

Sygn. akt II AKa 34/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 04 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Beata Siewielec (sprawozdawca)
Sędziowie:	SA Bohdan Tracz SO del. do SA Grażyna Jakubowska
Protokolant	sekr. sądowy Anna Kijak

przy udziale Jacka Kuźmy prokuratora Prokuratury Okręgowej w Lublinie del. do Prokuratury Apelacyjnej w Lublinie po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2013 r.

sprawy **M. S. (1)**

oskarżonego z art.62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i in.

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Zamościu

z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt II K 65/12

I. uchyla zaskarżony wyrok i sprawę oskarżonego M. S. (1) przekazuje Sądowi Okręgowemu w Zamościu do ponownego rozpoznania;

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. C. – Kancelaria Adwokacka w L. kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w postępowaniu odwoławczym M. S. (1).

UZASADNIENIE

M. S. (1) oskarżony został o to, że:

I. w dniu 2 kwietnia 2012 roku w Technikum Leśnym w B., województwa (...), wbrew przepisom ustawy posiadał środki odurzające w postaci trzech woreczków ziela konopi innych niż włókniste o łącznej wadze co najmniej 2,67 gr w celu ich dalszej sprzedaży

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

II. w dniu 2 kwietnia 2012r. w Z., województwa (...), wbrew przepisom ustawy posiadał znaczne ilości środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste o łącznej wadze co najmniej 54,89 gr w celu ich dalszej sprzedaży,

tj. o czyn z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

III. w dniu 30 marca 2012r. w L. uczestniczył w obrocie środkami odurzającymi w ten sposób, że w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nabył od nieustalonej osoby ziele konopi innych niż włókniste o łącznej wadze co najmniej 50 gr za kwotę 1.500 zł w celu jej dalszej sprzedaży,

tj. o czyn z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

IV. w okresie od 1 stycznia do 30 marca 2012r. w L. uczestniczył w obrocie środkami odurzającymi w ten sposób, że w celu osiągnięcia korzyści majątkowej nabył od nieustalonej osoby ziele konopi innych niż włókniste o łącznej wadze co najmniej 5 gr za kwotę 150 zł w celu jej dalszej sprzedaży,

tj. o czyn z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

V. w dniu 30 marca 2012r. w B. w internacie wprowadzał do obrotu środki odurzające w ten sposób, że w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przekazał M. S. (2) 5 woreczków zawierających ziele konopi innych niż włókniste o łącznej wadze co najmniej 5 gr za kwotę 150 zł o łącznej wartości 200 zł w celu jej dalszej sprzedaży i otrzymania wynagrodzenia z tytułu sprzedaży narkotyków w kwocie 50 zł,

tj. o czyn z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

VI. w okresie od 15 lutego do 15 marca 2012r. w Z. wprowadzał do obrotu środki odurzające w ten sposób, że w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przekazał małoletniemu bratu A. S. nieustaloną ilość środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w celu jej dalszej sprzedaży, który to środek odurzający A. S. sprzedał co najmniej trzykrotnie o łącznej wadze 1,5 gr za kwotę 60 zł, którą w całości przekazał w/w,

tj. o czyn z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

VII. w marcu 2012r. w Technikum Leśnym w B. województwa (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił M. K. (1) środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 1 grama za kwotę 40 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

VIII. w styczniu 2012r. w Technikum Leśnym w B. województwa (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej nakłaniał małoletniego K. S. (1) do nabycia środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 0,5 grama za kwotę 20 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

IX. w marcu 2012r. w Technikum Leśnym w B. województwa (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił małoletniemu K. S. (1) środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste

w ilości 0,5 grama za kwotę 20 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

X. w marcu 2012r. w Technikum Leśnym w B. województwa (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił małoletniemu G. P. (1) środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 1 grama za kwotę 40 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

XI. w marcu 2012r. w Z. i B., województwa (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru dwukrotnie udzielił małoletniemu M. K. (2) środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w łącznej ilości 2 gram za kwotę 80 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) w zw. z art. 12 kk

XII. w okresie od 1 stycznia do 30 marca 2012r. w Z., województwa (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru co najmniej dwukrotnie udzielił małoletniemu bratu A. S. środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w łącznej ilości 3 gramów za kwotę 120 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) w zw. z art. 12 kk

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Zamościu z dnia 19 grudnia 2012r. w sprawie II K 65/12 M. S. (1) został uznany za winnego tego że:

I. w dniu 2 kwietnia 2012r. w Z. i B., województwa (...), wbrew przepisom ustawy posiadał znaczne ilości środków odurzających w postaci ziela konopi innych niż włókniste o łącznej wadze 57,56 g w celu ich dalszej sprzedaży,

tj. czynu z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

II. w okresie od 15 lutego 2012r. do 30 marca 2012r. w L., B.

i Z. woj. (...) działając w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu wprowadzał do obrotu i uczestniczył w obrocie środkami odurzającymi w ten sposób, że:

– w okresie od 15 lutego 2012r. do 15 marca 2012r. daty bliżej nieustalonej w Z. przekazał małoletniemu A. S. 1,5g ziela konopi innych niż włókniste w celu dalszej sprzedaży,

- w dniu 4 marca 2012r. i 30 marca 2012r. w L. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej nabył od nieustalonej osoby ziele konopi innych niż włókniste o łącznej wadze 55g za łączną kwotę 1 650 zł w celu jej dalszej sprzedaży i tak w dniu 4 marca 2012r. nabył 5g za kwotę 150 zł, zaś w dniu 30 marca 2012r. nabył 50 g za kwotę 1 500 zł,

- w dniu 26 lub 27 marca 2012r. – daty dokładnie nieustalonej w B. przekazał M. S. (2) 5 woreczków zawierających ziele konopi innych niż włókniste o łącznej wadze 2g w celu dalszej sprzedaży,

przy czym ustalono, że działał w warunkach ciągu przestępstw – to jest czynu z art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

III. w okresie od stycznia 2012r. do 30 marca 2012r. w Z. i B. województwa (...) działając w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielał innym osobom środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste i tak:

- pod koniec stycznia 2012r. daty bliżej nieustalonej w Z. jeden raz udzielił małoletniemu A. S. w łącznej ilości 1 g za kwotę 40 zł ;

- na początku marca 2012r. daty bliżej nieustalonej w B. jeden raz udzielił małoletniemu G. P. (1) w ilości 1 g za kwotę 40 zł,

- w połowie marca 2012r. daty bliżej nieustalonej w B. jeden raz udzielił małoletniemu K. S. (1) w ilości 0,5 g za kwotę 20 zł,

- w okresie od połowy do końca marca 2012r. daty bliżej nieustalonej w Z. i B. dwukrotnie udzielił małoletniemu M. K. (2) w ilości 2 g za kwotę 80 zł,

- w marcu 2012r daty bliżej nieustalonej w B. jeden raz udzielił M. K. (1) w ilości 1 g za kwotę 40 zł,

przy czym ustalono, że czyn ciągle stanowi wypadek mniejszej wagi – to jest czynu z art. 59 ust. 3 w zw. z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) w zw. z art. 12 k.k.

IV. w styczniu 2012r. daty bliżej nieustalonej w B., woj. (...), w celu osiągnięcia korzyści majątkowej nakłaniał małoletniego K. S. (1) do nabycia środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste w nieustalonej ilości za nieustaloną kwotę przy czym ustalił, że czyn stanowi wypadek mniejszej wagi, to jest czynu z art. 59 ust. 3 w zw. z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)

Za tak przypisane czyny oskarżony M. S. (1) został skazany:

- za czyn z pkt I – na podstawie art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

na podstawie art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) orzeczono przepadek dowodów rzeczowych w postaci: pakietów i woreczków foliowych z zawartością suszu roślinnego o łącznej wadze 34,54 (trzydzieści cztery pięćdziesiąt cztery) opisanych w Wykazie dowodów rzeczowych Nr I/133/12 poz. 2-7 (k. 110) oraz opinii biegłego (k. 173v);

- za czyn z pkt II na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) w zw. z art. 91 § 1 k.k. na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wymiarze 300 (trzysta) stawek dziennych przyjmując wysokość 1 (jednej) stawki dziennej na kwotę 10 (dziesięć) złotych;

- za czyn z pkt. III na podstawie art. 59 ust. 3 w zw. z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) na karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzeczono przepadek równowartości osiągniętej korzyści majątkowej w kwocie 220 (dwieście dwadzieścia) złotych;

- za czyn z pkt. IV – na podstawie art. 59 ust. 3 w zw. z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) na karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

na podstawie art. 86 § 1 k.k., art. 91 § 2 k.k. orzeczone kary pozbawienia wolności połączono i jako karę łączną wymierzono M. S. (1) karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k., art. 70 § 2 k.k. wykonanie wymierzonej łącznej kary pozbawienia wolności warunkowo zawieszono tytułem próby na okres 5 (pięciu) lat;

na podstawie art. 73 § 2 k.k. oddano oskarżonego pod dozór kuratora sądowego w okresie próby;

na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary grzywny zaliczono okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 2 kwietnia 2012r. do dnia 3 kwietnia 2012r., przy czym jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się dwóm stawkom dziennym grzywny;

na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) orzeczono przepadek dowodu rzeczowego w postaci: szklanej „fifki” bliżej opisanej w Wykazie dowodów rzeczowych Nr I/133/12 poz. 1 (k. 110);

zasądzono od Skarbu Państwa na rzecz adw. W. R. – Kancelaria Adwokacka w Z. kwotę 720 (siedemset dwadzieścia) złotych tytułem wynagrodzenia za obronę sprawowaną z urzędu oraz kwotę 165,60 (sto sześćdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem podatku VAT;

zasądzono od oskarżonego M. S. (1) na rzecz Skarbu Państwa kwotę 900 (dziewięćset) złotych tytułem opłaty oraz kwotę 3 653,73 (trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt trzy złote siedemdziesiąt trzy grosze) złotych tytułem wydatków;

Powyższy wyrok zaskarżył obrońca oskarżonego w części tj. pkt III, IV wyroku oraz odnośnie pkt II wyroku co do orzeczonej kary grzywny i zarzucił:

1/ odnośnie pkt II wyroku – rażąco niewspółmierność orzeczonej kary grzywny w wysokości 3.0000 zł podczas gdy M. S. (1) jest osobą uczącą się, bez dochodów i majątku;

2/ odnośnie pkt III wyroku- błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, a polegający na uznaniu, że M. S. (1) udzielił małoletnim: M. K. (2), G. P. (1) i K. S. (1) środka odurzającego, podczas gdy oskarżony oszukał w/w sprzedając im suszone rośliny nie będące zieleń konopi innych niż włókniste;

3/ odnośnie pkt IV wyroku -błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia, a polegający na uznaniu, że oskarżony M. S. (1) dopuścił się czynu z art. 59 ust. 3 w zw. z art. 59 ust.2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy zebrany materiał dowodowy tj. wyjaśnienia oskarżonego i zeznania K. S., nie pozwalają na uznanie winy M. S. (1).

Na podstawie art. 626 § 3 k.p.k. obrońca oskarżonego zaskarżył również orzeczenie Sądu Okręgowego w Zamościu w zakresie obciążenia oskarżonego kosztami postępowania w kwocie 4553,73 zł i w oparciu o art. 438 pkt 2 k.p.k. zarzucił obrazę przepisów postępowania karnego, a mianowicie art. 624 § 1 k.p.k. poprzez zasądzenie od oskarżonego kosztów postępowania, pomimo wszelkich podstaw ku temu, aby uznać, iż uiszczenie tych kosztów byłoby dla oskarżonego zbyt uciążliwe z uwagi na jego sytuację majątkową.

Podnosząc powyższe zarzuty, obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez: wyeliminowanie z pkt III wyroku trzech czynów

z udziałem małoletnich M. K., G. P. i K. S., uniewinnienie od dokonania czynu zarzucanego w pkt IV wyroku dot. K. S. oraz nie orzekanie kary grzywny w pkt II wyroku, a nadto o zwolnienie oskarżonego od zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania.

Prokurator Rejonowy w Biłgoraju na podstawie art. 425 § 1 i 2 k.p.k. i art. 444 k.p.k. zaskarżył powyższy wyrok w zakresie dotyczącym oskarżonego M. S. (1) na jego niekorzyść. Zarzucił temu orzeczeniu:

1/ obrazę prawa materialnego pod postacią art. 91 § 1 k.k. poprzez jego błędne zastosowanie, co polegało na objęciu czynów opisanych w pkt III i IV oraz V i VI części wstępnej wyroku ciągiem przestępstw przypisanych oskarżonemu M. S. (1) w pkt II części dyspozytywnej wyroku, pomimo braku spełnienia warunku podobnego sposobu popełnienia tych czynów, gdyż czynność sprawcza objętych tym ciągiem przestępstw czynów z pkt III i IV części wstępnej wyroku polegała na uczestniczeniu w obrocie środkami odurzającymi, zaś czynność sprawcza czynów z pkt V i VI części wstępnej wyroku, również objętych tym ciągiem przestępstw, polegała na wprowadzaniu do obrotu środków odurzających;

2/ obrazę prawa materialnego pod postacią art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 91 § 1 k.k. poprzez ich błędne zastosowanie oraz art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r.

o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez jego błędne niezastosowanie, co polegało na objęciu jednym ciągiem przestępstw czynów opisanych w pkt III oraz IV, V i VI części wstępnej wyroku i zakwalifikowanie wszystkich tych czynów jako wyczerpujących znamiona przestępstw z art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy

z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii pomimo, że jedynie czyn z pkt III części wstępnej wyroku wyczerpuje znamiona typu kwalifikowanego określonego w art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, czyny z pkt IV, V i VI wyczerpują zaś jedynie znamiona typu podstawowego z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, nie mogą więc wchodzić w skład jednego ciągu przestępstw, ze względu na odmienną kwalifikację prawną;

3/ obrazę prawa materialnego pod postacią art. 59 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez jego błędne zastosowanie, co polegało na uznaniu przypisanego oskarżonemu M. S. (1) w pkt III części dyspozytywnej wyroku czynu ciągłego oraz czynu przypisanego oskarżonego w pkt IV części dyspozytywnej wyroku jako wypadków mniejszej wagi pomimo, iż uznaniu tych czynów za wypadek mniejszej wagi sprzeciwiał się „dilerski” charakter działalności oskarżonego, przejawiający się w znacznej ilości osób, którym oskarżony M. S. (1) udzielał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej środków odurzających, udzielanie środków odurzających w środowisku szkolnym oraz stopniowe rozszerzanie przez niego tej działalności,

4/ błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, polegający na niezasadnym przyjęciu, iż wobec oskarżonego M. S. (1) zachodzi pozytywna prognoza kryminologiczna, pozwalająca na warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej wobec niego kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności

w sytuacji, gdy ustalone okoliczności sprawy w postaci: okoliczności popełnienia przypisanych oskarżonemu czynów oraz jego zachowanie po ich popełnieniu przemawiają za uznaniem, że wobec M. S. (1) pozytywna prognoza kryminologiczna nie zachodzi, co skutkowało niezasadnym warunkowym zawieszeniem wykonania orzeczonej wobec niego kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności,

5/ rażąco niewspółmierność wymierzonych oskarżonemu M. S. (1) kar jednostkowych w wymiarze: 1 roku pozbawienia wolności, 2 lat pozbawienia wolności, 1 roku pozbawienia wolności oraz 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności, odpowiadającej najwyższej

z orzeczonych wobec niego kar jednostkowych, a także kary grzywny w rozmiarze 300 stawek dziennych, przy ustaleniu wysokości stawki dziennej na 10 zł, pomimo iż orzeczeniu w takim rozmiarze kar jednostkowych pozbawienia wolności oraz kary grzywny sprzeciwiały się zachodzące w stosunku do oskarżonego M. S. (1) okoliczności obciążające w postaci: „dilerskiego” charakteru jego działalności, przejawiającego się w znacznej ilości osób, którym oskarżony udzielał

w celu osiągnięcia korzyści majątkowej środków odurzających, udzielanie ich w środowisku szkolnym oraz stopniowe rozszerzanie przez niego tej działalności, zaś między czynami przypisanymi oskarżonemu w pkt I-IV części dyspozytywnej wyroku brak jest związku podmiotowo-przedmiotowego na tyle istotnego, iżby uzasadniał orzeczenie wobec niego kary łącznej pozbawienia wolności zgodnie z zasadą całkowitej absorpcji.

Podnosząc powyższe zarzuty, prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej oskarżonego M. S. (1) i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje :

W większości sformułowane w apelacji oskarżyciela publicznego zarzuty i wnioski o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy M. S. (1) sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania uznać należy za zasadne. Ich uwzględnienie jest wystarczające do wydania rozstrzygnięcia w postępowaniu apelacyjnym, a tym samym przedwczesnym dla dalszego toku postępowania stało się odnoszenie się do środka odwoławczego wywiezionego przez obrońcę oskarżonego.

Rację ma prokurator, gdy zarzuca zaskarżonemu orzeczeniu błędne zastosowanie prawa materialnego a mianowicie art. 91 § 1 k.k., w części dotyczącej czynów zarzucanych w punktach III i IV oraz V i VI a przypisanych oskarżonemu w punkcie II wyroku.

Przed szczegółowym odniesieniem się do tego zarzutu, przypomnieć należy, że z treści unormowanego w art. 91 § 1 k.k. przepisu wynika, że warunkiem przyjęcia ciągu przestępstw, oprócz przesłanek charakterystycznych dla zbiegu realnego jest jednoczesne zaistnienie przesłanek szczególnych w postaci: podobnego sposobu popełnienia przestępstw składających się na ciąg, krótkich odstępów czasu w jakich są one popełniane oraz tożsamości kwalifikacji każdego z przestępstw składających się na ciąg. Dotychczasowy dorobek orzecznictwa odnoszący się do instytucji ciągu przestępstw ukształtował stanowisko, że wymienione przesłanki ciągu przestępstw, mają charakter taksatywny i muszą zachodzić jednocześnie, co oznacza, że brak którejkolwiek z przesłanek wymienionych w art. 91 § 1 wyklucza możliwość przyjęcia ciągu przestępstw. /por. J. Majewski, glosa do uchwały SN z dnia 11 sierpnia 2000 r.,

I KZP 17/00, Palestra 2001, nr 1-2, s. 242 i n.; A. Wąsek, glosa do uchwały SN z dnia 11 sierpnia 2000 r., I KZP 17/00, OSP 2001, z. 1, poz. 8, por. A. Wąsek, glosa do uchwały SN z dnia 11 sierpnia 2000 r., I KZP 17/00/.

Niemożliwe jest zatem łączenie w jeden ciąg przestępstw przypadków, gdy jedno zachowanie wyczerpuje znamiona typu podstawowego, inne zaś typu kwalifikowanego lub uprzywilejowanego. Typ podstawowy i jego zmodyfikowane odmiany, niezależnie od tego jaką techniką legislacyjną ustawodawca stosuje dla opisu ich znamion, zawsze określone są w dwóch różnych przepisach określających inny zestaw znamion, co przesądza o niespełnieniu przesłanki tożsamości kwalifikacji prawnej określonej w art. 91 § 1 k.k. Z punktu widzenia odmian typu czynu zabronionego na ciąg przestępstw składać się mogą jedynie przestępstwa wypełniające znamiona tej samej odmiany. Nie można bowiem wymierzyć jednej kary za wszystkie przestępstwa, gdy są one zagrożone karami różnej wysokości. /wyrok SA w Krakowie z 1 czerwca 2000, II Aka 81/00, KZS 2000, z. 7-8, poz. 43; wyrok SA w Krakowie z 8 kwietnia 1999, II Aka 34/99, KZS 1999, z. 5, poz. 33; wyrok SA we Wrocławiu z 28 lutego 1001, II Aka 303/00, Prok. i Pr. 2001, z. 10, poz. 15, wyrok SA w Krakowie z dnia 9 marca 2000 r., II Aka 12/99, a także wyrok SA w Krakowie z dnia 1 czerwca 2000 r., II Aka 81/00, KZS 2000, z. 7-8, poz. 43/. Na tle starej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii prezentowany był też pogląd, że czyny polegające na udzielaniu, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, środków odurzających osobom pełnoletnim i osobom małoletnim, popełniane w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu, stanowią dwa odrębne ciągi przestępstw z art. 91 § 1 k.k., jeden, obejmujący przestępstwa z art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 75, poz. 488

z późn. zm.) i drugi, obejmujący przestępstwa kwalifikowane, z art. 46 ust. 2 tej ustawy. /wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 lutego 2001 r. II AKa 303/00/

Treść zaskarżonego wyroku w zakresie czynu przypisanego M. S. (1) w punkcie II wskazuje, że rozstrzygnięcie w tym zakresie zapadło

z oczywistą obrazą art. 91 § 1 k.k. Sąd Okręgowy modyfikując opis czynów zarzucanych oskarżonemu w punktach III i IV oraz V i VI aktu oskarżenia, przyjął

w punkcie II części dyspozytywnej wyroku, że „przestępstw tych oskarżony dopuścił się w warunkach ciągu przestępstw – to jest czynu z art. 56 ust. 3 w zw. z art. 56 ust.

1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz.1485 z późn.zm.)”. Tym samym, wbrew wymogowi, by każde z przestępstw wyczerpywało znamiona tego samego przepisu przyjął, że w skład przypisanego oskarżonemu ciągu przestępstw wchodzi różnie sankcjonowane przestępstwa typu podstawowego (z art. 56 ust. 1 cyt. ustawy, zagrożonego karą grzywny i karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat) i kwalifikowanego (art. 56 ust. 3 cyt. ustawy, zagrożonego karą grzywny i karą pozbawienia wolności od 2 do 12 lat), co z przyczyn wskazanych wyżej było niedopuszczalne.

Konsekwencją tego błędu jest też nieprawidłowa pod względem formalnym konstrukcja orzeczenia w zakresie przypisanego oskarżonemu w punkcie II wyroku ciągu przestępstw, z powodu zaniechania przez sąd I instancji wskazania kwalifikacji prawnej przy każdym z przypisanych oskarżonemu czynów, wchodzących w skład ciągu przestępstw.

Nie sposób odmówić też racji autorowi apelacji, gdy zarzuca błędną ocenę prawną poszczególnych przestępstw wchodzących w skład ciągu przestępstw przypisanego oskarżonemu w punkcie II wyroku. Bezsprzecznie wadliwe jest przyjęcie typu kwalifikowanego do całego ciągu, w sytuacji, gdy tylko jedno z przestępstw wchodzących w skład tego ciągu popełnione w dniu 30 marca 2012 roku w L. wypełnia znamię przedmiotowe „znacznej ilości” środków odurzających a więc typu kwalifikowanego z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz.1485 z późn.zm.), zaś pozostałe przestępstwa wyczerpują znamiona typu podstawowego z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz.1485 z późn.zm.).

Rozmiar wskazanych wyżej uchybień skłania do akceptacji twierdzenia skarżącego o pomyleniu przez sąd orzekający w I instancji instytucji określonych

w art. 12 k.k. i art. 91 § 1 k.k., zwłaszcza gdy zważy się fakt, że zarówno w wyroku, jaki i jego pisemnych motywach, ciąg przestępstw tenże sąd określa jako jeden czyn.

Wątpliwość budzi także prawidłowość rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji w zakresie omawianego czynu, przypisanego oskarżonemu w punkcie II wyroku

w zbiegu realnym z czynem przypisanym M. S. (1) w punkcie

I wyroku, polegającym na posiadaniu, wbrew przepisom ustawy, znacznych ilości środków odurzających tj. czynu z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku

o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.).

W pisemnych motywach rozstrzygnięcia czytamy, że M. S. (1) zabezpieczone podczas przeszukania jego pomieszczeń mieszkalnych narkotyki, kupował w L. od nieustalonego mężczyzny./strona 2 uzasadnienia/

Z poczynionych przez sąd I instancji ustaleń wynika zatem, że te same środki odurzające, które były przedmiotem przestępstwa (posiadania) przypisanego oskarżonemu w punkcie I wyroku, stanowiły przedmiot czynu przypisanego M. S. (1) punkcie II wyroku, polegającego na uczestniczeniu w obrocie tymi środkami, poprzez ich nabycie od nieustalonego mężczyzny w L..

Ustalenia te nie były kwestionowane przez oskarżyciela publicznego na niekorzyść oskarżonego, stąd zasadnym przy ponownym rozpoznaniu sprawy, będzie dokonane przez sąd I instancji ponownej oceny prawnej czynów zarzucanych

M. S. (1) w punktach I, II, III i IV aktu oskarżenia, z uwzględnieniem reguł wyłączających wielość ocen oraz rozważenie czy posiadanie środków odurzających będzie podlegało osobnemu ukaraniu, czy też może stanowić będzie współukarany czyn następczy do przestępstwa uczestniczenia w obrocie, polegającego na ich wcześniejszym nabyciu.

Zasadnie wskazuje też prokurator w punkcie 3 apelacji na wadliwość orzeczenia, w części obejmującej czyn przypisane oskarżonemu w punkcie III i IV zaskarżonego wyroku.

Modyfikując opis czynów zarzucanych oskarżonemu w punktach VII, IX, X, XI i XII aktu oskarżenia, Sąd Okręgowy przyjął konstrukcję czynu ciągłego. Z niewiadomych powodów natomiast, wyodrębnił jako nowy czyn zachowanie zarzucane M. S. (1) w punkcie VIII aktu oskarżenia. W uzasadnieniu kwestionowanego rozstrzygnięcia, Sąd Okręgowy nie wskazał przyczyn, dla których tak postąpił, choć zachowanie to nie odbiegało czasowo od zachowań realizowanych w ramach ciągłości czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie III wyroku. Nie zachodziły też przeszkody do przyjęcia, by zostało ono podjęte w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, lub by przedmiotem zamachu było dobro osobiste czyli tożsamość pokrzywdzonego. Zastosowaniu kwalifikacji prawnej czynu z art. 12 k.k. nie stoi przeciw na przeszkodzie fakt, że oskarżony udzielał środków odurzających różnym osobom, skoro utrwalonym w orzecznictwie jest stanowisko, że przedmiotem zamachu w omawianym wypadku jest wyłącznie reglamentacja (prohibicja) narkotykowa, a nie zdrowie osób, którym udziela się niezgodnie z prawem środka odurzającego ochrony.

Przeszkody do zakwalifikowania w ramach przyjętej w punkcie III wyroku konstrukcji czynu ciągłego z art. 12 k.k., w skład którego wchodzi zachowania polegające na udzielaniu innym osobom środka odurzającego, nie stanowi też fakt, że zachowanie opisane w punkcie IV wyroku polega na realizacji przez oskarżonego innej, niż pozostałe zachowania, alternatywnie określonej w przepisie art. 59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.) czynności sprawczej, polegającej na nakłanianiu do nabycia środka odurzającego.

W odróżnieniu od instytucji ciągu przestępstw, o jakiej mowa w art. 91 § 1 k.k., przyjęciu konstrukcji czynu ciągłego nie stoi na przeszkodzie fakt, że poszczególne zachowania popełnione są w różnych formach stadialnych czy zjawiskowych tego samego czynu zabronionego, czy też i to, że w jego skład wchodzi typy podstawowe, uprzywilejowane czy kwalifikowane przestępstwa.

Ranga stwierdzonych uchybień, niewątpliwie mających wpływ na treść wyroku, konieczność prawidłowego ukształtowania ciągów przestępstw tożsamy co do kwalifikacji prawnych, dokonania prawidłowej z punktu widzenia jedności czynu oceny prawnej zachowań zarzucanych M. S. (1) w punktach I – IV oraz ponownej oceny prawnej czynów zarzucanych oskarżonemu w punktach VII – XII, a następnie ukształtowania kar za poszczególne ciągi przestępstw i przestępstwa oraz ewentualnej kary łącznej uniemożliwia, bez naruszenia zasady instancyjności, korektę wyroku w postępowaniu odwoławczym, wobec czego koniecznym stało się uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy M. S. (1) sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd Okręgowy przeprowadzi postępowanie dowodowe po myśli art. 442 § 2 k.p.k. w zakresie dowodów, które nie miały wpływu na uchylenie wyroku, zaś w pozostałym może poprzestać na ich ujawnieniu.

Po przeprowadzeniu przewodu sądowego ustali stan faktyczny i dokona jego prawidłowej oceny prawnej, z uwzględnieniem wskazań zawartych w niniejszym uzasadnieniu, respektując wymogi art. 443 k.p.k. Ferując wyrok będzie miał też w polu widzenia pozostałe argumenty zawarte we wniesionych przez prokuratora i obrońcę środkach odwoławczych.

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. Sąd Apelacyjny orzekł, jak w wyroku.