

Sygnatura akt VI Ka 231/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **10 kwietnia 2018** r.

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

Przewodniczący SSO Krzysztof Ficek

Sędziowie SSO Marcin Schoenborn (spr.)

SSO Grażyna Tokarczyk

Protokolant Aleksandra Studniarz

przy udziale Artura Buli

Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T.

po rozpoznaniu w dniu 10 kwietnia 2018 r.

sprawy **P. G. syna A. i A.,**

ur. (...) w T.

oskarżonego z art. 56 ust. 1 ustawy z dn. 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 19 grudnia 2017 r. sygnatura akt VI K 390/17

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art 627 kpk w zw. z art. 634 kpk

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- ustala, że czyn przypisany oskarżonemu w pkt 1 polegał na tym, że w dacie bliżej nieustalonej wiosną 2015 r. w P., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, wprowadził do obrotu środek odurzający w postaci 2 kg marihuany w ten sposób, że dostarczył go w ustalone miejsce i przekazał we władztwo innej osobie,
- uchyla rozstrzygnięcie z pkt 4;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa wydatki postępowania odwoławczego w kwocie 20 (dwadzieścia) złotych oraz wymierza mu opłatę za II instancję w kwocie 380 (trzysta osiemdziesiąt) złotych.

1.sygn. akt VI Ka 231/18

4.UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 10 kwietnia 2018 r. sporządzone w całości na wniosek obrońcy

P. G. został oskarżony o to, że w pierwszym półroczu 2015 r. w P., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy wprowadził do obrotu środek odurzający w ten sposób, że sprzedał D. D. 2 kilogramy marihuany za kwotę 4.000 Euro, tj. o czyn z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Sąd Rejonowy w Tarnowskich Górach wyrokiem z dnia 19 grudnia 2017 r. sygn. akt VI K 390/17 orzekł, że:

4. oskarżonego P. G. uznaje za winnego popełnienia czynu opisanego wyżej, przy przyjęciu, że dopuścił się go wiosną 2015 r., to jest czynu wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na mocy art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierza mu karę 10 miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywny w rozmiarze 100 stawek dziennych, ustalając na mocy art. 33 § 3 kk wysokość jednej stawki na kwotę 10 złotych;

5. na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk w zw. z art. 70 § 1 kk zawiesza warunkowo oskarżonemu wykonanie kary pozbawienia wolności na okres próby 2 lat;

6. na mocy art. 72 § 1 pkt 1 kk zobowiązuje oskarżonego do informowania sądu o przebiegu okresu próby;

7. na podstawie art. 45 § 1 kk orzeka wobec oskarżonego przepadek na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowej w kwocie 15.929 złotych;

8. na mocy art. 63 § 1 kk zalicza oskarżonemu na poczet orzeczonej grzywny okres rzeczywistego pozbawienia wolności w dniu 21 kwietnia 2017 r od godziny 6:10 do godziny 100:40, uznając, iż grzywna w rozmiarze dwóch stawek dziennych została wykonana;

9. zasądza na mocy art. 2 ust. 1 pkt 3 i art 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych i art. 627 kpk od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 380 złotych tytułem opłaty i obciąża go wydatkami postępowania w kwocie 3.783,41 złotych.

Apelację o tego wyroku złożył obrońca oskarżonego. Zaskarżył orzeczenie w całości zarzucając:

- rażąco obrazę prawa procesowego mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to:

a) art. 7 kpk w zw. z art. 5 § 2 kpk poprzez zastąpienie zasady swobodnej oceny dowodów dowolną oceną dowodów, bezpodstawną odmowę waloru wiarygodności wyjaśnień oskarżonego, pominięcie zeznań F. U. oraz P. B., przydanie waloru pełne wiarygodności wyjaśnieniom X. S., S. L. oraz D. D., jak również nie rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść oskarżonego i w konsekwencji uznanie, że oskarżony dopuścił się czynu zarzucanego aktem oskarżenia, podczas gdy prawidłowa ocena zebranego materiału dowodowego dokonana z uwzględnieniem zasady swobodnej oceny dowodów, zasad prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego, jak również zasady *in dubio pro reo* powinna prowadzić do wniosku, że oskarżony zarzucanego czynu nie popełni,

b) art. 182 § 1 – 3 kpk w zw. z art. 391 § 1 – 2 kpk, art. 392 § 1 kpk i art. 171 § 2 kpk poprzez wprowadzenie w poczet materiału dowodowego i uznanie za pełnowartościowy dowód protokołów wyjaśnień obywateli (...), a to X. S., S. L. oraz D. D. złożonych przed wszczęciem postępowania w niniejszej sprawie, przy jednoczesnym zaniechaniu pouczenia w/w osób o ich uprawnieniach i obowiązkach w toku postępowania krajowego oraz zaniechaniu bezpośredniego przesłuchania w/w osób i uniemożliwieniu zadawania pytań świadkom przez oskarżonego i obron, co pozostaje w sprzeczności z zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej,

c) art. 170 § 1 pkt 5 kpk poprzez niezasadne oddalenie wniosku obrońcy o zwrócenie się do (...)organów procesowych o udzielenie informacji o postępowaniu toczącym się przeciwko osobom X. S., S. L. oraz D. D., podczas gdy okoliczność ta była niezbędna z punktu widzenia uprawnień i obowiązków w/w osób,

a w konsekwencji

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku mający istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a polegający na przyjęciu, iż oskarżony popełnił zarzucany mu czyn, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do wyprowadzenia powyższego wniosku.

Z powołaniem się na te zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy w Gliwicach zważył, co następuje.

Apelacja obrońcy okazała się częściowo zasadną. W następstwie podzielenia do pewnego stopnia zarzutu obrazy art. 7 kpk i art. 5 § 2 kpk należało odmiennie niż Sąd I instancji ustalić, że oskarżony nie tyle sprzedał D. D. dwa kilogramy marihuany, co bez jakiegokolwiek gratyfikacji finansowej przekazał mu we władztwo podaną ilość tegoż środka odurzającego po uprzednim dostarczeniu w ustalone miejsce. Konsekwencją tego musiała być stosowna modyfikacja opisu czynu przypisanego oskarżonemu, jak też uchylenie niemającego oparcia w prawidłowo ustalonych faktach rozstrzygnięcia o przypadku z art. 45 § 1 kk. Na takiej postaci korekcie zaskarżonego wyroku należało jednak poprzestać, kiedy co do zasady prawidłowym było pociągnięcie oskarżonego do odpowiedzialności karnej za dokonane w krytycznym czasie i miejscu wprowadzenie do obrotu wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii 2 kilogramów marihuany. Tego rodzaju zachowanie niewątpliwie stanowi występki na gruncie art. 56 w/w ustawy, który w myśl § 1 tego przepisu zagrożony jest kumulatywnie karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 oraz grzywną, a wymierzonych oskarżonemu kar tego rodzaju, przy czym kary 10 miesięcy pozbawienia wolności z zastosowaniem dobrodziejstwa instytucji warunkowego zawieszenia jej wykonania na 2 letni okres próby, któremu towarzyszyło nałożenie obowiązku probacyjnego określonego w art. 72 § 1 pkt 1 kk, nie sposób uznać za niewspółmiernie rażąco surową reakcją za przypisane przestępstwo.

Ponadto nie było mankamentem postępowania pierwszoinstancyjnego poprzestanie przez Sąd Rejonowy ostatecznie na odczytaniu wyjaśnień X. S., S. L. oraz D. D. złożonych przed (...)organami ścigania w związku z prowadzonym w tym państwie postępowaniem karnym przeciwko tym osobom i to nawet bez zasięgnięcia informacji o dalszym jego toku.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do z tym związanych zarzutów środka odwoławczego zaznaczenia wymaga, że zasadzają się na twierdzeniu skarżącego, iż niezależnie od przyczyn niestawiennictwa na rozprawie w dniu 12 grudnia 2017 r., należało ponowić wezwanie w/w świadków, będących obywatelami Niemiec i zamieszkujących na stałe na terenie tego państwa, tam też jedynie przesłuchanych, bądź wystąpić o ich przesłuchanie w drodze międzynarodowej pomocy prawnej, natomiast ograniczenie się do odczytania ich wcześniejszych wyjaśnień, przez co oskarżony i obrońca zostali pozbawieni możliwości zadawania im pytań, nadto nie zostało uwzględnionym, że mogło im przysługiwać prawo do odmowy składania zeznań lub przynajmniej prawo uchylenia się od odpowiedzi na pytanie, jeśli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić ich lub osoby dla nich najbliższe na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, zatem w tym zakresie winno się również poczynić stosowne ustalenia i temu miało służyć zasięgnięcie informacji o dalszym toku postępowania prowadzonego przed organami (...), dowodzić miało sprzeczności wspomnianego odczytania z zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

Dalsze wywody należy poprzedzić uwagą, że określane wyjaśnieniami depozycje odczytane na rozprawie X. S., S. L. oraz D. D. złożyli podczas przesłuchań prowadzonych przez (...)Policję w związku z przedstawionymi im zarzutami popełnienia czynów z ustawy o środkach odurzających. Zalegające w aktach sprawy protokoły tych czynności w uwierzytelnionym przekładzie wskazują niezbicie, że zostały one przeprowadzone z zachowaniem standardu odpowiadającego wymaganiom przewidzianym w przepisach Kodeksu postępowania karnego dla czynności przesłuchania podejrzanego (art. 171 kpk, art. 175 kpk, art. 300 § 1 kpk, art. 301 kpk i art. 313 kpk). W/w osoby zostały bowiem pouczone o przysługujących im prawie do składania zeznań i odmowie składania zeznań oraz prawie kontaktu z wybranym przez siebie obrońcą, a także prawie do przyznania obrońcy z urzędu. Poinformowano je także

o treści zarzutów, a w trakcie przesłuchania miały umożliwione swobodne wypowiedzenie się, zadawane pytania nie miały charakteru pytań sugerujących, poza tym nikt nie wpływał na ich wypowiedzi za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej, bądź stosując hipnozę albo środki chemiczne lub techniczne wpływające na ich procesy psychiczne albo mające na celu kontrolę nieświadomych reakcji ich organizmu w związku z przesłuchaniem. Ponadto nie sposób mieć było zastrzeżeń co do rzetelności udokumentowania tych czynności, gwarantowanej również na gruncie polskiego procesu karnego (art. 143 § 1 pkt 2 kpk, art. 148 kpk, art. 150 kpk). Przywołane protokoły zawierają oznaczenie czynności, ich miejsca i czasu oraz osób w nich biorących, a także przebieg utrwalonych nimi przesłuchań, co w odniesieniu do zawartych w nich depozycji osób przesłuchiowanych wyrażało się zamieszczeniem ich treści z możliwą dokładnością. Opatrzono zostały podpisami przesłuchującego, protokolanta oraz osoby przesłuchiwanej. Przed podpisaniem zostały też odczytane, tak więc osoby przesłuchiwane miały możliwość ewentualnego zgłoszenia zarzutów do ich treści.

Powyższe nie mogło dziwić, kiedy państwo (...), podobnie jak Polska, jest stroną Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności zawierającej klauzulę gwarancyjną dotyczącą postępowania karnego oraz przyznającej prawa podmiotom uczestniczącym w takim postępowaniu.

Z tej perspektywy nie można mieć było najmniejszej wątpliwości, nawet bez potrzeby uciekania się do analizy (...)ustawy karnej procesowej czy nawet (...)ustawy zasadniczej, że sposób przeprowadzenia przedmiotowych przesłuchań oraz sposób ich rejestracji nie może uchodzić za sprzeczny z zasadami porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej. Nie chodzi przecież o to, aby procedura przesłuchania przez uprawnione organy państwa obcego była identyczna z procedurą polską (zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 30 listopada 2004 r., II AKa 234/04, KZS 2005/1/24). Przez pojęcie zasady porządku prawnego należy bowiem rozumieć reguły natury ogólniejszej, a więc gwarancje konstytucyjne oraz podstawowe zasady procesu karnego, takie jak prawo do obrony, prawo do odmowy składania wyjaśnień czy też zakaz uzyskiwania dowodu w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi (zob. postanowienie SN z dnia 8 lutego 2006 r., III KK 370/04, LEX nr 176060). Stąd nie byłoby dopuszczalnym wykorzystanie jako sprzecznych z zasadami porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej czynności dowodowych przeprowadzonych np. z użyciem metod zakazanych przez art. 171 § 4 i 5 kpk, albo wbrew bezwzględnemu zakazowi dowodowemu. Nie ma natomiast sprzeczności z zasadami porządku prawnego, gdy prawo obce, zgodnie z którym dokonano za granicą czynności dowodowej, przewiduje nawet większe uprawnienia jednostki, której czynność dotyczy, jak również gdy forma czynności zawiera wymagania dalej idące, niż określa to prawo polskie (zob. S. Steinborn [w:] Grajewski, Paprzycki, Steinborn, Kodeks, t. 2, 2010, s. 541–542; S. Steinborn [w:] Grajewski, Paprzycki, Steinborn, Kodeks, t. 2, 2015, komentarz do art. 587; zob. także L. Gardocki [w:] Stefański, Zabłocki, Kodeks, t. 3, 2004, s. 869).

Zauważenia zaś wymaga, iż orzecznictwo za dopuszczalne uznaje odczytanie na rozprawie w odpowiednim zakresie, na zasadach określonych w art. 391 kpk, protokołów zeznań świadka złożonych przez niego w postępowaniu przygotowawczym, prowadzonym przez prokuratora państwa obcego albo organ działający pod jego nadzorem lub przed sądem państwa obcego, jeżeli sposób przeprowadzenia tych czynności nie jest sprzeczny z zasadami porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej, mimo że czynności te nie zostały podjęte na wniosek polskiego sądu lub prokuratora (art. 587 kpk) ani też przed przejściem ścigania (art. 590 § 4 kpk) (zob. np. wyrok SA w Warszawie z dnia 29 października 2012 r., II AKa 295/12, LEX nr 1238299). U podstaw tego stanowiska legło przekonanie, że art. 391 kpk nie określa, czy chodzi o protokoły zeznań świadka złożonych w postępowaniu wyłącznie przed organem polskim, czy też mogą być to również protokoły z postępowania zagranicznego. Rozróżnienie takie - niemożliwe do przyjęcia na tle brzmienia ustawy - byłoby ponadto niezasadne, nacechowane automatyzmem. Nie ma bowiem żadnych racjonalnych argumentów przemawiających za przyjęciem tezy, że odstępstwa od zasady bezpośredniości postępowania sądowego są dopuszczalne jedynie w wypadku „wprowadzania” do procesu, w warunkach określonych w art. 391 § 1 kpk, protokołów sporządzonych przez krajowe organy wymiaru sprawiedliwości (sądy, prokuratora lub organy działające pod jego nadzorem), lecz już nie na rzecz identycznych protokołów sporządzonych w zagranicznym postępowaniu. Byłoby to założenie formalistyczne, polegające na apriorycznym i mechanicznym uznaniu tych

protokołów za niepełnowartościowe, nie nadające się do wykorzystania w polskim postępowaniu karnym (zob. postanowienie SN z dnia 28 marca 2002 r., V KKN 122/00, OSNKW 2002/7-8/60).

Z tych samych względów nie powinno być więc też przeszkód - *lege non distinguente* - do odczytania na rozprawie, w sytuacji przewidzianej w art. 391 § 2 kpk, protokołów wyjaśnień podejrzanego złożonych w postępowaniu przygotowawczym toczącym się za granicą lub przed sądem obcego państwa, o ile sposób przeprowadzenia tych czynności nie jest sprzeczny z zasadami porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej, mimo że czynności te nie zostały podjęte na wniosek polskiego sądu lub prokuratora (art. 587 kpk) ani też przed przejściem ścigania (art. 590 § 4 kpk).

W niniejszym postępowaniu mającym za przedmiot czyn obywatela polskiego popełniony na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zatem z przyczyn oczywistych nie toczące się w trybie przejścia ścigania (zob. art. 591 § 1 kpk), chodzi właśnie o takie materiały zgromadzone w (...) postępowaniu przygotowawczym dla jego celów. Do tych protokołów nie stosuje się zatem art. 587 kpk, choćby odpowiednio poprzez art. 590 § 4 kpk.

Nie mniej skarżący zdaje się w ogóle twierdzić, iż każde, nawet prawem przewidziane, odstępstwo od bezpośredniego przeprowadzenia przed sądem dowodu z przesłuchania świadka i poprzestanie na odczytaniu jego wcześniejszych depozycji, pozostawałoby w sprzeczności z zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej, ponieważ pozbawiałoby oskarżonego i obrońcy przysługującego mu z mocy art. 171 § 2 kpk prawa do zadawania pytań osobie przesłuchiwaney. Jest to pogląd z przyczyn oczywistych chybiony. Nie można przecież zasadnie podnosić, że uregulowanie art. 171 § 2 kpk określające komu i w jakim porządku przysługuje prawo zadawania pytań osobie przesłuchiwaney, miałyby wyłączać stosowanie tych przepisów, które pozwalają w określonych przypadkach sądowi poprzestać na odczytaniu wcześniejszych wyjaśnień i zeznań, a na tym w istocie zasadza się rozumowanie skarżącego. Przewidziane tymi przepisami odstępstwo od zasady bezpośredniości zakłada przecież także rezygnację z czynności przesłuchania, której sposób przeprowadzenia określa art. 171 kpk. W takim przypadku nie może zaś dojść do naruszenia reguł, których z istoty danej czynności dowodowej nie da się zastosować. Musi być oczywistym, iż zagwarantowanie swobody wypowiedzi przesłuchiwanemu, a przesłuchującemu i innym osobom biorącym udział w tej czynności prawa zadawania pytań przesłuchiwanemu może mieć miejsce jedynie wówczas, kiedy czynność przesłuchania jest w ogóle przeprowadzana. Kiedy dowód z wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadka przeprowadzany jest wyłącznie pośrednio przez odczytanie wcześniejszych depozycji, istota tejże czynności procesowej wyklucza zadawanie pytań. Jakkolwiek więc zasada bezpośredniości należy do podstawowych reguł procesu karnego, to jednak w określonych sytuacjach siłą rzeczy podlega ograniczeniu z wszystkimi tego konsekwencjami a zatem i tą, że obrona nie ma możliwości udziału w przesłuchaniu świadka, a tym samym realizowania prawa do zadawania mu pytań. Kiedy więc decyzja o skorzystaniu z możliwości przewidzianej w art. 391 kpk znajduje swoje uzasadnienie, tj. zachodzi choćby jedna z sytuacji w nim wskazanych, nie można utożsamiać jej z naruszeniem prawa do obrony. Pozostaje ono dalej skutecznym, tyle że musi być realizowane w ramach innych czynności dowodowych, aniżeli bezpośrednio przesłuchanie świadka (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 13 kwietnia 2016 r., II Aka 62/16, LEX nr 2172531; wyrok SA w Warszawie z dnia 5 grudnia 2014 r., II Aka 391/14, LEX nr 1621255).

W związku z tym Sąd Rejonowy odczytując wcześniejsze wyjaśnienia X. S., S. L. oraz D. D. nie mógł obrazić art. 171 § 2 kpk, a tym samym również art. 6 kpk, dla którego stanowi gwarancję respektowania statuowanego nim prawa do obrony.

W konsekwencji sprzeczności odczytania tych wyjaśnień z porządkiem prawnym Rzeczypospolitej Polskiej nie sposób też wywodzić z tego, że osoba, z której przesłuchania zrezygnowano, gdyby była przesłuchiwaną mogłaby uchylić się od odpowiedzi na pytanie z tej to przyczyny, że udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić tę osobę lub osobę dla niej najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe (art. 183 § 1 kpk). Skarżący nie zauważa, iż Kodeks postępowania karnego nie zakazuje wykorzystania wcześniejszych depozycji osoby, której przysługiwałoby prawo przewidziane w art. 183 § 1 kpk, nawet tych złożonych w charakterze świadka. Poprzednio złożone zeznanie nie może służyć za dowód, ani być odtworzone jedynie wówczas, kiedy osoba uprawniona do odmowy złożenia zeznań albo zwolniona z ich złożenia na podstawie art. 185 kpk, oświadczy, że chce z tego prawa skorzystać, nie później

jednak niż przed rozpoczęciem pierwszego zeznania w postępowaniu sądowym (art. 186 § 1 kpk). Odmowy zeznań nie można natomiast utożsamiać z uchyleniem się od odpowiedzi na pytanie. Warto jednak przy tym odnotować, że nawet niemożność zrealizowania obowiązku pouczenia świadka o prawie do odmowy zeznań (art. 191 § 2 kpk) nie stanowi przeszkody prawnej do odczytania i wykorzystania poprzednio złożonych przez tę osobę zeznań (art. 391 § 1 kpk), gdy nie przysługiwały jej wtedy jeszcze uprawnienia z art. 182 kpk (zob. wyrok SN z dnia 22 stycznia 2014 r., IV KK 313/13, OSNKW 2014/6/49). Zatem kiedy świadek uchylił się od odpowiedzi na pytanie, niezależnie od tego, czy zasadnie, czy też nie, zgodnie z art. 391 § 1 i 2 kpk odczytanymi byłyby jego wcześniejsze zeznania lub wyjaśnienia, w których odniósłby się do okoliczności, na które z powołaniem się na uprawnienie z art. 183 § 1 kpk nie chciałby się podczas przesłuchania wypowiedzieć.

Co oczywiste, nie doszło też do naruszenia art. 392 § 1 kpk, kiedy odczytanie wcześniejszych wyjaśnień X. S., S. L. oraz D. D. nastąpiło na podstawie art. 391 § 1 kpk, o czym musi przekonywać udokumentowany protokołem przebieg rozprawy przed Sądem Rejonowym, a i dla samego skarżącego istota związanego z tym uchybieniem wiązać się miała z brakiem podstaw do odczytania owych wyjaśnień na tej podstawie, że w/w osoby przebywają za granicą, czyli w sytuacji uregulowanej w art. 391 § 1 i 2 kpk.

Nie mogły zostać też obrażonymi art. 185 § 1 – 3 kpk. X. S., S. L. oraz D. D. niewątpliwie nie są dla oskarżonego osobami najbliższymi w rozumieniu art. 115 § 11 kk. Mężczyźni ci nie byli również nigdy małżonkami oskarżonego, jak też nie pozostawali z nim w stosunku przysposobienia. Nie przysługiwałoby im zatem prawo do odmowy składania zeznań na tej podstawie (art. 185 § 1 i 2 kpk). Nawet zaś jeśliby przysługiwałoby im prawo do odmowy zeznań z tego względu, że w innej toczącej się sprawie są oskarżonymi o udział w przestępstwie objętym postępowaniem (art. 182 § 3 kpk), to i tak zgodnie z art. 391 § 2 kpk, złożone przez nich uprzednio wyjaśnienia sąd miałby prawo odczytać (zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 20 listopada 2015 r., II AKa 394/15, Prok. i Pr.-wkl. 2016/12/36). Ratio legis takiego rozwiązania wynika zaś z założenia, że skoro świadek nie odmówił złożenia wyjaśnień w postępowaniu, w którym jest oskarżonym (podejrzany), to nie ma przeszkód do dowodowego wykorzystania tych wyjaśnień w innym postępowaniu (zob. uchwałę 7 sędziów SN z dnia 27 listopada 1975 r., VI KZP 5/75, OSNKW 1976/1/1). Stąd nie może dziwić, że prawo do odmowy zeznań przewidziane w art. 182 § 3 kpk jest prawem podmiotowym świadka i ma służyć ochronie jego interesu procesowego, a nie interesu oskarżonego (zob. wyrok SN z dnia 22 stycznia 2014 r., IV KK 313/13, OSNKW 2014/6/49). W przypadku więc skorzystania z tego prawa, w związku z odczytaniem wyjaśnień, wyłącznie prawem obecnego wówczas w sądzie świadka, nie zaś jego obowiązkiem, byłoby wypowiedzenie się co do odczytanych wyjaśnień (zob. uzasadnienie wyroku SA we Wrocławiu z dnia 20 grudnia 2001 r., II AKa 551/01, OSA 2002/8/62). Wiążący się zaś z tym bezpośredni kontakt sądu prowadzącego postępowanie ze świadkiem umożliwiający obserwowanie jego reakcji na rozprawie, w tym na odczytywane jego uprzednie depozycje, mógłby mieć co najwyżej znaczenie przy ocenie dowodu (zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 4 listopada 2015 r., III KK 112/15, LEX nr 1925806), nie może natomiast determinować oceny poprawności przeprowadzenia czynności dowodowej.

Tym samym rację miał Sąd Rejonowy wskazując, iż nie musiał pozyskiwać wiedzy o dalszym losie postępowania, w toku którego odczytane wyjaśnienia X. S. S. L. oraz D. D. zostały złożone. Nie miało to najmniejszego znaczenia dla prawidłowego wprowadzenia tych depozycji do podstawy dowodowej wyroku. Poza tym wynik (...) postępowania nie mógł kształtować podstawy dowodowej zaskarżonego wyroku, a to zgodnie z wyrażoną w art. 8 § 1 kpk zasadą samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego. Zasadnie zatem oddalony został na podstawie art. 170 § 1 pkt 2 kpk wniosek dowodowy obrońcy o zasięgnięcie informacji w tym zakresie. Również i ten przepis nie został więc obrażony.

Innego rodzaju zagadnieniem było natomiast, czy rzeczywiście Sąd Rejonowy miał podstawy, by poprzestać na odczytaniu wyjaśnień X. S., S. L. oraz D. D.. W wypadku, gdyby zachodziły ku temu podstawy wskazane w art. 391 kpk, z których sąd jedynie skorzystał, nie byłoby skutecznym postawienie zarzutu nierespektowania zasady bezpośredniości. Dopuszczalne przez ustawę wyjątki od tej zasady nie stanowią jej naruszenia (zob. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 6 kwietnia 2006 r., IV KK 7/06, OSNKW 2006/6/16).

Oczywiście słusznym jest pogląd, że gdy zeznania świadka przebywającego za granicą mają istotne znaczenie dla merytorycznego rozpoznania sprawy, sąd nie powinien automatycznie stosować odstępstwa od zasady

bezpośredniości, lecz dążyć do spowodowania stawienia świadka na rozprawę. Należy bowiem mieć na względzie zasadę prawdy materialnej, a także zasadę prawa do obrony przez stworzenie obronie możliwości zadawania pytań, gdy nie mogła ona tego czynić na wcześniejszym etapie postępowania. Dla realizacji tych zasad powinny zostać podjęte działania zmierzające do przesłuchania świadka.

Nie mniej pamiętać też trzeba, że art. 391 kpk przewidując samoistną przesłankę odczytania zeznań przebywającego za granicą świadka oraz złożonych przez niego uprzednio wyjaśnień w charakterze oskarżonego (podejrzanego), nie uzależnia skorzystania z tej możliwości od żadnych dodatkowych warunków, takich jak znaczenie odczytywanych zeznań dla toczącego się postępowania (zob. postanowienie SN z dnia 20 sierpnia 2014 r., II KK 204/14, OSNKW 2015/1/6; postanowienie SN z dnia 22 maja 2014 r., III KK 117/14, LEX nr 1482405; postanowienie SN z dnia 6 kwietnia 2006 r., IV KK 7/06, OSNKW 2006/6/60; wyrok SA w Lublinie z dnia 27 maja 2015 r., II AKa 321/14, LEX nr 1746825;). Zwykło się jednak wskazywać, że pobyt świadka za granicą ma być długotrwałym, realnie uniemożliwiającym przybycie na rozprawę, a nie np. być związanym z wycieczką czy urlopem (zob. wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2015 r., II Aka 59/15, LEX nr 1746825; wyrok SA w Krakowie z dnia 14 kwietnia 2015 r., II AKa 48/15, LEX nr 1799391). Uprawniać sąd do zastosowania art. 391 § 1 kpk ma też fakt, że świadek na stałe przebywa za granicą i nie udało się doręczyć mu skutecznie wezwania na rozprawę (zob. postanowienie SN z dnia 15 listopada 2017 r., III KK 222/17, EX nr 2408300).

Sąd nie może być zatem zwolnionym od ustalenia, czy pobyt świadka za granicą stanowi realną przeszkodę w realizacji zasady bezpośredniości. Stąd przyjmuje się, że pobyt świadka za granicą należy traktować jako wystarczającą przesłankę odczytania jego zeznań złożonych w postępowaniu przygotowawczym tylko wtedy, gdy przesłuchanie go przed sądem jest utrudnione w stopniu porównywalnym z niemożliwością doręczenia mu wezwania lub innymi niedającymi się usunąć przeszkodami (zob. wyrok SN z dnia 18 marca 2015 r., II KK 318/14, OSNKW 2015/9/73). Przeszkoda ta powinna być zatem realna, dość trwale istniejąca, rzeczywiście uniemożliwiająca przybycie świadka i jego bezpośrednie przesłuchanie przed sądem (zob. postanowienie SN z dnia 20 sierpnia 2014 r., II KK 204/14, OSNKW 215/1/6).

Tymczasem w rozpatrywanym przypadku Sąd Rejonowy podjął czynności zmierzające do bezpośredniego przesłuchania na rozprawie świadków X. S., S. L. oraz D. D.. Polecił ich wezwać, a ponieważ świadkowie nie władają językiem polskim nakazał wyekspediować stosowne pisma w tłumaczeniu na język (...) (k. 260). Nie było jednak możliwym ich przesłuchanie. Żaden z nich się bowiem nie stawił na wezwanie. D. D. dwukrotnie wezwany nie podjął żadnej z przesyłek sądowych (k. 289, 302). Z kolei dwaj pozostali świadkowie swoje niestawienie nie tylko usprawiedliwili stanem zdrowia stosownie udokumentowanym, ale również przedstawili je w taki sposób, który pozwalał wnioskować, iż nie zamierzają jednak przyjechać do Polski i złożyć zeznań. S. L. po tym, jak deklarował swe stawienie pod warunkiem zrekompensowania mu kosztów przejazdu i utraconego zarobku w łącznej kwocie ok. 2.000 Euro (k. 296, tłumaczenie – k. 297), wysłał następnie e-mail z załączonym zaświadczeniem lekarskim, z którego wynikało, że na przyjazd do Polski nie pozwala mu nadciśnienie tętnicze, zawroty głowy i dolegliwości związane z krążeniem (k. 303-304, tłumaczenie k. 321). Z kolei pełnomocnik X. S., który zgłosił się do sprawy pod koniec października 2017 r. (k. 292-293, tłumaczenie – k. 294-295), w dniu rozprawy na piśmie powiadomił, że jego mandant nie jest absolutnie zdolny do obycia podróży, gdyż jest w ciężkim stanie przywiązany do łóżka (k. 305).

Zauważenia wymaga, iż Sąd Rejonowy nie dysponował instrumentarium, za pomocą którego mógłby od cudzoziemców zamieszkujących na stałe poza granicami Polski, nawet jeśli są oni obywatelami państwa członkowskiego Unii Europejskiej, wyegzekwować skutecznie obowiązek stawienia. Nawet w wezwaniu doręczanym w trybie międzynarodowej pomocy prawnej świadkowi niebędącemu obywatelem polskim, a stale przebywającym za granicą, nie zamieszcza się zagrożenia stosowaniem środków przymusu z powodu niestawienia (art. 589 § 4 kpk).

W tych warunkach uznać należało przesłuchanie na rozprawie X. S. S. L. oraz D. D. za utrudnione w stopniu porównywalnym z niemożliwością doręczenia im wezwania lub innymi niedającymi się usunąć przeszkodami.

Przeszkody, z powodu których świadkowie ci się nie stawili, miały prawo być postrzeganymi jako dość trwale istniejące i rzeczywiście uniemożliwiały przybycie oraz bezpośrednio przesłuchanie przed sądem.

Co prawda apelujący w środku odwoławczym wypomniał Sądowi Rejonowemu również, że alternatywnie względem bezpośredniego przesłuchania na rozprawie nie wdrożył procedury przesłuchania w/w świadków w drodze międzynarodowej pomocy prawnej, nie mniej trzeba podkreślić, iż nie było to oczekiwaniem skarżącego w toku postępowania pierwszoinstancyjnego. Kiedy musiał być zorientowany co do wyżej podanych przyczyn nieobecności na rozprawie X. S., S. L. oraz D. D., nie zaproponował przeciwko odczytaniu złożonych przez nich uprzednio wyjaśnień w (...)postępowaniu przygotowawczym, a jedyną jego reakcją było niezasadne z przyczyn wyżej wymienionych domaganie się ustalenia dalszego toku tego postępowania, nadto wnioskowanie umożliwienia złożenia na kolejnym terminie rozprawy wyjaśnień przez oskarżonego, nie wiadomo jednak na jaką okoliczność, podczas gdy był on już wówczas przesłuchany na etapie postępowania sądowego i w złożonych w tej fazie procesu wyjaśnieniach ograniczył się w istocie do udzielenia odpowiedzi na pytania zadane mu przez obrońcę, na ewentualne pytania sądu i prokuratora nie chciał natomiast odpowiadać. Nie zdawał się zatem skarżący postrzegać przesłuchania w/w świadków w drodze międzynarodowej pomocy prawnej jako trybu gwarantującego obronie możliwość zadania im pytań. Nawet w środku odwoławczym nie wskazał, na jakie to pytania obrony świadkowie nie mieli możliwości odpowiedzi choćby poprzez przesłuchanie ich w drodze międzynarodowej pomocy prawnej. Nie twierdził też, że dotychczasowe relacje tych osób wymagałyby ich uzupełniającego przesłuchania dla wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy. Niewątpliwie wskazany tryb przesłuchania świadków byłby zaś już odstępstwem od zasady bezpośredniości, skoro nie zapewniałby sądowi orzekającemu bezpośredniego kontaktu ze źródłem dowodowym. Gwarantującego jej realizację przesłuchania w trybie art. 177 § 1a kpk (tzw. wideokonferencja) obrońca także nie postulował, jak też nie twierdził, iż w związku z zaniechaniem tego doszło do obrazy art. 391 § 1 i 2 kpk.

Kierując się powyższym należało zatem stwierdzić, iż przez odstąpienie od przesłuchania X. S., S. L. oraz D. D. i odczytanie poprzednio złożonych przez nich wyjaśnień, Sąd Rejonowy nie naruszył określonego w art. 391 § 1 i 2 kpk wyjątku od zasady bezpośredniości, a z którego z podanych względów miał prawo skorzystać.

Rzeczywiście natomiast dość dowolnie ocenił Sąd Rejonowy obciążające oskarżonego depozycje X. S., z których to w zasadzie wyłącznie wynikało, że świadek ten był jedynie pośrednikiem w transakcji pomiędzy oskarżonym a D. D., nie mającym z tego żadnej korzyści finansowej, gdyż zapłata za dostarczony narkotyk przypadła P. G.. D. D. tylko bowiem domyślał się na podstawie krótkiego kontaktu z mężczyzną, który przekazać miał mu przedmiotowy narkotyk w garażu w P., do którego udał się swoim samochodem wraz X. S., a w którym to osobniku na podstawie okazanego mu bezsprzecznie wizerunku P. G. rozpoznał oskarżonego (tłumaczenie – k. 70), że cyt. „ Tego nie wiem, jednak zakładałem, że byli raczej równouprawnieni”, odpowiadając konkretnie na pytanie przesłuchującego cyt „ Jaki podział ról istnieje Pana zdaniem pomiędzy X., a tą inną osobą w Polsce” (tłumaczenie – k. 65).

Sąd I instancji w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazał, że cyt. „ zeznania X. S. oraz D. D. w pełni zasługują na walor wiarygodności, są bowiem spójne ze sobą, konkretne, rzeczowe i logiczne”, nadto cyt. „... znajdują częściowe oparcie w zeznaniach S. L. ”, a „ ... zeznania ... F. U. i P. B., to niewiele dowodowo wnoszą do sprawy, gdyż ... nie posiadają żadnych informacji na temat, czy oskarżony udostępnił komukolwiek, a w szczególności D. D. lub X. S., środków odurzających” (k. 339v-340). Nie dostrzegł jednak Sąd Rejonowy, iż w istocie relacje X. S. oraz D. D. były zgodnymi w jednym, że to fizycznie od oskarżonego drugi z mężczyzn w obecności pierwszego we wskazanym garażu otrzymał we władanie marihuanę w ilości nie mniejszej niż 2 kg. Co do innych okoliczności związanych z tą transakcją istotnie się natomiast różniły. Rozmijały się odnośnie roli w transakcji, jaką pełnił X. S., którego wyjaśnienia przedstawiać miały go jako osobę niezwiązaną z procederem handlu narkotykami, która z przyczyn altruistycznych zdecydowała się pomóc przyjacielowi znajdującemu się w finansowej potrzebie i po temu miał przekazać mu ofertę oskarżonego zainteresowanego rozprowadzaniem narkotyków w Niemczech jak też skojarzyć obu mężczyzn i doprowadzić do ich spotkania, podczas którego miało dość do transakcji kupna-sprzedaży zakazanego środka odurzającego. Nie zdecydował się natomiast np. pożyczyc D. D. pieniędzy, choć swój majątek wycenił na ok. 500.000 euro (tłumaczenie k. 56-58). Inaczej zdawał się to widzieć D. D., składając w istocie obciążające X. S. wyjaśnienia, którego tzw. polscy świadkowie, czyli przywołani przez apelującego F. U. i P. B. przedstawili w istocie

jako osobą nieszczerą, mającą swoje tajemnice. Jednocześnie S. L. naprowadzał okoliczności, które korespondowały z tym, co opowiedział D. D.

Z relacji tego świadka wynikało, że to X. S. zaproponował mu rozprowadzanie narkotyków na terenie Niemiec, a kiedy przystał na jego propozycję, to on był dla niego partnerem w uzgodnieniach dotyczących transakcji. Wedle D. D. cenę narkotyku także miał określić X. S.. Co przy tym istotne, miała być na poziomie, który kompletnie nie przystawał do twierdzeń X. S. związanych z warunkami, jakie w tym zakresie postawić miał P. G. (nie sprzedaje towaru poniżej 40.000 złotych, w związku z czym zamówiono ok. 5 kg marihuany, gdyż D. D. przystał na zapłatę na poziomie 10.000 euro – tłumaczenie k. 58). Tymczasem wedle D. D. to świadek X. S. miał chcieć od niego najpierw 8 euro za gram „towaru”, a dopiero z czasem, kiedy wraz z S. L. nie byli go w stanie sprzedać za taką cenę, zszedł do 6,5 euro (tłumaczenie – k. 68).

Dodać też trzeba, iż relacja X. S. rozmięła się z wyjaśnieniami D. D. także co do źródła finansowania transakcji. X. S. podał, że wyłożył własne środki tytułem pożyczki udzielonej D. D., w związku z tym, iż ten miał nie mieć wymaganych 10.000 euro (tłumaczenie – k. 58). Natomiast wedle D. D. nie było mowy o pożyczce, tylko narkotyk miał otrzymać od X. S. w komis, co oznaczało uregulowanie zapłaty po sprzedaży towaru (tłumaczenie – k. 64). W rozliczeniu miał być zatem wykorzystany mechanizm, o którym wiadomo, że jest w praktyce zwyczajowo stosowany podczas dystrybucji narkotyków przez osoby aktywnie uczestniczące w tym procederze.

Z kolei wspólnik D. D., z którym ten w Niemczech handlował nabytą w Polsce marihuanę, czyli S. L., miał nie mieć w ogóle wiedzy o zaangażowaniu w transakcję oskarżonego, a o pochodzeniu wspomnianego narkotyku, którego ilość oszacował na 2 do 2,5 kg wyjaśnił, że wie, iż D. D. otrzymał ją od niejakiego X. W. (tłumaczenie – k. 78). W okolicznościach niniejszej sprawy nie może zaś budzić najmniejszej wątpliwości, iż wskazał w ten sposób na X. S..

W toku uzupełniających wyjaśnień, których z niewiadomych względów Sąd I instancji nie odczytał, a błąd ten naprawił Sąd odwoławczy dopełniając zaniechanej czynności w toku rozprawy apelacyjnej (k. 372), S. L. dalej twierdził, iż marihuanę D. D. przywiózł z Polski od X. S.. Dodatkowo podał, że to X. S. chciał za nią 8 euro za gram, a później zszedł na 6 euro (tłumaczenie – k. 184-185).

Można zatem rzec, że wyjaśnienia X. S. w zakresie, w jakim to oskarżonego przedstawiały jako wyłącznego dostawcę przedmiotowego narkotyku, który ponadto na jego sprzedaży zarobić miał określoną sumę pieniędzy, były odosobnionymi, jak też nie przystawały do relacji D. D. i S. L.. Ponadto wybrzmiewały niedorzecznie, kiedy świadek twierdził, że pomógł koledze znajdującemu się w finansowej potrzebie proponując mu handel w Niemczech narkotykami. Dla osób, które z czasu około 2 letniego pobytu w Polsce X. S. zdążyły go nieco poznać, a więc dla F. U., który też wynajmował od niego mieszkanie, a także dla P. B., jego ówczesnej partnerki życiowej, których relacje zostały niedocenione w zakresie okoliczności z nich wynikających, był z kolei osobą nieco tajemniczą, uciekającą się do fałszu, a przynajmniej dającą po sobie poznać, iż nie jest w pełni szczerą. Tak też w zestawieniu z relacją D. D. wybrzmiewały wyjaśnienia X. S.. Nie chciał w nich uchodzić za osobę zaangażowaną w proceder handlu narkotykami, choć także doświadczenie życiowe i logika podpowiadały, że nie byłby w stanie od takiego powiązania uciec.

Okoliczność, że X. S. nie był skłócony z oskarżonym, co ten sam przyznał (k. 259v), nie mogła natomiast tłumaczyć, dlaczego w istocie odmiennie z tym, co wynikało z relacji D. D. pierwszy z mężczyzn przedstawił zaangażowanie w przedmiotową transakcję P. G..

Stąd nie można było dać wiary wyjaśnieniom X. S. w tej części, w której bardziej lub mniej czytelnie wskazywał, że to P. G. sprzedał D. D. 2 kg marihuany i otrzymał za to stosowną gratyfikację. Całokształt okoliczności sprawy (art. 410 kpk), zarówno tych korzystnych, jak i niekorzystnych dla oskarżonego (art. 4 kpk), ocenionych z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego (art. 7 kpk), z przyczyn wyżej naprowadzonych nie pozwalał dojść do innego wniosku. Zatem stanowisko Sądu I instancji, wedle którego relacje X. S. zasługiwały na obdarzenie ich w pełni wiarą, było zbyt daleko idącym i dowodziło dokonania oceny tego dowodu z naruszeniem art. 7 kpk, prowadzącej w konsekwencji do błędnych ustaleń faktycznych w wynikającym z tego zakresie.

Nie było natomiast powodów, by nie wierzyć X. S., podobnie D. D. odnośnie okoliczności przekazania 2 kg marihuany temu drugiemu mężczyźnie w obecności pierwszego, jednoznacznie wskazujących na zaangażowanie oskarżonego wyrażające się dostarczeniem narkotyku w umówione miejsce i przekazaniem go D. D.. W tym zakresie ocena zgodnych wyjaśnień obu mężczyzn zasługiwała na akceptację. Nie mogła bowiem uchodzić za dowolną, a tym samym niespełniającą kryteriów oceny swobodnej określonych w art. 7 kpk.

Nie mogło ich deprecjonować li tylko to, że pochodziły od osób, które same popadły w konflikt z prawem i z którego tłumaczyły się przed (...)organami ścigania. Nawet jeśli z przyczyn wyżej wskazanych X. S. zdawał się wtedy przedstawiać w korzystniejszym świetle, niczego takiego nie można już jednak powiedzieć o D. D., który niczego nie ukrywał, wyjawiał bowiem również zaangażowanie S. L., nadto dość szczegółowo i obszernie wskazywał osoby, którym narkotyki miał w Niemczech sprzedawać. Okoliczności z tym związane potwierdzało wcześniejsze ujawnienie pewnej ilości marihuany u B. A. (tłumaczenie - k. 166-168,), ślady na opakowaniu której prowadziły do źródła jej pochodzenia, którym byli D. D. i S. L. (tłumaczenie – k. 50-51, 183).

To, że S. L. wiedział jedynie, że narkotyk pochodził od oskarżonego, nie musiało wcale oznaczać, że w jego przekazanie we władztwo D. D. nie mógł być zaangażowany w sposób przez tegoż opisywany P. G..

Nie jest też niczym dziwnym, że kto inny uzgadnia warunki transakcji zakazanej przez prawo, a kto inny dostarcza w umówione miejsce jej przedmiot.

Nie mogło zaś być najmniejszej wątpliwości, że D. D. zgodnie ze wskazaniem X. S. zidentyfikował owego dostawcę, który był dla niego osobą wcześniej nieznaną, nie posiadał też wiedzy o jego danych osobowych, a nawet przydomku (...) podanym przez X. S..

Nie sposób ponadto odmówić racji stanowisku Sądu Rejonowego, że X. S. i D. D. nie mieli interesu, aby akurat konkretnie oskarżonego fałszywie wikłać w przedmiotową transakcję. Sugerowane dopiero w toku rozprawy apelacyjnej, że tak jak X. S., tak i D. D. miał chcieć w ten sposób ukryć rzeczywiste źródło pochodzenia narkotyku, gdyż chciał je chronić (k. 372v), nie wytrzymuje krytyki w konfrontacji z zasadami logiki oraz wskazaniem doświadczenia życiowego. Nie zostało dostrzeżonym, że dostawca miał nie być w ogóle znanym D. D., a jego identyfikacji ten dokonał wyłącznie na podstawie zabezpieczonego w wersji elektronicznej wizerunku oskarżonego (k. 29, płyta CD – 160 wraz z jej opisem w tłumaczeniu – k. 162). Co jednak istotniejsze, gdyby rzeczywiście chcieli chronić źródło pochodzenia narkotyku, a po temu przecież należałoby wskazać fałszywie na jego pochodzenie, nie kierowaliby i to zgodnie z podejrzeniami na osobę, którą X. S. wręcz wprost identyfikował, a D. D. mogłoby to uczynić. Musieliby się w takiej sytuacji liczyć z działaniami przeciwko tej osobie możliwymi do podjęcia, a w konsekwencji z popadnięciem z nią w konflikt z powodu nieprawdziwego pomówienia. W przypadku ukrycia źródła pochodzenia narkotyku nie o to by przecież chodziło. Dla osiągnięcia tego celu wystarczyłoby wskazać, że dane sprzedającego/dostawcy nie są znane. W szczególności X. S., który chciał uchodzić za nieco przypadkowo uwikłanego w transakcję narkotykową, wówczas nie miałby powodów wskazywać na znanego sobie P. G..

Wylimitowanie z podstawy ustaleń faktycznych niewiarygodnej części wyjaśnień X. S. skutkowało natomiast musiało zmodyfikowaniem ustaleń faktycznych odnośnie tego, na czym konkretnie polegało nielegalne wprowadzenie przez oskarżonego do obrotu 2 kg marihuany. Wyjaśnienia D. D. nie mogły bowiem dawać podstawy do przyjęcia, że nabył on ten narkotyk od oskarżonego za określoną sumę pieniędzy, wyłożoną jedynie tymczasowo w jego zastępstwie przez X. S.. Co najwyżej wynikało z nich, iż w sprzedaż zaangażowany był X. S. oraz oskarżony i obaj z tego mieć mieli korzyść finansową, w jakiej części tego już nie sposób byłoby jednak stwierdzić. Nie mniej ustalenie tego oparte byłoby na domniemaniu wyprowadzonym z okoliczności przywołanych przez D. D.. Te zaś za prawdopodobne nakazywały również uznać, że rola oskarżonego mogła ograniczyć się do dostarczenia w umówione miejsce narkotyku i przekazania we władztwo D. D.. Nie miał on przecież pewności co do ich „równouprawnienia”, a jedynie miał takie wyobrażenie (zakładał to bowiem), którym się podzielił wyraźnie o to indagowany. Niekoniecznie w związku z tym musiał to być narkotyk należący do oskarżonego, gdyż mógł być jedynie posłańcem zobligowanym dostarczyć go w określone miejsce celem przekazania kupującemu, podczas gdy sprzedającym był kto inny, równie dobrze właśnie

X. S., zachowujący przy tym stosowną ostrożność. Nie można byłoby zatem również wykluczyć, że za tego rodzaju zaangażowanie nie byłby oskarżony wynagrodzony, a przynajmniej należało przyjąć, iż nie mu ku temu miarodajnych danych, w szczególności wskazujących na wysokość korzyści majątkowej, jaka się z tym miałyby dla niego wiązać.

Zarysowała się zatem i taka możliwość, że oskarżony tylko dostarczył w umówione miejsce narkotyk i przekazał go D. D. nie mając z tego wymiernej korzyści, gdyż w aspekcie finansowym środki popłynęły, względnie miały popłynąć do kogoś innego. Choć możliwym było również, że to oskarżony sprzedał przedmiotowy narkotyk D. D. i uzyskał za to konkretne pieniądze. Obydwie wersje były prawdopodobne. W takim układzie procesowym, nawet gdyby druga wersja była prawdopodobniejsza, gdy konkurowały ze sobą warianty o pewnym stopniu prawdopodobieństwa, należało wybrać ten, który był dla sprawy najkorzystniejszy. Do takiego postąpienia, obowiązywała reguła *in dubio mitius*, wynikająca wprost z zasady *in dubio pro reo*, o której mowa w art. 5 § 2 kpk.

Dlatego też należało ustalić, modyfikując opis czynu przypisanego oskarżonemu, że oskarżony w dacie bliżej nieustalonej wiosną 2015 r. w P., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, wprowadził do obrotu środek odurzający w postaci 2 kg marihuany w ten sposób, że dostarczył go w ustalone miejsce i przekazał we władztwo innej osobie.

Dalej jednak nie mogło być wątpliwości, że oskarżony wbrew przepisom ustawy wprowadził do obrotu wskazany środek odurzający. Jest nim zgodnie z art. 4 pkt 34 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii każde udostępnienie osobom trzecim, odpłatnie lub nieodpłatnie tych środków. Oczywiście chodzi tu o wypadki, gdy odbiorcą narkotyku nie jest jego bezpośredni konsument (zob. wyrok SA w Białymstoku z dnia 20 marca 2001 r., II AKa 34/01, OSA 2002/4/31; wyrok SA w Krakowie z dnia 31 października 2006 r., II AKa 177/06, LEX nr 227305). Przekazana ilość narkotyku co do tego też nie mogła pozostawiać wątpliwości. Świadczyła ponadto niezbicie, że oskarżony musiał działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przynajmniej przez odbiorcę narkotyku, który przecież w jego posiadanie nie mógł wejść w celach altruistycznych, a dla zarobku, w czym P. G., jak podpowiada doświadczenie życiowe, musiałby się bardzo dobrze orientować.

Brak wskazania w opisie czynu przypisanego danych identyfikujących odbiorcę, którym był D. D., wynikał z kolei jedynie z tego, że nie ma informacji, aby mężczyzna ten został pociągnięty do odpowiedzialności za związane z tym swoje zachowanie (zob. uchwałę SN z dnia 10 lipca 1987 r., VI KZP 10/87, OSNKW 1987/11–12/102).

Jakkolwiek nie powinno też budzić wątpliwości, że 2 kg marihuany to znaczna ilość tegoż środka odurzającego w rozumieniu art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, pozwalałaby bowiem na odurzenie się kilkudziesięciu osobom (zob. wyrok SN z dnia 1 marca 2006 r., II KK 47/05, OSNKW 2006/6/57), należało dostrzec, iż Sąd Rejonowy takiego wniosku nie wysnuł, a w konsekwencji i nie zakwalifikował czynu przypisanego oskarżonemu jako typu kwalifikowanego z przepisu wyżej wskazanego. Niewątpliwie wyeliminowanie tego uchybienia musiałoby prowadzić do wydania w instancji odwoławczej orzeczenia surowszego względem zaskarżonego przynajmniej pod względem zastosowanej kwalifikacji prawnej, na co przy apelacji wywiedzionej wyłącznie na korzyść oskarżonego nie pozwalał zakaz *reformationis in peius* z art. 434 § 1 kpk. W związku z tym nie pozostało Sądowi odwoławczemu nic innego, jak zaakceptować zakwalifikowanie czynu przypisanego oskarżonemu jako występku z art. 56 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Pomimo zmodyfikowania ustaleń w kierunku korzystnym dla oskarżonego, do zaakceptowania były kary wymierzone oskarżonemu przez Sąd I instancji kary. Nie noszą znamion kar niewspółmiernie rażąco surowych. Muszą uchodzić za wyważone, a nawet raczej bliższe łagodnemu potraktowaniu oskarżonego, jeśli uwzględni się ustawowe zagrożenie, a także rodzaj i ilość narkotyku wprowadzoną nielegalnie do obrotu w ramach jednej czynności. Za ich złagodzeniem nie mogło przecież przemawiać li tylko ustalenie, wedle którego oskarżony narkotyk formalnie nie sprzedał, a zatem i nie uzyskał za niego określonej ceny. Mimo wszystko jednak przekazał innej osobie aż 2 kg marihuany. Okoliczność, iż nie był dotychczas oskarżony karany, zadecydowała natomiast przede wszystkim o tym, że zachodziły podstawy do zastosowania względem niego instytucji z art. 69 kk. Za zrozumiałe w związku z tym uchodziło też nałożenie na oskarżonego obowiązku probacyjnego z art. 72 § 1 pkt 1 kk. Co prawda w stanie prawnym obowiązującym w czasie

czynu nie było to obligatoryjnym, a takowym stało się dopiero od 1 lipca 2015 r., nie mniej było celowym. Stąd również nie mogło być wątpliwości, że Sąd Rejonowy nie orzekał z obrazą art. 4 § 1 kk.

Zmienione ustalenia faktyczne nie pozwalały natomiast na orzeczenie wobec oskarżonego przepadku z art. 45 § 1 kk. Nie zostało bowiem ustalonym, że z popełnionego przestępstwa, choćby pośrednio, osiągnął korzyść majątkową. Stąd uchylonym zostało rozstrzygnięcie z pkt 4. Na marginesie warto jedynie zauważyć, że przy odmiennych ustaleniach Sądu Rejonowego ten nieprawidłowo jednak opisał przedmiot przepadku. Nie mogła nim być sama korzyść, skoro pieniądze mające być uzyskanymi ze sprzedaży narkotyku nie zostały oskarżonemu zatrzymane i zabezpieczone na potrzeby postępowania. Z tego już tylko względu obligatoryjnym byłoby orzeczenie przepadku równowartości korzyści majątkowej.

Nie znajdując natomiast już innych uchybień, w szczególności tych podlegających uwzględnieniu niezależnie od kierunku i granic zaskarżenia orzeczenia, Sąd odwoławczy w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

O kosztach sądowych postępowania odwoławczego w związku z częściowym uwzględnieniem wywiedzionej apelacji na korzyść oskarżonego orzeczono po myśli art. 627 kpk w zw. z art. 634 kpk, przy braku warunków do zastosowania art. 624 § 1 kpk. Przed młodym wiekiem oskarżonym nie została nawet zarysowana perspektywa izolacji.

Za wskazane Sąd Okręgowy uznał jeszcze szerzej wytłumaczyć się, dlaczego przyjął, że oskarżony został prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy apelacyjnej, pomimo że okazało się, iż jest on osobą pozbawioną wolności w innej sprawie od dnia 12 lutego 2018 r. jako tymczasowo aresztowany (k. 369), a przesyłka sądowa została do niego wyekspediowana na podany jeszcze podczas przesłuchania w charakterze podejrzanego adres zamieszkania w dniu 12 marca 2018 r. i po dwukrotnym awizowaniu była do podjęcia w placówce pocztowej, co jednak nie nastąpiło i jako nie podjęta została zwrócona nadawcy (k. 366).

Zgodnie z art. 139 § 1 kpk jeżeli strona, a więc również i oskarżony, nie podając nowego adresu, zmienia miejsce zamieszkania lub nie przebywa pod wskazanym przez siebie adresem, w tym także z powodu pozbawienia wolności w innej sprawie, pismo wysłane pod tym adresem uważa się za doręczone. Z kolei oskarżony jeszcze w postępowaniu przygotowawczym stosownie do art. 75 § 1 kpk pouczonej został, co potwierdził własnoręcznym podpisem, że jest obowiązany zawiadamiać organ prowadzący postępowanie o każdej zmianie miejsca swojego zamieszkania lub pobytu trwającego dłużej niż 7 dni, w tym także z powodu pozbawienia wolności w innej sprawie (k. 227). Dodać trzeba, że oskarżony zdawał sobie bardzo dobrze sprawę z toczącego się postępowania sądowego, w którym na terminie rozprawy przed Sądem Rejonowym w dniu 26 września 2017 r. składał wyjaśnienia, a także dowiedział się o jej odroczeniu do dnia 12 grudnia 2017 r. (k. 260-261), kiedy to zapadł wyrok, od którego apelację wywiódł jego obrońca. Co przy tym ważne, należało też przyjąć, że został powiadomiony o przyjęciu tego środka odwoławczego, a przy tym pouczonej o treści art. 451 kpk (k. 356), który to przepis adresowany jest do oskarżonych pozbawionych wolności, którzy mogą wnosić o sprowadzenie ich z miejsca prawnej izolacji na rozprawę apelacyjną. Wprawdzie przesyłkę sądową odebrał dorosły domownik (A. K.) w dniu 19 lutego 2018 r., a więc w czasie, w którym oskarżony był już tymczasowo aresztowany, nie mniej podjął się on oddania przesyłki adresatowi (k. 362). Nie było natomiast podnoszonym, że oskarżony nie wiedział o apelacji swego obrońcy, jak też przyjęciu tego środka odwoławczego, z czym z kolei immanentnie musiało wiązać się rozpoznanie sprawy przez Sąd odwoławczy na rozprawie apelacyjnej. Oznaczało to, iż oskarżony nie dopełnił obowiązku powiadomienia sądu o osadzeniu w warunkach aresztu tymczasowego w innej sprawie. Niewątpliwie w jego zastępstwie nie uczynił tego również jego obrońca. W takiej sytuacji, nawet jeśli z nadesłanej w dniu 13 marca 2018 r. informacji Krajowego Rejestru Karnego wynikało, że P. G. od 12 lutego 2018 r. jest tymczasowo aresztowany i przebywa w Zakładzie Karnym w C., przepis art. 139 § 1 kpk uprawniał do przyjęcia skutku doręczenia oskarżonemu zawiadomienia o terminie rozprawy apelacyjnej wyekspediowanego na adres, pod którym nie przebywał. Jednocześnie zauważenia wymaga, że nie było wnioskowanym o doprowadzenie oskarżonego przed oblicze Sądu odwoławczego. Nie postulował tego nawet obrońca w dniu rozprawy apelacyjnej poinformowany o izolacji oskarżonego (k. 372).

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy orzekł jak w części dyspozytywnej swego wyroku.