproporcji „wyraźnej”, „osłepiającej”. A zatem jak trafnie podnosi się w orzecznictwie zmiana kary w instancji odwoławczej nie może następować w każdym wypadku, w którym jest możliwa wedle własnej oceny sądu odwoławczego, lecz wtedy tylko, gdy kara orzeczona nie daje się zaakceptować z powodu różnicy pomiędzy nią, a karą sprawiedliwą, różnicy o randze zasadniczej, rażącej, wręcz „bijącej w oczy” (zob. wyrok SN z dnia 2 lutego 1995 roku - KZS 4/96 poz. 42). Przeciwnie zgodnie z art. 53 § 1 k.k. to sąd I instancji wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Ewentualna korekta wyroku w zakresie wysokości kary powinna następować tylko wyjątkowo, gdy kara jest oczywiście niesprawiedliwa tj. rażąco odbiegająca od kary postulowanej. Uwzględniając powyższe wskazać należy, iż całkowicie niezasadny jest zarzut pierwszy z alternatywnego wniosku obrońcy oskarżonego adw. W. M., gdyż wymierzone kary jednostkowe pozbawienia wolności: roku za przestępstwo z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, 2 lat za ciąg przestępstw z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, 3 lat za przestępstwo ciągle z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i 2 lat za ciąg przestępstw z art. 58 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii nie są karami surowymi i odpowiadają szkodliwości społecznej poszczególnych czynów i stopniowi zawinienia oskarżonego. Oczywiście za niesłuszny uznać należy zarzut niezastosowania art. 60 § 2 k.k. Podnieść należy tylko, że instytucja ta ma charakter fakultatywny, a więc jej zastosowanie zależy wyłącznie od uznania sądu i jej niezastosowanie *in concreto* nie może być podstawą do skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia prawa materialnego. Odnosząc się do apelacji oskarżyciela publicznego, co do wysokości wnioskowanych kar jednostkowych to wskazać należy, że nawet różnica pomiędzy wysokością kar orzeczonych, a wnioskowanych przez oskarżyciela publicznego nie jest duża, a zatem nie można skutecznie twierdzić, że doszło do rażącej niewspółmierności orzeczonych kar jednostkowych. Zarówno obrońca jak i oskarżyciel zarzucają także niewspółmierność orzeczonej kary łącznej, którą Sąd Okręgowy w Opolu określił na poziomie 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Zarzuty obu stron nie zasługują na uwzględnienie. Obecnie zgodnie z art. 85a k.k. orzekając karę łączną, sąd bierze pod uwagę przede wszystkim cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Oczywiście kara łączna może być określona w wysokości od najsurowszej kary jednostkowej

do sumy kar jednostkowych, ale o zastosowaniu zasady absorpcji, asperacji czy kumulacji kar decyduje aktualnie cel zapobiegawczy, wychowawczy i społeczne oddziaływanie kary, o czym mowa w art. 85 a k.k.

Jak z powyższego wynika wymierzona kara oprócz dolegliwości dla skazanego powinna także spełniać cele zapobiegawcze i wychowawcze. Ma za zadanie zapobiegać powrotowi sprawcy do przestępstwa oraz kształtować właściwe postawy w społeczeństwie. Oczywistym przy tym jest, iż wychowanie sprawcy nie jest tożsame z pobłażaniem jemu i koniecznością wymierzenia kary łagodnej, gdyż w określonych sytuacjach to właśnie kara izolacyjna odpowiednio wymierzona spełnia nie tylko rolę odwetu za popełnione przestępstwo, ale jest też czynnikiem wychowawczym, pozwalającym na uzmysłowienie sprawcy nie tylko faktu nieopłacalności łamania prawa, ale i związanych z tym konsekwencji. Kara ma oddziaływać również na społeczeństwo, szczególnie na tych, którzy gotowi są iść w ślady oskarżonego.

Wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, rodzaj i stopień naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego (art. 53 § 2 k.k.). W przedmiotowej sprawie przy wymiarze kary należało uwzględnić okoliczność, iż M. N. (1) jest osobą uzależnioną od środków odurzających i dokonywał tych przestępstw będąc czynnym narkomanem, ale obecnie podjął leczenie w ośrodku leczenia, terapii i rehabilitacji uzależnień (...) w K., a jak wynika z aktualnej opinii tego ośrodka rokowania, co do skuteczności terapii są pozytywne .

W ocenie Sądu Apelacyjnego kara łączna 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności uwzględnia wskazane wyżej okoliczności i tym samym pozwala na ocenę, iż jest to kara współmierna do stopnia winy i stopnia społecznej szkodliwości czynów popełnionych przez oskarżonego, spełni cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do sprawcy, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy zaskarżony wyrok. Podstawę prawną wyroku stanowi art. 437 § 1 k.p.k. Biorąc pod uwagę sytuację finansową oskarżonego oraz uwzględniając okoliczność, iż orzeczona została bezwzględna kara pozbawienia wolności Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. i art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych, zwolnił go w całości od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych, w tym od opłaty za drugą instancję. Koszty związane z apelacją prokuratora ponosi Skarb Państwa (art. 636 § 2 k.p.k.).

***Andrzej Kot Jerzy Skorupka Jarosław Mazurek***