

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 kwietnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodniczący	SSA Alina Kamińska (spr.)
Sędziowie	SSA Jacek Dunikowski SSA Janusz Sulima
Protokolant	Monika Zuzga

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Białymstoku – Andrzeja Bury – delegowanego do Prokuratury Apelacyjnej

po rozpoznaniu w dniu 10 kwietnia 2014 r. sprawy :

1. **S. D.** oskarżonego z art. 62 ust. 1 ustawy z dn. 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz z art. 58 ust. 1 tej ustawy w zw. z art. 12 k.k,
2. **M. K. (1)** oskarżonego z art. 59 ust. 2 ustawy z dn. 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. oraz z art. 59 ust. 1 tej ustawy w zw. z art.12 k.k. i z art. 62 ust. 1 tej ustawy
3. **P. O.** oskarżonego z art. 59 ust. 1 ustawy z dn. 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz z art. 62 ust. 1 tej ustawy
4. **D. Z. (1)** oskarżonego z art. 59 ust. 1 ustawy z dn. 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz art. 56 ust. 1 tej ustawy

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońcę oskarżonego D. Z. (1)

od wyroku Sądu Okręgowego w Ostrołęce

z dnia 13 listopada 2013 r. sygn. akt II K 29/13

I. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchyla karę łączną orzeczoną wobec oskarżonego M. K. (1),
2. za czyn przypisany oskarżonemu M. K. (1) w pkt. 2a części dyspozytywnej wyroku na podstawie art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012r. Nr 124 ze zm.) w zw. z art. 33§1 i §3 kk wymierza mu karę grzywny w wysokości 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 50 (pięćdziesięciu) złotych,

3. na podstawie art. 63§1 kk na poczet orzeczonej kary grzywny zalicza oskarżonemu M. K. (1) okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 5 października 2012r. do dnia 29 października 2012r. i przyjmując jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności za równoważny dwóm dziennym stawkom grzywny, grzywnę uznaje za uiszczoną w całości,

4. uchyla wyrok wobec oskarżonych P. O. i D. Z. (1) w całości, a wobec oskarżonego M. K. (1) w zakresie czynu przypisanego w pkt. 2b części dyspozytywnej wyroku (w ramach czynów zarzucanych w pkt I i II) i sprawę w tej części przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Ostrołęce.

II. W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy.

III. Zasądza od oskarżonego M. K. (1) kwotę 250 zł tytułem opłaty za II instancję i zwalnia go od ponoszenia pozostałych kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

Kosztami sądowymi za II instancję w części dotyczącej oskarżonego S. D. obciąża Skarb Państwa.

IV. Zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. W. D. kwotę 738 zł, w tym 138 zł podatku VAT, tytułem kosztów obrony z urzędu oskarżonego M. K. (1) w postępowaniu odwoławczym.

UZASADNIENIE

1. **S. D.** został oskarżony o to, że:

I. w dniu 30 września 2012r. w L. woj. (...), wbrew przepisom ustawy, posiadał środki odurzające w postaci marihuany o wadze brutto 1,40 g.,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.),

II. w dniu 29 września 2012r w P. woj. (...), wbrew przepisom ustawy, udzielił M. K. (1) środka odurzającego w postaci marihuany w nieustalonej ilości w ten sposób, że po nabiciu szklanej fifki wspólnie wypalili wymieniony środek odurzający,

tj. o czyn z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.),

III. w dniu 30 września 2012r. w L. woj. (...), wbrew przepisom ustawy, udzielił M. K. (1) i D. Z. (2) środka odurzającego w postaci marihuany w nieustalonej ilości w ten sposób, że po nabiciu szklanej fifki wspólnie wypalili wymieniony środek odurzający,

tj. o czyn z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.).

2. **M. K. (1)** o to, że:

I. w bliżej nieustalonym dniu w okresie, nie później niż od września 2009r. do dnia 29 września 2012r. w P. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielał małoletniemu S. D. raz w tygodniu co najmniej 5 gram środka odurzającego w postaci marihuany za kwotę 40 zł za gram,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.) w zw. z art. 12 kk,

II. w bliżej nieustalonym dniu w okresie, nie później niż od września 2010r. do marca 2012r. w P. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielał P. O. co najmniej 5 razy środka odurzającego w postaci marihuany w ilości po 1 gramie za kwotę 40 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.) w zw. z art. 12 kk,

III. w dniu 1 października 2012r. w P. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, posiadał środki odurzające w postaci marihuany o wadze 0,21 g. netto,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.),

3. **P. O.** o to, że:

I. w bliżej nieustalonym dniu w okresie od 1 do 29 września 2012r. w miejscowości G. gm. P. woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z D. Z. (1), wbrew przepisom ustawy oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił M. K. (1) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 10 gram za łączną kwotę 330 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.),

II. w dniu 29 września 2012r. w miejscowości S. gm. G. woj. (...), wbrew przepisom ustawy oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił M. K. (1) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 4 gram za łączną kwotę 200 zł.,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.),

III. w dniu 4 października 2012r. w miejscowości G. gm. P. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, posiadał środki odurzające w postaci marihuany o wadze około 23,16 grama brutto,

tj. o czyn z art. 62 ust 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.),

4. **D. Z. (1)** o to, że:

I. w bliżej nieustalonym dniu w okresie od 1 do 29 września 2012r. w miejscowości G. gm. P. woj (...), działając wspólnie i w porozumieniu z P. O., wbrew przepisom ustawy oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił M. K. (1) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 10 gram za łączną kwotę 330 zł.,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.),

II. w bliżej nieustalonych dniach w okresie od września 2012r. do 2 października 2012r. w miejscowości G. gm. P. woj. (...), działając wbrew przepisom art. 33-35 i 37 ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, uczestniczył w obrocie środkami odurzającymi w postaci marihuany poprzez co najmniej dwukrotne przekazanie ich P. O. w ilości 5 gram oraz 27 porcji zawierających co najmniej 25 gram, celem ich dalszej odsprzedaży,

tj. o czyn z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012r. Nr 124 ze zm.).

Sąd Okręgowy w Ostrołęce wyrokiem z dnia 13 listopada 2013 r.

1) uznał oskarżonego S. D. za winnego popełnienia:

a/ czynu mu zarzuczonego w akcie oskarżenia w pkt. I uznając iż czyn ten stanowi przypadek mniejszej wagi tj. czynu z art. 62 ust 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii / Dz. U. z 2012 r. poz. 124 ze zm. / i za to skazał go i na zasadzie w/w przepisu wymierzył mu karę 3 /trzech / miesięcy pozbawienia wolności.

b/ w ramach czynów zarzuczonych w pkt. II i III oskarżonego S. D. uznał za winnego tego , że w okresie od 29 września do 30 września 2012 r. działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu wbrew przepisom ustawy udzielał – w dniu 29 września 2012 r. w P. M. K. (1) środka odurzającego w postaci marihuany w

nieustalonej ilości w ten sposób , że po nabiciu szklanej fiki wspólnie wypalili wymieniony środek odurzający – w dniu 30 września 2012 r. w L. udzielił M. K. (1) i D. Z. (2) środka odurzającego w postaci marihuany w nieustalonej ilości w ten sposób, że po nabiciu szklanej fiki wspólnie wypalili wymieniony środek odurzający ; tj. czynu z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii / Dz. U. z 2012 r. poz. 124 ze zm./ w zw. z art. 12 kk i za to skazał go i na zasadzie w/w przepisu wymierzył mu karę 5 / pięciu/ miesięcy pozbawienia wolności.

c/ na zasadzie art. 85 , 86 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego S. D. karę łączną 5 /pięciu /miesiący pozbawienia wolności.

d/ na zasadzie art. 69 § 1 i 2 kk art 70 § 2 i art. 73 § 2 kk wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił wobec oskarżonego na okres próby lat 3 i oddał go pod dozór kuratora sądowego w okresie próby.

2 / oskarżonego M. K. (1) uznał za winnego popełnienia:

a/ czynu mu zarzucanego w akcie oskarżenia w pkt. III uznając iż czyn ten stanowi przypadek mniejszej wagi ; tj. czynu z art. 62 ust 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii / Dz. U. z 2012 r. poz. 124 ze zm./ i za to skazał go i na zasadzie w/w przepisu wymierzył mu karę 3 /trzech/ miesięcy pozbawienia wolności.

b/ w ramach czynów zarzucanych w pkt. I i II oskarżonego M. K. (1) uznał za winnego tego, że w okresie od września 2009 do 29 września 2012 r. działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru , w krótkich odstępach czasu wbrew przepisom ustawy udzielał innym osobom w tym małoletnim w celu osiągnięcia korzyści majątkowej – tj. w bliżej nieustalonym dniu w okresie nie później niż od września 2009 do dnia 29 września 2012 w P. S. D. środka odurzającego w postaci marihuany raz w tygodniu co najmniej 5 gram za kwotę 40 zł za gram – w bliżej nieustalonym dniu w okresie nie później niż od września 2010 r. do marca 2012 r. w P. udzielił P. O. środka odurzającego w postaci marihuany co najmniej 5 razy w ilości po 1 gramie za kwotę 40 zł., przy czym czyn ten stanowi przypadek mniejszej wagi; tj. czynu z art. 59 ust 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii / Dz. U. z 2012 r. poz. 124 ze zm. /w zw. z art. 12 kk i za to skazał go z mocy w/w przepisów i wymierzył mu karę 6 /sześciu/ miesięcy pozbawienia wolności.

c/ na zasadzie art. 85 , 86 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego M. K. (1) karę łączną 6 /sześciu /miesiący pozbawienia wolności.

d/ na zasadzie art. 69 § 1 i 2 k kart 70 § 2 i art. 73 § 2 kk wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił wobec oskarżonego na okres próby lat 3 i oddał go pod dozór kuratora sądowego w okresie próby.

e/ na podstawie art. 45 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego przepadek równowartości korzyści osiągniętej z popełnienia przestępstwa w kwocie 400 zł.

3 / oskarżonego P. O. uznał za winnego popełnienia:

a/ w ramach czynów zarzucanych w pkt. I i II oskarżonego P. O. uznał za winnego tego, że w okresie od 1 do 29 września 2012 r. działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu wbrew przepisom ustawy wspólnie z innymi osobami udzielał innym osobom w celu osiągnięcia korzyści majątkowej – tj. w bliżej nieustalonym dniu od 1 do 29 września 2012 r. w m. G. M. K. (1) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 10 gram za kwotę 330 zł – w dniu 29 września 2012 r. w m. S. udzielił M. K. (1) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 4 gram za kwotę 200 zł., przy czym czyn ten stanowi przypadek mniejszej wagi tj. czynu z art. 59 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii /Dz. U. z 2012 r. poz. 124 ze zm./ w zw. z art. 12 kk i za to skazał go z mocy w/w przepisów i wymierzył mu karę 4 /czterech /miesiący pozbawienia wolności.

b/ czynu mu zarzucanego w akcie oskarżenia w pkt. III uznając iż czyn ten stanowi przypadek mniejszej wagi tj. czynu z art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii /Dz. U. z 2012 r. poz. 124 ze zm./ i za to skazał go i na zasadzie w/w przepisu wymierzył mu karę 3 / trzech /miesiący pozbawienia wolności.

c / na zasadzie art. 85 , 86 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego P. O. karę łączną 5 /pięciu /miesiący pozbawienia wolności.

d/ Na zasadzie art. 69 § 1 i 2 kk, art. 70 § 2 i art. 73 § 2 kk wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił wobec oskarżonego na okres próby lat 3 i oddał go pod dozór kuratora sądowego w okresie próby.

e/ na podstawie art. 45 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego przepadek równowartości korzyści osiągniętej z popełnienia przestępstwa w kwocie 365 zł.

4 / oskarżonego D. Z. (1) uznał za winnego popełnienia:

a/ czynu mu zarzucanego w pkt. I przy czym czyn ten stanowi wypadek mniejszej wagi tj. czynu z art. 59 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii /Dz. U. z 2012 r. poz. 124 ze zm./ i za to skazał z mocy w/w przepisu i wymierzył mu karę 4 /czterech/ miesięcy pozbawienia wolności.

b/ czynu mu zarzucanego z pkt. II przy czym czyn ten stanowi wypadek mniejszej wagi tj. czynu z art. 56 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii / Dz. U. z 2012 r. poz. 124 ze zm./ i za to skazał z mocy w/w przepisu i wymierzył mu karę 4 /czterech/ miesięcy pozbawienia wolności.

c/ na zasadzie art. 85 , 86 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego D. Z. (1) karę łączną 8 /ośmiu/ miesięcy pozbawienia wolności.

d/ na zasadzie art. 69 § 1 i 2 kk, art. 70 § 2 i art. 73 § 1 kk wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił wobec oskarżonego na okres próby lat 3 i oddał go pod dozór kuratora sądowego w okresie próby.

e/ na podstawie art. 45 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego przepadek równowartości korzyści osiągniętej z popełnienia przestępstwa w kwocie 165 zł.

5 / Zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. adw. J. O. i W. D. kwoty po 1033,20 zł / z VAT/ za obronę z urzędu.

6/ Zwolnił wszystkich oskarżonych od kosztów i opłat sądowych przejmując je na rzecz Skarbu Państwa.

Apelacje od przedmiotowego wyroku wywiedli obrońca oskarżonego D. Z. (1) i prokurator.

Obrońca oskarżonego D. Z. (1) skarżąc orzeczenie w odniesieniu do swojego mocodawcy na podstawie art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. oraz art. 427 § 2 k.p.k., wyrokowi temu zarzuciła:

1) mającą wpływ na treść wyroku rażąco obrażając prawa procesowego, a mianowicie art. 2 § 1 pkt 1 oraz art. 4 w zw. z art. 5 § 1 i 2 oraz art. 7 k.p.k., poprzez wydanie orzeczenia skazującego bez dowodów uprawdopodobniających fakt zawinienia oraz poprzez naruszenie podstawowych zasad procesowych określających regułę dowodzenia winy i zastąpienie ich przez domniemanie winy oskarżonego,

2) mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku obrażając przepisów postępowania tj. art. 366 w zw. z art. 9 §1 w zw. z art. 4 kodeksu postępowania karnego poprzez niedążenie do wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy, w szczególności nie przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków o imionach P. i P. (1) podawanych przez oskarżonego Z. (1) oraz P. O. na okoliczność prawdziwości wyjaśnień w/w oskarżonych,

3) błąd w ustaleniach faktycznych mający swoje źródło w nieprzeprowadzeniu wszystkich dowodów co było spowodowane naruszeniem przepisów art. 92 , art. 410 w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. polegający na nieujawnieniu i pominięciu dowodów znajdujących się w aktach sprawy w postaci wydruków rozmów telefonicznych zawartych na kartach 158, 145 oraz 152 których treść potwierdzała zarówno wyjaśnienia złożone przez D. Z. (1) jak i wyjaśnienia P. O. z rozprawy przed Sądem , co ostatecznie rzutowało na treść rozstrzygnięcia .

W oparciu o powyższe zarzuty na podstawie art. 427 § 1 k.p.k., art. 437 § 1 i 2 k.p.k., a także powołując się na przepis art. 440 k.p.k. wniosła o :

1. zmianę zaskarżonego wyroku w części dot. D. Z. (1) poprzez odmienne orzeczenie co do istoty sprawy oraz ustalenie, że oskarżony D. Z. (1) zarzucanych mu przestępstw nie popełnił, natomiast zaskarżony wyrok odznacza się oczywistą niesprawiedliwością i w oparciu o to wniosła o uniewinnienie oskarżonego od postawionych mu zarzutów, względnie
2. o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Ostrołęce do ponownego rozpoznania.

Z kolei prokurator zaskarżając powyższy wyrok w całości na niekorzyść wszystkich oskarżonych na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 1, 2 i 3 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, mianowicie art. 70 § 2 kk, poprzez jego błędne wskazanie w pkt 4) lit. d sentencji wyroku jako podstawy warunkowego zawieszenia wobec oskarżonego D. Z. (1) wykonania kary pozbawienia wolności w sytuacji, gdy oskarżony nie jest sprawcą młodocianym i podstawę tego orzeczenia winien stanowić przepis art. 70 § 1 pkt 1) kk;
2. obrazę przepisów postępowania, która miała wpływ na treść orzeczenia, mianowicie - art. 424 § 1 kpł - poprzez zaniechanie wskazania w pisemnych motywach wyroku okoliczności uzasadniających przyjęcie, że czyny popełnione przez oskarżonych M. K. (1), P. O. i D. Z. (1) stanowią wypadek mniejszej wagi oraz zawarcie w uzasadnieniu wyroku w części dotyczącej osoby oskarżonego S. D. treści sprzecznych z sentencją wyroku;
3. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść orzeczenia, polegający na uznaniu przez sąd, że czyny popełnione przez oskarżonych M. K. (1), P. O. i D. Z. (1) stanowią wypadek mniejszej wagi, podczas gdy okoliczności popełnienia przedmiotowych czynów oraz ich stopień społecznej szkodliwości nie uprawniają do takiego wniosku.

W oparciu o art. 427 § 1 kpł i art. 437 § 2 kpł prokurator wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Ostrołęce.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

O ile apelacja urzędu prokuratorskiego nie jest pozbawiona słuszności, o tyle przedmiotowej konstatacji nie sposób odnieść do apelacji obrońcy oskarżonego D. Z. (1). Tym niemniej w sytuacji uznania zasadności zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych w części dotyczącej się tegoż oskarżonego, a podniesionego w skardze prokuratora i z uwagi na reguły procedowania sądu odwoławczego wyznaczone treścią art. 454 § 2 k.p.k., które w istotny sposób ograniczają możliwość wydania orzeczenia reformatoryjnego przez Sąd Apelacyjny, również i wyrok w części dotyczącej się tegoż oskarżonego podlegał uchyleniu z przyczyn o których poniżej.

Jednakże w pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutów przywołanych w apelacji obrońcy oskarżonego D. Z. (1) stwierdzić należy, co następuje:

Wbrew supozycjom skarżącej nie sposób uznać, aby sąd I instancji w sposób nieuprawniony przyjął iżby D. Z. (1) był osobą, która przekazywała marihuanę w ilościach wskazanych w zarzucie P. O., jak też działając wspólnie z O. udzieliła jej M. K. (1).

O ile w tej materii apelująca buduje zarzut oparty na treści art. 438 pkt 2 k.p.k., to jednakże odwołanie się do ogólnych zasad procesu, a mianowicie art. 2 § 1 pkt 1, art. 4, art. 5 § 1 i § 2 oraz art. 7 k.p.k. przy jednoczesnym podniesieniu zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych daje asumpt do uznania, że intencją autorki pozostaje odmienna ocena materiału dowodowego poprzez zanegowanie wartości dowodowej wyjaśnień P. O. składanych na etapie postępowania przygotowawczego przy równoczesnym dążeniu do oparcia rozstrzygnięcia jedynie na wyjaśnieniach nieprzyznającego się do winy D. Z. (1), wyjaśnieniach M. K. (1), ale tylko z rozprawy i zeznaniach świadka S. P., który kwestionując aby nabył od O. marihuanę, w żaden sposób nie wykluczył udziału Z. (1) w przestępczym procederze. W sytuacji gdy faktem bezspornym jest posiadanie przez O. 23,16 gr marihuany, a z przyczyn oczywistych świadek P. był zainteresowany

zanegowaniem kontaktu z narkotykami (co jak sam pośrednio przyznawał mogłoby się wiązać z problemami) w zeznaniach tego świadka nie sposób doszukiwać się argumentów dezawuuujących prawidłowość ustaleń sądu meriti.

Przedmiotowa konstatacja zachowuje aktualność i w odniesieniu do wyjaśnień M. K. (1), który występując w roli podejrzanego, a następnie oskarżonego w ostatnich wyjaśnieniach dopiero negował, aby marihuanę kupował od Z. (1).

Abstrahując od błędów postępowania przygotowawczego na etapie którego nie doszło do okazania Z. (1) temuż oskarżonemu odnieść się w tej materii należy do protokołu konfrontacji z O. gdzie opisując mężczyznę, który był na podwórku tegoż oskarżonego, podał jego rysopis, określając, że był to chłopak w wieku około 25 lat (a więc starszy od niego), włosy krótko ścięte, blond, który przyjechał samochodem, może kombi, co w pełni koresponduje z wyjaśnieniami P. O. z k. 178, gdzie ten wprost wskazywał na D. Z. (1) jako osobę, która przyjechała samochodem marki (...) i od której K. (1) nabył marihuanę i który dostarczył mu kolejną partię narkotyków celem dalszej odsprzedaży. Wbrew twierdzeniom skarżącej sąd I instancji dostrzegł rozbieżności w wyjaśnieniach P. O. co do udziału D. Z. (1) w przestępczym procederze, czemu dał wyraz w motywach rozstrzygnięcia.

Pomimo ułomności przywołanej argumentacji, w ocenie Sądu Apelacyjnego, sąd meriti nie dopuścił się błędów ani natury logicznej, ani faktycznej – przymiot wiarygodnego dowodu przesądzającego sporną kwestię nadając wyjaśnieniom P. O. składanym na etapie postępowania przygotowawczego i z konstatacją taką nie sposób się nie zgodzić, tym bardziej w sytuacji, gdy oskarżony dysponował pełną swobodą wypowiedzi, co jest o tyle oczywiste, iż D. Z. (1) jako osobę od której otrzymywał marihuanę wskazywał nie tylko będąc przesłuchiwanym przez policję, ale również przez prokuratora, a swoje stanowisko podtrzymał w trakcie przesłuchania przez sąd w czasie posiedzenia w przedmiocie tymczasowego aresztowania.

Przy czym nie można pominąć innych okoliczności godnych odnotowania – początkowe jego wyjaśnienia nie były ukierunkowane na tegoż oskarżonego. Jego wypowiedzi zawierały szereg informacji związanych ze sprzedażą marihuany, w których nie starał się ani umniejszyć swojej roli, ani przerzucić ciężaru odpowiedzialności na inne osoby, a sytuacja w której początkowo operował jedynie imieniem oskarżonego, wskazując gdzie mieszka i czym jeździ i dopiero w oparciu o powyższe doszło do ustalenia danych osobowych D. Z. (1) przez funkcjonariuszy policji, w sposób istotny uwiarygodnia jego początkowe wyjaśnienia.

W tym stanie rzeczy wszelkie próby sprowadzenia przez autorkę apelacji tychże wyjaśnień obciążających do roli bezpodstawnego pomówienia stają się chybione. Jak trafnie odnotował sąd okręgowy na stronie 7 swoich motywów, późniejsza zmiana stanowiska tegoż oskarżonego na rozprawie stanowiła nieudolną próbę ratowania Z. (1), a on sam składał w tej mierze wręcz naiwne wyjaśnienia.

Uznając zatem, iż ocena wyjaśnień P. O. w części dotyczącej D. Z. (1) w pełni pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k., skutecznym argumentem deprecjonującym zasadność przedmiotowej konstatacji nie może pozostawać odwołanie się przez skarżącą do zarzutu obrazy art. 366 § 1 k.p.k., w aspekcie nieprzeprowadzenia dowodu z zeznań bliżej nieustalonych dziewcząt o imionach P. i P. (1).

W sytuacji, gdy autorka skargi uczestniczyła w rozprawie i posiadała prawa strony z inicjatywą dowodową, rzeczą wręcz kuriozalną pozostaje budowanie zarzutu opartego na treści wyżej przywołanej normy, tym bardziej w sytuacji gdy sama skarżąca nie jest w stanie spersonalizować tych świadków.

Podobną uwagę należy poczynić w odniesieniu do treści wydruków rozmów telefonicznych z analizy których nie da się wyprowadzić tezy lansowanej przez obronę, o rzekomej rywalizacji obu mężczyzn o dziewczynę.

Stąd też nie znajdując podstaw do uniewinnienia D. Z. (1) od przypisanych mu przestępczych zachowań, w związku ze skargą urzędu prokuratorskiego otwartą kwestią pozostaje tak kwalifikacja prawna tych zachowań, jak i sam wymiar kary.

Odnosnie apelacji prokuratora

Jak już wyżej zasygnalizowano apelację prokuratora w znacznej części należy uznać za zasadną.

Tym niemniej w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na ułomność konstrukcji środka odwoławczego, co dotyczy tak petitum skargi, jak i jej części motywacyjnej.

O ile skarżący trafnie wskazuje, iż uzasadnienie sądu I instancji w zakresie wiążącym się z oceną prawną czynów przypisanych M. K. (1), P. O. i D. Z. (1) nie odpowiada wymogom art. 424 § 1 k.p.k., o tyle powieła ten błąd przy konstrukcji apelacji.

Co więcej nie indywidualizuje sytuacji procesowej oskarżonych, a skarżąc wyrok również w odniesieniu do S. D. nie stawia żadnych zarzutów związanych z orzeczeniem wydanym wobec tegoż oskarżonego. W części motywacyjnej ogranicza się natomiast do niezrozumiałego stwierdzenia o sprzeczności pomiędzy częścią dyspozytywną, a motywacyjną rozstrzygnięcia. Jest to tym bardziej nieczytelne, iż przepis art. 58 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r. Nr 124 ze zm.) nie przewiduje uprzywilejowanej postaci czynu jaką jest wypadek mniejszej wagi, do którego odnoszą się inne przepisy tej ustawy, w tym art. 59 czy art. 56.

Stąd też stwierdzenie zawarte w części motywacyjnej wyroku, iż w stosunku do wszystkich czynów popełnionych przez tego oskarżonego został przyjęty wypadek mniejszej wagi żadną miarą nie przekłada się na prawidłowość wyrokowania, co daje asumpt, w sytuacji procedowania przez sąd odwoławczy na niekorzyść oskarżonych jedynie w ramach wyznaczonych treścią art. 434 § 1 k.p.k., do uznania oczywistej bezzasadności apelacji wywiedzionej na niekorzyść S. D..

Implikacją powyższego pozostaje utrzymanie w stosunku do tegoż oskarżonego wyroku w mocy.

Zgola odmienny problem jawi się przy ocenie sytuacji procesowej pozostałych oskarżonych.

Niewątpliwie rację ma skarżący, iż sąd I instancji nie tylko nie uzasadnił przesłanek którymi kierował się uznając, iż czynności sprawcze podejmowane przez pozostałych oskarżonych, a wiążące się z realizacją czynów spenalizowanych odnośnymi przepisami tzw. „ustawy narkotykowej”, stanowią wypadek mniejszej wagi, ale w znacznej mierze, w ślad za apelującym uznać należy, iż przyjęcie takiej tezy (nawet w sytuacji braku uzasadnienia) jest błędne.

Warunku wyeksponowania okoliczności, które predysponowałyby do łagodniejszego potraktowania wszystkich oskarżonych nie można bowiem upatrywać w enigmatycznym stwierdzeniu, które znalazło się w części motywacyjnej wyroku, a sprowadzało się jedynie do samego odwołania do ilości i jakości narkotyków, tym bardziej, że samo kryterium ilościowe i jakościowe nie może być jedynym wyznacznikiem spornego zagadnienia.

W tym miejscu przypomnieć należy, iż wypadek mniejszej wagi, jako uprzywilejowana postać czynu o znamionach przestępstwa typu podstawowego wymaga w każdej sytuacji stwierdzenia, iż kompleksowa analiza znamion strony przedmiotowej, a w szczególności rodzaju dobra, w które godzi przestępstwo, zachowania i sposobu działania sprawcy, czasu przestępstwa i innych okoliczności popełnienia czynu oraz znamion strony podmiotowej, a przede wszystkim stopnia zawinienia, motywacji i celu działania sprawcy prowadzi do nieuchronnego wniosku, iż czyn którego dopuścił się zasługuje na szczególne potraktowanie, a przewaga łagodzących elementów przedmiotowo-podmiotowych jest tak znaczna, iż przypisanie przestępstwa w typie podstawowym byłoby rażąco niesprawiedliwe.

Przedmiotowej konstatacji nie można odnieść jednakże do sytuacji oskarżonego D. Z. (1) i P. O..

Wbrew stanowisku sądu meriti nie można przyjąć, aby ilość środków odurzających (na marginesie godzi się zauważyć, iż 25 gramów marihuany, którą przekazał D. Z. (1) P. O. celem wprowadzenia do obrotu i 23,16 gram tego środka odurzającego, które O. posiadał, w aspekcie gramatycznej i literalnej wykładni pojęcia „niewielkiej ilości”, nie spełnia tego kryterium) stanowiła jedyny wyznacznik zastosowania uprzywilejowanej formy przestępstw, tym bardziej w sytuacji, gdy działania były rozciągnięte w czasie, nie sprowadzały się do zachowań przypadkowych czy jednorazowych, a w istocie rzeczy wiązały się bądź to z wprowadzeniem do obrotu (tak jak w przypadku Z. (1)), bądź to z posiadaniem

w celu wprowadzenia do obrotu (tak jak w przypadku O.) dwudziestu kilku porcji marihuany. Jeśli się nadto zważy, iż zachowania te wiązały się nadto z udzielaniem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej środków odurzających innym osobom, to żadną miarą nie sposób przyjąć aby wszystkie czynności sprawcze podejmowane przez tychże oskarżonych realizowały znamiona uprzywilejowanych postaci przestępstw, tym bardziej, że również i kryterium ilościowe w odniesieniu do czynów wyczerpujących dyspozycję art. 59 ust. 1 ustawy nie predysponowało w aspekcie analizy znamion strony podmiotowej do takiego wnioskowania.

Odmiennej oceny wymaga sytuacja procesowa oskarżonego M. K. (1).

W sytuacji, gdy tenże oskarżony pośredniczył w nabywaniu marihuany przez S. D., a jednocześnie sam był bezpośrednim konsumentem środków odurzających rzeczą oczywistą i nie wymagającą komentarza pozostaje, iż posiadanie środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 0,21 g netto, a więc praktycznie jednej działki w pełni uzasadniało dokonanie oceny tego czynu w ramach art. 62 ust. 3 ustawy. Tym niemniej w sytuacji kiedy aktualnie tenże oskarżony pracuje, osiąga wymierne dochody, zasadnym pozostawało dokonanie zmiany wyroku w tym zakresie i w miejsce orzeczonej kary pozbawienia wolności wymierzenie temuż oskarżonemu za ten czyn jedynie kary grzywny, przy uznaniu, iż niewielki stopień społecznej szkodliwości czynu nie legitymuje do sięgania po surowsze środki represji karnej. Jednocześnie w trybie art. 63 § 1 k.k. na poczet tej kary Sąd Apelacyjny zaliczył oskarżonemu odpowiednio okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie i grzywnę uznał za uiszczoną w całości.

Natomiast zgola inny problem jawi się w odniesieniu do drugiego z przypisanych mu czynów, a wyczerpujących dyspozycję art. 59 ustawy.

Nie wdając się w szczegółowe rozważania w tej materii zwrócić należy uwagę na sprzeczność w treści samego rozstrzygnięcia.

Z jednej bowiem strony sąd I instancji przyjmuje, iż tenże oskarżony w okresie od września 2009 r. do dnia 29 września 2012 r., raz w tygodniu udzielał S. D. co najmniej 5 gr marihuany, co przy prostym rachunku matematycznym wskazywałoby, iż w tym okresie tj. na przestrzeni 3 lat udzielił małoletniemu znacznie powyżej 500 gram marihuany, a z drugiej przyjmując, iż czyn ten stanowi wypadek mniejszej wagi.

Jednocześnie bezkrytycznie uznaje w tej materii wyjaśnienia S. D., który wskazuje, że takie ilości narkotyków załatwiał mu M. (1), a z drugiej strony obdarza przymiotem wiarygodności wyjaśnienia M. K. (1), który przyznaje, że kupował marihuanę S., ale jedynie sporadycznie i w znacznie mniejszej ilości.

W tym stanie rzeczy, nie wykluczając możliwości orzeczenia wobec oskarżonych kary w takim wymiarze, który umożliwiłby zastosowanie formy probacji przewidzianej treścią art. 69 k.k., wyrok z powodu wyżej wskazanych przyczyn należało jednakże uchylić i sprawę w części dotyczącej oskarżonych M. K. (1) w zakresie czynu spenalizowanego treścią art. 59 ustawy, a w odniesieniu do oskarżonego P. O. i D. Z. (1) w całości przekazać do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

O kosztach sądowych za II instancję w części zmieniającej orzeczenie rozstrzygnięto po myśli art. 636 § 1 k.p.k., art. 633 k.p.k., art. 624 § 1 k.p.k. (w odniesieniu do M. K. (1)), o opłacie stosownie do treści art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych.

W trybie odnośnych przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. rozstrzygnięto o kosztach obrony z urzędu oskarżonego M. K. (1) w postępowaniu odwoławczym.

AK/at