

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 września 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi, II Wydział Karny, w składzie:

Przewodniczący:	SSA Piotr Feliniak
Sędziowie:	SA Krzysztof Eichstaedt (spr.) SO del. Jarosław Papis
Protokolant:	sekr. sądowy Łukasz Szymczyk

przy udziale J. P., Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Łodzi

po rozpoznaniu w dniu 27 września 2012 r. sprawy

1. **A. P.** oskarżonego z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 §1 kk w zw. z art. 64 §1 kk w zw. z art. 12 kk, art. 59 ust. 1 cyt. ustawy w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 64 §1 kk;
2. **A. O.** oskarżonego z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk, art. 62 ust. 1 cyt. ustawy i art. 59 ust. 1 cyt. ustawy w zw. z art. 12 kk;
3. **M. P.** oskarżonego z art. 62 ust. 1 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 59 ust. 1 cyt. ustawy w zw. z art. 12 kk w zw. z art. 64 §1 kk;

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora i obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 27 października 2011 r., sygn. akt XVIII K 82/10

na podstawie art. 437§1 i 2 kpk, art. 438 pkt 1 i 3 kpk i art. 624§1 kpk

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, iż :

1) w zakresie dotyczącym oskarżonego A. P.:

a) uchyla orzeczenie o łącznej karze pozbawienia wolności oraz orzeczony wobec oskarżonego w pkt 5a wyroku przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa;

b) odnośnie czynów przypisanych oskarżonemu w pkt 1a i 1b wyroku przyjmuje, iż czyny te stanowią jeden czyn ciągle popełniony przez oskarżonego w okresie od maja 2007r. do 18 grudnia 2007r., a nadto przyjmuje, że oskarżony udzielał R. N. i M. Ź. środka odurzającego w postaci heroiny w ilości nie mniejszej niż 360 gram za łączną kwotę nie mniejszą niż 72.000 złotych, zaś w konsekwencji przyjmuje łączną ilość udzielonych środków odurzających w postaci heroiny nie mniej niż 533,125 grama o wartości nie mniejszej niż 106.625 złotych, to jest popełnienia przestępstwa

wyczerpującego dyspozycję art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz. U. z 2012r., poz. 124, ze zm.) w zw. z art. 65§1 kk i w zw. z art. 64§1 kk w zw. z art. 12 kk i na podstawie art. 59 ust. 2 wcześniej cytowanej ustawy w zw. z art. 65§1 kk wymierza oskarżonemu karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

c) na podstawie art. 45§1 kk orzeka wobec oskarżonego A. P. w związku z czynem przypisanym powyżej przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w kwocie 106.625 (sto sześć tysięcy sześćset dwadzieścia pięć) złotych;

2) w zakresie dotyczącym oskarżonego A. O.:

a) uchyla orzeczenie o łącznej karze pozbawienia wolności oraz orzeczonego wobec oskarżonego w pkt 5b wyroku przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa;

b) odnośnie czynów przypisanych oskarżonemu w pkt 2a i 2c wyroku przyjmuje, iż czyny te stanowią jeden czyn ciągły popełniony przez oskarżonego w okresie od maja 2007r. do 18 grudnia 2007r., a nadto przyjmuje, że oskarżony udzielał R. N. i M. Ż. środka odurzającego w postaci heroiny w ilości nie mniejszej niż 360 gram za łączną kwotę nie mniejszą niż 72.000 złotych, zaś w konsekwencji przyjmuje łączną ilość udzielonych środków odurzających w postaci heroiny nie mniej niż 480,375 grama o wartości nie mniejszej niż 95.075 złotych, to jest popełnienia przestępstwa wyczerpującego dyspozycję art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jednolity Dz. U. z 2012r., poz. 124, ze zm.) w zw. z art. 12 kk i na podstawie art. 59 ust. 2 wcześniej cytowanej ustawy wymierza oskarżonemu karę 3 (trzech) lat i 1 (jednego) miesiąca pozbawienia wolności;

c) na podstawie art. 45§1 kk orzeka wobec oskarżonego A. O. w związku z czynem przypisanym powyżej przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w kwocie 95.075 (dziewięćdziesiąt pięć tysięcy siedemdziesiąt pięć) złotych);

d) na podstawie art. 85 kk i art. 86§1 kk wymierza oskarżonemu karę łączną 3 (trzech) lat i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności;

3) w zakresie dotyczącym oskarżonego M. P. - na podstawie art. 45§1 kk orzeka wobec oskarżonego w związku z czynem przypisanym oskarżonemu w pkt 3b wyroku przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w kwocie 100 (sto) złotych;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy, uznając apelację obrońcy oskarżonego M. P. za oczywiście bezzasadną;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. J. Ł., adw. K. K. i adw. P. G. kwoty po 885,60 (osiemset osiemdziesiąt pięć złotych ⁶⁰/100), tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu oskarżonym w postępowaniu odwoławczym.

IV. zwalnia oskarżonych od obowiązku ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego.

Sygn. akt II AKa 83/12

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 27.10.2011r. wydanym w sprawie XVIII K 82/10 Sąd Okręgowy w Łodzi uznał oskarżonych:

1) A. P. za winnego popełnienia przestępstw wyczerpujących dyspozycję:

a) art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65§1 k.k. zw. z art. 64§1 k.k. oraz w zw. z art. 12 k.k. – wymierzając karę 3 lata i 4 miesiące pozbawienia wolności;

b) art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 64§1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. – wymierzając karę 1 rok i 8 miesięcy pozbawienia wolności;

2) A. O. za winnego popełnienia przestępstw wyczerpujących dyspozycję:

a) art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. – wymierzając karę 3 lata pozbawienia wolności;

b) art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii – wymierzając karę 3 miesiące pozbawienia wolności;

c) art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. – wymierzając karę 1 rok pozbawienia wolności;

3) M. P. za winnego popełnienia przestępstw wyczerpujących dyspozycję:

a) art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii – wymierzając karę 4 miesiące pozbawienia wolności;

b) art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. – wymierzając karę 1 rok i 4 miesiące pozbawienia wolności oraz 50 stawek dziennych grzywny.

Tym samym wyrokiem orzeczono następujące kary łączne:

1) wobec oskarżonego A. P. 3 lata i 10 miesięcy pozbawienia wolności;

2) wobec oskarżonego A. O. 3 lata i 4 miesiące pozbawienia wolności;

3) wobec oskarżonego M. P. 1 rok i 4 miesiące pozbawienia wolności.

Ponadto orzeczono przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa:

1) od oskarżonego A. P. w łącznej kwocie 84.625 zł.;

2) od oskarżonego A. O. w łącznej kwocie 73.075 zł.

Apelację od niniejszego wyroku w ustawowym terminie wnieśli obrońcy oskarżonych: A. P., A. O. i M. P. oraz oskarżyciel publiczny.

Obrońca oskarżonego A. P. zaskarżył wyrok sądu okręgowego w całości na korzyść oskarżonego, podnosząc zarzut obrazy przepisów postępowania oraz błędu w ustaleniach faktycznych (zobacz bliżej zarzuty i wnioski apelacyjne k. 2974-2976).

Także obrońca oskarżonego A. O. zaskarżył wyrok sądu meriti w całości na korzyść oskarżonego, podnosząc zarzut obrazy przepisów postępowania oraz błędu w ustaleniach faktycznych (zobacz bliżej zarzuty i wnioski apelacyjne k. 2995-2996).

Również obrońca oskarżonego M. P. zaskarżył w całości wyrok sądu I instancji, podnosząc zarzuty obrazy przepisów postępowania, błędu w ustaleniach faktycznych oraz rażącej niewspółmierności orzeczonej kary (zobacz bliżej zarzuty i wnioski apelacyjne k. 2986-2987).

Prokurator Rejonowy Ł. w Ł. zaskarżył wyrok sądu okręgowego w zakresie dotyczącym pkt 1a i b, pkt 2a i c i pkt 5 a i b sentencji zaskarżonego wyroku w całości na niekorzyść A. P. i A. O. oraz w części dotyczącej orzeczenia o środku karnym na niekorzyść oskarżonego M. P. (zobacz bliżej zarzuty i wnioski apelacyjne k. 3002-3003).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja oskarżyciela publicznego zasługiwała na uwzględnienie. Apelacje obrońców oskarżonych A. P. i A. O. zasługiwały na częściowe uwzględnienie, natomiast apelację obrońcy oskarżonego M. P. należało uznać za oczywiście bezzasadną.

W pierwszej kolejności wypada zauważyć, iż obciążające oskarżonych zeznania świadków jakie zostały złożone przez nich w postępowaniu przygotowawczym zostały następnie (na rozprawie) w znacznej części odwołane, a jako powody takiego stanu rzeczy świadkowie wskazywali przede wszystkim na wymuszenie przez prowadzących śledztwo funkcjonariuszy policji treści zeznań obciążających oskarżonych, którzy mieli wpływać na ich treść oraz wyniki okazania. **Odwołanie podczas przesłuchania na rozprawie zeznań złożonych przez świadków w stadium postępowania przygotowawczego, przyznających fakty obciążające oskarżonych nie może automatycznie powodować wyeliminowania ich z materiału dowodowego, bez wniknięcia w konkretne okoliczności zawarte w tych zeznaniach. W takiej sytuacji obowiązkiem sądu meriti jest zajęcie stanowiska, dokonując swobodnej ich oceny, to jest zgodnie z dyrektywami wynikającymi z art. 7 k.p.k., którą ze sprzecznych wersji uznaje za wiarygodną, a decyzja w tej kwestii powinna być oparta na rozważeniu konkretnych okoliczności danej sprawy. Innymi słowy przepisy kodeksu postępowania karnego nie pozbawiają mocy dowodowej zeznań świadków z chwilą ich odwołania lub zmiany, jak również nie dają pierwszeństwa zeznaniom z rozprawy przed tymi, które złożone zostały w postępowaniu przygotowawczym.**

Lektura uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia jednoznacznie wskazuje, iż sąd meriti prawidłowo ocenił materiał dowodowy, uznając za wiarygodne obciążające oskarżonych zeznania świadków złożone przez nich w stadium postępowania przygotowawczego, odmawiając jednocześnie waloru wiarygodności zeznaniom tych świadków złożonych na rozprawie w trakcie przewodu sądowego, wskazując jednocześnie w przekonujący sposób dlaczego tak postąpił.

Jak wynika z ugruntowanego w tym zakresie orzecznictwa, przekonanie sądu o wiarygodności jednych dowodów i niewiarygodność innych pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. wówczas, gdy spełnione są kumulatywnie następujące przesłanki:

- 1) jest poprzedzone ujawnieniem w toku rozprawy głównej całokształtu okoliczności sprawy (art.410 k.p.k.) i to w sposób podyktowany obowiązkiem dochodzenia prawdy (art.2 §2 k.p.k.);
- 2) stanowi wynik rozważenia wszystkich okoliczności, przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego (art. 4 k.p.k.);
- 3) jest wyczerpująco i logicznie, z jednoczesnym uwzględnieniem wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego uargumentowane w uzasadnieniu wyroku (art.424§1 pkt 1 k.p.k.) – zobacz wyrok SN z dnia 09.11.1990r., OSNKW 1991r, z. 7-9, poz. 41 oraz wyrok SN z dnia 03.09.1998r., Prok. i Pr. 1999r., nr 2, poz. 6.

Dokładna lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku prowadzi nieodparcie do wniosku, iż sąd meriti wskazał, którym dowodom dał wiarę, a którym odmówił waloru wiarygodności i dlaczego, kierując się przy tym zasadami omówionymi powyżej. Skutkować to zatem musi przyjęciem, iż taki tok rozumowania sądu okręgowego zasługiwać będzie na pełną ochronę przewidzianą przez treść art.7 k.p.k. Przede wszystkim przekonującym argumentem przemawiającymi w sposób zdecydowany przeciwko przyjęciu jako wiarygodnych zeznań złożonych, w tym wypadku przez świadków K. P. i A. R. w stadium postępowania sądowego jest fakt, iż przesłuchanie tych osób w postępowaniu przygotowawczym, które to zeznania następnie nie zostały potwierdzone przed sądem, odbywało się w obecności biegłego psychologa. Z opinii psychologicznych dotyczących tych świadków nie wynika aby świadkowie mieli ograniczoną swobodę wypowiedzi, a wręcz przeciwnie treść opinii wskazuje, iż owa swoboda wypowiedzi została całkowicie zachowana. W odniesieniu do świadka K. P. biegła ponadto podała, co jest bardzo istotne, iż świadek nie ma

skłonności do wypełniania luk pamięciowych konfabulacjami, natomiast w odniesieniu do świadka A. R. podniosła, iż jej zeznania generalnie noszą znamiona szczerych wypowiedzi, a jedynie procesy spostrzegania, zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń są nieznacznie obniżone z uwagi na proces psychodegradacji (w sensie ilościowym nie jakościowym). Biegła nie stwierdziła u świadka tendencji do konfabulacji.

Dostrzec należy także, iż w trakcie przesłuchania niektórych świadków (np. M. C. i A. R.), którzy następnie w postępowaniu sądowym nie potwierdzili swoich zeznań w zakresie w jakim obciążały one oskarżonych, w postępowaniu przygotowawczym podczas ich przesłuchania brała udział więcej niż jedna osoba, co niewątpliwie nie sprzyja wymuszaniu zeznań przez przesłuchującego. Warto zauważyć także to, iż świadkowie ci mimo, że byli niektórzy z nich następnie przesłuchiwani przez prokuratora nie sygnalizowali ewentualnych nieprawidłowości w trakcie ich wcześniejszego przesłuchania przez funkcjonariuszy policji, a uczynili to dopiero na rozprawie przed sądem. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż świadkowie składając przed sądem zeznania, w których nie potwierdzali swoich obciążających zeznań z postępowania przygotowawczego, chcieli w ten sposób chronić dilerów narkotykowych przed poniesieniem pełnej odpowiedzialności karnej. Odnotować należy również, iż żaden z przeprowadzonych dowodów nie potwierdził wersji jakoby w fazie postępowania przygotowawczego organy ścigania w sposób bezprawny wpływały na treść zeznań świadków.

Powoływanie się przez świadków, iż złożyli w postępowaniu przygotowawczym obciążające zeznania oskarżonych, których następnie nie potwierdzili przed sądem, na to, że będąc osobami uzależnionymi od narkotyków znajdowali się „na głodzie narkotykowym”, jest całkowicie gołosłowne i nie znajduje potwierdzenia w żadnym dowodzie, zwłaszcza iż nie dostrzegli tej bardzo istotnej okoliczności nie tylko prokurator, ale przede wszystkim biegła psycholog, a przecież osoby te brały udział w przesłuchaniu niektórych uzależnionych od środków odurzających świadków.

Wbrew sugestii obrony teza, iż R. N. oraz M. Ż., przy braku stałej pracy, nie mieli wystarczającej ilości środków pieniężnych na zakup narkotyków od oskarżonych P. i O., nie zasługuje na uwzględnienie. Okoliczność tą w wystarczającym stopniu wyjaśnił sąd meriti, powołując się na zeznania świadków B. N. i D. N., które to w logiczny i przekonywujący sposób opisały, jakie ilości pieniędzy i z jakich źródeł pochodzących przekazały R. N. w okresie jej uzależnienia od narkotyków. Z zeznań D. N. (k. 2924 odw.) wprost wynika, iż w latach 2006 – 2007 wspomagała bratanicę R. N. finansowo i to dość wysokimi kwotami (łącznie około 100.000 zł.) Czyniła to dlatego, gdyż wiedział, iż bratanica jest narkomanką i nie chciała aby uzyskiwała pieniądze na narkotyki poprzez przestępstwo. Także matka R. N. B. N. w zeznaniach swoich podała (zobacz: k. 2923 odw. - 2924), iż wspierała córkę finansowo (około 2.000 – 3.000 zł. miesięcznie), a jej sytuacja finansowa była wówczas dobra. Okoliczność ta kwestionowana była przez obrońców oskarżonych A. P. i A. O., a obrońca pierwszego z oskarżonych w apelacji podniósł nawet, iż „z oczywistych powodów neguje zaciągnięcie kilkuset tysięcznej pożyczki w celu przeznaczenia na narkotyki”. Stwierdzenia obrońców w tym zakresie w ocenie sądu apelacyjnego noszą znamiona typowej polemiki, albowiem obrońcy poddając w/wym. okoliczność pod wątpliwość nie przedstawiają żadnego dowodu na poparcie swojej hipotezy, w tym nawet nie próbują przedstawić jakiegokolwiek racjonalnego powodu, który uzasadniałby to, iż R. N., B. N. i D. N. składały „fałszywe zeznania”, mogąc się tym samym narazić na surową odpowiedzialność karną.

Z zeznań R. N. złożonych na k. 28 akt XVIII K 205/10 wprost wynika, iż od dilerów o pseudonimie (...) i (...), których potem podczas okazania rozpoznała jako A. O. i A. P., razem z M. Ż. zakupili nie mniej niż 72 grama heroiny za kwotę nie mniejszą niż 144.000 zł. Świadek zeznała także, iż heroinę kupowali naprzemiennie od O. lub P.. Wprawdzie będąc przesłuchana na rozprawie w dniu 12.02.2010r. (przed Sądem Rejonowym dla Łodzi – Śródmieścia w Łodzi) świadek R. N. podała, iż na narkotyki mogli przeznaczać około 5.000 – 6.000 zł. miesięcznie, co podnosi obrońca oskarżonego A. O. wskazując na sprzeczność podanej przez świadka kwoty z ustaleniami sądu co do ilości nabytej heroiny, wywodząc z tego błąd w ustaleniach faktycznych, jednakże zauważyć należy, iż mówiąc o w/wym. kwocie świadek zeznała „Nie potrafię w dniu dzisiejszym dokładnie wskazać ilości heroiny, jaką zakupiłam od oskarżonych, ale wiem, że były to duże ilości. Nie potrafię wskazać też dokładnie kwoty, jaką wydaliśmy na narkotyki, mogło to być około 5 czy 6 tysięcy złotych miesięcznie”. Znamienne jest także to, iż po odczytaniu R. N. zeznań złożonych w postępowaniu przygotowawczym potwierdziła ona, iż faktycznie na narkotyki wydawali znacznie większe ilości pieniędzy, to jest takie

jak podała to w swoich zeznaniach na k. 28 (była o tym mowa wcześniej). W tym stanie rzeczy nie można wyrokowi skutecznie stawiać zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, jak uczynili to obrońcy oskarżonego A. O. i A. P..

W demokratycznym państwie prany jakim jest niewątpliwie Polska domniemuje się, iż organy ścigania (policja, prokuratura) oraz wymiaru sprawiedliwości (sądy i trybunały) funkcjonują zgodnie z obowiązującymi przepisami, nie dopuszczając się nadużyć w procesie stosowania prawa. Przeciwdziałać temu mają różnorodne urzędy oraz procedury funkcjonujące w państwach demokratycznych (np. Rzecznik Praw Obywatelskich, Najwyższa Izba Kontroli, pochodzący z wyboru parlament, który może powoływać komisje śledcze, niezawisli sędziowie oraz niezależni prokuratorzy itp.). W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż nie jest wystarczające samo powołanie się na niewłaściwie przeprowadzone przesłuchanie, np. poprzez zastosowanie przemocy, groźby, podstępów itp. Konieczne jest co najmniej uprawdopodobnienie tej okoliczności, czego w niniejszej sprawie obrona nie zdołała uczynić.

Art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii statuuje kwalifikowany typ przestępstwa polegającego na udzieleniu środka odurzającego lub substancji psychotropowej małoletniemu, ułatwianiu użycia albo nakłanianiu go do użycia takiego środka lub substancji, przy czym warunkiem odpowiedzialności sprawcy jest działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej. Dla przyjęcia odpowiedzialności z tego przepisu ustawy niezbędnym jest wykazanie, że sprawca, który poszczególne akty czynności wykonawczej przewidziane z tego przepisu ustawy kieruje na osobę lub grupę osób, jest świadomy co do ich małoletności, bowiem posiada pełną wiedzę co do ich wieku, bądź też w oparciu o towarzyszące okoliczności przewiduje taką możliwość i godzi się na to. Zgodnie z utrwaloną praktyką orzecniczą świadomość sprawcy co do wieku ofiary powinna podlegać udowodnieniu, jak każdy inny fakt istotny dla odpowiedzialności. Dla przyjęcia, iż sprawca dopuszcza się kwalifikowanego przestępstwa polegającego na udzieleniu środka odurzającego lub substancji psychotropowej małoletniemu nie jest wymagana jednoznaczna i konkretna wiedza o tym, że osoby, którym udziela on narkotyków nie mają ukończone 18 lat. Świadomość sprawcy co do tego faktu powinna kształtować się na podstawie wszystkich okoliczności sprawy i wystarczy, że będzie on godził się na taką ewentualność (tak: wyrok SN z dnia 01.04.2008r., V KK 354/07, OSNwSK 2008r., poz. 772; zobacz także wyrok SA w Lublinie z dnia 13.06.2006r., II AKa 144/06, KZS 2007r., nr 3, poz. 43).

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy podnieść należy, iż sąd meriti, na co jednoznacznie wskazuje lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku ponad wszelką wątpliwość wykazał, iż oskarżeni A. P. oraz A. O. sprzedając narkotyki K. P. co najmniej godzili się na fakt ich sprzedaży osobie małoletniej. Przede wszystkim dostrzec należy, iż K. P. urodził się (...)1991r., a obaj w/wym. oskarżeni udzielali mu środków odurzających w postaci heroiny od października do 15 grudnia 2007r., a więc miał on wówczas ukończone dopiero 16 lat. Znamienne jest to, iż oskarżony A. O. w wyjaśnieniach złożonych w dniu 15.04.2008r. (k. 917) podał, iż K. P. jest młodym chłopakiem i według jego oceny miał wówczas skończone około 16-17 lat. Mówił, że jest młody. Obiektywnym dowodem pozwalającym sobie wyrobić zdanie co do wyglądu nieletniego jest załączone do akt sprawy jego zdjęcie (zobacz; k. 2883), opatrzone datą 07.02.2007r. oraz następne z dnia 30.06.2008r. (zobacz; k. 2882). Niewątpliwie na zdjęciach tych K. P. nie wygląda na osobę pełnoletnią. W tym stanie rzeczy wbrew stanowisku obrońców oskarżonych A. P. oraz A. O. stwierdzić należy, iż zasadnie postąpił sąd I instancji przyjmując, iż oskarżeni zachowaniem swoim dopuścili się zbrodni udzielenia środka odurzającego osobie nieletniej.

Obrońcy oskarżonych A. P. oraz A. O. w pisemnych środkach odwoławczych poddawali pod wątpliwość, skąd obaj oskarżeni dysponowali środkami finansowymi na zakup 500 gramów heroiny za około 100.000 zł., przy ustaleniu, iż A. O. był osobą utrzymującą się ze zbierania surowców wtórnych, a A. P. osobą o wykształceniu podstawowym, wówczas bezrobotną.

Odnosząc się do tego zarzutu przede wszystkim stwierdzić należy, iż w./wym, oskarżeni byli znanymi narkomanom dilerami i dla zapewnienia płynności sprzedaży nie musieli wcale wchodzić od razu, co sugerują obrońcy w apelacjach, w posiadanie tak znacznej ilości środków odurzających (500 gram heroiny o wartości około 100.000 zł.). Za wyszcząjące uznać należy bowiem nabywanie przez oskarżonych jednorazowo w celu dalszej odsprzedaży znacznie

mniejszych ilości środków odurzających za nieporównywalnie mniejszą kwotę. Ponadto przy tego typie przestępnym procederze bardzo często praktykuje się rozliczenie przez diler z określonej partii narkotyku, przy wchodzeniu w posiadanie kolejnej partii środka odurzającego. Oprócz tego podnieść trzeba, iż do rzadkości należy aby diler narkotykowy ujawniał się z posiadaniem majątkiem.

Wbrew twierdzeniom obrońcy oskarżonego A. O., iż sąd I instancji pominął opinię biegłych psychiatrów i wynikające z niej wnioski, podnieść należy, iż tezie tej przeczy jednoznacznie treść pisemnych motywów zapadłego orzeczenia, z których jednoznacznie wręcz wynika, iż sąd meriti dostrzegł nie tylko fakt dopuszczenia dowodu z opinii biegłych psychiatrów, ale także wynikające z niej rozpoznanie (zobacz: k. 2954 odw.).

Słusznie sąd okręgowy ustalił, iż oskarżony A. O. w dniu 18.12.2007r. w Ł. wbrew przepisom ustawy posiadał środki odurzające w postaci heroiny o łącznej wadze netto 0,19 grama (zarzut IV z komparycji zaskarżonego wyroku), mimo iż okoliczność ta kwestionowana była zarówno przez oskarżonego, jak i później stała się przedmiotem zarzutu apelacyjnego. Argumentacja sądu meriti jest w tym zakresie prawidłowa i spotkała się z pełną akceptacją sądu apelacyjnego. W zaistniałej zatem sytuacji nie ma potrzeby przytaczania ponownie tych samych argumentów w treści niniejszego uzasadnienia, skoro uczynił to prawidłowo sąd okręgowy (zobacz trafne argumenty zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku k. 2955 odw. – 2956). Niezależnie od argumentacji sąd I instancji warto zwrócić także uwagę, iż przedmiotowe środki odurzające zostały zabezpieczone podczas przeszukania mieszkania zajmowanego przez oskarżonego A. O. i jego syna, a podczas przeszukania ujawniono także wagę elektroniczną. Logika występujących w niniejszej sprawie faktów w tym przede wszystkim to, iż oskarżony A. O. był znanym dilerem heroiny, a jego syn opuścił wspólne mieszkanie, zamierzając wyjechać do Anglii, łączy się w jedną całość i całkowicie uzasadnia przypisanie oskarżonemu czynu związanego z posiadaniem niewielkiej ilości heroiny, znalezionej w zajmowanym przez niego mieszkaniu podczas przeszukania, zwłaszcza iż sam w jednym ze swoich wyjaśnień podał, że zabezpieczona heroina nie należała do jego syna Ł..

Wbrew sugestii obrońcy oskarżonego A. P. zawartej w uzasadnieniu skargi apelacyjnej, uzyskaną korzyść majątkową z popełnionego przestępstwa, będącą podstawą do orzeczenia jej przepadku na podstawie art. 45§1 k.k., nie ustala się jako różnicy między ceną nabycia a zbytu środka odurzającego. Z ugruntowanego w tym zakresie orzecznictwa jednoznacznie wynika, iż podlegająca przepadkowi równowartość korzyści majątkowej, którą sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa (stypizowanego w przepisach ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii) w rozumieniu przepisu art. 45 § 1 k.k., to nie osiągnięty przez niego zysk łączący się z pomniejszeniem przysporzenia majątku o koszty jego uzyskania, a ekwiwalent wyrażony pieniężnie, odpowiadający kwocie, rzeczy lub prawu uzyskanych ze zbycia, precyzyjnie określonego w przypisanym mu czynnie, środka odurzającego lub psychotropowego (postanowienie SA w Katowicach z dnia 12.12.2007r., II AKz 815/07, Lex nr 578201; wyrok SA w Krakowie z dnia 24.01.2008r., II AKa 255/07, KZS 2008r., nr 3, poz. 26; wyrok SA w Katowicach z dnia 15.01.2009r., II AKa 294/08, Lex nr 491184).

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów apelacyjnych zawartych w apelacji obrońcy oskarżonego M. P. podnieść należy, iż nie potwierdzenie przez świadka S. S. na rozprawie zeznań złożonych w postępowaniu przygotowawczym i poczynienie ustaleń w oparciu o zeznania złożone przez tego świadka w śledztwie, nie jest zakazane przez prawo karne procesowe i nie stanowi naruszenia wskazanych przez autora apelacji przepisów prawa karnego procesowego (była o tym już mowa we wcześniejszej fazie niniejszego uzasadnienia). Dostrzec należy bowiem, iż zaistniała sytuacja została zauważona przez sąd meriti i oceniona zgodnie z dyrektywami wynikającej z przepisu art. 7 k.p.k. zasady swobodnej oceny dowodów. Okoliczności związane z czynem przypisanym oskarżonemu w pkt 3b sentencji zaskarżonego wyroku ustalone przez sąd I instancji nie budzą wątpliwości sądu odwoławczego. W ocenie sądu apelacyjnego zasługuje także na całkowitą aprobatę argumentacja sądu okręgowego w tym przedmiocie. Przedstawiony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku tok rozumowania sądu meriti jest prawidłowy i zdaniem sądu apelacyjnego winien korzystać z ochrony przewidzianej przepisem art. 7 k.p.k. Skoro argumentacja sądu meriti jest akceptowana w całości przez sąd odwoławczy, to nie ma potrzeby przytaczania ponownie tych samych argumentów (zobacz: uzasadnienie zaskarżonego wyroku k. 2962 odw., k. 2968, a także wcześniejsze rozważania sądu apelacyjnego dotyczące kwestii związanej z dokonywaniem ustaleń na podstawie niepotwierdzonych w trakcie rozprawy zeznań z postępowania przygotowawczego i domniemania, iż w demokratycznym państwie prawnym

organy ścigania oraz wymiaru sprawiedliwości funkcjonują zgodnie z obowiązującymi przepisami). Można tylko dodać, iż za wiarygodnością zeznań złożonych przez świadka S. S. w trakcie śledztwa przemawia jednoznacznie fakt, iż podczas przesłuchania okazano mu tablicę poglądową na której rozpoznał oskarżonego M. P.. W realiach niniejszej sprawy, to jest uznania oskarżonego za winnego popełnienia przestępstwa art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i w zw. z art. 64§1 k.k., okolicznością nie bez znaczenia jest także to, iż podczas przeszukania mieszkania oskarżonego M. P. ujawniono m. in. torebkę foliową z zapięciem strunowym z zawartością różowego proszku o wadze 1,7 grama, który w rezultacie jak okazało się zawierał MDMA, natomiast w samochodzie oskarżonego ujawniono wagę elektroniczną. Okoliczności te tworzą jednolity obraz zdarzenia wskazujący na winę oskarżonego M. P. w zakresie przypisanych mu przez sąd I instancji czynów.

Niewątpliwie rolą obrony jest szerzenie wątpliwości mających skutkować wnikliwszą analizą materiału dowodowego i doprowadzenie do jak najpełniejszego wyeliminowania występujących w nim niezgodności. W razie braku możliwości ich usunięcia, zgodnie z zasadą *in dubio pro reo* oraz domniemaniem niewinności oskarżonego, wynikiem działania obrony będzie rozstrzygnięcie nieusuniętych sprzeczności na korzyść oskarżonego. W przedmiotowej sprawie jednakże wątpliwości podnoszone przez obrońców w apelacjach nie są jednak wątpliwościami w rozumieniu art. 5 § 2 k.p.k. i nie mogą skutecznie podważyć toku rozumowania oraz oceny materiału dowodowego dokonaną przez sąd *meriti* w zakresie sprawstwa oskarżonych.

Spoglądając na niniejszą sprawę poprzez pryzmat zarzutów apelacyjnych, przyznać należy rację obrońcom oskarżonych A. P. i A. O., a także oskarżycielowi publicznemu, iż nieprawidłowo postąpił sąd *meriti* skazując oskarżonego A. P. zamiast za jeden czyn ciągle wyczerpujący dyspozycję art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz. U. z 2012r., poz. 124, ze zm.) w zw. z art. 65§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. w zw. z art. 12 k.k., to za dwa przestępstwa, o których mowa w pkt 1a i b sentencji zaskarżonego wyroku będących w zbiegu realnym, natomiast oskarżonego A. O. zamiast za czyn ciągle wyczerpujący dyspozycję art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jednolity Dz. U. z 2012r., poz. 124, ze zm.) w zw. z art. 12 k.k., to za dwa przestępstwa, o których jest mowa w pkt 2a i c sentencji zaskarżonego wyroku będących w zbiegu realnym.

Wbrew twierdzeniu sądu *meriti* przyjęcie takiej konstrukcji prawnej (jednego czynu ciągłego, zamiast dwóch przestępstw będących w zbiegu realnym) nie stanowi naruszenia zasady *reformationis in peius*, a wręcz przeciwnie stanowisko wyrażone przez sąd I instancji opatrzone jest błędem, gdyż judykatura dopuszcza przyjęcie takiego rozwiązania w takim układzie procesowym jaki ma miejsce w niniejszej sprawie. Mimo obaw sądu *meriti* przyjęcie konstrukcji jednego czynu ciągłego zamiast dwóch przestępstw będących w zbiegu realnym, nie tylko będzie odpowiadało prawu, ale także nie pogorszy sytuacji oskarżonych. Do wniosku takiego prowadzi niewątpliwie porównanie treści zaskarżonego wyroku z sentencją wyroku sądu II instancji. Warto w tym miejscu także przypomnieć, iż czyn ciągle, stanowiący prawną jedność, obejmuje łącznie wszystkie jednorodnjawne zachowania przestępne mające postać udzielania środków odurzających lub substancji psychotropowych, z tego powodu że stanowią one zamach na to samo dobro prawne, a praktyka orzecznicza nie wyklucza w jego stosowaniu tego, że jedno zachowanie wyczerpuje znamiona typu podstawowego lub uprzywilejowanego, a jeszcze inne typu kwalifikowanego. Nie należy też stawiać przeszkód w stosowaniu tego rodzaju konstrukcji w sytuacji, gdy w poszczególnych działaniach sprawca realizuje różne formy stadialne lub zjawiskowe przestępstwa jednego typu, kiedy atakuje to samo dobro prawne (wyrok SA w Lublinie z dnia 08.12.2008r., II AKa 276/08, KZS 2009r., nr 2, poz. 43).

Mając powyższe rozważania na uwadze sąd apelacyjny odnośnie czynów przypisanych oskarżonemu A. P. w pkt 1a i 1b sentencji zaskarżonego wyroku przyjął, iż czyny te stanowią jeden czyn ciągle popełniony przez oskarżonego w okresie od maja 2007r. do 18 grudnia 2007r., a nadto przyjął, że oskarżony udzielał R. N. i M. Ź. środka odurzającego w postaci heroiny w ilości nie mniejszej niż 360 gram za łączną kwotę nie mniejszą niż 72.000 złotych, zaś w konsekwencji przyjął łączną ilość udzielonych środków odurzających w postaci heroiny nie mniejszą niż 533,125 grama o wartości nie mniejszej niż 106.625 złotych, to jest popełnienia przestępstwa wyczerpującego dyspozycję art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz. U. z 2012r., poz. 124, ze zm.) w zw. z art. 65§1 k.k. w zw. z art. 64§1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i na podstawie art. 59 ust. 2 wcześniej cytowanej ustawy w zw. z art. 65§1 k.k. wymierzył oskarżonemu karę 3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Natomiast odnośnie czynów przypisanych

oskarżonemu A. O. w pkt 2a i 2c sentencji zaskarżonego wyroku sąd odwoławczy przyjął, iż czyny te stanowią jeden czyn ciągły popełniony przez oskarżonego w okresie od maja 2007r. do 18 grudnia 2007r., a nadto przyjął, że oskarżony udzielał R. N. i M. Ż. środka odurzającego w postaci heroiny w ilości nie mniejszej niż 360 gram za łączną kwotę nie mniejszą niż 72.000 złotych, a w konsekwencji przyjęto łączną ilość udzielonych środków odurzających w postaci heroiny w ilości nie mniejszej niż 480,375 grama o wartości nie mniejszej niż 95.075 złotych, to jest popełnienia przestępstwa wyczerpującego dyspozycję art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jednolity Dz. U. z 2012r., poz. 124, ze zm.) w zw. z art. 12 k.k. i na podstawie art. 59 ust. 2 wcześniej cytowanej ustawy wymierzono oskarżonemu karę 3 lata i 1 miesiąc pozbawienia wolności.

Zmiana opisu czynu spowodowana jest częściowo opisem czynu jaki przyjęty został przez Sąd Rejonowy dla Łodzi – Śródmieścia w Łodzi w wyroku z dnia 29.03.2010r. wydanym w sprawie VI K 653/08 (zobacz: k. 341 – 343, tom III akt sprawy XVIII K 205/10), a ponadto jest kompatybilna z ustaleniami dokonanyymi przez sąd meriti (zobacz: k. 2949). Wprawdzie w przywołanych powyżej ustaleniach sąd I instancji przyjął, iż R. N. i M. Ż. łącznie od obu oskarżonych (A. P. i A. O.) kupili nie mniej niż 720 gram heroiny za łączną kwotę nie mniejszą niż 144.000 zł., jednakże dostrzec należy, iż materiał dowodowy nie pozwolił przyjąć działania obu w/wym. oskarżonych wspólnie i porozumieniu, a z zeznań R. N. wynika, iż heroinę kupowali naprzemiennie od oskarżonego P. i oskarżonego O.. W tym stanie rzeczy zasadne było przyjęcie, iż zarówno od oskarżonego A. O., jak i od oskarżonego A. P. nabyli takie same ilości heroiny.

Wymierzając oskarżonym A. P. i A. O. nowe kary za przypisane im przestępstwa ciągłe, sąd apelacyjny kierował się zasadą nie pogorszenia sytuacji obu oskarżonych z uwagi na brak wcześniejszej apelacji oskarżyciela publicznego w tym zakresie oraz wziął pod uwagę przy orzekaniu kary te same okoliczności co sąd I instancji, uwzględniając przy tym na korzyść stan zdrowia psychicznego oskarżonego A. O., wynikający z opinii sądowno – psychiatrycznej.

Trafnie podnosi w pisemnej apelacji oskarżyciel publiczny, iż w zaskarżonym wyroku sąd I instancji nie orzekł przepadku całości korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa przez oskarżonego A. P. oraz A. O., a także nie orzekł w ogóle przepadku korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa przez oskarżonego M. P..

Art. 45 §1 k.k. przewiduje obligatoryjne orzeczenie przepadku korzyści majątkowej uzyskanej choćby pośrednio z popełnienia przestępstwa. Znajduje on zastosowanie tylko w wypadkach, kiedy nie można orzec przepadku na podstawie przepisu art. 44 § 1 lub 6 k.k. Jak już wcześniej nadmieniano sąd apelacyjny wyraża pogląd, zgodny z linią orzeczniczą sądów powszechnych, iż korzyść majątkową w rozumieniu art. 45§1 k.k. nie należy utożsamiać z osiągniętym zyskiem, stanowiącym kwoty uzyskane ze sprzedaży narkotyków pomniejszone o swoiście pojmowane koszty uzyskania takiego przychodu, lecz wyrażony pieniężnie ekwiwalent uzyskany ze sprzedaży środków odurzających lub psychotropowych.

W tym stanie rzeczy należało zmienić zaskarżony wyrok i orzec na podstawie art. 45§1 k.k. wobec oskarżonych:

- 1) A. P. w związku z czynem przypisanym w pkt 1b wyroku sądu apelacyjnego przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w kwocie 106.625 zł.;
- 2) A. O. w związku z czynem przypisanym w pkt 2b wyroku sądu apelacyjnego przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w kwocie 95.075 zł.;
- 3) M. P. w związku z czynem przypisanym oskarżonemu w punkcie 3b jednakże sentencji zaskarżonego wyroku przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa w kwocie 100 zł.

Odnosząc się do orzeczonych kar, w tym także podniesionego przez obrońcę oskarżonego M. P. wprost zarzutu rażącej niewspółmierności kary, należy przede wszystkim odnotować, iż rażąca niewspółmierność wymierzonej kary zachodzi wtedy, gdy suma zastosowanych kar i środków karnych za przypisane przestępstwo nie uwzględnia należycie stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz nie realizuje w wystarczającej mierze celu kary w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, z jednoczesnym uwzględnieniem celów zapobiegawczych i wychowawczych, jakie kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego (zobacz: wyrok SN z dnia 10 lipca 1974r. OSNKW 1974, z. 11, poz.

213; wyrok SN z dnia 14 listopada 1986r. OSNPG 1987, z. 10, poz. 131; wyrok SN z dnia 30 listopada 1990r. , OSNKW 1991, z.7 – 9, poz. 39). Z uwagi na znaczne przewartościowanie tzw. dyrektyw sądowego wymiaru kary w art. 53 k.k. w porównaniu z art. 50 k.k. z 1969r. dodać należy, iż w każdym przypadku sąd powinien baczyć przede wszystkim na to, aby dolegliwość całokształtu represji nie przekraczała stopnia jego winy, albowiem każda kara nie spełniająca tego ostatniego wymogu uznana będzie za rażąco surową w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k..

Jak czytamy w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 1973r. (OSNPG 1974, z. 3-4, poz. 51), rażąca niewspółmierność kary, o której mowa w art. 387 pkt 4 (ob. art. 438 pkt 4) k.p.k., zachodzić może tylko wówczas, gdyby na podstawie ujawnionych okoliczności, które powinny mieć zasadniczy wpływ na wymiar kary, można było przyjąć, iż zachodziłaby wyraźna różnica pomiędzy karą wymierzoną przez sąd pierwszej instancji a karą, jaką należałoby wymierzyć w instancji rewizyjnej (ob. odwoławczej), w następstwie prawidłowego zastosowania w sprawie dyrektyw wymiaru kary przewidzianych w art. 50 (ob. art. 53) k.k. oraz zasad ukształtowanych przez orzecznictwo Sądu Najwyższego (zob. też aprobujące uwagi M. Cieślaka i Z. Dody , Palestra 1975, nr 3, s. 64).

Na gruncie art. 438 pkt 4 k.p.k. nie chodzi o każdą ewentualną różnicę w ocenach co do wymiaru kary, ale o różnicę ocen tak zasadniczej natury, iż karę dotychczas wymierzoną nazwać można byłoby – również w potocznym znaczeniu tego słowa – „rażąco” niewspółmierną, to jest niewspółmierną w stopniu nie dającym się wręcz zaakceptować.

Przechodząc już bezpośrednio na grunt przedmiotowej sprawy zauważyć należy, iż orzeczonej wobec oskarżonego M. P. kary i to zarówno za poszczególne przestępstwa, jak i kary łącznej w żadnym wypadku nie można uznać za rażąco niewspółmiernie surową, zwłaszcza gdy dostrzeże się charakter czynów przypisanych i okoliczności ich popełnienia, a także fakt, iż orzeczone kary za poszczególne przestępstwa będące w zbiegu realnym zostały wymierzone w dolnych granicach ustawowego zagrożenia, zaś karę łączną orzeczono przy zastosowaniu zasady całkowitej absorpcji.

W ocenie sądu apelacyjnego również orzeczonych wobec oskarżonych A. P. oraz A. O. kar nie można uznać jako rażąco niewspółmiernie surowe, aczkolwiek orzeczony środek karny w postaci przepadku korzyści majątkowych pochodzących z przestępstwa zapewne będzie dotkliwy. Nie należy jednak tracić z pola widzenia, iż rozstrzygnięcie to ma charakter obligatoryjny, zaś orzeczone kary pozbawienia wolności za poszczególne przestępstwa przypisane oskarżonym wymierzone zostały w zasadzie w dolnych granicach ustawowego zagrożenia. Przy orzekaniu natomiast kary łącznej wobec oskarżonego A. O. zastosowano zasadę częściowej absorpcji.

Na podstawie § 14 ust.1 pkt 5 i § 16 rozporządzenia 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. z 2002 r., Nr 163, poz. 1348 ze zm.), sąd apelacyjny zasądził od Skarbu Państwa na rzecz obrońców z urzędu kwoty po 885,60 zł. wraz z podatkiem VAT, tytułem nieopłaconych kosztów związanych z obroną z urzędu udzieloną oskarżonym w postępowaniu odwoławczym.

Stosownie do przepisu art. 624§1 k.p.k. sąd apelacyjny zwolnił oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych za instancję odwoławczą.