

Sygnatura akt VI Ka 1028/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **22 grudnia 2015** r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący SSO Piotr Mika (spr.)

Sędziowie SSO Bożena Żywioł

SSO Grzegorz Kiepora

Protokolant Marzena Mocek

przy udziale Marka Dutkowskiego

Prokuratora Prokuratury Okręgowej

po rozpoznaniu w dniu 22 grudnia 2015 r.

sprawy **P. W. (1)** ur. (...) w P.,

syna D. i M.

oskarżonego z art. 59 ust. 1 ustawy z dn. 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk, art. 62 ust. 1 ustawy z dn. 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 263§2 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżyciela publicznego i obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Gliwicach

z dnia 5 sierpnia 2015 r. sygnatura akt IX K 1010/15

na mocy art.437 kpk, art. 438 kpk, art. 636 § 1 kpk

1. uchyła zaskarżony wyrok w punktach: 1, 4 i 5 i w zakresie zarzuconego oskarżonemu P. W. (1) przestępstwa z art. 59 ust. 1 ustawy z dn. 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Gliwicach;

2. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że na mocy art. 85 kk i art. 86 § 1 kk łączy kary pozbawienia wolności orzeczone w punktach 2 i 3 i orzeka karę łączną w wymiarze 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności;

3. w pozostałym zakresie utrzymuje zaskarżony wyrok w mocy;

4. wydatkami postępowania odwoławczego obciąża Skarb Państwa i wymierza oskarżonemu opłatę za obie instancje w kwocie 180 (sto osiemdziesiąt) złotych.

Sygn. akt VI Ka 1028/15

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 22 grudnia 2015 roku w części dotyczącej przypisanego oskarżonemu czynu z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

Wyrokiem z dnia 5 sierpnia 2015 roku w sprawie o sygnaturze akt IX K 1010/15 Sąd Rejonowy w Gliwicach uznał oskarżonego P. W. (2) za winnego tego, że:

1. w okresie od bliżej nie ustalonego dnia stycznia 2014 roku do 17 stycznia 2015 roku w P., działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wielokrotnie odpłatnie udzielał M. K. (1) środków psychotropowych i odurzających w postaci amfetaminy i marihuany, w łącznej ilości nie mniejszej niż 3,06 grama amfetaminy i 20 gram marihuany, pobierając każdorazowo opłatę w wysokości 25 zł za 1 gram amfetaminy oraz 30 zł za 1 gram marihuany, czym wyczerpał znamiona występku z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na mocy art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii skazał go na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

2. w dniu 25 lutego 2015 roku w P., posiadał wbrew przepisom ustawy substancję psychotropową w postaci amfetaminy o wadze 32,46 grama, czym wyczerpał znamiona występku z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na mocy art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii skazał go na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności;

3. w dniu 25 lutego 2015 roku w P., nie posiadając wymaganego ustawą zezwolenia, posiadał broń palną w postaci pistoletu gazowego marki (...) mod. (...) kaliber (...) oznaczony numerem (...) czym wyczerpał znamiona występku z art. 263 § 2 k.k. i za to na mocy art. 263 § 2 k.k. skazał go na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności;

Na mocy art. 85 k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. sąd połączył kary pozbawienia wolności orzeczone w punktach 1, 2 i 3 i wymierzył oskarżonemu karę łączną 2 lat pozbawienia wolności. W oparciu o art. 45 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego przepadek na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa przypisanego w punkcie 1 w kwocie 675 złotych, zaś na mocy art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2015 roku o przeciwdziałaniu narkomanii przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodu rzeczowego w postaci substancji psychotropowej - amfetaminy przechowywanej w Komendzie Wojewódzkiej Policji w K. pod numerem (...). W oparciu o art. 44 § 6 k.k. sąd orzekł ponadto wobec oskarżonego przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodu rzeczowego w postaci pistoletu gazowego marki (...), przechowywanego w Komendzie Wojewódzkiej Policji w K. pod numerem (...). Na mocy art. 63 § 1 k.k. zaliczono oskarżonemu na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności okres tymczasowego aresztowania w sprawie od dnia 25 lutego 2015 roku do dnia 5 sierpnia 2015 roku.

Apelację od wyroku wywiódł prokurator, który zaskarżając orzeczenie w pkt 1 w zakresie ustaleń faktycznych, poczynionych przez Sąd I instancji oraz orzeczonej kary; w pkt 4 w zakresie orzeczonej kary łącznej za wszystkie przestępstwa pozostające w zbiegu realnym, objęte niniejszym postępowaniem oraz w pkt 5 w zakresie ustalenia przez Sąd wysokości korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa, której przepadek orzekł Sąd I instancji, na niekorzyść oskarżonego P. W. (1).

Skarżący wyrokowi zarzucił:

I. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który miał wpływ na treść wyroku, polegający na błędnych ustaleniach:

- iż oskarżony P. W. (1) zbył na rzecz M. K. (1) w okresie od bliżej nie ustalonego dnia stycznia 2014 roku do 17 stycznia 2015 roku środki psychotropowe i odurzające w ilości nie mniejszej niż 3,06 grama amfetaminy i 20 gram marihuany, podczas gdy z całokształtu okoliczności sprawy wynika, iż ilość tychże środków była znacznie większa i wynosiła nie mniej niż 120 gram;

- iż oskarżony P. W. (1) osiągnął z przestępstwa płatnego udostępniania środków psychotropowych i odurzających M. K. (1) korzyść majątkową w wysokości jedynie 675 zł, podczas gdy - z uwagi na znacznie większą ilość zbytych wymienionych środków - osiągnięta korzyść majątkowa z dokonanego przestępstwa była znacznie wyższa;

II. rażąco niewspółmierność orzeczonych kar w stosunku do czynów zarzuconych oskarżonemu w pkt I i II aktu oskarżenia, poprzez wymierzenie oskarżonemu kar (odpowiednio): 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz 8 miesięcy pozbawienia wolności, podczas gdy oskarżyciel publiczny wnosił o wymierzenie kar: za czyn I - 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i za czyn II kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz rażąco niewspółmierność kary łącznej za wszystkie przestępstwa objęte skargą procesową w sprawie Ds. 144/15; IX K 1010/15 w wymiarze 2 lat pozbawieni wolności wobec kary 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, o którą wnosił prokurator.

Podnosząc powyższy zarzut prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w pkt 1, 4 i 5 i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Apelację wywiódł również obrońca oskarżonego, który zaskarżył wyrok w części tj w pkt 1,4,5 oraz 9 zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływa na treść orzeczenia tj.:

- art. 7 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k., poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, w szczególności poprzez przyjęcie takiej oceny wiarygodności i obiektywności wobec zeznań M. K. (1), i tym samym wbrew zasadom prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego, uznanie ich za w pełni wiarygodne co do faktu kupowania przez niego środków odurzających od oskarżonego, w sytuacji gdy M. K. (1) zmienił swoje zeznania w tym zakresie a te wcześniej złożone podyktowane były zamiarem poprawienia swojej sytuacji procesowej ;

- art. 7 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k., poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, w szczególności zeznań świadka M. K. (1) oraz wyjaśnień samego oskarżonego, a w konsekwencji przyjęcie, że jego wyjaśnienia nie polegają na prawdzie, a zaprezentowana w nich wersja wydarzeń jest nieprawdopodobna, wobec logicznych zeznań w/w świadka ;

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia, mający wpływ na treść orzeczenia poprzez uznanie, iż oskarżony dopuścił się czynu zarzucanego mu w akcie oskarżenia, w sytuacji gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika ,że nie ma żadnych obiektywnych dowodów ten fakt potwierdzający, poza sprzecznymi i niespójnymi zeznaniami M. K. (2) . Tym samym nie zostały wyczerpane przesłanki z art 59 § 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii;

Mając na uwadze wyżej przedstawione zarzuty obrońca wniósł o:

- zmianę przedmiotowego orzeczenia i uniewinnienie oskarżonego od stawianego mu zarzutu opisanego w pkt 1 zaskarżonego orzeczenia. Tym samym o wydanie wyroku skazującego wymierzającego karę łączną pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, za popełnienie czynów opisanych w pkt. 2. oraz 3. tegoż orzeczenia.

- ewentualnie o uchylenie przedmiotowego orzeczenia i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja prokuratora w części, w jakiej kwestionowała prawidłowość poczynionych przez sąd I instancji ustaleń faktycznych dotyczących przypisanego oskarżonemu przestępstwa z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. zasługiwała na uwzględnienie. Za bezzasadne ocenić należało zarzuty zawarte w apelacji obrońcy.

Zgodzić należało się z twierdzeniem prokuratora, iż Sąd Rejonowy dokonując modyfikacji opisu czynu z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. przypisanego oskarżonemu,

która to modyfikacja polegała na zmniejszeniu w stosunku do czynu zarzucanego ilości amfetaminy sprzedawanej przez oskarżonego, swoje ustalenia faktyczne oparł na ocenie dowodów dotkniętej uchybieniem przepisom prawa procesowego, w szczególności art. 7 k.p.k. nakazującego ocenić poszczególne dowody z uwzględnieniem reguł rozumowania, zasad doświadczenia życiowego i wskazań wiedzy. Sąd Rejonowy uwzględniając zawarte w wyjaśnieniach M. K. (3) twierdzenia, iż kupowaną od oskarżonego amfetaminę rozrzedzał przed dalszą odsprzedażą doszedł do wniosku, iż nie możliwe jest ustalenie dokładnej ilości amfetaminy kupionej przez M. K. (3) od oskarżonego. Z tego powodu przypisał oskarżonemu jedynie sprzedaż amfetaminy w ilości odpowiadającej amfetaminie znalezionej u M. K. (3) w dniu 23 stycznia 2015 roku. Bez odpowiedzi pozostaje jednak pytanie, dlaczego sąd I instancji pominął w swojej ocenie twierdzenia M. K. (3) dotyczące proporcji, w jakich rozrzedzał kupioną od oskarżonego amfetaminę. W swoich wyjaśnieniach z dnia 24 stycznia 2015 roku M. K. (3) wskazał, że: „Ja do tej amfetaminy dosypywałem mąki ziemniaczanej lub sody – np. do 20 gram amfetaminy dosypywałem 10 gram mąki” (wyjaśnienia oskarżonego M. K. – karta 38 akt). Zgodzić należy się z prokuratorem, że wskazane twierdzenie może być podstawą dokonania stosownego proporcjonalnego przeliczenia ilości amfetaminy sprzedanej przez M. K. (3) jego odbiorcom i ustalenia ilości amfetaminy kupionej przez M. K. (3) od oskarżonego. Choć zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwalał także sądowi odwoławczemu na dokonanie wskazanego przeliczenia i zmiany ustaleń faktycznych, to jednak na przeszkodzie dokonaniu stosownej zmiany w zaskarżonym wyroku stała reguła *ne peius* wynikająca z treści art. 454 § 2 k.p.k. obowiązującego do 1 lipca 2015 roku, która ma zastosowanie w sprawie niniejsze na mocy art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 25 października 2013 r.), skoro akt oskarżenia w sprawie niniejszej został wniesiony przed 1 lipca 2015 roku. Zgodnie ze wskazaną regułą *ne peius* sąd odwoławczy może orzec surowszą karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy nie zmienia ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku. Potrzebę zaostrenia wymiaru kary pozbawienia wolności wobec oskarżonego uznać należy w tym kontekście za oczywistą w związku z zamierzoną zmianą ustaleń faktycznych prowadzącą do zwiększenia ilości amfetaminy będącej przedmiotem przestępstwa przypisanego oskarżonemu, a przez to zwiększeniem stopnia społecznej szkodliwości jego czynu.

Nie można zgodzić się z zarzutem obrońcy, iż uznanie za wiarygodne obciążających oskarżonego wyjaśnień M. K. (3) złożonych w postępowaniu przygotowawczym naruszało granice swobodnej oceny dowodów określone w art. 7 k.p.k. Z pewnością zasługuje na uwzględnienie postulat obrońcy dotyczący konieczności oceny wskazanych wyjaśnień pod kątem możliwego złożenia ich w celu polepszenia sytuacji procesowej M. K. (3), który podając dane osoby będącej źródłem sprzedawanych przez niego amfetaminy i marihuany, jako osoba współpracująca z organami ścigania mógł liczyć na łagodniejsze potraktowanie przez te organy ścigania, jak i wymiar sprawiedliwości. Jednakże hipotezę, iż M. K. (3) podał nieprawdziwe informacje, falsyfikuje w sposób względnie jednoznaczny znalezienie w mieszkaniu oskarżonego w dniu 25 lutego 2015 roku amfetaminy w ilości wskazującej na chęć zbycia, jak też uprzednia karalność P. W. (1) za przestępstwa z art. 58 ust. 1, art. 59 ust. 1 i art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii. Dziwić musi przy tym przyjęte przez obrońcę w uzasadnieniu jego apelacji założenie, iż M. K. (3) fałszywie wskazał P. W. (1), gdyż znał uprzednio oskarżonego, jego dotychczasową karalność, sposób życia i zwyczaje i mógł bez ryzyka wskazać go jako osobę, od której przyjmował środki narkotyczne. P. W. (1) w swoich wyjaśnieniach zaprzeczył przecieź, aby znał M. K. (3), zaś sam M. K. (3) w żadnym momencie nie wskazał, aby z oskarżonym utrzymywał jakiegokolwiek inne kontakty niż te związane z zakupem amfetaminy i marihuany. Nie dziwi więc fakt, że obrońca nawet nie potrafił uprawdopodobnić wskazanego założenia. Na ewidentne trudności napotyka próba racjonalnego wytlumaczenia źródła wiedzy M. K. (3) na temat uprzedniej karalności oskarżonego, jego zwyczajów i sposobu życia. Okoliczność, iż swoim wyjaśnieniom M. K. (3) zaprzeczył przesłuchiwany w charakterze świadka na rozprawie, w żadnym razie nie sprawia, iż sytuacja taka winna być źródłem wątpliwości niedających się usunąć, które zgodnie z dyspozycją art. 5 § 2 k.p.k. winny być rozstrzygnięte na korzyść oskarżonego. Sprzeczności pomiędzy poszczególnymi dowodami, w szczególności niekonsekwentnymi relacjami świadków i oskarżonych są oczywiście źródłem wątpliwości, lecz te usuwane są na gruncie art. 7 k.p.k. przy zastosowaniu takich narzędzi jak reguły rozumowania, zasady doświadczenia życiowego i wskazania wiedzy. Bez wątplienia poza wskazanymi wyżej okolicznościami także treść SMS-ów wysyłanych z telefonu komórkowego oskarżonego, na które wskazał Sąd Rejonowy w uzasadnieniu swojego wyroku, stanowi racjonalny argument przemawiający za uznaniem za wiarygodne wyjaśnień złożonych przez M. K. (3) w postępowaniu przygotowawczym. W świetle tych wyjaśnień ustalenia sądu

I instancji dotyczące faktu sprzedawania przez oskarżonego amfetaminy i marihuany M. K. (3) nie mogą budzić zastrzeżeń.

Z wyżej wskazanych względów Sąd Odwoławczy zmuszony był uchylić zaskarżony wyrok w części dotyczącej zarzuconego oskarżonemu przestępstwa z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i w tym zakresie przekazać sprawę do ponownego rozpoznania sądowi I instancji. Uchylenie musiało z oczywistych względów objąć także orzeczenie o karze łącznej oraz o przepadku korzyści majątkowej uzyskanej ze sprzedaży amfetaminy i marihuany.