

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodniczący	SSA Janusz Sulima (spr.)
Sędziowie	SSA Leszek Kulik SSA Piotr Sławomir Niedzielak
Protokolant	Anna Tkaczyk

przy udziale Anny Malczyk - Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Białymstoku

po rozpoznaniu w dniu 11 kwietnia 2013 r.

sprawy **R. B. i M. K.**

oskarżonych z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 §1 k.k.

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 21 stycznia 2013 r. sygn. akt III K 191/09

I. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. eliminuje z opisów przypisanych oskarżonym czynów sformułowania: „co najmniej” i kwalifikuje je z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (j. t. Dz. U. z 2012 r. , poz. 124 z późn. zm.) w zw. z art. 12 k.k. i za podstawę skazania za te czyny przyjmuje art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (j. t. Dz. U. z 2012 r. , poz. 124 z późn. zm.) w zw. z art. 12 k.k., a za podstawę wymiaru kary art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (j. t. Dz. U. z 2012 r. , poz. 124 z późn. zm.) w zw. z art. 60 §2 i §6 pkt 2 k.k.,

2. orzeczony w pkt. II środek karny przepadku równowartości korzyści majątkowej obniża do kwot 13.216,50 (trzyście tysięcy dwieście szesnaście 50/100) złotych;

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałym zakresie;

III. obciąża oskarżonych kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze w częściach równych.

UZASADNIENIE

R. B. został oskarżony o to, że W okresie od bliżej nieustalonego dnia w październiku 2003 r. do dnia 5 stycznia 2004 r. w B., R. oraz Ś. działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dwukrotnie wziął udział w przywozie z Holandii do Polski wbrew przepisom ustawy znacznych ilości środków odurzających w postaci marihuany w łącznej ilości co najmniej 4 460,43 g, a mianowicie:

1) w bliżej nieustalonym dniu w październiku 2003 r. w R. przyjął od E. K. (1) pieniądze w kwocie kilku tysięcy Euro na zakup marihuany, a następnie bliżej nieustalonego dnia w grudniu 2003 roku w R. przekazał wymienionemu znaczną ilość środków odurzających w postaci co najmniej 981,07 g marihuany o wartości 29 432,10 zł stanowiącej 4 905 jednorazowych porcji celem dostarczenia do B. innej ustalonej osobie, od której pochodziły pieniądze na zakup marihuany,

2) nieustalonego dnia w okresie od 1 do 4 stycznia 2004 r. w R. przekazał E. K. (1) znaczną ilość środków odurzających w postaci 3 479,36 g marihuany o wartości 104 380,80 zł stanowiącej 17 396 jednorazowych porcji celem dostarczenia do B. innej ustalonej osobie, od której pochodziły pieniądze na zakup marihuany,

tj. o czyn z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k.,

M. K. okresie od bliżej nieustalonego dnia w październiku 2003 r. do dnia 5 stycznia 2004 r. w B., R. oraz Ś. działając wspólnie i w porozumieniu z E. K. (1) i R. B., w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dwukrotnie wziął udział w przywozie z Holandii do Polski wbrew przepisom ustawy znacznych ilości środków odurzających w postaci marihuany w łącznej ilości co najmniej 4 460,43 g, a mianowicie w bliżej nieustalonym dniu w październiku 2003 r. w B. przekazał E. K. (1) pieniądze w kwocie kilku tysięcy Euro na zakup marihuany od R. B. w R., a następnie nieustalonego dnia w grudniu 2003 roku w B. odebrał od E. K. (1) znaczną ilość środków odurzających w postaci co najmniej 981,07 g marihuany o wartości 29 432,10 zł stanowiącej 4 905 jednorazowych porcji, natomiast kolejnej zamówionej partii środków odurzających w postaci 3 479,36 g marihuany o wartości 104 380,80 zł stanowiącej 17 396 jednorazowych porcji od R. B. nie otrzymał z uwagi na zabezpieczenie tych środków odurzających przez funkcjonariuszy straży granicznej i służby celnej za przejściu granicznym w Ś. w dniu 5 stycznia 2004 r. podczas przeszukania pojazdu E. K. (1), którym przewoził marihuanę, tj. o czyn z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 §1 k.k.

Sąd Okręgowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 21 stycznia 2013 roku:

I. Oskarżonych R. B. i M. K. uznał za winnych popełnienia zarzucanych im czynów i za to na mocy art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 4 §1 k.k. w zw. z art. 60 §2 i §6 pkt. 2 k.k. skazał ich i wymierzył im kary po 2 lata pozbawienia wolności i grzywny w wymiarze po 50 stawek dziennych po 100 złotych każda.

II. Na mocy art. 45 §1 k.k. orzekł wobec oskarżonych przepadek równowartości korzyści majątkowej w kwotach po 14 716,05 złotych od każdego z nich.

III. Na mocy art. 63 §1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu M. K. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 8 października 2008 r. do dnia 24 października 2008 r. i od dnia 5 stycznia 2010 r. do dnia 13 stycznia 2010 r.

IV. Zasądził na rzecz Skarbu Państwa od oskarżonych kwoty po 800 (osiemset) złotych tytułem opłat i obciążył ich pozostałymi kosztami procesu po 1/2 części.

Apelację od tego wyroku wywiedli zarówno obrońcy oskarżonych R. B. i M. K., jak i prokurator.

Obrońca oskarżonego R. B. zaskarżył w całości wyrok w części dotyczącej tego oskarżonego i powołując się na przepisy art. 444 k.p.k. i art. 425 §1 i 2 k.p.k. zarzucił temu wyrokowi:

1. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 3 lit. d EKPC, w postaci naruszenia prawa oskarżonego do obrony, w tym prawa do rzetelnego procesu poprzez uznanie za jedyny dowód winy wyłącznie odczytane wyjaśnienia z postępowania przygotowawczego E. K. (1) w sprawie o sygn. akt III K 183/04, co pozbawiło oskarżonego możliwości zadania pytań E. K. (1), a także ustosunkowania się do zeznań świadka,

2. błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mające wpływ na jego treść, polegające na niesłusznym przyjęciu, że:

- w okresie od bliżej nieustalonego dnia w październiku 2003 r. do dnia 5 stycznia 2004 r. w B., R. i Ś. dwukrotnie wziął udział w przywozie z Holandii do Polski 4.460,43 g substancji psychotropowej w postaci marihuany,
- działał wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, a mianowicie E. K. (1) i M. K.,
- oskarżony, przebywając na terenie Holandii kontaktował się telefonicznie z E. K. (1),
- oskarżony jest osobą, która dostarczyła środki odurzające E. K. (1), w sytuacji gdy opis osoby przez niego przedstawionej pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym wyglądem oskarżonego, szczególnie w zakresie wzrostu, wieku oraz cech charakterystycznych, takich jak: tatuaż na plecach, którego R. B. nie posiada,
- w bliżej nieustalonym dniu w październiku 2003 r. - R. B. przyjął od E. K. (1) pieniądze w kwocie kilku tysięcy euro na zakup narkotyków w postaci marihuany,
- oskarżony w bliżej nieustalonym dniu grudnia 2003 r. - w R. przekazał E. K. (1) znaczną ilość środków odurzających w postaci co najmniej 981,07 g marihuany,
- R. B. w nieustalonym bliżej dniu od 1 do 4 stycznia 2004 r. w R. przekazał E. K. (1) znaczną ilość narkotyków w postaci 3.479,36 g marihuany,

3. obrazę przepisów postępowania, mającą istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

- art. 392 §1 k.p.k. polegającą na odczytaniu na rozprawie głównej protokołów przesłuchania w charakterze podejrzanego i oskarżonego E. K. (1) w sprawie o sygn. akt III K183/04, w sytuacji, gdy bezpośrednie przeprowadzenie dowodu było niezbędne dla niniejszego postępowania,
- art. 4 i art. 7 k.p.k. polegającą na dokonaniu ustaleń w sposób jednostronnie niekorzystny dla oskarżonego, z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów, bezkrytyczne uznanie zeznań E. K. (1) za wiarygodne odnośnie współpracy oskarżonego z E. K. (1) oraz M. K. w zakresie uczestniczenia w procederze przemytu środków odurzających z Holandii do Polski oraz nieuwzględnienie na korzyść oskarżonego jego wyjaśnień, a także współoskarżonego M. K., które w powiązaniu z zasadami logiki i doświadczenia życiowego nie dają podstaw do przyjęcia, iż R. B. brał udział w przewozie środków odurzających w postaci marihuany do Polski,
- art. 410 k.p.k. poprzez pominięcie dowodów korzystnych dla oskarżonego, nierozważenie całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy w tym wyjaśnień oskarżonych,
- art. 7 k.p.k. polegającą na dokonaniu całkowicie dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, poprzez bezkrytyczne przypisanie waloru wiarygodności zeznaniom E. K. (1) złożonym w toku postępowania przygotowawczego toczącego się przeciwko niemu, w sytuacji gdy stanowią one jedynie pomówienia.

Na zasadzie art. 427 §1 k.p.k. obrońca R. B. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie tego oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Obrońca oskarżonego M. K. również zaskarżył w całości powyższy wyrok w części dotyczącej tego oskarżonego i na podstawie art. 427 §1 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 1, 2 i 3 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił:

I. Obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 6 ust. 1 oraz ust. 3 lit. c i d Konwencji EKPC w zb. z art. 42 ust 2 w zw. z art. 45 ust 1 Konstytucji RP w zb. z obrazą art. 2 k.p.k., art. 4 k.p.k., art. 6 k.p.k. wskutek rażącego naruszenia prawa do obrony oskarżonego M. K., prawa do przesłuchania świadka E. K. (1) na takich samych warunkach, jakie przysługiwały oskarżycielowi, w tym prawa do sprawiedliwego i rzetelnego procesu sądowego poprzez uznanie winy i oparcie wyroku przez Sąd I instancji jedynie na podstawie zeznań (wyjaśnień z postępowania przygotowawczego E. K. (1)), których obrona nie mogła zweryfikować w kontradiktoryjnym postępowaniu sądowym, a co za tym idzie wyłączone była możliwość ustalenia i wyjaśnienia:

a) czy E. K. (1) został przesłuchany zgodnie z obowiązującymi przepisami, a w szczególności czy miał zachowaną swobodę wypowiedzi, zwłaszcza że składał on kilkakrotnie wyjaśnienia w warunkach izolacji więziennej, bez udziału obrońcy, nadto poszczególne wyjaśnienia podejrzanego K. diametralnie różnią się w zakresie istotnych okoliczności dotyczących przebiegu zdarzeń związanych z przemytem narkotyków,

b) wewnętrznych sprzeczności w wyjaśnieniach podejrzanego K. oraz sprzeczności tych depozycji w konfrontacji z pozostałym materiałem dowodowym w kontradiktoryjnym postępowaniu sądowym, obrona nie miała możliwości zadawania pytań świadkowi K. i co za tym idzie brak było możliwości ustalenia przed Sądem orzekającym wiarygodności okoliczności przez niego podawanych,

II. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie:

art. 2 §1 i §2 k.p.k. poprzez naruszenie zasady rzetelności postępowania przy dokonywaniu ustaleń faktycznych, oparcie stanu faktycznego na niewiarygodnym i rodzącym nieusuwalną wątpliwość dowodzie - depozycjach E. K. (1) - które nie zostały przeprowadzone i zweryfikowane przed Sądem I instancji, nadto doszło do naruszenia prawa do obrony wobec braku możliwości weryfikacji twierdzeń K. w drodze zadawania pytań i uzyskiwania na nie odpowiedzi,

art. 6 k.p.k. przez naruszenie prawa do obrony i ustalanie winy oskarżonego M. K. jedynie na podstawie depozycji E. K. (1), przy czym nie doszło do przesłuchania K. w warunkach kontradiktoryjnego procesu sądowego, twierdzenia E. K. (1) nie zostały także skontrolowane przez Sąd I instancji, co jest warunkiem uznania ich za wiarygodny dowód, nadto obrona była pozbawiona możliwości jakiegokolwiek weryfikacji depozycji K., gdyż nie został przesłuchany w toku niniejszej sprawy,

naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów tj. art. 7 k.p.k. w związku z art. 410 k.p.k. polegającą na dokonaniu przez Sąd I instancji jednostronnej analizy materiału dowodowego i uznanie winy oskarżonego K. jedynie na podstawie depozycji E. K. (1), które nie mogą stanowić podstawy skazania, gdyż nie zostały poddane jakiegokolwiek kontroli ze strony Sądu I instancji,

art. 424 §1 pkt. 1 k.p.k. poprzez wadliwe odstępianie przez Sąd I instancji od wyjaśnienia powodów, dla których nie dał wiary twierdzeniom oskarżonego K., nie wskazanie, z jakich powodów wyjaśnienia te zasługują na uwzględnienie, zaniechanie przez Sąd Okręgowy zawarcia w części motywacyjnej wyroku logicznego toku myślowego, który doprowadził Sąd do ostatecznej konstatacji uprawniającej do uznania oskarżonego K. za winnego zarzucanych mu czynów, co uniemożliwia kontrolę instancyjną orzeczenia,

III. Błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na treść wyroku polegający na przyjęciu, że oskarżony K. dopuścił się zarzucanych mu czynów w sytuacji, gdy ustalenie takie nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji są

sprzeczne ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym oraz sprzeczne z zasadą logicznego rozumowania i doświadczeniem życiowym, przy tym opierają się jedynie na depozycjach E. K. (1), które jako nie zweryfikowane procesowo nie mogą stanowić podstawy skazania.

Powołując się na przepis art. 427 §1 k.p.k., obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie M. K. od popełnienia zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Z kolei prokurator zaskarżył powyższy wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego R. B. i M. K..

Powołując się na treść art. 427 §1 i 2 k.p.k. oraz art. 438 pkt 4 i 1 k.p.k. zarzucił powyższemu wyrokowi:

1) rażąco niewspółmierność kar pozbawienia wolności orzeczonych wobec oskarżonych R. B. i M. K. polegającą na niezasadnym zastosowaniu instytucji z art. 60 §2 i §6 pkt 2 k.k., a w konsekwencji niesłusznym wymierzeniu obu oskarżonym jedynie, obok obligatoryjnych kar grzywnien, kar pozbawienia wolności w wymiarze po 2 lata, a więc poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia czynu z art. 55 ust.3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, pomimo złożonych przez oskarżyciela publicznego surowszych wniosków w tym zakresie/ adekwatnych do stopnia zawinienia oskarżonych, ich ról w popełnieniu zarzucanych im czynów, braku jakiegokolwiek skruchy w toku postępowania i wysokiej społecznej szkodliwości czynów polegających na współudziale w przywozie z Holandii do Polski na przełomie lat 2003/2004 co najmniej 4460,43g marihuany, zważywszy na względy prewencji generalnej oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze kary,

2) obrazę przepisu prawa materialnego, a w szczególności art. 60 §2 i §6 pkt 2 k.k. poprzez zbędne wskazanie tych przepisów jako podstawy skazania obu oskarżonych obok prawidłowo powołanego art. 55 ust.3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12kk w zw. z art. 4 §1 kk, podczas gdy oba te przepisy tj. art.60 §2 i §6 pkt 2 k.k. mogą stanowić jedynie podstawę wymiaru kary.

Prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wyeliminowanie z podstaw skazania i wymiaru kary oskarżonym R. B. i M. K. art. 60 §2 i §6 pkt 2 k.k. oraz wymierzenie obu oskarżonym kar po 3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje wniesione przez obrońców R. B. i M. K. kwestionujące przypisanie winy tym oskarżonym są bezzasadne.

Ponieważ podniesione w obydwu apelacjach zarzuty dotyczą w gruncie rzeczy obu oskarżonych oraz większość z nich jest podobna, za zasadne należy uznać łączne ustosunkowanie się do tych dwóch środków odwoławczych.

Przed odniesieniem się do poszczególnych zarzutów konieczne jest jednakże poczynienie kilku krytycznych uwag na temat skonstruowanych w apelacjach zarzutów.

Najpoważniejszymi zarzutami wydają się być zarzuty naruszenia przez Sąd pierwszej instancji prawa oskarżonych do obrony. W apelacji obrońcy M. K. sformułowano nawet aż dwa zarzuty odwołujące się do tej kardynalnej zasady postępowania karnego. Taki zabieg miałby sens, gdyby oba te zarzuty odnosiły się do dwóch różnych sytuacji procesowych, w których mogło dojść do naruszenia tej zasady. Tymczasem treść obu tych zarzutów jest podobna. Dotyczą one odstąpienia od bezpośredniego przesłuchania na rozprawie świadka, którego zeznania stanowiły podstawę przypisania winy oskarżonym, co uniemożliwiło obrońcom zadawanie mu pytań. Różnice pomiędzy tymi zarzutami sprowadzają się do tego, że w jednym z nich powołano jedynie art. 6 k.p.k., a w drugim oprócz tego artykułu wskazano też szereg innych: art. 6 ust. 1 i ust. 3 lit. c i d Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, art. 42 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 2 i 4 k.p.k. oraz że w pierwszym zarzucono obrazę prawa materialnego, a w drugim obrazę przepisów postępowania. Formułowanie w taki sposób zarzutów świadczy o tym, że autor apelacji prezentuje iście kuriozalny pogląd, że naruszenie prawa do obrony przez uniemożliwienie zadawania

pytań kluczowemu świadkowi stanowi jednocześnie obrazę prawa materialnego oraz obrazę przepisów postępowania. Wydaje się, że jest wręcz niemożliwe znalezienie chociaż jednego argumentu uzasadniającego takie zapatrywanie. Jest nad wyraz oczywiste, że przepis statuujący prawo oskarżonego do obrony w postępowaniu karnym ma wyłącznie charakter procesowy. Jest to przecież norma prawna odnosząca się wprost do procesu karnego i bynajmniej nie nabiera ona charakteru materialnego przez umieszczenie jej w Konstytucji lub umowie międzynarodowej. Tak więc stawianie zarzutu obrazy przepisów prawa materialnego przez naruszenie prawa oskarżonego do obrony, co uczynił również obrońca R. B., jest totalnym nieporozumieniem. Zaznaczyć należy, że również wskazany przez obrońcę M. K. art. 45 ust. 1 Konstytucji RP ma wyłącznie charakter procesowy. Odnosi się on bowiem wyraźnie do postępowania sądowego, w tym karnego.

Warto też przypomnieć obrońcom, że obraza prawa materialnego polega na wadliwym jego zastosowaniu lub niezastosowaniu w orzeczeniu opartym na prawidłowych ustaleniach faktycznych (por. wyrok Sądu Najwyższego z 23 lipca 1974 roku, V KR 21/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 233). Przed sformułowaniem zarzutów obrazy materialnego przez naruszenie prawa do obrony obrońcy powinni byli zadać sobie pytanie, czy w ogóle możliwe jest zastosowanie w orzeczeniu przepisu statuującego zasadę prawa procesowego.

Obrońca oskarżonego M. K. mało tego, że w zarzucie obrazy prawa materialnego powołał szereg różnych przepisów procesowych, to na dodatek uznał, że pomiędzy tymi przepisami z różnych aktów prawnych zachodzi „zbieg”. Nie wiadomo, co przez to rozumiał autor apelacji. Można jedynie wyrazić nadzieję, że nie chodziło mu o to, że pomiędzy przepisami zawartymi w Konstytucji, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Kodeksie postępowania karnego zachodzi zbieg przepisów, o jakim jest mowa w art. 11 Kodeksu karnego.

Błędem w apelacji obrońcy M. K. jest zarzucanie Sądowi pierwszej instancji naruszenia przepisów określonych w art. 2 §1 i 2 k.p.k. Przepisy te bowiem nie mogą w ogóle być samodzielną podstawą jakiegokolwiek środka odwoławczego, ponieważ określają jedynie cele postępowania karnego, do osiągnięcia których służą konkretne poszczególne przepisy mające to postępowanie ukształtować prawidłowo. Przestrzeganie naczelných zasad procesu karnego gwarantowane jest w przepisach szczegółowych i dopiero wskazanie naruszenia tych konkretnych, szczegółowych przepisów może uzasadniać zarzut apelacyjny.

W gruncie rzeczy nie powinno również stanowić samodzielnego zarzutu naruszenie zdefiniowanej w art. 6 k.p.k. zasady prawa do obrony. Należy go bowiem powiązać z szczegółowym przepisem, stanowiącym rozwinięcie i realizację tej zasady, chyba że w danej sytuacji nie można wskazać takiego przepisu szczególnego.

Podobnie jest z wyrażoną w art. 4 k.p.k. zasadą obiektywizmu. Jej przestrzeganie jest gwarantowane w przepisach szczególnych i dopiero wskazanie naruszenia konkretnych przepisów szczegółowych może uzasadniać stosowny zarzut apelacyjny. W każdym razie odrzucenie przez Sąd pierwszej instancji pewnych dowodów w końcowej ocenie, przy jednoczesnym uwzględnieniu innych dowodów stanowi uprawnienie sądu dokonującego ustaleń faktycznych z pełnym uwzględnieniem zasady swobodnej oceny i nie może być uznane za przejaw złamania zasady obiektywizmu.

Z kolei logiczne jest, że zarzut odwoławczy powinien dotyczyć tylko uchybienia o charakterze pierwotnym, a nie jego następstw. Dlatego błędnie obrońcy oskarżonych postawili w swoich apelacjach dwa odrębne, odnoszące się do tej samej kwestii zarzuty: naruszenia wyrażonej w art. 7 k.p.k. zasady swobodnej oceny dowody oraz błędu w ustaleniach faktycznych. Oczywiście jest, że uchybieniem o charakterze pierwotnym może być wyłącznie obraza przepisu prawa procesowego. Błąd w ustaleniach faktycznych może być natomiast konsekwencją naruszenia art. 7 k.p.k. Kwestionowane przez obrońcę R. B. ustalenia faktyczne, które zostały wymienione w drugim zarzucie, są przecież konsekwencją uznania przez Sąd pierwszej instancji za prawdziwe wyjaśnień E. K. (1). Jeżeli sąd ten uznał te wyjaśnienia za wiarygodne, to nie mógł poczynić odmiennych od kwestionowanych przez obrońcę ustaleń. Dlatego też należało ograniczyć się jedynie do zarzutu naruszenia art. 7 k.p.k. przy dokonywaniu oceny wyjaśnień E. K. (1) oraz wyjaśnień oskarżonych. Sformułowanie zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych było całkowicie zbędne i tym samym za zbędne należy uznać ustosunkowywanie się do niego. To, czy przyjęte przez Sąd pierwszej instancji ustalenia faktyczne są prawidłowe, zależy wyłącznie od tego, czy sąd ten sprostował określonej w art. 7 k.p.k. zasadzie

swobodnej oceny dowodów. Jeżeli dokonana przez ten sąd ocena tych dowodów nie wykracza poza granice tej zasady, to przyjęte przez ten sąd ustalenia faktyczne są prawidłowe. Sąd pierwszej instancji nie dokonał jakichkolwiek ustaleń faktycznych, które nie wynikałyby z uznanego przez niego za wiarygodny dowodu.

Wprawia zaś w ogromne zdumienie postawienie przez obrońcę oskarżonego R. B. zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 392 §1 k.p.k. Gdyby autor apelacji przed jej sporządzeniem zapoznał się uważnie z protokołami rozpraw, to z pewnością nie konstruowałby takiego zarzutu oraz nie marnowałby czasu na jego obszerne uzasadnianie i na wyszukiwanie judykatów związanych z tym przepisem. Cały ten trud obrońcy poszedł na marne, gdyż Sąd pierwszej instancji bynajmniej nie zastosował tego przepisu, ujawniając wyjaśnienia E. K. (1). Zostały one bowiem ujawnione zupełnie na innej podstawie prawnej, a mianowicie w trybie art. 391 §1 k.p.k. Na podstawie zaś tego przepisu sąd miał prawo odczytać zeznania tego świadka (w trybie tego przepisu możliwe jest również odczytywanie na rozprawie protokołów złożonych poprzednio przez świadka wyjaśnień w charakterze oskarżonego – art. 391 §2 k.p.k.) i to bez względu na stanowiska stron oraz na znaczenie tych zeznań dla rozstrzygnięcia sprawy. Wystarczającą przesłanką do tego było to, że świadek ten przebywał za granicą.

Podkreślić należy, że może też zdumiewać stanowisko obrońców, którzy w ujawnieniu zeznań tego świadka przez Sąd pierwszej instancji upatrują naruszenie przysługującego oskarżonym prawa do obrony. Na rozprawie w dniu 20 listopada 2012 roku przychylni się przecież do wniosku prokuratora o odczytanie tych zeznań i zaliczenie ich w poczet materiału dowodowego. Najwyraźniej zatem nie uważali odstąpienia od bezpośredniego przesłuchania E. K. (1) za naruszenie prawa oskarżonych do obronnych. Nie mogli zaś z góry zakładać, że sąd, zaliczając te zeznania w poczet materiału dowodowego, nie uzna ich za wiarygodne. Może zatem zastanawiać, dlaczego obrońcy po wydaniu wyroku tak diametralnie zmienili swoje stanowiska. Naturalną konsekwencją zajętego przez nich stanowiska na rozprawie w dniu 20 listopada 2012 roku powinien być brak w apelacjach zarzutów naruszenia prawa do obrony poprzez odstąpienie od bezpośredniego przesłuchania pomawiającego oskarżonych świadka. Ta nielojalność procesowa obrońców oskarżonych jest wręcz rażąca.

Sąd pierwszej instancji nie miał natomiast innego wyjścia, jak odczytać na podstawie art. 391 §1 k.p.k. zeznania, a właściwie wyjaśnienia, E. K. (1). Sąd ten przedsięwziął szereg czynności mających na celu przesłuchanie tego świadka w postępowaniu sądowym. Usiłował między innymi przesłuchać go w drodze międzynarodowej pomocy prawnej. Wszystkie te czynności okazały się jednakże bezskuteczne. Przesłuchanie tego świadka w jakiegokolwiek formie było zatem niemożliwe. Fakt ten zostało całkowicie pominięty w apelacjach obrońców.

Nie można zarzucać sądowi, że uniemożliwił obrońcom i oskarżonym zadawanie pytań świadkowi, w sytuacji gdy jego przesłuchanie było w ogóle niemożliwe. Jest to przecież całkowicie nielogiczne. Formułując takie zarzuty, obrońcy postawili się w rolach osób żądających od sądu tego, co jest niewykonalne. Zarzucać sądowi, że uniemożliwił kontradictoryjne przesłuchanie E. K. (1), którego miejsce pobytu jest nie do ustalenia, to tak jak zarzucać sądowi, że uniemożliwił zadawanie pytań świadkowi, który zmarł. Jest to dokładnie to samo. Dlatego zarzuty obrońców oskarżonych dotyczące naruszenia przez sąd prawa oskarżonych do obrony należy tak samo ocenić, jakby były one powiązane z uniemożliwieniem zadawania pytań zmarłemu świadkowi. Dlatego też nie ma potrzeby dalej uzasadniać, że są one całkowicie bezzasadne.

Cytowane w apelacjach judykaty, w tym orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, nijak się mają do zaistniałej w niniejszym postępowaniu sytuacji procesowej. Zawsze bowiem w nich chodziło o świadków, których przesłuchanie było możliwe.

Jeżeli świadek zmarł, bądź z innych powodów nie jest możliwe jego przesłuchanie, to nie ma powodów do rezygnacji z jego zeznań złożonych przed wniesieniem aktu oskarżenia, bez względu na ich doniosłość. Żaden przepis na to nie zezwala. Ponadto odmienne rozwiązanie byłoby nawet niebezpieczne.

Sąd pierwszej instancji prawidłowo zatem postąpił ujawniając na rozprawie zeznania (wyjaśnienia) E. K. (1), a następnie dokonując ich oceny na równi z innymi dowodami przeprowadzonymi na rozprawie.

Dokonana zaś przez ten sąd ocena dowodów, wbrew twierdzeniom obrońcom, nie uchybia wyrażonej w art. 7 k.p.k. zasadzie swobodnej oceny dowodów.

Totalnym nieporozumieniem jest traktowanie, czego najwyraźniej się domaga się w swojej apelacji obrońca oskarżonego M. K. wyjaśnień E. K. (1) na równi z pismami i zapiskami, którymi nie wolno zastępować wyjaśnień i zeznań. E. K. (1) był przecież przesłuchiwany w charakterze podejrzanego zgodnie ze wszystkimi wymogami stawianymi przez Kodeks postępowania karnego. Mało tego, był on przesłuchiwany również w dniu 21 grudnia 2004 roku przed sądem na rozprawie, kiedy w całości potwierdził swoje wcześniejsze, obciążające oskarżonych wyjaśnienia. Korzystał wówczas z pomocy ustanowionego z wyboru obrońcy. Twierdzenie zatem, że mógł on nie mieć zachowanej swobody wypowiedzi, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia i jest swego rodzaju nadużyciem. Tego typu twierdzenia mogą nawet świadczyć o braku znajomości całości materiału dowodowego lub o umyślnym pomijaniu pewnych dowodów, obliczonym na niezapoznanie się z aktami sprawy przez sąd odwoławczy. Podkreślić należy, że E. K. (1) złożył wówczas na rozprawie bardzo obszerne wyjaśnienia, odpowiadał na pytania zadawane zarówno przez prokuratora, jak i obrońcę. Nie tylko wówczas potwierdził swoje wyjaśnienia ze śledztwa, ale również jeszcze raz opisał okoliczności popełnionych wraz z R. B. i M. K. przestępstw. Nie może być żadnych wątpliwości, że miał on zachowaną swobodę wypowiedzi.

Po uważnej lekturze wszystkich wyjaśnień E. K. (1) nie można mieć kłopotów z odpowiedzią na pytanie, dlaczego w początkowej fazie śledztwa składał on odmienne od późniejszych wyjaśnienia. Podczas przesłuchania w dniu 19 kwietnia 2004 roku zdecydował się, zachęcony dyspozycją art. 60 §3 k.k., do złożenia szczerych wyjaśnień na temat popełnionych przestępstw. Dlatego wówczas wskazał osoby, które faktycznie współdziałały z nim w przemyśle marihuany do Polski. Później aż do rozprawy jego wyjaśnienia były konsekwentne i nie było pomiędzy nimi żadnych sprzeczności. Dlatego też dla dokonania prawidłowej oceny jego zeznań wcale nie było konieczne uzyskanie od niego odpowiedzi na pytanie, dlaczego we wcześniejszych wyjaśnieniach podawał, że narkotyki otrzymał od mężczyzny o pseudonimie (...).

Z kolei to, że treść art. 60 §3 k.k. skłoniła E. K. (1) do wskazania współdziałających z nim osób, wbrew sugestiom obrońcy R. B., wcale nie oznacza, że jego późniejsze wyjaśnienia, łącznie z tymi z rozprawy, są nieprawdziwe. Przecież właśnie po to ustawodawca stworzył ten przepis, żeby zachęcić podejrzanych do przyznania się i wyjawienia organom ścigania wszystkich współsprawców oraz innych istotnych okoliczności popełnionych przestępstwa. Trudno zaś od osób zajmujących się ściganiem przestępstw oczekiwać, aby nie podejmowały jakichkolwiek działań zachęcających osobę podejrzaną o popełnienie przestępstwa do wyjawienia wszystkich znanych jej okoliczności. Przekazanie przez funkcjonariusza policji informacji o ustawowym zagrożeniu dotyczącym zarzucanego czynu oraz wskazywanie na możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary nie stanowi przyczyny wyłączającej swobodę wypowiedzi podejrzanego (por. Sądu Najwyższego z dnia 12 listopada 2007 roku, III KK 2/07, OSNwSK 2007/1/2534).

Nieporozumieniem też jest mówienie o „wewnętrznej sprzeczności”, w wyjaśnieniach E. K. (1). Co najwyżej można mówić o rozbieżności pomiędzy jego wyjaśnieniami składanym na rozprawie i w końcowej fazie śledztwa a jego wyjaśnieniami z początkowego etapu prowadzonego przeciwko niemu postępowania przygotowawczego. Nie można jednakże mieć żadnych wątpliwości co do źródeł tych rozbieżności i żadną miarą nie mogą być one przyczyną odmowy wiary jego późniejszym wyjaśnieniom, łącznie z tymi z rozprawy sądowej.

Wyraźna zaś wewnętrzna sprzeczność pojawiła się w argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu apelacji obrońcy R. B.. Próbując bowiem podważyć wiarygodność świadka E. K. (1), obrońca wytknął mu, że opisując wygląd R. B., pomylił pewne detale, ale jednocześnie wcale nie zakwestionował, że E. K. (1) znał tego oskarżonego. Jeżeli zatem niepodważalnym faktem jest, że E. K. (1) znał R. B. (czego jego obrońca bynajmniej nie zakwestionował), to okoliczność, że pomylił się, opisując jego wygląd, jest właściwie bez znaczenia. Na tej podstawie można byłoby kwestionować wiarygodność relacji świadka, gdyby jednocześnie wykazywanoby, że nie znał on R. B.. Tenże oskarżony wyjaśnił, że znali się od 16 lat, twierdził między innymi, że do jego mieszkania przychodził E. K. (1) i odbierał paczki, a w przeszłości jego eksmałżonka wynajmowała od niego mieszkanie. W tej sytuacji porównywanie przedstawionych przez E. K. (1) w wyjaśnieniach cech fizycznych R. B. z jego rzeczywistym wyglądem mogło mieć jedynie na celu sprawdzenie

jego zdolności pamięciowych. To zaś, że się pomylił co do pewnych szczegółów, wcale jednak nie oznacza, że ma on problemy z pamięcią. Niewiele jest osób, które tego rodzaju test pamięciowy zdałoby bezbłędnie.

Sąd pierwszej instancji szczegółowo umotywował (str. 11 i 12 uzasadnienia), dlaczego dał wiarę wyjaśnieniom E. K. (1), wskazując między innymi niepodważalne dowody, w których te wyjaśnienia znajdują potwierdzenie.

Jednym z takich dowodów jest opinia daktyloskopijna, z której jednoznacznie wynika, że na zewnętrznej powierzchni zabezpieczonego od E. K. (1) pakunku zawierającego marihuanę ujawniono ślad linii papilarnych pochodzący od wskazującego palca prawej ręki R. B.. Jest to nie do obalenia dowód na to, że R. B. trzymał w swoich rękach ten pakunek. Tym samym dowód ten potwierdza właściwie całą wersję zdarzeń przedstawioną przez E. K. (1). Stąd też kolejne zdziwienie budzi twierdzenie obrońcy M. K., że „depozycje K. nie znajdują jakiegokolwiek potwierdzenie w materiale dowodowym znajdującym się w aktach przedmiotowej sprawy”.

Przyznać należy, że obrońca R. B. nie pominął dowodu z opinii daktyloskopijnej, ale w jego ocenie: „odcisk palca oskarżonego na jednej z paczek z substancją psychotropową, najpewniej powstał w wyniku fizycznego kontaktu przy przekazywaniu przesyłek pochodzących od różnych osób do Polski”. Pomijając, że marihuana nie jest substancją psychotropową, lecz środkiem odurzającym, gdyby przyjąć, tak jak chce tego obrońca, że R. B. przekazywał paczkę, w której było 3 i pół kilograma marihuany o wartości rynkowej ponad 100.000 złotych, to powstaje pytanie, na czym to „przekazywanie” polegało i czy mógł on to robić, będąc zupełnie nieświadomym, że w tym pakunku znajduje się marihuana. Nie do przyjęcia jest wersja, że jakaś niezidentyfikowana osoba przyniosła tę ogromną i bardzo wartościową pakę do jego mieszkania, nic mu nie mówiąc o jej zawartości i kiedy przyszedł tam E. K. (1), to R. B. przekazał mu tę paczkę, dalej nie wiedząc co w niej jest, zaś E. K. (1), pomimo że z nim na ten temat nie rozmawiał, wiedział doskonale, co jest w tej przekazanej mu paczce i dlatego ukrył ją w schowku w samochodzie. Taka wersja zdarzeń, rysująca się na podstawie wyjaśnień R. B. i wysnutej w apelacji jego obrońcy tezy, jest wręcz absurdalna. Przyjęcie właśnie takiej wersji zdarzeń byłoby rażącym złamaniem zdefiniowanej w art. 7 k.p.k. zasady swobodnej oceny dowodów. Dodać do tego należy, że musiałoby wówczas dojść do nadzwyczajnego zbiegu okoliczności, że na paczce z narkotykami ujawniono ślad linii papilarnych osoby, która została fałszywie pomówiona o udział w przemyśle tych narkotyków.

Obrońca R. B. podniósł też, że oskarżeni nie mogli ze sobą współdziałać, gdyż od czasu, kiedy pokłócili się, nie utrzymywali ze sobą kontaktów. Obrońca nie zauważył jednak, że z wyjaśnień R. B. (k. 311) wynika, że do kłótni pomiędzy nimi doszło wtedy, kiedy mieszkał w H., a przeprowadził się tam wiosną 2004 roku, natomiast E. K. (1) został zatrzymany z narkotykami, które zgodnie z jego wyjaśnieniami na polecenie M. K. odebrał od R. B., na początku stycznia 2004 roku. Tak więc w okresie, kiedy E. K. (1) przewoził z Belgii do Polski narkotyki, oskarżeni nie byli ze sobą jeszcze skłóceni. Z kolei E. K. (1) wcale nie zaprzeczał, że doszło pomiędzy nim a jednym z oskarżonych do nieporozumień związanych z rozliczeniem się za naprawę samochodu. Mało tego, z jego wyjaśnień wynika, że gdyby nie te rozliczenia, to nie przywoziłby na polecenie M. K. marihuany do Polski.

Całkowicie chybione są też zarzuty dotyczące naruszenia przez Sąd Okręgowy dyspozycji art. 410 k.p.k. Nie dochodzi bowiem do obrazy tego przepisu, gdy sąd niektórym dowodom nie daje wiary i swoje rozstrzygnięcie opiera jedynie na tych dowodach, które uznał za wiarygodne. Niemożliwe jest przecież czynienie ustaleń faktycznych na podstawie sprzecznych ze sobą dowodów. Wystarczy zaś uważnie przeczytać uzasadnienie, aby się przekonać, że Sąd Okręgowy, wydając zaskarżone orzeczenie, wziął pod uwagę wszystkie przeprowadzone na rozprawie dowody. Z uzasadnienia wynika też, dlaczego nie dał wiary wyjaśnieniom oskarżonym w części, w której zaprzeczali swojemu udziałowi w przemyśle narkotyków z Belgii do Polski. Jeżeli w tym zakresie sąd ten uznał za wiarygodne, co szczegółowo uzasadnił, zeznania E. K. (1), to w konsekwencji musiał odmówić wiary twierdzeniom oskarżonym zaprzeczającym ich udziałowi w tym procederze.

Nietrafnie też obrońca M. K. zarzucił obrazę art. 424 k.p.k., Skoro w pisemnych motywach wyroku sąd wskazał, jakie fakty uznał za udowodnione lub nieudowodnione, na jakich oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, wyjaśnił podstawę prawną wyroku oraz okoliczności, które miał na uwadze przy wymiarze kary, to

obraży tego przepisu żadną miarą nie można się dopatrzeć. Gdyby było tak, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku jest tak wadliwe, że niemożliwa jest kontrola instancyjna, to obrońca najprawdopodobniej miałby problemy z przygotowaniem apelacji, gdyż nie wiedziałby do czego miałby się odnieść. Tymczasem obszerność apelacji nie pozostawia żadnych wątpliwości, że jej autor nie miał kłopotów z jej sporządzeniem. Wbrew też jego twierdzeniom, w uzasadnieniu został odzwierciedlony logiczny tok myślowy, który doprowadził do ostatecznej konstatacji o winie oskarżonych. To, że przedstawione w pisemnych motywach rozumowanie nie spełnia wygórowanych wymagań obrońcy M. K., wcale nie oznacza, że dla innych nie może być zrozumiałe, logiczne i w efekcie przekonujące.

Obrońca, sporządzając apelację, powinien był też mieć na względzie, że naruszenie przepisu prawa procesowego może stanowić skuteczną podstawę zarzutu odwoławczego tylko wtedy, gdy możliwe jest wykazanie, że uchybienie mogło mieć wpływ na treść wyroku. Dokument zaś w postaci uzasadnienia sporządzany jest po wydaniu wyroku, a więc nie może mieć wpływu na jego treść. Sama zatem wadliwość uzasadnienia nie spełnia warunku z art. 438 pkt 2 k.p.k. Owszem może być tak, że nieprawidłowo sporządzone uzasadnienie może stanowić podstawę do twierdzenia, że doszło do wadliwego rozpoznania sprawy, ale wtedy zarzut obraży art. 424 k.p.k. powinien zostać połączony ze wskazaniem konkretnej wadliwości w rozpoznaniu sprawy.

Odnosząc się do apelacji prokuratora, wytknąć na początku należy, że zarzut rażącej niewspółmierności kary nie może się opierać na tym, że sąd nie wymierzył kary wnioskowanej przez oskarżyciela. Sąd nie jest przecież związany wnioskiem prokuratora co do kary składanym przez niego podczas wystąpienia końcowego, o którym mowa w art. 406 k.p.k.

Przyznać natomiast należy, że oskarżonym, przy zastosowaniu dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary, wymierzono łagodne kary. Nie można jednakże tych kar uznać za rażąco łagodne i to pomimo znaczącej roli oskarżonych w popełnionych przez nich przestępstwach. Należało bowiem mieć na względzie wszystkie okoliczności łagodzące, które zostały wyeksponowane w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Ponadto nie można poczytywać za okoliczność obciążającą, jak chce tego prokurator w apelacji, braku skruchy ze strony oskarżonych. Trudno jest wymagać od oskarżonych, którzy realizując swoje prawo do obrony nie przyznali się do winy, aby wyrażali jakąkolwiek skruchę. Byłoby to rażąco sprzeczne zarówno z treścią art. 74 §1 k.p.k., jak i art. 175 §1 k.p.k.

Brak możliwości uznania wymierzonych oskarżonym kar za rażąco łagodne powoduje niemożność uwzględnienia wniosku prokuratora co do podwyższenia tych kar. Z drugiej strony, mając na względzie, że kary te są łagodne, nie ma podstaw do ich dalszego łagodzenia poprzez chociażby zastosowanie dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia tych kar.

Rację ma natomiast prokurator, że przepisy art. 60 §2 k.k. i art. 60 §6 pkt 2 k.k. odnoszą się jedynie do kary i tym samym nie mogą stanowić podstawy skazania, a jedynie podstawę wymiary kary.

Z kolei tylko w razie stwierdzenia, że ustawa obowiązująca poprzednio jest względniejsza dla sprawcy, należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio i w tym celu należy powołać w wyroku art. 4 §1 k.k. Gdy zaś stosuje się ogólną zasadę stosowania prawa obowiązującego w chwili orzekania, tak jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, nie należy w treści wyroku powoływać art. 4 §1 k.k.

Błędne też jest zawieranie w opisie czynu zarzuconego lub przypisanego sformułowania „co najmniej” odnoszącego się do ilości i wartości środków odurzających będących przedmiotem przestępstwa. Nie można bowiem wprowadzać domniemania, że tych narkotyków mogło być więcej aniżeli wynika to z zebranych dowodów. Jest to sprzeczne z wyrażoną w art. 5 §1 k.p.k. zasadą domniemania niewinności.

Sąd pierwszej instancji zasadnie orzekł wobec oskarżonych środki karne przepadku równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnionych przez nich przestępstw. Trafnie też uznał, że wobec niemożliwości ustalenia, w jakim zakresie każdy z oskarżonych odniósł korzyść majątkową, należało orzec przepadek jej równowartości w częściach równych. Sąd Okręgowy najwyraźniej jednak zapomniał, że korzyść z przywozu narkotyków do Polski odniósł także E. K. (1). W jego przypadku była ona związana z rozliczeniami za naprawę samochodu i wynosiła,

jak wynika z jego wyjaśnień, 3.000 złotych. Stąd też tę kwotę należało uwzględnić przy wyliczaniu wysokości równowartości korzyści majątkowej z popełnionego przestępstwa przez R. B. i M. K..

Mając powyższe na względzie, Sad Apelacyjny na podstawie art. 437 §2 k.p.k. orzekł jak w sentencji wyroku.

Orzeczenie o kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze opiera się na przepisach art. 634 k.p.k. i art. 627 k.p.k.

(...)(...)