

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 lipca 2017 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Witold Franckiewicz (spr.)

Sędziowie: SSA Tadeusz Kielbowicz

SSA Wojciech Kociubiński

Protokolant: Anna Czarniecka

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej we Wrocławiu Zbigniewa Jaworskiego

po rozpoznaniu w dniu 27 lipca 2017 r.

sprawy **A. O.**

oskarżonego o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 12 kk, art. 59 ust. 1 i art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 11 § 2 kk w związku z art. 12 kk w związku z art. 64 § 1 kk, art. 200 § 1 kk w związku z art. 12 kk, art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 7 kwietnia 2017 r. sygn. akt III K 112/16

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego A. O. w ten sposób, że:

1. na podstawie art. 41a § 2 k.k. w zw. z art. 39 pkt 2 b k.k. orzeka środek karny zakazu kontaktowania się z małoletnią pokrzywdzoną M. J. (1) i zbliżania się do niej na odległość mniejszą niż 50 metrów na okres roku w związku z przypisaniem oskarżonemu czynu z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w pkt III części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku,

2. za podstawę wymiaru kary grzywny w pkt II części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku przyjmuje art. 33 § 2 k.k.

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

III. zasądza od oskarżonego A. O. na rzecz Skarbu Państwa 1/2 wydatków związanych z postępowaniem odwoławczym oraz wymierza oskarżonemu opłatę 800 zł za II instancję.

UZASADNIENIE

A. O. oskarżony został o to, że :

I. w dniu 06 sierpnia 2016 roku w B., woj. (...), wbrew przepisom ustawy, posiadał substancje psychotropową w postaci amfetaminy o łącznej wadze 5,71 grama netto

to jest o czyn z art. 62 ust 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2006, poz. 224 ze zm.);

II. w okresie od czerwca 2016 roku do 06 sierpnia 2016 roku w B., woj. (...), wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru:

- w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nie mniej niż dziesięciokrotnie udzielił M. L. substancji psychotropowej w postaci amfetaminy, każdorazowo po 0,5 gramie w cenie 20 złotych o łącznej wadze nie mniejszej niż 5 gram i łącznej wartości nie mniejszej niż 200 złotych;
- w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, pięciokrotnie udzielił P. M. (1) substancję psychotropową w postaci amfetaminy każdorazowo po 1 gramie w cenie 20złoty o łącznej wadze nie mniejszej niż 5 gram i łącznej wartości 100 złotych oraz pięciokrotnie środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste każdorazowo po 1 gramie w cenie 30 złotych o łącznej wadze nie mniejszej niż 5 gram i łącznej wartości 150 złotych;
- nie mniej niż dwudziestokrotnie udzielił P. M. (1) po jednej porcji handlowej tzw. „kresce” substancji psychotropowej w postaci amfetaminy,
- w celu osiągnięcia korzyści majątkowej co najmniej 5-krotnie udzielił Ł. J. (1) substancji psychotropowej w postaci mefedronu w ilościach po 1 gramie w cenie po 50 złotych oraz co najmniej 5-krotnie w nieustalonej ilości w zamian za złożenie komputera stacjonarnego,

przy czym czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w Kłodzku VIK 422/11 z dnia 19 października 2011 r. za czyn z art. 13§ 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. i inne na karę 1 roku i sześciu miesięcy pozbawienia wolności, którą odbył w okresie od 29 listopada 2010 roku do 01 grudnia 2010 roku i od 21 września 2012 roku do 19 marca 2014 roku,

to jest o czyn z art. 59 ust. 1 i art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U z 2016, poz. 224 ze zm.) w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

III. w okresie od czerwca 2016 roku do lipca 2016 w B., województwa (...), w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, co najmniej kilkakrotnie obcował płciowo z M. J. (1), małoletnią poniżej 15 lat;

to jest o czyn art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

IV. w okresie od czerwca 2016 roku do lipca 2016 roku w B. powiatu (...) w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści osobistej polegającej na odbywaniu z małoletnią M. J. (1) stosunków seksualnych, nie mniej niż dwudziestokrotnie udzielił w/w po jednej porcji handlowej tzw. „kresce” substancji psychotropowej w postaci mefedronu,

to jest o czyn art. 59 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U z 2016, poz. 224 ze zm.) w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 7 kwietnia 2017 roku orzekł wobec oskarżonego A. O.:

I. uznał oskarżonego A. O. za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie I i za to na podstawie art. 62 ust 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył karę 6 miesięcy pozbawienia wolności;

II. uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie II i za to na podstawie art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 k.k. wymierzył karę grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych po 20 zł,

III. uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie III z tym, że przyjął, że oskarżony zarzucanego czynu dopuścił się do dnia 18 lipca 2016 roku i za to na podstawie art. 200 § 1 k.k. wymierzył karę 2 lat pozbawienia wolności;

IV. uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego czynu opisanego w punkcie IV z tym, że przyjął, że oskarżony zarzucanego mu czynu dopuścił się do dnia 18 lipca 2016 roku i za to na podstawie art. 59 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył karę 3 lat pozbawienia wolności;

V. i VII. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzył karę łączna 5 lat pozbawienia wolności, zaliczając na jej poczet – na podstawie art. 63 § 1 k.k. – okres zatrzymania i tymczasowego aresztowania oskarżonego od dnia 6 sierpnia 2016 r. do dnia 7 kwietnia 2017 r.,

VI. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści majątkowej osiągniętej przez oskarżonego z popełnionego przestępstwa opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku w wysokości 700 zł;

VIII. i IX. na podstawie art. 70 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa przez zniszczenie dowodów rzeczowych w postaci 7 woreczków strunowych z zawartością białego proszku opisanych w wykazie dowodów rzeczowych nr I/2695/16/N pod pozycją nr 1-7 na karcie nr 98-99 akt; oraz na podstawie art. 70 ust. 1 cyt. ustawy orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa przez zniszczenie dowodów rzeczowych w postaci woreczków strunowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych nr II/527/16/P pod pozycją nr 8 na karcie 96 akt,

X. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. orzekł o zwrocie oskarżonemu dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów nr II/527/16/P pod pozycją nr 9-12 na karcie 96 akt,

XI. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokata A. B. 369 złotych kosztów nie opłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu w postępowaniu przygotowawczym,

XII. na podstawie art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli: Prokurator Prokuratury Rejonowej w Bystrzycy Kłodzkiej oraz obrońca oskarżonego.

Prokurator zaskarżył wyrok w zakresie wymierzonych oskarżonemu kar i środka karnego, zarzucając:

- rażąco niewspółmierność wymierzonych oskarżonemu A. O. kar jednostkowych w zakresie czynu opisanego w punkcie III aktu oskarżenia z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w wysokości 2 lat pozbawienia wolności i czynu opisanego w punkcie IV aktu oskarżenia z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w wysokości 3 lat pozbawienia wolności oraz kary łącznej wymierzonej za czyny opisane w punktach od I do IV aktu oskarżenia z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2016 roku, poz. 224 z późn. zm.), z art. 59 ust. 1 i art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U z 2016 roku, poz. 224 z późn. zm.)) w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 64 § 1 k.k., z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. oraz z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2016 roku, poz. 224 z późn. zm.) w zw. z art. 12 k.k. w wymiarze 5 lat pozbawienia wolności w stosunku do

wysokiego stopnia zawinienia oskarżonego, który działając z niskich pobudek, zajmując się dystrybucją narkotyków wśród znajomych i innych mieszkańców B. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, przyjął do swojego mieszkania, przebywającą na ucieczce z (...) Ośrodka (...) w S. małoletnią M. J. (1), nie mającą ukończonych 15 lat – ur. (...), której systematycznie udzielał narkotyków w zamian za możliwość obcowania płciowego, pogłębiając stan jej uzależnienia, a które to zachowanie oskarżonego zwiększyło proces degradacji pokrzywdzonej, przy czym okoliczności te wskazują na bardzo wysoki stopień społecznej szkodliwości popełnionych przez niego czynów, a nadto dyrektyw wymiaru kary w aspekcie prewencji ogólnej, w szczególności potrzeby społecznego oddziaływania kary wobec sprawców wykorzystujących seksualnie małoletnie osoby poniżej 15 – go roku życia, a także prewencji szczególnej, przemawiają za uznaniem orzeczonej wobec oskarżonego A. O., wielokrotnie karanego sądownie, kar jednostkowych i kary łącznej za nadzwyczaj łagodne wymierzone w granicach dolnego ustawowego zagrożenia wskazanych wyżej czynów, nie spełniające wymogów kary sprawiedliwej;

- obrazę przepisu prawa materialnego określonego w art. 41a k.k. poprzez zaniechanie orzeczenia środka karnego w postaci zakazu kontaktowania się i zbliżania do małoletniej pokrzywdzonej przewidzianym tym przepisem kodeksu karnego, pomimo obligatoryjnego obowiązku jego orzeczenia, w przypadku skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności, popełnionego na szkodę małoletniej M. J. (1);

w n o s z ą c:

o zmianę zaskarżonego wyroku:

- w punkcie III jego części dyspozytywnej poprzez podwyższenie wymiaru kary za czyn z art. 200 § 1 kk. w zw. z art. 12 k.k. do wysokości 3 lat pozbawienia wolności;

- w punkcie IV jego części dyspozytywnej poprzez podwyższenie wymiaru kary za czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. do wysokości 4 lat pozbawienia wolności;

- w punkcie V jego części dyspozytywnej poprzez podwyższenie wymiaru kary łącznej za czyny opisane w punktach od I do IV na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. do wysokości 7 lat pozbawienia wolności;

- na podstawie art. 39 § 2b k.k. w zw. z art. 41a § 2 k.k. orzeczenie środka karnego polegającego na zakazie kontaktowania się z małoletnią pokrzywdzoną M. J. (1) i zbliżania się do niej na odległość mniejszą niż 50 metrów przez okres 5 lat;

- utrzymania w mocy pozostałych rozstrzygnięć.

Obrońca oskarżonego zaskarżył wyrok odnośnie pkt II, III, IV, V i VI.

Odnośnie pkt II zaskarżonego wyroku zarzucił: błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia mający wpływ na treść wyroku, a polegający na przyjęciu, że:

a) oskarżony działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił M. L. nie mniej niż dziesięciokrotnie substancji psychotropowej w postaci amfetaminy o łącznej wadze nie mniej niż 5 gramów o łącznej wartości nie mniejszej niż 200 zł, w sytuacji gdy z zebranego materiału dowodowego w postaci zeznań M. L. i wyjaśnień oskarżonego wynika, że oskarżony czynu powyższego nie popełnił, który to błąd w ustaleniach faktycznych miał wpływ na treść wyroku determinując w tym zakresie orzeczenie;

b) oskarżony działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej pięciokrotnie udzielił P. M. (1) substancję psychotropową w postaci amfetaminy o łącznej wadze nie mniej niż 5 gram i łącznej wartości 100 zł oraz pięciokrotnie środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste o łącznej wadze nie mniejszej niż 5 gramów i łącznej wartości 150 zł w sytuacji gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy w postaci wyjaśnień oskarżonego prowadzi do

odmiennego wniosku, zaś orzeczenie Sądu I instancji oparte zostało o zeznania skonfliktowanego z nim świadka P. M. (1), który to błąd w ustaleniach faktycznych miał wpływ na treść wyroku determinując w tym zakresie orzeczenie;

c) oskarżony działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej co najmniej pięciokrotnie udzielił Ł. J. (1) substancji psychotropowej w postaci mefedronu o łącznej wadze 5 gramów i wartości 50 zł oraz co najmniej pięciokrotnie w nieustalonej ilości w zamian za złożenie komputera, w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego w tym wyjaśnieniu oskarżonego i zeznania świadka Ł. J. (1) prowadzą do odmiennego wniosku, a mianowicie, iż oskarżony częstował Ł. J. (2) nie osiągając korzyści majątkowej, który to błąd miał wpływ na treść wyroku determinując jego treść.

Odnosnie pkt III i IV zaskarżonego wyroku zarzucił:

a) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na przyjęciu, że M. J. (1) w sposób rzeczowy, spójny i dokładny przedstawiła przebieg zdarzeń, że złożyła prawdziwe i szczere zeznania zbieżne z pozostałym materiałem dowodowym w sytuacji gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego w tym wyjaśnieniu oskarżonego oraz materiał dowodowy znajdujący się w aktach spraw opiekuńczych Sądu Rejonowego w Wałbrzychu sygn.. akt: IV Nsm 1242/15 i IV NW 69/16, a w szczególności znajdujące się w nich: opinia psychologiczna, Obserwacja lekarska psychiatryczna i badanie RODK w W. prowadzą do odmiennego wniosku, a mianowicie, że zeznaniom pokrzywdzonej nie można nadać prymatu wiarygodności, który to błąd w ustaleniach faktycznych miał wpływ na treść wyroku, albowiem stanowił podstawę ustaleń prowadzących do uznania oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów;

b) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia a polegający na przyjęciu, iż zeznania P. M. (2), Ł. J. (1) i samej pokrzywdzonej są spójne i logiczne, mogące stanowić podstawę do uznania oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, w sytuacji gdy prawidłowa ich ocena zgodnie z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego prowadzi do wniosku, iż waloru przypisywanego przez Sąd nie sposób im nadać, w szczególności przy wnikliwej analizie zeznań świadka Ł. J., które całkowicie nie korespondują z zeznaniami P. M. (2), są wręcz diametralnie odmienne, który to błąd w ustaleniach faktycznych miał wpływ na jego treść, albowiem zdeterminował treść orzeczenia i uznanie oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów;

c) błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia polegający na przyjęciu, iż przejawy agresji w stosunku do pokrzywdzonej M. J. (1) były częste, kończące się obrażeniami na ciele pokrzywdzonej, a zachowanie oskarżonego było podyktowane zażywaniem narkotyków i obawa, że pokrzywdzona ucieknie w sytuacji gdy Sąd I instancji poczynił ustalenia w tym zakresie w oparciu o zeznania świadka P. M. (2) mającej interes w zeznawaniu na niekorzyść oskarżonego, który to błąd miał wpływ na treść orzeczenia, albowiem zdeterminował jego treść;

d) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na przyjęciu, iż oskarżony pomimo świadomości, że M. J. (1) ma poniżej 15 lat utrzymywał dalsze stosunki seksualne co wynika z zebranych dowodów, w sytuacji gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że brak jest w tym zakresie bezstronnych dowodów nie budzących w tym zakresie żadnych wątpliwości, który to błąd miał wpływ na treść wyroku determinując orzeczenia Sądu I instancji w tym zakresie;

e) obrazę przepisów postępowania, tj. art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 k.p.k. poprzez przekroczenie przy wyrokowaniu zasady swobodnej oceny dowodów oraz poczynienie dowolnych a nie swobodnych ustaleń w zakresie oceny dowodów w postaci zeznań świadka P. M. (2) i przedstawionej przez nią płyty z rozmową jaką miała dzień przed aresztowaniem przeprowadzić z oskarżonym i uznanie powyższych nagrań za prawidłowo przeprowadzony dowód, mogący służyć do poczynienia w zakresie ustalenia winy oskarżonego prawidłowych ustaleń w sytuacji gdy nagranie powyższej rozmowy odbyło się gdy oskarżony znajdował się pod znacznym działaniem narkotyków, materiał dowodowy został nagrany w nieustalonych okolicznościach, bez możliwości wglądu w rzeczywistą treść nagrania co dyskwalifikuje powyższy dowód w całości jako miarodajny, a co skutkowało przyjęciem przez Sąd I instancji ustaleń wynikających z powyższej treści, przyjęcie ich jako własne i uznanie oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu;

f) obrazę przepisów postępowania – tj. art. 4 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i 424 § 1 pkt 1 k.p.k. poprzez nie oparcie rozstrzygnięcia o całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej, a także nie wskazanie w uzasadnieniu wyroku powodów, dla których Sąd I instancji nie uznał dowodów przemawiających na korzyść oskarżonego w postaci opinii o małoletniej M. J. (1) znajdujących się w aktach sprawy opiekuńczych Sądu Rejonowego w Wałbrzychu, które to opinie w wątpliwość poddają wiarygodność zeznań złożonych przez pokrzywdzoną, jak również prawidłowość złożonej przez biegłego psychologa opinii po przesłuchaniu małoletniej, co miało wpływ na treść wyroku, albowiem skutkowało uznaniem oskarżonego winnym popełnienia zarzucanych mu czynów w sytuacji gdy zebrany materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie takich ustaleń;

g) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku mający wpływ na jego treść, a polegający na przyjęciu, iż oskarżony dopuścił się czynów opisanych w pkt III i IV zaskarżonego wyroku, w sytuacji gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego poczyniona zgodnie z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego prowadzić musi do wniosku, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy obarczony stawianymi w petitum apelacji zarzutami, nie może stanowić podstawy do uznania oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów;

a ponadto zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku polegający na przyjęciu, iż wyłącznie tak surowa kara łączna wymierzona oskarżonemu jest w stanie spełnić cele w zakresie prewencji ogólnej i szczególnej, który to błąd miał wpływ na treść orzeczenia, albowiem skutkowało wymierzeniem oskarżonemu kary łącznej zbyt surowej w stosunku do jego zawinienia oraz społecznej szkodliwości czynu;

w n o s z ą c o:

1. zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia czynu opisanego w pkt III, III i IV;

ewentualnie:

2. zmianę zaskarżonego wyroku i wymierzenie oskarżonemu kary łącznej pozbawienia wolności znacznie złagodzonej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

apelacja Prokuratora została częściowo uwzględniona, natomiast apelacja obrońcy oskarżonego uznana została za niezasadną.

1. *Odnośnie apelacji obrońcy oskarżonego dotyczącej pkt II części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku:*

zarzut odwoławczy błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, we wskazanym wyżej punkcie wyroku, nie został uznany za zasadny. Obrońca oskarżonego zarzucił Sądowi I instancji, iż ustalenia faktyczne dokonane zostały na podstawie dowodów, które – w ocenie obrońcy – nie są wiarygodne. Sąd przypisując oskarżonemu sprawstwo w zakresie powyższego czynu, w głównej mierze oparł się na dowodach w postaci zeznań świadków, nabywców środków odurzających od oskarżonego. Za konsekwentne, spójne i logiczne Sąd uznał zeznania świadków: P. M. (1) i Ł. J. (1), którzy przyznawali, że zakupywali od oskarżonego na własne potrzeby, do własnego użytku środki odurzające w postaci amfetaminy, marihuany i mefedron. Dokonaną ocenę tychże dowodów Sąd przedstawił na str. 14 pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Tamże, Sąd zawarł ocenę zeznań świadka M. L., dostrzegając zaistniałą różnicę w ich treści, w zależności od fazy postępowania, w jakiej zostały złożone. Dokonana ocena powyższego dowodu, mieści się w granicach oceny swobodnej w rozumieniu przepisu art. 7 k.p.k., nie stanowiąc oceny dowolnej. Sąd uznał, iż wiarygodne są zeznania świadka M. L. złożone w postępowaniu przygotowawczym, w których szczegółowo przedstawił okoliczności i ilość nabywanych przez niego od oskarżonego środków odurzających. Sąd I instancji ocenił wyjaśnienia oskarżonego, nie przyznającego się do popełnienia przypisanego czynu, uznając je za niewiarygodne. Powyższą ocenę należy uznać za w pełni przekonywującą, której nie podważyły argumenty

przedstawione przez obrońcę w uzasadnieniu apelacji (k. 524-526). Nie sposób jest przyjąć, że świadek M. L. złożył zeznania w postępowaniu przygotowawczym pod presją psychiczną wywieraną na świadka przez przesłuchujących go funkcjonariuszy Policji w Komisariacie w B.. Sąd I instancji na str. 14 pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku podkreślił zasadę bezpośredniości w przeprowadzeniu i ocenie dowodu z zeznań tego świadka, czego nie sposób jest zasadnie zakwestionować. Podkreślenia wymaga także to, że oskarżony przyznał (tom I, k. 46), że sprzedawał świadkowi M. L. kreatynę po 20 zł, przekonując nabywcę, że przedmiotem transakcji jest amfetamina. O tym, że jest to wersja niewiarygodna, świadczą zeznania świadka M. L., złożone w postępowaniu przygotowawczym (tom I, k. 11-12), w których podał, że wcześniej miał kontakt ze środkami odurzającymi, które zażywał i zna ich działanie, a zatem nabywane od oskarżonego środki nie stanowiły kreatyny lecz amfetaminę.

Dalsze wywody zawarte w uzasadnieniu apelacji kwestionujące wiarygodność zeznań świadków P. M. (1) i Ł. J. (1) nie zasługiwały na pozytywną ich ocenę. Należy przy tym dostrzec, że znalazły one także wsparcie w dowodzie w postaci zeznań świadka M. J. (1), przebywającej w mieszkaniu oskarżonego, podczas dokonywanych transakcji kupna-sprzedazy środków odurzających, a także ich zażywania w tym mieszkaniu. Świadek P. M. (1) powyższe fakty potwierdziła, a z zeznań tego świadka wynika, że nie tylko spożywała w mieszkaniu oskarżonego środki odurzające, w jego i M. J. (1) obecności, ale także odpłatnie nabywała środki odurzające dla siebie.

Apelujący obrońca oskarżonego w skuteczny sposób nie podważył ustaleń Sądu I instancji w zakresie pkt II części rozstrzygającej wyroku, dokonanych w oparciu o prawidłowo ocenione dowody.

2. *Odnosnie apelacji obrońcy oskarżonego dotyczącej pkt III i pkt IV części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku:*

zarzuty odwoławcze, zawarte w punktach a, b (w odniesieniu do pokrzywdzonej M. J. (1)), c, d – zostały skonstruowane jako błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mających wpływ na jego treść, sprowadzają się do wskazania błędnej oceny dowodu przeprowadzonej przez Sąd w postaci zeznań pokrzywdzonej M. J. (1). Powyższy zarzut należy w istocie odczytywać jako obrazę art. 7 k.p.k., co w konsekwencji miało spowodować dokonanie przez Sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych.

Odnosząc się do powyższych zarzutów, należy wskazać, że Sąd I instancji na str. 15-22 pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku, dokonał oceny dowodu w postaci zeznań M. J. (1). Przedstawiono tamże argumenty, wsparte o treść opinii sądowo-psychologicznej dotyczącej pokrzywdzonej, a także dokonano oceny innych dowodów, w szczególności zeznań P. M. (1), Ł. J. (1), P. H., nagrań rozmowy telefonicznej pomiędzy oskarżonym, a P. M. (1). Powyższe dowody zostały szczegółowo przeanalizowane, zaś ich ocena dokonana przez Sąd I instancji jest przekonująca, nie wykraczająca poza granice wyznaczone przepisem art. 7 k.p.k. Wbrew zarzutowi zawartemu w pkt a (k. 521) apelacji, iż Sąd I instancji nie dokonał właściwej oceny zeznań pokrzywdzonej, nie analizując danych zawartych w aktach spraw opiekuńczych Sądu Rejonowego w Wałbrzychu – sygn.. akt: IV Nsm 1242/15 i IV Nw 69/16 należy stwierdzić, że Sąd orzekający dopuścił dowód z powyższych akt na rozprawie w dniu 2 lutego 2017 r. (k. 386), a zatem zebrany tamże materiał dowodowy znany był Sądowi I instancji również na tej podstawie, krytyczna ocena postawy M. J. (1) – jest oczywista. Negatywna ocena wcześniejszego jej zachowania, również nie budziła wątpliwości sądu I instancji. Potwierdzona ona została w opinii sądowo-psychologicznej wydanej przez biegłą psycholog L. K. z dnia 18 sierpnia 2016 roku (k. 80-82), wydaną po przesłuchaniu M. J. (1) w dniu 17 sierpnia 2016 roku przez Sąd Rejonowy w Bystrzycy Kłodzkiej (k. 79), w którym przesłuchaniu biegłą psycholog uczestniczyła.

Kwestia oceny wiarygodności zeznań M. J. (1) jest w rozpoznawanej sprawie kluczowa, jednocześnie stała się przedmiotem zarzutu odwoławczego. Według bowiem obrońcy oskarżonego, zeznania pokrzywdzonej nie są wiarygodne. Odmiennej oceny powyższego dowodu dokonał Sąd I instancji, dając temu wyraz na str. 16 pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku, odnosząc się przede wszystkim do wniosków zawartych w pisemnej opinii biegłej psycholog na k. 82 akt. Sąd podzielił ocenę biegłej psycholog, że pokrzywdzona swoim postępowaniem nie przestrzegała norm i zasad społecznych, stąd też może posługiwać się kłamstwem. Jednak analizując strukturę zeznań (zwarłość, umiejscowienie w kontekście detale) biegłą nie dostrzegła skłonności pokrzywdzonej do zafałszowania

zeznań (k. 82). Niewątpliwie powyższa opinia stanowi istotny dowód wraz z zeznaniami M. J. (1) oraz ich transkrypcją (k. 333-345), dokonaną oceną powyższych dowodów, nie została podważona przez apelującego obrońcę. Sąd bowiem dokonał ich oceny w odniesieniu do innych dowodów zebranych w sprawie, w szczególności zeznań P. M. (1) i Ł. J. (1), którzy potwierdzili okoliczności podawane przez M. J. (2) (str. 16-20 pisemnego uzasadnienia wyroku).

Zarzut opisany w pkt e apelacji, tj. obrazy art. 4 k.p.k. i art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 k.p.k. – nie został uznany za zasadny. Sąd I instancji na str. 20 pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku dokonał oceny dowodu w postaci nagrania przez P. M. (1) jednej z przeprowadzonych rozmów telefonicznych przez nią z oskarżonym. Miało to miejsce w dniu 5 sierpnia 2016 roku (k. 165-167). Treść części rozmowy została ponadto zacytowana na str. 20 uzasadnienia wyroku i stała się podstawą od ustalenia przez Sąd, że oskarżony miał świadomość tego ile pokrzywdzona ma lat i pomimo tego nadal obcował z nią płciowo. Opisał szczegółowo kontakty seksualne z małoletnią i znamienne i istotne jest stwierdzenie oskarżonego „jak ja ją zobaczyłem jak ona ma 14 lat (...) podjarąło mnie”. Powyższa wypowiedź przekonuje o zasadności ustaleń sądu co do wiedzy oskarżonego, iż pokrzywdzona nie ma ukończonych 15 lat. Za takim ustaleniem sądu przekonuje także wygląd zewnętrzny pokrzywdzonej, którą świadkowie oceniali jako dziewczynę „bardzo młodą” (k. 220 verte – zeznania Ł. J. (1)), zaś świadek P. M. (1) zeznała (k. 364 odwrót), że M. J. (1) powiedziała jej podczas spożywania środków odurzających, że ma 14 lat. Także świadkowie D. M. i D. S. określił ją jako osobę „bardzo drobną”.

Zarzuty zawarte w pkt f. g apelacji odnoszą się do kwestii związanych z wiekiem pokrzywdzonej i udzielaniem jej przez oskarżonego środków odurzających. W tym zakresie ustalenia sądu oparte zostały nie tylko na zeznaniach M. J. (1), ale również świadkowie Ł. J. (1) i P. M. (1) zeznali, że w ich obecności oskarżony udzielał M. J. (1) środków odurzających. Wersja ta uznana została przez Sąd za wiarygodną.

W świetle zatem prawidłowej oceny dokonanej przez Sąd I instancji, ustalenia w zakresie przypisanych oskarżonemu przestępstw, uznać należało za trafne. Polemika obrońcy z właściwie ocenionymi dowodami okazała się nietrafna, gdyż nie przedstawiono argumentacji, która skutecznie podważyłaby stanowisko sądu przyjęte w zaskarżonym wyroku.

Za prawidłową uznać także należy ocenę prawną czynów oskarżonego poprzez właściwe ich zakwalifikowanie z przepisów powołanych w części rozstrzygającej wyroku, wyczerpujących ustawowe znamiona przestępstw przypisanych oskarżonemu.

3. *Odnosnie apelacji obrońcy oskarżonego dotyczącego pkt V części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku:*

zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, odnoszących się do wysokości wymierzonej oskarżonemu kary łącznej pozbawienia wolności – uznany został także za niezasadny. Sąd wymierzył karę łączną w wysokości 5 lat pozbawienia wolności w sytuacji gdy granice kary łącznej wynoszą od 3 lat do 7 lat. W ocenie Sądu I instancji jest to kara współmierna do stopnia zawinienia i społecznej szkodliwości czynów (str. 25 uzasadnienia zaskarżonego wyroku). W ocenie Sądu Apelacyjnego z pewnością nie jest to kara zbyt surowa, zwłaszcza jeśli uwzględni się zbieżność przedmiotową, większości czynów stanowiących przestępstwa wyczerpujące ustawowe znamiona z ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest podstaw do jej złagodzenia, zwłaszcza jeśli uwzględni się dotychczasowy sposób życia oskarżonego, popełnienie czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku w warunkach powrotności do przestępstwa z art. 64 § 1 k.k.

Z tych względów apelacja obrońcy oskarżonego nie została uwzględniona.

4. *Odnosnie apelacji Prokuratora Rejonowego w Bystrzycy Kłodzkiej:*

apelacja została częściowo uwzględniona.

Zarzut rażącej niewspółmierności kar jednostkowych oraz kary łącznej pozbawienia wolności wymierzonych oskarżonemu A. O. – uznany został za niezasadny. Podniesione w zrzucie apelacyjnym oraz w uzasadnieniu apelacji okoliczności, świadczące na niekorzyść oskarżonego, w istocie zostały uwzględnione przez Sąd I instancji, co wprost wynika ze str. 24-25 pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Powyższe okoliczności, których zbędnym byłoby ponowne przytaczanie, w pełni przedstawiają naganną postawę i zachowanie oskarżonego.

Popelnione przez oskarżonego przestępstwa cechuje wysoki stopień społecznej szkodliwości, popelnione zostały po opuszczeniu w dniu 16 grudnia 2015 roku (k. 157) zakładu karnego, po zastosowaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia, co przekonuje o nieskuteczności stosowanych wcześniej wobec niego środków resocjalizacyjnych.

Niemniej jednak Sąd Apelacyjny uznał, iż orzeczone wobec oskarżonego kary jednostkowe i kara łączną pozbawienia wolności czynią zadość wymogom przewidzianym w art. 53 § 1 i § 2 k.k.

Sąd Apelacyjny uwzględnił zarzut zawarty w apelacji prokuratora obrazy przepisu prawa materialnego, tj. art. 41a § 2 k.k. polegającej na nieorzeczeniu przez Sąd Okręgowy środka karnego w postaci zakazu kontaktowania się z małoletnią pokrzywdzoną M. J. (1) i zbliżania się do niej na odległość mniejszą niż 50 metrów, w związku z przypisaniem oskarżonemu czynu z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i powyższy środek karny orzekł na okres roku. Orzeczenie powyższego środka karnego jest obligatoryjne w sytuacji skazania oskarżonego za czyn z art. 200 § 1 k.k.

Sąd Apelacyjny poprawił podstawę wymiaru kary grzywny w pkt II części dyspozytywnej przyjmując przepis art. 33 § 2 k.k. zamiast art. 33 k.k., błędnie określonego.

Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego znajduje uzasadnienie w przepisach art. 636 § 2 k.p.k. i art. 633 k.p.k. oraz art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 1 oraz art. 8 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych.

SSA Tadeusz Kielbowicz SSA Witold Franckiewicz SSA Wojciech Kociubiński