

Sygn. akt II AKa 293/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Ryszard Ponikowski
Sędziowie:	SSA Tadeusz Kielbowicz (spr.) SSA Andrzej Kot
Protokolant:	Iwona Łaptus

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marka Ratajczyka

po rozpoznaniu w dniu 27 września 2013 r.

sprawy **A. S.**

oskarżonego z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.11 § 2 kk i w zw. z art. 64 § 1 kk

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 27 maja 2013 r. sygn. akt III K 16/13

***I. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok wobec oskarżonego A. S.;***

***II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. M. 600 zł tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł z tytułu zwrotu VAT;***

***III. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych za instancję odwoławczą.***

## UZASADNIENIE

A. S. został oskarżony o to, że:

w dniu 1 stycznia 2012 r. w K., woj. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletniemu Ł. P. (ur. (...)) środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ilości 21,52 grama za kwotę nie mniejszą niż 315 złotych,

***tj. o czyn z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii***

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 27 maja 2013 r. wydał następujące rozstrzygnięcie:

I. A. S. uznał za winnego tego, że w dniu 1 stycznia 2012 r. w K., wprowadził do obrotu, w ten sposób, że udzielił w celu osiągnięcia korzyści majątkowej małoletniemu Ł. P. znaczne ilości środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ilości 21,52 grama, za kwotę nie mniejszą niż 315 złotych, w celu dalszej odsprzedaży, przy czym czynu tego dopuścił się w warunkach powrotu do przestępstwa, będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich z dnia 10.10.2005 roku sygn. akt VI K 469/05 za czyn z art. 279 § 1 k.k. na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, wyrokiem Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich z dnia 10.08.2004 roku sygn. akt VI 374/04 za czyn z art. 279 § 1 k.k. na karę 1 roku pozbawienia wolności, wyrokiem Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich z dnia 12 sierpnia 2004 roku sygn. akt II K 138/04 za czyny z art. 279 § 1 k.k. i inne na karę 2 lat pozbawienia wolności oraz Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich z dnia 22.09.2004 roku sygn. akt VI K 383/04 za czyn z art. 279 § 1 k.k. na karę 1 roku pozbawienia wolności, które to kary odbył w ramach wyroku łącznego Sądu Rejonowego w Ząbkowicach Śląskich z dnia 28 marca 2006 roku sygn. akt II K 5/06, którym to wyrokiem wymierzono mu karę łączną 4 lat pozbawienia wolności, którą odbywał w okresach od 13.06.2004 roku do 15.06.2004 roku, od 2.08.2005 roku do 23.12.2005 roku oraz od 29.12.2007 roku do 12.05.2011 roku, to jest popełnienia czynu z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 64 § 1 k.k. i za czyn ten na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 64 § 1 k.k. i za czyn ten na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa i zarządził zniszczenie dowodu rzeczowego w postaci woreczka foliowego z zawartością suszu roślinnego w woreczku strunowym, ujętego w wykazie dowodów rzeczowych na k. 41 akt sprawy;

III. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. M. z Kancelarii Adwokackiej w Ś. kwotę 885,60 (osiemset osiemdziesiąt pięć 60/100) złotych tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu A. S. z urzędu;

IV. zwolnił oskarżonego od ponoszenia wyłożonych wydatków od chwili wszczęcia postępowania w sprawie, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa oraz ponoszenia opłaty.

Wyrok powyższy w całości zaskarżył obrońca oskarżonego zarzucając mu „błąd w ustaleniach faktycznych mogący mieć wpływ na jego treść (art. 438 pkt. 3 kpk), a polegający na przyjęciu za wiarygodne i nie budzącą wątpliwości wersję przebiegu wydarzeń w dniu 1 stycznia 2012 r. przedstawioną przez świadków Ł. P., P. B. i E. B., gdy tymczasem w zeznaniach Ł. P. wystąpiło wiele nieścisłości co do samego przebiegu zdarzenia jak i udziału w nim oskarżonego, zaś zeznania świadków P. B. jak i E. B. zważając na ich stan psychiczny budzą zasadnicze wątpliwości, co do ich wiarygodności „ (cytat z apelacji).

Stawiając powyższy zarzut obrońca oskarżonego A. S. wnosi o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

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

Apelacja obrońcy oskarżonego A. S. nie jest zasadna.

Z jej uzasadnienia wynika, iż podniesiony przez skarżącego zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku wynika z następujących uchybień, których dopuścił się Sąd Okręgowy:

- a) dania wiary chwiejnym i niekonsekwentnym zeznaniom świadka Ł. P. w części, w której obciążał oskarżonego;
- b) dania wiary zeznaniom świadków E. B. i P. B. w części, w której obciążano oskarżonego, w sytuacji gdy biegły psycholog stwierdził u E. B. osłabienie funkcji pamięci, a u P. B., u którego iloraz inteligencji mieści się w granicach upośledzenia umysłowego, również osłabienie funkcji pamięci, osłabienie wnioskowania oraz trudności w zapamiętaniu wszystkich dynamicznych szczegółów;

c) bezzasadna odmowa wiarygodności wyjaśnieniom nie przyznającego się do popełnienia zarzucanego mu czynu oskarżonego A. S..

Pomimo, że skarżący nie postawił zarzutu obrazy przepisów postępowania w stopniu mającym wpływ na treść orzeczenia (art. 438 pkt. 2 kpk), to treść uzasadnienia apelacji wskazuje, iż zdaniem obrońcy podniesiony zarzut błędu w ustaleniach faktycznych wynika z naruszenia przepisów postępowania, a w szczególności art. 7 kpk. Chociaż tego wprost nie sformułował w apelacji, to z jej treści niedwuznacznie wynika, iż jego zdaniem dokonana przez Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ocena dowodów nie spełnia kryteriów określonych w powyższym przepisie i jest oceną dowolną, wykraczającą poza ramy oceny swobodnej.

W związku z powyższym należy zauważyć, iż przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodności innych pozostaje pod ochroną prawa procesowego jedynie wtedy gdy jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy całokształtu okoliczności, stanowi wynik rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego oraz gdy jest wyczerpująco i logicznie – z uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego – uargumentowane w uzasadnieniu wyroku.

Wbrew podniesionym w apelacji zarzutom Sąd Apelacyjny stwierdza, iż zaskarżony wyrok powyższe kryteria spełnia.

Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił zeznania świadków E. B., P. B. i Ł. P. (strona 6-8 uzasadnienia). Oceniając ich wiarygodność Sąd miał na względzie treść opinii biegłego psychologa, oraz sprzeczności, które pojawiły się w wyjaśnieniach świadka P.. Odnośnie zeznań tego ostatniego Sąd „meriti” stwierdził m.in. w uzasadnieniu wyroku iż: „co do zeznań Ł. P. Sąd dostrzega, że są one w pewien sposób niekonsekwentne, ale nie sposób dostrzec w jakiej sprawie i przeciwko komu świadek ten składał zeznania” (strona 7), stwierdzając też w sposób stanowczy, iż wpływ na treść jego zeznań miały groźby ze strony oskarżonego oraz obawa ich spełnienia. Fakt występowania w zeznaniach świadka P. niekonsekwencji samo przez się jeszcze nie dyskwalifikuje ich wiarygodności, bowiem o prawdziwości bądź nieprawdziwości podanych przez tego świadka wersji wydarzeń ostatecznie zdecydował Sąd Okręgowy po dokonaniu ich swobodnej oceny, według zasad określonych w art. 7 kpk. Zeznania tego świadka, częściowo zmieniane stanowią dowód w sprawie, który jak każdy inny podlega swobodnej ocenie, w konfrontacji z innymi dowodami, a sam fakt odwołania bądź zmiany zeznań nie może wskazywać sam przez się o ich nieprawidłowości. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy w sposób przekonujący uargumentował mając na względzie powody zmiennych wyjaśnień tego świadka, dlaczego dał wiarę tej ich części, w której pomawia oskarżonego A. S..

Nie budzą wątpliwości ustalenia Sądu Okręgowego, iż oskarżony A. S. w mieszkaniu E. B. przekazał małoletniemu Ł. P., 21, 52 grama marihuany w celu dalszej odsprzedaży, jednocześnie zachęcił go do wypalenia jednej „lufki” z marihuaną, wiedząc, iż Ł. P. nie ma ukończonych 18 lat. Ł. P. urodził się (...) a więc nie miał w dniu 1 stycznia 2012 r. nawet 16 lat. Był wówczas uczniem III klasy gimnazjum, w którym pracowała matka oskarżonego D. S.. Sam oskarżony pytany o wiek świadka na rozprawie w dniu 24 lipca 2012 r. wyjaśnił w następujący sposób: „Moim zdaniem P. wygląda na te 16-17 lat. Wtedy też na tyle wyglądał” (k. 140).

Sąd Apelacyjny zauważa, iż świadek Ł. P. już w toku pierwszego przesłuchania w dniu 2 stycznia 2012 r. po początkowej depozycji, iż przedmiotową marihuanę otrzymał od M. R. wycofał się ostatecznie z tego twierdzenia oświadczając, że otrzymał ją od A. S., który „dał ten susz i kazał sprzedać i powiedział do mnie, że jak powiem coś na policji i to na rozprawę nie dojadę” (k. 17-18). Świadek P. miał sprzedać susz po 30 zł. za gram, z czego 15 zł. było dla niego, a 15 zł. miał być dla oskarżonego S.. W podobny sposób świadek zeznał w toku kolejnego przesłuchania 16 lutego 2012 r. oświadczając: „Na początku twierdził, że nic nie będą mu za to płacić, dopiero u B. powiedział, że mam to sprzedać i część kary oddać jemu” (k. 56-57), oraz w ostatnim przesłuchaniu w śledztwie (k. 142 „in fine”). Na rozprawach sądowych świadek początkowo twierdził, że marihuanę otrzymał od oskarżonego nieodpłatnie, a po odczytaniu mu zeznań ze śledztwa podtrzymał je twierdząc, że na polecenie oskarżonego miał otrzymane narkotyki sprzedać. Na ostatniej rozprawie w dniu 12 marca 2013 r. (k. 292-295) ostatecznie podał: „ja podtrzymuję to, że powiedziałem, że A. S. dał mi ten susz i kazał sprzedać i powiedział do mnie, że jak powiem coś na policji to na rozprawę nie dojadę”. Przyznał też, że w mieszkaniu B. oskarżony powiedział, żeby spróbował marihuanę i on wypalił lufkę, ale jak oświadczył

uczynił to pod presją. O tym, że oskarżony dał P. heroinę w celu jej dalszej odsprzedaży (wprowadzenie do obrotu) wskazują również zeznania świadka P. B. (m. in. k. 17, 205).

Obrońca oskarżonego podnosząc w apelacji, iż za osłabieniem wiarygodności zeznań świadka Ł. P. oraz E. i P. B. przemawiają cytowane przez niego fragmenty opinii biegłego psychologa, zupełnie pomija, iż jak wynika z tych opinii Ł. P. boi się konsekwencji swoich zeznań obciążających oskarżonego, który fizycznie lub przy pomocy kolegów może mu zagrażać, ale nie ujawniono u niego skłonności do fantazjowania (k. 316-320). Biegły psycholog również nie stwierdził u świadka E. B. skłonności do fantazjowania, podobnie jak u świadka P. B. (k. 180-183, 184-187). O wiarygodności obciążających oskarżonego zeznań świadka Ł. P. świadczą również okoliczności związane z jego zatrzymaniem i ujawnieniem posiadanej przez niego marihuany. Należy również zauważyć, iż Sąd Okręgowy z dowodami wskazującymi na sprawstwo oskarżonego, jak i dowodami przeciwnymi, zapoznał się bezpośrednio na rozprawie i wszystkie wszechstronnie ocenił, wykazując ponad wszelką wątpliwość wiarygodność dowodów obciążających oskarżonego i niewiarygodność jego wyjaśnień, u których zaprzeczał swojemu sprawstwu. Apelacja poza gołosłownym twierdzeniem, że ocena dowodów powinna być inna od dokonanej przez Sąd Okręgowy nie przedstawia żadnego argumentu za takim stanowiskiem.

Wersja, że od początku chodziło o sprzedaż marihuany wśród uczniów gimnazjum, do którego uczęszczał świadek Ł. P. jest przekonująca także w świetle innych obiektywnych okoliczności ujawnionych na rozprawie przed Sądem Okręgowym. Wymowna jest reakcja oskarżonego na spóźnianie się świadka Ł. P. w przyjeździe do mieszkania E. B., gdzie czekał na niego oskarżony z woreczkiem marihuany. Cios w twarz jaki zadał oskarżony świadkowi (do tego się przyznał) z tego powodu miał ewidentny charakter ukarania go za niesubordynację, to jest za to, że spóźnił się do odebrania zadania jakie miał dla niego oskarżony. A to zadanie nie mogło polegać na ofiarowaniu świadkowi za darmo 21.52 grama marihuany w celu sondażu czy w przyszłości znajdą się chętni do jej zakupu. Ustalenie takie, przy uwzględnieniu relacji w jakiej pozostawali świadek P. i oskarżony byłoby sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Reasumując powyższe rozważania należy stwierdzić, iż zgodnie z utrwalonym i niekwestionowanym orzecnictwem sądów powszechnych zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku, jest tylko wówczas słuszny, gdy zasadność ocen i wniosków, wyprowadzonych przez Sąd orzekający z okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego nie odpowiada prawidłowości logicznego rozumowania. Zarzut ten nie może jednak sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu wyrażonymi w uzasadnieniu wyroku, lecz do wykazania jakich mianowicie konkretnych uchybień dopuścił się sąd, w ocenie zebranego materiału dowodowego. Możliwość zaś przeciwstawienia ustaleniom sądu orzekającego odmiennego poglądu nie może doprowadzić do wniosku o dokonaniu przez sąd błędu w ustaleniach faktycznych (tak m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z 22 stycznia 1975 r. sygn. akt I KR 197/74, OSNKW 1975, z. 5, poz. 58, z aprobującymi uwagami M.Cieślaka i Z.Dody, Palestra 1976 r. nr 2, str. 64, oraz w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 10 maja 2001 r. sygn. akt II A Ka 80/01, OSNP i Pr 2002, z. 11, poz. 27).

Sąd Apelacyjny w rezultacie powyższej oceny kontrolno - odwoławczej nie stwierdził okoliczności faktycznych bądź prawnych o istotnym w tej sprawie znaczeniu, które mogłyby dawać podstawę do kwestionowania poprawności procedury poznawczej i kształtowania przez Sąd Okręgowy podstaw faktycznych zaskarżonego przez obrońcę rozstrzygnięcia, w zakresie sprawstwa i winy oskarżonego A. S.. Apelacja jego obrońcy ma typowo polemiczny charakter i nie podnosi żadnych racjonalnych argumentów, które mogły by mieć wpływ na obalenie bądź zmianę zawartych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ustaleń dokonanych przez Sąd Okręgowy w Świdnicy.

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny uznał za bezzasadny podniesiony w apelacji zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, jak również nie dopatrzył się naruszenia przez Sąd „meriti” przepisów postępowania karnego w stopniu, o którym mowa w art. 438 pkt. 2 kpk.

Prawidłowa jest kwalifikacja prawna czynu przypisanego oskarżonemu A. S.. Oskarżony przekazując małoletniemu tak istotną ilość marihuany zarówno udzielił Ł. P. środka narkotycznego na własny użytek, jak i działał w zamiarze wprowadzenia go do obrotu za jego pośrednictwem, z czego miał osiągnąć wymierną korzyść majątkową. Działanie

oskarżonego A. S. wypełnia podmiotowe i przedmiotowe znamiona przestępstwa z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 59 ust. 2 tej ustawy w związku z art. 11 § 2 kk. Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, iż ilość przekazanego przez oskarżonego środka narkotycznego jest ilością znaczną w rozumieniu art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Ilość ta pozwalała na wydzielenie około 215 najmniejszych, najczęściej spotykanych w obrocie porcji handlowych marihuany. W orzecznictwie dominuje pogląd, iż znaczne ilości narkotyków, to taka, która wystarcza do jednorazowego odurzenia co najmniej kilkudziesięciu osób (tak m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z 14 lipca 2011 r., sygn. akt IV KK 127/11, LEX nr 897769 i postanowieniu Sądu Najwyższego z 23 września 2009 r. sygn. akt I KZP 10/09, OSNKW 10/2009, poz. 84). Nie budzi również wątpliwości ustalenie Sądu „meriti”, iż oskarżony działał w warunkach powrotu do przestępstwa określonych w art. 64 § 1 kk. Przypisany oskarżonemu czyn, który wyczerpuje również znamiona art. 59 ust. 2 ustawy z 25 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii charakteryzuje się także działaniem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a więc jest podobny (art. 115 § 3 kk) do przestępstw z art. 279 § 1 kk, popełnionych w celu osiągnięcia korzyści materialnych, za które wcześniej oskarżony A. S. do 12 maja 2011 r. odbywał karę łączną 4 lat pozbawienia wolności. Na rozprawie w dniu 27 maja 2013 r. Sąd Okręgowy w pełni wywiązał się z obowiązku, który nakładał na niego przepis art. 399 § 1 kpk i uprzedził strony o możliwości przyjęcia powyższej konstrukcji prawnej.

Przepis art. 447 § 1 kpk obliguje Sąd Apelacyjny również do rozpoznania sprawy w zakresie kary.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego wymierzona oskarżonemu A. S. za przypisany mu czyn kara pozbawienia wolności spełnia wszelkie dyrektywy z art. 53 § 1 kk. Sąd I instancji wymierzając ją we właściwy sposób uwzględnił stopień społecznej szkodliwości czynu oskarżonego jak również rozmiar jego winy. Uwzględnił też i odpowiednio wyważył wszystkie ujawnione w toku sprawy okoliczności łagodzące i obciążające, jakie w stosunku do oskarżonego zachodziły.

Wymierzona oskarżonemu kara pozbawienia wolności (tylko o 6 miesięcy przekraczająca dolną granicę ustawowego zagrożenia przewidzianą w art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii) w żadnym wypadku nie może uchodzić za rażąco niewspółmiernie surową w rozumieniu art. 438 pkt. 4 kpk, a tylko taka ocena mogłaby mieć wpływ na obniżenie jej wymiaru.

Z tych względów Sąd Apelacyjny utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Na podstawie art. 624 § 1 kpk w związku z art. 634 kpk i art. 17 ustawy z 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1083 r. nr 49, poz. 223, z późniejszymi zmianami) oskarżony został zwolniony od kosztów sądowych za instancję odwoławczą, albowiem ich uiszczenie ze względu na brak majątku i stałych dochodów byłoby dla niego zbyt uciążliwe.

O kosztach nieopłaconej obrony z urzędu udzielonej oskarżonemu A. S. w postępowaniu odwoławczym z urzędu orzeczono na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze (Dz. U nr 146 z 2009 r., poz. 1185, z późniejszymi zmianami) i § 14 ust. 2 pkt. 5 rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U nr 163, poz.1348, z późniejszymi zmianami).