

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 stycznia 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

|                 |  |
|-----------------|--|
| Przewodniczący: | SSA Andrzej Krawiec (spr.)                     |
| Sędziowie:      | SSA Edward Stelmasik<br>SSA Ryszard Ponikowski |
| Protokolant:    | Anna Dziurzyńska                               |

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Urszuli Piwowarczyk - Strugały

po rozpoznaniu w dniu 30 stycznia 2013 r.

sprawy **D. S.**

oskarżonego z art. 59 ust. 1 i 2 oraz art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k., art. 62 ust. 1 powołanej ustawy, art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k., art. 158 § 1 k.k., art. 157 § 2 k.k. i art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz art. 280 § 1 k.k., art. 158 § 1 k.k., art. 157 § 2 k.k. i art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

**P. M.**

oskarżonego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k., art. 158 § 1 k.k., art. 157 § 2 k.k. i art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. oraz art. 280 § 1 k.k., art. 158 § 1 k.k., art. 157 § 2 k.k. i art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 25 września 2012 r. sygn. akt III K 36/12

**I. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego D. S. co do pkt I części dyspozytywnej w ten sposób, że:**

1. **z opisu czynu ciągłego przypisanego wymienionemu oskarżonemu w tym punkcie eliminuje ustalenie, iż uczestniczył on w obrocie amfetaminą w ilości 213,332 grama oraz marihuaną w ilości 45,967 grama, a tym samym z kwalifikacji prawnej tego czynu eliminuje art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i w to miejsce uznaje oskarżonego D. S. za winnego czynu zarzucanego mu w pkt V części wstępnej tegoż wyroku, z tym że przyjmuje, iż posiadał on wbrew przepisom ustawy znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci amfetaminy – to jest 213,32 grama oraz znaczną ilość środka odurzającego w postaci marihuany – to jest 45,063 grama, a tym samym uznaje go za winnego odrębnego czynu z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005**

**r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie powołanego przepisu w zw. z art. 4 § 1 k.k. wymierza mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę w wysokości 30 (trzydziestu) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 20 (dwadzieścia) zł,**

**2. uznaje, że zachowania opisane w pkt I tiret 1,2 i 3 części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku stanowią odrębny czyn ciągły z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 59 ust. 2 powołanej ustawy wymierza D. S. karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności;**

**II. zmienia zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego D. S. co do pkt IV części dyspozytywnej w ten sposób, że uniewinnia wymienionego oskarżonego od czynu przypisanego mu w tym punkcie (pkt VIII części wstępnej), obciążając kosztami postępowania w tym zakresie Skarb Państwa;**

**III. stwierdza, że utraciły moc dotyczące oskarżonego D. S. orzeczenia o:**

- karze grzywny wymierzonej na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku),**
- karze łącznej pozbawienia wolności (pkt IX, tiret 1 części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku),**
- obowiązku naprawienia szkody (pkt XII części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku);**

**IV. w pozostałej części zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego D. S. utrzymuje w mocy;**

**V. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. łączy kary 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz 3 lat pozbawienia wolności orzeczone wobec oskarżonego D. S. w pkt I podpkt 1 i 2 niniejszego wyroku z karami orzeczonymi wobec niego w punktach II i III części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku i wymierza mu karę łączną 3 (trzech) lat i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności;**

**VI. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zalicza oskarżonemu D. S. na poczet kary pozbawienia wolności okresy jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 23 do 24 sierpnia 2011 r. i od 1 września 2011 r. do 30 stycznia 2013 r.;**

**VII. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w stosunku do oskarżonego P. M.;**

**VIII. zwalnia oskarżonych D. S. i P. M. od kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze;**

**IX. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. W. Z. 600 zł tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą obronę z urzędu oskarżonego D. S. w postępowaniu odwoławczym i 138 zł tytułem zwrotu VAT.**

## **UZASADNIENIE**

Sąd Okręgowy we Wrocławiu rozpoznał sprawę **D. S.** oskarżonego o to, że :

**I. w okresie od 22 sierpnia 2011 r. do 1 września 2011 r. we W., działając w warunkach czynu ciągłego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej kilkakrotnie udzielił środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 7 gram za kwotę nie mniejszą niż 210 złotych małoletniemu K. B.;**

**tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.**

**II. w okresie od 1 sierpnia 2011 r. do 29 sierpnia 2011 r. we W., działając w warunkach czynu ciągłego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej kilkakrotnie udzielił środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 15 gram za kwotę nie mniejszą niż 450 złotych A. S.;**

***tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.***

III. w okresie od czerwca 2011 r. do sierpnia 2011 r. we W., działając w warunkach czynu ciągłego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, kilkakrotnie udzielił środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 3 gramy za kwotę nie mniejszą niż 90 złotych K. K.;

***tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.***

IV. w dniu 11 lipca 2011 r. we W., posiadał w lokalu mieszkalnym przy ul. (...) wbrew przepisom ustawy substancje psychotropowe w postaci amfetaminy w ilości 0,799 grama, przy czym czynu tego dopuścił się mając w stopniu znacznym ograniczoną zdolność do pokierowania swoim postępowaniem;

***tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 31 § 2 k.k.***

V. w dniu 1 września 2011 r. we W., wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii posiadał środek psychotropowy znacznej ilości w postaci amfetaminy w ilości 213,332 grama, co stanowi nie mniej niż 1493 porcje handlowe o wartości rynkowej 6.339 złotych oraz marihuanę w ilości 45,967 grama, co stanowi nie mniej niż 315 porcji handlowych wartości rynkowej 1.351 złotych;

***tj. o czyn z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.***

VI. w okresie od lipca 2011 r. do 1 września 2011 r. we W., działając wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 29 lipca 2005 r. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uczestniczył w obrocie znaczną ilością środków odurzających w postaci amfetaminy w ilości 213,332 grama netto, co stanowi nie mniej niż 1493 porcje handlowe o wartości rynkowej 6.339 złotych oraz marihuany w ilości 45,967 grama netto, co stanowi nie mniej niż 315 porcji handlowych o wartości rynkowej 1.351 złotych, którą nabył od nieustalonej osoby w celu dalszej odsprzedaży;

***tj. o czyn z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.***

VII. w dniu 29 lipca 2011 r. we W., działając wspólnie i w porozumieniu z P. M. oraz D. Z. usiłował dokonać rozboju na osobie P. J., w ten sposób, że używając przemocy w postaci bicia i kopania po całym ciele, przewrócenia na ziemię, w wyniku czego doznał on obrażeń w postaci rany tłuczonej nosa, rozcięcia prawego łuku brwiowego, rany tłuczonej skroni prawej, stłuczenia żeber po stronie lewej, stłuczenia barku lewego, otarć naskórka na kończynach dolnych oraz ukruszenia zęba dwójki górnej lewej, co spowodowało naruszenie czynności narządów ciała pokrzywdzonego na czas poniżej dni siedmiu, usiłował zabrać w celu przywłaszczenia telefon komórkowy marki N. (...) o wartości nie mniejszej niż 700 złotych, portfel o wartości 50 złotych wraz z zawartością pieniędzy w kwocie 50 złotych, dowodu osobistego, prawa jazdy, dwóch kart bankomatowych, karty kredytowej, dowodu rejestracyjnego i ubezpieczenia samochodu i innych przedmiotów, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na postawę pokrzywdzonego, czym działał na szkodę pokrzywdzonego;

***tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. i art. 158 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. i art. 278 § 5 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.***

VIII. w tym samym czasie i miejscu jak w punkcie VII, działając wspólnie i w porozumieniu z P. M. i D. Z. dokonał rozboju na osobie M. O. (1), w ten sposób, że używając przemocy w postaci bicia i kopania po całym ciele, w wyniku czego doznał on obrażeń w postaci ukruszenia trzech zębów oraz otarć naskórka policzka prawego, które to obrażenia naruszały czynności narządów ciała pokrzywdzonego na czas poniżej siedmiu dni, zabrał w celu przywłaszczenia portfel o wartości 50 złotych z zawartością dowodu osobistego, karty bankomatowej V. D. bank, legitymacji aplikanta radcowskiego, kart rabatowych oraz telefon komórkowy marki N. (...), tj. mienie o łącznej wartości 350 złotych, czym działał na szkodę wymienionego pokrzywdzonego,

***tj. o czyn z art. 280 § 1 k.k. i art. 158 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. i art. 278 § 5 k.k., art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.***

Ponadto rozpoznał sprawę **P. M.** oskarżonego o to, że :

IX. w dniu 29 lipca 2011 roku we W., działając wspólnie i w porozumieniu z D. S. oraz D. Z., usiłował dokonać rozboju na osobie P. J., w ten sposób, że używając przemocy w postaci bicia i kopania po całym ciele, przewrócenia na ziemię, w wyniku czego doznał on obrażeń w postaci rany tłuczonej nosa, rozcięcia prawego łuku brwiowego, rany tłuczonej skroni prawej, stłuczenia żeber po stronie lewej, stłuczenia barku lewego, otarć naskórka na kończynach dolnych oraz ukruszenia zęba dwójki górnej lewej, co spowodowało naruszenie czynności narządów ciała pokrzywdzonego na czas poniżej dni siedmiu, usiłował zabrać w celu przywłaszczenia telefon komórkowy marki N. (...) o wartości nie mniejszej niż 700 zł, portfel o wartości 50 złotych wraz z zawartością pieniędzy w kwocie 50 złotych, dowodu osobistego, prawa jazdy, dwóch kart bankomatowych, karty kredytowej, dowodu rejestracyjnego i ubezpieczenia samochodu i innych przedmiotów, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na postawę pokrzywdzonego, czym działał na szkodę pokrzywdzonego,

***tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. i art. 158 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. i art. 278 § 5 k.k. i art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.***

X. w tym samym czasie i miejscu jak w punkcie VII, działając wspólnie i w porozumieniu z D. S. i D. Z. dokonał rozboju na osobie M. O. (1) w ten sposób, że używając przemocy w postaci bicia i kopania po całym ciele, w wyniku czego doznał on obrażeń w postaci ukruszenia trzech zębów oraz otarć naskórka policzka prawego, które to obrażenia naruszały czynności narządów ciała pokrzywdzonego na czas poniżej siedmiu dni, zabrał w celu przywłaszczenia portfel o wartości 50 złotych z zawartością dowodu osobistego, karty bankomatowej V. D. bank, legitymacji aplikanta radcowskiego, kart rabatowych oraz telefon komórkowy marki N. (...), tj. mienie o łącznej wartości 350 złotych, czym działał na szkodę wymienionego pokrzywdzonego,

***tj. o czyn z art. 280 § 1 k.k. i art. 158 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. i art. 278 § 5 k.k., art. 275 § 1 k.k. i art. 276 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.***

Po rozpoznaniu tej sprawy Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 25 września 2012 r. uznał oskarżonego D. S. za winnego tego, że w okresie od czerwca 2011 r. do 1 września 2011 r. we W., w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru wbrew przepisom ustawy, udzielił w celu osiągnięcia korzyści majątkowej różnym osobom, w tym małoletnim środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 25 gram, uczestniczył w obrocie znaczną ilością środków odurzających w postaci amfetaminy w ilości 213,332 rama netto co stanowi nie mniej niż 2133 porcje handlowe o wartości rynkowej 6.339 złotych oraz marihuany w ilości 45,967 grama netto, co stanowi nie mniej niż 91 porcji handlowych o wartości rynkowej 1.351 złotych, którą nabył od nieustalonej osoby w celu dalszej odsprzedaży, a w tym:

- w okresie od 22 sierpnia 2011 r. do 1 września 2011 r. we W., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej kilkakrotnie udzielił środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 7 gram za kwotę nie mniejszą niż 210 złotych małoletniemu K. B.,

- w okresie od 1 sierpnia 2011 r. do 29 sierpnia 2011 r. we W., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej kilkakrotnie udzielił środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 15 gram za kwotę nie mniejszą niż 450 złotych A. S.,

- w okresie od czerwca 2011 r. do sierpnia 2011 r. we W., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej kilkakrotnie udzielił środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 3 gramy za kwotę nie mniejszą niż 90 zł K. K.,

- to jest czynu z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz art. 56 ust. 3 powołanej ustawy w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 59 ust. 2 powołanej ustawy wymierzył

mu karę 3 lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 56 ust. 3 powołanej ustawy orzekł wobec niego grzywnę w wysokości 30 stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na 20 zł.

Tym samym wyrokiem uznał D. S. za winnego czynu opisanego w pkt IV części wstępnej i za to na podstawie art. 62 ust. 1 powołanej wyżej ustawy wymierzył mu karę 3 miesięcy pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem uznał D. S. za winnego czynu opisanego w pkt VII części wstępnej, z tym że z opisu tego czynu wyeliminował dowód osobisty, prawo jazdy, dowód rejestracyjny i ubezpieczenie samochodu i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem uznał D. S. za winnego czynu opisanego w pkt VIII części wstępnej, z tym że z opisu tego czynu wyeliminował dowód osobisty, legitymację aplikanta radcowskiego i karty rabatowe i za to na podstawie art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego D. S. karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której zaliczył okresy jego rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 23 do 24 sierpnia 2011 r. i od 1 września 2011 r. do 25 września 2012 r.

Na podstawie art. 46 k.k. zobowiązał D. S. solidarnie z P. M. i D. Z. do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem przez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego M. O. (1) kwoty 350 zł.

Na podstawie art. 70 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca o przeciwdziałaniu narkomanii oraz art. 230 § 2 k.p.k. orzekł o dowodach rzeczowych.

Tym samym wyrokiem uznał oskarżonego P. M. za winnego czynu opisanego w pkt IX części wstępnej, z tym że z opisu tego czynu wyeliminował wymienione wcześniej dokumenty i za to na podstawie art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem uznał oskarżonego P. M. za winnego czynu opisanego w pkt X części wstępnej, z tym że z opisu tego czynu wyeliminował wymienione wcześniej dokumenty i za to na podstawie art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. orzekł wobec P. M. karę łączną 2 lat pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawiesił na okres lat 5, oddając go w okresie próby pod dozór kuratora sądowego.

Na podstawie art. 46 k.k. zobowiązał P. M. solidarnie z D. S. i D. Z. do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem przez zapłatę na rzecz pokrzywdzonego M. O. (1) kwoty 350 zł.

Zwolnił obu oskarżonych od kosztów sądowych.

Wyrok powyższy zaskarżyli obrońcy oskarżonych D. S. i P. M..

**Apelacja obrońcy D. S.** zarzuca (dosłowny cytat):

„1. w punkcie I-szym części dyspozytywnej orzeczenia:

- obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 59 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.2005 nr 179, poz. 1485) poprzez ustalenie odpowiedzialności oskarżonego na podstawie art. 59 ust. 2 tejże ustawy oraz nie przyjęcie tzw. przypadku mniejszej wagi, gdy tymczasem ustalony stan faktyczny jednoznacznie wskazuje, iż z takim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie;

- obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 28 § 2 k.k. w zw. z art. 59 ust. 2 oraz art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 25 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez ustalenie odpowiedzialności karnej oskarżonego D. S. na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a nie na podstawie art. 58 ust. 2 tejże ustawy, podczas gdy

okoliczności sprawy wskazują, że oskarżony znajdował się pod wpływem usprawiedliwionego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego powodującego łagodniejszą odpowiedzialność sprawcy.

2. w punkcie II-gim części dyspozytywnej orzeczenia dotyczącej uznania oskarżonego D. S. za winnego popełnienia czynu określonego w punkcie VII aktu oskarżenia błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść i wyrażający się w stwierdzeniu, że przypisany oskarżonemu D. S. czyn miał charakter usiłowania dokonania rozboju określonego w art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k. i art. 158 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. i art. 278 § 5 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., z uwagi na celowe doprowadzenie pokrzywdzonego P. J. do stanu bezbronności i wykorzystanie tego stanu do zaboru mienia na jego szkodę, podczas gdy prawidłowo oceniony materiał dowodowy mógłby tylko doprowadzić do wniosku, iż działanie oskarżonego zawiera cechy udziału w bójce określonego treścią art. 158 § 1 k.k. i 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

3. w punkcie IV-tym części dyspozytywnej orzeczenia dotyczącej uznania oskarżonego D. S. za winnego popełnienia czynu zakwalifikowanego jako art. 280 § 1 k.k. (pkt VIII aktu oskarżenia) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mający wpływ na jego treść a polegający na uznaniu oskarżonego D. S. za winnego dokonania rozboju na osobie M. O. (1), pomimo, że nie pozwala na to zgromadzony w sprawie materiał dowodowy”.

Podnosząc wskazane zarzuty apelujący wniósł o:

„1. uchylenie wyroku w części dotyczącej orzeczenia o karze łącznej wymierzonej oskarżonemu D. S.,

2. poprawienie błędnej kwalifikacji prawnej zawartej w zaskarżonym wyroku i przyjęcie, że przestępstwo opisane w punkcie I części dyspozytywnej orzeczenia stanowi przestępstwo ciągle z art. 53 ust. 3 ustawy o narkomanii

3. zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy w odniesieniu do czynu opisanego w pkt VII aktu oskarżenia przez uznanie, że opisane w tym punkcie działanie oskarżonego stanowi czyn określony w art. 158 § 1 k.k. w zw. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

4. uniewinnienie oskarżonego D. S. od zarzutu popełnienia czynu zabronionego opisanego w punkcie VIII aktu oskarżenia.

5. wymierzenie oskarżonemu nowej kary łącznej na podstawie kar orzeczonych w stosunku do niego za czyny opisane w punktach I, II i III części dyspozytywnej orzeczenia,

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu celem ponownego rozpoznania”.

**Apelacja obrońcy P. M.** zarzuca (dosłowny cytat): „rażącą niewspółmierność kary wymierzoną oskarżonemu P. M. w wysokości 2 lat pozbawienia wolności w zawieszeniu na maksymalny tj. 5-letni okres próby podczas gdy dla osiągnięcia celów kary i ze względów wychowawczych oskarżonego wystarczający jest 3 letni okres próby”.

Podnosząc wskazany zarzut apelujący wniósł o „zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie kary wymierzonej oskarżonemu P. M. poprzez zawieszenie wykonania kary 2 lat pozbawienia wolności na 3 letni okres próby”.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Co do apelacji obrońcy oskarżonego D. S.** – apelacja ta jest częściowo zasadna.

Na wstępie należy stwierdzić, że Sąd I instancji w sposób nieprawidłowy skonstruował czyn ciągle przypisany oskarżonemu D. S. w pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku. Nieprawidłowo bowiem Sąd ten przyjął kumulatywną kwalifikację prawną (art. 11 § 2 k.k.) w odniesieniu do przypisanych oskarżonemu czynów (zachowań) z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz art. 56 ust. 3 powołanej ustawy. Udzielanie narkotyków innej osobie oraz uczestniczenie w obrocie narkotykami należy bowiem traktować

jako odrębne zbiory zachowań, w związku z czym nie można stosować kumulatywnej kwalifikacji prawnej (art. 11 §2 k.k.) w odniesieniu do art. 58-59 oraz art. 56 ust. 3 powołanej ustawy.

W celu dokładnego wyjaśnienia omawianego zagadnienia godzi się odwołać do poglądów doktryny i judykatury dotyczących owej materii. Komentatorka ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii Katarzyna Łucarz na kanwie wskazanych wcześniej przepisów, odwołując się do orzecznictwa, wywodzi co następuje: „... Analizując relację art. 56 do art. 58-59 u.p.n., należy stwierdzić, że pozostają one do siebie w stosunku wykluczenia. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 10 grudnia 2003 r. (II AKa 412/03, Lex nr 120378; zob. podobnie wyrok SA w Białymstoku z dnia 20 marca 2011 r., II AKa 34/01, OSA 2002, z. 4, poz. 31) **&lt;&lt;uczestniczenie w obrocie&gt;&gt; i &lt;&lt;udzielenie innej osobie&gt;&gt;, w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, są odrębnymi zbiorami zachowań**, przy czym &lt;&lt;udzielenie&gt;&gt; innej osobie jest specyficzną, wyodrębnioną przez ustawodawcę formą wprowadzenia do obrotu, gdy adresatem tego obrotu jest konsument środka psychotropowego i pozostałych, wymienionych w ustawie substancji, a środek ten przeznaczony jest na zaspokojenie jego potrzeb jako konsumenta. **Nie może więc być mowy o kumulatywnej kwalifikacji art. 43 ustawy (obecnie art. 56 ust.1) oraz art. 45 lub 46 ustawy (obecnie art. 58 lub art. 59)**, a nawet przymiot konsumenta po stronie uczestnika obrotu nie przesądza o kwalifikacji prawnej niezależnie od okoliczności faktycznych sprawy. **Wynika z tego, iż w przypadku popełnienia przez sprawcę czynu, polegającego na przekazaniu we władanie środków odurzających lub substancji psychotropowych, będzie on odpowiadał za przestępstwo z art. 56 lub art. 58-59 u.p.n.**

Wydaje się jednak, że nie można zupełnie wykluczyć sytuacji, w których dopuszczalna będzie kumulatywna kwalifikacja tych przepisów, w szczególności gdy zbywca przekazuje środki nabywcy, który jest dealerem, będącym jednocześnie konsumentem narkotyków. Zbywca będzie wówczas odpowiadał z art. 56 w zw. z art. 58 lub 59 w zw. z art. 11 §2 k.k., natomiast nabywca – z art. 56 u.p.n. Podobnie w wyroku z dnia 22 września 2005 r. (II Aka 160/05, Lex nr 166000) Sąd Apelacyjny w Lublinie stwierdził, iż w sytuacji gdy sprzedający ma świadomość, że przekazywane środki odurzające czy psychotropowe trafią do dalszego obrotu, a część z nich zostanie przeznaczona na własny użytek odbiorcy tych środków, to nastąpi zbieg przepisów art. 43 ust. 1 (obecnie art. 56 ust. 1) oraz art. 46 ust. 1 lub ust. 2 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (obecnie art. 59 ust. 1 lub 2). Zbiegu tych przepisów nie wyłącza żadna z reguł wyłączania wielości ocen (specjalności, konsumpcji i subsydiarności), a zatem zbieg tych przepisów karnych może mieć charakter rzeczywisty. Oczywiście przyjęcie takiej kwalifikacji prawnej wymaga pewnych ustaleń faktycznych co do tego, **iż osoba wyprowadzająca środki odurzające i psychotropowe do obrotu** ma świadomość, iż osoba odbierająca te środki jest nie tylko uczestnikiem obrotu, a więc przekaże te środki dalej, ale jest także konsumentem, któremu właśnie udziela tych środków na własny użytek”.

Jeśli chodzi o drugi fragment przytoczonego wyżej tekstu, w którym autorka Komentarza dopuszcza możliwość kumulatywnej kwalifikacji z art. 56 u.p.n. i art. 58 lub art. 59 u.p.n. w zw. z art. 11 §2 k.k., odnosi to ona do sytuacji, gdy sprawca część narkotyków wprowadza do obrotu udostępniając je dealerom, a inną część udziela tym samym osobom w celach konsumpcyjnych. Świadczy o tym następujący fragment Komentarza: „Oczywiście przyjęcie takiej kwalifikacji prawnej (art. 11 § 2 k.k. – przyp. SA) wymaga pewnych ustaleń faktycznych co do tego, iż osoba **wprowadzająca środki odurzające i psychotropowe do obrotu** ma świadomość, iż osoba odbierająca te środki jest nie tylko uczestnikiem obrotu, a więc przekaże te środki dalej, ale także konsumentem, któremu właśnie udziela tych środków na własny użytek”.

Sytuacja przedstawiona w końcowej części przytoczonego tekstu w niniejszej sprawie nie zachodzi, gdyż z ustaleń faktycznych Sądu meriti wynika jednoznacznie, że osoby którym D. S. udzielał środka odurzającego w postaci marihuany były wyłącznie konsumentami owego narkotyku.

Pomijając jednak kwestię błędnej konstrukcji prawnej czynu przypisanego D. S. w pkt I części dyspozytywnej orzeczenia należy podnieść, że brak jest w sprawie dowodów wskazujących, iż oskarżony ten uczestniczył w obrocie znaczną ilością substancji psychotropowej (amfetaminy) oraz środka odurzającego (marihuany) w rozumieniu

art. 56 ust. 3 powołanej ustawy. Sąd Okręgowy przypisując oskarżonemu zachowanie wyczerpujące znamiona przestępstwa określonego w art. 56 ust. 3 tejże ustawy stwierdził na stronie 26 in principio uzasadnienia orzeczenia, że (cyt.) „Okoliczności ujawnienia narkotyków, przedmioty zabezpieczone w sprawie, a to waga i woreczki strunowe jednoznacznie wskazują, iż oskarżony posiadane narkotyki, które nabył od nieustalonej osoby chciał dalej odsprzedać. Zachowanie to jest zatem uczestnictwem w obrocie i wypełnia znamiona art. 56 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii”.

W związku z powyższym wypada zauważyć, że posiadane przez oskarżonego woreczki strunowe oraz waga elektroniczna równie dobrze mogły służyć do porcjowania narkotyków „udzielanych” odpłatnie (sprzedawanych) innym osobom (konsumentom) w rozumieniu przepisów art. 59 powołanej ustawy. Sąd meriti użył tu zwrotu, że (cyt.) „oskarżony posiadane narkotyki ... chciał dalej odsprzedać”. Wnioskowanie Sądu, że przedmioty te świadczą, iż D. S. „uczestniczył w obrocie” narkotykami w rozumieniu art. 56 ust. 3 powołanej ustawy (tzn. przekazywał je odbiorcom nie będącym konsumentami), czy nawet czynił przygotowania do takiej działalności w rozumieniu art. 57 tejże ustawy, jest w związku z tym zbyt daleko idące. Stanowisko Sądu meriti w tej kwestii nie opiera się na żadnych konkretnych, udowodnionych faktach, a zatem w istocie stanowi całkowicie dowolne domniemanie. Należy przy tym wspomnieć, że z ustaleń faktycznych tegoż Sądu nie wynika aby D. S. kiedykolwiek przekazał substancję psychotropową (amfetaminę) lub środek odurzający (marihuanę) osobie, która nie była ich konsumentem, a tylko w takim przypadku uczestniczyłby on w obrocie narkotykami w rozumieniu art. 56 ust. 3 powołanej ustawy. Z ustaleń tych wynika natomiast jednoznacznie, że D. S. przekazywał odpłatnie (sprzedawał) marihuanę wyłącznie **konsumentom** owego środka odurzającego, a zatem środek ten „udzielał” w rozumieniu przepisów art. 59 tejże ustawy. Z tego względu użyty przez Sąd meriti zwrot, iż (cyt.) „oskarżony posiadane narkotyki ... chciał dalej odsprzedać” nie może stanowić uzasadnienia koncepcji, że uczestniczył w ich obrocie.

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że Sąd Okręgowy bezpodstawnie przypisał D. S. w ramach czynu ciągłego opisanego w pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku zachowanie polegające na uczestniczeniu w obrocie znaczną ilością substancji psychotropowej w postaci amfetaminy (213,332 grama) oraz środka odurzającego w postaci marihuany (45,967 grama), a przy tym błędnie zakwalifikował ten czyn ciągły jako jedno przestępstwo z art. 59 ust. 1 i 2 oraz art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 §2 k.k. (o czym była mowa na wstępie).

W zachowaniu D. S. w omawianym zakresie można dopatrzeć się czynu z art. 62 ust. 2 powołanej ustawy – to jest występku zarzucanego mu w pkt V części wstępnej orzeczenia. Jest bowiem rzeczą bezsporną, że w dniu 1 września 2011 r. oskarżony posiadał wbrew przepisom ustawy znaczną ilość **substancji** psychotropowej (a nie **środku** psychotropowego jak stwierdzono w opisie owego czynu zawartym w pkt V części wstępnej orzeczenia) oraz znaczną ilość środka odurzającego w postaci marihuany (45,063 grama, a nie jak stwierdzono w opisie czynu V 45,967 grama, rzeczywista ilość posiadanej przez oskarżonego marihuany została wskazana w dokumencie zawartym na karcie 34 akt sprawy). Faktu tego apelujący nie tylko nie kwestionuje, lecz fakt ten potwierdza we wniesionym przez siebie środku odwoławczym (str. 7 in principio, k. 959 in principio). We wskazanym fragmencie apelacji autor podnosi, że (cyt.) „W sprawie niewątpliwym pozostaje, iż D. S. w dniu zatrzymania – 1 września 2011 r. – posiadał narkotyki w ilościach 213,332 gram amfetaminy i 45,967 gram marihuany ...”.

Mając na uwadze stanowisko obrońcy oskarżonego zaprezentowane w przytoczonej części apelacji należy dojść od wniosku, że skoro apelujący akceptuje fakt, iż zachowanie D. S. w omawianym zakresie wyczerpało znamiona czynu zabronionego w postaci posiadania wbrew przepisom ustawy amfetaminy oraz marihuany w podanych wcześniej ilościach, tym samym apelujący kwestionuje przyjętą przez Sąd I instancji koncepcję, że D. S. uczestniczył w obrocie owymi narkotykami, a tym samym kwestionuje kwalifikację prawną z art. 56 ust. 3 powołanej ustawy.

Wprawdzie obrońca oskarżonego w apelacji pisemnej wprost takiego zarzutu nie sformułował, jednakże podczas rozprawy apelacyjnej uściślił (doprecyzował) zarzut wyłaniający się ze wskazanej wyżej części środka odwoławczego (str. 7 in principio, k. 959 in principio). W czasie rozprawy odwoławczej apelujący oświadczył, że zarzuca w omawianym zakresie, iż w pierwszej instancji doszło do błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę



orzeczenia polegającego na błędnym przypisaniu D. S. zachowania w postaci uczestniczenia w obrocie amfetaminą i marihuaną w rozumieniu art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy oskarżony ten wyczerpał jedynie znamiona czynu polegającego na posiadaniu owych narkotyków w rozumieniu przepisów art. 62 powołanej ustawy. W związku z tym apelujący wniósł o zmianę kwalifikacji prawnej czynu przypisanego D. S. w pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku przez wyeliminowanie z opisu tego czynu ustalenia, że wymieniony oskarżony uczestniczył w obrocie amfetaminą i marihuaną i przyjęcie w to miejsce, że owe narkotyki jedynie posiadał w rozumieniu art. 62 powołanej ustawy, z tym że wniósł przy tym aby czyn ten potraktować jako wypadek mniejszej wagi z art. 62 ust. 3 tejże ustawy (k. 1029v).

Mając na uwadze powyższe okoliczności należało rozważyć czy zmiana kwalifikacji prawnej w podanym wyżej zakresie, polegająca na wyeliminowaniu art. 56 ust. 3 powołanej ustawy i przyjęciu w to miejsce kwalifikacji prawnej z art. 62 ust. 2 tejże ustawy nie wiąże się z naruszeniem art. 455 k.p.k. (zd. pierwsze), poprzez niedozwoloną przez ten przepis zmianę ustaleń faktycznych. Godzi się w związku z tym odwołać do poglądów przedstawicieli doktryny w omawianej materii. Jan Grajewski na tle owej kwestii w Komentarzu do art. 455 k.p.k. (LEX teza nr 2) wywodzi co następuje: „ W piśmiennictwie trafnie podnosi się, że & & upoważnienie do orzekania niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oznacza, że sąd odwoławczy może poprawić wadliwą kwalifikację prawną nawet wówczas, gdy kwestia rozstrzygnięcia co do winy (a więc również co do kwalifikacji prawnej) znalazła się poza zakresem zaskarżenia, a także wówczas, gdy kwestia ta znalazła się wprawdzie w zakresie zaskarżenia, **ale w środku odwoławczym nie sformułowano zarzutu, którego uwzględnienie powinno prowadzić do zmiany kwalifikacji prawnej czynu przyjętej przez sąd pierwszej instancji & &** (por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks ..., 2007, t. II, s. 780) ”.

Opierając się na powyższym należy dojść do przekonania ( a contrario), że skoro w środku odwoławczym (wniesionym przez obrońcę oskarżonego) sformułowano został zarzut dotyczący kwalifikacji prawnej danego czynu, w granicach tego zarzutu mogło dojść do zmiany owej kwalifikacji przez Sąd odwoławczy połączonej ze zmianą ustaleń faktycznych. Nie doszło w takiej sytuacji do obrazu art. 455 (zd. pierwsze). Dopuszczalność takiej zmiany akceptuje także inny Komentator – Tomasz Grzegorzcyk. W Komentarzu do art. 455 k.p.k. (Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Wydawnictwo LEX, Warszawa 2008, str. 982) wywodzi on w tej kwestii, iż nie można wykluczyć tego, aby w postępowaniu odwoławczym (cyt.) „... mogło dojść do **zmiany kwalifikacji** prawnej w rozumieniu art. 399 § 1 in principio, a więc w konsekwencji – do zmiany ustaleń faktycznych w postępowaniu w II instancji, **z tym wszak, że może się to odbywać tylko w graniach zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz z uwzględnieniem kierunku środka odwoławczego** ”.

Jak wspomniano uprzednio apelujący sformułował w omawianym zakresie zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, implikujący błędną kwalifikację prawną z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Z tego względu zmiana kwalifikacji prawnej polegająca na wyeliminowaniu tego przepisu i przyjęciu przez Sąd odwoławczy w to miejsce art. 62 ust. 2 powołanej ustawy odbyła się w graniach podniesionego w tym zakresie zarzutu.

Ponadto, abstrahując od powyższego, należy podnieść, że w rzeczywistości nie doszło tu do zmiany ustaleń faktycznych w postępowaniu odwoławczym, albowiem Sąd I instancji zawarł w opisie czynu przypisanego D. S. w pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku ustalenie, że oskarżony ten uczestniczył w obrocie amfetaminą w ilości 213,332 grama oraz marihuaną w ilości 45,967 grama, a tym samym de facto ustalił w ten sposób (vide str. 24-25 uzasadnienia orzeczenia), że D. S. narkotyki te posiadał (uczestniczenie w obrocie musi się bowiem siłą rzeczy wiązać z posiadaniem). Sąd ten stwierdził w związku z tak przyjętym stanem faktycznym, że czyn z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii polegający na posiadaniu wskazanych ilości narkotyków jest czynem współukaranym uprzednim w stosunku do przestępstwa uczestniczenia w obrocie owymi narkotykami – to jest w stosunku do występku z art. 56 ust. 3 powołanej ustawy (vide str. 24-25 i 28 uzasadnienia orzeczenia). Sąd meriti przyjmując koncepcję czynu współukaranego uprzedniego stwierdził, że (cyt.) „dla bytu przestępstwa polegającego na uczestniczeniu w obrocie środkami odurzającymi konieczne jest ich posiadanie” (str. 28 uzasadnienia orzeczenia).

W świetle powyższego wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej przedmiotowego czynu art. 56 ust. 3 powołanej ustawy i uznanie (na podstawie ustaleń faktycznych Sądu meriti), że oskarżony posiadał podaną wyżej ilość substancji psychotropowej (amfetaminy) oraz środka odurzającego (marihuany) w rozumieniu art. 62 ust. 2 tejże ustawy nie stanowi zdaniem Sądu Apelacyjnego zmiany ustaleń faktycznych w stosunku do tych, które zostały poczynione w pierwszej instancji. Sąd odwoławczy dokonał jedynie w tym zakresie odmiennej od Sądu I instancji oceny prawnej zachowania oskarżonego D. S. w ramach ustalonego przez tenże Sąd stanu faktycznego.

Zmiana kwalifikacji prawnej w omawianym zakresie nie była też zmianą na niekorzyść oskarżonego, gdyż zagrożenie ustawowe przewidziane w art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii było w dacie czynu (1 września 2011 r.) wyższe niż zagrożenie przewidziane w art. 62 ust. 2 powołanej ustawy. W pierwszym przypadku groziła w owym czasie kara pozbawienia wolności do 10 lat, a w drugim od 6 miesięcy do 8 lat (sankcje te zostały zmienione ustawą z dnia 1 kwietnia 2011 r., która weszła w życie z dniem 9 grudnia 2011 r.).

Przy wymiarze kary łącznej pozbawienia wolności kara jednostkowa orzeczona wobec D. S. za czyn z art. 62 ust. 2 powołanej ustawy (w dolnej granicy ustawowego zagrożenia) została w całości pochłonięta przez karę orzeczoną na podstawie art. 59 ust. 2 tejże ustawy.

Stosując przy wymiarze kary łącznej zasadę asperacji zbliżoną do absorpcji (a nie pełnej absorpcji) Sąd Apelacyjny miał na względzie karę jednostkową 2 lat pozbawienia wolności orzeczoną wobec oskarżonego za czyn przypisany mu w pkt III części dyspozytywnej orzeczenia (pkt VII części wstępnej). Czyn ten nie pozostaje bowiem w żadnym związku przedmiotowym z popełnionymi przez D. S. czynami naruszającymi przepisy ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Dolną granicę kary łącznej pozbawienia wolności wyznaczała kara jednostkowa 3 lat pozbawienia wolności orzeczona na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, jako najwyższa z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa (art. 86 § 1 k.k.). Uwzględniając wymiar kary jednostkowej wymierzonej oskarżonemu za czyn przypisany mu w pkt III części dyspozytywnej orzeczenia (2 lata pozbawienia wolności), Sąd Apelacyjny orzekł wobec niego karę łączną w wysokości 3 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności, stosując (ze wspomnianych wcześniej względów) zasadę asperacji, jednakże znacznie zbliżoną do absorpcji.

Nie zasługuje na uwzględnienie omawiana apelacja w części, w której jej autor postuluje przyjęcie, że czyny oskarżonego D. S. z art. 59 i 62 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii stanowiły wypadki mniejszej wagi w rozumieniu ustępu 3 powołanych przepisów.

Oskarżony posiadał znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci amfetaminy oraz środka odurzającego w postaci marihuany. Okoliczność, że była to ilość „znaczną” w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jest niewątpliwa. W kwestii tej Sąd Apelacyjny podziela w pełni pogląd Sądu I instancji przedstawiony na stronach 24-25 uzasadnienia orzeczenia (ilość zdolna do zaspokojenia potrzeb kilkudziesięciu osób).

D. S. od czerwca 2011 r. do 1 września 2011 r. udzielał wielokrotnie środka odurzającego w postaci marihuany różnym odbiorcom (konsumentom), w tym małoletniemu K. B.. Nie była to zatem działalność jednorazowa, czy też sporadyczna, ale postępowanie zaplanowane (o czym świadczą posiadane przez niego przedmioty w postaci wagi elektronicznej i woreczków strunowych) i systematycznie realizowane do czasu ujawnienia tego procederu i przejścia posiadanych przez oskarżonego narkotyków przez policję (w dniu 1 września 2011 r.).

W przedstawionych wyżej okolicznościach brak jest w ocenie Sądu Apelacyjnego jakichkolwiek uzasadnionych podstaw aby opisane zachowania D. S. potraktować jako wypadki mniejszej wagi. Z tych względów tę część środka odwoławczego należało uznać za bezzasadną.

Nie zasługuje również na uwzględnienie stanowisko apelującego, że D. S. udzielając odpłatnie marihuanę innym osobom nie działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, gdyż nie osiągał z tej działalności zysku (vide str. 6 in fine apelacji, k. 958 in fine).

Sąd Apelacyjny w pełni aprobuje pogląd wyrażony w tej kwestii przez Sąd I instancji na stronach 23 i 24 uzasadnienia zaskarżonego wyroku.

Poza wskazanym w tej części uzasadnienia judykatem można przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 stycznia 2008 r. (II AKa 255/07, KZS 2008/3/26) dotyczący omawianego zagadnienia. Sąd ten stwierdził, iż „Sąd Apelacyjny uznaje za błędny swój dawniejszy pogląd, jakoby korzyścią majątkową nielegalnie sprzedającego narkotyki była uzyskana przezeń cena pomniejszona o kwotę wydaną na zakup narkotyku (II AKa 41/06), niepublikowany). Uznaje Sąd, że korzyścią taką są wszelkie składniki majątkowe uzyskane przy popełnieniu przestępstwa sprzedaży narkotyku, a nie tylko osiągnięty zysk, jak to trafnie wyraziły Sądy Apelacyjne w Katowicach (KZS 5/07 poz. 57 i 97) i w Lublinie (KZS 2/07 poz. 53)”.

Podobny pogląd wyraził też Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 15 stycznia 2009 r. (II AKa 294/08, LEX nr 491184) na kanwie art. 45 § 1 k.k.

Jak zatem widać orzecznictwo sądowe jest tu jednolite i jednoznaczne. Skoro zatem Sąd Okręgowy ustalił w sposób nie budzący wątpliwości, że D. S. udzielał odpłatnie (sprzedawał) marihuanę innym osobom, bez względu na to czy osiągał on z tego procederu jakiś zysk, działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w rozumieniu przepisów art. 59 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Z tych względów poglądy prezentowane w tej części środka odwoławczego przez apelującego nie mogą trafić do przekonania.

Wbrew pogładowi apelującego nie wchodzi tu w grę art. 28 § 2 k.k. (vide pkt 1 apelacji, tiret 2), gdyż niewiedza oskarżonego jak należy rozumieć pojęcie „korzyści majątkowej” nie stanowi okoliczności, która mogłaby wyłączyć jego odpowiedzialności na gruncie przepisów art. 59 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Trzeba nadto zwrócić uwagę na okoliczność, że apelujący błędnie łączy posiadaną przez oskarżonego amfetaminę z prowadzoną przez niego działalnością polegającą na „udzielaniu” narkotyków (vide str. 7 in principio apelacji, k. 959 in principio).

Z opisu czynu przypisanego D. S. w pkt I części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku wynika bowiem jednoznacznie, że Sąd meriti ustalił, iż przedmiotem udzielania w rozumieniu przepisów art. 59 ust. 1 i 2 powołanej wyżej ustawy był tylko środek odurzający w postaci marihuany. Co do amfetaminy (o której wspomina apelujący we wskazanym fragmencie środka odwoławczego) Sąd ten przyjął, że oskarżony uczestniczył w obrocie ową substancją psychotropową w rozumieniu art. 56 ust. 3 tejże ustawy. Jak wcześniej wspomniano Sąd Apelacyjny uznał to ustalenie za błędne i wyeliminował je z opisu przedmiotowego czynu ciągłego.

W związku z czynem przypisanym D. S. w pkt I części dyspozytywnej orzeczenia pozostaje jeszcze do rozważenia kwestia czy udzielając środka odurzającego w postaci marihuany K. B. w okresie od 22 sierpnia do 1 września 2011 r. oskarżony miał świadomość, że była to osoba małoletnia. Na kwestię tę apelujący zwrócił uwagę na stronach 6 in fine – 7 in principio środka odwoławczego (k.958 in fine – 959 in principio).

W związku z powyższym należy odwołać się do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 1 kwietnia 2008 r. (V KK 354/07). Sąd ten stwierdził w omawianej kwestii co następuje: „Dla przyjęcia odpowiedzialności z tego przepisu ustawy karnej (art. 59 ust. 2 – przyp. SA) niezbędnym jest wykazanie, że sprawca, który poszczególne akty czynności wykonawczej przewidziane z tego przepisu ustawy kieruje na osobę lub grupę osób, jest świadomy co do ich małoletniości, bowiem posiada pełną wiedzę co do ich wieku, bądź też w oparciu o towarzyszące okoliczności przewiduje taką możliwość i godzi się na to. Zgodnie z utrwaloną praktyką orzecniczą świadomość sprawcy co do wieku ofiary powinna podlegać udowodnieniu, jak każdy inny fakt istotny dla odpowiedzialności.

Dla przyjęcia, iż sprawca dopuszcza się kwalifikowanego przestępstwa polegającego na udzieleniu środka odurzającego lub substancji psychotropowej małoletniemu nie jest wymagana jednoznaczna i konkretna wiedza o tym, że osoby, którym udziela on narkotyków nie mają ukończone 18 lat. **Świadomość sprawcy co do tego faktu powinna kształtować się na podstawie wszystkich okoliczności sprawy i wystarczy, że będzie on godził się na taką ewentualność**”.

Sąd Okręgowy ustalając, że D. S. miał świadomość małoletniości K. B. stwierdził, iż (cyt.) „D. S. był ... kolegą K. B., znał go ze szkoły i utrzymywał z nim kontakty” (str. 24 in principio uzasadnienia orzeczenia).

Podczas rozprawy apelacyjnej oskarżony w pełni potwierdził te ustalenia. Przyznał, że uczęszczał z K. B. do szkoły podstawowej, z tym że do wyższej o dwa poziomy klasy. Na tej podstawie mógł wywnioskować, że skoro on sam tempore criminis (22 sierpnia – 1 września 2011 r.) miał (...) lat, tym samym K. B. miał w owym czasie lat (...) Wynika to jednoznacznie z treści wyjaśnień D. S. złożonych na rozprawie apelacyjnej (k.1029v).

W przytoczonym wyżej orzeczeniu Sądu Najwyższego (V KK 354/07) wskazano, że „Świadomość sprawcy co do tego faktu (małoletniości – przyp. SA) powinna kształtować się na podstawie wszystkich okoliczności sprawy **i wystarczy, że będzie on godził się na taką ewentualność**”.

Jest rzeczą niewątpliwą – w świetle przedstawionych wcześniej okoliczności – że D. S. w okresie gdy udzielał odpłatnie K. B. marihuanę przewidywał, że był on wówczas osobą małoletnią (tzn. nie ukończył (...) lat) i godził się z tym.

Mając na względzie okres w jakim K. B. otrzymywał odpłatnie narkotyki od D. S. (22 sierpnia 2011 r. – 1 września 2011 r.) należy wspomnieć, że skoro urodził się on w dniu (...)r. (vide nr ew. (...) – k. 248) był on osobą małoletnią aż do dnia 21 grudnia 2012 r.

W tym stanie rzeczy należy uznać, że ustalenie Sądu meriti, iż swoim zachowaniem w owym zakresie oskarżony D. S. wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii jest prawidłowe. Z tego względu dotycząca tej kwestii część apelacji jest bezzasadna.

Przechodząc do zagadnień związanych z czynami przypisanymi D. S. w punktach III i IV części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku (pkt II orzeczenia nie jest przez apelującego de facto kwestionowany mimo omyłkowej numeracji wskazanej na str. 2 apelacji) należy stwierdzić, że środek odwoławczy w tym zakresie jest częściowo zasadny.

Zgodzić należy się ze stanowiskiem obrońcy oskarżonego, że brak jest w sprawie dowodów pozwalających przypisać D. S. czyn zarzucany mu w pkt VIII części wstępnej orzeczenia (pkt 3 apelacji, str. 2).

Z ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd I instancji wynika, że D. S. nie uczestniczył w przedmiotowym czynie. Z ustaleń tych wynika bowiem jednoznacznie, że wymieniony oskarżony przyjechał na skuterze na miejsce zdarzenia już po tym jak pozostali oskarżeni dokonali rozboju na osobie pokrzywdzonego M. O. (1). Sąd meriti ustalił, że D. S. przybył w owo miejsce dopiero w chwili gdy napastnicy skierowali swoją agresję przeciwko drugiemu pokrzywdzonemu – P. J. (vide str. 5 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Ustalenia faktyczne Sądu meriti w powyższym zakresie zgodne są z zeznaniami obu pokrzywdzonych co do przebiegu zdarzenia, a w szczególności z zeznaniami wspomnianego P. J..

W czasie przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym P. J. zeznał, iż (cyt.) „Gdy ci mężczyźni już mieli odchodzić (po dokonaniu rozboju na osobie M. O. (1) – przyp. SA) wtedy podjechał skuter z dwoma innymi mężczyznami” (k. 100 in principio).

To samo P. J. zeznał na rozprawie w dniu 15 czerwca 2012 r. Po opisanu rozboju dokonanego na osobie M. O. (1) (bez udziału D. S.) wymieniony świadek dodał, iż (cyt.) „Po 5 min. (3 min.) ciężko mi powiedzieć ile to trwało ... nadjeżdżał skuter z dwoma osobami” (k. 790 in principio).

Z ustaleń faktycznych Sądu meriti wynika, że jedną z osób poruszających się wspomnianym skuterem był oskarżony D. S..

Stanowisko tegoż Sądu, że w przedstawionych wyżej okolicznościach zdarzenia oskarżony D. S. był współsprawcą przedmiotowego przestępstwa (czynu zarzucanego mu w pkt VIII części wstępnej orzeczenia) jest błędne. Godzi się w związku z tym przytoczyć w pełnym brzmieniu pogląd Sądu Najwyższego definiujący istotę współsprawstwa. Sąd ten w wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r. (II KK 162/11, OSNKW z. 3/2012, poz. 28) stwierdził, co następuje: „Współsprawstwo (art. 18 § 1 k.k.) – od strony przedmiotowej – nawet jeżeli nie musi polegać na realizacji znamion czasownikowych ujętych w opisie typu czynu zabronionego w części szczególnej Kodeksu karnego (lub przepisach karnych innych ustaw), **w każdym przypadku wymaga, by sprawca podjął takie zachowanie, które na gruncie przyjętego porozumienia stanowiło konieczny lub bardzo istotny warunek realizacji przez innego współsprawcę znamion czynności wykonawczej ujętych w danym typie czynu zabronionego.**

Współsprawstwo nie może polegać wyłącznie na biernej obserwacji zachowań innej osoby, realizującej znamiona typu czynu zabronionego, choćby towarzyszyła temu świadomość karygodności tego zachowania, a nawet pełna jego akceptacja. Jedynie w przypadku, gdy na danej osobie ciąży prawny szczególny obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego, a naruszenie owego obowiązku, z uwagi na jego znaczenie w perspektywie zawartego z inną osobą porozumienia, wykracza poza granice samego ułatwienia popełnienia czynu zabronionego, cechującego karalne pomocnictwo określone w art. 18 § 3 k.k., bierna obserwacja może stanowić element przedmiotowy współsprawstwa”.

Jak wspomniano uprzednio oskarżony D. S. nie tylko nie podjął tempore criminis w odniesieniu do M. O. (1) takich działań, które stanowiłyby (cyt) „konieczny lub bardzo istotny warunek realizacji przez innego współsprawcę znamion czynności wykonawczej ujętych w danym typie czynu zabronionego” (czyli znamion rozboju z art. 280 § 1 k.k.), lecz w czasie realizacji przez innych sprawców owego czynu nie było go w ogóle na miejscu przestępstwa (o czym była uprzednio mowa).

W tym stanie rzeczy – mając na uwadze powyższe – Sąd Apelacyjny uniewinnił D. S. od czynu przypisanego mu w pkt IV części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku (pkt VIII części wstępnej). Konsekwencją tego było uchylene dotyczące wymienionego oskarżonego orzeczenia zawartego w pkt XII części dyspozytywnej orzeczenia.

W pozostałym zakresie (dotyczącym czynu przypisanego D. S. w pkt III części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku) omawiana apelacja na uwzględnienie nie zasługuje.

Z niekwestionowanych przez apelującego ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego wynika, że D. S. zaakceptował propozycję P. M. aby dokonać rozboju na obu pokrzywdzonych (vide str. 4 in fine uzasadnienia orzeczenia).

D. S. był zatem w pełni świadomy celu w jakim napastnicy udali się w ślad za pokrzywdzonymi. Wprawdzie on sam przybył na miejsce zdarzenia z opóźnieniem, to jest po tym jak inni sprawcy (P. M. i D. Z.) zdążyli już dokonać (pod jego nieobecność) rozboju na osobie M. O. (1), jednakże po przyjeździe w to miejsce na skuterze oskarżony S. włączył się aktywnie w atak na osobę drugiego pokrzywdzonego – P. J.. Sąd Okręgowy ustalił rolę wymienionego oskarżonego w przedmiotowym przestępstwie (czyn zarzucany mu w pkt VII części wstępnej wyroku) następująco (cyt): „D. S. zsiadł ze skutera i podbiegł do P. J. ... ściągnął kask i uderzył nim P. J. w plecy, a potem z pięści w twarz i popchnął go. P. J. przewrócił się. D. Z. i D. S. zaczęli bić pięściami i kopać po całym ciele P. J. ... Napastnicy próbowali go przeszukać, ale zasłaniał on ciałem dostęp do kieszeni” (str. 5 in fine uzasadnienia orzeczenia).

W świetle powyższych ustaleń (których apelujący nie kwestionuje) nie ulega wątpliwości, że D. S. aktywnie realizował znamiona usiłowania rozboju. Używał wobec pokrzywdzonego P. J. przemocy w rozumieniu art. 280 § 1 k.k. i usiłował dokonać zaboru (wraz ze współuczestnikami) należącego do ofiary mienia, czego nie zdołali oni osiągnąć z uwagi na to, że P. J. (cyt) „zasłaniał ciałem dostęp do kieszeni” (str. 5 in fine uzasadnienia wyroku). Sąd Okręgowy trafnie

zauważył, że sam oskarżony S. przyznał, iż zamierzał zrealizować znamiona rozboju (vide str. 21 in fine – 22 in principio uzasadnienia orzeczenia).

Wywody autora apelacji w omawianym zakresie nie mogą trafić do przekonania. Wbrew owym wywodom (vide str. 8 apelacji, k. 960). D. S. nie pomagał P. M. w jego (cyt) „szarpaninie” z P. J., ale przyłączył się aktywnie do fizycznego ataku na pokrzywdzonego prowadzonego przez współsprawców, działając w sposób opisany na stronie 5 in fine uzasadnienia zaskarżonego wyroku (bił i kopał ofiarę). Potem sprawcy próbowali przeszukać leżącego na ziemi pokrzywdzonego, lecz ten „bronił się i napastnikom nie udało się mu nic zabrać” (cytat z uzasadnienia wyroku – str. 5 in fine).

To, że sprawcy nie zdołali w pełni zrealizować zamierzonego celu – to jest rabunku na osobie P. J., wynikało z przyczyn od nich niezależnych tzn. ze skutecznej obrony przez pokrzywdzonego swojego mienia. Z tych względów czyn ten prawidłowo został zakwalifikowany jako usiłowanie rozboju (art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 1 k.k.).

Wkład D. S. w realizację przedmiotowego czynu był bardzo istotny. Z ustaleń faktycznych Sądu meriti wynika, że należał on do najbardziej aktywnych napastników. Z tego względu, zgodnie z tzw. teorią materialno-objektywną współsprawstwa, jest rzeczą niewątpliwą, że D. S. był współsprawcą usiłowania rozboju na osobie P. J., w związku z czym jego sprawstwo i wina co do czynu przypisanego mu w pkt III części dyspozytywnej zaskarżonego wyroku (pkt VII części wstępnej) są oczywiste.

W tym stanie rzeczy – mając na uwadze powyższe – Sąd Apelacyjny uznał tę część środka odwoławczego za bezzasadną.

Co do wymiaru nowej kary łącznej orzeczonej wobec D. S. przez Sąd Apelacyjny (po dokonaniu zmian zaskarżonego wyroku) była już na ten temat mowa uprzednio. Sąd odwoławczy zastosował tu zasadę asperacji zbliżoną w znacznym stopniu do absorpcji, z przyczyn o których wcześniej już wspomniano.

**Co do apelacji obrońcy oskarżonego P. M.** – apelacja ta jest bezzasadna, albowiem brak jest podstaw do uznania, że wobec wymienionego oskarżonego orzeczono w pierwszej instancji rażąco niewspółmierną (surową) karę, pozbawienia wolności.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu środka odwoławczego należy stwierdzić, że P. M. był według ustaleń Sądu meriti, najaktywniejszym uczestnikiem rozboju na osobie M. O. (2) oraz usiłowania rozboju na osobie P. J., przy czym co jest niezmiernie istotne i co wymaga podkreślenia to właśnie ten oskarżony zainicjował owe czyny, proponując współoskarżonym dokonanie napadu rabunkowego na obu pokrzywdzonych (vide str. 4 in fine uzasadnienia zaskarżonego wyroku). Jest to niewątpliwie bardzo poważna okoliczność obciążająca.

Czyny zainicjowane przez P. M. i popełnione z jego udziałem miały w sobie duży ładunek społecznego niebezpieczeństwa, gdyż zostały dokonane w centrum miasta, na przypadkowych przechodniach.

Sąd Okręgowy potraktował wymienionego oskarżonego nader łagodnie. Wymierzył mu bowiem kary jednostkowe pozbawienia wolności w dolnej granicy ustawowego zagrożenia z art. 280 § 1 k.k. (wynoszącego dla przypomnienia od 2 aż do 12 lat pozbawienia wolności). Mało tego, przy wymiarze kary łącznej Sąd I instancji zastosował pełną absorpcję, orzekając wobec P. M. karę 2 lat pozbawienia wolności, po czym zastosował wobec niego instytucję warunkowego zawieszenia wykonania tej kary. Domaganie się w takiej sytuacji przez obrońcę oskarżonego skrócenia okresu warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności z 5 do 3 lat jest całkowicie bezzasadne. Przychylenie się do wniosku apelującego w tym zakresie stanowiłoby przejaw ewidentnej i nieuzasadnionej pobłażliwości wobec sprawcy przestępstw o wysokim stopniu społecznego niebezpieczeństwa.

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny uznał apelację obrońcy P. M. za bezzasadną, w związku z czym zaskarżony wyrok w stosunku do wymienionego oskarżonego utrzymał w mocy.

Orzeczenie o kosztach sądowych za postępowanie odwoławcze opiera się o art. 624 § 1 k.p.k.

Orzeczenie o kosztach za obronę z urzędu w postępowaniu odwoławczym opiera się o art. 29 ustawy – prawo o advokaturze.