

Sygn. akt II AKa 261/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 stycznia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodnicząca	SSA Alina Kamińska (spr.)
Sędziowie	SSA Brandeta Hryniewicka SSA Andrzej Ulitko
Protokolant	Agnieszka Rezanow-Stöcker

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Białymstoku – Przemysława Sabata

po rozpoznaniu w dniu 17 stycznia 2013 r.

sprawy **P. T. s. J.**

oskarżonego z art. 59 ust.2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 62 ust.1 tejże ustawy

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Łomży

z dnia 30 października 2012r. sygn. akt II K 27/12

I. Zmienia wyrok w zaskarżonej części w ten sposób, że z kwalifikacji prawnej i podstawy skazania oskarżonego za czyn z pkt. I eliminuje art. 12 kk.

II. W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy.

III. Zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. J. K. kwotę 738 zł, w tym 138 zł podatku VAT, tytułem kosztów obrony z urzędu oskarżonego w postępowaniu odwoławczym.

IV. Zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 400 zł tytułem opłaty za II instancję i obciąża go pozostałymi kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze.

UZASADNIENIE

1. **P. T.** został oskarżony o to, że:

I. w bliżej nieustalonych dniach, w okresie od listopada 2011r. do 23 maja 2012r. w Ł., woj. (...), wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wielokrotnie udzielił małoletniej A. K. substancji psychotropowej w postaci amfetaminy w łącznej ilości nie mniejszej niż 60 gramów za

łącną kwotę nie mniejszą niż 2400 zł, przy czym czynu powyższego dopuścił się w okresie pięciu lat po odbyciu co najmniej sześciu miesięcy kary pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo podobne,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 64§1 kk

II. w dniu 03 marca 2012r. w Ł. na ul. (...) wbrew przepisom ustawy posiadał środki odurzające w postaci marihuany w ilości 0,78 grama netto oraz substancje psychotropową w postaci amfetaminy w ilości 9,45 grama netto

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

2. **A. P.** została oskarżona o to, że w bliżej nieustalonych dniach, w okresie od połowy października 2011r. do 23 maja 2012r. w N., woj. (...), wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, co najmniej dwudziestokrotnie udzieliła małoletnim D. R. i A. K. substancji psychotropowej w postaci amfetaminy w łącznej ilości nie mniejszej niż 25 gramów,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

Sąd Okręgowy w Łomży wyrokiem z dnia 30.10.2012r. uznał oskarżonego P. T. za winnego popełnienia przestępstwa zarzucanego mu w pkt I aktu oskarżenia, przyjmując kwalifikację prawną z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i w zw. z art. 64§1 kk, skazał go z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i w zw. z art. 64§1 kk i z mocy art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył oskarżonemu karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Oskarżonego P. T. uznał za winnego popełnienia przestępstwa zarzucanego mu w pkt II aktu oskarżenia, skazał go z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i z mocy art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Oskarżoną A. P. uznał za winną popełnienia przestępstwa zarzucanego jej w pkt III aktu oskarżenia, przyjmując kwalifikację prawną z art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk, skazał ją z art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i z mocy art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył oskarżonej karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Z mocy art. 85 kk i art. 86§1 kk orzekł wobec oskarżonego P. T. karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Z mocy art. 69§1 i 2 kk, art. 70§1 pkt 1 kk, art. 73§1 kk oskarżonej A. P. wykonanie kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 3 lat i oddał ją w tym okresie pod dozór kuratora sądowego.

Z mocy art. 63§1 kk na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od 03.03.2012r. do 05.03.2012r. i od 20.06.2012r. do 30.10.2012r.

Z mocy art. 45§1 kk w zw. z art. 39 pkt 4 kk orzekł od P. T. przepadek korzyści majątkowej uzyskanej z popełnienia przypisanego w pkt I wyroku przestępstwa w kwocie 2400,00 zł.

Zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. J. K. kwotę 1107,00 zł, w ty, VAT, tytułem wynagrodzenia za obronę oskarżonego z urzędu.

Zasądził od oskarżonych koszty sądowe w częściach ich dotyczących tytułem zwrotu Skarbowi Państwa wyłożonych wydatków od chwili wszczęcia postępowania, w tym opłaty: od P. T. w kwocie 400,00 zł, a od A. P. w kwocie 300,00 zł.

Apelację od powyższego orzeczenia złożył obrońca oskarżonego P. T., zaskarżając go w całości w zakresie czynu przypisanego w pkt I oraz w części dotyczącej kary za czyn przypisany w pkt II wyroku.

Na zasadzie art. 427§2 kpk oraz art. 438 pkt 2, 3 i 4 kpk w zaskarżonej części zarzucił wyrokowi obrazę przepisów postępowania, tj. art. 4, 5, 7 i 410 kpk poprzez przyjęcie, bez analizy całego materiału dowodowego i wbrew zasadom zawartym w tych przepisach, iż P. T. dopuścił się czynu z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i w zw. z art. 64§1 kk, w sytuacji, gdy oskarżony kwestionował, że substancja, którą udzielał małoletniej A. K. była substancją zakazaną przez ustawę o przeciwdziałaniu narkomanii, a na rozprawie złożono postanowienie o umorzeniu względem tego sprawcy postępowania w sprawie 3 Ds. 1871/12, w którym badanie laboratoryjne wykazało, że substancja, która według narkotestera była amfetaminą, w rzeczywistości nią nie była. Postanowienie to, pomimo że znajduje się w aktach sprawy, nie zostało uwzględnione w wymienionych na k. 2 uzasadnienia dowodach branych pod uwagę przez Sąd.

Odnośnie czynu przypisanego w pkt II wyroku, zdaniem apelującego zapadł zbyt surowy wyrok, gdyż za czyn ten powinna zostać orzeczona kara z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego P. T. od zarzutu popełnienia czynu z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i w zw. z art. 64§1 kk oraz zmianę wyroku w pkt II poprzez warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej kary ewentualnie uchylenie całego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd I instancji.

Na rozprawie apelacyjnej obrońca zakwestionował dodatkowo prawidłowość zakwalifikowania działania oskarżonego jako udzielania, o którym mowa w art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wskazując, że A. K. nie była ostatecznym konsumentem otrzymywanej od oskarżonego substancji, którą kupowała dla A. P. i za jej pieniądze.

Ponadto apelujący wniósł o rozważenie, czy czyn ten, o ile w ogóle, popełniony został przez oskarżonego w warunkach recydywy, o której mowa w art. 64§1 kk.

Prokurator, który wyroku nie zaskarżył, na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym poddał pod rozagę potrzebę zmiany orzeczenia w pkt I, w zakresie wyeliminowania z kwalifikacji prawnej i podstawy skazania art. 12 kk.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego nie mogła wyrzucić zamierzonego przez jej autora skutku. Kontrola odwoławcza nie wykazała bowiem, aby postępowanie jurysdykcyjne w niniejszej sprawie było obciążone takimi uchybieniami, które mogłyby mieć wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia skutkując wyprowadzeniem tezy o błędności wyroku w zakresie czynu spenalizowanego treścią art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Bezzasadny jest również zarzut rażącej niewspółmierności kary orzeczonej wobec oskarżonego za czyn przypisany w pkt II wyroku. Rozstrzygnięcie podlegało natomiast korekcie z innej, niż wskazano w środku odwoławczym przyczyny, o czym będzie mowa poniżej.

W pierwszej kolejności wskazać jednakże należy na bezzasadność zarzutu obrazę art. 5 kpk. Aczkolwiek autor skargi w jej petitum powołał się wprost na treść tej normy to jednak nie wskazał wyraźnie, którą zasadę sformułowaną w art. 5 kpk uważa za naruszoną. Natomiast rozwinięcie zarzutu w części motywacyjnej apelacji daje podstawę do przyjęcia, że jego intencją było zakwestionowanie orzeczenia przez pryzmat przepisu odwołującego się do zasady „in dubio pro reo”.

W tym miejscu godzi się przypomnieć, iż obraza art. 5 § 2 kpk ma miejsce wówczas, gdy w danym zakresie istnieją wątpliwości, które nie dają się usunąć, mimo wykorzystania wszelkich dostępnych źródeł i środków dowodowych. O naruszeniu tego przepisu można zatem mówić dopiero wówczas, gdy mimo przeprowadzenia postępowania dowodowego zgodnie z regułami, o których mowa w art. 7 kpk, wątpliwości te nie zostały usunięte i rozstrzygnięto je na niekorzyść oskarżonego. Zasada ta nie ma zastosowania, jeżeli wątpliwości zgłasza tylko strona, a nie miał ich sąd orzekający, który dokonał stanowczych ustaleń faktycznych, zgodnych z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego. Tymczasem autor apelacji nie dowiódł, aby w niniejszej sprawie Sąd I instancji miał wątpliwości, które rozstrzygnęłyby wbrew tej zasadzie, że analiza zaoferowanych motywów

rozstrzygnięcia w pełni to potwierdza, dając asumpt do uznania ustaleń w zakresie sprawstwa za stanowcze i jednoznaczne.

Sąd Apelacyjny nie dostrzegł również przekroczenia przez sąd meriti uprawnień wynikających z art. 7 kpk. Sąd ten poddając analizie całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego respektował, zgodnie z unormowaniem powyższego przepisu, wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego oraz zasady prawidłowego rozumowania, mając na uwadze wszystkie dowody, a nie tylko te, do których odwołuje się obrona. Każda inna ich ocena, aniżeli przedstawiona przez tenże Sąd, byłaby rażąco sprzeczna z normą wyżej powołanego przepisu.

Zasadny częściowo okazał się jedynie podniesiony w apelacji zarzut obrazy art. 410 kpk. Zgodzić się bowiem należy z jej autorem, że w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku brak jest odniesienia się do dowodu znajdującego się na k. 376, czyli do postanowienia Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Łomży z dnia 30.08.2012r. o częściowym umorzeniu prowadzonego przeciwko P. T. śledztwa w sprawie 3 Ds. 197/12. Pozostaje to w opozycji do obowiązku kompletnej oceny dowodów i wymogu zaprezentowania stanowiska w tym zakresie w uzasadnieniu wyroku. Wszakże, aby tego rodzaju uchybienie mogło prowadzić do zakwestionowania prawidłowości orzeczenia skarżący musi wykazać, że mogło ono mieć wpływ na jego treść. Tym samym konieczne byłoby wykazanie, że brak rozważenia przez Sąd I instancji tego dowodu prowadzi do konieczności zanegowania całego procesu decyzyjnego sądu w zakresie oceny pozostałych dowodów, a w szczególności tych, które stanowiły podstawę przekonania o zawinieniu oskarżonego.

W przedmiotowej sprawie – w ocenie Sądu Apelacyjnego - stwierdzone uchybienie nie przełożyło się na prawidłowość ustaleń faktycznych poczynionych w niniejszej sprawie i nie miało wpływu na orzeczenie o winie P. T.. W żadnym więc razie stwierdzenie tego zaniedbania nie mogło prowadzić, zgodnie z wnioskiem obrońcy, do uniewinnienia oskarżonego od popełnienia przestępstwa udzielenia substancji psychotropowej w postaci amfetaminy małoletniej A. K..

Należy podkreślić, że uzasadnienie wyroku jest dokumentem wtórnym w stosunku do jego sentencji, sporządzanym już po jej ogłoszeniu, dlatego w istocie nie może ono mieć decydującego wpływu na treść rozstrzygnięć, o których mowa w art.413 § 1 i 2 kpk. Służy ono skontrolowaniu prawidłowości rozumowania Sądu I instancji i nawet jeśli znajdują się tam określone błędy czy luki to nie oznacza jeszcze, że sam wyrok jest wadliwy i musi ulec uchyleniu. Natomiast sąd odwoławczy dokonuje kontroli instancyjnej wyroku nie tylko na podstawie samego jego uzasadnienia, ale również w oparciu o analizę materiału aktowego i dowodów tam zebranych. Wskazywany przez apelującego dowód Sąd Okręgowy ujawnił i zaliczył w poczet materiału dowodowego (k.383).

Zdaniem obrońcy fakt, że w innym postępowaniu zarzut posiadania przez P. T. amfetaminy nie został potwierdzony, rodzi uzasadnione wątpliwości co do charakteru substancji sprzedawanej przez oskarżonego A. K., których to wątpliwości z uwagi na brak możliwości przebadania tego środka nie da się usunąć, a zatem powinny być one rozstrzygnięte na korzyść oskarżonego, którego należało uniewinnić od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Tego rodzaju rozumowanie, na tle całokształtu okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego, przy uwzględnieniu wskazań logiki i doświadczenia życiowego nie wytrzymuje krytyki i nie sposób uznać je za prawdziwe. I to z kilku powodów.

Rzeczywiście substancja, którą P. T. sprzedawał A. K. została zużyta, zatem nie było możliwości jej przebadania. Nie oznacza to jednak brak możliwości poczynienia w tym zakresie wiarygodnych i jednoznacznych ustaleń, w oparciu o inne dostępne dowody.

Przede wszystkim umorzenie postępowania dotyczyło zupełnie innego czynu niż objęty aktem oskarżenia i innego postępowania. Fakt, że wersja przedstawiona przez oskarżonego była prawdziwa w innym postępowaniu, nie ma bezpośredniego przełożenia na ocenę dowodów dokonywaną w przedmiotowej sprawie i nie oznacza, że wyłącznie te wyjaśnienia oraz korespondujący z nimi dowód w postaci postanowienia o częściowym umorzeniu śledztwa w

sprawie 3 Ds. 197/12 są miarodajne i właśnie one powinny stanowić podstawę czynionych ustaleń faktycznych. Takie rozumowanie jest wysoce uproszczone. Ewentualnie mogłoby być one przekonujące, gdyby oskarżony nie miał nigdy wcześniej kontaktu z narkotykami. Tymczasem jest on osobą uzależnioną od środków odurzających i karaną za czyny z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Ponadto, chociaż w dniu 17.05.2012r., a więc w okresie objętym zarzutem substancja znaleziona u P. T. nie była - jak się okazało po szczegółowych badaniach - amfetaminą, to w dniu 03.03.2012r., a zatem także w okresie objętym zarzutem, posiadał on amfetaminę i marihuanę, co jest udowodnione bez żadnych wątpliwości - oskarżony został zatrzymany na „gorącym uczynku” i przyznał się do tego czynu a przeprowadzone badania laboratoryjne jednoznacznie ten fakt potwierdziły.

P. T. przyznał się też początkowo do sprzedaży narkotyków A. K. i złożył wyjaśnienia zgodne z pozostałym materiałem dowodowym. Wskazywał wprawdzie, że sprzedawał narkotyki różnym osobom i czasem oszukiwał nabywców sprzedając mieszkankę sody oczyszczonej i proszku do pieczenia, ale nie kwestionował, że A. K. kupowała od niego amfetaminę. Dopiero na rozprawie, przed sądem oskarżony zmienił swoje wyjaśnienia i twierdził, że substancja, którą sprzedawał A. K. nie była amfetaminą, a mieszkanką kreatyny i tauryny.

Sąd Okręgowy dokonał trafnej oceny wyjaśnień P. T., składanych na kolejnych etapach postępowania, a w uzasadnieniu wyroku logicznie i przekonująco wykazał, które z nich oraz w jakim zakresie i dlaczego zasługują na wiarę, a którym z nich i z jakich przyczyn, przymiotu takiego nadać nie można. Nie ma potrzeby, by w tym miejscu ponownie przywoływać wszystkie te argumenty zwłaszcza, że postępowanie odwoławcze, w tym ocena dowodów, nie jest dokonywana samodzielnie, w oderwaniu od wyroku Sądu I instancji, ale właśnie poprzez zawarte w nim ustalenia i oceny. Podkreślić jedynie należy, że zmiana wyjaśnień i nieprzyznanie się do winy jest prawem oskarżonego zagwarantowanym obowiązującymi przepisami i tylko z tego tytułu nie można wyprowadzać daleko idącego wniosku o jego niewinność. Wyjaśnienia te, jak każdy inny dowód podlegają kompleksowej ocenie sądu, który konfrontując je z pozostałymi dowodami władny jest wyprowadzić właściwe wnioski z zakresie możliwości przyjęcia sprawstwa oskarżonego w odniesieniu do zarzucanego mu czynu.

Ponadto o wartości dowodowej każdego dowodu pochodzącego z osobowego źródła dowodowego, czyli zeznań świadka i wyjaśnień oskarżonego nie decyduje, w jakim stadium postępowania zostały one złożone, lecz ich treść w konfrontacji z innymi dowodami.(por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z: 20.V.78r., VKR 78/78, OSNKW 1978 z.12, poz.147, z 18.XII.1975r., Rw 679/75. Gazeta Prawna 1976r. nr 7, z 14.II.1980, IKR 10/80 OSPiKA 1981, z.1, poz.10, z 20.X.1984r., IIIKR 172/84, OSNPG 1985 z.3, poz.37, z 6.X.1987r. IVKR 263/87 OSNKW 1988, z.3-4, poz.28). Nie ulega więc wątpliwości, że sąd orzekający mógł dać wiarę wyjaśnieniom złożonym w postępowaniu przygotowawczym, a odmówić tego waloru wyjaśnieniom złożonym przed sądem. Tego rodzaju ocena mieści się w ramach swobodnej oceny dowodów i pozostaje pod ochroną prawa procesowego, jeśli wynika z ujawnionego w toku rozprawy całokształtu dowodów oraz jest efektem rozważenia wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego (por. też wyrok SN z 16.XII.1974r., Rw 618/74, OSNKW z 1975r., z.3-4, poz.47).

Dodać jedynie należy, że nie bez znaczenia pozostaje tu zbieżność dat. Oskarżony zmienił swoją wersję dopiero po wydaniu postanowienia o częściowym umorzeniu śledztwa w sprawie 3 Ds. 197/12, co wskazuje, że po korzystnym dla niego rozstrzygnięciu w tej sprawie przyjął taką linię obrony, licząc na podobnie korzystne rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

Nie sposób też uznać za prawdziwe twierdzeń P. T., że podczas przesłuchań w postępowaniu przygotowawczym jego wyjaśnienia zostały błędnie zaprotokołowane, skoro protokoły przesłuchań podpisał bez żadnych uwag i zastrzeżeń co do ich treści.

Na przyjęcie wersji oskarżonego nie pozwalają też zasady logiki, doświadczenia życiowego oraz praktyki sądowej. Gdyby P. T. rzeczywiście zamiast amfetaminy sprzedał A. K. mieszkankę sody oczyszczonej i proszku do pieczenia lub kreatyny i tauryny, takie oszustwo mogłoby udać się jedynie raz, ale nie byłby wiarygodnym dostawcą i nie kupowałaby ona u niego narkotyku wielokrotnie. Ponadto zarówno A. K., jak też jej chłopak D. R., z którym zażywała kupioną u

oskarżonego substancję zeznawali, że nigdy nie mieli wątpliwości co do jej charakteru. Środek ten miał smak i działanie amfetaminy. Podobne spostrzeżenia poczyniła również A. P., która nie tylko finansowała transakcje, ale też i sama zażywała amfetaminy.

Konkludując stwierdzić należy, że zgromadzone w sprawie dowody w sposób nie budzący wątpliwości wskazują, że substancją, jaką P. T. sprzedawał A. K. była amfetamina.

Na marginesie godzi się zauważyć, ani mieszanka sody oczyszczonej i proszku do pieczenia ani mieszanka tauryny i kreatyny nie dają efektu odurzenia. Gdyby takie substancje zażywały wskazane osoby to niewątpliwie fakt ten nie uszedłby ich uwadze. Powyższe rozważania dają też asumpt do uznania bezzasadności obrazu art. 4 kpk, który to przepis, w realiach niniejszej sprawy, obrońca łączył z zarzutem obrazu art. 410 kpk.

W toku postępowania dowiedziono również świadomości oskarżonego co do faktu udzielenia substancji psychotropowej osobie małoletniej.

Ustosunkowując się do dodatkowych zarzutów, podniesionych przez obrońcę na rozprawie apelacyjnej, należy przypomnieć, że zachowanie sprawcy polegające na udzielaniu innej osobie środka odurzającego lub substancji psychotropowej oznacza czynność przekazania tego środka lub substancji osobie będącej konsumentem narkotyku, a więc wówczas, gdy środek ten przeznaczony jest na zaspokojenie jej potrzeb jako konsumenta, a nie jako dealera. A. K. takim konsumentem była, a dla kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego nie jest istotne, czy zakupioną u niego amfetaminę zużyła sama, czy też razem z innymi osobami.

Brak jest też podstaw do zmiany kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w pkt I poprzez wyeliminowanie art. 64§1 kk. Sąd Okręgowy przyjmując, że P. T. działał w warunkach powrotności do przestępstwa, powołał się na fakt uprzedniego skazania go przez Sąd Okręgowy w Łomży w sprawie II K 64//06 za przestępstwo rozboju na karę pozbawienia wolności, którą odbył przed popełnieniem czynów zarzucanych mu w niniejszej sprawie, w rozmiarze przekraczającym 6 miesięcy. Podobieństwo obu przestępstw nie może być kwestionowane, wobec jednoznacznego brzmienia ustawowej definicji, że przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uważa się za przestępstwa podobne.

Reasumując i aprobując stanowisko Sądu Okręgowego odnośnie winy oskarżonego, sąd odwoławczy uznał też, że nie ma powodów do zmiany wyroku w części dotyczącej orzeczenia o karze wymierzonej P. T. za ten czyn. Kara 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, a więc w wysokości zbliżonej do dolnego progu ustawowego zagrożenia, jest sprawiedliwa i adekwatna zarówno do stopnia zawinienia, jak i stopnia społecznej szkodliwości czynu, uwzględnia też wszystkie okoliczności zarówno obciążające, jak i łagodzące.

Kwestia sprawstwa oskarżonego co do czynu przypisanego mu w pkt II wyroku nie budzi żadnych wątpliwości. Także obrońca nie sformułował w tym zakresie zarzutów. Jeśli zaś chodzi o wymiar kary orzeczonej za ten czyn, to w żadnym razie nie można jej uznać za rażąco surową. Natomiast w aspekcie wyżej przeprowadzonych rozważań, dezaktualizuje się kwestia możliwości zastosowania instytucji probacji określonej treścią art. 69 kk. Nie dopatrując się podstaw do złagodzenia kary tak w wymiarze jednostkowym jak i łącznym podkreślić należy, że Sąd I instancji przy kształtowaniu jej wymiaru z jednej strony uwzględnił właściwości i warunki osobiste oskarżonego, uprzedni tryb jego życia, wcześniejszą karalność, a z drugiej młody wiek i przyznanie się do winy na etapie postępowania przygotowawczego.

W sytuacji, gdy brak jest podstaw do orzeczenia kary za czyn przypisany w pkt I w niższym wymiarze, a kara łączna została ukształtowana z zastosowaniem zasady pełnej absorpcji rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w tej materii należało uznać ze wszech miar trafne.

Przechodząc do omówienia zmiany, jakiej z urzędu dokonał w zaskarżonym wyroku Sąd Apelacyjny przypomnieć należy, że art. 413§2 pkt 1 kpk wymaga, aby każdy wyrok skazujący zawierał m.in. dokładne określenie przypisanego oskarżonemu czynu oraz jego kwalifikację prawną. W opisie czynu należy zatem zawrzeć wszystkie te elementy, które

należą do istoty czynu przestępnego, a więc dotyczące podmiotu czynu, rodzaju atakowanego dobra, czasu, miejsca i sposobu popełnienia czynu oraz jego skutków. Chodzi o objęcie opisem wszystkich znamion czynu mających znaczenie dla prawidłowej kwalifikacji prawnej.

Zaskarżony wyrok zawiera oczywistą sprzeczność - kwalifikuje czyn oskarżonego i skazuje go za przestępstwo udzielania substancji psychotropowej małoletniej, popełnione w warunkach czynu ciągłego, pomimo braku w opisie tego czynu wszystkich niezbędnych znamion określonych w art. 12 kk, tj. wskazania, że oskarżony działał w wykonaniu z góry powziętego zamiaru.

W tej sytuacji, mając na uwadze kierunek wniesionego środka zaskarżenia, jedynym możliwym rozstrzygnięciem było wyeliminowanie z kwalifikacji prawnej i podstawy skazania P. T. art. 12 kk

W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok jako prawidłowy, Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy.

O wynagrodzeniu obrońcy z urzędu orzeczono stosownie do treści §14 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie ... (Dz.U. nr 163, poz. 1348).

O opłacie orzeczono na podstawie art. 8 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy z 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. z 1983r. nr 49, poz. 223 z późn. zm.), zaś o kosztach procesu na podstawie art. 636§1 kpk.

(...)(...)