

Sygnatura akt II AKa 85/18

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 maja 2018 r.

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

Przewodniczący: SSA Andrzej Kot

Sędziowie: SSA Jerzy Skorupka

SSA Edyta Gajgał (spr.)

Protokolant: Anna Turek

**przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej Beaty Lorenc – Kociubińskiej**

**po rozpoznaniu w dniach 16 maja 2018 r. i 29 maja 2018r.**

**sprawy F. L.**

**oskarżonego z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii**

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

**od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu**

**z dnia 13 grudnia 2017 r. sygn. akt III K 248/17**

**I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że przyjmuje, że przypisanego mu w pkt I części rozstrzygającej czynu oskarżony F. L. dopuścił się działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej;**

**II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;**

**III. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa 200 zł kosztów sądowych postępowania odwoławczego.**

## UZASADNIENIE

**F. L.** został oskarżony o to, że:

I. w dniu 21 maja 2017 roku, na autostradzie (...) między miejscowościami K. a W., wbrew przepisom ustawy i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, przywiózł z terytorium Republiki Czeskiej w kierunku W. znaczną ilość środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste (marihuany), w ilości nie mniejszej niż 343,95 grama netto, o łącznej wartości około 10.500 zł;

**tj. o czyn z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii.**

II. w nieustalonym okresie do dnia 21 maja 2017 roku we W., wbrew przepisom ustawy, posiadał substancje psychotropowe w postaci dwóch tabletek (...) o wadze łącznej 0,48 grama netto;

**tj. czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii.**

Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 13 grudnia 2017 r. w sprawie III K 248/17:

I. uznał oskarżonego F. L. za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku z tym, że wyeliminował z opisu czynu, iż działał on w celu osiągnięcia korzyści majątkowej tj. przestępstwa z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu art. 60 § 1 i 2 k.k. i art. 60 § 6 punkt 2 k.k. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności oraz 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł;

II. uznał oskarżonego F. L. za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę 1 (jednego) miesiąca pozbawienia wolności;

III. na podstawie art. 85 § 1, 2 kk oraz art. 85a kk i art. 86 § 1 kk połączył oskarżonemu F. L. wymierzone kary jednostkowe pozbawienia wolności i orzekł karę łączną 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art. 70 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek przez zniszczenie dowodów rzeczowych wymienionych w wykazie dowodów rzeczowych nr DRZ 1219/17, DRZ 1220/17, DRZ 1237/17;

V. na podstawie art. 230 k.p.k. zwrócił oskarżonemu dowód rzeczowy opisany w wykazie dowodów rzeczowych nr DRZ 1217/17;

VI. na podstawie art. 63 § 1 kk zaliczył oskarżonemu na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności okres tymczasowego aresztowania od dnia 21 maja 2017 r. do dnia 8 września 2017 r.

VII. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych.

Wyrok ten zaskarżył w całości **obrońca oskarżonego** zarzucając:

1) obrazę przepisów postępowania mogącą mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. przepisu art. 175 § 1 k.p.k. oraz art. 171 § 1 k.p.k. w zw. z art. 71 § 3 k.p.k. oraz art. 7 k.p.k., poprzez uznanie przez Sąd I instancji zawartego w protokole przeszukania pojazdu oświadczenia oskarżonego jako dowód w sprawie i uznanie na tej podstawie oskarżonego za winnego popełnienia mu zarzucanego czynu z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy oświadczenie oskarżonego złożone w toku postępowania przygotowawczego w jego pierwszej fazie bez stosownego pouczenia o prawie do odmowy składania wyjaśnień i odmowy odpowiedzi na poszczególne pytania, tj. bez zachowania gwarancji procesowych, nie może stanowić dowodu w sprawie.

2) obrazę przepisów postępowania mogącą mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, tj. przepisu art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. poprzez dowolną i sprzeczną z zasadami logiki ocenę zeznań świadków P. Z., A. G. (1), R. L., w zakresie w jakim świadkowie zeznali, że oskarżony został pouczony o przysługujących mu uprawnieniach procesowych, a następnie dobrowolnie złożył oświadczenie do protokołu przeszukania pojazdu, iż dokonywał przewozu z terytorium Czech do Polski środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste (marihuany), podczas gdy żaden świadek nie wskazał o jakich uprawnieniach i o jakiej treści został pouczony oskarżony przed złożeniem oświadczenia, a powyższe nie znajduje potwierdzenia w pozostałym zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

Stawiając te zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części przez uznanie, że zachowanie oskarżonego wyczerpywało znamiona przestępstwa z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu

narkomanii i wymierzenie za ten czyn kary w dolnych granicach ustawowego zagrożenia z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Apelację od wyroku wniósł ponadto **Prokurator Rejonowy dla Wrocławia-Krzyki we W.**. Zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego i zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mogący mieć wpływ na treść orzeczenia, a polegający na wyeliminowaniu z opisu czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie I części dyspozytywnej wyroku działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, mimo że prawidłowa ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności ilość ujawnionych środków odurzających, ilość zażywanych przez oskarżonego środków odurzających, a także jego warunki rodzinne i majątkowe, prowadzi do wniosku przeciwnego.
2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mogący mieć wpływ na treść orzeczenia, a polegający na uznaniu, że w stosunku do oskarżonego F. L. w zakresie czynu przypisanego w punkcie I części dyspozytywnej wyroku zachodzą przesłanki nadzwyczajnego złagodzenia kary określone w art. 60 § 2 k.k. w postaci szczególnie uzasadnionego wypadku, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przypisane przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa, co skutkowało orzeczeniem kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, mimo że prawidłowa ocena całokształtu okoliczności przedmiotowo-podmiotowych czynu, w szczególności sposobu życia oskarżonego przed popełnieniem przestępstwa polegającego na regularnym zażywaniu substancji psychoaktywnych, zachowania się po jego popełnieniu oraz ilości zabezpieczonego przy oskarżonym środka odurzającego wskazuje, że brak jest podstaw do zastosowania wobec oskarżonego tej instytucji.
3. naruszenie prawa procesowego mogące mieć wpływ na treść orzeczenia, a to art. 70a ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, polegające na nieprzeprowadzeniu obligatoryjnej czynności dowodowej polegającej na zebraniu przez osobę posiadającą certyfikat specjalisty terapii uzależnień informacji na temat używania przez oskarżonego środków odurzających, substancji psychotropowych lub środków zastępczych, mimo istnienia uzasadnionego podejrzenia, że oskarżony jest osobą uzależnioną lub używającą szkodliwie substancje psychoaktywnej.

Stawiając te zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez:

1. uzupełnienie opisu czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie I dyspozytywnej części wyroku o znamię działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.
2. wymierzenie oskarżonemu za czyn przypisany w punkcie I dyspozytywnej części wyroku na podstawie art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii kary 3 lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 zł.
3. na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k., art. 85a k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączenie wymierzonych oskarżonemu jednostkowych kar pozbawienia wolności i wymierzenie kary łącznej 3 lat pozbawienia wolności.
4. utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku w pozostałym zakresie.

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

Z wniesionych apelacji częściowo zasadna okazała się apelacja prokuratora.

Odnosząc się jednak w pierwszej kolejności do apelacji obrońcy oskarżonego jako dalej idącej zauważyć trzeba, co następuje.

Skarżący zakwestionował przyjęcie za podstawę poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych oświadczenia złożonego przez oskarżonego w dniu 21 maja 2017 r. podczas procesowej czynności przeszukania samochodu osobowego, którym podróżował. W uzasadnieniu postawionego zarzutu skarżący wywiódł, że treść tego oświadczenia,

zawarta w protokole sporządzonym z czynności przeszukania, nie może stanowić dowodu w sprawie, ponieważ sprzeciwiają się temu przepisy art. 175 § 1 kpk oraz art. 171 § 1 kpk w zw. z art. 71 § 3 kpk, gwarantujące oskarżonemu prawo do odmowy składania wyjaśnień oraz odmowy odpowiedzi na poszczególne zadawane mu pytania. Uznanie oświadczenia za dowód w sprawie narusza ponadto, według obrońcy, przepis art. 7 kpk.

Zarzut ten postawiony został na tle niżej przedstawionego układu okoliczności.

W dniu 21 maja 2017 r. F. L. podróżujący samochodem z Czech do Polski poddany został przez funkcjonariuszy (...) Biura (...) kontroli drogowej w związku z powziętą przez nich informacją, że może przewozić – przemycać - narkotyki. W związku z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia przestępstwa z art. 55 ust. 3 oraz art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 1030) został on zatrzymany. Z czynności tej sporządzony został protokół zatrzymania osoby, w którym odnotowano datę zatrzymania 21 maja 2017 r. i godzinę 22.00. W końcowej części protokołu zawarty został zapis: protokół zakończono o godz. 23.45. W treści protokołu odnotowane zostały oświadczenia zatrzymanego, w tym dotyczące poinformowania go o przyczynach zatrzymania oraz o przysługujących mu prawach oraz o otrzymaniu przez niego pouczenia o uprawnieniach zatrzymanego w postępowaniu karnym. Oświadczenie to opatrzone zostało podpisem oskarżonego, tak jak dołączony do protokołu druk zawierający stosowne pouczenia, które zostały mu udzielone, w tym o prawie do bycia wysłuchanym, o prawie do złożenia lub odmowy złożenia oświadczenia w swojej sprawie, o prawie do niezwłocznego kontaktu z adwokatem lub radcą prawnym i bezpośrednio z nim rozmowy, zgodnie więc z tym jak przewiduje to przepis art. 244 § 2 kpk. Protokół zatrzymania został podpisany przez oskarżonego, podpisem potwierdził on ponadto fakt otrzymania odpisu protokołu. W godzinach od 22.10 do 22.20 przeprowadzona została procesowa czynność przeszukania osoby – zatrzymanego F. L.. W sporządzonym z tej czynności protokole odnotowano, że oskarżony nie składał żadnego oświadczenia. Czynność przeszukania samochodu oskarżonego rozpoczęto o godzinie 22.20, jak wynika z protokołu. Zakończyła się ona o godzinie 23.00, a następnego dnia to jest 22 maja 2017 r. o godz. 1.00 oskarżony podpisał odbiór pokwitowania zabranych rzeczy. W protokole z czynności przeszukania zawarte zostało oświadczenie F. L., jako osoby, u której dokonano przeszukania i jednocześnie obecnej przy nim. Treść oświadczenia brzmi: nie żąda doręczenia zatwierdzenia przeszukania, nie ma zastrzeżeń do sposobu przeszukania, marihuana znaleziona podczas przeszukania została przez niego zakupiona na terenie Republiki Czeskiej, a następnie przewieziona na teren Polski, marihuanę zakupił za łączną kwotę 4.600 zł o wadze około 300 g netto. W dniu 21 maja 2017 r. godzinach od 23.30 do 23.45 przeprowadzona została czynność przeszukania lokalu mieszkalnego położonego we W., zajmowanego przez oskarżonego. W protokole z tej czynności odnotowano, że obecny przy niej F. L. nie składa żadnych oświadczeń. W każdym z protokołów, jako prowadzącego czynność wskazano T. B., a jako uczestniczące w niej osoby – R. L., A. G. (2) oraz P. Z..

Sąd Okręgowy uwzględnił oświadczenie złożone przez oskarżonego do protokołu przeszukania samochodu jako dowód w sprawie, nie uzasadniając szerzej swojego stanowiska w tej mierze, ograniczając się do stwierdzenia, że posiada ono wartość dowodową, bowiem zaznania funkcjonariuszy uczestniczących w zatrzymaniu oskarżonego wskazują, że został on zatrzymany i pouczony o swoich uprawnieniach (str.10 uzasadnienia).

Zarzuty podniesione przez obrońcę, negującego prawidłowość wprowadzenia przez Sąd pierwszej instancji oświadczenia oskarżonego do procesu i przyjęcia go za podstawę podjętego rozstrzygnięcia nie mogły być uznane za słuszne.

Nie może być mowy o naruszeniu przez Sąd pierwszej instancji przepisów art. 175 § 1 kpk oraz art. 171 § 1 kpk w zw. z art. 71 § 3 kpk, ponieważ składając kwestionowane oświadczenie F. L. nie był jeszcze podejrzanym, nie został ponadto przesłuchany.

Przepis art. 171 § 1 kpk określa zasady dotyczące przeprowadzania czynności z osobowymi źródłami dowodowymi. Ma zastosowanie do procesowej czynności przesłuchania. Ta zaś obejmuje świadka składającego zeznanie (specjalistę przesłuchiwanego w charakterze świadka), oskarżonego (podejrzanego) składającego wyjaśnienia oraz biegłego wydającego opinię ustną do protokołu (zob. M. Kurowski, art. 171 kpk [w]: Kodeks postępowania karnego. Tom

I. Komentarz aktualizowany pod redakcją D. Świeckiego. System Informacji Prawnej LEX, 2018). Oskarżony nie występował w takim charakterze w dniu 21 maja 2017 r. Nie był także przesłuchiwany jako osoba podejrzana w trybie art. 308 § 2 kpk.

Nie znajduje ponadto zastosowania w jego sytuacji procesowej przepis art. 175 § 1 kpk, gwarantujący osobie, której postawiono zarzut popełnienia przestępstwa prawo do milczenia, ponieważ w takim charakterze w tym czasie nie występował.

Nie oznacza to jednak, że nie przysługiwały mu określone uprawnienia, wynikające z jego statusu osoby zatrzymanej, w tym prawo do milczenia. Odpowiednie gwarancje w tym zakresie przewiduje przepis art. 244 § 2 kpk w brzmieniu nadanym mu z dniem 1 lipca 2015 r. ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013r. poz. 1247) oraz ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 396). Zgodnie z tym przepisem, zatrzymanego należy natychmiast poinformować między innymi o przyczynach zatrzymania, o przysługujących mu prawach, w tym o prawie do skorzystania z pomocy adwokata lub radcy prawnego, do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie włada w wystarczającym stopniu językiem polskim, jak również do złożenia oświadczenia i odmowy złożenia oświadczenia, a ponadto do otrzymania odpisu protokołu zatrzymania.

O uprawnieniach tych oskarżony został poinformowany, co wynika z odpowiednich zapisów protokołu zatrzymania potwierdzonych jego podpisem. Dowodzi tego ponadto odpis pouczeń, także opatrzony podpisem oskarżonego, stanowiący załącznik do protokołu. Nie znajdował się on zatem w położeniu sprzecznym z zasadą *nemo se ipsum accusare tenetur*. Nie został zmuszony do aktywnego współdziałania z organami procesowymi przeciwko sobie. Wiedział bowiem, że nie ma obowiązku wypowiedzania się, czy złożenia oświadczenia. Podkreślenia wymaga, że tylko przy jednej z przeprowadzanych czynności takie oświadczenie złożył.

Zauważyć trzeba, że w stanie prawnym obowiązującym przed dniem 1 lipca 2015 r., kiedy uprawnienia zatrzymanego, określone przez przepis art. 244 kpk były ujęte w sposób węższy niż obecnie, w literaturze przedmiotu wyrażano postulat stosownych zmian w tym zakresie. Na potrzebę takich zmian zwracał uwagę Romuald Kmieciak w publikacji zatytułowanej „Prawo do milczenia zatrzymanej osoby podejrzanej (w świetle reguły *nemo tenetur*). Jak pisał, gdyby zatrzymany (osoba podejrzana) uprzedzony był o prawie do milczenia (art. 175 § 1 zd. 2 kpk) przed wysłuchaniem go i złożeniem oświadczeń do protokołu zatrzymania, wówczas jego oświadczenie mogłoby być uznawane za formę wyjaśnień, a w razie potwierdzenia okoliczności przestępstwa, z którego powodu nastąpiło zatrzymanie oświadczenie takie mogłoby stanowić dowód obciążający, choćby nawet później – po formalnym przedstawieniu zarzutów – podejrzany zmieniał swoje wyjaśnienia i np. zaprzeczał postawionym zarzutom. Przy braku zaś obowiązku pouczenia o prawie do milczenia w ramach czynności uprzedzenia w trybie art. 244 § 2 kpk, jak podnosił autor, oświadczenia osoby podejrzanej składane do protokołu zatrzymania pozbawione są waloru wyjaśnień, co za tym idzie następuje niepotrzebna utrata dowodu obciążającego, której można byłoby zapobiec stwarzając osobie zatrzymanej takie same gwarancje, jakie przysługują podejrzanemu (R. Kmieciak. Prawo do milczenia zatrzymanej osoby podejrzanej (w świetle reguły *nemo tenetur*). Prokuratura i Prawo, 2000, nr 7-8. s. 17-22).

W podobnym duchu wypowiedziała się M. K. w glosie do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2004 r., w sprawie IV KK 234/03. W rozważaniach na temat możliwości uznania waloru dowodowego oświadczenia złożonego przez osobę podejrzaną do protokołu zatrzymania, autorka glosy wskazała na potrzebę wprowadzenia regulacji obligującej do pouczenia zatrzymanej osoby podejrzanej o tym, że składane przez nią oświadczenia mogą zostać wykorzystane w dalszym postępowaniu jako dowód w jej sprawie. Krytycznie przy tym odniosła się do poglądu, zgodnie z którym nie jest możliwe dowodowe wykorzystanie potwierdzenia przez zatrzymanego w zaprotokołowanym oświadczeniu faktu popełnienia przestępstwa, tak jak i zaprzeczenia jego popełnieniu, tylko z uwagi na to, że nie jest ono zawarte w wyjaśnieniach (M. Klejnowska. Glosa do postanowienia SN z dnia 21 stycznia 2004 r., IV KK 234/03. Prokuratura i Prawo, 2006, nr 7-8, s. 236/245).

W sytuacji, gdy w obowiązującym stanie prawnym osoba zatrzymana ma zagwarantowane prawo do milczenia, nie ma przeszkód, by uznać, że oświadczenie złożone przez nią do protokołu z przeprowadzonej z jej udziałem czynności procesowej stanowi dowód w sprawie podlegający swobodnej ocenie, który może stać się podstawą faktyczną rozstrzygnięcia niezależnie od tego, czy podczas przesłuchania w charakterze podejrzanego (oskarżonego) potwierdzi ona treść oświadczenia, czy też je odwoła, bądź mu zaprzeczy. Zrównanie gwarancji procesowych w omawianym zakresie zatrzymanej osoby podejrzanego z tymi, które ma zapewnione podejrzanego (oskarżonego) powoduje, że złożone przez nią oświadczenie nie może być uznane za substytuujące wyjaśnienia oskarżonego i z tego powodu zdyskwalifikowane.

Uznać przy tym trzeba, że walor dowodowy ma zarówno oświadczenie złożone przez osobę podejrzaną do protokołu zatrzymania, jak też do protokołu dokumentującego inne czynności procesowe z jej udziałem. Dotyczy to między innymi procesowej czynności przeszukania, tak jak w tej sprawie.

Zarzucając w apelacji, że oświadczenie oskarżonego, przyjęte przez Sąd Okręgowy za podstawę czynionych ustaleń faktycznych, nie ma waloru dowodowego z uwagi na to, że nie zostało złożone w przewidzianym w Kodeksie postępowania karnego trybie, obrońca pomija, że, zgodnie z art. 143 § 1 pkt 6 kpk przeszukanie osoby, miejsca i rzeczy wymaga spisania protokołu. Stosownie zaś do treści art. 148 § 2 pkt 2 kpk protokół powinien zawierać informacje na temat przebiegu czynności oraz oświadczenia i wnioski jej uczestników. Wyjaśnienia, zeznania, oświadczenia i wnioski oraz stwierdzenia określonych okoliczności przez organ prowadzący postępowanie zamieszcza się przy tym w protokole z możliwą dokładnością (art. 148 § 2 kpk). Protokół taki podlega odczytaniu na rozprawie w trybie art. 393 § 1 kpk. Przepis zezwala na odczytanie całości protokołu, a więc także zawartych w jego treści oświadczeń, który w takim wypadku stanowi dowód w sprawie. Ewentualne ograniczenia w tej mierze można by wyprowadzić wyłącznie z ustawowych zakazów dowodowych. W tej sprawie nie aktualizują się one jednak. Zawarte w protokole przeszukania oświadczenie zostało bowiem złożone przez F. L. jako zatrzymaną osobę podejrzaną, uczestniczącą w przeszukaniu. Nie występował on wówczas w charakterze świadka, nie był pouczony o obowiązku mówienia prawdy. Ujawnieniu zatem jego oświadczenia nie sprzeciwiał się przepis ani art. 389 § 1 kpk, ani też żaden inny (analogicznie SN w postanowieniu z dnia 11 października 2006 r. w sprawie V KK 22/06, LEX nr 198091).

Co istotne, będąc zatrzymany w trybie art. 244 § 1 kpk oskarżony został pouczony o prawie do złożenia oświadczenia i odmowy jego złożenia. Sąd pierwszej instancji był zatem uprawniony, by uwzględnić złożone przez niego oświadczenie, którego treść ujęta została w protokole przeszukania - uznać je za dowód w sprawie i poddać ocenie, stosownie do treści art. 7 kpk.

Nie zachodziły także przeszkody, by przesłuchać w charakterze świadków funkcjonariuszy Policji, którzy dokonali zatrzymania oskarżonego oraz uczestniczyli w przeprowadzonych czynnościach przeszukania. Przepisy nie zawierają zakazu z w tej mierze (tak SN w postanowieniu z dnia 11 października 2006 r., op. cit.; tak też M. Klejnowska, op. cit.; podobnie SN w postanowieniu z dnia 22 lutego 2007 r. w odniesieniu do przesłuchania funkcjonariusza Policji, który dokonał czynności rozpytania osoby potencjalnie podejrzanego, V KK 183/06, LEX nr 274709).

Wbrew temu co podnosi skarżący, Sąd Okręgowy nie ocenił zeznań przesłuchanych w charakterze świadków funkcjonariuszy Policji R. L., A. G. (2) oraz P. Z. oraz T. B. w sposób dowolny, z naruszeniem przepisu art. 7 kpk. Wszyscy oni potwierdzili treść oświadczenia złożonego przez oskarżonego. Ich zeznania nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że oskarżony został poinformowany o zatrzymaniu z powodu przypuszczenia, że popełnił przestępstwo. W złożonych zeznaniach T. B., który sporządzał protokoły stwierdził, że oskarżony przed podpisaniem ich nie zgłaszał żadnych uwag do ich treści. Świadek P. Z. wprost podał, że oskarżony składając oświadczenie do protokołu przeszukania uczynił to jako osoba zatrzymana i podejrzana o popełnienie przestępstwa, a ponadto obecna przy czynności przeszukania. To, że w określonym zakresie świadkowie powoływali się na niepamięć nie dyskwalifikuje ich zeznań. Zauważyć trzeba, że na rozprawie przesłuchiwanie było po upływie pewnego czasu od zdarzenia, a wtedy po raz pierwszy wyjaśniane były szczegóły dotyczące czynności przeprowadzonych z udziałem oskarżonego, w tym udzielonych mu pouczeń. Podjęte w dniu zdarzenia czynności nie były dla nich niecodzienne, czy nietypowe, przeciwnie jak najbardziej rutynowe, co także nie pozostaje bez wpływu na utrwalenie w pamięci wszystkich detali.

Na fakt udzielenia oskarżonemu stosownych pouczeń wskazał wyraźnie P. Z. zeznając: „oskarżony był poucany o jego uprawnieniach, jak w protokole zatrzymania, wiedział, że może nic nie mówić”. R. L. podkreślił z kolei, że zazwyczaj pouczeń udziela policjant prowadzący czynność. Sporządzone protokoły zatrzymania i przeszukania, opatrzone podpisami oskarżonego w kilku różnych miejscach, nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że oskarżony został właściwie pouczone o przysługujących mu uprawnieniach. Brak podstaw, by przyjąć, że doszło do naruszenia, bądź ograniczenia swobody wypowiedzi oskarżonego. Jeszcze raz zwrócić uwagę trzeba, że oświadczenie oskarżonego odnotwane zostało tylko w jednym protokole. W pozostałych zapisano, że nie składał on oświadczeń, nie chciał się wypowiadać. Czynności z udziałem oskarżonego trwały określony czas, od godziny 22.00 do 1.00 następnego dnia, co dawało czas na zastanowienie i przemyślenie sytuacji. Mając na uwadze czas trwania wszystkich wykonanych czynności trudno mówić o ich wyjątkowej dynamice, jak przedstawia to obrońca, utrudniającej oskarżonemu podjęcie decyzji o złożeniu, bądź odmowie złożenia oświadczenia.

Zeznania świadków pozwoliły na zweryfikowanie wyjaśnień oskarżonego zaprzeczającego, by złożył oświadczenie o treści, jak ujęta w protokole przeszukania. Przy braku podstaw do podważenia wiarygodności tych zeznań Sąd Okręgowy trafnie zanegował walor dowodowy wyjaśnień oskarżonego w tej części. W konsekwencji był uprawniony, by dokonać ustaleń faktycznych w oparciu o złożone przez niego oświadczenie zawarte w protokole przeszukania samochodu, którym podróżował. Nie jest zatem tak, jak wywodzi obrońca, że przyjęcie odpowiedzialności oskarżonego za przypisane mu przestępstwo z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii nie znajduje oparcia w zebranych w sprawie materiałach dowodowych.

Z tych przyczyn apelacja obrońcy oskarżonego nie mogła zostać uwzględniona.

Jeśli chodzi o apelację prokuratora bezzasadny okazał się podniesiony przez skarżącego zarzut obrazy art. 70 a ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Okoliczności sprawy nie dają bowiem podstaw do przyjęcia, że oskarżony jest osobą uzależnioną albo szkodliwie używającą środków odurzających, a tylko w takim wypadku zebranie informacji przez specjalistę terapii uzależnień na temat używania przez niego tych środków byłoby obligatoryjne. Podkreślenia wymaga, że materiał dowodowy w tym zakresie nie uległ zmianie w porównaniu do tego, który zgromadzony został w postępowaniu przygotowawczym. Prokurator nie widział zaś potrzeby przeprowadzenia tego dowodu w toku prowadzonego śledztwa. W złożonej apelacji nie wskazuje okoliczności uzasadniających zmianę stanowiska w tym zakresie. Oskarżony był poddany badaniu przez lekarzy psychiatrów. W sporządzonej opinii biegli wypowiedzieli się odnośnie do kwestii związanej z jego ewentualnym uzależnieniem. Nie znaleźli podstaw do przyjęcia, że jest on uzależniony, bądź też, że szkodliwie używa środków odurzających. Wartości i przydatności tej opinii nie kwestionuje w apelacji skarżący. Podejrzenia, że oskarżony jest uzależniony albo szkodliwie używa środków odurzających nie uzasadniają ponadto wyniki przeprowadzonego wywiadu środowiskowego.

Zgodzić się natomiast należało z prokuratorem, gdy zarzucił, że Sąd pierwszej instancji bezkrytycznie zaakceptował wyjaśnienia oskarżonego, utrzymującego, że ponad 300 g marihuany, którą przywiózł z Czech miał zamiar przeznaczyć na własny użytek, co spowodowało, że z opisu przypisanego mu czynu wyeliminowane zostało znamię działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Słusznie podniósł skarżący, że Sąd pierwszej instancji nie ocenił wyjaśnień oskarżonego w tej mierze przez pryzmat zasad doświadczenia życiowego. W niedostatecznym stopniu uwzględnił ponadto okoliczności, na które wskazywały zebrane w sprawie dowody.

Jak trafnie zauważył, z materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że oskarżony nie miał powodów, by podczas swojego ostatniego pobytu w Czechach zaopatrzyć się w marihuanę, która miała być przeznaczona tylko dla niego, w tak dużej ilości, bo wystarczającej na okres od sześciu miesięcy do roku w zależności od porcji używanego narkotyku. Przecież oskarżony często jeździł do Czech, gdzie zamieszkują jego rodzice. Poważna choroba ojca, jak sam przyznał, spowodowała, że do Czech jeździł częściej niż zwykle. Jego sytuacja majątkowa, osiągnięte przez niego dochody w powiązaniu z sytuacją rodzinną (partnerka i dziecko na utrzymaniu) nie uzasadniały dokonania jednorazowo tak dużego wydatku na zakup marihuany po to tylko, by zaspokoić własne potrzeby. Zauważyć trzeba, że z ustaleń przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku wynika, że zabezpieczona u oskarżonego marihuana miała wartość ponad 10.000 zł. Dawało to pełne podstawy do zakwestionowania wyjaśnień oskarżonego, utrzymującego, że

marihuana była przeznaczona wyłącznie dla niego. Uprawniało jednocześnie do ustalenia, że oskarżony przywiózł ją z Czech do Polski, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Tylko wówczas bowiem jednorazowy wydatek tak dużej kwoty w jego trudnej sytuacji życiowej znajdował racjonalne i logicznie uzasadnienie.

Podzielając zatem stanowisko prokuratora wyrażone w złożonym środku odwoławczym, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w jego pkt I części rozstrzygającej uzupełniając opis przypisanego oskarżonemu czynu z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii o znamię działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Zmiana w tym zakresie nie spowodowała jednak korekty rozstrzygnięcia o karze za ten czyn, tak jak domagał się tego skarżący, mimo że przypisanie oskarżonemu działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej bez wątplenia przemawia przeciwko niemu. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie nasuwa zastrzeżeń ustalenie przez Sąd pierwszej instancji, że w wypadku oskarżonego zachodzą okoliczności uzasadniające zastosowanie instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary. Przedmiotem przypisanego oskarżonemu przestępstwa była marihuana, co prawda w znacznej ilości, jednak nie takiej, która nakazywałaby przyjąć, że ten młody, niekarany dotąd człowiek powinien ponieść za popełnione przestępstwo surową karę. Rodzaj środka odurzającego, który przywiózł z Czech oskarżony, jak też jego ilość nie uzasadniają konieczności wymierzenia mu kary pozbawienia wolności w wymiarze 3 lat, jak domaga się tego skarżący. Nie nasuwa zastrzeżeń stanowisko Sądu pierwszej instancji, że zachowanie oskarżonego miało charakter incydentalny, a on sam zrozumiał naganność swojego postępowania. Zauważyć trzeba, że gdyby nie oświadczenie złożone przez oskarżonego do protokołu przeszukania samochodu, przypisanie mu odpowiedzialności na gruncie art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii byłoby praktycznie niemożliwe. Pozostały materiał dowodowy przedstawiony przez prokuratora ocenić należy bowiem jako dalece niewystarczający do ustalenia, że oskarżony zakupił marihuanę w Czechach, a następnie przewiózł ją przez granicę i wwiózł do Polski. W sytuacji zatem gdy to sam oskarżony dał dowód przeciwko sobie, twierdzenie, że nie zasługuje na dobrodziejstwo nadzwyczajnego złagodzenia kary nie może zyskać aprobaty. Oceny w tym zakresie nie zmienia fakt odwołania przez oskarżonego oświadczenia w postępowaniu sądowym, zważywszy że jego walor nie został zakwestionowany i stało się ono podstawą ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku.

Akcentując w apelacji zachowanie oskarżonego z przeszłości, kiedy był on uzależniony od środków odurzających, prokurator pomija tę istotną okoliczność, że miało to miejsce w czasie, gdy oskarżony był bardzo młodym, bo zaledwie osiemnastoletnim człowiekiem, który jednak zrozumiał swój błąd, podjął stacjonarne, dwunastomiesięczne leczenie odwykowe, a później przez długi czas utrzymywał abstynencję. W tej sytuacji nie sposób okoliczności tej nadawać takie znaczenie, że przekreślać ma, i to, mimo upływu ponad dziesięciu lat, szansę oskarżonego na skorzystanie z instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Z tych względów i ten zarzut apelacji prokuratora nie mógł zostać uznany za słuszny.

Kierując się przedstawionymi motywami Sąd Apelacyjny orzekł jak w części rozstrzygającej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 627 kpk w zw. z art. 634 kpk oraz art. 2 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych.

**SSA Jerzy Skorupka SSA Andrzej Kot SSA Edyta Gajgał**