

Sygnatura akt II AKa 275/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 listopada 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wojciech Kociubiński

Sędziowie: SSA Andrzej Kot (spr.)

SSO del. do SA Edyta Gajgał

Protokolant: Iwona Łaptus

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marka Ratajczyka

po rozpoznaniu w dniu 4 listopada 2015 r.

sprawy **K. Z. (1)**

oskarżonego z art. 18 § 1 kk w związku z art. 280 § 2 kk i art. 157 § 1 kk przy zastosowaniu art. 11 § 2 kk w związku z art. 64 § 2 kk

na skutek apelacji wniesionej przez oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 15 czerwca 2015 r. sygn. akt III K 12/15

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego K. Z. (1) w ten sposób, że z opisu przypisanego mu czynu eliminuje ustalenie : „wiedząc, że pochodzi on z przestępstwa rozboju popełnionego na szkodę A. A. (1)”, a z kwalifikacji tego czynu i podstawy wymiaru kary eliminuje przepisy art. 291 § 1 kk i art. 11 § 2 kk;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok wobec oskarżonego K. Z. (1) utrzymuje w mocy;

III. na podstawie art. 435 kpk zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego R. M. (1) w ten sposób, że z podstawy skazania eliminuje przepis art. 280 § 2 kk , przyjmując , że podstawą wymierzonej mu kary 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności jest przepis art. 56 ust. 3 u stawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym do 9 grudnia 2011 r. w zw. z art. 11 § 3 kk i art. 58 § 2 kk ;

IV. zwalnia oskarżonego K. Z. (1) od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

R. M. (1) został oskarżony o to, że:

I. w dniu 29 października 2003 r. w O., działając na polecenie K. Z. (1), wspólnie i w porozumieniu z K. W. (1) pod pretekstem zakupu środków odurzających, wywiózł go w ustronne miejsce, gdzie kierując odbezpieczoną i naładowaną broń palną – obrzyn, poprzez uderzenie w twarz, oraz groźbą pozbawienia życia, doprowadził do stanu bezbronności

A. A. (1), oraz zabrali mu w celu przywłaszczenia zegarek marki C. wartości 600,- zł oraz telefon komórkowy marki S. (...) wartości 700,- zł, a następnie zmusili do wydania środków odurzających w postaci 100 gram marihuany wartości 2000,- zł, powodując u pokrzywdzonego obrażenia w postaci złamania kości nosa z przemieszczeniem z rana bocznej ściany nosa, które to obrażenia naruszyły czynności narządów ciała trwający dłużej niż siedem dni przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy kary pozbawienia wolności orzeczonej za umyślne przestępstwo podobne

to jest o przestępstwo z art. 280 § 2 k.k. i art. 157 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

K. Z. (1) został oskarżony o to, że

II. w dniu 29 października 2003 r. w O. kierował wcześniej zaplanowanym rozbojem na osobie A. A. (1) w ten sposób, że polecił R. M. (2) i K. W. (1) pod pretekstem zakupu środków odurzających, wywieźć go w ustronne miejsce, gdzie kierując odbezpieczoną i naładowaną broń palną – obrzyn, poprzez uderzenie w twarz, oraz groźbą pozbawienia życia, doprowadzili do stanu bezbronności A. A. (1), oraz zabrali mu w celu przywłaszczenia zegarek marki C. wartości 600,- zł oraz telefon komórkowy marki S. (...) wartości 700,- zł, a następnie zmusili do wydania środków odurzających w postaci 100 gram marihuany wartości 2000,- zł, powodując u pokrzywdzonego obrażenia w postaci złamania kości nosa z przemieszczeniem z rana bocznej ściany nosa, które to obrażenia naruszyły czynności narządów ciała trwający dłużej niż siedem dni przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu pięciu lat po odbyciu co najmniej jednego roku kary pozbawienia wolności orzeczonej za przestępstwo kradzieży z włamaniem w warunkach art. 64 § 1 kk

to jest o przestępstwo z art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. i art. 157 § 1 k.k. przy zast. art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 64 § 2 k.k.

Sąd Okręgowy w Opolu, wyrokiem z dnia 15 czerwca 2015r., sygn. akt III K 12/15:

I. uznał oskarżonego R. M. (1) za winnego tego, że w dniu 29 października 2003 r. w O., działając wspólnie i w porozumieniu z K. W. (1), w zamiarze kradzieży środka odurzającego w postaci 100 gram marihuany o wartości nie mniejszej niż 1750,00 zł na szkodę A. A. (1), wziął udział w pozbawieniu wolności pokrzywdzonego, zabierając go przemocą, używając groźby użycia broni palnej w postaci odbezpieczonego i naładowanego tzw. obrzyna, do samochodu i przetrzymując go w tym samochodzie wbrew woli pokrzywdzonego, a także biorąc udział w pobiciu tego pokrzywdzonego, zadając pokrzywdzonemu uderzenie kolbą w/w broni palnej w twarz, zmusił go do wydania w/w ilości marihuany, powodując jednocześnie u pokrzywdzonego obrażenia ciała w postaci złamania kości nosa z przemieszczeniem z raną bocznej ściany nosa, które to obrażenia naruszyły czynności narządów ciała trwające dłużej niż 7 dni, przy czym czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Rejonowego w Opolu w sprawie II K 2082/96 za ciągi przestępstw z art. 279 § 1 kk na karę łączną 2 lat i 4 miesięcy, którą odbywał w okresie od 12.07.2000r.-08.11.2002r. tj. przestępstwa z art. 280 § 2 kk, art. 158 § 1 kk w zw. z art. 159 kk i art. 157 § 1 kk, art. 189 § 1 kk, art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym do 09.12.2011r. w zw. z art. 64 § 1 kk, w zw. z art. 4 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za to na podstawie art. 280 § 2 kk przy zast. art. 11 § 3 kk i art. 58 § 2 kk wymierzył mu karę 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności,

II. oskarżonego K. Z. (1) w ramach zarzutu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku uznał za winnego tego, że w okresie 29 – 30 października 2003r. w O., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i uczestniczenia w obrocie środkami odurzającymi, przyjął od R. M. (1) środek odurzający w postaci 100 gram marihuany o wartości nie mniejszej niż 1750,00 zł, wiedząc że pochodzi on z przestępstwa rozboju popełnionego na szkodę A. A. (1), przy czym czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazanym wyrokiem Sądu Wojewódzkiego w Legnicy w sprawie II K 57/94 za przestępstwo z art. 210 § 1 dkk na karę 2 lat pozbawienia wolności, którą odbył w okresach 17.02.1994r.-15.12.1994r., 27.07.1995r.-29.09.1996r., oraz wyrokiem Sądu Rejonowego w Opolu w sprawie II K 437/98 za przestępstwo z art. 288 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1kk na karę roku pozbawienia wolności, którą odbył w okresie 09.03.2001r.- 09.03.2002r. tj. przestępstwa z art. 291§ 1 kk w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu obowiązującym do 09.12.2011r. w zw. z art. 64 § 1 kk, w zw. z art. 4 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk i za to na podstawie

art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 2 kk i art. 58 § 2 kk wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności,

III. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokatów G. S. i T. Z. po 1180,8 zł, w tym należny podatek od towarów i usług, tytułem obrony z urzędu odpowiednio oskarżonego K. Z. (1) i R. M. (1),

IV. na podstawie art. 624 § 1 kpk zwolnił oskarżonych od obowiązku zapłaty kosztów sądowych.

Apelację od powyższego wyroku wniósł obrońca oskarżonego K. Z. (1), zarzucając:

I. Mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę skarżonego wyroku, polegający na ustaleniu, iż oskarżony K. Z. (1) przyjął od oskarżonego R. M. (1) 100 gram marihuany pochodzącej z przestępstwa dokonanego na szkodę A. A. (1), w konsekwencji wypełnił znamiona przestępstwa paserstwa umyślnego oraz uczestniczenia w obrocie tym środkiem odurzającym, podczas gdy właściwa ocena zebranego materiału dowodowego nie pozwala na formułowanie takiego wniosku,

II. Obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, tj. art. 4 i 7 kpk w zw. z art. 410 kpk polegającą na oparciu orzeczenia w przedmiotowej sprawie tylko na części materiału dowodowego z pominięciem dowodów, które podważały sprawstwo oskarżonego K. Z., w szczególności wyjaśnień oskarżonego R. M. w zakresie, w którym wprost wskazuje, iż dostarczoną przez A. A. marihuanę zużył na własne potrzeby – co stanowiło skutek przekroczenia swobodnej oceny dowodów, podjęcie tej oceny w sposób dowolny, sprzeczny z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego w sposób uniemożliwiający ustalenie prawdy obiektywnej i sformułowania w ramach tej oceny niesłusznych merytorycznie wniosków, iż oskarżony K. Z. (1) popełnił przestępstwo paserstwa kumulatywnie kwalifikowanego z przestępstwem uczestniczenia w obrocie środkiem odurzającym.

Stawiając powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie K. Z. (1) od popełnienia zarzucanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie skarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Opolu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Zarzuty obrońcy oskarżonego K. Z. (1) są niezasadne.

Warto przypomnieć, że błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia to błąd, który, jak słusznie pisze T. Grzegorzyc: „wynika bądź to z niepełności postępowania dowodowego (tzw. błąd "braku"), bądź też z przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów (błąd "dowolności"). Może on więc być wynikiem nieznanomości określonych dowodów lub nieprzestrzegania dyrektyw obowiązujących przy ocenie dowodów (art. 7), np. błąd logiczny w rozumowaniu, zlekceważenie niektórych dowodów, danie wiary dowodom nieprzekonującym, bezpodstawne pominięcie określonych twierdzeń dowodowych, oparcie się na faktach w istocie nieudowodnionych itd.” (Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Zakamycze 2003, Wyd.III, komentarz do art. 438 k.p.k. Lex Omega).

Niewątpliwie treść apelacji oskarżonego wskazuje, że obrońca wiąże podniesiony zarzut błędu w ustaleniach faktycznych z przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów (tzw. „błąd dowolności”). W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że zarzut o tym charakterze jest słuszny tylko wówczas: "gdy zasadność ocen i wniosków, wyprowadzonych przez sąd orzekający z okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego, nie odpowiada prawidłowości logicznego rozumowania", nie może on natomiast sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu (w. SN z 24 marca 1975 r., II KR 355/74, OSNPG 9/1995, poz. 84).

Zarzut obrazę przepisu art. 7 k.p.k. i w związku z tym dokonania błędnych ustaleń faktycznych może być skuteczny tylko wtedy, gdy skarżący wykaże, że sąd orzekający - oceniając dowody - naruszy zasady logicznego rozumowania, nie uwzględni przy ich ocenie wskazań wiedzy oraz doświadczenia życiowego, a tym samym dokona oceny dowolnej, a nie oceny swobodnej spełniającej dyrektywy wskazanej wyżej zasady procesowej. Natomiast ocena dowodów dokonana

z zachowaniem wymienionych kryteriów pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k., a w konsekwencji brak jest podstaw do kwestionowania dokonanych przez sąd ustaleń faktycznych i końcowego rozstrzygnięcia sądu.

Obok zarzutu naruszenia art. 7 obrońca oskarżonego sformułował również zarzuty obrazy art. 4 k.p.k. i art. 410 k.p.k. podkreślając, iż naruszenie tych przepisów doprowadziło do niesłusznego przyznania waloru wiarygodności zeznaniom i wyjaśnieniom K. W. (1), a odmówienia wiarygodności tej części wyjaśnień oskarżonego R. M. (1), w których stwierdził on, że dostarczoną przez pokrzywdzonego A. A. (1) marihuanę zużył na własne potrzeby. Obrońca zarzuca Sądowi Okręgowemu też wybiórczą ocenę zeznań pokrzywdzonego A.. Sąd Apelacyjny poddał w tym kontekście szczegółowej analizie wskazane źródła dowodowe i nie znalazł żadnych podstaw do podważenia oceny dowodów, dokonanej przez Sąd meriti.

Ustalenie, że oskarżony K. Z. (1) przyjął od oskarżonego R. M. (1) 100 gram marihuany pochodzącej z przestępstwa dokonanego na szkodę pokrzywdzonego A. A. (1) wynika z wiarygodnej, konsekwentnej relacji K. W., który zarówno jako podejrzany, następnie oskarżony, a aktualnie jako świadek zrelacjonował rolę oskarżonego K. Z. (1). Świadek wskazał, że dzień po zdarzeniu oskarżony częstował go marihuaną uzyskaną od pokrzywdzonego A. A. (1). Wbrew twierdzeniom obrońcy, przy ocenie wiarygodności zeznań świadka, Sąd Okręgowy wziął pod uwagę, że K. W. (1) jest obecnie skonfliktowany ze swoim dotychczasowym środowiskiem, a jego postawa mogłaby być po części zdeterminowana wolą skorzystania z instytucji art. 60 kk. Sąd Okręgowy miał również na uwadze to, że świadek jest osobą wielokrotnie karaną, w tym za poważne przestępstwa. Słusznie jednak zauważył, że świadek swoje wyjaśnienia konsekwentnie podtrzymuje, pomimo, że postępowanie karne wobec niego zostało już prawomocnie zakończone, a tym samym odpadła potencjalna motywacja do składania pierwotnych, nieprawdziwych – jak sugeruje obrońca oskarżonego- wyjaśnień.

Relacja K. W. znajduje również potwierdzenie w zeznaniach pokrzywdzonego, w tej części w której dano im wiarę, w wyjaśnieniach R. M. w zakresie miejsca, czasu zdarzenia, częściowo również co do form używania przemocy fizycznej.

Apelujący nie ma racji, gdy wskazuje, że dokonana przez Sąd Okręgowy ocena dowodów była wybiórcza. W uzasadnieniu wyroku Sąd I instancji drobiazgowo analizował również eksponowane przez obronę wyjaśnienia oskarżonego R. M., jak i zeznania pokrzywdzonego A. A. (1), w zakresie w jakim kwestionowały one sprawstwo oskarżonego K. Z..

Sąd Okręgowy wskazał dlaczego nie dał wiary fragmentom wyjaśnień R. M., w których twierdził, że marihuanę uzyskaną od pokrzywdzonego zużył na własne potrzeby. Wyjaśnienia owe są sprzeczne z uznanymi za wiarygodne wyjaśnieniami K. W.. Niezależnie od tego, wskazać należy również na zmienność wyjaśnień oskarżonego w toku postępowania sądowego, np. w zakresie dysponowania w czasie zdarzenia bronią.

Nie można było uznać za wiarygodne twierdzeń pokrzywdzonego A. A. (1), że w paczce przekazanej R. M. nie było marihuany. Sąd Okręgowy uznał tę część zeznań pokrzywdzonego za niewiarygodną, albowiem A. A., mimo formalnego statusu pokrzywdzonego, nie ukrywał swoiście pojmowanej lojalności z oskarżonymi R. M. i K. Z., przywiązania do określonych reguł funkcjonujących w środowiskach przestępczych, czego przejawem było postępujące przypisywanie K. W. coraz większej liczby nagannych zachowań wobec niego, będące wyrazem swoistego „rewanżu” za to, że K. W. w zakresie czynu objętego przedmiotowym postępowaniem, ale także innych, okazał się być „nielojalny” w rozumieniu tego środowiska poprzez złożenie obciążających wyjaśnień. Trzeba również wskazać, że tą wersję zdarzeń pokrzywdzony zaprezentował dopiero w zaawansowanej fazie postępowania sądowego. W postępowaniu przygotowawczym, ani podczas pierwszego przesłuchania przed Sadem tej okoliczności nie wskazał. Kwestia ta była niewątpliwie istotna dla ustalenia odpowiedzialności oskarżonych, a zatem gdyby istotnie wskazanie na tą kwestię przez pokrzywdzonego było wyrazem jego woli odzwierciedlenia rzeczywistego przebiegu zdarzenia, nie zaś próbą zmniejszenia zakresu odpowiedzialności karnej oskarżonych, to okoliczność tą wskazałby już w postępowaniu przygotowawczym, a z pewnością w postępowaniu sądowym, skoro składał zeznania w obecności oskarżonych i obrońców.

Istotne dla oceny wiarygodności wersji K. W. (1) były również wyjaśnienia T. C., który wskazał, że przebywając w towarzystwie K. Z. usłyszał od niego, kiedy ten prowadził rozmowę telefoniczną z R. M., że „ci dwaj wariaci poszli zabrać narkotyki jakiemuś dilerowi”. Słusznie Sąd Okręgowy uznał, że ocena tej rozmowy w kontekście wszystkich okoliczności, w szczególności zachowania K. Z., nie pozwalała na zinterpretowanie tej wypowiedzi jako stanowiącej wyraz zamiaru udziału w dokonaniu rozboju w postaci sprawstwa kierowniczego, który zarzucał K. Z. w akcie oskarżenia prokurator. Niemniej jednak ocenić należy, że z treści tej rozmowy wynika, że oskarżonych Z. i M. łączyły interesy, związane z narkotykami.

Z tych wszystkich powodów, zastrzeżeń apelującego do przeprowadzonej przez Sąd I instancji oceny dowodów Sąd Apelacyjny nie podzielił.

Pomimo tego, że dokonana przez Sąd Okręgowy ocena dowodów jest prawidłowa, a ustalony na podstawie prawidłowo ocenionych dowodów stan faktyczny nie budzi wątpliwości, to jednak na aprobatę Sądu Apelacyjnego nie zasługuje przyjęta przez Sąd I instancji ocena prawna czynu przypisanego oskarżonemu K. Z. (1) oraz czynu z przypisanego R. M. (1), co do którego Sąd Odwoławczy wydał rozstrzygnięcie na podstawie art. 435 k.p.k. W konsekwencji dokonania odmiennej oceny prawnej wskazanych czynów Sąd Apelacyjny – niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów - poprawił ich błędną kwalifikację prawną.

Ocena prawna przypisanych wymienionym wyżej oskarżonym czynów jako przestępstw z art. 280 § 1 k.k. (co do R. M. (1)) i z art. 291 § 1 k.k. (co do K. Z. (1)) wynika co prawda z prawidłowego ustalenia sądu meriti, zgodnie z którym R. M. (1), używając przemocy, zabrał A. A. (1) środek odurzający w postaci 100 gram marihuany, zaś K. Z. (1) owe narkotyki przyjął od R. M. (1) wiedząc w jakich okolicznościach zostały one uzyskane, ale stanowi wyraz błędnej wykładni przedmiotu bezpośredniego oddziaływania obu wskazanych wyżej przestępstw.

Jest tak z następujących powodów.

Przepisy penalizujące kradzież, jak i jej kwalifikowane postacie tj. kradzież z włamaniem, rozbój itp. mają na celu ochronę prawa własności i innych rzeczowych lub obligacyjnych praw do rzeczy ruchomych czyli wyodrębnionego przedmiotu materialnego, będącego przedmiotem obrotu i posiadającego wymierną wartość majątkową, w tym m.in. posiadanie. (tak: A. Marek, E. Pływaczewski, A. Paczeniuk, *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego*, Warszawa 1985, s. 40; P. Kardas, M. Dąbrowska – Kardas, *Przestępstwo przeciwko mieniu*, Kraków 1999, s. 33). Rzecz jednak w tym, że chodzi jedynie o te rzeczy ruchome, które mogą być przedmiotem legalnego obrotu.

Stąd też zdaniem Sądu Apelacyjnego rzeczą ruchomą na gruncie prawa karnego nie są ani środki odurzające, ani psychotropowe, które nie zostały dopuszczone do legalnego obrotu. W legalnym obrocie prawnym mogą bowiem znajdować się środki odurzające lub substancje psychotropowe, co do których wydano odpowiednie zezwolenie (art. 34 i nast. Ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii). Zaznaczyć jednak trzeba, że dopuszczone do legalnego obrotu środki narkotyczne, jakkolwiek mieszczą się w pojęciu rzeczy ruchomej w rozumieniu art. 278 § 1 k.k., nie są jednak przedmiotem czynności wykonawczej tego przestępstwa (jak też kradzieży z włamaniem), lecz stanowiącego *lex specialis* przestępstwa art. 64 ust. 1 i 3 Ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Wskazany przepis w ust. 1 penalizuje zachowanie polegające na zaborze w celu przywłaszczenia środków odurzających, substancji psychotropowej, mleczka makowego lub słomy makowej. Z kolei ust. 3 przewiduje odpowiedzialność tego, kto kradnie z włamaniem narkotyki opisane w ust. 1. Głównym przedmiotem ochrony art. 64 powołanej ustawy jest życie i zdrowie społeczeństwa jako całości. Ubocznym przedmiotem ochrony jest własność i inne prawa do mienia, przy czym tylko w przypadku, gdy przedmiotem czynności wykonawczej owego przestępstwa są środki narkotyczne znajdujące się we władaniu podmiotu uprawnionego do ich posiadania na podstawie przepisów powołanej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. W sytuacji bowiem, gdy sprawca „kradnie” środki odurzające lub substancje psychotropowe posiadane nielegalnie, znajdujące się we władaniu osoby nieuprawnionej, trudno mówić o własności, bądź innym prawie do mienia, które zostałoby naruszone.

Mając na względzie powyższe uwagi Sąd Apelacyjny wyraża pogląd, zgodnie z którym **sprawca** (w realiach sprawy dotyczy to R. M. (1)), **który dokonuje zaboru w celu przywłaszczenia środków odurzających lub substancji psychotropowych nie będących w legalnym obrocie, nie popełnia przestępstwa kradzieży (w tym żadnej z form kradzieży kwalifikowanej, np. rozboju), jak również nie popełnia przestępstwa z art. 64 ust.1 Ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, ponieważ przedmiotem tego przestępstwa są narkotyki do legalnego obrotu dopuszczone.** (Por. uwagi do art. 64 Komentarz do Ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii pod red. Andrzeja Ważnego, Wyd. Lexis Nexis, Warszawa 2013).

Jeżeli sprawca używając przemocy kradnie środki odurzające lub substancje psychotropowe posiadane legalnie, można takie zachowanie zakwalifikować z art. 280 § 1 kk. Przepis art. 64 ust. 1 i 2 Ustawy z 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, jako przepis szczególny, odnosi się do kradzieży i kradzieży z włamaniem. Nie wyłącza natomiast art. 280 k.k. (Por. Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Tomasz Srogosz, Wyd. CH Beck, Warszawa 2006, str. 431-435).

Sprawca „kradzieży” narkotyków posiadanych wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii nie pozostaje bezkarny. Ponosi on odpowiedzialność za przestępstwa stypizowane w Ustawie z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Sprawca taki wbrew przepisom wskazanej ustawy posiada narkotyki albo uczestniczy w ich obrocie. Godzi się zauważyć, że głównym przedmiotem ochrony przepisów penalizujących takie zachowanie pozostaje życie i zdrowie publiczne, nie zaś mienie.

Z uwagi na poczynione wyżej uwagi, narkotyki nie dopuszczone do legalnego obrotu w drodze odpowiedniej koncesji, nie mogą być także przedmiotem przestępstwa paserstwa. Paserstwo zagraża bowiem mieniu i szeroko rozumianemu porządkowi prawnemu w zakresie pewności i legalności obrotu gospodarczego (A. Marek [w:] Podstawy prawa i procesu karnego (pod red. A. Marka, S. Waltosia, Warszawa 1999, s. 186). Z zakresu penalizacji art. 291 k.k. wyjęte są zatem te zachowania, które owych dóbr nie naruszają. Innymi słowy, jeśli w przepisie tym mowa o czynnościach podejmowanych wobec rzeczy ruchomych, to chodzi oczywiście o takie rzeczy dopuszczone do legalnego obrotu, identycznie jak w przypadku art. 278 § 1 k.k. Skoro głównym przedmiotem ochrony przepisów art. 291 k.k. jest mienie (prawo majątkowe), to rzecz, która składnikiem mienia być nie może (pozostaje poza obrotem), nie może też być przedmiotem czynności wykonawczej paserstwa. Reasumując, **nie dopuszczone do legalnego obrotu środki odurzające i psychotropowe, nie mogą być przedmiotem przestępstwa z art. 291 k.k., skierowanego na ochronę mienia oraz pewności i legalności obrotu gospodarczego.**

Sąd Apelacyjny dostrzega prezentowane w nauce prawa karnego stanowisko, wedle którego przestępstwo paserstwa, będące wyrazem kryminalizacji korzystania z owoców przestępstwa, posiada tyle przedmiotów ochrony, ile jest przedmiotów ochrony przestępstw, za których pomocą można uzyskać rzecz lub program komputerowy. [por. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas (w:) Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna, t. 3, Komentarz do art. 278–363 k.k., Warszawa 2008, s. 414, którzy wskazują na wielość przedmiotów ochrony]. Stanowisko to nie wpływa jednak na prawidłowość zaprezentowanej wyżej wykładni zawartego w art.291 k.k. znamienia „rzeczy ruchomej”. Środek odurzający lub psychotropowy, który nie znajdował się nigdy w legalnym obrocie „rzeczą ruchomą” – jak wyżej wskazano - nie jest. Odmienna wykładnia nakazywałaby kwalifikować jako paserstwo czynności sprawcze wymienione w art.291 k.k. podjęte nie tylko wobec narkotyków uzyskanych z „kradzieży”, ale także wobec tych, które pochodzą z nielegalnej ich produkcji, przewozu, dostawy wewnątrzspółnotowej itd. W zdecydowanej większości przypadków przyjęcie czy nabycie narkotyków od osoby posiadającej je nielegalnie, niezależnie od źródła ich pochodzenia, należałoby kwalifikować także jako paserstwo. Takiej wykładni Sąd Apelacyjny nie aprobuje, uznając, że środki odurzające i substancje psychotropowe nie są rzeczą ruchomą w rozumieniu art. 291 k.k. (z podanych wyżej względów).

W grę wchodzi natomiast przyjęcie paserstwa narkotyków jeśli uzyskane zostały w wyniku kradzieży, o jakiej mowa w art. 64 ust. 1 i 2 Ustawy z 29 lipca 2005 r.o przeciwdziałaniu narkomanii. Tak jednak w realiach sprawy, w przypadku apelującego oskarżonego, nie było.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny poprawił błędną kwalifikację prawną czynów przypisanym obydwu oskarżonym. Korekta owa nie wpłynęła jednak na wymiar kar. Trafnie i wszechstronnie rozważone przez Sąd orzekający okoliczności, mające w tej kwestii znaczenie, nie pozwalają na ich złagodzenie.

Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego znajduje oparcie w art.624 § 1 kpk.

Andrzej Kot Wojciech Kociubiński Edyta Gajgał