

Sygn. akt: II AKa 367/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 listopada 2013 roku

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Barbara Suchowska
Sędziowie	SSA Mariusz Żak SSO del. Zbigniew Radwan (spr.)
Protokolant	Magdalena Baryła

przy udziale **Prokuratora Prok. Apel. Adama Rocha**

po rozpoznaniu w dniu 31 października 2013 roku sprawy

1. **K.K.** s. M. i D.

ur. (...) w P.,

oskarżonego z art. 59 ust. 1, art. 56 ust. 1, art. 62 ust. 2 ustawy
o przeciwdziałaniu narkomanii;

2. **M. K. (K.)** s. W. i J.

ur. (...) w P.

oskarżonego z art. 58 ust. 1, art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji prokuratora i obrońcy oskarżonego K. K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku - Białej

z dnia 17 maja 2013 roku, sygn. akt III K 106/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, iż:

1. eliminuje z czasu popełnienia przestępstw, przypisanych oskarżonemu K. K. w pkt 1 zaskarżonego wyroku, także okres od października 2010 roku do 20 stycznia 2011 roku, w odniesieniu do czynów opisanych w pkt I, II, III części wstępnej wyroku, a nadto ustala:

- w stosunku do czynu opisanego w pkt I części wstępnej wyroku iż, ilość udzielonych M. S. środków odurzających w postaci marihuany wynosiła nie mniej niż 218 gramów łącznie, za łączną kwotę nie mniejszą niż 5450 złotych;
- w stosunku do czynu opisanego w pkt II części wstępnej wyroku iż, ilość udzielonych K. J. środków odurzających w postaci marihuany wynosiła nie mniej niż 472 gramy łącznie, za łączną kwotę nie mniejszą, niż 11328 złotych;

- w stosunku do czynu opisanego w pkt III części wstępnej wyroku, iż ilość udzielonych M. W. środków odurzających w postaci marihuany wynosiła nie mniej niż 28 gramów łącznie, za łączną kwotę nie mniejszą, niż 700 złotych i obniża karę pozbawienia wolności orzeczoną wobec K. K., za ciąg przestępstw, do 1 (jednego) roku 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;
- 2. uzupełnia podstawę prawną wymiaru kar orzeczonych w pkt 1, 2, wobec K. K., o przepis art. 91 § 1 k.k.;
- 3. eliminuje z opisu czynu przypisanego oskarżonemu K. K. w pkt 5 stwierdzenie, iż działał wspólnie i w porozumieniu „z M. K.”;
- 4. dodaje wyrażenie „w krótkich odstępach czasu”, w opisach czynów przypisanych oskarżonemu K.K. w pkt 5 oraz M. K. (K.) w pkt 11, po sformułowaniu „działając z góry powziętym zamiarem”;
- 5. uchyla karę łączną orzeczoną wobec oskarżonego K. K. w pkt 7 oraz na mocy art. 91 § 2 k.k. w zw. z art. 86 § 1 i 2 k.k. łączy orzeczone wobec oskarżonego K. K. jednostkowe kary pozbawienia wolności i wymierza karę łączną 3 (trzech) lat 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności i 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 (dziesięciu) złotych;
- 6. na mocy art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary łącznej zalicza oskarżonemu K. K. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 9 grudnia 2012 roku do dnia 6 listopada 2013 roku,
- 7. obniża wysokość stawki dziennej grzywny określonej, wobec oskarżonego M. K. (K.), w pkt 11, do kwoty 10 (dziesięciu) złotych;

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Bielsku – Białej) na rzecz adwokata A. S. – Kancelaria Adwokacka w B. kwotę 738 (siedemset trzydzieści osiem) złotych, w tym 23% podatku VAT, , tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu K. K. w postępowaniu odwoławczym;

IV. zwalnia oskarżonego K.K. od wydatków poniesionych przez Skarb Państwa w postępowaniu odwoławczym i od opłaty za II instancję.

Sygn. akt II AKa 367/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17 maja 2013 r. wydanym w sprawie toczącej się pod sygnaturą akt III K 106/12, przeciwko między innymi oskarżonemu K.K. oraz M. K., Sąd Okręgowy w Bielsku – Białej:

1. uznał oskarżonego K. K. za winnego popełnienia czynów zarzuconych mu w punktach I., II., III. i IV. części wstępnej wyroku, z tymi zmianami, iż w odniesieniu do czynów opisanych w punktach I., II., III. części wstępnej wyroku, z czasu popełnienia przestępstwa, eliminuje okres od dnia 21 stycznia 2011 r. do dnia 18 maja 2011 r., z których każdy wyczerpał znamiona występku z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k., przyjmując, że oskarżony działał w podobny sposób w krótkich odstępach czasu, w rozumieniu art. 91 § 1 k.k. i za to na mocy art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. i art. 33 § 2 i 3 k.k. skazał go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i 100 (stu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 (dziesięć) złotych;

2. uznał oskarżonego K.K. za winnego popełnienia czynów zarzucanych mu w punktach V. i IX. części wstępnej wyroku z których każdy wyczerpał znamiona występku z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. i przyjmując, że oskarżony działał w podobny sposób w krótkich odstępach czasu, w rozumieniu art. 91 § 1 k.k. i za to na mocy art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. art. 65 § 1 k.k. i art. 33 § 2 i 3 k.k. skazał go na karę 1 (jednego) roku i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności i 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 (dziesięć) złotych;
3. uznał oskarżonego K. K. za winnego tego, że w dniu 4 marca 2012 r. w B. woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu D. J., czynił przygotowania do wprowadzenia do obrotu środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 10 gram, czym wyczerpał znamiona występku z art. 57 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na mocy tego przepisu skazał go na karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;
4. uznał oskarżonego K. K. za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie VIII. części wstępnej wyroku, czym wyczerpał znamiona występku z art. 56 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na mocy tego przepisu skazał go na karę 10 (dziesięciu) miesięcy pozbawienia wolności i 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 10 (dziesięciu) złotych;
5. orzekając w zakresie czynów zarzucanych oskarżonemu K. K. w punktach X. i XI. części wstępnej wyroku, uznał go za winnego tego, że w okresie od 9 do 12 marca 2012 r. w B. woj. (...), działając z góry powziętym zamiarem, wspólnie i w porozumieniu z M. K. i inną nieznaną osobą, brał udział w obrocie środkiem odurzającym w postaci haszyszu w ilości nie mniejszej niż 100 gram, co stanowi znaczną ilość, czym wyczerpał znamiona występku z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na mocy art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii skazał go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i 100 (stu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 (dziesięć) złotych;
6. na mocy art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 414 § 1 k.p.k. i art. 632 pkt 2 k.p.k. uniewinnił oskarżonego K. K. od popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie VI. części wstępnej wyroku, a kosztami postępowania w tym zakresie obciążył Skarb Państwa;
7. na mocy art. 91 § 2 k.k. w miejsce kar pozbawienia wolności orzeczonych wobec oskarżonego K. K. w punktach 1 – 5 wyroku oraz kar grzywny orzeczonych wobec oskarżonego K. K. w punktach 1., 2., 4. i 5. wyroku, orzekł karę łączną 4 (czterech) lat pozbawienia wolności i 200 (dwustu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 (dziesięć) złotych;
8. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej w punkcie 7. wyroku kary łącznej pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu K. K. okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 9 grudnia 2012 r. do dnia 17 maja 2013 r.;
9. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł względem oskarżonego K. K. przepadek równowartości korzyści majątkowej odniesionej z przestępstwa w kwocie 21.490 (dwadzieścia jeden tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt) złotych;
10. uznał oskarżonego M. K. za winnego popełnienia czynu zarzucanego mu w punkcie XII. części wstępnej wyroku, czym wyczerpał znamiona występku z art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na mocy art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, skazał go na karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;
11. uznał oskarżonego M. K. za winnego tego, że w okresie od 9 – 12 marca 2012 r. w B. woj. (...), działając z góry powziętym zamiarem, udzielił pomocy K. K. do brania udziału w obrocie środkiem odurzającym w postaci haszyszu w ilości nie mniejszej niż 100 gram, co stanowi znaczną ilość, w ten sposób, iż skontaktował K. K. z nieznaną osobą, która wprowadziła do obrotu ww. środek odurzający, czym wyczerpał znamiona występku z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na mocy art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na mocy art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy

o przeciwdziałaniu narkomanii skazał go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i 100 (stu) stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 100 (stu) złotych;

12. na mocy art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. w miejsce kar pozbawienia wolności wymierzonych oskarżonemu M. K. w punkcie 10. i 11. wyroku, orzekł karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

13. na mocy art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej w punkcie 12. kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawiesił oskarżonemu M. K. na okres próby wynoszący 5 (pięć) lat;

14. na mocy art. 73 § 1 k.k. oddał oskarżonego M. K. na okres próby pod dozór kuratora sądowego;

15. na mocy art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej w punkcie 11. kary grzywny zaliczył oskarżonemu M. K. okres zatrzymania w dniu 12 marca 2012 r., uznając go za równoważny dwóm stawkom dziennym grzywny;

16. na mocy art. 70 ust. 1 i 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek, poprzez zniszczenie, dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych na k. 61 akt pod poz. 1 oraz w wykazie dowodów rzeczowych na k. 350 – 351 akt pod poz. 2 – 4, 7 – 18, 30 – 42;

17. na mocy art. 44 § 1 i 2 k.k. orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych na k. 350 – 351 akt pod poz. 19 – 25;

18. na mocy art. 624 § 1 k.p.k. zwolnił oskarżonych od ponoszenia kosztów sądowych w sprawie;

19. na mocy § 2 ust. 3 i § 14 ust. 5 i § 16 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. A. S. kwotę (...) (jeden tysiąc czterysta siedemdziesiąt sześć) złotych w tym 23 % VAT, tytułem obrony z urzędu oskarżonego K. K. w postępowaniu przed Sądem.

Od wyroku tego apelację złożył zarówno obrońca oskarżonego K.K. jak i prokurator.

Obrońca oskarżonego K. K. rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego zaskarżył w części, na korzyść tego oskarżonego, opierając się w tym zakresie na następujących zarzutach:

1) błędnie w ustaleniach faktycznych Sądu, przyjętych za podstawę orzeczenia, a mającym wpływ na jego treść poprzez uznanie, iż oskarżony K. K. sprzedawał narkotyki pozostałym współoskarżonym, a zatem nie posiadał ich jedynie na własny użytek, w sytuacji gdy z wyjaśnień współoskarżonych złożonych w toku postępowania sądowego jasno wynika, iż nie nabywali oni narkotyków od oskarżonego K.K.;

2) błędnie w ustaleniach faktycznych Sądu, przyjętych za podstawę orzeczenia, a mającym wpływ na jego treść poprzez uznanie, iż oskarżony uczynił sobie ze sprzedaży narkotyków stałe i główne źródło dochodu, w sytuacji gdy pracował dorywczo i osiągał dochody z gier bukmacherskich, a dodatkowo ilość pieniędzy, które miał rzekomo uzyskać z handlu narkotykami nie pozwalałaby mu na utrzymanie się;

3) obrazie przepisów prawa procesowego, a to art. 7 k.p.k., poprzez poddanie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego ocenie wykraczającej poza ramy swobodnej oceny dowodów i z naruszeniem zasad logiki i prawidłowego rozumowania;

4) obrazie przepisów prawa procesowego, a to art. 5 § 2 k.p.k. poprzez rozstrzygnięcie pojawiających się w sprawie, a niedających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego;

5) (podniesionym z ostrożności procesowej) rażąco niewspółmierność kary polegającą na wymierzeniu oskarżonemu kary łącznej w wymiarze 4 lat pozbawienia wolności w sytuacji gdy zarówno okoliczności popełnienia zarzucanych mu czynów, ich stopień społecznej szkodliwości, jak również warunki osobiste oskarżonego przemawiają za

wymierzeniem mu kar jednostkowych za poszczególne czyny w dolnych granicach ustawowego zagrożenia, a kary łącznej przy zastosowaniu zasady pełnej absorpcji i w miarę możliwości z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Opierając się na tych zarzutach skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia czynów zarzucanych mu aktem oskarżenia w zakresie, w jakim nie przyznał się do ich popełnienia. Z ostrożności procesowej, w przypadku uznania oskarżonego za winnego zarzucanych mu czynów, o wymierzenia oskarżonemu kar jednostkowych w dolnych granicach ustawowego zagrożenia, a kary łącznej przy zastosowaniu zasady pełnej absorpcji, w miarę możliwości z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Względnie o uchylene zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Bielsku – Białej do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu, obrońca wskazał, że Sąd I instancji popełnił szereg błędów na etapie ustalania stanu faktycznego sprawy, a następnie na jego podstawie wyciągnął błędne wnioski, które skutkowały wydaniem nieprawidłowego orzeczenia. Również ocena materiału dowodowego dokonana przez Sąd wykroczyła poza ramy swobodnej oceny dowodów i została poczyniona z naruszeniem zasad logiki i prawidłowego rozumowania, a pojawiające się w sprawie, nie dające się usunąć wątpliwości, zostały rozstrzygnięte na niekorzyść oskarżonego. Skarżący podał, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, iż zdecydowanie bardziej wiarygodne pozostają wyjaśnienia złożone przez współoskarżonych na etapie śledztwa, gdyż wszyscy oni wyjaśnili dlaczego złożyli zeznania obciążające oskarżonego K. K.. Były one bowiem składane pod wpływem strachu i w warunkach dużego stresu związanego z groźbą odpowiedzialności karnej, stąd oskarżeni obawiając się wysokiej kary, możliwości zastosowania wobec nich tymczasowego aresztowania, przyznawali się do popełnienia zarzucanych im czynów, chcąc jak najszybciej wyjść na wolność, a dodatkowo poprzez obciążenie oskarżonego K. K. umniejszali oni swoją winę. Nadto poprzez współpracę z organami ścigania chcieli uniknąć bezwzględnych kar pozbawienia wolności. Zdaniem obrońcy, wyjaśnienia złożone przed Sądem mają zdecydowanie większą wartość dowodową, albowiem były składane w warunkach znacznie mniej stresujących, bez groźby niemal natychmiastowego osadzenia w areszcie śledczym, bez sugestii czy nacisków ze strony osób przesłuchujących, a przede wszystkim po namyśle i bez zbędnego pośpiechu, który charakteryzuje przesłuchania przez organy ścigania. Niemal wszyscy oskarżeni konsekwentnie zaprzeczali, aby kupowali od oskarżonego marihuanę czy inne środki odurzające i ich wyjaśnienia w tym zakresie były konsekwentne i wzajemnie spójne. Sąd również nie wyjaśnił wystarczająco szczegółowo, dlaczego dał wiarę wyjaśnieniom współoskarżonych na etapie postępowania przygotowawczego, a uzasadnienie tego stanowiska w zasadzie sprowadza się do uznania ich za wiarygodne albowiem obciążały oskarżonego K. K.. Zarzut rażącej niewspółmierności kary obrońca oskarżonego rozwinął wskazując, że oskarżony sprzedawał niewielkie ilości narkotyków osobom dorosłym – swoim znajomym, którzy kupowali je na własny użytek, mając pełną świadomość ich szkodliwości. Nie sprzedawał narkotyków małoletnim, nie namawiał nikogo do ich zakupu czy zażywania, dlatego też, wbrew stanowisku Sądu, społeczna szkodliwość czynów popełnionych przez oskarżonego nie jest znaczna. Obrońca zwrócił uwagę także i na to, że oskarżony sprzedawał wyłącznie marihuanę i haszysz, które pomimo swoich odurzających właściwości wywołują znacznie mniej dotkliwe skutki społeczne niż tzw. narkotyki twarde, a społeczna szkodliwość ich zażywania jest niższa od szkodliwości spożywania chociażby legalnego alkoholu.

Prokurator, w oparciu o art. 425 § 1 i 2 k.p.k., art. 444 k.p.k. i art. 447 § 2 k.p.k. zaskarżył wyrok na niekorzyść:

- 1) oskarżonego K. K. odnośnie czynu opisanego w punkcie 5. zaskarżonego wyroku w części dotyczącej orzeczenia o winie,
- 2) oskarżonego M. K. odnośnie czynu opisanego w punkcie 11. zaskarżonego wyroku w części dotyczącej orzeczenia o winie oraz odnośnie orzeczenia o karze.

Na podstawie art. 427 § 2 k.p.k. i art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k. wyrokowi temu zarzucił obrazę przepisu prawa procesowego mającą wpływ na treść orzeczenia, a to art. 413 § 1 pkt 1 k.p.k. polegającą na:

- błędnym sformułowaniu opisu czynu przypisanego, w punkcie 5. niniejszego wyroku, K.K. oraz M. K., w punkcie 11. skarżonego wyroku, poprzez pominięcie w opisie czynów stwierdzenia, że sprawcy działali w krótkich odstępach czasu, mimo powołania w kwalifikacji prawnej art. 12 k.k.,

- błędnym sformułowaniu opisu czynu przypisanego w punkcie 5. wyroku K.K., w sposób który wskazuje, że wymieniony działał wspólnie i w porozumieniu z M. K., podczas gdy z prawidłowo dokonanych w tym zakresie przez Sąd ustaleń faktycznych wynika, że M. K. udzielił wymienionemu pomocy do popełnienia wskazanego czynu, a ustalenie to znalazło odzwierciedlenie w opisie czynu przypisanego M. K., co czyni wyrok wewnątrznie sprzecznym,

- błędnie w ustaleniach faktycznych polegającym na mylnym przyjęciu przez Sąd, że w stosunku do M. K. zachodzi pozytywna prognoza kryminologiczna, umożliwiająca warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej wobec niego kary pozbawienia wolności, podczas gdy warunki i właściwości osobiste oskarżonego, w szczególności zaś fakt jego uprzedniej dwukrotnej karalności, w tym za przestępstwo z ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wskazuje, że prognoza taka nie zachodzi i koniecznym jest orzeczenie wobec wymienionego bezwzględnej kary pozbawienia wolności.

Skarżący wniósł w związku z tym o zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie podniesionych zarzutów poprzez:

- zmianę opisów czynów przypisanych K. K. w punkcie 5. zaskarżonego wyroku i M. K. w punkcie 11. zaskarżonego wyroku, poprzez dodanie w opisie wskazanych czynów sformułowania „w krótkich odstępach czasu”, a nadto wyeliminowanie z czynu przypisanego K. K. sformułowania: „z M. K.”,

- wymierzenie M. K. kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

W uzasadnieniu apelacji prokurator podał, nie kwestionując rozstrzygnięcia Sądu odnośnie zmiany kwalifikacji prawnej czynów przypisanych oskarżonym, iż Sąd I instancji, przy formułowaniu opisu czynu przypisanego K. K. i M. K. dopuścił się obrazy art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. W jego ocenie, z prawidłowo dokonanych przez Sąd ustaleń faktycznych w sprawie wynika, że zachowania oskarżonych podjęte w dniach 9 i 12 marca 2012 r. zrealizowane były w krótkich odstępach czasu, jednakże pominięcie wskazanej przesłanki w opisie czynów sprawia, że nie czynią one zadość wymogom art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. Prokurator zwrócił uwagę także i na to, że za prawidłowy uznać należy opis czynu przypisanego M. K. (punkt 11.), jednak uzasadnione wątpliwości budzi opis czynu przypisanego w punkcie 5. wyroku K. K.. Z opisu tego wynika wprost, że Sąd uznał, iż K. K. działał wspólnie i w porozumieniu z M. K. i inną nieznaną osobą, a zatem, a zatem nie wszystkie osoby działały w warunkach współsprawstwa określonego w art. 18 § 1 k.k. Na końcu swoich wywodów prokurator wskazał, że w treści całego wyroku, wymieniając podstawy kary łącznej, Sąd Okręgowy powoływał tylko art. 91 § 2 k.k., podczas gdy zgodnie z poglądem orzecznictwa: powołanie w postawie prawnej (rozstrzygnięcia o karze łącznej) jedynie art. 91 § 2 k.k. nie wyjaśnia jakie faktycznie przepisy zostały zastosowane przy orzekaniu kary łącznej, na przykład w jakich granicach Sąd wymierzył tę karę, dlatego niezbędne jest przywoływanie tych przepisów, które znajdują zastosowanie w danej sprawie. W świetle tego zasadnym wydane się uzupełnienie w treści wyroku podstaw prawnych kar łącznych poprzez powołanie art. 86 § 1 k.k.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Spośród wniesionych apelacji tylko apelacja prokuratora zasługiwała na częściowe uwzględnienie, natomiast apelację obrońcy oskarżonego K. K. należało uznać za niezasadną. Zanim jednakże Sąd Apelacyjny odniesie się do efektów podniesionych w apelacjach zarzutów, należy przedstawić ich skutki, wynikające z błędów rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego, dostrzeżonych z urzędu, do zajęcia się którymi Sąd odwoławczy zobowiązany był treścią art. 439 § 1 pkt 8 k.p.k. i art. 455 k.p.k.

W pierwszej kolejności, stwierdzić należało niedopuszczalność prowadzenia wobec K. K. postępowania w odniesieniu do fragmentów zachowań objętych klamrą przestępstwa ciągłego, przypisanych K. K. w pkt. 1. wyroku, opisanych w pkt I, II, III części wstępnej wyroku, podjętych w okresie wyznaczonym przez początek pierwszego i zakończenie ostatniego zachowania składającego się na czyn ciągły, za który został prawomocnie skazany wyrokiem Sądu

Rejonowego w Bielsku Białej z dnia 18 maja 2011 roku, sygn. akt III K 392/11. Powołanym wyżej wyrokiem K.K. skazany został m.in. za przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dn. 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k., popełnione w okresie od października 2010 roku do 20 stycznia 2011 roku, na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 100 stawek dziennych przy ustaleniu, iż wysokość jednej stawki dziennej wynosiła 10 złotych. (k.743-744 odpis wyroku Sądu Rejonowego w Bielsku Białej z dnia 18 maja 2011 roku, sygn. akt III K 392/11).

Natomiast zaskarżonym wyrokiem Sądu Okręgowego K.K. skazany został (pkt 1. wyroku) za przestępstwa z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. przy zastosowaniu art. 65 § 1 k.k., popełnione w okresie od 1 stycznia 2008 do 21 stycznia 2011 r. i od 18 maja 2011 r. do 31 marca 2012 r. (pkt I. części wstępnej orzeczenia), popełnione w okresie od grudnia 2009 do 21 stycznia 2011 r. i od 18 maja 2011 r. do 5 czerwca 2012 r. (pkt II. części wstępnej orzeczenia), popełnione w okresie od grudnia 2010 do 21 stycznia 2011 r. i od 18 maja 2011 r. 6 marca 2012 r. (pkt III. części wstępnej orzeczenia), stanowiące elementy ciągu przestępstw w rozumieniu art. 91 § 1 k.k., za które wymierzona mu została jedna kara 2 lat pozbawienia wolności i 100 stawek dziennych grzywny, przy przyjęciu wysokości jednej stawki dziennej w kwocie 10 złotych.

W tej sytuacji zaskarżony wyrok zapadł z pominięciem utrwalonego już stanowiska Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 21 listopada 2001 r., (I KZP 29/01, OSNKW 2001, z. 11, poz. 21) przyjął, że prawomocne skazanie za czyn ciągły (art. 12 k.k.) stoi na przeszkodzie, ze względu na treść art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., ponownemu postępowaniu o później ujawnione zachowania będące elementami tego czynu, które nie były przedmiotem wcześniejszego osądzenia, niezależnie od tego, jak się ma społeczna szkodliwość nowo ujawnionych fragmentów czynu ciągłego do społecznej szkodliwości zachowań uprzednio osądzonych.

Skoro powaga rzeczy osądzonej jest następstwem materialnej prawomocności orzeczenia, to obejmuje ona swoim zakresem te zachowania, które znalazły się lub znajdują w klamrze czasowej przestępstwa ciągłego, o którym prawomocnie orzeczono w postępowaniu chronologicznie pierwszym, tym samym nie może być mowy o jakiegokolwiek powadze rzeczy osądzonej poza zakresem tego, o czym prawomocnie orzeczono. Konsekwencją wyrażonego wyżej poglądu jest zmiana zaskarżonego wyroku polegająca w pierwszej kolejności, na wyeliminowaniu z czasokresów przestępstw pozostających w ciągłości, przypisanych K.K. w pkt 1 wyroku, a opisanych w pkt I, II, III jego części wstępnej, tych zachowań składających się na czyn ciągły, które popełnione zostały w okresie od października 2010 roku do 20 stycznia 2011 roku.

Logicznym następstwem wskazanej zmiany - skrócenia czasokresów przestępnego działania K. K., jest korekta ilości udzielonych środków odurzających osobom wymienionym we wskazanych punktach zaskarżonego wyroku, a także wartości uzyskanych korzyści majątkowych . Przyjęte ilości udzielonej marihuany i kwoty pieniężne są wynikiem ich proporcjonalnego zmniejszenia, w stosunku do różnicy czasowej, pomiędzy przyjętymi przez Sąd Okręgowy wartościami liczbowymi, dotyczącymi gramatur udzielonych środków odurzających i uzyskanymi z tego tytułu środkami pieniężnymi, a tymi ustalonymi, w wyniku przedstawionej korekty, przez Sąd Apelacyjny.

Konsekwencją dokonanej korekty wyroku Sądu I instancji, w zakresie czasu popełnienia przestępstw przypisanych oskarżonemu K. K., w punkcie 1 wyroku, oraz związanego z tym ponownego ustalenia, w odniesieniu do każdego z tych czynów, ilości udzielonych M. S., K. J. i M. W. środków odurzających oraz ich wartości, była konieczność ponownego rozważenia wszystkich okoliczności mających wpływ na wymiar jednej kary pozbawienia wolności za te czyny. Niewątpliwie okoliczność, że w ramach tych przestępstw ilość i wartość udzielonych przez oskarżonego poszczególnym osobom środków odurzających zmniejszyła się, w przypadku M. S. z 240 gramów do ilości nie mniejszej niż 218 gramów i z 6.000 zł do wartości nie mniejszej niż 5.450 zł, i dalej odpowiednio w przypadku K. J. z 560 gramów do 472 gramów i z 13.440 zł do 11.328 zł, a w przypadku M. W. z 34 gramów do 28 gramów i z 850 zł do 700 zł, winna mieć odzwierciedlenie także w wymiarze kary za te czyny. Przy orzekaniu wobec oskarżonego K. K. jednej kary, za ten ciąg przestępstw, Sąd miał na względzie rzecz jasna ustawowe jej granice, przy uwzględnieniu modyfikacji wynikającej z art. 65 § 1 k.k., oraz tzw. zasady sądowego wymiaru kary, w tym dyrektywy ogólne i szczegółowe. O ile bez zmian pozostały takie okoliczności, dotyczące osoby tego oskarżonego, przywołane już przez Sąd Okręgowy, jak fakt trzykrotnego skazania go za przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

i dwukrotnego skazania na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jak i rodzaj środków odurzających jakie sprzedawał, niemniej jednak w ramach dokonywania oceny społecznej szkodliwości przypisanych oskarżonemu czynów (opisanych w punkcie 1. części dyspozytywnej wyroku Sądu Okręgowego), Sąd Apelacyjny uwzględnił obecnie także mniejszą, niż to ustalił Sąd I instancji, ilość i wartość udzielonych M. S., K. J. i M. W. środków odurzających i krótszy czas trwania działalności przestępczej oskarżonego. Obniżenie oskarżonemu K. K. wymierzonej kary za te czyny do 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności było o tyle konieczne, że Sąd meriti w uzasadnieniu kwestionowanego rozstrzygnięcia stwierdził, iż dodatkową okolicznością obciążającą była m. in. znaczna ilość (udzielanych) środków odurzających. Skutkiem obniżenia wysokości tej kary było także uchylene rozstrzygnięcia zawartego w punkcie 7. wyroku Sądu Okręgowego, dotyczącego wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności i wymierzenie jej na nowo, albowiem modyfikacji uległa kara orzeczona K.K., za ciąg przestępstw przypisanych mu w punkcie 1 wyroku. Okoliczności jakie miał przy tym na względzie Sąd odwoławczy zostaną przy tym omówione w dalszej części uzasadnienia.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę także na kwestię odnoszącą się do podstawy prawnej wymierzenia oskarżonemu kar pozbawienia wolności za ciągi przestępstw, przypisane w punkcie 1. i 2. wyroku Sądu Okręgowego i wprowadzenia do niej art. 91 § 1 k.k. Sąd Okręgowy nie wskazał bowiem w podstawie prawnej wymiaru, jednej de facto, kary K. K. za każdy z przypisanych ciągów przestępstw – art. 91 § 1 k.k. Jak przyjmuje się natomiast w orzecznictwie zawsze należy oskarżonemu najpierw przypisać popełnienie konkretnych przestępstw, ze wskazaniem ich kwalifikacji prawnej (ale bez powoływania w tym miejscu art. 91 § 1 k.k.), a następnie wymierzyć za nie jedną karę z powołaniem już art. 91 § 1 k.k. (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2012 r., III KK 478/11, Lex nr 1226720; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 30 października 2012 r., II AKa 190/12, Lex nr 1246603). W podstawie prawnej wymiaru kar, orzeczonych wobec oskarżonego K. K. we wskazanych punktach zaskarżonego wyroku, winien znaleźć się zatem zarówno przepis art. 91 § 1 k.k., stanowiący w tym przypadku podstawę wymierzenia w konkretnych okolicznościach jednej kary za kilka czynów, a nie jej nadzwyczajnego obostrzenia, co w niniejszej sprawie ze względu na wysokość wymierzonej kary w oparciu o ten przepis nie miało miejsca. Co prawda zarzut taki nie został podniesiony przez żadną z apelujących stron, niemniej zaskarżenie wyroku umożliwiło sądowi odwoławczemu jego zmianę poprzez poprawienie błędnej kwalifikacji prawnej – uzupełnienie podstawy prawnej wymiaru kary za czyny opisane w punkcie 1. i 2. części dyspozytywnej wyroku o przepis art. 91 § 1 k.k., na co zezwala przepis art. 455 k.p.k. Następną logiczną konsekwencją dokonanej zmiany punktu 1. winna być również zmiana pkt 9. zaskarżonego wyroku, bowiem dokonane korekty w zakresie wartości korzyści majątkowych, osiągniętych przez oskarżonego K. K. przypisanymi mu, w 1. i 2., przestępstwami, winny znaleźć swoje odzwierciedlenie w obniżeniu kwoty przepadku równowartości korzyści majątkowej, orzeczonej na mocy art. 45 § 1 k.k. Wskutek przeoczenia Sąd odwoławczy nie obniżył kwoty 21.490 złotych, orzeczonego przepadku równowartości osiągniętej korzyści majątkowej, która po korekcie winna wynosić 18 678 złotych. Dostrzeżonej wady rozstrzygnięcia, co oczywiście, nie sposób jednak skorygować w trybie 105 § 1 k.k., gdyż prowadziłoby to do merytorycznej zmiany orzeczenia Sądu II instancji. Przechodząc do apelacji wywiedzionych przez prokuratora oraz obrońcę oskarżonego K. K. uznać należy, że zasadną okazała się tylko apelacja prokuratora i to w zakresie w jakim zarzucił Sądowi Okręgowemu błędne sformułowanie opisu czynu przypisanego oskarżonemu K. K. w punkcie 5. wyroku oraz oskarżonemu M. K. w punkcie 11. wyroku, poprzez pominięcie w nich sformułowania, iż każdy z nich działał w krótkich odstępach czasu a co do opisu czynu przypisanego w punkcie 5. wyroku K. K. także na wskazaniu, że działał wspólnie i w porozumieniu z M. K., podczas gdy tego ostatniego, w punkcie 11. wyroku, skazano za udzielenie pomocy (pomocnictwo) oskarżonemu K. K. do popełnienia tego czynu. Rzeczywiście opisy tych dwóch czynów nie zawierają wszystkich przesłanek czynu ciągłego, mimo przyjętej przez Sąd kwalifikacji prawnej czynów (w zw. z art. 12 k.k.). Sąd Okręgowy poczynił jednak ustalenia faktyczne, co do istnienia przesłanki przestępstwa w postaci krótkich odstępów czasu, precyzyjnie ustalając w jakich dniach każde z zachowań oskarżonych miało miejsce (9 i 12 marca 2012 r.). Opis przestępstw popełnionych w warunkach art. 12 k.k., musi zatem zawierać nie tylko znamiona wskazane w części szczególnej Kodeksu karnego lub innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną ale także znamiona szczególne wynikające z brzmienia art. 12 k.k. Wobec tego, należało zmodyfikować opisy czynów przypisanych K. K. w punkcie 5. a M. K. w punkcie 11. poprzez wskazanie, że każdy z nich działał w krótkich odstępach czasu. Skoro apelacja prokuratora wniesiona została na niekorzyść obojga oskarżonych możliwe jest uzupełnienie przez Sąd odwoławczy opisu czynu o pominięte znamię. Jeśli chodzi natomiast o fragment opisu czynu, przypisanego

K. K. w punkcie 5. wyroku, z którego wynika, że dopuścił się jego popełnienia wspólne i w porozumieniu z M. K., któremu jednocześnie w tym samym orzeczeniu przypisano pomocnictwo do popełnienia przez K. K. wzięcia udziału w obrocie środkiem odurzającym - to również jest on wadliwy. Sąd Okręgowy ustalając w tej części prawidłowo stan faktyczny, to jest, że K. K. brał udział w obrocie środkiem odurzającym w postaci haszyszu w ilości nie mniejszej niż 100 gram, a M. K. udzielił mu do tego pomocy, kontaktując z nieznaną osobą, w opisie czynu przypisanego pierwszemu z oskarżonych wskazał, że działali oni wspólnie i w porozumieniu. W tym miejscu konieczne jest odwołanie do art. 18 k.k., który określa formy zjawiskowe popełnienia czynu zabronionego. W § 1 tego przepisu określono na czym polega sprawstwo w wąskim znaczeniu, czyli sprawstwo pojedyncze, współsprawstwo, sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające, w kolejnych dwóch natomiast podżeganie i pomocnictwo. Dwie ostatnie formy są przy tym niesprawczymi formami zjawiskowymi czynu zabronionego (tak M. Kulik : Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, Lex, 2013, Nr 140796 za Tyszkiewicz, Współdziałanie..., s. 100; Wąsek (w:) Górniok i in., t. 1, s. 250; Kardas, Teoretyczne..., s. 506 i n.; Liszewska, Współdziałanie..., s. 105 i n.). Współsprawstwo polega przy tym na działaniu wspólnie i w porozumieniu z inną osobą. Stwierdzić zatem należy, że pomocnictwo do dokonania czynu zabronionego nie jest działaniem wspólnie i w porozumieniu. Zgodnie z utrwaloną w doktrynie i orzecznictwie koncepcją odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo, nie stanowią one formy uczestnictwa w cudzym przestępstwie, lecz równorzędną ze sprawstwem sensu stricto formę jego popełnienia (tak M. Kulik : Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, Lex, 2013, Nr 140796). Skoro w Kodeksie karnym, w art. 18 § 1, zawarto pełny katalog form sprawczych popełnienia czynu zabronionego, wyraźnie wyodrębniając wśród współdziałających w popełnieniu przestępstwa tzw. sprawców wykonawczych ("... kto wykonuje czyn zabroniony sam albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą") i sprawców niewykonawczych ("... kto kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę lub wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu"), to w opisie czynu przypisanego jednemu z oskarżonych nie można wskazywać, że działał wspólnie i w porozumieniu z innymi oskarżonym, któremu przypisano pomocnictwo, które jest co prawda przestępnym współdziałaniem w popełnieniu czynu zabronionego, ale nie formą sprawczą popełnienia czynu. Z tych względów z opisu czynu przypisanego K.K.w punkcie 5. wyroku usunięto sformułowanie, że działał wspólnie i w porozumieniu „z M. K.”. Prokurator zakwestionował wyrok Sądu Okręgowego również w części dotyczącej wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności, orzeczonej wobec M. K.. Skarżąc te część rozstrzygnięcia Sądu I instancji prokurator uważał, iż wymierzona temu oskarżonemu kara łączna w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 5 lat, jest rażąco niewspółmiernie łagodna. Domagając się przy tym obostrzenia tej kary, poprzez wymierzenie jej w formie bezwzględnej, tj. bez warunkowego jej zawieszenia, w uzasadnieniu apelacji, obok tych przywołanych w zarzucie, wskazał na okoliczności obciążające, których Sąd I instancji nie wziął pod uwagę a to, że oskarżony, mimo poprzednich skazań, nie podjął pracy, pozostawał na utrzymaniu rodziców oraz nie zaprzestał przestępczej działalności.

Odwołując się do wyrażonych w art. 53 k.k., art. 58 § 1 k.k. ustawowych zasad wymiaru kary oraz do przesłanek wywołujących ewentualną jej zmianę w instancji odwoławczej, wskazanych w art. 438 pkt 4 k.p.k., Sąd Apelacyjny dla podkreślenia swojego stanowiska, aprobującego rodzaj i wymiar orzeczonej wobec oskarżonego M. K. kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wskazuje, iż taka zmiana nie może nastąpić w każdym przypadku, lecz wyłącznie wówczas, gdy kara orzeczonej nie daje się akceptować z powodu różnicy między nią a karą sprawiedliwą, różnicy o randze o zasadniczej, rażącej (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 września 2005 r. II Aka 167/05 - KZS 2005/9/28). Wymierzając M. K. karę 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, Sąd orzekający nie sprzeciwił się wspomnianym dyrektywom wymiaru kary, wynikającym z dyspozycji przepisu art. 53 k.k. Do wniosku takiego prowadzi analiza szczegółowych motywów skarżonego orzeczenia, w których Sąd I instancji wskazał okoliczności, zarówno te przemawiające na jego korzyść, jak szczerze i konsekwentnie przyznanie się do popełnienia zarzucanych mu przestępstw oraz wyrażoną skruchę, jak też przeciwko niemu - choćby jego uprzednią karalność. Jakkolwiek słusznie prokurator dostrzegł, że wymierzona kara łączna pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania jest karą łagodną, jednakże nie jest ona rażąco łagodna w rozumieniu art. 438 pkt 4 k.p.k. Argumentacja skarżącego, jakoby uprzednie skazanie M. K., między innymi za przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 19 października 2005 roku, sygn. akt XXI K 157/05, na karę łączną 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 5 lat oraz karę grzywny w wysokości 360 stawek dziennych, przy przyjęciu

wysokości jednej stawki za równoważną kwocie 20 złotych, nie uległo zatarciu – nie jest trafna. Przywołane orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach uprawomocniło się bowiem 27 października 2005 roku i zgodnie z art. 76 § 1 i 2 k.k., skazanie uległo z mocy prawa zatarciu z upływem 6 miesięcy od zakończenia próby, tj. z dniem 27 kwietnia 2011 roku. Zaznaczyć, przy tym należy, że orzeczona kara grzywny została przez oskarżonego uiszczona z dniem 30 marca 2007 roku (k. 891-892 karta dłużnika M. K. nr (...), zarejestrowana w Wydziale XXII Wykonawczym Sądu Okręgowego w Katowicach). Podzielić także należy stanowisko Sądu I instancji, który uznał, iż oskarżony ten nie jest sprawcą na tyle zdemoralizowanym, by koniecznym było orzeczenie kary pozbawienia wolności w jej wymiarze bezwzględny, tj. we wnioskowanym przez prokuratora rozwiązaniu. Z uwagi na zaistniałą omyłkę w pkt 11. wyroku, polegającą na ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej grzywny na kwotę 100 złotych, na którą wskazał Sąd Okręgowy w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, a która miała być wynikiem oczywistego lapsusu pisarskiego, należało obniżyć wysokość jednej stawki dziennej do kwoty 10 złotych, zgodnie z zamierzeniami Sądu orzekającego. Modyfikując wymiar orzeczonej, wobec oskarżonego M. K., stawki dziennej grzywny nie można tracić z pola widzenia faktu, że jej wysokość wraz z określoną liczbą stawek dziennych, w dalszym ciągu stanowi efektywną i realną dolegliwość finansową. W ocenie Sądu Apelacyjnego orzeczona wobec tego oskarżonego kara łączna 2 lat pozbawienia wolności, prawidłowo oparta na zasadzie absorpcji, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, na najdłuższy ustawowo dopuszczalny okres 5 lat, przy jednocześnie wymierzonej karze grzywny, mimo obniżonej wysokości jednej stawki dziennej, jest karą odpowiednią, współmierną, przekładającą się właściwie na okoliczności sprawy, uwzględniającą sylwetkę oskarżonego, przystającą do stopnia społecznej szkodliwości jego czynu i do stopnia winy. Podkreślić należy, że w okresie próby funkcję kontrolną, w szczególności mającą zapobiec ponownemu popełnieniu przez tego oskarżonego przestępstwa, spełniać będzie dozór kuratora sądowego, orzeczony w pkt 14. zaskarżonego wyroku. Odnosząc się do apelacji obrońcy oskarżonego K. K., w pierwszej kolejności, wobec jej nieprecyzyjnego sformułowania wskazać należało, w jakiej części zaskarżył on wyrok. Skarżący wskazał mianowicie, że wyrok Sądu Okręgowego zaskarża w części na korzyść oskarżonego K. K.. Z uzasadnienia apelacji wynika natomiast, iż nie sposób uznać, że oskarżony dopuścił się zarzucanych mu aktem oskarżenia czynów w zakresie, w jakim nie przyznał się do ich popełnienia, tj. do samego posiadania środków odurzających, bez zamiaru wprowadzania ich do obrotu czy sprzedaży, wobec czego winien zostać uniewinniony od popełnienia zarzucanych mu aktem oskarżenia czynów w zakresie w jakim nie przyznawał się do ich popełnienia. Natomiast co do pozostałych, Sąd powinien wymierzyć mu karę łączną w dolnych granicach ustawowego zagrożenia, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Treść środka odwoławczego świadczy zatem o tym, że zakresem zaskarżenia objęte są rozstrzygnięcia odnoszące się do oskarżonego K. K. w punktach: 1, 2., 3., 4., 5., 7., 9. wyroku, przy czym w odniesieniu do punktu 7. skarżący stawia jedynie zarzut rażącej niewspółmierności kary, natomiast co do innych, zarzut ten stawia jedynie z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia pozostałych argumentów. W odniesieniu do czynów przypisanych w punktach 1., 2., 3. i 4. wyroku skarżący zarzuca rozstrzygnięciu błąd w ustaleniach faktycznych sprowadzający się do kwestionowania faktu popełnienia tego przestępstwa, w odniesieniu natomiast do czynu przypisanego w punkcie 5. wyroku kwestionuje ustalenia faktycznie, stwierdzając, że oskarżony jedynie posiadał te środki odurzające, nie biorąc udziału we wprowadzaniu ich do obrotu. Obrońca oskarżonego rozstrzygnięciu stawia kilka zarzutów, które wymagają odniesienia, jednak w pierwszej kolejności rozważyć należało zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, mogący mieć wpływ na treść tego orzeczenia, który miałby polegać na tym, że K.K. sprzedawał narkotyki pozostałym oskarżonym, a nie posiadał ich jedynie na własny użytek. W zakresie objętym tym zarzutem, Sąd Okręgowy uznał, że czyny opisane w części wstępnej wyroku w punktach I – V tworzą ciąg przestępstw (kwalifikowanych z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w zw. z art. 65 § 1 k.k., a te opisane w punktach: V i IX tworzą drugi ciąg przestępstw (również kwalifikowanych z art. 59 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k.). W przypadku pierwszego ciągu oskarżony miał udzielać marihuany kilkakrotnie następującym osobom: M. S., K. J., M. W., M. K. (każdemu w warunkach art. 12 k.k.), a przypadku drugiego ciągu przestępstw dwóm osobom, a to D. F., P. B. (każdemu jeden raz).

Na wstępie, przed merytorycznym odniesieniem się do tej części apelacji stwierdzić należy, że w zasadzie, poza wskazanymi wyżej zastrzeżeniami, Sąd I instancji przeprowadził postępowanie dowodowe w sposób nie nasuwający zastrzeżeń, wyciągając trafne wnioski co do winy oskarżonego K.K. w przypadkach, w których przypisał mu sprawstwo czynów przestępnych, a uniewinnił go, nie znajdując kategoriycznych dowodów winy, w przypadku zarzutu popełnienia

przestępstwa udzielenia D. P. środka odurzającego. Zgodnie z przyjętym poglądem, wyrażonym w licznych judykatach Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych zarzut błędu w ustaleniach stanu faktycznego nie może sprowadzać się do samej polemiki z ustaleniami sądu wyrażonymi w uzasadnieniu orzeczenia lub jak to czyni skarżący w niniejszej sprawie, przeciwstawienia tymże ustaleniom odmiennego poglądu opartego na własnej ocenie materiału dowodowego. Skarżący stawiając taki zarzut winien zatem wykazać konkretne uchybienia w ocenie materiału dowodowego, jakich dopuścił się Sąd w świetle zasad logicznego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 czerwca 2004 r. II AKA 112/2004, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2004/7-8 poz. 60; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 21 września 2005 r. II AKA 114/2005, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2006/11 poz. 89; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 11 marca 2008 r. II AKA 29/2008, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2009/6 poz. 95). Dokonana ocena zebranego materiału dowodowego pozostaje pod ochroną art. 7 k.p.k. tak długo, póty skarżący nie wykaże jej nielogiczności, sprzeczności z zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym oraz wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a tak w przedmiotowej sprawie się nie stało.

W pierwszym rzędzie, okolicznością na którą powołuje się skarżący, podnosząc zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, jest fakt, iż współoskarżeni zmienili w toku postępowania karnego swoje wyjaśnienia, wycofując się z tych fragmentów, które obciążały oskarżonego K. K. Samo zaś odwołanie wyjaśnień przyznających fakty obciążające oskarżonego w żadnym stopniu nie przesądza jednak o tym, że są to dowody nieprzydatne dla ustalenia prawdy materialnej lub też, że Sąd meriti winien przyjąć za prawdziwe wersje zdarzeń jak najbardziej korzystne dla oskarżonego. Faktem jest, iż odtworzenie, przez Sąd Okręgowy, przebiegu inkryminowanych zdarzeń z udziałem oskarżonego K. K. dokonane zostało - między innymi - na podstawie wyjaśnień współoskarżonych złożonych w toku postępowania przygotowawczego.

Obowiązkiem Sądu orzekającego, w takiej sytuacji, jest natomiast ustosunkowanie się, którą ze sprzecznych wersji uznaje za wiarygodną, a decyzja w tej kwestii powinna być oparta na rozważeniu konkretnych okoliczności danej sprawy. Sąd Okręgowy, wbrew twierdzeniom skarżącego, właściwie ocenił zarówno wyjaśnienia oskarżonych, jak też pozostałe dowody przeprowadzone w tym postępowaniu, logicznie wykazując, które z nich, dlaczego oraz w jakim zakresie są wiarygodne. Wyrażony w apelacji, przez obrońcę oskarżonego K. K., pogląd o większej wartości dowodowej wyjaśnień oskarżonych składanych przed Sądem, od tych z etapu postępowania przygotowawczego jest zaprzeczeniem zasady swobodnej oceny dowodów, wynikającej z treści art. 7 k.p.k., która stanowi, iż organy procesowe oceniają wszystkie dowody swobodnie, przy uwzględnieniu zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Co wymaga szczególnego podkreślenia, obowiązujące przepisy procesowe nie zawierają żadnych dyrektyw, które wartościowałyby określone dowody lub nakazywałyby ich różnicowanie według źródeł ich pochodzenia czy też etapu postępowania, na którym zostały pozyskane. O wartości dowodowej wyjaśnień oskarżonych decyduje bowiem nie to, w jakim stadium postępowania zostały złożone, lecz ocena ich treści w zestawieniu z zebraniem materiałem dowodowym. Nie znajduje potwierdzenia, w zgromadzonym materiale dowodowym supozycja, jakoby wszyscy oskarżeni fakt obciążenia swoimi wyjaśnieniami, złożonymi w toku postępowania przygotowawczego, tłumaczyli stresem związanym z groźbą odpowiedzialności karnej, obawą przed tymczasowym aresztowaniem, koniecznością współpracy z organami ścigania w celu uniknięcia bezwzględnych kar pozbawienia wolności. Co więcej, przesłuchani na przedmiotową okoliczność (zmiany treści wyjaśnień), P. B., M. S., M. W., K. P., D. F. wskazali, iż nie mieli oni konfliktu z oskarżonym K. K., znają się od wielu lat, utrzymują kontakty towarzyskie, zatem brak było obiektywnych przyczyn uzasadniających złożenie nieprawdziwych – obciążających wyjaśnień. W polu widzenia musi pozostawać również fakt iż, oskarżony K. K. przyznał się do udzielania marihuany M. K., w dalszej kolejności M. K. przyznał się i potwierdził w postępowaniu sądowym okoliczności inkryminowanych zdarzeń z udziałem K. K.. Również K. J., występujący w niniejszym postępowaniu w roli świadka, potwierdził swoje wyjaśnienia, złożone w toku śledztwa, wskazując na oskarżonego K. K. jako dostawcę narkotyków. Nie bez znaczenia dla oceny zgromadzonego materiału dowodowego pozostają materiały niejawne, prawidłowo zinterpretowane przez Sąd meriti. Podsumowując tę część rozważań, należy stwierdzić, że Sąd I instancji dokonał trafnej weryfikacji wyjaśnień współoskarżonych, w kontekście wysuniętego przez obrońcę oskarżonego zarzutu, odwołując się przy tym do innych przeprowadzonych dowodów, w tym też tych zgromadzonych w sposób i w postaci niejawnej.

Zupełnie niezasadny jest następny zarzut obrońcy oskarżonego dotyczący błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia a mający wpływ na uznanie, że oskarżony K. K. czynił sobie ze sprzedaży narkotyków stałe i główne źródło dochodu w sytuacji gdy, pracował dorywczo i osiągał dochody z gier bukmacherskich, a dodatkowo ilość pieniędzy, które miał rzekomo uzyskać z handlu narkotykami nie pozwalały na utrzymanie się. W orzecznictwie ugruntowany jest bowiem pogląd, który należy podzielić, że stałe źródło dochodu w rozumieniu art. 65 § 1 k.k. nie oznacza, iż dla sprawcy musi ono stanowić wyłączne lub główne, albo przynoszące dochód o istotnym znaczeniu, a do stwierdzenia tej przesłanki wystarczy, że korzyść majątkowa tego rodzaju stanowi tylko uboczne źródło dochodu (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26 marca 2013 r., II AKa 49/13, Lex nr 1294733; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 marca 2012 r., II AKa 10/12, Lex nr 1254309; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2008 r., III KK 369/07, OSNKW 2008/6/46). Wyrok w tym zakresie Sąd Okręgowy uzasadnił faktem, że przestępstwa te popełnione zostały na przestrzeni pewnego - dłuższego - czasu, choć niektóre jednorazowo, ale w czasie, w którym oskarżony nie posiadał stałego zatrudnienia, a z ich popełnienia oskarżony uzyskiwał wymierne dochodu. Sąd orzekający ustalił ponadto, że handel narkotykami był głównym źródłem dochodów oskarżonego, który legalnych ich źródeł nie posiadał. Ustalenie to kwestionuje obrońca oskarżonego powołując się na to, że oskarżony pracował dorywczo i dorabiał obstawianiem zakładów bukmacherskich i nawet gdyby dopuścił się przypisanych mu przez Sąd czynów to nie sposób uznać, by handel narkotykami na tak niewielką skalę, pozwalał oskarżonemu na utrzymanie się i aby pieniądze uzyskane ze sprzedaży narkotyków mogły stanowić główne źródło jego dochodów. Sąd Apelacyjny podziela jednak pogląd wyrażony już z judykaturze, a sprowadzający się do stwierdzenia, że dla przyjęcia stałości dochodu nie mają znaczenia motywy działania sprawcy, jak również cel, na jaki przeznaczył on osiągniętą z przestępstwa korzyść majątkową, a zatem profity osiągnięte z działalności przestępczej nie muszą być przeznaczane na bieżące utrzymanie, nie wymaga się bowiem, aby dochody te stanowiły substytut wynagrodzenia osiąganego z legalnych źródeł (tak wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 9 października 2012 r., II AKa 219/12, Lex nr 1238634). Przenosząc to zapatrywanie na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że oskarżony K. K., przy uwzględnieniu czasu trwania jego przestępczej działalności, powtarzalności zachowań, ilości udzielonych w przypadku każdego z przestępstw środków odurzających, jak i wysokości osiągniętego dochodu, nie musiał ani utrzymywać się wyłącznie z tego procederu, ani też przeznaczać uzyskiwanych z handlu narkotykami dochodów na swe utrzymanie. Jeśli chodzi o dokonaną przez Sąd zmianę kwalifikacji prawnej czynów zarzucanych oskarżonemu K. K., której prawidłowość kwestionuje obecnie obrońca oskarżonego, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że nie można w tym zakresie (punkty X., XI., i XIII. części wstępnej wyroku) przyjąć, by K. K. był jedynie posiadaczem haszyszu nabytego od nieznannej osoby w trakcie dwóch transakcji w dniach 9 i 12 marca 2012 r. Nie był on bowiem konsumentem środków odurzających, nie nabywał ich na własne potrzeby, wszedł w ich posiadanie z zamiarem odsprzedaży (strona 16. uzasadnienia wyroku). Sąd I instancji opisał jednocześnie istotę przestępstwa uczestnictwa w obrocie środkami odurzającymi lub substancjami psychotropowymi, z którą należy się w pełni zgodzić. Brak argumentacji obrońcy w zakresie dotyczącym wskazania, na czym polegać miałyby błędne ustalenia. – nie pozwala Sądowi Apelacyjnemu na bliższą weryfikację tego zarzutu. Odnosząc się w dalszej kolejności do zarzutu rażącej niewspółmierności wymierzonej oskarżonemu K. K. kary łącznej pozbawienia wolności Sąd Apelacyjny stwierdza, mimo jego częściowej nieaktualności, wskutek korzystnej dla oskarżonego K. K. zmiany, w zakresie orzeczonej w pkt I.1. kary jednostkowej pozbawienia wolności jak i orzeczonej w pkt I.5. kary łącznej pozbawienia wolności i grzywny, że jest on całkowicie chybiony. Pozostałe kary jednostkowe wymierzone temu oskarżonemu, wbrew twierdzeniom skarżącego nie rażą surowością, bowiem zostały wymierzone w granicach zbliżonych do dolnego progu ustawowego zagrożenia za tego rodzaju przestępstwa. Wskazać należy, odwołując się ponownie do art. 438 § 4 k.p.k., że w jego treści jest mowa o niewspółmierności rażącej, a więc o takiej, która nosi cechy znacznej dysproporcji. Dokonując prawnokarnej oceny orzeczonych sankcji należy mieć w polu widzenia czasookres przestępczego działania oskarżonego – polegającego m.in. na udziale w obrocie środkami odurzającymi i ich udzielaniu innym osobom. K. K. przypisanych mu przestępstw dopuścił się, działając w okresie od stycznia 2008 roku do 31 marca 2012 roku (z wyłączeniem okresu od 21 stycznia 2011 r. do 18 maja 2011 r. kiedy to był tymczasowo aresztowany), a więc przez prawie 4 lata. W konsekwencji działanie oskarżonego nie miało jednorazowego charakteru. Nie były to czynności sprawcze incydentalne, lecz przyjęły one charakter notorycznych tj. popełnianych w z góry zaplanowanym działaniem nastawionym na uzyskiwanie dochodu. Sąd meriti wskazał okoliczności, które kształtowały

tak rodzaj jak i wymiar orzeczonych kar jednostkowych oraz kary łącznej, zasadnie podkreślając nagromadzenie okoliczności obciążających osobę oskarżonego K. K., wynikających z uprzedniej karalności za przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a przede wszystkim z faktu kontynuowania przestępczej działalności, co ilustruje jego późniejsze zatrzymanie w dniu 5 czerwca 2012 roku, ze znaczną ilością haszyszu. Podzielając argumentację Sądu Okręgowego, świadcząca o ujemnej ocenie osoby oskarżonego, a także mając na uwadze to, że działanie K. K., w przypadku przypisanych mu, w punktach 1. i 2. części skazującej wyroku, czynów przestępnych, przyjęło charakter stałego źródła dochodu, przekonanie o braku cech rażącej surowości wymierzonych oskarżonemu kar jednostkowych pozbawienia wolności i grzywnien nabiera wymiaru pewności. Wobec wyżej przedstawionych wszystkich przyczyn, karę jednostkową 1 roku 6 miesięcy pozbawienia wolności (wymierzoną przy uwzględnieniu przedstawionych na wstępie zmian w zakresie pkt 1. zaskarżonego wyroku) i grzywny w wysokości 100 stawek dziennych, przy przyjęciu wysokości jednej stawki dziennej w kwocie 10 złotych, należy ocenić jako adekwatną zarówno do stopnia społecznej szkodliwości popełnionego ciągu przestępstw, jak i jego stopnia zawinienia. Wymierzając nową karę łączną zastosowano zasadę asperacji. W realiach niniejszej sprawy oskarżony K. K. dopuścił się pięciu przestępstw, z czego dwa zostały popełnione w ciągu przestępstw. Mając zaś na względzie fakt, iż granice orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności, wyznaczały kara 2 lat pozbawienia wolności (najwyższa z kar wymierzonych podlegających łączeniu) i kara 6 lat 1 miesiąca pozbawienia wolności (suma kar podlegających łączeniu) natomiast granice kary łącznej grzywny wyznaczone były w przedziale od 100 stawek dziennych, przy określonej wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 10 złotych (najwyższa z kar wymierzonych podlegających łączeniu) do 300 stawek dziennych, przy określonej wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 10 złotych (suma kar podlegających łączeniu) przyjęć należy, iż kara łączna 3 lat 6 miesięcy pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych, przy określonej wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 10 złotych, zbliżona jest do absorpcji. Wniosek obrońcy oskarżonego K. K. o ewentualne zastosowanie zasady absorpcji, w stosunku do wymierzonej kary łącznej pozbawienia wolności jest niezasadny, bowiem fakt dokonania wielu przestępstw nie może być swoistą premią, która spowoduje, że sprawca w wyniku łączenia kar odbędzie karę orzeczoną w granicy najwyższej z kar pozbawienia wolności, wymierzonej za poszczególne przestępstwa.

Wymierzając karę łączną, w jej podstawie prawnej, obok przepisu art. 91 § 2 k.k. należało powołać również przepis art. 86 § 1 i 2 k.k., na co wskazywał prokurator w uzasadnieniu apelacji, bowiem przepis art. 91 § 2 k.k., regulujący kwestie wymiaru kary w przypadku realnego zbiegu ciągów przestępstw, bądź ciągu lub ciągów z innymi przestępstwami (jak w tym przypadku), wprost odsyła do odpowiednio stosowanych przepisów rozdziału dotyczącego kary łącznej, a więc także do art. 86 § 1 i 2 k.k. (patrz wyrok Sądu Najwyższego z dn. 09.09.2010 r., III KK 249/10, OSNwSK 2010/1/1695, wyrok Sądu Najwyższego z dn. 21.08.2012 r., III KK 251/12, Prok. i Pr.-wkł. 2012/11/1).

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. orzekł jak w sentencji.

O kosztach obrony z urzędu orzeczono na podstawie przepisów art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1985 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. 2009 r. Nr 146 poz. 1188 j.t. z późn. zm.) i § 14 ust. 2 pkt 5, rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. 2002 r. Nr 163 poz. 1348 z późn. zm.).

Kierując się względami słuszności, Sąd Apelacyjny zwolnił oskarżonego K.K. od kosztów sądowych w oparciu o art. 624 § 1 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k. oraz art. 17 ust. 1 ustawy z dn. 23.06.1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz. U. z 1983 r. Nr 49 poz. 1348 z późn. zm.), określając jednocześnie, że wchodzące w ich skład wydatki ponosi Skarb Państwa.