

Sygnatura akt II AKa 162/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lipca 2016 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wojciech Kociubiński

Sędziowie: SSO del. do SA Edyta Gajgał (spr)

SSA Stanisław Rączkowski

Protokolant: Anna Turek

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej we Wrocławiu Dariusza Szyperskiego

po rozpoznaniu w dniu 14 lipca 2016 r.

sprawy **J. N.**

oskarżonego z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Legnicy

z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt III K 102/15

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego J. N. w ten sposób, że:

- 1. w zakresie rozstrzygnięcia zawartego w pkt II w podstawie prawnej skazania w miejsce art. 60 § 1 kk powołuje przepis art. 60 § 2 kk,**
- 2. na podstawie art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk oraz art. 73 § 1 kk przy zastosowaniu art. 4 § 1 kk wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawieszona na okres próby 5 (pięciu) lat, oddając go w tym okresie pod dozór kuratora sądowego,**
- 3. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary grzywny zalicza oskarżonemu okres tymczasowego aresztowania od 4 marca 2015 r. do 29 kwietnia 2015 r., przyjmując, że jeden dzień pozbawienia wolności równa się dwóm dziennym stawkom grzywny,**

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy,

III. zasądza od oskarżonego J. N. na rzecz Skarbu Państwa 20 zł tytułem wydatków za postępowanie odwoławcze oraz zwalnia go od opłaty za drugą instancję.

UZASADNIENIE

J. N. został oskarżony o to, że :

I. w dniu 4 marca 2015r. w L., wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii posiadał środek odurzający w postaci marihuany, w znacznej ilości, o łącznej wadze 144,71 grama netto,

tj. o czyn z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 19 września 2005r., nr 179 poz. 1485 z późn. zmianami)

II. w okresie od 2011 roku do dnia 2 lipca 2012r. w (...), rej. (...), działając z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wielokrotnie udzielał K. S. jako osobie małoletniej, a od dnia 3 lipca 2012r. do 4 marca 2015r. - jako osobie pełnoletniej, środka odurzającego w postaci marihuany, każdorazowo w ilości 1 grama za kwotę 40 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 19 września 2005r., nr 179 poz. 1485 z późn. zmianami) w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk

III. w okresie od 2012 roku do dnia 3 sierpnia 2013r. w (...), rej. (...), działając z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wielokrotnie udzielał A. T. jako osobie małoletniej, a od dnia 4 sierpnia 2013r. do dnia 4 marca 2015r. - jako osobie pełnoletniej, środka odurzającego w postaci marihuany, każdorazowo w ilości 0,5 grama za kwotę 15 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 19 września 2005r., nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami) w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk

IV. w okresie od stycznia 2015r. do dnia lutego 2015r. w (...), rej. (...), działając z góry powziętym zamiarem, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii pięciokrotnie udzielił M. S. środka odurzającego w postaci marihuany, każdorazowo w ilości 0,5 grama za kwotę 15 zł,

tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 19 września 2005r., nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami) w zw. z art. 12 kk.

Sąd Okręgowy w Legnicy wyrokiem z dnia 31 marca 2016 r., w sprawie III K 102/15:

I. uznał oskarżonego J. N. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku i za czyn ten na podstawie art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29.05.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 19 września 2005r., nr 179 poz. 1485 z późn. zmianami) wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

II. uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynów opisanych w punktach II i III części wstępnej wyroku tj. czynów z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 19 września 2005r., nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami) w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk, z tym ustaleniem iż przyjął, że stanowiły one ciąg przestępstw i za to, na podstawie art. 59 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 kk w zw. z art. 91 § 1 kk w zw. z art. 33 § 2 kk przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 6 pkt 2 kk wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 200 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki w kwocie 20 złotych,

III. uznał oskarżonego za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie IV części wstępnej wyroku i za czyn ten na podstawie art. 59 ust. 1 cytowanej wyżej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

IV. na podstawie art. 85 kk, art. 86 § 1 kk i art. 91 § 2 kk orzeczone wyżej kary pozbawienia wolności połączył oskarżonemu i wymierzył mu karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności,

V. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 23.04.2015r. do dnia 24.04.2015r.,

VI. na podstawie art. 45 § 1 kk orzekł przepadek równowartości korzyści osiągniętej z przestępstwa w kwocie 2.445 zł,

VII. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz art. 44 § 2 kk orzekł przepadek dowodów rzeczowych zapisanych pod pozycjami: 5 - 7, 9 - 13, 17 - 24, 28 wykazu dowodów znajdującego się w aktach sprawy na k. 213-214 akt sprawy,

VIII. na podstawie art. 626 § 1 kpk oraz art. 2 ust. 1 pkt 4 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe i wymierzył mu opłatę w kwocie 1.100 zł.

Wyrok ten zaskarżył w całości obrońca oskarżonego zarzucając:

I. obrazę przepisów prawa materialnego w odniesieniu do czynów z pkt. I, II i III części skazującej wyroku, a mianowicie naruszenie przepisów:

- art. 60 § 1 k.k. przez jego błędne zastosowanie w odniesieniu do czynów z pkt II i II części wstępnej wyroku, podczas gdy przyjmując za uzasadniony pogląd sądu I instancji należało zastosować przepis art. 60 § 2 k.k.,
- art. 59 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii przez brak zastosowania tego przepisu w odniesieniu do czynów opisanych w pkt II i III części skazującej wyroku, mimo że za przyjęciem wypadku mniejszej wagi, jako uprzywilejowanego typu przestępstwa przemawiały okoliczności tej sprawy a zwłaszcza relatywnie niewielki stopień społecznej szkodliwości czynu wynikający z faktu, że objęte zarzutami zdarzenia odbywały się w kręgu koleżeńskim i nie było ich wiele, istniały łagodzące elementy podmiotowo-przedmiotowe, niewielki był rozmiar szkody, przemawiał za tym także charakter naruszonego lub zagrożonego dobra, brak było znaczącej dolegliwości dla pokrzywdzonych, stopień zawartości bezprawia nie był znaczny, osobowość oskarżonego jest pozytywna, jest to człowiek młody, istotnie poprawił swoje zachowania po czynach oraz wyraził krytyczny stosunek do wcześniejszych zachowań, jego motywacja wynikała z trudnej sytuacji materialnej i rodzinnej, uzasadniały to nadto jego warunki osobiste i dotychczasowy tryb życia, a zwłaszcza dotychczasowa niekaralność, a także charakter dobra chronionego ze szczególnym wskazaniem, że czyn dotyczył tzw. narkotyków miękkich, które w niektórych krajach naszej strefy kulturowej są całkowicie legalne a nadto są stosowane przez znaczące osoby publiczne a nawet pełniące funkcje polityczne, a często nawet w celach leczniczych, a nadto zachodziła przewaga elementów łagodzących nad obciążającymi, co zbiorczo wzięte pod uwagę upoważnia do przyjęcia, że czyn oskarżonego w kategoriach obiektywnych należało potraktować jako drobniejszy i stanowiący wypadek mniejszej wagi,
- art. 63 § 1 k.k. przez zaliczenie oskarżonemu na poczet kary pozbawienia wolności w pkt. V części skazującego wyroku okresu od 23.04.2015 roku do, 24.04.2015 roku, podczas gdy oskarżony rzeczywiście przebywał w areszcie od 04.03.2015 roku do 24.04.2015 roku, co sąd prawidłowo ustalił na stronie 8, wiersze 3-8 uzasadnienia wyroku,
- art. 69 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. oraz art. 69 § 1 d.k.k. przez błędne zastosowanie przepisu art. 69 k.k., obowiązującego od 1 lipca 2015 roku, przy równoczesnym stwierdzeniu istnienia u oskarżonego dodatkowo prognozy kryminologicznej, czemu sąd dał wyraz w ustnym uzasadnieniu wyroku wywodząc jednak, że nie jest możliwe zawieszenie kary 2 lat pozbawienia wolności, mimo że względniejszy dla oskarżonego był przepis art. 69 d.k.k. obowiązujący w chwili popełnienia czynu, który należało zastosować,
- art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii przez niesłuszne zastosowanie tego przepisu do posiadania przez oskarżonego marihuany w ilości 144,71 gramów /pkt I części skazującej wyroku/, którą błędnie uznano za „znaczną ilość środków odurzających”, podczas gdy taka ilość marihuany, mimo braku precyzyjnych określeń i definicji ustawowych oraz braku progów granicznych określających jaka ilość jest „znaczną”, a jaka „nieznaczna” w okolicznościach tej sprawy nie jest „ilością znaczną”.

II. obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a mianowicie naruszenie:

- art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. wskutek dowolnej, jednostronnej i nieuzasadnionej należycie oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego przez pominięcie w znacznej części dowodów z wyjaśnień oskarżonego J. N. oraz zeznań świadków K. S. i A. T. z postępowania jurysdykcyjnego jako podstawy ustaleń stanu faktycznego z niesłusznym ustaleniem, że wyjaśnienia oskarżonego stanowią wyraz przyjętej linii obrony, zaś zeznania świadków K. S. i A. T., złożone na rozprawie, zmierzają do udzielenia oskarżonemu pomocy, mimo braku dostatecznych dowodów do dokonania takiego ustalenia,
- art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. przez dowolne i nieuzasadnione zakwestionowanie wyjaśnień oskarżonego z postępowania jurysdykcyjnego, że przed wyjazdem do Holandii w miesiącu wrześniu 2013 roku /oskarżony przebywał w Holandii do listopada 2013 roku/ w ogóle nie zażywał marihuany oraz nigdy jej nie posiadał, a tym samym nie mógł udzielać innym osobom, co w odniesieniu do pokrzywdzonych

K. S. oraz A. T. powoduje, że nie mógł udzielać im tego środka odurzającego jako osobom małoletnim, gdyż K. S. stał się pełnoletni z dniem 3 lipca 2012 roku, zaś A. T. z dniem 4 sierpnia 2013 roku,

- art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. przez dowolne i nieuzasadnione zakwestionowanie zeznań świadka M. S. z postępowania jurysdykcyjnego w zakresie, w którym podał, że maksymalnie dwukrotnie otrzymał od oskarżonego niewielką ilość marihuany oraz w zakresie zapłaty za nią /dwa razy po 7.50 zł za jedną porcję/, mimo że świadek ten szczegółowo wyjaśnił sądowi powody rozbieżności z poprzednimi zeznaniami, złożonymi w postępowaniu przygotowawczym i jego zeznania z rozprawy były wiarygodne,
- art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. przez dowolne i nieuzasadnione przyjęcie, przy braku dowodów, że oskarżony uzyskał z popełnienia przestępstwa korzyść majątkową nie podlegającą przepadkowi i orzeczenie przepadku równowartości tej korzyści mimo braku w zgromadzonych dowodach podstaw do jednoznacznego ustalenia jej wielkości, co sąd uczynił bez należytego uzasadnienia,
- art. 7 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. przez dowolne ustalenie w odniesieniu do pkt I części skazującej wyroku, że posiadanie przez oskarżonego marihuany w ilości 144,71 grama jest posiadaniem znacznej ilości środka odurzającego i niesłuszne zastosowanie kwalifikacji z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy jest to ilość, która może być wykorzystana w dłuższym okresie czasu na użytek własny i nie powinna być traktowana jako „znaczna ilość środków odurzających”, a nadto zaskarżony wyrok nie zawiera dostatecznego uzasadnienia tej kwestii, co przy braku precyzyjnych określeń i definicji ustawowych oraz granicznych ilości środków odurzających wskazanych jako „znaczne” i „nieznaczne” oraz przy niejednolitym orzecznictwie w tym zakresie utrudnia, a wręcz uniemożliwia kontrolę instancyjną
- art. 7 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. przez dokonanie dowolnego ustalenia, bez jego należytego uzasadnienia, że zarzucone oskarżonemu w pkt II, III i IV części wstępnej wyroku czyny, za które został skazany w pkt II i III części skazującej wyroku, nie stanowiły wypadków mniejszej wagi w rozumieniu art. 59 ust. 3 ustawy z dnia 29.07.2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, mimo że wszystkie okoliczności tej sprawy przemawiały za takim ich traktowaniem, a w szczególności przemawiały za tym:
 - relatywnie niewielki stopień społecznej szkodliwości czynu wynikający z faktu, że objęte tymi zarzutami zachowania odbywały się w kręgu bliskich kolegów oskarżonego i nie było ich wiele,
 - łagodzące elementy podmiotowo-przedmiotowe,
 - niewielki był rozmiar szkody,
 - charakter naruszonego lub zagrożonego dobra,
 - brak było znaczącej dolegliwości dla pokrzywdzonych,

- stopień zawartości bezprawia nie był znaczny,
- oskarżony ma pozytywną osobowość, jest stosunkowo młodym człowiekiem, będącym na początku dorosłego życia, który znacząco poprawił swoje zachowanie po popełnieniu tych czynów oraz wyraził swój krytyczny stosunek do wcześniejszych inkryminowanych zachowań a jego motywacja wynikała z trudnej sytuacji osobistej, rodzinnej i materialnej,
- jego warunki osobiste i dotychczasowy tryb życia, a zwłaszcza dotychczasowa niekaralność,
- charakter dobra chronionego z uwzględnieniem, że czyny dotyczyły tzw. narkotyków miękkich,
- zachodziła przewaga elementów łagodzących nad obciążającymi,

które to okoliczności zbiorczo wzięte pod uwagę uzasadniają przyjęcie, że zarzucane czyny należy potraktować jako drobniejsze i zakwalifikować jako wypadki mniejszej wagi,

- art. 7 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. przez dowolne rozstrzygnięcie kwestii istnienia po stronie oskarżonego dodatniej prognozy kryminologicznej w sposób niekorzystny dla oskarżonego, przy braku pisemnego uzasadnienia zaskarżonego wyroku w tym zakresie, mimo że w ustnym uzasadnieniu wyroku sąd błędnie podniósł istnienie przeszkody prawnej do warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary dwóch lat pozbawienia wolności, wynikłej — zdaniem sądu - z art. 69 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym od 1. 07. 2015 roku, mimo że w przypadku oskarżonego należało, zgodnie z art. 4 k.k. zastosować ustawę dotychczasową jako względniejszą, która umożliwiała warunkowe zawieszenie orzeczonej przez sąd kary pozbawienia wolności wobec oczywistego istnienia po jego stronie dodatniej prognozy kryminologicznej,
- art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. i art. 424 § 1 i 2 k.p.k. przez dokonanie dowolnych ustaleń w zakresie strony podmiotowej, a zwłaszcza w zakresie ustalenia motywów i pobudek działania oskarżonego z równoczesnym przyjęciem najbardziej niekorzystnego dla oskarżonego wariantu bez należytego uzasadnienia, przy jednoczesnym pominięciu istotnych okoliczności łagodzących, wynikających w szczególności z trudnej sytuacji materialnej i rodzinnej oskarżonego /miał ciężko chorą matkę i nie posiadał ojca/, zaistnienia zdarzeń objętych zarzutami w kręgu bliskich kolegów oskarżonego, niewielkiej ilości inkryminowanych zachowań, posiadania przez niego dobrych opinii i utrwalonych dobrych zachowań w miejscu zamieszkania i miejscu pracy, istnienia dodatknych rokowań co do jego kariery zawodowej i przewidywanych awansów, a nadto dotychczasowej niekaralności, przy równoczesnym braku docenienia jego warunków osobistych oraz właściwości co pozwalało przyjąć, że nie jest on człowiekiem zdemoralizowanym i obecnie jest wręcz przykładowym obywatelem,
- art. 7 k.p.k. przez dowolne i błędne zaliczenie oskarżonemu okresu pozbawienia wolności na poczet orzeczonej kary zaliczając okres od dnia 23.04.2015 roku do dnia 24.04.2015 roku, podczas gdy oskarżony był faktycznie pozbawiony wolności od dnia 4.03.2015 roku do dnia 24.04.2015 roku.

III. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, który mógł mieć wpływ na jego treść a polegał na:

- uznaniu oskarżonego za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów mimo braku dostatecznych dowodów na powyższe, co polegało zwłaszcza na błędnym ustaleniu, że oskarżony J. N. dopuścił się popełnienia przestępstw opisanych w pkt II i III części wstępnej wyroku w okresie wskazanym w tych zarzutach, podczas gdy oskarżony przed wyjazdem do Holandii we wrześniu 2013 roku nie miał żadnego związku z marihuaną, nie zażywał jej, ani nie udzielał komukolwiek,
- bezpodstawnym przyjęciu w odniesieniu do czynu opisanego w pkt I części wstępnej wyroku, że posiadanie przez oskarżonego 144,71 gromów marihuany była posiadaniem „znaczej ilości środka odurzającego”,

- braku ustalenia, że czyny opisane w pkt II, III i IV części wstępnej wyroku stanowiły wypadki mniejszej wagi w rozumieniu art. 59 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii,

- błędnym ustaleniu w zakresie czynu opisanego w pkt IV części, wstępnej wyroku, że oskarżony udzielił marihuany M. S. więcej, niż dwa razy,

- niesłusznym pominięciu istnienia po stronie oskarżonego dodatkowej prognozy kryminologicznej, umożliwiającej warunkowe zawieszenie orzeczonej kary pozbawienia wolności,

-braku uwzględnienia istniejących w tej sprawie okoliczności przemawiających za potraktowaniem czynów opisanych w pkt II, III i IV części wstępnej wyroku jako wypadków mniejszej wagi,

- braku zaliczenia oskarżonemu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okresu faktycznego pozbawienia wolności, co w konsekwencji spowodowało błędne rozstrzygnięcie sprawy.

IV. nadto z ostrożności zarzucił rażąco niewspółmierność kary wymierzonej temu oskarżonemu przez wymierzenie mu niewspółmiernie surowych kar jednostkowych w pkt I-III części skazującej wyroku, bez uwzględnienia, że czyn z pkt I części wstępnej wyroku powinien być zakwalifikowany z art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii zaś pozostałe czyny /z pkt II, III i IV części wstępnej wyroku/ stanowiły wypadki mniejszej wagi i możliwe było orzeczenie za nie kar łagodniejszych na podstawie art. 59 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a w konsekwencji wymierzenie mu w pkt IV nadmiernie surowej kary łącznej, którą orzeczono nadto bez jej warunkowego zawieszenia, mimo istnienia po stronie oskarżonego podstaw do przyjęcia dodatkowej prognozy kryminologicznej, co przemawiało za zastosowaniem wobec niego środka związanego z poddaniem go próbie, zwłaszcza że w sprawie z tego samego aktu oskarżenia orzeczono karę pozbawienia wolności ^ z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wobec T. K., który sprzedał oskarżonemu marihuanę w ilości określonej w zarzucie I części wstępnej wyroku, którego można więc określić jako hurtownika, przez co wyrok jest niespójny i rażąco niesprawiedliwy.

Stawiając te zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez znaczne złagodzenie kar pozbawienia wolności wymierzonych oskarżonemu w punktach I, II i III części skazującej oraz znaczne złagodzenie kary łącznej pozbawienia wolności orzeczonej w pkt IV części skazującej wyroku i warunkowe zawieszenie jej wykonania lub wymierzenie kar łagodniejszego rodzaju.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do tych zarzutów postawionych przez obrońcę, które sprowadzają się do kwestionowania ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku w zakresie dotyczącym odpowiedzialności oskarżonego, jak też oceny dowodów, w następstwie której ustalenia te zostały poczynione, stwierdzić trzeba, że nie mogły one być uznane za słuszne i uzasadnione.

Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że oskarżony udzielał środka odurzającego w postaci marihuany K. S. od 2011 r., a A. T. od 2012 r., a więc w czasie, kiedy każdy z nich był małoletni. Podstawy do takich ustaleń dawały zeznania wymienionych złożone na etapie postępowania przygotowawczego.

K. S. podczas pierwszego swojego przesłuchania wyraźnie i jednoznacznie określił czas, w którym oskarżony zaczął trudnić się sprzedażą narkotyków, wskazując, że było to w 2011 r. Jak podał, on sam zaopatrywał się w marihuanę u oskarżonego regularnie, co drugi dzień, a pierwszy raz użył jej w wieku 16 lat. Z jego relacji wynika, że oskarżony miał swoich stałych klientów w liczbie kilkudziesięciu osób. Jak zeznał, A. T. był takim klientem od czterech lat. Składając zeznania na rozprawie potwierdził, że zaopatrywał się w marihuanę u oskarżonego, jednak skorygował czas, w jakim miało się to odbywać, ograniczając go do roku, akcentując przy tym, że dopiero po swoich 18-tych urodzinach miał kontakt z narkotykami.

Podobnie, okoliczności związane z zakupem marihuany od oskarżonego przedstawił A. T.. I on w relacji z postępowania przygotowawczego potwierdził, że narkotyki zaczął kupować u oskarżonego w czasie, gdy nie miał jeszcze ukończonych osiemnastu lat, nabywając je regularnie przez okres trzech lat do czasu zatrzymania oskarżonego w dniu 4 marca 2015 r.. I z jego zeznań wynika, że oskarżony miał stałych klientów. Na rozprawie, tak jak K. S. starał się stonować swoje wcześniejsze wypowiedzi, zaprzeczając by miał się zaopatrywać w narkotyki u oskarżonego, podając przy tym, że po raz pierwszy z marihuaną zetknął się, gdy był już dorosły.

Oceniając zeznania świadków Sąd Okręgowy nie popełnił błędu uznając za wiarygodne i odpowiadające rzeczywistości biegowi wypadków te z postępowania przygotowawczego. Te zaś, które złożone zostały później zasadnie odrzucił jako wartościowy dowód w sprawie, przyjmując, że u ich podstaw leżała chęć udzielenia pomocy oskarżonemu i wpłynięcia na zmniejszenie zakresu jego odpowiedzialności. Trafnie wskazał, że podawane przez każdego ze świadków powody tak istotnej i zasadniczej zmiany ich relacji nie mogły być uznane za przekonujące, nie były one logiczne i rzeczowe. W przeciwieństwie do wypowiedzi procesowych świadków z postępowania sądowego, te ze śledztwa cechowały się szczegółowością, były ponadto w określonej części zbieżne ze sobą, a ich treść wskazywała, że składane były spontanicznie i szczerze. Co istotne przy tym, będąc kolegami oskarżonego świadkowie mieli powody do tego by go nie obciążać, zwłaszcza gdy po jego tymczasowym aresztowaniu trwającym ponad miesiąc uświadomili sobie konsekwencje wypływające dla niego z procederu, jakim się trudnił. Następstwem uznania za wiarygodne zeznań świadków z postępowania przygotowawczego było podanie w wątpliwość tych wyjaśnień oskarżonego, w których utrzymywał, że sprzedają narkotyków zaczął się trudnić po powrocie z pobytu w Holandii, a więc dopiero w 2014 r.

Argumentów mogących skutecznie podważyć ocenę dowodów dokonaną przez sąd pierwszej instancji nie zaprezentował w apelacji obrońca oskarżonego. Ograniczył się do prostego stwierdzenia, że jest ona błędna, że za prawdziwe powinny być uznane depozycje świadków złożone na etapie śledztwa, co powoduje, że zarzuty w tej mierze ocenić należało jako chybione i nieuzasadnione. W konsekwencji, za wadliwe nie mogły być uznane kwestionowane przez skarżącego ustalenia faktyczne w zakresie czynów przypisanych oskarżonemu w pkt II części rozstrzygającej zaskarżonego orzeczenia. Nie zachodziły również przesłanki do zanegowania oceny prawnej zachowania oskarżonego w tej mierze.

Analogicznie rzecz się ma jeśli chodzi o odpowiedzialność oskarżonego za czyn przypisany mu w pkt III części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku. Sąd Okręgowy zasadnie przyjął za podstawę ustaleń faktycznych w zakresie tego czynu zeznania świadka M. S. z postępowania przygotowawczego. Jak słusznie podniósł, pierwsze wypowiedzi procesowe tego świadka były zbieżne z fragmentami relacji oskarżonego, a potwierdził je również świadek K. S., wskazując wprost na M. S. jako jednego z obiorców marihuany od oskarżonego. Dawało to pełne podstawy do przyjęcia, że oskarżony udzielił M. S. środka odurzającego w postaci marihuany w czasie oraz ilości opisanej w postawionym mu zarzucie, a ponadto za cenę tam wskazaną, a nie jak wywodził oskarżony jedynie dwukrotnie i za niższą cenę. Zachowanie oskarżonego zostało prawidłowo ocenione przez Sąd Okręgowy jako wyczerpujące znamiona występku z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art.12 kk.

Wbrew temu co podnosi skarżący, nie odpowiada ono kryteriom wypadku mniejszej wagi z art. 59 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, tak jak kryteriów tych nie wypełniają czyny przypisane oskarżonemu w pkt II części dyspozytywnej. W pierwszej kolejności zauważyć trzeba, że dla oceny w tym zakresie znaczenia mieć nie mogą okoliczności związane z osobą sprawcy, a do tych przede wszystkim odwołuje się w apelacji obrońca oskarżonego. Jeśli zaś chodzi o te przywołane przez obrońcę, które odnoszą się do popełnionych przez oskarżonego czynów, to nie można zgodzić się z prezentowaną w apelacji tezą, że za przyjęciem mniejszej ich szkodliwości przemawia to, że oskarżony udzielał środków odurzających osobom z kręgu koleżeńkiego. Zwrócić należy uwagę na długi czas działania oskarżonego, w przypadku czynów przypisanych w pkt II części rozstrzygającej obejmujący kilka lat, jak też wielość sprzecznych z prawem zachowań składających się na te czyny. Jak już była o tym mowa wyżej, z zeznań K. S. wynika, że zaopatrywał się u oskarżonego w narkotyki regularnie, nabywając je co kilka dni, podobnie jak A. T.. Przy tej treści relacji świadka nie może być mowy o niewielkiej ilości udzielonej przez oskarżonego marihuany, a co za tym idzie niewielkiej szkodliwości czynów, jakich się dopuścił, jak przedstawia to w apelacji obrońca. Uwzględniając długi

czas działania oskarżonego oraz wielość powtarzalnych i systematycznych jego zachowań nie może mieć istotnego znaczenia to, że przedmiotem czynów oskarżonego był narkotyk tzw. miękki, co akcentuje skarżący. Oskarżony sprzedając go regularnie osiągał określone, niemałe korzyści majątkowe, co również ma znaczenie dla oceny jego zachowań z punktu widzenia możliwości zakwalifikowania ich jako stanowiących wypadek mniejszej wagi.

Nie nasuwają ponadto zastrzeżeń ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę zaskarżonego wyroku w części obejmującej skazanie oskarżonego za czyn z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (pkt I części rozstrzygającej). Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że przedmiotem tego czynu była znaczna ilość środka odurzającego. Dość wskazać, że 144 g marihuany, którą posiadał oskarżony w momencie zatrzymania go pozwalała na jednorazowe zaspokojenie potrzeb od kilkudziesięciu do ponad stu osób używających tego środka, zważywszy choćby tylko na te wielkości jakie oskarżony podczas poszczególnych transakcji sprzedawał innym osobom (od 0,5 do 1 g). Przy uwzględnieniu natomiast wniosków sformułowanych w opinii biegłego z Laboratorium Kryminalistycznego Komendy Wojewódzkiej we W. posiadaną przez oskarżonego marihuanę można było podzielić na ponad 1.400 najmniejszych porcji narkotyku. W świetle tych okoliczności nie do przyjęcia jest stawiana przez skarżącego teza, że ponad 140 g marihuany to taka ilość narkotyku, która może być wykorzystana na własny użytek w dłuższym przedziale czasowym (zob. postanowienie SN z dnia 23 września 2009 r. w sprawie I KZP 10/09, OSNKW 2009/10/84). I w tym więc zakresie brak podstaw do uznania za zasadne tych zarzutów apelacji, w których obrońca wywodzi o powinności przyjęcia odpowiedzialności oskarżonego na gruncie art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Nie ma także racji zarzucając wadliwość ustaleń odnośnie do wielkości osiągniętej przez oskarżonego korzyści majątkowej z popełnionych przez niego przestępstw. Sąd Okręgowy czyniąc ustalenia w tej mierze i orzekając przepadek równowartości osiągniętej korzyści majątkowej w wysokości 2.445zł na korzyść oskarżonego poczytał okoliczności wynikające z przeprowadzonych dowodów. Dość wskazać, że z wyjaśnień samego oskarżonego wynika, że miesięcznie zarabiał na sprzedaży narkotyków około 500 zł, jak wskazał ponadto, za zabezpieczone przy nim w momencie zatrzymania 144 g marihuany zapłacił 3.400 zł, a 1 g sprzedawał za około 30-40zł. Mając na uwadze wielkości porcji podawane w zeznaniach świadków S. i T., jakie w ciągu miesiąca nabywali u oskarżonego przez okres kolejnych kilku lat nie sposób uznać, że wartość przyjęta przez sąd pierwszej instancji została w sposób nieuprawniony zawyżona.

Zasadnie skarżący zarzucił, że z obrazą art. 60 § 2 kk Sąd Okręgowy zastosował wobec oskarżonego nadzwyczajne złagodzenie kary za czyny przypisane mu w pkt II części rozstrzygającej powołując w podstawie prawnej skazania w miejsce tego przepisu przepis art. 60 § 1 kk. Na popełniony w tej mierze błąd zwrócił uwagę w pisemnym uzasadnieniu sąd pierwszej instancji. Stąd też konieczność dokonania stosownej korekty zaskarżonego orzeczenia w tej części i powołania art. 60 § 2 kk w miejsce art. 60 § 1 kk obok prawidłowo wskazanego art. 60 § 6 pkt 2 kk.

Nie można jednak zgodzić się z obrońcą, gdy podnosi zarzut rażącej surowości wymierzonych oskarżonemu kar jednostkowych za przypisane mu przestępstwa oraz orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności, wywodząc, że powinny one zostać orzeczone w niższym wymiarze. Podejmując rozstrzygnięcie w tym zakresie Sąd Okręgowy właściwie ocenił stopień społecznej szkodliwości poszczególnych czynów oraz winy oskarżonego. Miał na uwadze wszystkie okoliczności istotne dla podjęcia trafnego orzeczenia o karze, tak te przemawiające przeciwko oskarżonemu, jak i łagodzące. Orzekając o karze łącznej uwzględnił bliski związek, w jakim pozostawały zbiegające się przestępstwa, co pozwoliło na zastosowanie zasady kumulacji przy łączeniu kar jednostkowych.

Oskarżony jest młodym człowiekiem. Status sprawcy młodocianego utracił kilka miesięcy przed datą wyrokowania przez sąd pierwszej instancji. Pierwszych sprzecznych z prawem zachowań dopuścił się mając 19 lat. Nie był dotychczas karany. W toku postępowania tak przed sądem pierwszej, jak i drugiej instancji przedstawił pozytywne opinie z miejsca swojego zamieszkania oraz zatrudnienia. W sierpniu 2015 r. oskarżony podjął stałą pracę, której wykonywanie nieprzerwanie kontynuuje. Prowadzi aktualnie ustabilizowany tryb życia. Wykazuje krytyczny stosunek do swojego postępowania w przeszłości. Wszystko to łącznie pozwala na postawienie pozytywnej prognozy kryminologicznej w odniesieniu do oskarżonego, dając podstawy do zastosowania wobec niego instytucji warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności. Uznając zatem, że jest to wystarczające dla osiągnięcia wobec

oskarżonego celów kary, w szczególności zapobieżenia jego powrotowi do przestępstwa, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok warunkowo zawieszając wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego kary łącznej pozbawienia wolności na podstawie przepisów art. 69 § 1 i 2 kk oraz art. 70 § 1 pkt 1 kk w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2015 r., jako względniejszych, jednocześnie na podstawie art. 73 §1 kk oddając go w tym czasie pod dozór kuratora sądowego. Konsekwencją tej zmiany była konieczność zaliczenia okresu tymczasowego aresztowania oskarżonego od dnia 4 marca 2015 r. do 29 kwietnia 2015 r. na poczet wymierzonej w pkt II części rozstrzygającej kary grzywny (art. 63 § 1 kk).

W części nieobjętej korektą, zaskarżony wyrok podlegał utrzymaniu w mocy.

O kosztach postępowania odwoławczego, obejmujących poniesione przez Skarb Państwa wydatki orzeczone na podstawie art. 627 kpk w zw. z art. 634 kpk. Na podstawie art. 624 § 1 kpk Sąd Apelacyjny zwolnił oskarżonego od opłaty za drugą instancję uznając, że uiszczenie jej byłoby dla niego zbyt uciążliwe, zważywszy na wysokość osiągniętych przez niego dochodów.

SSO(del.do SA) Edyta Gajgał SSA Wojciech Kociubiński SSA Stanisław Rączkowski