

Sygn. akt II AKa 126/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 maja 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Andrzej Rydzewski

Sędziowie: SSA Grażyna Świdorska - Wandor (spr.)

SSA Danuta Matuszewska

Protokolant: stażysta Michalina Adamonis

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Gdańsku Krzysztofa Nowickiego

po rozpoznaniu w dniu 28 maja 2014 r.

sprawy

O. K.

oskarżonego z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zb. z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

na skutek apelacji wniesionych przez Prokuratora Prokuratury Rejonowej w S. i obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt **XIV K 188/13**

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 70 § 1 pkt. 1 k.k. oraz art. 73 § 1 k.k. wykonanie orzeczonej w stosunku do oskarżonego kary pozbawienia wolności (w pkt. I) warunkowo zawiesza tytułem próby na okres 4 (czterech) lat, oddając w tym czasie oskarżonego pod dozór kuratora sądowego;

II. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa tytułem opłaty obie instancje kwotę 300 (trzysta) złotych i obciąża go wydatkami postępowania odwoławczego;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adwokat A. K. – Kancelaria Adwokacka w P. kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych brutto tytułem nieopłaconych kosztów obrony z urzędu oskarżonego przed Sądem Apelacyjnym.

UZASADNIENIE

O. K. stanął pod zarzutem o to, że:

działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu w okresie od września 2011 r. do grudnia 2011 r. w S.:

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił narkotyków w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) R. G. w ilości 2 gram za cenę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dziesięciokrotnie udzielił środka odurzającego w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w łącznej ilości 10 gram, każdorazowo w ilości 1 grama S. S. za cenę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dwukrotnie udzielił narkotyków w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w ilości 2 gram D. P. każdorazowo w ilości 1 grama za cenę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił środka odurzającego w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w ilości 1 grama P. D. za kwotę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dwukrotnie udzielił środka odurzającego w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w łącznej ilości 2 gram P. Ś. każdorazowo w ilości 1 grama za kwotę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, czterokrotnie udzielił środka odurzającego w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w łącznej ilości 4 gram P. J. każdorazowo w ilości 1 grama za kwotę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, trzykrotnie udzielił narkotyków w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w ilości łącznej 3 gram małoletniemu A. O. każdorazowo co najmniej w ilości 1 grama za kwotę 30 zł za gram;

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zb. z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. a art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22 stycznia 2014 roku w sprawie sygn. XIV K 188/13:

I. oskarżonego O. K. uznano za winnego tego, że działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu w okresie od września 2011 r. do 29 grudnia 2011 r. w S.:

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił narkotyków w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) R. G. w ilości 2 gram za cenę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dziesięciokrotnie udzielił środka odurzającego w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w łącznej ilości 10 gram, każdorazowo w ilości 1 grama S. S. za cenę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dwukrotnie udzielił narkotyków w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w ilości 2 gram D. P. każdorazowo w ilości 1 grama za cenę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił środka odurzającego w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w ilości 1 grama P. D. za kwotę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dwukrotnie udzielił środka odurzającego w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w łącznej ilości 2 gram małodetnietmu P. Ś. każdorazowo w ilości 1 grama za kwotę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, czterokrotnie udzielił środka odurzającego w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w łącznej ilości 4 gram małodetnietmu P. J. każdorazowo w ilości 1 grama za kwotę 30 zł za gram;

- wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, trzykrotnie udzielił narkotyków w postaci suszu roślin konopi innych niż włókniste (marihuany) w ilości łącznej 3 gram małodetnietmu A. O. każdorazowo co najmniej w ilości 1 grama za kwotę 30 zł za gram;

tj. przestępstwa z art. 59 ust. 1 i z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to skazano go, a na podstawie art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu art. 60 § 2 k.k. i art. 60 § 6 pkt. 2 k.k. wymierzono mu karę roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 70 ust. 4 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii zobowiązano oskarżonego O. K. do zapłaty nawiązki w kwocie 1000 (tysiąc) zł na rzecz (...) Centrum (...) ul. (...) (...) E., (...);

III. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzeczono przepadek na rzecz Skarbu Państwa korzyści majątkowej osiągniętej przez oskarżonego O. K. z popełnienia przestępstwa w kwocie 720 zł (siedemset dwadzieścia zł);

IV. na mocy art. 29 ustawy z dnia 26.05.1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2002r., Nr 123, poz. 1058 ze zm.) oraz §14 ust. 2 pkt. 5, §16 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2002 r. nr 163, poz. 1348, ze zm.) zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz: Kancelarii Adwokackiej adw. A. K. kwotę 1033,20 zł (tysiąc trzydzieści trzy złote i dwadzieścia gorszy) tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu O. K. z urzędu;

V. na podstawie art. 626 § 1 k.p.k. i art. 627 k.p.k. i art. 2 ust. 1 pkt. 3, ustawy o opłatach w sprawach karnych Dz.U. 49 z 1983 r. poz. 223 z późn. zm. zasądzono na rzecz Skarbu Państwa od oskarżonego O. K. 300 (trzysta) zł tytułem opłaty sądowej i obciążono oskarżonego O. K. wydatkami w sprawie w kwocie 1073,20 zł (tysiąc siedemdziesiąt trzy złote i dwadzieścia groszy).

Od powyższego wyroku apelacje wywiedli obrońca oskarżonego oraz Prokurator Prokuratury Rejonowej w S..

Obrońca oskarżonego zaskarżyła powyższy wyrok w całości na korzyść oskarżonego O. K. i na podstawie i art. 438 pkt 3 i 4 k.p.k. zarzuciła Sądowi I instancji:

I. obrazę przepisów postępowania karnego mającą istotny wpływ na rozstrzygnięcie tj.:

- naruszenie art. 7 k.p.k. w związku z art. 4 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. poprzez dowolną, opartą jedynie o przypadkowo wybrane elementy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a także niezgodną z wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego ocenę wyjaśnień oskarżonego O. K., a także zeznań świadków: P. J., A. O. oraz S. K., które Sąd uznał za niewiarygodne, w szczególności w zakresie pozwalającym na ustalenie, że oskarżony miał świadomość, iż sprzedaje narkotyki osobom nieletnim pomimo, iż przy rozważeniu wszystkich przeprowadzonych i ujawnionych w sprawie dowodów umożliwiających ocenę wiarygodności zeznań powyższych świadków należało uznać je za wiarygodne i pozwalające na stwierdzenie, iż oskarżony nie był świadomy co do małodetności osób którym sprzedawał narkotyki oraz w oparciu o towarzyszące okoliczności nie mógł przewidywać takiej możliwości.

II. rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego O. K. w stosunku do charakteru popełnionego czynu, zachowania i czynności podjętych przez oskarżonego w toku postępowania, poprzez nieprawidłową i zbyt

powierzchnową analizę okoliczności łagodzących oraz nazbyt surową analizę okoliczności obciążających zachodzących w stosunku do oskarżonego O. K..

W konkluzji obrońca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę opisu i kwalifikacji prawej czynu zarzucanemu oskarżonemu O. K. poprzez wyeliminowanie z opisu czynu art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i uznanie, iż czyn wyczerpywał znamiona określone w art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, a także złagodzenie orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności; ewentualnie z ostrożności procesowej wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Prokurator powyższy wyrok zaskarżył na zasadzie art. 425 §1 i 2 k.p.k. oraz art. 444 k.p.k. i art. 447 § 2 k.p.k. w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego, zarzucając Sądowi I instancji:

- na podstawie art. 438 pkt 4 k.p.k. rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego O. K. kary w wymiarze roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności, podczas gdy prawidłowa ocena zarówno przedmiotowych jak i podmiotowych elementów popełnionego czynu w szczególności zaś względ na wysoki stopień społecznej szkodliwości, motywy i pobudki działania sprawcy powinny skutkować orzeczeniem kary pozbawienia wolności w wysokości 4 lat, spełniając w ten sposób cele kary w zakresie jej indywidualnego i społecznego oddziaływania.

Podnosząc powyższy zarzut na zasadzie art. 427 § 1 k.p.k. i art. 437 § 1 i 2 k.p.k. prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie O. K. za zarzucany mu czyn kary 4 lat pozbawienia wolności, a w pozostałym zakresie utrzymanie wyroku w mocy.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego była zasadna jedynie w części orzeczenia o karze, skutkując tym samym zmianę zaskarżonego wyroku (poprzez zastosowanie warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności), w pozostałej zaś części była oczywiście bezzasadna. Tym samym apelacja prokuratora - domagająca się zaostrzenia wymierzonej kary pozbawienia wolności - na uwzględnienie nie zasługiwała.

W pierwszym rzędzie stwierdzić należy, że Sąd Okręgowy w sposób wnikliwy i wszechstronny rozważył wszystkie dowody i okoliczności ujawnione w toku postępowania, a na ich podstawie poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne oraz należycie wykazał sprawstwo oskarżonego. Postępowanie w przedmiotowej sprawie zostało przeprowadzone starannie. Ocena materiału dowodowego dokonana przez Sąd meriti jest dokładna, nie wykazuje błędów logicznych, nie wykracza poza ramy swobodnej oceny dowodów, chronionej przepisem art. 7 k.p.k. Uzasadnienie wyroku odpowiada wymogom art. 424 k.p.k. i pozwala na kontrolę instancyjną prawidłowości rozstrzygnięcia. Podnieść przy tym należy, iż rozważania dotyczące oceny dowodów, jak i późniejsze wywody w przedmiocie wymiaru kary pozbawienia wolności, odznaczają się wnikliwością i szczegółowością. Natomiast Sąd a quo, wymierzając oskarżonemu karę roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności (a zatem w takiej wysokości o której jest mowa w art. 69 § 1 k.k.) nie rozważył, czy oskarżony zasługuje na dobrodziejstwo warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej w stosunku do niego kary (do której to kwestii organ ad quem ustosunkuje się w dalszej części uzasadnienia).

Odnosząc się bezpośrednio do wskazanych zarzutów podniesionych przez obrońcę oskarżonego, to należy stwierdzić, że nie można było zgodzić się z zaprezentowanym tam stanowiskiem, iż Sąd Okręgowy dopuścił się naruszenia przepisów procedury karnej (tj. art. 4 i 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k.) w sposób mający wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia. W aspekcie przyczyn odwoławczych, określonych w art. 438 pkt 2 k.p.k. w środku odwoławczym mogą być podnoszone zarzuty niezgodności przebiegu postępowania z wymogami prawa procesowego i to zarówno te błędy, które polegają na zaniechaniu wypełnienia konkretnych nakazów przepisów prawa procesowego, jak i te, które sprowadzają się do działania sprzecznego z konkretnymi przepisami procedury. Przepisy procedury statują też pewne fundamentalne metody oceny dowodów. Zatem również takie naruszenie tych zasad, które mogło mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, może stanowić podstawę zarzutu środka odwoławczego, korespondującego z przyczynami określonymi w art. 438 pkt 2 k.p.k. Wskazać jednocześnie należy, że stwierdzone uchybienie procesowe

tylko wtedy może być uznane za nie stanowiące podstawy do wzruszenia orzeczenia, gdy sąd dojdzie do przekonania, że dane uchybienie było na tyle nieistotne, iż gdyby go nie było, musiałyby zapaść takie samo orzeczenie, jak to, które zapadło przy wystąpieniu danego uchybienia.

Zarzut naruszenia art. 7 k.p.k., jak powszechnie się przyjmuje, nie może sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu, lecz winien wskazywać, jakich konkretnie uchybień w zakresie zasad logicznego rozumowania dopuścił się sąd w ocenie zebranego materiału dowodowego, albowiem sama możliwość przeciwstawienia ustaleniom sądu odmiennego poglądu, nie może prowadzić do wniosku o dokonaniu przez tenże sąd błędu w ustaleniach faktycznych. Inaczej mówiąc zarzut tak sformułowany, nie może się sprowadzać do samej tylko odmienniej oceny materiału dowodowego, lecz powinien polegać na wykazaniu, jakich uchybień w świetle wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego dopuścił się sąd w dokonanej przez siebie ocenie materiału dowodowego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 1975r., sygn. akt I KR 197/74, OSNKW 1975, nr 5, poz. 58; z aprobującymi uwagami M. Cieślaka i Z. Dody, Pal. 1976, z. 2, s. 64 oraz W. Daszkiewicza, P i P 1976, z. 4, s. 127).

Wbrew stanowisku obrońcy, zdaniem organu ad quem, w uzasadnieniu wyroku Sąd meriti wskazał te wszystkie dowody, które pozwoliły na uznanie, iż w sprawie nie ma wątpliwości co do ustalonego stanu faktycznego, a w szczególności, że oskarżony O. K. miał pełną świadomość małoletności niektórych osób, którym narkotyki sprzedawał. Tym samym nie można skutecznie postawić zarzutu Sądowi Okręgowemu, iż dokonując ustaleń w zakresie sprawstwa oskarżonego m. in. z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii - uczynił to przekraczając granice swobodnej oceny dowodów czy wykazując braki doświadczenia życiowego, bądź też dysponował niekompletnym materiałem dowodowym (art. 410 k.p.k.).

Wskazać należy, że art. 4 k.p.k. formułuje naczelną zasadę procesu karnego o charakterze dyrektywy ogólnej - zasadę obiektywizmu, adresowaną do organów procesowych, a wyrazem jej przestrzegania jest m.in. dokonanie prawidłowej oceny dowodów z uwzględnieniem tych, które przemawiają na korzyść jak i na niekorzyść oskarżonego. Tak też w przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy postąpił, rozważając całokształt zebranych dowodów, zarówno tych przemawiających na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, a rzeczą dalszą jest ich ocena pod kątem dania wiary lub nie. Obrońca stawiając tego rodzaju zarzut w istocie kwestionuje przeprowadzoną przez Sąd meriti ocenę dowodów, przy czym nie wskazała właściwie żadnych okoliczności, które tę ocenę by podważały. Przedstawiona zaś przez nią ocena jest jedynie przeciwstawną Sądowi a quo, jednostronną oceną, pomijającą wszystkie te okoliczności, które sugerowane przez nią oceny i wnioski obalałyby.

Nie można zgodzić się z zarzutem obrońcy kwestionującym przyjętą przez Sąd a quo wiedzę oskarżonego co do wieku świadków: P. Ś., P. J. i A. O.. Okoliczność tę, stanowiącą przecież znamię przestępstwa z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, Sąd Okręgowy rozważył w sposób wszechstronny i wskazał, że nie może ona nasuwać zastrzeżeń. Powtarzanie tych argumentów byłoby zbędne. Twierdzenie obrońcy, że oskarżony O. K. o wieku tych osób nie wiedział, wydaje się nieuprawnione. Wskazać przede wszystkim trzeba, że znamię małoletności nabywcy narkotyku może być objęte zamiarem ewentualnym sprzedającego narkotyk. Nie jest zatem wymagana jednoznaczna i konkretna wiedza o tym, iż osoby, którym sprzedaje się narkotyk nie mają ukończone lat osiemnastu. Świadomość sprawcy co do tego faktu winna kształtować się na podstawie wszystkich okoliczności sprawy i wystarczy, że będzie on godził się na taką ewentualność (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 sierpnia 2004r., sygn. II Aka 240/04, LEX 150745). Nie sposób zatem podważyć tezy Sądu orzekającego, że wprawdzie z jednej strony oskarżony mógł nie znać dokładnego wieku osób, którym narkotyki sprzedawał, to jednak z drugiej miał świadomość tego, że są to osoby małoletnie.

Zarówno wymienieni powyżej świadkowie: 17-letni P. Ś., 16-letni P. J. i 16-letni A. O., jak również S. K. znali się osobiście, zamieszkiwali na tym samym osiedlu co oskarżony, bądź w bliskiej odległości. Znali się wcześniej, widywali się, co niektórzy utrzymywali kontakty koleżeńskie.

Z wyjaśnień samego oskarżonego O. K. wynikało bowiem, że chłopców tych (tzn. P. Ś., P. J. i A. O.) znał z widzenia, z racji zamieszkiwania w tej samej miejscowości, która liczy zaledwie ok. 3000 mieszkańców. Oskarżony wyjaśniał, że

każdemu z nich sprzedawał narkotyki więcej niż jeden raz i zaliczał ich do grona swoich stałych odbiorców, a z P. Ś. mieszkał na tym samym osiedlu, znał jego ksywę - (...) i w podobnych stosunkach pozostawał z A. O., którego ksywę znał również - (...).

Natomiast z zeznań świadków: P. Ś., P. J., A. O. oraz S. K. wynikało, iż razem kolegowali się, posiadali numer telefonu komórkowego do oskarżonego, osobiście do niego przychodzili po narkotyki. Świadek P. Ś., składając zeznania w postępowaniu przygotowawczym, określał nawet oskarżonego swoim dobrym znajomym.

Prawdą jest, że w postępowaniu jurysdykcyjnym S. K. zeznał, iż nie miał wiedzy o tym, że O. K. handlował narkotykami, a P. Ś. zaprzeczył aby znał oskarżonego. To jednak taka postawa świadków, jak słusznie akcentował to organ a quo, jest wręcz typową dla tego rodzaju spraw, a zmiana zeznań, czy wręcz ich odwoływanie na dalszych etapach postępowania wynika bądź ze swoistego poczucia solidarności, bądź też z określonych relacji koleżeńskich, co wprost wynika z uzasadnienia wyroku.

Te okoliczności dowodzą, że oskarżony co najmniej musiał godzić się z tym, iż osoby te nie ukończyły lat osiemnastu w momencie, kiedy sprzedawał im narkotyki. Doświadczenie życiowe uczy, że nawet znajomość z widzenia, z ulicy, z przystanku, osób zamieszkujących w okolicy, zwłaszcza tych będących w wieku szkolnym, powoduje, że mają one dobre rozeznanie co do wieku tych osób. Nie bez znaczenia jest też to, że oskarżony był od nich znacznie starszy, bo przeciętnie 13-14 lat i choćby z racji tego zdawał sobie sprawę, że między nimi jest znaczna różnica wieku.

Przeprowadzona przez Sąd Okręgowy ocena dowodów i poczynione w oparciu o nią ustalenia dały zatem podstawę do przypisania oskarżonemu O. K. zarzucanego mu czynu ciągłego. Słusznie Sąd meriti przyjął i należycie uzasadnił, że zachowania polegające na udzielaniu odplatnie, w tym osobom małoletnim, narkotyków stanowią jeden czyn ciągły, wyczerpujący znamiona przestępstwa z art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w przeciwieństwie do stanowiska prokuratora, Sąd I instancji, respektując zasady wymiaru kary, nie wykroczył poza swoje uprawnienia w zakresie swobodnego kształtowania sędziowskiego wymiaru kary pozbawienia wolności, a tym samym apelację oskarżyciela publicznego w tym zakresie należało uznać za bezzasadną.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, wymierzona wobec oskarżonego kara roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, uwzględnia wszystkie dyrektywy określające zasady jej orzekania, a zatem, że nie przekracza stopnia zawinienia (oskarżony udzielił niedużą ilość tzw. „miękkich” narkotyków - w sumie siedmiu osobom sprzedał 24 porcje, w tym trzem małoletnim udzielił 9 porcji), uwzględnia stopień szkodliwości społecznej czynu, osiąga cele zapobiegawcze i wychowawcze oraz uwzględnia potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Orzekając wobec oskarżonego karę pozbawienia wolności Sąd meriti nie pominął i tego, co w sposób szczególny obciążało oskarżonego, że stopień społecznej szkodliwości przypisanego mu przestępstwa był wysoki, a wynikało to m.in. z charakteru czynu i ciągłości działania. Przestępstwa z ustawy narkotykowej, nawet te o mniejszym zakresie działalności przestępczej muszą spotykać się z potępieniem, bo skutki tego rodzaju zachowań często są nieodwracalne.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutu obrońcy oskarżonego, w zakresie surowości kary, to należy stwierdzić, że orzeczona wobec oskarżonego kara pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, winna być oceniana w kategoriach „rażącej niewspółmierności”.

Zarzut rażącej niewspółmierności kary jako zarzut z kategorii ocen można zasadnie podnosić, gdy kara, jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy - innymi słowy, gdy w społecznym odczuciu jest karą niesprawiedliwą. Odnosi się to oczywiście również do orzeczenia o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności.

Artykuł 69 § 1 i 2 k.k. ustanawia zgodnie z jego treścią - prawo sądu do oceny tej sytuacji, nie może jednak być stosowany wówczas, gdy ze względu na charakter sprawy, okoliczności towarzyszące popełnieniu przestępstwa, jego

społeczną szkodliwość, wreszcie względ na społeczne oddziaływanie kary przeciwko temu przemawiają. Stanowisko takie znajduje akceptację nie tylko w judykaturze, ale również i w obecnej doktrynie. (Kodeks Postępowania Karnego pod redakcją Piotra Hofmańskiego tom II s.549, Wydawnictwo C. H. Beck 1999; Nowa Kodyfikacja Karna K.p.k. - krótkie komentarze, zeszyt 4, s. 83, Ministerstwo Sprawiedliwości W -wa 1997r.).

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest w stosunku do O. K. okoliczności o takim charakterze, które przemawiałyby przeciwko zastosowaniu wobec niego dobrodziejstwa warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności. Okolicznościami tymi nie mogły być ani skutki przestępczego działania, znajdujące dostateczny wyraz w przyjętej kwalifikacji prawnej czynu, ani względ na cele kary w zakresie jej społecznego oddziaływania.

Stosując warunkowe zawieszenie wykonania kary, sąd także winien kierować się wskazaniem art. 53 k.k., albowiem kara jest jednym z ważnych środków zwalczania przestępczości. Karą współmierną i dającą zarazem zadośćuczynienie społecznemu poczuciu sprawiedliwości jest tylko taka kara, która uwzględnia wszystkie dyrektywy jej wymiaru, a w szczególności zawarte w art. 53 k.k. Kara pozbawienia wolności powinna kształtować społecznie pożądaną postawę skazanego, a zwłaszcza wdrażać do poszanowania zasad współżycia społecznego oraz do przestrzegania porządku prawnego, i tym samym przeciwdziałać powrotowi do przestępstwa.

Artykuł 69 § 1 i 2 k.k., zgodnie z jego treścią, ustanawia prawo sądu do oceny tej sytuacji. Bezsprzeczne jest również, iż jeżeli za prawidłowo wymierzoną karę pozbawienia wolności uznaje się tę karę w granicy do 2 lat, a więc w granicy pozwalającej na warunkowe zawieszenie jej wykonania na podstawie art. 69 § 1 k.k., to przy rozstrzygnięciu o ostatecznej postaci kary celowej dla oskarżonego nie można pomijać okoliczności, od których zależy decyzja o warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności, a przede wszystkim zaś treści art. 58 § 1 k.k., który nakazuje orzec karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania tylko wtedy, gdy jest to bezwzględnie konieczne, gdy żadna inna kara nie jest w stanie spełnić jej celów wobec sprawcy. O tym decydować muszą wszystkie okoliczności danego przypadku. A te, w ocenie Sądu ad quem, prowadziły do stwierdzenia, że oskarżony O. K. nie jest sprawcą, który bezwzględnie wymaga ukarania połączonego z pozbawieniem wolności.

Zgodnie z treścią art. 69 § 1 i 2 k.k. sąd warunkowo zawieszając wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności bierze pod uwagę przede wszystkim postawę oskarżonego, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia, zachowanie się po popełnieniu przestępstwa oraz fakt czy pomimo niewykonania wobec niego kary pozbawienia wolności nie popełni on przestępstwa.

Zdaniem organu ad quem wymierzenie w stosunku do oskarżonego O. K. kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania będzie wystarczającą, a zarazem konieczną karą dla osiągnięcia wobec niego wszystkich jej celów. Nie można przecież pomijać faktu, że oskarżony nie był dotychczas karany (a przez ponad okres dwóch lat, tj. od czasu popełnienia przestępstwa do czasu wyrokowania nie wszedł w konflikt z prawem), prowadził ustabilizowany tryb życia (mieszkał z rodzicami i miał stałe miejsce pracy), posiadał również pozytywną opinię środowiskową (k.48-49). Nie jest zatem osobą o wysokim stopniu zdemoralizowania, tak aby wykazywał lekceważący stosunek do podstawowych norm postępowania czy też prezentował aspołeczną postawę.

W ocenie Sądu odwoławczego dopiero wymierzona oskarżonemu kara pozbawienia wolności, której wykonanie będzie następnie warunkowo zawieszona spowoduje, iż zrozumie naganność swojego postępowania, zmieni swoje zachowanie tym bardziej, że dotychczasowy tryb życia oskarżonego, jak i prezentowana przez niego postawa w pełni uzasadnia pozytywną prognozę. Dolegliwość, która spotkała oskarżonego zapewni, iż mimo niewykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności będzie on przestrzegał w przyszłości zasad współżycia społecznego oraz porządku prawnego.

Przyjąć zatem należało, iż rzeczywiście tylko orzeczenie wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania daje szansę na realizację celów kary nie tylko w zakresie prewencji szczególnej, ale również i ogólnej.

Konsekwencją przedstawionego powyżej stanowiska było uznanie apelacji obrońcy oskarżonego O. K. za zasadną (w omawianej części), a co za tym idzie, Sąd Apelacyjny zaskarżony wyrok zmienił w ten sposób, że na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 70 § 1 pkt 1 k.p.k. oraz art. 73 § 1 k.p.k. wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił tytułem próby na okres 4 lat, oddając go w tym czasie pod dozór kuratora sądowego (art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 4 k.p.k.), w pozostałej zaś części zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

O kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 634 k.p.k. i art. 626 § 1 k.p.k., w tym o opłacie za obie instancje na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983 r., poz. 223 z późn. zm.).

O kosztach obrony udzielonej oskarżonemu O. K. z urzędu w przedmiotowym postępowaniu na podstawie przepisu art. 618 § 1 pkt. 11 k.p.k. w zw. z § 14 ust. 2 pkt. 5 rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1348 ze zm.).