

Sygnatura akt II AKa 330/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 stycznia 2016 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Witold Franckiewicz (spr.)

Sędziowie: SSA Cezariusz Baćkowski

SSA Tadeusz Kielbowicz

Protokolant: Anna Czarniecka

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Jarosława Dyko

po rozpoznaniu w dniu 22 stycznia 2016 r.

sprawy **M. M. (1) i A. M.**

oskarżonych o czyn z art. 258 § 3 k.k., oraz z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 55 ust. 3 i art. 56 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonych i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 25 września 2015 r. sygn. akt III K 265/14

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonych M. M. (1) i A. M. w ten sposób, że:

1. w opisie czynu przypisanego oskarżonym w pkt I części dyspozytywnej /pkt I części wstępnej/ przyjmuje w miejsce sformułowania „z M. D.” – sformułowanie „z inną osobą”, oraz eliminuje sformułowania „A. K., A. T., A. B., J. K. (1)”,

2. w opisie czynu przypisanego oskarżonym w pkt II części dyspozytywnej /pkt II części wstępnej/ przyjmuje w miejsce sformułowania „z M. D.” – sformułowanie „z inną osobą”,

3. przyjmuje w odniesieniu do czynów przypisanych oskarżonym w pkt II części dyspozytywnej wyroku, że M. M. (1) i A. M., polecili łącznie co najmniej dwudziestojednokrotne przewiezienie znacznych ilości narkotyków,

4. orzeczony w pkt III części dyspozytywnej na podstawie art. 45 § 1 k.k. przepadek korzyści majątkowej obniża do 74.714,00 zł, od każdego z oskarżonych,

5. zmienia punkt Vb części dyspozytywnej wyroku w odniesieniu do M. M. (2) e wskiego w ten sposób, że na podstawie art. 63 § 1 k.k. zalicza oskarżonemu na poczet kary pozbawienia wolności okres jego tymczasowego aresztowania od 18 czerwca 2014 roku do 7 lipca 2014 roku oraz od 9 kwietnia 2015 roku do 25 września 2015 roku,

I. w pozostałym zakresie tenże wyrok utrzymuje w mocy wobec oskarżonych,

II. zasądza od oskarżonych A. M. i M. M. (1) na rzecz Skarbu Państwa 1/2 kosztów postępowania odwoławczego oraz wymierza im po 1/2 opłaty za II instancję po 2.200 zł, natomiast w odniesieniu do apelacji prokuratora kosztami postępowania odwoławczego w wysokości 1/2 obciąża Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

A. e r M. i M. M. (1) zostali oskarżeni o to, że:

I. w okresie od września 2011 roku do marca 2012 roku, wspólnie i w porozumieniu z inną osobą objętą odrębnym postępowaniem karnym, a do listopada 2011 roku także z M. D., kierowali działającą na terenie Polski, w tym we W., w S., w okolicach K. i S., a także w B. oraz w M. i innych miejscowościach Królestwa Holandii, zorganizowaną grupą przestępczą w skład której w różnych okresach czasu wchodził również S. S. (1), Ł. J., J. S. (1), J. K. (2), M. R. (1), D. Z., A. K., A. T., A. B., J. K. (1) oraz inne osoby, mającą na celu popełnianie przestępstw polegających na wytwarzaniu, przewozie i wprowadzaniu do obrotu znacznych ilości środków odurzających w postaci marihuany i kokainy oraz znacznych ilości substancji psychotropowych w postaci amfetaminy i mefedronu,

tj. o czyn z art. 258 § 3 k.k.,

II. w okresie od września 2011 roku do marca 2012 roku, wspólnie i w porozumieniu z inną osobą objętą odrębnym postępowaniem karnym, a do listopada 2011 roku także z M. D., kierując działającą na terenie Polski, w tym we W., w S., w okolicach K. i S., a także w B. oraz w M. i innych miejscowościach Królestwa Holandii, zorganizowaną grupą przestępczą opisaną w punkcie I, działającą wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, czyniąc sobie z tego stałe źródło dochodu, polecili J. S. (1), J. K. (2), D. Z. i M. R. (1), łącznie co najmniej dwudziestodwukrotnie przewiezienie z Holandii przez Niemcy do Polski przez przejścia graniczne w Z. i w K. znacznych ilości narkotyków, w tym substancji psychotropowych w postaci amfetaminy i mefedronu, w łącznej ilości nie mniejszej niż 22.935,48 gramów oraz środków odurzających w postaci marihuany w łącznej ilości nie mniejszej niż 101.922,51 gramów i kokainy w ilości nie mniejszej niż 182,65 gramy, a następnie wprowadzenie ich do obrotu wbrew przepisom art. 33-35 i 37 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, które celem celem ich dalszej odsprzedaży J. S. (1), J. K. (2), D. Z. i M. R. (1) przekazali zgodnie z udzielonymi mu instrukcjami innym osobom lub też usiłowali je przekazać innym osobom, lecz zamierzonego celu nie osiągnęli z uwagi na ich zatrzymanie,

tj. o czyn z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 55 ust. 3 i art. 56 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 25 września 2015 r., sygn.. akt: III K 265/14:

I. uznał oskarżonych A. M. i M. M. (1) za winnych popełnienia czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 258 § 3 k.k. i za to na podstawie art. 258 § 3 k.k. wymierzył im kary po 2 (dwa) lata pozbawienia wolności;

II. uznał oskarżonych A. M. i M. M. (1) za winnych popełnienia czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 55 ust. 3 i art. 56 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz.1485 z późn. zm.) w zw. z art. 11 § 3 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. wymierzył im kary po 5 (pięć) lat pozbawienia wolności oraz po 200 (dwieście) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 (stu) zł;

III. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł częściowy przepadek równowartości korzyści majątkowej uzyskanych przez oskarżonych A. M. i M. M. (1) z przestępstwa opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku w kwotach po 90.000 (dziewięćdziesiąt tysięcy) zł;

IV. na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k., art. 85a k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył oskarżonym A. M. i M. M. (1) kary pozbawienia wolności orzeczone w punktach I i II części dyspozytywnej wyroku i wymierzył im kary łączne po 5 (pięć) lat i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności;

V. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył na poczet orzeczonych kar łącznych pozbawienia wolności:

a) oskarżonemu A. M. okres tymczasowego aresztowania od dnia 14 maja 2014 r. do dnia 25 września 2015 r.;

b) oskarżonemu M. M. (1) okres tymczasowego aresztowania od dnia 18 czerwca 2014 r. do dnia 25 września 2015 r.;

I. zwolnił oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych.

Apelację od tego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych oraz Prokurator Apelacyjny we Wrocławiu.

Obrońca oskarżonego M. M. (1) – na podstawie art. 438 zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a to:

a) art. 258 § 3 k.k. przez przyjęcie, iż oskarżony zrealizował znamię czasownikowe zarzucanego mu czynu, a polegające na doradzeniu M. M. (4), pełnieniu funkcji osobistego ochraniania i ochranianiu finansowych interesów grupy oraz koordynowaniu załadunku narkotyków,

b) art. 18 § 1 k.k. poprzez brak jakiegokolwiek odniesienia jaką formę odpowiedzialności za sprawstwo należy przypisać oskarżonemu (sprawstwo, współsprawstwo, sprawstwo kierownicze czy sprawstwo polecające),

c) art. 63 k.k.

2. naruszenie prawa procesowego, a to art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k.:

a) poprzez oparcie rozstrzygnięcia wyłącznie na podstawie złożonych przez świadków J. S. (1) i J. K. (2) zeznań w postępowaniu przygotowawczym i niedokonanie jakiegokolwiek oceny zeznań tych świadków złożonych przed Sądem, tym samym rozstrzygnięcia w oparciu nie o wszystkie przeprowadzone dowody, lecz jedynie o ich część,

b) poprzez uznanie pełniej wiarygodności zeznań świadków J. S. (1) i J. K. (2) i przyjęcie, iż są one konsekwentne, spójne, cechuje je wysoki poziom szczegółowości, podczas gdy w stosunku do oskarżonego M. zeznania te cech tych nie posiadają.

3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na treść tego orzeczenia, a polegający na:

a) przyjęciu, iż oskarżony M. kierował zorganizowaną grupą przestępczą w okresie wrzesień 2011 do marca 2012 roku oraz uczestniczył w tym okresie w przemyśle narkotyków podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż jeżeli uczestniczył on w przemyśle narkotyków to nie wcześniej niż od drugiej połowy grudnia 2011 roku,

b) przyjęciu, iż oskarżony M. kierował zorganizowaną grupą przestępczą, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do takiego przyjęcia,

c) przyjęciu, iż oskarżony M. kierował zorganizowaną grupą przestępczą kierując dystrybucją narkotyków we W.,

d) przyjęciu, iż oskarżony M. otrzymał ze sprzedaży narkotyków nie mniej niż 406.000 zł i 44,000 Euro oraz, że polecił co najmniej 22-krotnie przewiezienie z Holandii do Polski znacznej ilości narkotyków podczas gdy nie wynika to z zebranego w sprawie materiału dowodowego;

w n o s z ą c o:

uchylenie zaskarżonego wyroku w stosunku do oskarżonego M. M. (1) i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Obrończyni oskarżonego A. M. – na podstawie art. 427 § 1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 1 i 2 k.p.k. zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

1) obrazę prawa procesowego, mogącą mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, a to przepisu art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k. polegającego na pominięciu w swojej ocenie dowodów w postaci części zeznań św. S. i św. K., w tym złożonych na etapie postępowania sądowego, które to zeznania przynajmniej w części stoją w sprzeczności z zeznaniami złożonymi przez tych samych świadków na etapie postępowania przygotowawczego, co doprowadziło do tego, że Sąd pierwszej instancji nie dokonał oceny całości zgromadzonego w sprawie całego materiału dowodowego, a jedynie jego części, w konsekwencji czego błędnie ustalił stan faktyczny polegający na tym, że oskarżony M. 1) w okresie od września 2011 roku do marca 2012 roku, 2) kierował zorganizowaną grupą przestępczą 3) w ramach której polecił poszczególnym osobom popełnienie przestępstw z art. 55 ust. 3 i art. 56 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii – podczas gdy krytyczna analiza całokształtu materiału dowodowego, w tym przede wszystkim zeznań w/w świadków (w tym złożonych na rozprawach w dniu 21 i 24 listopada 2014 roku) na wywiedzenie takich wniosków nie pozwalała, a winna powodować co najmniej wątpliwości, w następstwie ocenione w oparciu o przepis art. 5 k.p.k.

2) obrazę prawa procesowego, mogącą mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, a to przepisu art. 7 k.p.k. i 410 k.p.k. polegającą na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów, a w konsekwencji w ustaleniu stanu faktycznego sprzecznego ze zgromadzonym w niniejszej sprawie materiałem dowodowym, na który powołuje się Sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, tj. zeznań świadka J. S. (2), J. K. (2), M. K. oraz zapisów rozmów telefonicznych, a z których to nie wynika ustalony stan faktyczny polegający na przemyceniu przez innych aniżeli sami świadkowie kurierów następujących ilości narkotyków: przez M. R. (1) ps. (...) 25.000 gramów marihuany, przez D. Z. 11.922,51 gramów marihuany oraz A. K. 5.000 gramów marihuany, w konsekwencji czego w tym zakresie stan faktyczny ustalony został w sposób błędny.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że ustalony przez Sąd pierwszej instancji stan faktyczny jest prawidłowy, to zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

3) obrazę prawa materialnego, a to przepisu art. 258 § 3 k.k. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że funkcja doradcy bądź zastępcy stojącego na czele zorganizowanej grupy przestępczej szefa jest wystarczająca dla wypełnienia znamienia czasownikowego „kierowania” w rozumieniu tego przepisu, podczas gdy zgodnie z wykładnią tego przepisu, dla przypisania odpowiedzialności za czyn z art. 258 § 3 k.k. „nie wystarczy jednak pełnienie funkcji „łącznika” i przekazywanie podwładnym poleceń pochodzących od osoby stojącej na czele ugrupowania”.

4) obrazę prawa materialnego, a to przepisu art. 18 § 1 k.k. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że popełnienie danego typu czynu zabronionego możliwe jest w formie sprawczej nie wykonawczej sprawstwa polecającego w konfiguracji „wielosobowej”, tj. kiedy po stronie polecającego dokonanie czynu zabronionego kolektywnie występuje kilka osób – współsprawców, bez wyraźnego wyodrębnienia osoby wydającej polecenie, a także stosunku uzależnienia poleceniobiorcy od poleceniodawcy, podczas gdy dla przypisania odpowiedzialności za przestępstwo popełnione w formie zjawiskowej sprawstwa polecającego konieczne jest zaistnienie dwóch elementów: wydania polecenia wykonania czynu zabronionego oraz istnienie zależności pomiędzy wydającym polecenie a jego wykonawcą.

5) obrazę prawa materialnego, a to przepisu art. 45 § 1 k.k., poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że orzeczenie środka karnego w postaci przepadku równowartości korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa nie wymaga poczynienia ustaleń czy sprawca w chwili orzekania dysponuje konkretnymi wartościami mogącymi stanowić przedmiot przepadku tej korzyści, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu winna prowadzić do wniosku, że orzeczenie środka karnego przepadku, w każdej postaci musi mieć ściśle określony substrat w postaci konkretnie wskazanych składników majątkowych sprawcy, istniejących w chwili orzekania.

6) obrazę prawa materialnego, a to przepisu art. 45 § 1 k.k., poprzez jego zastosowanie pomimo braku poczynienia ustaleń co do wysokości korzyści majątkowej, jaką miał z przestępczego procederu osiągnąć oskarżony M., pomimo, że dla zastosowania tego przepisu konieczne jest poczynienie takich ustaleń, a przepis art. 45 § 1 k.k. znajduje swoje zastosowanie tylko i wyłącznie do korzyści osiągniętych przez samego sprawcę, nie natomiast przez niego dla innych osób.

7) obrazę prawa procesowego, mogąca mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, a to przepisu art. 607f k.p.k., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niezaliczenie oskarżonemu okresu faktycznego pozbawienia wolności – wbrew dyspozycji tego przepisu, tj. okresu pozostawania przez oskarżonego w areszcie ekstradycyjnym od dnia 8 lipca 2013 roku, a zaliczenie oskarżonemu jedynie okresu od dnia sprowadzenia go do Polski, tj. od 14 maja 2015 roku,

w n o s z ą c o:

zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej przypisanych oskarżonemu A. M. przestępstw i – orzekł odmiennie co do istoty sprawy – uniewinnił oskarżonego od zarzutów ich popełnienia.

Prokurator – powołując się na przepisy art. 433 § 1 i 2 k.p.k., art. 437 § 1 i 2 k.p.k. i art. 438 pkt 4 k.p.k. – zarzucił rażąco niewspółmierność kar wymierzonych oskarżonym A. M. i M. M. (1), polegającą na niedostatecznym uwzględnieniu:

- wagi zarzucanych im czynów, odznaczającej się ich bardzo wysoką społeczną szkodliwością z uwagi na ingerowanie w porządek publiczny kilku państw europejskich i ich bezpieczeństwo, bezpieczeństwo ich obywateli oraz w zdrowie publiczne,
- ich istotnej roli w ścisłym zarządzie zorganizowanej grupy przestępczej oraz w jej działalności,
- ilości przewiezionych i wprowadzonych do obrotu narkotyków,
- działania w warunkach zorganizowanej grupy przestępczej w dłuższym czasookresie, wynoszącym 7 miesięcy,
- działania w celu osiągnięcia znacznych korzyści majątkowej oraz uczynienia sobie z popełniania przestępstw stałego źródła dochodu, przynoszącego oskarżonym duże nielegalne zyski ze szkodą dla społeczeństwa,
- ich przeszłości kryminalnej, w tym karalności za przestępstwa podobne,
- ich powrotu do popełniania przestępstw w krótkim czasie od uprzedniego skazania,
- trybu ich życia, tj. utrzymywania się w zasadzie z procederu narkotykowego,
- negatywnych opinii środowiskowych;

przy jednoczesnym braku okoliczności łagodzących, a mimo tego wymierzeniu zbyt niskich kar pozbawienia wolności za przypisane im przestępstwa, gdy tymczasem prawidłowa ocena całokształtu okoliczności tak podmiotowych, jak i przedmiotowych w odniesieniu do wskazanych wyżej oskarżonych i ich czynów, względ na okoliczności ich popełnienia oraz na osobowość poszczególnych oskarżonych, a także na wyłączone występowanie wielu istotnych okoliczności obciążających nagromadzonych w niniejszej sprawie przemawiają za wymierzeniem ich wyższych kar, które w społecznym odczuciu jawić się będą jako kary sprawiedliwe;

w n o s z ą c o:

zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonych A. M. i M. M. (1) za przypisane im przestępstwa, jednostkowych kar pozbawienia wolności oraz kar łącznych, a także nawiązek, w wymiarze wnioskowanym przez oskarżyciela publicznego na rozprawie głównej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje obrońców oskarżonych: M. M. (1) poza zarzutem podniesionym w pkt. 3 d obrońcy M. M. (1) oraz obrońcy A. M. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 5 i 6 apelacji, których uwzględnienie skutkowało zmianą zaskarżonego wyroku, w pozostałym zakresie z uwagi na bezzasadność zarzutów nie mogły prowadzić do uwzględnienia poszczególnych wniosków.

I. Wadliwości uzasadnienia zaskarżonego wyroku

Przed ustosunkowaniem się do zarzutów środków odwoławczych poczynić należy kilka uwag natury ogólnej, odnoszących się do kwestionowanej na łamach obu apelacji treści uzasadnienia wyroku Sądu I instancji. Krytykując – w wielu miejscach poniekąd słusznie – sposób argumentowania i lakoniczność podanych przez Sąd Okręgowy motywów jego orzeczenia, a także uchybienia techniczne uzasadnienia, autorzy środków odwoławczych, słusznie powoływali, że od uzasadnienia wymaga się ustosunkowania do wszystkich szczegółowych kwestii, również tych – zdaje się – oczywistych, które same nasuwają się po analizie istniejących w sprawie dowodów, bez potrzeby ich pisemnego opisywania, czemu Sąd Okręgowy bezzasadnie zaniechał. Niemniej jednak zgodnie z przyjętą linią orzecniczą jeżeli rozstrzygnięcie zawarte w wyroku jest trafne, natomiast uchybieniami dotknięte zostało samo uzasadnienie i to zasadniczo w zakresie odnoszącym się do oceny dowodów – nie ma potrzeby orzekania kasatoryjnego. Mimo niewątpliwych uchybień dostrzeżonych w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, Sąd II instancji dokonał oceny zarzutów sformułowanych w apelacjach, bowiem pozwolił na to zebrany w sprawie materiał dowodowy. Znaczenie uzasadnienia wyroku, które stanowi całość z dyspozytywną częścią orzeczenia, nie może poddawać w wątpliwość tezy, iż o trafności rozstrzygnięcia nie decyduje uzasadnienie, lecz materiał dowodowy stanowiący jego podstawę. Uzasadnienie w ramach kontroli odwoławczej stanowi jedynie punkt wyjścia do zbadania zasadności rozstrzygnięcia i jest oczywiste, że tak jak będąc formalnie nienaganne, nie może przesłaniać wad wyroku nie znajdującego podstaw w materiale dowodowym, tak też wadliwe uzasadnienie nie może przesądzać niezbędności korekty dyspozytywnej części orzeczenia. Nawet w razie występowania sprzeczności między wyrokiem a jego uzasadnieniem, decydujące znaczenie ma stanowisko sądu wyrażone w wyroku (wyrok SN z dnia 5 marca 1984 r., I KR 6/84, OSNKW 1984, nr 11–12, poz. 128). Uzasadnienie stanowi bowiem dokument, nawiązujący do przebiegu rozprawy i narady nad wyrokiem, ale powstający już po jego ogłoszeniu, to zaiste trudno przyjąć, że może ono mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia, a nie odwrotnie, że treść rozstrzygnięcia winna kształtować treść uzasadnienia. Niewłaściwie sporządzone uzasadnienie niewątpliwie stanowi obrazę przepisu dotyczącego postępowania (art. 424 k.p.k.), ale postępowania przewidzianego na czas po ogłoszeniu orzeczenia. Wobec tego trudno zaliczyć, wbrew stanowisku apelujących, te usterki do wad dotykających fazę decyzyjną.

II. Odnośnie apelacji obrońców oskarżonych

1. Zarzut naruszenia prawa procesowego art. 7 i 410 k.p.k., co do błędnej oceny zeznań świadków J. S. (1) i J. K. (2)

Obrońcy sukcesywnie kwestionowali zeznania świadków J. S. (1) oraz J. K. (2), składane przez nich na etapie postępowania przygotowawczego, podkreślając w ich ocenie pierwszorzędne znaczenie wyjaśnień tychże świadków, złożonych na etapie jurysdykcyjnym (**zarzut 2a apelacji obrońcy M. M. (1)** oraz **1 apelacji obrońcy A. M.**), jednocześnie w wyniku odmiennej oceny ww środków osobowych, kwestionowali poczynione ustalenia Sądu oraz dokonaną przez niego ocenę prawną.

Tytułem wstępu, ustosunkowując się do ww zarzutów, Sąd Apelacyjny pragnie wskazać, że nie jest też tak, iż większą wartość dowodową mają wyjaśnienia oskarżonego, czy też zeznania świadka, złożone w toku postępowania sądowego - na rozprawie głównej - od wyjaśnień, czy zeznań składanych w postępowaniu przygotowawczym, niezwłocznie po zatrzymaniu w krótkim odstępie czasu od popełnionego czynu, kiedy pamięć jest najświeższa. W razie sprzeczności w zeznaniach poszczególnych osób występujących w procesie karnym wartość dowodowa wyjaśnień czy zeznań, złożonych w postępowaniu przygotowawczym, jest taka sama jak tych wyjaśnień czy zeznań, które zostały złożone

na rozprawie. Sąd zaś ma obowiązek ustosunkowania się do zagadnienia, którą ze sprzecznych wersji uznaje za wiarygodną. Decyzja w tej kwestii powinna jednak być oparta na rozważeniu konkretnych okoliczności danej sprawy, przy czym przesłanki rozumowania sądu powinny znaleźć wyraz w uzasadnieniu wyroku. (wyrok SN z dnia 8 kwietnia 1974 r. – I KR 453/73, OSNKW 1974/7-8/147). Zastrzeżenia budzi brak dokonania przez Sąd Okręgowy poszerzonej oceny zeznań świadków J. S. (1) i J. K. (2), bowiem organ ten nie dał temu wyrazu w treści uzasadnienia, nie przeprowadzając szerszej analizy różnic pomiędzy zeznaniami wskazanych świadków ze śledztwa, a zeznaniami składanymi podczas rozprawy. Sąd I instancji, powołując zeznania tychże świadków, wskazuje wyłącznie te z postępowania przygotowawczego, dodatkowo podkreślając niektóre z nich, nie argumentując ww zabiegu pisarskiego. Należało jednak przyjąć, że przytoczone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zeznania powyższych świadków stanowiły podstawę dokonanych przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych. Ustalenia faktyczne poczynione w oparciu o zeznania J. S. (1) i J. K. (2), okazały się w pełni słuszne. W wyniku konfrontacji tych osobowych źródeł dowodowych z pozostałym materiałem zebrany w sprawie, składane przez nich zeznania na etapie przygotowawczym w pełni można uznać za wiarygodne, a zarzuty wskazane w **pkt 2a i 2b apelacji obrońcy M. M. (1)** oraz **pkt 1 ppkt 3 apelacji obrońcy A. M.**, za bezzasadne.

Zeznania i wyjaśnienia złożone przez J. S. (1) i J. K. (2) na etapie śledztwa, nie tylko wzajemnie się uzupełniały i stanowiły logiczną całość, a nadto znalazły także potwierdzenie w zeznaniach D. Z.. Uwzględnienie w ustaleniach faktycznych przez Sąd meriti powyższych dowodów było zasadne, a wersja wydarzeń przez nich przedstawiona jest przekonująca, logiczna i zgodna z zasadami doświadczenia życiowego. Zarzucając Sądowi I instancji sprzeczność ustaleń Sądu ze zgromadzonymi w sprawie dowodami, obrońcy odwołali się do tych tylko relacji, a raczej ocen, które J. S. (1) i J. K. (2) – już jako świadkowie – składali w czasie rozpraw (k. 2824v, t. XVI i nast.). Oceniając te zeznania zgodnie z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego oraz w kontekście uprzednich wyjaśnień składanych przez nich w charakterze podejrzanych, nasuwa się nieodparty wniosek, iż wyżej wymienieni składali takie zeznania, by nie zaszkodzić osobom zamieszkanym w narkotykowy proceder. Wcześniej, w toku śledztwa wyjaśnili dokładnie, na czym polegał mechanizm obrotu narkotykami, jak plasowała się rola osób zaangażowanych w niego, oraz z kim i w jakich relacjach pozostawali. Wbrew twierdzeniom obrońcy M. M. (1) zeznania J. S. (1) i J. K. (2), posiadają walor wiarygodności, a zeznania złożone na etapie przygotowawczym, posiadają cechę spójności i konsekwencji, która ewoluowała dopiero na etapie sądowym postępowania (**zarzut 2a i 2b apelacji**). Samo zaś odwołanie wyjaśnień czy zeznań przyznających fakty obciążające oskarżonego nie może automatycznie powodować wyeliminowania ich z materiału dowodowego, bez wnikięcia w konkretne okoliczności w nich zawarte.

Sąd I instancji oparł się przede wszystkim na zeznaniach J. K. (2) i J. S. (1). Relacje przez nich podawane są bowiem nad wyraz obszerne i niezwykle szczegółowe. Świadczy o tym sposób niebudzący żadnych wątpliwości przedstawili hierarchię i zasady panujące w grupie współkierowanej przez M. M. (4). Oceniając te zeznania z następujących względów Sąd uznał, że przedstawiają one prawdziwy obraz wydarzeń z okresu od września 2011 r., do marca 2012 roku. Świadczy o tym ujęcie na gorącym uczynku przestępstwa polegającego na przemyśle z terytorium Królestwa Niderlandów znacznych ilości substancji psychotropowych i środków odurzających oraz zdecydowali się na skorzystanie z możliwości przewidzianej w art. 60 § 3 k.k. Z powyższego wynika, po pierwsze: zasługująca na uwagę motywacja wyżej wskazanych świadków, by ich relacja była możliwie pełna, szczegółowa i odnosząca się do wszystkich aspektów sprawy. Po drugie: zarzuty stawiane J. K. (2) i J. S. (1), do których się przyznali, świadczą o tym, że rzeczywiście posiadali oni wiedzę dotyczącą całokształtu sprawy będącej przedmiotem niniejszego postępowania. Pełnili oni bowiem rolę kurierów, a zatem stanowili ogniwo pośrednie pomiędzy osobami zajmującymi się zarządzaniem produkcją i dystrybucją oraz pakowaniem narkotyków do samochodów, którymi dysponowali kurierzy na terytorium Holandii, a osobami odpowiedzialnymi za odbiór tych środków na terytorium RP i RFN. Posiadali też wiedzę dotyczącą osób odpowiedzialnych za utrzymanie w należytym stanie samochodów, których używali do przemytu narkotyków. Poznali sposób porcjowania narkotyków i umieszczania ich w schowkach, znajdujących się w samochodach. Nadto zajmowali w grupie rolę pośrednią, to znaczy musieli oni się ubiegać o przyjęcie do grupy, jak też wykonywać w niej polecenia innych osób. Z tej przyczyny poznali hierarchię panującą w grupie i zasady jej działania. J. S. (1) i J. K. (2) składali swoje zeznania spontanicznie, rozpoznali też określone osoby na okazanych im tablicach poglądowych. Jednocześnie relacjonując przebieg wydarzeń nie próbowali wypełniać luk

pamięciowych konfabulacjami. Przyznawali oni fakt niepamięci określonego zdarzenia czy też własnej niewiedzy, na przykład co do tego, że pamiętali pseudonimy, ale nie nazwiska. J. K. (2) i J. S. (1) potrafili ulokować tok narracji w czasie i przestrzeni, przypominając sobie ważniejsze, odbiegające od codzienności epizody- przykładowo fakt zepsucia się używanego przez nich samochodu i holowania go do W.. O prawdziwości zeznań tych świadków, w ocenie Sądu, świadczy również to, że na początkowym etapie postępowania przygotowawczego dokonali korektury na własną niekorzyść w odniesieniu do ilości przemytów, w których brali udział oraz samochodów, które używali, co pozwoliło na ukierunkowanie tego postępowania i potwierdzenie ich relacji innymi dowodami zebranymi w sprawie. Świadkowie ci nie marginalizowali więc swojej pozycji w grupie, jak też nie umniejszali własnej roli w popełnianiu przestępstw, co również z tego powodu ich zeznania (uprzednio wyjaśnienia) czyni wiarygodnymi.

Nie ma obrońca A. M. racji podnosząc kwestie zastosowania art. 5 k.p.k. (**zarzut w pkt 1 ppkt. 3 apelacji**). W pierwszej kolejności należy podkreślić, że nie można podnosić zarzutu niezastosowania tego przepisu zgłaszając wątpliwości, co do treści ustaleń faktycznych, oceny dowodów czy też sposobu interpretacji przepisów prawa. Dla oceny zasadności zarzutu złamania zasady in dubio pro reo nie są miarodajne i nie mają znaczenia podniesione w skardze tego rodzaju wątpliwości samej strony, istotnym jest tylko to, czy sąd orzekający w sprawie rzeczywiście powziął wątpliwości w tym zakresie i wobec braku możliwości ich usunięcia nie rozstrzygnął ich na korzyść oskarżonego. Sąd Apelacyjny pragnie wskazać, że zasada tłumaczenia wątpliwości na korzyść oskarżonego nie polega bynajmniej na obowiązku automatycznego wyboru najkorzystniejszej wersji wynikającej z wyjaśnień i zeznań o niejednakowej treści. Nie jest więc sprzeczny z tą zasadą wybór wersji mniej korzystnej, oczywiście znajdującej oparcie w dowodach, jeżeli w przeciwieństwie do korzystniejszej, właśnie one pasują do obrazu zdarzenia jako logiczne i zgodne z doświadczeniem życiowym dopełnienie, gdy pozostałe elementy zdarzenia nie są nawet w ogóle kwestionowane (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2009 r., WA 26/09, R – OSNKW 2009/Nr 1, poz. 1844; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2008r., III KK 79/08, Lex Nr 393949).

Równie nieprzekonujące było powołanie się przez obrońców oskarżonego na naruszenie dyrektywy art. 7 k.p.k. (**zarzut pkt 1 i 2 apelacji obrońcy A. M. oraz z pkt 2 apelacji obrońcy M. M. (1)**) W szczególności do wysunięcia takiego twierdzenia dalece niewystarczające jest to, że przyjęte przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu założenia dowodowe nie odpowiadają preferencjom skarżących, którzy zebrany w sprawie bardzo obszerny materiał dowodowy potraktowali w sposób nadzwyczaj wybiórczy i dowolny, przytaczając oraz powołując się na te tylko fragmenty zeznań świadków J. S. (1) i J. K. (2), które w ich mniemaniu miałyby wspierać zarzuty wniesionych apelacji. Trzeba zatem wskazać iż to, że w niniejszej sprawie oceniono poszczególne dowody pod kątem ich wiarygodności nie w taki sposób, jak życzyliby sobie tego obrońcy oskarżonych, wcale jeszcze nie oznacza, że w procesie ich weryfikacji doszło do naruszenia reguł wyrażonych w art. 7 k.p.k. Naturalnie odmienna ocena dowodów - korzystna dla oskarżonych - jest prawem obrońców, jednakże nie wynika z niej samo przez się, by taka ocena dokonana w niniejszej sprawie charakteryzowała się dowolnością. Generalnie także po raz kolejny należy podkreślić, że przekonanie sądu o wiarygodności lub niewiarygodności określonych dowodów pozostaje pod ochroną zasady wyrażonej w art. 7 k.p.k., jeżeli tylko: jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy - art. 410 k.p.k., w granicach respektujących zasadę prawdy obiektywnej - art. 2 § 2 k.p.k., stanowi wyraz rozważenia wszystkich okoliczności zgodnie z zasadą określoną w art. 4 k.p.k. oraz jest zgodne ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a nadto zostało wyczerpująco i logicznie uargumentowane w uzasadnieniu wyroku - art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. (vide np. wyroki SN z dnia 04.07.1995r., II KRN 72/95, Prok. i Pr. 1995/11-12/6, 22.02.1996r., II KRN 199/95, Prok. i Pr. 1996/10/10 oraz 03.09.1998r., V KKN 104/98, Prok. i Pr. 1999/2/6). Żaden z obrońców oskarżonych a quo nie wykazał, aby Sąd I instancji w trakcie procedowania nie spełnił powyższych warunków.

2. Zarzut obrazy przepisów prawa materialnego, co do kwalifikacji art. 258 § 3 k.k. (punkt I a- b apelacji obrońcy M. M. (1) oraz pkt 3a - c apelacji obrońcy A. M.) oraz zarzut błędu w ustaleniach faktycznych.

Apelacje wniesione przez obu obrońców oskarżonych, zawierające te same zarzuty naruszenia art. 410 kpk, czy też kwestionujące współsprawstwo kierownicze i operujące podobną argumentacją w tym zakresie, zostały rozpoznane wspólnie.

Zarzut obrazy prawa materialnego art. 258 § 3 k.k. oraz art. 18 § 1 k.k. (**pkt 1a i b apelacji**) a także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych (**pkt 3a-c apelacji**) konstruowany przez obrońcę M. M. (1), oraz zarzut obrazy prawa materialnego art. 258 § 3 k.k. oraz art. 18 § 1 k.k. obrońcy A. M. (**pkt 3 i 4 apelacji**) i obrazy prawa procesowego, a to art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k., zmierzał w istocie do podważenia ustalenia w zakresie kierowania i funkcjonowania ww oskarżonych w zorganizowanej grupie przestępczej, kierowania przez nich przemytem środków odurzających na teren Rzeczypospolitej i Republiki Federalnej Niemiec, a także polecenia dokonania przemytu, co najmniej dwudziestokrotnie środków odurzających.

Trzeba w pierwszej kolejności przypomnieć, że z obrazą prawa materialnego mamy do czynienia wówczas – jak wielokrotnie podnosił Sąd Najwyższy (por. wyrok z dnia 20 maja 1998r., Prok. i Pr. 1998/10/16, z dnia 6 lutego 1997r., Prok. i Pr. 1997/7-8/16, z dnia 26 czerwca 1996r., Wokanda 1996/11/15, z dnia 12 października 1983r., OSNPG 1984/4/34), gdy do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego została zastosowana nieprawidłowa subsumpcja prawna (to jest sąd zastosował niewłaściwą kwalifikację prawną lub też nie zastosował przepisu, który winien był zastosować), bądź też dokonał wadliwej wykładni zastosowanego prawa”. Tymczasem – jak wynika z apelacji – w istocie obrońcy kwestionowali poczynione przez Sąd I instancji ustalenia faktyczne dotyczące relacji panujących w grupie, której członkami byli oskarżeni, które – w przekonaniu obrońcy M. M. (1) - miały charakter jedynie doradczo - ochronno – towarzyski (**zarzut 1a apelacji**), natomiast zdaniem obrońcy A. M. wyczerpywały, co najwyżej znamiona sprawstwa polecającego (**zarzut 4 apelacji**). Zdaniem obrońcy oskarżonego M. M. (1), jego relacje z osobami tworzącymi zorganizowaną grupę przestępczą, polegały jedynie na doradzaniu i tworzeniu ochrony M. M. (4), czy też kształtowaniu ochrony interesów finansowych grupy, co nie może być uznane za realizację znamion czynu z art. 258 § 3 k.k., bowiem taki rodzaj kontaktów nie może być postrzegany, jako udział w zorganizowanej grupie przestępczej. Analogicznie niemalże stanowisko w tym zakresie prezentował obrońca oskarżonego A. M., który wskazał, że w jego ocenie ww oskarżony pełnił jedynie rolę łącznika, przekazując podwładnym - kurierom informacje, pochodzące od osoby, która stała na czele ugrupowania, czym w jego ocenie nie sposób wyczerpać znamiona czynu z art. 258 § 3 k.k. (zarzut 3 apelacji)

W przekonaniu Sądu Okręgowego charakter tych relacji, rodzaj kontaktów jakie utrzymywali członkowie grupy, ich aktywności przemawiała za tym, by działalność taką uznać za zorganizowaną przestępczość, co w konsekwencji pozwoliło na przypisanie M. M. (1) i A. M. czynu z art. 258 § 3 k.k. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji prawidłowo w tym zakresie ustalił stan faktyczny, ale także zastosował do niego prawidłową subsumpcję prawną, przyjmując właściwą kwalifikację prawną.

Obrońca M. M. (1), sprowadzając relacje członków grupy, którą współkierował oskarżony M. M. (1) i A. M., jedynie do układu doradczo – ochronnego (**zarzut 1a apelacji**), a także obrońca A. M., uwypuklający rzekomą funkcję „łącznika”, którą przypisuje swojemu mocodawcy (**zarzut 3 apelacji**) tracą z pola widzenia fakt, że kluczowym dowodem pozwalającym przyjąć, że oskarżeni kierowali zorganizowaną grupą przestępczą, mającą na celu popełnienie przestępstw polegających na wytwarzaniu, wewnątrzwspólnotowym nabywaniu, przewozie i wprowadzaniu do obrotu znacznych ilości środków odurzających, były nie tylko zeznania świadków J. S. (1) i J. K. (2), ale również zeznania D. Z., oraz dowody z dokumentów, zapisy rozmów telefonicznych, przeprowadzone eksperymenty procesowe. Należy wskazać istotny fakt, iż Sąd I instancji, dokonując oceny zebranego materiału dowodowego w sprawie oskarżonych A. M. i M. M. (1) (wyłączonej do odrębnego rozpoznania ze sprawy Sądu Okręgowego we Wrocławiu - sygn. akt III K 114/14, III K 280/13, III K 283/15), dysponował (podobnie jak Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie) obszernym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie m.in. oskarżonych Ł. J., J. K. (2), J. S. (1), S. (...), M. R. (1), E. W., J. K. (1) oraz prawomocnym wyrokiem wydanym przeciwko D. Z., sygn. akt III K 283/15. Tenże obszerny materiał dowodowy, ze spraw III K 114/14, III K 280/13, III K 283/15 również został ujawniony na rozprawie w dniu 18 września

2015 r., (k. 3149v, t. XVIII) i poddany ocenie przez Sąd I instancji. Cały materiał dowodowy, wbrew twierdzeniom obrońcy M. M. (1) (**zarzut z pkt 2a apelacji**) pozwolił na dokonanie prawidłowych ustaleń.

W przedmiotowej sprawie, jak wskazano wyżej, zorganizowana grupa przestępcza prowadzona była przez M. M. (4), A. M. i M. M. (1), miała ona na celu obrót środkami odurzającymi w znacznej ilości, co implikowało konieczność zaangażowania w jej funkcjonowanie wielu osób. Element strukturalny tej grupy, a także wieloosobowy skład, determinuje przyjęcie, że oskarżeni, stojąc w jej hierarchii najwyżej wspólnie nią kierowali. Ilość środków odurzających wprowadzona do obrotu, a także zakres terytorialny grupy współoskarżonych objętych niniejszym postępowaniem, w znacznej mierze przekraczały możliwości jednego sprawcy. A. M. i M. M. (1) sprawowali funkcje kierownicze kolegialnie, zastępując się wzajemnie, co niejednokrotnie było podnoszone przez kurierów narkotykowych, a funkcje kierownicze sprawowali wspólnie. W okresie objętym aktem oskarżenia od września 2011 r., do marca 2012 r., oskarżeni współkierowali grupą w sposób stały, aczkolwiek podejmowali różne czynności sprawcze realizując aspekt dynamiczny, kierując kurierów narkotyków z Holandii na teren Polski, odbierając kwoty uzyskiwane z obrotu tymi środkami, wypłacali kurierom należne im wynagrodzenie za dokonanie przemytu, instruowali kurierów w jaki sposób mają dokonywać przemytu. W ocenie Sądu, obrońca A. M., w nieuprawniony sposób dąży do wykazania, że oskarżony ten, jedynie przekazywał polecenia wydawane mu przez M. M. (4), czym nie wyczerpał znamion współsprawstwa kierowniczego. Wbrew zarzutom wskazanym w tym zakresie w obu apelacjach konstrukcja współsprawstwa kierowniczego jest znana nauce prawa karnego, jak i judykaturze. Sąd Okręgowy we Wrocławiu trafnie zrekonstruował przebieg przestępstw, przypisanych oskarżonym, w pkt II części dyspozytywnej wyroku, a także ich organizację i przygotowanie, jak również ustalił ich bezpośredni udział. Oskarżeni popełnili przypisane im czyny zabronione, jako współsprawcy, podejmowali czynności w czasie przestępstw natomiast przypisane im czynności, charakteryzujące ich zachowania przed przestępstwem i po jego popełnieniu odpowiadają formie sprawczej współsprawstwa kierowniczego. Materiał dowodowy pozwala na przyjęcie, że oskarżeni M. M. (1) i A. M. obejmowali swoją świadomością i wolą przemyt narkotyków. Wbrew stanowisku obrońcy A. M., znamię współsprawstwa, przyjęte w zaskarżonym orzeczeniu, nie wynika wyłącznie z popełnienia przez oskarżonych przestępstw w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, a znajduje pełne odzwierciedlenie w materiale dowodowym. Oskarżeni A. M. i M. M. (1) wspólnie i w porozumieniu kierowali zorganizowaną grupą przestępczą, liczebność jej uczestników, trwałość i charakter organizacyjny pozwalają traktować ich przedsięwzięcie, jako zdolny do samoistnego byt.

3. Zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych, kwestionujące współsprawstwo kierownicze oskarżonych.

Zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na jego treść, polegającego na przyjęciu, że oskarżeni M. M. (1) (**zarzut z pkt 3a – c apelacji**) oraz A. M. (**zarzut z pkt 1 ppkt 2 i 3 apelacji**) kierowali zorganizowaną grupą przestępczą – okazał się niezasadny. Pomimo tego, że Sąd Apelacyjny wyraża zapatrywanie, że Sąd I instancji, nie dokonał precyzyjnych ustaleń w zakresie wartości korzyści majątkowej osiągniętej przez poszczególnych członków grupy, podnieść należy, że zarzuty obrońców w zakresie kwestionowania współkierownictwa oskarżonych są bezzasadne. Niewątpliwie bowiem pomiędzy wskazanymi oskarżonymi istniał związek, który ukierunkowany był na popełnianie przestępstw, a sposób jego zorganizowania był stosunkowo wysoki. Stopień tej organizacji wynikał przy tym między innymi z podziału ról, a także sposobu działania grupy, jak chociażby tego w czasie transportu narkotyków. Kierownictwo grupy sprawowane było przez M. M. (4), M. M. (1), A. M., polegało na kierowaniu danej ilości środków do przemytu, ustalaniu wartości odpowiadającej danej ilości, odbieraniu uzyskanej korzyści majątkowej. W strukturze wyodrębniono osobę pakującą narkotyki do baków paliwowych samochodów – Ł. J., który ważył i pakował towar. W grupie tej funkcjonowali kurierzy - J. K. (2), J. S. (1), M. R. (1), A. K. oraz D. Z.. Kurierzy zgodnie z poleceniem kierowników grupy przewozili środki odurzające i psychotropowe w porze dziennej, w ciągu tygodnia, gdy na drogach był większy ruch, aby zminimalizować ryzyko zatrzymania. W czasie podróży mieli być ubrani w świeże ubrania, aby nie nosiły zapachu narkotyków. Na terenie Rzeczypospolitej środki te były odbierane przez osoby znajdujące w poszczególnych jej częściach - we W. K. W., w S. R. P. (1) i w okolicach S. nieustalonemu mężczyźnie oraz innym osobom celem dalszej odsprzedaży. Kierownicza zaś rola oskarżonych M. M. (1) i A. M. w tej grupie nie budzi wątpliwości niezależnie od tego, że z materiałów operacyjnych

wynika, iż w niektórych sytuacjach przed podjęciem ostatecznych decyzji konsultowali się oni z M. M. (4), co podnosili obrońcy.

Wbrew twierdzeniom obrońcy M. M. (1) (**zarzut 2b apelacji**) zeznania świadków J. K. (2) i J. S. (1) w zakresie sprawstwa ww posiadają walor spójności i konsekwencji. J. S. (1) zeznał „M. i M. (przyp. M.) byli tak na równi. Decyzje o przemytach i komu wozić narkotyki podejmowali wspólnie. To byli szefowie.” (k. 214, t. II). Kwestie równoważnej pozycji M. M. (1) i M. M. (4), w swoich wyjaśnieniach, a następnie zeznaniach uwypuklił również świadek J. K. (3), który zeznał „M. o ps. (...)... był to wspólnik M. M. (4)... był na równych prawach co M.” (k. 248, t. I). W zakresie roli A. M., wbrew twierdzeniom jego obrońcy, świadek ten również wskazał „O. również był kolejnym wspólnikiem M. M. (4) i (...). Z ich relacji wynikało, że są na równych prawach, wspólnie wydawali decyzje lub zastępowali się... O. (przyp. M.) i M. (przyp. M.) byli wspólnikami” (k. 249, t. II). Wbrew stanowisku obrońcy M. M. (1) i A. M., w materiale dowodowym ujawniono takie dowody, z których wynika struktura grupy, a także wyraźnie zarysowany podział funkcji poszczególnych jej członków, które nie polegały na doradzaniu, czy też wyłącznie ochronie M. M. (4) (zarzut 1a apelacji), bowiem jak zeznał świadek J. K. (2) „każda czynność jak załadunek, czy wyjazd do Polski odbywała się na wyraźny sygnał M. lub jego wspólników... było zasadą, że zanim do K. jechał samochód na rozładunek to M. albo któryś z jego wspólników tzn. O. (przyp. M.) lub M. (przyp. M.) kontaktowali się z K. i uzgadniali kiedy samochód może przyjechać” (k. 249, t. II). Znaczenie ochronno – pomocnicze roli A. M., czy też M. M. (1), zostało wykazane jedynie w zakresie niektórych załadunków, przy których, jak zeznał świadek J. K. (2) „przy niektórych załadunkach uczestniczyli M. albo O. czy M... bardziej to wyglądało na dozór... narkotyki, które przewoził M. przywoził marek z M. albo O.” (k. 250, t. II). Nadto desygnaty słów „dozór” i „ochrona”, wbrew twierdzeniom wysuwanym w apelacji nie są tożsame. Nieuprawniony jest zarzut obrońcy M. M. (1), jakoby zeznania obciążające jego mocodawcę, nie były konsekwentne i spójne (pkt 2b apelacji). Świadek J. K. (2), bowiem wytrwale i metodycznie utrzymywał „gdy jego nie było (przyp. M. M. (4)) to... w jego imieniu polecenia wydawał nam M. lub O.. Wtedy oni organizowali transporty i mówili z czym, kiedy i do kogo mam jechać...Oni zajmowali się organizowaniem wszystkiego” (k. 290, t. I). Lakonicznie i powierzchownie, co prawda Sąd I instancji dokonał oceny składanych przez świadków zeznań, niemniej jednak w wyniku ich analizy można dokonać hierarchizacji poszczególnych osób tworzących grupę. Wbrew twierdzeniom wysuwanym w obu apelacjach, M. M. (1) i A. M., wspólnie z M. M. (4), kierowali grupą przestępczą. Wykazywali się wolą decyzyjną – kierowniczą, w zakresie ilości przemyconych narkotyków, ich załadunku i rozliczeń finansowych z tego tytułu. Funkcja ochronna oskarżonego M. M. (1), być może miała również miejsce, jednakże odgrywała drugorzędne znaczenie, bowiem na pierwszy plan wysuwano jednak jego rolę decyzyjną. Zeznania świadka J. S. (1) pozwalają odtworzyć jego znaczenie w grupie, bowiem kilkakrotnie w trakcie postępowania przygotowawczego, jak i jurysdykcyjnego wskazał „ polecenia dostawałem od trzech osób tj. od M. M. (4), O. (przyp. M.) i (...) (przyp. M.)... O. i M. mówili mi co mam robić, gdy nie było M... ta czwórka decydowała gdzie mam jechać, kiedy i z czym... gdy dostawałem pieniądze ... zawsze dawałem je jednemu z nich... w przypadkach gdy nie było (przyp. M. M. (4))... to O. lub M.” (k. 284, t. II). Sąd Okręgowy pominął w uzasadnieniu, co prawda kwestie oceny relacji w ramach grupy, określonej przez J. S. (1) niezwykle zażyłe „oni tworzyli taką rodzinę... chodzi o (...), O. i M.” (k. 315, t. II). Powyższe dodatkowo prowadzi do wniosku o równorzędnej pozycji ww osób i podrzędnym statusie pozostałych osób – kurierów „grupy M. M. (4)”.

Bez wątplenia świadkowie J. K. (2) i J. S. (1) jednoznacznie potwierdzili istnienie zorganizowanej grupy przestępczej kierowanej przez M. M. (4), A. M. i M. M. (1), opisali profil działalności tejże grupy, powiązania poszczególnych jej członków, ich miejsce w hierarchii. Bezsprzecznie inicjatorem powstania grupy był M. M. (4), jednakże włączenie się do działalności pozostałych tj. A. M. i M. M. (1) i zrównanie ich z pozycją M. M. (4), przesądza o równoległej pozycji wskazanych mężczyzn. Obrońca A. M., próbował forsować w apelacji, jedynie pomocniczą rolę ww oskarżonego. Niemniej jednak i w tym zakresie uwagi poczynione na tle zarzutów wysuwanych, co do roli M. M. (1) pozostają nadal aktualne. Powoływanie w tym zakresie, jako przeciwdowodu zeznań M. K., nie może zyskać aprobaty, bowiem świadek ten pojawił się dopiero w ramach grupy w 2012 r., a zatem w późniejszym etapie jej funkcjonowania. Obrońca ww oskarżonego podnosił walor poznawczy zeznań J. S. (1) i J. K. (2), składanych przez nich na etapie jurysdykcyjnym postępowania, co w żadnej mierze nie może dyskredytować poczynionych ustaleń, z powodów wskazanych wcześniej. Znamienne jest, że wskazując w uzasadnieniu apelacji na wybiórczość w zakresie sądowej oceny zeznań świadków i uchylenie się od wyjaśnienia przez tenże Sąd istniejących odmienności, autorzy apelacji, powołując sprzeczność

zeznań, uznają nieudolne próby podjęte dopiero na rozprawach przez tychże świadków, umniejszając istotnie rolę kierowniczą działaniu oskarżonych. Trudno jednak wymagać, by Sąd, który w zeznaniach osób, których zeznania obrońcy podważają dopatrywał się jedynie okoliczności potwierdzających winę oskarżonych, we własnym zakresie dopuszczał się nieracjonalnych – ze swojego punktu widzenia – interpretacji fragmentów zeznań, które miałyby potwierdzić sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego linię obrony oskarżonych.

Analiza powyższych dowodów pozwala jednak przyjąć, iż w grupie tej oskarżeni A. M. i M. M. (1) odgrywali wiodącą rolę i to oni właśnie koordynowali wszystkimi jej działaniami. Świadek J. K. (2), zeznał, że M. M. (1), był odpowiedzialny za transporty kierowane do W., ponieważ tam mieszkał (k. 2825, t. XVI), natomiast A. M. wydawał świadkowi J. S. (1) kluczyki do samochodu, służącego do transportu narkotyków w K., co przesądza o kierowaniu grupą w tej części Polski. Oskarżeni M. M. (1) i A. M. ustalali warunki przemytu, decydowali o kierunkach transportu i stawce odbioru. Na tym więc polegała kierownicza rola oskarżonych i w tym stanie rzeczy nie może być kwestionowane to, że zachowaniem swymi wyczerpali oni znamiona przestępstwa z art. 258 § 3 k.k. Kierowanie zaś grupą w rozumieniu tego przepisu może mieć charakter kolektywny, a kierujący może odpowiadać za prawidłowe funkcjonowanie nawet tylko fragmentu tak złożonej struktury. Nie jest konieczne przy tym kierowanie całą grupą przestępczą. Istotne jest jednak to, by całość działań podejmowana była w interesie całej grupy, w ramach jej istnienia, a nie poza nią (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 27 października 2010 r., sygn. akt II AKa 123/10, KZS 2011/1/77), co w niniejszej sprawie miało miejsce.

Dowodem umożliwiającym ustalenie funkcjonowania zorganizowanej grupy przestępczej, jest również analiza procesu nabywania pojazdów służących do przewożenia znacznych ilości narkotyków, przez kurierów, proceder fikcyjnego zbywania samochodów pomiędzy kurierami, pozwala ona odtworzyć plasowanie się poszczególnych osób w grupie. D. Z., jeden z kurierów zorganizowanej grupy przestępczej, potwierdził przynależność do niej, powołując jednocześnie stopień pokrewieństwa z M. M. (4). Świadek ten przyznał w składanych zeznaniach, że zatrzymano go w trakcie przewożenia marihuany w ilości 5.922,51 g. Sąd pragnie wskazać, że analiza funkcjonowania D. Z. w układzie personalnym, do którego należeli M. M. (4) i M. M. (1) oraz A. M., pozwala jednoznacznie uznać, że ww. kierowali zorganizowaną grupą przestępczą. D. Z., jako kurier zawarł umowę kupna samochodu H. (...), który nabył od P. M. w dniu 25 stycznia 2012 r., (umowa z 25.01.2012 r., k. 493, t. III). Pierwotnym właścicielem ww. pojazdu był Z. J. (umowa z 27.08.2011 r., k. 488, t. III). M. R. (1) ps. (...), nabył ten samochód na podstawie umowy z dnia 7.08.2011 r., a w dniu 7.09.2011 r., złożył wniosek o przyznanie czasowej rejestracji z uwagi na zmianę właściciela (wniosek – k. 486, t. III). Następnie pojazd ten sprzedał P. M. w dniu 14 grudnia 2011 r., (umowa z 14.12.2011 r., k. 494, t. III), od której auto nabył D. Z., który z dniem 3 lutego 2012 r., dokonał przerejestrowania pojazdu na swoje dane (pismo (...).5411.9704.2012 – k. 484, t. III, decyzja o zmianie nr rejestracyjnego – k. 490, t. III), przewożąc nim następnie znaczne ilości narkotyków, za co został skazany prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu, sygn. akt III K 283/15. Analogiczny proces nabywania i rejestrowania samochodów przedstawili pozostali kurierzy – J. S. (1) i J. K. (2), powołując przy tym, że w K. środek transportu dostarczał im A. M.. Wartościowe w tym miejscu, okazują się zeznania J. S. (1) odnośnie przekazania mu kluczy do samochodu, którym dokonywał po raz pierwszy przewozu środków odurzających, zeznał bowiem „dostałem kluczyki od O. (przyp. M.) ... on był członkiem tej grupy i mieszkał w Holandii” (k. 213, t. II). Konfrontując powyższe z zeznaniami tego świadka, w których wskazał, że pierwszego przemytu dokonał H. koloru zielonego, we wrześniu 2011 r., (k. 213, t. II), uwypuklić należy, że J. S. (1) dokonywał ustaleń z A. M., który już wówczas decydował o przekazaniu mu kluczyków, urzeczywistniając swą kierowniczą funkcję.

Zeznania świadka M. K. (k. 527 – 537, t. III), wskazanego w apelacji A. M., mają istotne znaczenie dla weryfikacji prawdziwości zeznań świadków J. S. (1) i J. K. (2). Posiadał on wiedzę bezpośrednią na temat kierowanej przez oskarżonych grupy, zeznawał na okoliczność jej funkcjonowania. M. K., wskazał „w S. poznałem M. M. (4) i całą jego ekipę. Wśród nich był.. M. (przyp. M.)... O. (przyp. M.) (k. 529, t. III), przedstawił również transakcje, które przeprowadzał z A. M. i M. M. (1) w kwietniu 2012 r. nadto potwierdził, że grupą kierował M. M. (4), zeznając „on zarządzał wszystkim wspólnie z O. z K. (przyp. A. M.)... dużo do powiedzenia miał M. (przyp. M.)” (k. 533, t. III), który jak określił „był (przyp. M. M. (1)) z M. jedną ręką, rządził tam innymi” (k. 535, t. III). Autorzy apelacji pozostają w nieuprawnionym błędzie podnosząc, że ww. świadkowie nie tylko nie potwierdzą postawionego A. M. i

M. M. (1) zarzutu z art. 258 § 3 k.k., czy też współkierownictwa zorganizowanej grupy przestępczej, ale nawet wprost prawdziwości takiemu zarzutowi odmawiają, z uwagi na argumentację wyżej już przedstawioną.

W oparciu o powyższe nie jest tym samym trafny zarzut naruszenia art. 7 i art. 410 k.p.k. (**punkt 2a-b apelacji obrońcy M. M. (1) i pkt 2b apelacji A. M.**). Nie ma racji obrońca przekonując, że zeznania świadków: J. S. (1) i J. K. (2) wprost i zdecydowanie nie są wystarczające dla ustalenia istnienia przypisanej oskarżonym A. M. i M. M. (1) zorganizowanej grupy przestępczej. W istocie zeznania wymienionych wyżej świadków mają istotne znaczenia dowodowe dla odpowiedzialności oskarżonych w zakresie czynu z art. 258 § 3 k.k. jednakże ocena tych osobowych źródeł dowodowych, wbrew twierdzeniom apelującego w żadnej mierze nie była dowolna. Wskazać należy, że J. S. (1) i J. K. (2) konsekwentnie podtrzymywali zeznania wykazujące kształt grupy prowadzonej przez oskarżonych, a powołane w apelacji (str. 7 apelacji, k. 3225, t. XVIII) fragmentaryczne wypowiedzi tych świadków, składane przed Sądem Okręgowym, nie mogą skutecznie zmienić oceny prawnej ustalonego stanu faktycznego i prawidłowo dokonanej przez Sąd subsumcji. Słusznie obrońca M. M. (1), podniósł, że świadkowie J. S. (1) i J. K. (2), istotnie zmienili przed sądem swoje zeznania, marginalizując rolę oskarżonych. Niemniej jednak należy przyznać rację Sądowi I instancji, który twierdzi, że zeznania świadków obciążające oskarżonych zasługiwały na wiarygodność. O takiej ocenie nie decyduje bynajmniej wyłącznie niekonsekwentna postawa J. S. (1) i J. K. (2) w toku postępowania. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego przedstawiana przez obrońcę M. M. (1) w apelacji wersja zgodnie z którą członkowie uznanej przez Sąd Okręgowy grupy za przestępczą, utrzymywali jedynie relacje ochronno - doradcze jawi się jedynie, jako nieznajdująca żadnych podstaw obiektywnych linia obrony. Na marginesie warto dodać, że w żadnym razie koleżeńskie relacje między członkami grupy nie wykluczają współkierowania taką grupą przez oskarżonych A. M. i M. M. (1) określonej w przepisie art. 258 § 3 k.k. W istocie – jak wynika to z praktyki orzeczniczej Sądu Apelacyjnego – wyróżnić można różne sposoby zarządzania takimi organizacjami. Część grup kierowanych jest w sposób mocno sformalizowany, sztywny, z surowymi regułami funkcjonowania. Można jednak także wyróżnić takie w których obowiązują reguły mniej formalne, bliskie nawet relacjom koleżeńskim, co jednak w żadnym razie nie odbiera im charakteru o jakim mowa w powołanej regulacji.

Z wiarygodnych zeznań J. S. (1) i J. K. (2) wynika, że oskarżeni brali czynny udział w dokonaniu przestępstw przemytu narkotyków opisanych w punkcie II części wstępnej zaskarżonego wyroku. Rola M. M. (1) w przypadku przestępstwa opisanego w punkcie II polegała na uzgodnieniu z kurierami przewozu narkotyków na terytorium Polski, wskazywaniu miejsca przeznaczenia transportu, organizował samochody z przerobionymi zbiornikami paliwa, kontaktował się telefonicznie z odbiorcami narkotyków i ustalał szczegóły transakcji, nadzorował też pakowanie narkotyków do skrytek. Wyznaczał kurierów, których instruował kiedy i dokąd mają udać się z określoną partią narkotyków oraz ile mają odebrać pieniędzy od osób, którym przekazali środki odurzające. A. M. pełnił analogiczną rolę, przy tym przekazywał klucze kurierom, odbierał od nich pieniądze. W ocenie Sądu współsprawstwo obejmuje nie tylko współsprawstwo równoległe, polegające na równoczesnej realizacji wszystkich znamion przez poszczególnych sprawców, ale również współsprawstwo dopełniające, charakteryzujące się realizacją poszczególnych czynności wykonawczych wskazanych w przepisie przez jedną osobę, podczas gdy inna osoba realizuje inną czynność, które dopiero łącznie składają się na realizację wszystkich znamion.

Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie opowiada się za koncepcją materialno-obiektywną współsprawstwa, w pełni podzielając pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2011 r., sygn. II KK 162/11 (OSNKW 2012/3/28), iż „współsprawstwo - od strony przedmiotowej - nawet jeżeli nie musi polegać na realizacji znamion czasownikowych ujętych w opisie typu czynu zabronionego w części szczególnej Kodeksu karnego (lub przepisach karnych innych ustaw), w każdym przypadku wymaga, by sprawca podjął takie zachowanie, które na gruncie przyjętego porozumienia stanowiło konieczny lub bardzo istotny warunek realizacji przez innego współsprawcę znamion czynności wykonawczej ujętych w danym typie czynu zabronionego". W ocenie Sądu, koncepcja ta lepiej oddaje istotę współsprawstwa, które rodzajowo odróżnia się od sprawstwa pojedynczego właśnie wspólną, objętą porozumieniem realizacją przestępstwa, zatem w ramach podziału ról poszczególni współsprawcy mogą realizować poszczególne zachowania dopiero łącznie składające się na popełnienie znamion przestępstwa.

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy, wskazać należy, iż udział A. M. i M. M. (1) w popełnieniu przestępstw opisanych w punktach I i II był konieczny i istotny. Nie wymaga znaczącego wysiłku wykazanie, że kluczowym elementem przemytu środków odurzających lub substancji psychotropowych jest kwestia zaplecza transportowego. Osobą, która bezpośrednio dostarczała pojazdy w celu przemytu był A. M.. Świadek T. K. – który wskazał, że był na terenie osiedla campingowego w Holandii u A. M.. Potwierdził, że jeździł tam jego prośbę (k. 2781, t. XVI). Zgodne zeznania J. S. (1) i J. K. (2) poparte zeznaniami M. K., czy też T. K., nie pozostawiają wątpliwości, co do prawidłowości przypisanego czynu. Równie istotne dla czynu II jest ustalenie, że A. M. odebrał pieniądze za dostarczony towar od ww świadków na terenie K.. Wkład A. M. w popełnienie tych przestępstw był bardzo ważny i istotny dla popełnionych przestępstw. Nie ulega wątpliwości, że i M. M. (1) zrealizował również drugi element współsprawstwa - obok wspólnego działania - jakim jest istnienie porozumienia co do popełnienia czynu zabronionego. Porozumienie istnieje na etapie przed lub w trakcie popełnienia przestępstwa i polega na akceptacji wspólnej realizacji znamion czynu zabronionego, często połączonej z podziałem ról. A. M. i M. M. (1) uczestnicząc w organizacji przemytu, wydając polecenia, odbierając pieniądze z tego tytułu bez wątplenia wiedzieli, iż będzie ona przewożona przez kurierów. Z kolei działanie zarówno przed popełnieniem przestępstwa - kontakt z M. M. (4), kurierami, jak i po jego popełnieniu - odbiór kurierów i dostarczonych narkotyków, jednoznacznie świadczą o obejmowaniu porozumieniem przemytu środków odurzających.

Przechodząc do rozważań, w przedmiocie zarzutu obu apelacji (**pkt 1b oraz 3b – c apelacji obrońcy M. M. (1)** oraz **pkt 4 apelacji A. M.**), kwestionującego ich współsprawstwo kierownicze, podnieść należy, że apelujący próbowali wykazać zasadność wskazanego uchybienia poprzez błędy ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd I instancji. Zarzut obrazy art. 18 § 1 k.k., podnoszony w apelacjach obu obrońców, został skonstruowany odmiennie. Obrońca M. M. (1), zasadnie powołał w pkt 1b apelacji, że Sąd Okręgowy nie odniósł się w uzasadnieniu wydanego rozstrzygnięcia do tego, w jakiej formie sprawczej przypisał oskarżonemu czyn, natomiast obrońca A. M., w pkt 4 apelacji, zarzucił błędną wykładnię art. 18 § 1 k.k., kwestionując nie tyle brak uzasadnienia podstawy sprawczej w tym zakresie, co przyjęcie przez Sąd I instancji, że popełnienie danego typu czynu możliwe jest w formie sprawczej niewykonawczej sprawstwa w konfiguracji wieloosobowej. Sąd Apelacyjny po pierwsze pragnie wskazać, że niewłaściwie skarżący powołał, że przedmiotowy zarzut dotyczy obrazy przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 18 § 1 k.k. (**pkt 1 b apelacji obrońcy M. M. (1)** i **pkt 4 apelacji obrońcy A. M.**). Kwestie takie jak forma popełnienia przestępstwa oraz zamiar należą bowiem do zakresu ustaleń faktycznych. Nadto wskazać należy, że podniesienie zarzutu naruszenia prawa materialnego nie może korelować z zarzutem błędu w ustaleniach faktycznych, który to zarzut apelujący podnieśli w zakresie tego samego czynu (punkt 3 apelacji obrońcy M. M. (1) apelacji). Obraza prawa materialnego ma bowiem miejsce wtedy, gdy stan faktyczny został w orzeczeniu prawidłowo ustalony, a nie zastosowano do niego właściwego przepisu. Nie może więc dojść do tego uchybienia, jeżeli wada orzeczenia jest wynikiem błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za jego podstawę. W takich wypadkach podstawą odwoławczą może być tylko zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, a nie obraza prawa materialnego (wyrok SN z 21 czerwca 1978 r., I KR 124/78, OSNPG 1978, z. 3, poz. 51; wyrok SN z 2 sierpnia 1978 r., I KR 155/78, OSNKW 12/79, poz. 233 oraz wyrok SN z dnia 23 lipca 1974, V KR 212/74, OSNKW 12/74, poz. 233). Powyższy zarzut, traktowany jako zakwestionowanie ustaleń faktycznych, okazał się bezzasadny, podobnie jak prawidłowo skonstruowany zarzut błędu w ustaleniach faktycznych zawarty w punkcie 3b i c apelacji obrońcy M. M. (1).

Analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku, prowadzi rzeczywiście do wniosku, że Sąd Okręgowy, lakonicznie wyjaśnił podstawę prawną wyroku, mimo tego, że w podstawie przypisanego w pkt II części dyspozytywnej wyroku czynu, powołał art. 18 § 1 k.k. Niemniej jednak w części uzasadnienia poświęconej rozważaniom, Sąd meriti używał określenia, że oskarżeni współkierowali grupą przestępczą (str. 20 uzasadnienia, k. 3198v, t. XVIII), prowadzili działalność przestępczą, polegającą na współkierowaniu (str. 21 uzasadnienia, k. 3199, t. XVIII), tworzyli i współkierowali grupą zorganizowaną (str. 22 uzasadnienia, k. 3199v, t. XVIII). W oparciu o powyższe zwroty uznać zatem można, iż Sąd I instancji, mimo tego, że literalnie nie dokonał analizy subsumcji współdziałania w kierowaniu M. M. (1) i A. M., to zasadnie przyjął, iż popełnili oni czyn zabroniony w ramach współsprawstwa kierowniczego, precyzując poprzez opis podejmowanych przez nich czynności na czym współsprawstwo polegało. Przyjęcie konstrukcji współsprawstwa

nie zwalniało, co prawda sądu orzekającego w sprawie, z obowiązku dokładnej analizy zachowań oskarżonych, które mają być kwalifikowane, jako "wspólna" realizacja znamion czynu zabronionego w rozumieniu art. 18 § 1 k.k. Powszechnie przyjęta interpretacja tego terminu prowadzi do wniosku, że zwłaszcza przy przestępstwach skutkowych, za współsprawstwo może być także potraktowane zachowanie, które w sposób konieczny lub istotny warunkuje zachowanie innego współsprawcy realizującego bezpośrednio znamiona typu czynu zabronionego (por. postanowienie SN z dnia 11 kwietnia 2014 r., V KK 408/13, LEX nr 1482487, wyrok SN z dnia 21 grudnia 2011 r., III KK 208/11, LEX nr 1119511). Także jednak i w takim wypadku konieczne jest wskazanie konkretnego zachowania spełniającego owe kryteria (por. wyrok SN z dnia 8 grudnia 2011 r., II KK 162/11, Biul.SN 2012/3/20-21). Zgodnie z art. 18 § 1 k.k., który przyjmuje odpowiedzialność za sprawstwo wtedy, gdy ktoś wykonuje czyn zabroniony „wspólnie i w porozumieniu z inną osobą”, konstytutywnymi elementami współsprawstwa są zatem: element strony podmiotowej - porozumienie dotyczące wspólnego wykonania czynu zabronionego oraz element strony przedmiotowej - wspólne wykonanie tego czynu (zob. A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 1999, s. 237; wyrok SN z dnia 15 maja 2001 r., V KKN 730/98, OSNPk 2001, z. 10, poz. 1). W niniejszej sprawie zaktualizowały się obydwa elementy wskazanej formy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, o tym, czy, mamy do czynienia ze współsprawstwem osób, powiązanych porozumieniem (art. 18 § 1 k.k.), jest ten kierunek wykładni nauki prawa, który uwzględnia łączne aspekty: funkcjonalny - chodzi tu o cel i sposób popełniania określonych przestępstw; strukturalny - chodzi tu o taki poziom zorganizowania grupy, który już przez samo kierowanie nią zapewnia warunki dla dokonywania takich przestępstw, których dokonanie przekraczałoby możliwości jednego sprawcy i dynamiczny - chodzi tu o różne, mogące występować formy sprawowania funkcji kierowniczej (jednoosobowo, kolegialnie) i sposoby jej sprawowania (przywództwo całej grupie lub kierowanie konkretnymi, poszczególnymi działaniami grupy) oraz charakter tego kierownictwa (stały lub przejściowy), a także różnorodność i zmienność mogących występować czynności sprawczych określonych, jako "branie udziału" (przynależność, wykonywanie określonych poleceń i zadań, udział w planowaniu przestępstw, obmyślanie sposobu działania, bezpośredni udział w ich popełnieniu, zabezpieczenie i kamuflaż działalności grupy, finansowanie jej na zdobycie niezbędnych środków służących do realizowania zadań i celów przestępczych grupy, jak i czynnościach organizacyjnych i dyscyplinujących członków grupy oraz udział w zyskach i podziale łupów itd., itp.).

Z uwagi na powyższe niezasadne okazały się zarzuty zmierzające, do wyeliminowania współsprawstwa kierowniczego M. M. (1)(**pkt 3b i c apelacji**) i A. M. (**pkt 4 apelacji**). W zakresie bowiem tego przypisanego, oskarżonym czynu, dowodami jednoznacznie obciążającymi i wiarygodnymi okazały się zeznania świadków J. S. (1) i J. K. (2) i ich konfrontacja z pozostałym materiałem dowodowym, właściwie ocenionym przez Sąd I instancji, bez przekroczenia granic wyznaczonych przepisem art. 7 k.p.k., czyniąc powyższą ocenę swobodną, nie zaś dowolną.

4. Zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych, kwestionujące ilości przemyconych środków odurzających - zmiana liczby przemytu.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych w zakresie ilości środków odurzających przemyconych przez kurierów: M. R. (1), D. Z. oraz A. K., a także liczby dokonanych przemytów (**zarzut 3d apelacji obrońcy M. M. (1)** oraz **pkt 2 apelacji obrońcy A. M.**), wskazać należy, że Sąd I instancji ustalił ilość środków odurzających, które przewozili kurierzy: M. R. (1), D. Z. oraz A. K. nie tylko w oparciu o zeznania świadków J. S. (1) i J. K. (2), ale również materiał dowodowy zebrany w sprawie dotyczącej ww osób, sygn. akt III K 280/13, których kwestionowanie nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Ustalając ww ilości Sąd I instancji zasadnie oparł się na wyjaśnieniach J. S. (1) i J. K. (2) oraz zeznaniach M. K., którzy opisali rolę Ł. J. w zorganizowanej grupie – pakującego środki odurzające, wskazując jednocześnie, że za każdym razem to on ważył, pakował i umieszczał w użytkowanych przez kurierów samochodach narkotyki. Powyższe pozwoliło ustalić ilokrotnie oskarżeni dokonywali przewozu środków odurzających. Sąd Okręgowy błędnie ustalił, że oskarżeni polecili nie mniej niż 22 razy przewiezienie narkotyków z Holandii przez Niemcy do Polski, bowiem przewozów niebudzących wątpliwości było w istocie 21. Powyższe wynika z analizy zeznań J. S. (1) i J. K. (2), którzy wskazali, że Ł. J. udostępnił garaż, w którym po porcjowaniu, odważeniu i spakowaniu umieszczał w użytkowanych przez kurierach samochodach, w specjalnie przystosowanych skrytkach zainstalowanych w zbiornikach paliwa, środki odurzające i psychotropowe. Sąd Okręgowy, powielając zarzut wskazany w akcie oskarżenia, błędnie przyjął, że do

polecenia przemytu doszło 22 krotnie, bowiem materiał dowodowy pozwala ustalić, że oskarżony Ł. J. 21 razy brał udział, w szeroko rozumianym, pakowaniu narkotyków do przewozu, sumując przewozy dokonane przez M. R. (1) - 5, D. Z. - 2, J. K. (2) i J. S. (1) – razem 11 oraz J. S. (1) - 3. Przypisując oskarżonym ilości działań i ilości przewożonych narkotyków wszelkie wątpliwości rozstrzygnięto na ich korzyść. Sąd przyjął takie ilości, pomimo, iż dokładna analiza przeprowadzonych dowodów w szczególności zeznań J. K. (2) i J. S. (1) wskazuje, że przewozów narkotyków przez nich, jak i przez M. R. (1), mogło być więcej. Wskazuje na to fragment wyjaśnień J. S. (1), gdy stwierdził, że „Wszystkich było ok. 15-20 razy uczestniczyłem w przemytach.” (k. 263, t. III), czy stwierdzenie J. K. (2) odnośnie M. R. (1) ps. (...), że „przy mnie tych kursów zrobił przynajmniej pięć przy szóstym go złapali. Nie wiem ile kursów zrobił bez mojej wiedzy, ale wiem, że on woził narkotyki jeszcze przede mną, ale nie wiem, od kiedy” (k. 347 – 348, t. III) Jednak z uwagi na brak precyzyjnych i niebudzących wątpliwości dowodów w tym zakresie, albowiem podczas rozprawy oskarżeni J. S. (1) i J. K. (2) z uwagi na upływ czasu i wielość zdarzeń nie byli w stanie doprecyzować tych faktów, Sąd rozstrzygnął te wątpliwości na korzyść oskarżonych, o czym orzekł w **pkt I ppkt 3 wyroku.**

5. Zarzut obrazy prawa procesowego, w zakresie czasookresu czynów przypisanych oskarżonym.

Bezzasadne okazały się również zarzuty, zmierzające do zmiany czasookresu przyjętego za czas popełnienia czynów przypisanych oskarżonym (zarzut z pkt 3a apelacji obrońcy oskarżonego M. M. (1) oraz zarzut z pkt 1 ppkt. 1 oskarżonego A. M.). Apelujący w tym zakresie, analogicznie do stanowisk, wyrażanych we wcześniej analizowanych zarzutach, zmierzali do zdyskredytowania relacji kluczowych świadków. Świadek J. S. (1), zeznał, iż cały proceder rozpoczął się we wrześniu 2011 r., kiedy po raz pierwszy odbył podróż do Holandii, w celu nabycia narkotyków (k. 213, t. II). Przesłuchany po raz kolejny zeznał „myślałem żeby z tego zrezygnować w listopadzie 2011 r., jak już z J. (przyp. K.) jeździłem...zrobimy to jeszcze jeden raz i tak to trwało” (k. 315, t. II). Bezsprzecznie świadek J. K. (2) opuścił Zakład Karny w C. 3 listopada 2011 r., (k. 220, t. I), niemniej jednak to w oparciu o zeznania świadka J. S. (1), złożone w dniu 17 marca 2012 r., (k. 213, t. II), a także podtrzymane na rozprawie w dniu 18 grudnia 2014 r., (k. 2845, t. XVI) Sąd zasadnie przyjął czas popełnienia przypisanych oskarżonym czynów w okresie: od września 2011 r., do marca 2012 r. Istotne pozostaje, że już na początku, jak zeznawał we wrześniu 2011 r., funkcjonowania w strukturze J. S. (1), otrzymał on kluczyki do samochodu w K., gdzie znajdował się już wówczas A. M. (k. 213, t. II), co wbrew twierdzeniom wysuwanych w apelacji przesądza o zaangażowaniu A. M. w kierowaniu grupą, tudzież jej elementem w postaci organizacji środków transportu już w tamtym czasie. Podczas przesłuchania w dniu 2 września 2013 r., J. S. (1) potwierdził, że kursy miały miejsce między sierpniem a listopadem 2011 r., (k. 374, t. II). W istocie oskarżeni przewodzili zorganizowanej grupie w okresie od września 2011 r., do marca 2012 r., kiedy zostali zatrzymani przez organy ścigania. Zapewne w wyniku omyłki pisarskiej wskazano w uzasadnieniu, zaskarżonego wyroku, że J. S. (1) we wrześniu 2012 r., (k. 1 uzasadnienia, k. 3189, t. XVIII) po raz pierwszy wyjechał do Holandii, co w żadnej mierze nie mogło wypłynąć na zmianę ustalenia czasookresu, przyjętego przez Sąd I instancji. Na marginesie warto wskazać, że Świadek E. W., potwierdził, że od września 2011 r., wykonywał naprawy samochodów na rzecz M. M. (4) w warsztacie przy ulicy (...) we W., potwierdzając, współpracę z grupą przestępczą w tym okresie. Przyznał podczas składania wyjaśnień w dniu 26 listopada 2013 r., że w kontaktach z M. M. (4) posługiwał się własnym telefonem o numerze abonenckim (...) (k. 2266, t. XIII). O numerze (...), należącym do (...) [W.] zeznał J. S. (1). (k. 270-283, t. II). Podczas odtworzenia treści rozmowy telefonicznej przychodzącej z numeru (...) utrwalonej w ramach (...) krypt. J. stosowanego wobec J. S. (1), świadek ten zeznał, że na jego numer telefonu „Dzwoni do mnie E., ten mechanik z ulicy (...). Ja mu mówię, że jesteśmy teraz we W. przy ul. (...), przed hotelem, w którym spaliśmy. On do nas przyjechał dać nam pieniądze na ten hotel, na spanie. Przyjechał w imieniu M., dał nam ze 200-300 zł, nie pamiętam już teraz ile”. Podobnie zeznał J. K. (2) (k. 284-298) relacjonujący odtwarzane rozmowy telefoniczne utrwalone w ramach (...) krypt. Mechanik stosowanego wobec niego. Świadek ten zeznał, że zadzwonił na numer (...) i połączył się z E. W.. Powyższe z potwierdzeniem świadczenia usług naprawy przez ww świadka w okresie od września 2011 r., dodatkowo przesądza o prawidłowości przyjętego czasookresu. W zakresie obecności na terenie Holandii A. M., wartościowy okazał się dowód z zeznań świadka T. K., który wskazał „ostatni raz w Holandii byłem latem ubiegłego roku (przyp. lato 2011 r.,)... pojechałem wraz dziewczyną O. M. z K...zawiozłem jakiegoś chłopaka i on tam został... zawsze jeździłem tam na jego prośbę” (k. 2781, t. XVI). Powyższe pozwala bowiem zakładając, że już latem 2011 r., oskarżony A. M. organizował zaplecze techniczno – personalne grupy, wypełniając znamiona czynu przypisanego w

zaskarżonym wyroku, co dodatkowo nie może skutecznie podważyć przyjętego przez Sąd czasookresu popełnionego przestępstwa, opisanego w pkt II części wstępnej wyroku.

6. Zarzuty obrazy prawa materialnego art. 45 § 1 k.k.

Częściowo zasadny okazał się zarzut podnoszony przez obrońcę M. M. (1) w **pkt 3d apelacji** oraz przez obrońcę A. M. w **pkt 5 – 7 apelacji**. Zostały one oparte w głównej mierze na braku precyzyjnych ustaleń przez Sąd Okręgowy wysokości korzyści majątkowych, uzyskanych przez oskarżonych w wyniku popełnienia czynów zabronionych. Istota błędnego orzeczenia, które zapadło z obrazą art. 45 § 1 k.k. sprowadza się przede wszystkim do tego, że skoro ów przepis przewiduje przepadek korzyści "osiągniętej z popełnienia przestępstwa", to orzekając go Sąd Okręgowy winien uwzględnić ustalenia faktyczne dotyczące wielkości owej korzyści. W tym miejscu wskazać należy, iż po pierwsze jak słusznie podniósł obrońca M. M. (1), Sąd nie przedstawił żadnych wyliczeń, ani ustaleń (**zarzut 3d apelacji**) oraz obrońca A. M. (**zarzut 5 i 6 apelacji**). Zarówno w zarzucie aktu oskarżenia, jak i w przypisaniu oskarżonym udziału w zorganizowanej grupie przestępczej, nie dookreślono wysokości osiągniętej korzyści majątkowej, wskazując w jakiej ilości środki te w drodze przemytu zostały przetransportowane na teren Polski. Sąd uwzględnił wniosek prokuratora zgłoszony w mowie końcowej, w zakresie orzeczenia wobec obu oskarżonych przepadku korzyści majątkowej po 90.000 zł (k. 3149, t. XVIII). Jak słusznie wskazali obaj apelujący obrońcy nie dokonał przy tym jakichkolwiek ustaleń w zakresie wykazania w oparciu o jaki materiał dowodowy ustalił wysokość uzyskanej korzyści majątkowej, a także z czego wynika orzeczenie wskazanego środka, we wskazanej wysokości. Sąd Okręgowy, lakonicznie tylko wskazał na str. 27 uzasadnienia (k. 32020, t. XVIII), że świadkowie J. S. (1) i J. K. (2) otrzymali i przekazali M. M. (1), A. M. oraz M. M. (4), nie mniej niż 406.000 zł oraz 44.000 €.

Po pierwsze wskazać należy, wbrew stanowisku obrońców, że zebrany w sprawie materiał dowodowy, mimo braku precyzyjnych ustaleń w tym zakresie poczynionych przez Sąd I instancji, daje podstawy do przyjęcia, że M. M. (1) i A. M. uzyskali z popełnionych przestępstw korzyści majątkowe. Jak wynika z zeznań świadka J. S. (1), każdorazowo gdy otrzymywał pieniądze od odbiorcy narkotyków to przekazywał je M. M. (4), A. M. lub M. M. (1) (k. 284, t. II). Świadek J. K. (2) zeznał, że podczas pierwszego przewozu środków odurzających na teren Polski – do S., dokonał wspólnie z J. S. (1) przemytu marihuany w ilości 5 kg, za co R. P. (1) przekazał im w gotówce kwotę 82.000 zł, którą następnie wymienili w kantorze przy ul. (...), w S. na euro, z czym udali się w drogę powrotną do Holandii (akapit 1, k. 252, t. II). Przy kolejnym, drugim transporcie środków odurzających do S. – samochodem H. Sonata kolor biały, R. P. (1) również przekazał J. S. (3) i J. K. (2) kwotę - „niecałe 80.000 zł”, które J. K. (2) w K. przekazał A. M. (akapit 2 k. 252, t. II).

Podkreślić należy, co słusznie wskazano w apelacji obrońcy M. M. (1) (k. 3227, t. XVII), że Sąd Okręgowy wskazał, nie dokonując precyzyjnych ustaleń, iż w sumie kurierzy J. S. (1) i J. K. (2) otrzymali i przekazali : M. M. (4), M. M. (1) oraz A. M., kwotę 406.00 zł oraz 44.000 € (str. 9 uzasadnienia, k. 319, i str. 27, k. 3202, t. XVIII). Powyższe, wynika z zeznań J. K. (2), który wskazał, że tylko R. P. (2), płacił za narkotyki w złotychkach, w 3 transzach – w tym pierwszy raz 86.000 zł, kolejne dwa razy kwotę powyżej 70.000 zł. Świadek ten zbieżnie do zeznań J. S. (1), wskazał, że trzecia transza została przekazana bezpośrednio A. M. (k. 294, t. II). Na podstawie nagranej treści rozmowy telefonicznej z 22 lutego 2012 r., godz. 12:27:04 (k. 1163, t. VII) między J. K. (2) i M. M. (4), w mieszkaniu J. S. (1) w K., potwierdzenie znajduje pobranie tych pieniędzy przez A. M.. Rozmowa potwierdza to, że oskarżony A. M. odebrał pieniądze od J. K. (2), które ten przechowywał w „samarze” tzn. torbie podróżnej w mieszkaniu jego sparaliżowanej babci. Powyższe potwierdził J. S. (1), podczas przesłuchania w dniu 14 listopada 2012 r., (k. 320, t. II), a także J. K. (2), przesłuchany 5 grudnia 2012 r., który zeznał „ tych pieniędzy było ok. 80.000 zł” (k. 336 - 337, t. II). Świadek J. S. (1), zeznał, że od (...) otrzymał 3 razy gotówkę „ płacił nam w złotychkach 80 – 86.000 zł” (k. 380, t. II), którą następnie wymienił na euro. Poza tym otrzymał kwotę od (...), ps. (...) za narkotyki przekazane mu w B. – tureckiej dzielnicy (k. 375, t. II).

Na kwotę przyjętą przez Sąd Okręgowy, jako korzyść majątkowa osiągniętą przez M. M. (1), A. M. i M. M. (4), 406.000 zł, jak ustalił Sąd Apelacyjny składały się: sumy przekazane przez J. K. (2) A. M. w K. 86.000 zł, a także kolejne dwukrotne transze uzyskane bezpośrednio od R. P. (2), dwukrotnie po ok. 70.000 zł. Wysokość kwot przekazanych za drugim i trzecim razem została ustalona zgodnie z zasadą in dubio pro reo, bowiem J. K. (2) wskazywał, że była to kwota powyżej 70.000 zł, natomiast J. S. (1), że oscylowała ona wokół 86.000 zł. Tym samym ustalenie, iż J. S. (1) i J.

K. (2), przekazali jeden raz 86.000 zł, a także następnie dwukrotnie kwotę powyżej 70.000 zł, zostaje jak najbardziej zbieżne z zebrany w sprawie materiałem dowodowym. Nadto pozostała kwota należąca do ww sumy, wynika z obliczeń rachunkowych i ustaleń w zakresie możliwości ilościowego przemytu narkotyków w bakach paliwowych i ilości transportów, w trakcie których dokonywano ich przemytu.

Podstawowy, popełniony przez Sąd I instancji, błąd polegał na utożsamieniu wysokości osiągniętej z przestępstwa korzyści majątkowej z wartością narkotyków wprowadzonych do obrotu. Sąd I instancji odzwierciedlił stanowisko oskarżyciela publicznego, że wartość wprowadzonej do obrotu substancji stanowi eo ipso wysokość uzyskanej z tego korzyści majątkowej. W ocenie Sądu Apelacyjnego wartości tych nie można w sposób bezrefleksyjny utożsamiać, bowiem ustawodawca wyraźnie odróżnia dwa konfrontowane tu pojęcia - wartość wprowadzonej substancji i wysokość osiągniętej korzyści. Wartość wprowadzonej do obrotu substancji jest niezbędnym elementem opisu czynu przypisanego oskarżonemu i stanowi pewną kategorię obiektywną, trafnie ustalaną na podstawie kryterium wartości rynkowej tejże substancji, tj. takiej, która przyjmowana jest powszechnie, a przynajmniej dla pewnego szerszego zbioru typowych sytuacji obrotu. Z kolei korzyść uzyskana z przestępstwa stanowi wartość zrelatywizowaną do konkretnego przypadku - skoro ustawa mówi o korzyści "osiągniętej", to wyraźnie odrywa to od wartości rynkowej opisanej wyżej, a odnosi to do realnie, w konkretnej sprawie uzyskanej korzyści. W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, że wysokość korzyści uzyskanej z przestępstwa (a więc i podlegającej przepadkowi) należało ustalić nie według ceny rynkowej, ale według cen, po których oskarżeni wprowadzali do obrotu narkotyki. Powyższe pozostaje kompatybilne z poglądem wyrażonym w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2010 r., I KZP 12/10, OSNKW 2011, z. 1 poz. 4, zgodnie, z którym w skład korzyści majątkowej w rozumieniu art. 45 § 1 k.k., podlegającej przepadkowi, wchodzi również wszelkie wydatki poczynione przez sprawcę na uzyskanie przedmiotu pochodzącego z przestępstwa. W uzasadnieniu powołanego postanowienia znaleźć można stwierdzenie, że "owa (określona w art. 45 § 1 k.k.) korzyść to przychód sprawcy".

Sąd I instancji niezasadnie wliczył do kwoty korzyści majątkowej, równowartość marihuany zatrzymanej u świadka M. R. (2) ps. (...), w dniu 29 lutego 2012r., na placu wypoczynkowym autostrady w miejscowości S. (Niemcy), u którego zatrzymano wówczas 6.806 g marihuany, co Sąd ustalił na podstawie uwierzytelnionych kserokopii akt sprawy karnej (k. 785 – 1034, t. V). Wobec M. R. (2) został wydany wyrok skazujący, przez Sąd Rejonowy w Beckum, w dniu 5 czerwca 2012 r., (k. 900, t. V). W trakcie toczącego się przeciwko niemu postępowania M. R. (2), wskazał, że ilość 150 g marihuany odpowiada wartości ok. 750 €. Tym samym w ocenie Sądu z uwagi na zatrzymanie ww ilości, nie sposób obciążyć i kwalifikować ją jako korzyść uzyskaną w wyniku popełnionego przestępstwa, którego dopuścili się M. M. (1) i A. M., bowiem korzyść ta ma wymiar, co najwyżej hipotetyczny i w wyniku ujawnienia przemytu, nie została osiągnięta.

Do kwoty osiągniętej, w ocenie Sądu I instancji korzyści majątkowej, bezzasadnie powielonej z założeń ukształtowanych w akcie oskarżenia z powodów wcześniej wskazanych, zakwalifikowano również sumę 177.675,30 zł, tj. wartość suszu roślinnego, w ilości netto 5922,51 g, zabezpieczonego w trakcie zatrzymania kuriera D. Z., w dniu 14 lutego 2012 r., (materiał zatrzymania, k. 382 – 440, t. III).

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny ustalił, że wartość korzyści majątkowej ustalona przez Sąd I instancji, winna zostać pomniejszona o kwotę równowartości marihuany zatrzymanej u świadków D. Z. (5922,51 g) tj. kwotę 177.675,30 zł, wynikająca z opinii biegłego, w zakresie badań fizykochemicznych, (k. 505, t. III) oraz u M. R. (2) (6806 g) o kwotę 136.120 zł. W ocenie Sądu, uwzględniając uwarunkowania wynikające z innych tego typu spraw, prawidłowym będzie przyjęcie wartości rynkowej wynoszącej nie mniej niż 20 zł za 1 gram marihuany, co stanowi łączną wartość rynkową nie mniejszą niż 136.120 zł. Wartość marihuany zatrzymanej u M. R. (2), odpowiada kwocie wskazanej w jego wyjaśnieniach złożonych przed Sądem Rejonowym w Beckum. Wówczas wskazał, że za 150 g marihuany miał otrzymać 750 €, co w przeliczeniu na kurs NBP na dzień zatrzymania 29 lutego 2012 r., stanowiło 3.105 zł za 150 g, co daje 20,70 zł za 1 g marihuany.

Rachunek przeprowadzony w konsekwencji powyższych ustaleń, pozwala na ustalenie korzyści majątkowej, podlegającej przepadkowi w kwotach po 74.714,00 zł, wobec oskarżonych M. M. (1) i A. M., o czym orzeczono w

pkt I ppkt 4 wyroku. Wskazana kwota wynika z następujących obliczeń: $406.000\text{zł} - 177.675,30\text{ zł} - 136.120\text{ zł} = 92.204,64\text{ zł} : 3 = 30.734,88\text{ zł} + (44.000\text{ €} \times 3\text{ zł} = 132.000\text{ zł} : 3 = 44.000\text{ zł})$. Sąd pomniejszył odpowiednio kwotę ustalonej korzyści majątkowej o część przypadającą na współsprawcę kierowniczego czynów przypisanych oskarżonemu – M. M. (4), przeciwko, któremu toczy się postępowanie karne przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu, pod sygn. akt III K 332/15.

Bezsprzecznie Sąd Apelacyjny pragnie podkreślić, iż z uwagi na rozmiar działalności przestępczej ww zorganizowanej grupy, a także szeroką terytorialnie i personalnie jej działalność, niemożliwe było precyzyjne określenie całości uzyskanej korzyści, co nastąpiłoby gdyby ustalono ceny ich zbycia. Niemniej jednak w żadnej mierze nie można podzielić poglądu wskazanego w apelacji obrońcy A. M., jakoby przypadek korzyści majątkowej znajdował zastosowanie wyłącznie do korzyści osiągniętych przez sprawcę (str. 16 apelacji, k. 3236, t. XVIII). Zgodnie, bowiem z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, w tym uchwałą SN z 26 sierpnia 2010 r., I KZP 12/10, OSNKW 2010, nr 9, poz. 78) w skład korzyści majątkowej, podlegającej przypadkowi wchodzi również wszelkie wydatki poczynione przez sprawcę na uzyskanie przedmiotu pochodzącego z przestępstwa. W wypadku obrotu środkami odurzającymi korzyść majątkową stanowią wszystkie składniki uzyskane z popełnienia przestępstwa, nie tylko osiągnięty zysk. Na korzyść te składają się bowiem kwoty zakupu narkotyków, nadwyżka uzyskana w wyniku ich sprzedaży, nie zaś wyłącznie różnica między ceną sprzedaży środka, a ceną jego zakupu. Przeto, korzyści majątkowej, o jakiej mowa w art. 45 § 1 in princ. k.k. nie należy rozumieć jako tylko dochodu (zysku), czyli nadwyżki wpływów nad wydatkami. Owa korzyść to przychód sprawcy. Jeżeli zatem wytwórca narkotyków sprzeda je zanim zostaną u niego zatrzymane, to nie będzie wątpliwości, że należy orzec przypadek uzyskanej ceny, bez pomniejszania jej o wydatki, chociażby legalnego pochodzenia, na wyprodukowanie narkotyków. Skoro przypadkowi podlega osiągnięta korzyść, to w niniejszej sprawie jest nią tylko zapłata, jaką sprawca uzyskał za przekazanie narkotyków do dalszego obrotu (zapłata za pośrednictwo). Wykładnia art. 45 § 1 k.k. pozwala zatem stwierdzić, że przypadek na podstawie tego przepisu wchodzi w rachubę, gdy sprawca zdołał osiągnąć korzyść majątkową z popełnienia przestępstwa. Gdy natomiast uczestnictwo w obrocie zatrzymało się na nabyciu narkotyków, to dojdzie do ich przypadku na podstawie art. 44 § 6 k.k. Sprawca nie uzyskał tu jeszcze korzyści podlegającej przypadkowi na podstawie art. 45 § 1 k.k., nie ma więc substratu przypadku z tego przepisu, dlatego też Sąd Apelacyjny zmniejszył wartość korzyści majątkowej, o równowartość środków odurzających zatrzymanych u M. R. (3) i D. Z.. Nadto z uwagi na wieloosobową konfigurację – współsprawstwo kierownicze, wyróżnił sytuację procesową w przedmiotowej sprawie, bowiem tu kilka osób działało wspólnie i w porozumieniu przy obrocie narkotykami, według podziału ról. Tym samym korzyść majątkową Sąd podzielił przez liczbę osób współdziałających w hierarchii kierowniczej, z uwagi na „wspólne wypracowanie korzyści majątkowej”. Ustalenia faktyczne w tym zakresie, poczynione w sprawie, determinowały wielkość przypadku orzeczonego względem każdego ze współdziałających. Kierując się dyrektywami wskazanymi w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2011 r., Sąd Apelacyjny, z uwagi na trudności z dokładnym ustaleniem wartości udziałów w korzyści majątkowej osiągniętej przez poszczególnych współsprawców, orzekł przypadek korzyści majątkowej w częściach równych. Kodeks karny nie zawiera normy określającej sposób orzekania środka karnego przypadku korzyści majątkowej pochodzącej z przestępstwa lub przypadku równowartości takiej korzyści, przewidzianego w art. 45 § 1 k.k., w sytuacji, gdy przestępstwo z którego ta korzyść pochodzi, zostało popełnione w warunkach współsprawstwa. Nie normuje tej kwestii również przepis art. 45 § 5 k.k., który dotyczy przypadku korzyści majątkowej pochodzącej z popełnienia przestępstwa, jeżeli stanowi ona jedynie współwłasność sprawcy. W tym zakresie aktualizuje się koncepcja polegająca na orzekaniu przypadku korzyści majątkowej lub jej równowartości przypadających poszczególnym współsprawcom w częściach równych lub pro rata parte; w każdym przypadku tak, aby osiągnięta przez nich wspólnie korzyść majątkowa lub jej równowartość została im w całości odebrana. Przede wszystkim dlatego, że odpowiada istocie tego, majątkowego środka karnego, pełniącego nie tylko funkcję kompensacyjną wobec Skarbu Państwa, ale także funkcję prewencyjną i represyjną. Przy jego orzekaniu należy więc uwzględnić zasadę indywidualizacji środków odpowiedzialności karnej (art. 56 k.k. w zw. z art. 55 k.k.), w świetle której wielkość przypadku powinna być adekwatna do udziału w przestępstwie i wspólnie uzyskanej korzyści majątkowej.

Odnosząc się do zarzutu, wysuwanego w apelacji obrońcy A. M. (**pkt 5 apelacji**) w zakresie orzekania przez Sąd Okręgowy przypadku korzyści majątkowej, mimo braku substratu w ustalonych składnikach majątkowych, Sąd

Apelacyjny powyższego zarzut uznał za niezasadny. W ocenie obrońcy A. M., prawidłowa wykładnia przepisu art. 45 § 1 k.k. powinna prowadzić do wniosku, że orzeczenie środka karnego przepadku, musi mieć ściśle określony substrat w postaci konkretnie wskazanych składników majątkowych sprawy, istniejących w chwili orzekania. Apelujący powołał przy tym postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 10 lipca 2013r. sygn. akt II AKz – 266/13 (Prokuratura i Prawo – wkładka 2014, nr 4, poz. 32) oraz głosę Marka Siwka do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29.06.2005r., sygn. II AKz – 154/05 (Prokuratura i Prawo 2008, nr 3, s.166-175). Argumentacja apelacji zmierzała zatem do potrzeby uchylenia zaskarżonego wyroku przez zmianę orzeczenia o przepadku równowartości korzyści majątkowych uzyskanej przez oskarżonego z przestępstw. Ustosunkowując się do powyższego po pierwsze wskazać należy, że w obu apelacjach całkowicie pominięto to, że w toku śledztwa ustalono, w jakiej ilości kurierzy na polecenie oskarżonych dokonywali przemytu i z jaką częstotliwością przewozili narkotyki, a także to jakie kwoty uzyskiwali z poszczególnych transakcji. W trakcie śledztwa poszczególni świadkowie, funkcjonujący w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, ujawnili w jakich miejscach, gdzie i jak często dokonywali sprzedaży środków odurzających. Po wtóre, Sąd Apelacyjny w obecnym składzie podziela stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27.03.2013r. sygn. III K.K. – 273/12 (LEX nr 1293802), że przez korzyść majątkową w rozumieniu art. 45 k.k. należy rozumieć przysporzenie aktywów lub zmniejszenie pasywów, jakie sprawca osiągnął w wyniku popełnienia przestępstwa, zaś całkowicie niezrozumiałe jest uzależnienie możliwości orzeczenia przepadku korzyści majątkowej od tego, czy sprawca w dacie orzekania znajduje się w posiadaniu takiej równowartości. Patrząc z tego punktu widzenia, równowartość korzyści majątkowej, której przepadek jest obligatoryjny na podstawie art. 45 § 1 k.k. zawsze ma substrat, którym jest majątek sprawcy rozumiany jako zespół aktywów i pasywów. W każdym wypadku osiągnięta przez sprawcę korzyść majątkowa powoduje skutek dla jego stanu majątkowego, powiększając aktywa albo niwelując lub zmniejszając pasywa. W wyniku korzyści osiągniętej z przestępstwa nie ma zatem takiej sytuacji, aby nie nastąpił skutek w majątku sprawcy. W wypadku, gdy nie istniały już przedmioty pochodzące bezpośrednio z przestępstwa albo służące lub przeznaczone do popełnienia przestępstwa, gdyż sprawca je spieniężył już osiągnął z nich inne korzyści majątkowe, aby pozbawić go owoców przestępstwa wchodziły w grę możliwości orzeczenia obowiązku naprawienia szkody (art. 46 § 1 k.k. w zw. z art. 45 § 1 k.k.) albo obligatoryjnego przepadku korzyści uzyskanych z przestępstwa lub ich równowartości (art. 45 § 1 k.k.). Racjonalny ustawodawca nie ograniczył więc obligatoryjnego orzeczenia środka karnego z art. 45 k.k. wyłącznie do sprawców, którzy posiadają w swoim majątku wyłącznie aktywa w wyniku uzyskania korzyści majątkowych z przestępstwa. W takim wypadku ustawa karna promowałaby, bowiem tak niepożądane zjawiska jak najszybsze pozbywanie się przestępców korzyści z przestępstw, aby nie można orzec ich przepadku, a poza tym poza reakcją karną pozostawałyby sytuacje, gdy sprawca przeznaczył korzyści majątkowe na zmniejszenie swoich pasywów lub ich likwidację. W istocie bowiem w takiej sytuacji nie można by orzec wobec niego przepadku na podstawie art. 45 k.k., gdyż miałby nadal długi, albo stan jego pasywów i aktywów byłby zerowy. Mając powyższe na uwadze, niezależnie od tego, że w majątku oskarżonych: M. M. (1) i A. M. nie znajdowały się aktywa podlegające przepadkowi, nie ma powodów do zakwestionowania wykładni przepisu art. 45 k.k., z wyjątkiem korekty jej wysokości, o czym Sąd Apelacyjny orzekł w pkt 1 ppkt 4 wyroku.

7. Zarzut błędnego zaliczenia okresów pozbawienia w sprawie wolności - naruszenie art. 607f k.p.k. oraz art. 63 k.k.

Bezzasadny okazał się również zarzut obrazy prawa procesowego, zgłoszony przez obrońcę A. M. (**pkt 7 apelacji**), polegający na naruszeniu art. 607f k.p.k., poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji niezaliczenie oskarżonemu okresu pozbawienia go wolności w areszcie ekstradycyjnym od dnia 8 lipca 2013 r., a zaliczenie jedynie okresu od dnia sprowadzenia do Polski tj. od dnia 14 maja 2015 r. Analogiczny zarzut podniósł obrońca M. M. (8) (**pkt 1c apelacji**), w zakresie braku zaliczenia pobytu tego oskarżenia na terenie Holandii. Apelacje obrońców w tym zakresie są oczywiście bezzasadne. Już na wstępie rozważań zauważyć należy, iż stanowisko Sądu Okręgowego, który w pkt Va zaskarżonego wyroku, zaliczył oskarżonemu A. M. okres tymczasowego aresztowania od dnia 14 maja 2014 r., znajduje pełne odzwierciedlenie w poglądach piśmiennictwa i orzecznictwa wyrażających jednolite zapatrywania, iż bieg terminu tymczasowego aresztowania wobec osoby przekazanej na podstawie Europejskiego Nakazu Aresztowania rozpoczyna się z chwilą przekroczenia przez tę osobę granicy RP. Takie stanowisko zajął SA w Szczecinie w postanowieniu oraz SA w Lublinie w postanowieniu z dnia 27 kwietnia 2011 r. II AKP 13/11, OSA

2012/8/14-16. Takie poglądy wyrażają również wszyscy komentatorzy do Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. oraz przedstawiciele piśmiennictwa przy interpretacji art. 607f k.p.k. czy art. 265 k.p.k.

Za stanowiskiem, jakie przyjął Sąd I instancji, a wyrażanym w przywołanych pozycjach judykatury i doktryny przemawiają zarówno racje jurydyczne, jak i praktyczne. Zauważyć należy, niejako w odpowiedzi na zarzut skarżących, iż wprawdzie w rozdziale 65a KPK, regulującym wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o przekazanie osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania, nie ma odpowiednika art. 598 k.p.k., znajdującego się w rozdziale 64 - Wystąpienie o wydanie lub przewóz osób ściganych lub skazanych przebywających za granicą oraz o wydanie przedmiotów - dotyczącego biegu terminów z art. 263 k.p.k. od chwili przejścia ściganego przez właściwe organy na terytorium Polski, a zamieszczone zostało jedynie unormowanie dotyczące zaliczenia okresu faktycznego pozbawienia wolności za granicą na poczet orzeczonej lub wykonywanej kary pozbawienia, to jednak nie ma przeszkód prawnych, a względy systemowe i celowościowe w sposób oczywisty przemawiają za takim stanowiskiem, jakie zajął Sąd Okręgowy. Nie ulega też wątpliwości, iż przecież okresu pozbawienia wolności w państwie wykonania (...), i to na podstawie orzeczenia państwa wykonania (...), co miało miejsce w przypadku M. M. (1), a przy tym i odbywania w tym czasie również kary orzeczonej przez sąd państwa obcego – w przypadku A. M. Sąd Rejonowy w Krefeld (k. 2569 – 2572, t. XV), o czym sam wyjaśnił (k. 2500, t. XIV), nie można uznać za tymczasowe aresztowanie na podstawie postanowienia polskiego sądu. Oskarżony A. M. został zatrzymany w dniu 11 czerwca 2013 r., w pociągu wjeżdżającym do Niemiec. Posiadał przy sobie ok. 59 g kokainy oraz 13 g marihuany (k. 1716, t. X). Do Polski został przekazany na przejściu granicznym w Ś. **w dniu 14 maja 2014 r.**, (k. 2483, t. XIV). Natomiast oskarżony M. M. (1) został przekazany **do Polski w dniu 18 czerwca 2014 r.**, (k. 2541, t. XV).

Jak przyjmuje się jednolicie w judykaturze i piśmiennictwie, a Sąd Apelacyjny poglądy te w całości podziela, nieracjonalna byłaby konstrukcja polegająca na tym, że okresy przewidziane w art. 263 k.p.k. biegną także w czasie trwania procedury wykonania (...) w innym państwie członkowskim, skoro polskie organy nie mają żadnego wpływu na czas trwania tymczasowego aresztowania w tym państwie i brak jest podstaw do obciążania polskiego organu konsekwencjami niedostatecznie sprawnego postępowania w przedmiocie wykonania (...) za granicą, które nierzadko ma miejsce. Ponadto, gdyby uznać pozbawienie wolności w państwie wykonania (...) za tymczasowe aresztowanie, to przecież art. 607f k.p.k. byłby zbędny. Zatem położenie, w jakim znajdował się A. M. - pozbawienie wolności w państwie wykonania (...) na podstawie orzeczenia państwa wykonania (...) (a przy tym i odbywanie kary z wyroku sądu zagranicznego) i brak w rozdziale 65a odpowiednika art. 598 § 1 k.p.k., nie stanowią dostatecznej podstawy do przyjęcia odmiennego poglądu, od tego, jaki zaprezentował Sąd Okręgowy. Nadto podkreślić należy, iż wydanie (...) przez sąd polski nie jest jednoznaczne z orzeczeniem o zastosowaniu tymczasowego aresztowania w państwie i przez państwo wykonania (...), wobec osoby, która ma być wydana w trybie nakazu. (...) wydany przez sąd polski nie stanowi podstawy zastosowania wobec osoby ściganej tymczasowego aresztowania w innym państwie członkowskim. Powyższe w sposób jednoznaczny przemawia również za tym, iż okresu pozbawienia wolności A. M., poprzedzającego przekazanie go polskim organom ścigania, a więc przed 14 maja 2014 r., czy też M. M. (1) przed 18 czerwca 2014 r., nie można zaliczać do terminów przewidzianych w art. 263 k.p.k. Wobec tego podważanie przez apelujących, powyższych rozstrzygnięć, jest bezzasadne, bowiem zostały one wydane przez Sąd właściwy rzeczowo i bez naruszenia przepisów procesowych, czy też materialnych.

Niemniej jednak, co nie było podnoszone przez skarżące strony, Sąd Okręgowy w błędny sposób dokonał zaliczenia rzeczywistych okresów pozbawienia wolności w sprawie oskarżonego M. M. (1). Zgodnie, bowiem z pismem Dyrektora Zakładu Karnego prawidłowe zaliczenie obejmuje czas od 18 czerwca 2014 r., (data przekazania oskarżonego do Polski) do 7 lipca 2014 r., oraz od 9 kwietnia 2015 r., do 25 września 2015 r. W pozostałym okresie M. M. (1) był co prawda pozbawiony wolności, ale odbywał wówczas karę pozbawienia wolności w innej sprawie, co uniemożliwia zaliczenie mu tego okresu w niniejszej sprawie. W związku z powyższym, **Sąd Apelacyjny orzekł o zmianie w tym zakresie w pkt I ppkt 5 wyroku.**

8. Eliminacja z opisów czynów przypisanych oskarżonym określonych osób.

Z uwagi na brak prawomocnego zakończenia, w dniu zamknięcia przewodu sądowego w postępowaniu odwoławczym, postępowań przeciwko osobom powołanym w przypisanych oskarżonym czynach pkt I i II części dyspozytywnej wyroku, Sąd wyeliminował odpowiednio w pkt I ppkt 1 i 2 wyroku imiona i nazwiska – M. D., przeciwko, któremu toczy się postępowanie przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu, sygn. akt III K 159/15; J. K. (1), którego sprawa jest na etapie odwoławczym przed tutejszym Sądem, sygn. akt II AKa265/15; A. T. i A. B., w stosunku do których wydano (...), a także A. K., który w trakcie postępowania zmarł.

II. Odnośnie apelacji oskarżyciela publicznego

W realiach przedmiotowej sprawy, Sąd Apelacyjny uznał, że orzeczone oskarżonym kary łączne pozbawienia wolności w wymiarze po 5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności (pkt IV części dyspozytywnej wyroku) nie noszą cechy rażącej niewspółmierności – w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k.

O rażącej niewspółmierności kary może być mowa, gdy kara nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa jak i osobowości sprawcy, stając się w odczuciu społecznym karą niesprawiedliwą. Przy kształtowaniu orzeczenia o karze Sąd Okręgowy do okoliczności obciążających oskarżonych zaliczył fakt popełnienia przestępstw w ramach zorganizowanej grupy przestępczej (str. 24 – 25 uzasadnienia, k. 3200v – 3201, t. XVIII) to, że z zarzucanych czynów oskarżeni uczynili sobie stałe źródło dochodu. Dostrzegł także Sąd I instancji i to, że swoje działania oskarżeni głównie koncentrowali na przemyśle o szerokim zakresie terytorialnym, co przesądza o znacznym stopniu społecznej szkodliwości.

Odnośnie pierwszego z przypisanych oskarżonym czynów, zdaniem apelującego wymierzona kara nie odbiega znacząco od wnioskowanej przez niego w mowie końcowej. Jednakże w zakresie kary wymierzonej za czyn II i orzeczonej w efekcie kary łącznej (5 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności), oraz brak orzeczenia nawiązki apelujący wskazał, że kara winna cechować się, chociażby z uwagi na ilość przemyconych narkotyków, większą surowością.

Sąd uznał powyższy zarzut za bezzasadny. Należy bowiem podnieść, wskazując na utrwalone orzecznictwo sądów i podkreślić, że nie każda nietrafność orzeczenia o karze, ale tylko jej rażąca niewspółmierność uzasadnia zmianę orzeczenia o karze (art. 438 pkt 4 k.p.k.). Niewspółmierność rażąca to znaczna, zasadnicza różnica między karą wymierzoną a karą sprawiedliwą. Zarzut rażącej niewspółmierności kary jako zarzut z kategorii ocen można zasadnie podnosić tylko wówczas, gdy kara jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy. Tymczasem podniesione w apelacji argumenty uzasadniające trafność zarzutu rażącej niewspółmierności (łagodności) orzeczonych kar pozbawienia wolności dotyczą nie pominięcia którejs z okoliczności, lecz odmiennego z punktu widzenia skarżącego wyważenia tych okoliczności. W okolicznościach niniejszej sprawy wymierzenie oskarżonym za czyn pierwszy kary w dolnych granicach zagrożenia (2 lata pozbawienia wolności), a za drugi w wymiarze 5 lat pozbawienia wolności, mieści się w granicach swobodnego sędziowskiego wymiaru kary. Wymierzone oskarżonym kary pozbawienia wolności są adekwatne do popełnionych czynów i uwzględniają wszelkie okoliczności, które Sąd ustalił i rozważył. Sąd nie przecenił ich, jak uważa autor apelacji, lecz zważył łącznie z okolicznościami obciążającymi oskarżonych, w związku z czym kary pozbawienia wolności są karami sprawiedliwymi. W ocenie Sądu Apelacyjnego, wymierzone obu oskarżonym kary są współmierne w stosunku do społecznej szkodliwości przypisanych im czynów i spełniają zadanie społecznego oddziaływania kary oraz cele szczególnie-prewencyjne. Są wynikiem trafnej oceny okoliczności przedmiotowych i podmiotowych poszczególnych czynów oraz danych osobopoznawczych oskarżonych i jako spełniające wymogi określone dyrektywami przepisu art. 53 § 1 i 2 k.k. uznane być muszą za kary prawidłowo wyważone.

Niezasadny okazał się również zarzut braku orzeczenia wobec oskarżonych nawiązek. Sąd pragnie bowiem wskazać, na co powołuje się sam apelujący, że nawiązki z art. 70 ust. 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii mają charakter fakultatywny. Powyższe poddane zatem zostało ocenie Sądu, z uwzględnieniem swobody orzekania w tym zakresie, w czym nie sposób dopatrzeć się uchybienia, tym bardziej, że Sąd orzekł inny majątkowy środek karny w postaci przepadku korzyści majątkowej.

Z uwagi na częściowe uwzględnienie złożonych przez obrońców apelacji i zmianę wyroku w tym zakresie, kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze Sąd obciążył po połowie oskarżonych, w oparciu o art. 636 § 1 kpk oraz art. 2 ust. 1 pkt 6, art. 3 ust. 1 oraz art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r., o opłatach w sprawach karnych, realizując zasadę słuszności, wobec nieuwzględnienia apelacji prokuratora na niekorzyść oskarżonych i częściowego uwzględnienia apelacji na ich korzyść.

SSA Cezariusz Baćkowski SSA Witold Franckiewicz SSA Tadeusz Kielbowicz