

Sygn. akt: II AKa 409/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2012 roku

Sąd Apelacyjny w Katowicach w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący	SSA Michał Marzec (spr.)
Sędziowie	SSA Aleksander Sikora SSO del. Zbigniew Radwan
Protokolant	Magdalena Baryła

przy udziale **Prokuratora Prok. Apel. Krzysztofa Błacha**

po rozpoznaniu w dniu 20 grudnia 2012 roku sprawy

1. **I. D.** s. P. i I.

ur. (...) w P.

oskarżonego z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku
o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. i inne;

2. **D. S. (1)** s. J. i J.

ur. (...) w P.

oskarżonego z art. 55 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku
o przeciwdziałaniu narkomanii i inne;

3. **K. G.** s. Z. i J.

ur. (...) w G.

oskarżonego z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku
o przeciwdziałaniu narkomanii i inne;

4. **A. M.** s. P. i M.

ur. (...) w K.

oskarżonego z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku
o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. i art. 12 k.k., art. 258 § 1 k.k.;

5. **K. S.** s. W. i M.

ur. (...) w W.

oskarżonego z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku
o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. i art. 12 k.k., art. 258 § 1 k.k.;

na skutek apelacji prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 27 kwietnia 2012 r. sygn. akt. V K 99/09

1. uchyla zaskarżony wyrok w części dotyczącej uniewinnienia oskarżonych:

- I. D. od opisanego w punkcie III aktu oskarżenia czynu
z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. i art. 12 k.k. (punkt 3 wyroku);
- D. S. (1) od opisanego w punkcie X aktu oskarżenia czynu
z art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (punkt 15 wyroku);

i w tym zakresie sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Gliwicach
do ponownego rozpoznania;

2. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. kosztami sądowymi postępowania odwoławczego obciąża Skarb Państwa.

Sygn. akt II AKa 409/12

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Gliwicach wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2012 roku uznał:

oskarżonego I. D. za winnego popełnienia przestępstw:

- z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii
w zw. z art. 65 § 1 kk i za to na mocy art. 55 ust. 3 cyt. ustawy przy zast. art. 60 § 4
i § 6 pkt 2 kk wymierzył karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności i grzywnę
w wysokości 40 stawek po 80 złotych każda;
- z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii
i za to na mocy art. 55 ust. 3 cyt. ustawy przy zast. art. 60 § 4 i § 6 pkt 2 kk wymierzył karę 1 roku i 6 miesięcy
pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 40 stawek po 80 złotych każda;
- uniewinnił oskarżonego od zarzutu popełnienia czynu opisanego w pkt III aktu oskarżenia;
- z art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i za to na mocy
art. 57 ust. 2 cyt. ustawy wymierzył karę 10 miesięcy pozbawienia wolności;
- z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku
o przeciwdziałaniu narkomanii w brzmieniu z daty czynu i za to na mocy art. 56 ust. 3 cyt. ustawy przy zast. art.
19 § 1 kk wymierzył karę 1 roku pozbawienia wolności
i grzywnę w wysokości 40 stawek po 80 złotych każda;

- z art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na mocy tego przepisu wymierzył karę 6 miesięcy pozbawienia wolności
- z art. 62 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na mocy art. 62 ust. 3 cyt. ustawy wymierzył karę grzywnę w wysokości 30 stawek po 80 złotych każda;
- uniewinnił oskarżonego od zarzutu popełnienia czynu opisanego w pkt VIII aktu oskarżenia;

Na mocy art. 85 kk i art. 86 § 1 i 2 kk wymierzył wobec oskarżonego karę łączną 2 lat pozbawienia wolności oraz karę łączną grzywny w wysokości 150 stawek po 80 złotych każda. Na mocy art. 70 ust. 4 ustawy z dnia 29.07.2005 roku orzekł wobec oskarżonego nawiązkę w wysokości 1000 złotych, na mocy art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk warunkowo zawiesił wykonanie kary łącznej pozbawienia wolności na okres próby 5 lat, oddając go w okresie próby, na mocy art. 73 § 1 kk, pod kuratora sądowego, nakładając na mocy art. 72 § 1 pkt 1, 4 i 7 kk obowiązki;

oskarżonego D. S. (1) za winnego popełnienia przestępstwa z art. 55 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na mocy art.

55 ust. 1 cyt. ustawy wymierzył karę 1 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 40 stawek po 80 złotych kk oraz uniewinnił oskarżonego od zarzutu popełnienia czynów opisanych w pkt X i XI aktu oskarżenia;

Na mocy art. 70 ust. 4 ustawy z dnia 29.07.2005 roku orzekł wobec oskarżonego nawiązkę w wysokości 500 złotych, na mocy art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk warunkowo zawiesił wykonanie kary pozbawienia wolności na okres próby 4 lat, oddając go w okresie próby, na mocy art. 73 § 1 kk, pod kuratora sądowego, nakładając na mocy art. 72 § 1 pkt 1, 4 i 7 kk obowiązki;

oskarżeni K. G., A. M. i K. S. zostali uniewinnieni od zarzucanych im czynów z art. 56 ust. 1 i 3 cyt. ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 kk i art. 12 kk oraz art. 258 § 1 kk i kosztami postępowania w tym zakresie obciążył Skarb Państwa

Prokurator zaskarżył wyrok w całości na niekorzyść wszystkich oskarżonych.

Zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego, mające wpływ na treść wyroku art. 4 kpk, art. 7 kpk, art. 167 kpk, art. 366 kpk i art. 410 kpk poprzez pominięcie dowodu z materiałów pozyskanych w ramach operacyjnego rozpracowania rozmów telefonicznych i sms-ów z telefonu T. F.i obywateli czeskich oraz art. 392 kpk w zw. z art. 182 § 3 kpk poprzez nie przesłuchanie w charakterze świadków M.H., D. S. (2) i P.N., co skutkowało nie wykorzystaniem dostępnych możliwości dowodowych, art. 399 § kpk poprzez uznanie, że oskarżony D. dopuścił się innego przestępstwa niż opisane w pkt 3 aktu oskarżenia wykraczającego poza granice oskarżenia, art. 404 § 2 kpk poprzez naruszenie ciągłości i koncentracji rozprawy oraz błąd w ustaleniach faktycznych stanowiących podstawę zaskarżonego orzeczenia i mających wpływ na jego treść poprzez błędne przyjęcie, że oskarżeni nie działali w zorganizowanej grupie przestępczej, D. S. (1) nie uprawiał ziela konopi innych niż włókniste oraz, że I. D. nie uczynił sobie stałego źródła utrzymania z popełnianych przestępstw. Prokurator wniósł o uchylenie sprawy i przekazanie jej do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja okazała się jedynie częściowo zasadna.

Rozważania w przedmiocie podniesionych w apelacji zarzutów należy rozpocząć od stwierdzenia, że pisemne uzasadnienie zaskarżonego wyroku sporządzone przez Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie jest na tyle wszechstronne, wnikliwe i jasne, że wystarczy apelującego odesłać do jego treści, gdyż znajdzie w nim odpowiedzi na większość stawianych zarzutów, w tym argumentację dlaczego apelacja w zakresie tych zarzutów nie mogła okazać się zasadna.

Sytuacja taka jest przede wszystkim możliwa dlatego, że prokurator formułując zarzuty apelacyjne nie dostrzegł bądź nie chciał dostrzec części argumentów podniesionych w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, przeszedł do porządku dziennego na czynnościach procesowych podejmowanych przez sąd I instancji w toku rozprawy bądź uznał, że zaprezentowanie odmiennej od sądu I instancji oceny przeprowadzonego materiału dowodowego jest wystarczającym argumentem apelacyjnym.

Jeżeli chodzi o zarzut obrazy przepisów prawa procesowego, polegający na nie wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przez pominięcie dowodu

z materiałów tajnych, pozyskanych w ramach operacyjnego rozpracowania rozmów telefonicznych, to przede wszystkim jest to zarzut źle sformułowany. Przepisy art.

167 kpk w zw. z art. 366 kpk zostałyby naruszone, gdyby sąd orzekający w ogóle nie odniósł się do wniosków dowodowych złożonych przez prokuratora. W sytuacji, gdy Sąd Okręgowy tych dowodów nie przeprowadził i oddalając je wskazał w postanowieniu podstawy prawne i merytoryczne takiej decyzji, to zarzut winien dotyczyć obrazy tego przepisu, który stał się podstawą tej decyzji. W niniejszej sprawie winien to być przepis art. 170 § 1 pkt 1 kpk w zw. z art. 237 a kpk a contrario, gdyż nie spełnienie przez prokuratora wynikających z tego ostatniego przepisu wymogów, skutkowało uznaniem tych dowodów za uzyskane w nielegalny sposób, co czyni je niedopuszczalnymi, i spowodowało ich pominięcie przy rozpoznaniu sprawy. Jeśli chodzi o kwestie merytoryczne, to prokurator zasadności swego zarzutu upatruje w tym, że skoro kwestia „zgody następczej sądu” na przeprowadzenie kontroli operacyjnej rozmów telefonicznych była unormowana inaczej w chwili stosowania tej kontroli operacyjnej, to sąd orzekający winien stosować przepisy, w ich ówczesnej interpretacji, a nie obecnym brzmieniu. Na poparcie tego stanowiska przywołuje treść dwóch postanowień Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2006 roku i 25 maja 2010 roku oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2008 roku, a nadto argument w postaci zachowania Sądu Okręgowego w Gliwicach, który w innej sprawie, w której dysponował takim samym materiałem dowodowym, zaliczył go w poczet legalnych dowodów. Prokurator zupełnie nie dostrzega, że Sąd Okręgowy analizując zasadność swych ocen dotyczących legalności uzyskania tego materiału analizował orzecznictwo Sądu Najwyższego tej materii dotyczące, w tym także wskazane przez prokuratora orzeczenia Sądu Najwyższego.

Tyle, że Sąd Okręgowy wyraźnie stwierdził, że stanowisko Sądu Najwyższego zawarte

w wyroku z dnia 25 marca 2010 roku, zgodne z tezą apelacji, jest stanowiskiem odosobnionym, nie zaaprobowanym w innych, licznych wyrokach tego sądu. Sąd Okręgowy wyraźnie powołuje się na uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2011 roku I KZP 32/19 OSNKW 3/2011 poz. 22, w której wszelkie wątpliwości dotyczące „zgody następczej” zostały rozwiane na korzyść interpretacji zastosowanej przez Sąd I instancji. Wskazana interpretacja przekonująca o konieczności stosowania art. 237 a kpk, także do podsłuchów stosowanych przed dniem wejścia w życie tego przepisu, jest jedyną możliwą z punktu widzenia celów dokonanych zmian w zakresie przepisów rozdziału 25 Kodeksu Postępowania Karnego. Wszak z uzasadnienia rządowego projektu wprowadzającego te zmiany ustawą z dnia 4 lutego 2011 roku (Dz. Ust. nr 53 z 2011 roku, poz. 273) jednoznacznie wynika, że zostały one przygotowane w związku z koniecznością pilnej zmiany przepisów regulujących zarówno procesową kontrolę rozmów, jak również sferę czynności operacyjnych poddanych kontroli sądu lub prokuratora. Potrzeba zmian była podyktowana zwłaszcza tym, że procedury kontrolne muszą odpowiadać zasadom praworządności i być zgodne z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Zasada rządów prawa zakłada, że ingerencja ze strony organów władzy wykonawczej w prawa jednostki powinna być przedmiotem skutecznej kontroli, która powinna być przeprowadzona przez organy sądowe, które zapewniają najlepszą gwarancję niezależności, bezstronności oraz stosowania właściwej procedury (R. przeciwko Rumunii skarga nr (...)), a realizacja tej zasady nie może być aktualnie ograniczona czasem dokonanej czynności operacyjnej. Projekt ustawy stwierdza, iż wprowadzona ustawą z dnia 4 lutego 2011 roku regulacja procedury uzyskiwania zgody następczej, przecina dotychczasowe wątpliwości interpretacyjne wynikające z orzecznictwa sądowego. Uzasadnienie rządowego projektu wprost powołuje się na treść postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. sygn. I KZP 6/97, (następnie powtórzoną w uchwale 7 sędziów SN z dnia 23 marca 2011 roku – wydaną po uchwaleniu ustawy

z dnia 4 lutego 2011 roku), w którym wyrażono pogląd, że także pod rządami poprzednich przepisów, uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw przez osobę inną niż objęta postanowieniem, mogą być

wykorzystane w postępowaniu przed sądem, pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (str. 5 uzasadnienia rządowego projektu ustawy). Dlatego należało uznać, że zarzut prokuratora nie był zasadny, gdyż decyzja sądu o odmowie przeprowadzenia dowodów z materiałów pozyskanych w ramach operacyjnego rozpracowania rozmów telefonicznych i sms przez organa śledcze polskie i czeskie była prawidłowa.

Argumentacja apelacji dotycząca wykorzystania tajnych materiałów operacyjnych przez Sąd Okręgowy w Gliwicach w sprawach V K 37/09 i V K 88/10 jest w ogóle poza merytoryczna i nie ma powodu się do niej odnosić.

Jeżeli chodzi o zarzut obrazy art. 392 kpk w zw. z art. 182 § 3 kpk, to jest on także chybiony. Dowody z zeznań świadków P. N., M.H.i D.S.zostały przeprowadzone w toku postępowania sądowego. W toku rozprawy z dnia 26 marca 2012 roku odczytano protokoły ich przesłuchania znajdujące się w dołączonych aktach sprawy Sąd Okręgowy w Gliwicach V K 37/09 (k-3362 t. XXIV akt). Były to protokoły ich przesłuchań złożonych w charakterze podejrzanych w 2008 roku, w sprawie toczącej się wtedy w Prokuraturze w O.. Odczytanie tych zeznań nastąpiło w trybie art. 391 § 1 i 2 kpk albowiem świadkowie przebywali poza granicami kraju.

W chwili odczytania ich protokołów przesłuchań sprawa Sądu Okręgowego w Gliwicach V K 37/09 była zakończona i nie przysługiwało im prawo do odmowy składania zeznań

w rozumieniu art. 182 § 3 kpk. Stąd zarzut prokuratora jest chybiony. Sąd Okręgowy przedsięwziął czynności mające na celu sprowadzenie na rozprawę i bezpośrednie przesłuchanie Obywateli C.M.H., D. S. (2) i P.N., nie mniej staranie te nie okazały się skuteczne. Oskarżeni H.i N.nie podjęli wezwań na rozprawę wysłanych na jedyny znany sądowi adres w Czechach, zaś D. S. (2)odebrał wezwanie, lecz do sądu się nie stawił przesyłając pismo, iż nie ma do dodania nic ponad to co wyjaśnił w postępowaniu, w którym został skazany. Skoro nie można było sprowadzić tych świadków na rozprawę i przebywają oni za granicą, to istniały podstawy do odczytania ich zeznań w trybie art. 392 § 1 kpk. Prokurator nawet nie starał się wskazać w apelacji w jaki sposób przesłuchać w drodze pomocy prawnej osoby, których miejsce pobytu na terenie Czech nie jest znane (H.i N.) i jaki jest cel przesłuchania w ten sposób D. S. (2), który w sprawie zeznawać dodatkowo nie chce. Fakt zakończenia postępowania wobec tych osób, w sprawach toczących się na terenie Czech, nie ma żadnego wpływu na zwiększenie możliwości ich sprowadzenia na rozprawę w niniejszej sprawie.

Prokurator stawiając zarzut obrazy art. 404 § 2 kpk polegający na naruszeniu zasady ciągłości i koncentracji rozprawy, nie próbuje nawet wykazać, jaki wpływ miałyby to mieć na treść orzeczenia. Jest to o tyle istotne, że apelacja jest wniesiona tylko na niekorzyść oskarżonych i trudno ocenić w jakim aspekcie wskazane naruszenie przepisów prawa procesowego miało znaczenie dla treści tej części wyroku. Argumentacja apelacji skupia się głównie na przytoczeniu kilku orzeczeń Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego dotyczących tej kwestii. Zdaniem Sądu Apelacyjnego o takim wpływie nie może być mowy, w szczególności dlatego, że Sąd Okręgowy w okresie od 10 listopada 2010 roku, kiedy to bezpośrednio przesłuchano ostatnich świadków, do dnia 8 września 2011 roku kiedy odczytano zeznania świadków H. i F., wyznaczał 3 kolejne terminy rozpraw, co świadczy, iż miał kontakt ze sprawą. Nie można do tego mówić o zawinionej beczynności sądu, skoro 2 terminy spadły z powodu nieobecności obrońcy. Do tego należy mieć na uwadze, że sąd meriti w tym czasie podejmował czynności procesowe konieczne dla sprowadzenia na rozprawę świadków, o których przesłuchanie na rozprawie wnosił prokurator. Analiza pisemnego uzasadnienia wyroku prowadzi do wniosku, iż sądowi meriti nic nie umknęło z materiału dowodowego niniejszej sprawy, a wskazany wyżej ponad 9 miesięczny okres nie był na tyle długi, przy wskazanych czynnościach podejmowanych przez sąd, by uznać, że doszło do naruszenia art. 404 § 2 kpk, który miałby wpływ na treść wyroku.

W wypadku zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, w zakresie zarzucanego czynu z art. 258 § 1 kk, skutkującego uniewinnieniem oskarżonych, to argumenty apelacji, poza przywołaniem orzecznictwa Sądu Najwyższego i treści Komentarza Kodeksu Karnego, sprowadzają się do dwóch kwestii: skazania innych potencjalnych członków grupy przestępczej za udział w tej grupie prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach w sprawie V K 37/09 oraz przyznaniem się oskarżonych I. D.i D. S. (1)do takiego udziału. Prokurator nie stara się merytorycznie odnieść do argumentacji sądu I instancji, zawartej w pisemnym uzasadnieniu wyroku, przy pomocy której sąd ten wykazał, iż oskarżeni współdziałając z innymi osobami w popełnionych czynach, działali we wzajemnym układzie personalnym, nie mającym powiązań strukturalnych i tym samym nie będącym zorganizowaną grupą w rozumieniu art. 258 § 1 kk.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zaprezentowana uzasadnieniu zaskarżonego wyroku argumentacja, mająca oparcie we wskazanych tam dowodach, jest pełna i logiczna, wynika z materiału dowodowego sprawy i Sąd Apelacyjny nie znalazł powodów, by ją podważyć. Istota tych ustaleń sprowadza się do tego, że choć I. D.i D. S. (1)współdziałali z T. F., to nie czynili tego w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, ani oni ani oskarżeni G., M.i S.do takiej grupy nie należeli. Jeżeli chodzi o sprawę toczącą się przed Sądem Okręgowym w Gliwicach pod sygnaturą V K 37/09, to fakt skazania w tym postępowaniu T. F.za kierowanie i innych osób za udział w zorganizowanej grupie przestępczej, w ogóle nie może być argumentem apelacyjnym. Wniosek taki wynika z zasady art. 8 § 1 kpk ustalającej, że sąd karny rozstrzyga samodzielnie zagadnienia faktyczne i prawne oraz nie jest związany rozstrzygnięciem innego sądu lub organu. Fakt ustalenia istnienia grupy przestępczej prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach, który nie dotyczył oskarżonych w niniejszej sprawie, nie może skutkować automatycznym czynieniem ustaleń w niniejszej sprawie. Wszak organy postępowania mogą kształtować swe przekonanie tylko na podstawie dowodów przeprowadzonych w toczącym się postępowaniu /art. 7 kpk ab initio/, a nie na podstawie ocen dokonanych przez inny sąd, choćby te oceny dotyczyły tego samego materiału dowodowego, co oczywiście w wypadku obu spraw nie miało miejsca. Naturalnie sądy nie orzekają w próżni i jest oczywiste, iż dążenie do sprawiedliwości wymaga zapoznania, a nawet merytorycznego odniesienia się, do stanowiska innego sądu w innej, ale podobnej sprawie. Tyle tylko, że w niniejszej sprawie nie jest to możliwe, gdyż Sąd Okręgowy w Gliwicach w sprawie V K 37/09 nie sporządził pisemnego uzasadnienia, gdyż wydany wyrok nie został zaskarżony przez strony.

Prawdą jest, że I. D.i D. S. (1)w toku postępowania przyznali się do udziału w zorganizowanej grupie przestępczej. Sąd Okręgowy także dostrzegł tę okoliczność, jednak w przeciwieństwie do prokuratora nie ograniczył się do jej stwierdzenia tej, lecz szczegółowo analizował treść wyjaśnień oskarżonych. W polskiej procedurze karnej nie obowiązuje proces inkwizycyjny i samo przyznanie się oskarżonego, nie jest wystarczającym dowodem do uznania jego winy. Ocenie musi podlegać treść tych wyjaśnień. Słusznie Sąd Okręgowy wykazuje, że choć I. D.przyznał się w śledztwie do popełnienia przestępstwa z art. 258 § 1 kk, to w toku całego postępowania nic nie mówił na temat wspólnych działań podejmowanych z oskarżonymi M., S., G.czy S., w związku z udziałem w obrocie narkotykami lub przewożeniu ich przez granicę Polski, co miało stanowić istotę zarzucanej mu grupy przestępczej. W toku rozprawy szczegółowo pytany przez sąd I instancji nie był w stanie podać tych okoliczności, które stanowią istotę zorganizowanej grupy z art. 258 § 1 kk – jej celu działania, organizacji, struktury czy przywództwa i w efekcie oświadczył, że do popełnienia tego czynu się nie przyznaje. Oskarżony D., w toku postępowania przygotowawczego ujawnił także okoliczności nieznanne organom ścigania, przyznał się do wszystkich sformułowanych, także w oparciu o jego wyjaśnienia formułowano zarzuty i w efekcie częściowo skorzystał z dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary z art. 60 § 4 kk Samo przyznanie się do winy w zakresie jednego z zarzucanych czynów, przez sprawcę, który ma świadomość, że jego postawa daje mu szansę na nadzwyczajne złagodzenie kary z art. 60 § 3 lub 4 kk, nie jest na tyle jednoznaczną okolicznością, by wystarczyło na argument apelacyjny mogący podważyć ustalenia Sądu Okręgowego. A już tym bardziej, w sytuacji w której Sąd Okręgowy wykazał, że oskarżony nie rozumiał istoty stawianego mu zarzutu z art. 258 § 1 kk. Podobnie rzecz się ma z oskarżonym S., który przyznawał się do czynu z art.

258 § 1 kk, jednak w swych wyjaśnieniach, poza formalnym przyznaniem, nie podawał informacji świadczących o istnieniu grupy.

Także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, mający polegać na uznaniu, że oskarżony D.nie uczynił sobie z przypisanych mu w pkt 1 i 2 wyroku czynów stałego źródła dochodów art. 65 § 1 kk nie jest zasadny. Także odnośnie tego zarzuty apelacja sprowadza się do zanegowania ustaleń sądu I instancji oraz powołania paru orzeczeń i tez piśmiennictwa dotyczących rozumienia wskazanych znamion art. 65 § 1 kk. Co ciekawe sens powołanych w apelacji orzeczeń SN i tez w całości pokrywa się z podobnym teoretycznymi rozważaniami zawartymi w pisemnym uzasadnieniu wyroku. Rzecz bowiem nie sprowadza się do tego jak rozumieć „ stałe źródło dochodów z popełnianych przestępstw”, ale czy zachowanie oskarżonego w czasie popełniania przypisanych mu przestępstw, ten przymiot miało. Nie można tego wykazać bez odniesienia do konkretnego materiału dowodowego. Chcąc przypisać sprawcy chęć osiągnięcia stałych dochodów z popełnianego przestępstwa lub przestępstw nie wystarczy wykazać, iż działał on w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub korzyść taką osiągnął. Ważne jest by w świadomości sprawca uzyskiwanie dochodu z popełnionego przestępstwa lub przestępstwa było stałe, a więc regularne. Oskarżony D.w pkt 1 i 2 wyroku

został skazany za przestępstwa z art. 55 ust. 1 i 3 cyt. ustawy polegające na wewnątrz wspólnotowej dostawie tabletek extasy z Polski do Czech. Warunkiem przypisania mu kwalifikowanego znamienia uczynienia sobie z tych przestępstw stałego źródła dochodów musiało być wykazania, iż w momencie przemieszczenia substancji psychotropowych – tabletek extasy z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na Republikę Czeską działał z zamiarem osiągnięcia takich regularnych dochodów. Oskarżony I. D. składając pierwsze wyjaśnienia odnośnie czynu z pkt I wyroku powiedział, że 700 sztuk tabletek przewożone w kwietniu 2007 roku było przeznaczonych dla niego i T. F. na dyskotekę w O. i dlatego je schowali w ustronnym miejscu. W kolejny weekend zabrali te tabletki, trochę z nich przeznaczyci na własne potrzeby, a resztę sprzedali (wyjaśnienia osk. D.k- 31-32 akt t. XVI). W kolejnych wyjaśnieniach powtórzył, że w kwietniu 2007 roku po umówieniu się z T. F. zawiązał tabletki extasy do Czech, schował w ustronnym miejscu z przeznaczeniem na imprezy w Czechach (wyjaśnienia D.k-79 t. XVI akt). Odnośnie czynu z pkt II wyroku wyjaśnił, że razem z T. F. przewiózł przez przejście graniczne 1 000 sztuk tabletek extasy, które zostały w całości sprzedane osobie, której nazwiska nie znał (wyjaśnienia osk. D.k- 32 akt t. XVI). W kolejnych wyjaśnieniach podał, że tabletek mogło być od 800 do 1000 sztuk, sprzedaje T. F., a on nie był obecny przy tej sprzedaży (wyjaśnienia D.k-80 t. XVI akt). Zdaniem Sądu Apelacyjnego słusznie Sąd Okręgowy uznał, iż zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na uznanie, że oskarżony D. uczynił sobie z popełnienia przypisanych mu w pkt I i II wyroku stałego źródła dochodu.

Kolejny zarzut apelacji dotyczył obrazu art. 399 § 1 kpk, będącej konsekwencją tego, że przypisanie oskarżonemu I. D. popełnienia przestępstwa z art. 55, a nie art. 56 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii byłoby wyjściem poza granice oskarżenia. Argumentacja apelacji w tym zakresie nie jest nazbyt rozbudowana i ogranicza się właściwie do przytoczenia kilku orzeczeń Sądu Najwyższego. Nie mniej zarzut został postawiony i obowiązkiem sądu odwoławczego było merytoryczne odniesienie się do niego. Istotą dokonanej oceny prawnej przez sąd I instancji i uniewinnienia oskarżonego od popełnienia czynu z pkt III aktu oskarżenia było ustalenie, iż prokurator nie objął ściganiem zachowania oskarżonego polegającego na wewnątrz wspólnotowej dostawie 200 sztuk tabletek extasy. Punktem wyjścia takiej oceny była teza, że skoro prokurator zakwalifikował czyn oskarżonego z art. 56 ust. 1 i 3 cyt. ustawy, to przypisanie oskarżonemu czynu z art. 55, art. 59 i art. 58 cyt. ustawy w zw. z art. 12 kk (taką możliwą kwalifikację podaje sąd I instancji oceniając zgromadzony materiał dowodowy), byłoby wyjściem poza granice oskarżenia. Nie można się pozbyć wrażenia, że choć Sąd Okręgowy dostrzega, że tożsamość czynu determinuje jedność zdarzenia historycznego będącego przedmiotem aktu oskarżenia, to na poparcie swego stanowiska powołuje przede wszystkim argumentację odnoszącą się do przyjętej kwalifikacji czynu w akcie oskarżenia oraz miejsca jego popełnienia. Dlatego też rozważania Sądu Okręgowego wymagają uzupełnienia. O ile treść zarzutu pkt III aktu oskarżenia ma być argumentem w przyjętych ocenach, to należy zacząć od tego, że jest on wadliwie sformułowany. Zarzucane oskarżonemu w pkt III aktu oskarżenia przestępstwo z art. 56 ust. 1 i 3 cyt. ustawy miało polegać na wprowadzeniu do obrotu znacznej ilości substancji psychotropowej poprzez nabycie jej od ustalonej osoby, celem dalszej dystrybucji. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 34 cyt. ustawy wprowadzanie do obrotu narkotyku polega na udostępnieniu osobom trzecim, odpłatnie lub nieodpłatnie, środków odurzających, substancji psychotropowych, prekursorów lub środków zastępczych. Nie można więc popełnić przestępstwa wprowadzenia do obrotu z art. 56 ust. 1 cyt. ustawy nabywając substancje psychotropowe. Można natomiast w ten sposób dopuścić się przestępstwa z art. 56 ust. 1 cyt. ustawy w drugiej formie sprawczej przewidzianej przez ten przepis – uczestnictwa w obrocie. Należy odróżnić pojęcie wprowadzenia do obrotu od uczestniczenia w obrocie. O ile bowiem wprowadzenie do obrotu, wychodząc poza etap produkcji lub uprawy, jest pierwszą czynnością związaną z przekazaniem innej osobie określonej porcji środków odurzających, substancji psychotropowych lub słomy makowej, o tyle przyjęcie (odbior) tej porcji stanowi już uczestnictwo w obrocie. Tak więc zachowanie oskarżonego polegające na nabyciu 200 sztuk tabletek extasy mogło być kwalifikowane jako uczestnictwo w obrocie, ale tylko pod warunkiem, że kolejnym odbiorcą tych środków nie byłby bezpośredni konsument. Ma rację Sąd Okręgowy, że w zakresie oceny strony podmiotowej tego czynu zarzucanego oskarżonemu, jedynym dowodem w oparciu o który można dokonać ustaleń (czego apelacja nie kwestionuje) są wyjaśnienia oskarżonego D.. Oskarżony D. w toku całego postępowania twierdził, że nabył łącznie 200 sztuk tych tabletek, przewiózł je na teren Czech i tam je bądź sam używał bądź dał znajomym Czechom, a około 40 tabletek sprzedał konsumentom (wyjaśnienia k-2976 odwrót t. XXIII oraz k 80 t. XVI). Przy takich ustaleniach także zarzut uczestnictwa w obrocie tymi środkami psychotropowymi w rozumieniu art. 56 ust. 1 cyt. ustawy nie może się ostać. Należy jednak dokonać oceny jakie granice oskarżenia określa ten czyn we wskazanym brzmieniu. Wszak zarzut uczestnictwa w obrocie pod postacią nabycia, określa także cel działania

sprawcy, który nabywa środki celem ich dalszej dystrybucji, co zostało opisane w zarzucie. Tylko fakt, że odbiorcą tych tabletek miał być sam oskarżony bądź inny bezpośredni konsument powoduje, że czynu z art.

56 ust. 1 oskarżonemu nie można mu przypisać. Nie mniej działając w celu dystrybucji oskarżony wywiózł tabletki za granicę i tam je zażywał bądź częstował znajomych.

W tym kontekście należy oceniać granicę zarzutu aktu oskarżenia. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, dla tej oceny istotne jest to, że prokuratora już w fazie postępowania przygotowawczego dysponował wiedzą, że oskarżony D. wywoził te tabletki za granicę i tam je dystrybuował. Oskarżony mówił o tym jeszcze przed przedstawieniem mu zarzutu dotyczącego tego zachowania, ujawniając informację o których prokurator

nie wiedział: w dniu 10 lutego 2009 roku (k-32 t. XVI) i w dniu 7 kwietnia 2009 roku

(k-80 t. XVI). Mimo to, prokurator w dniu 27 maja 2009 roku przedstawił I. D. zarzut popełnienia na terenie RP czynu z art. 56 ust. 1 i 3 cyt. ustawy w zw. z art. 65 § 1 kk, powtórzył go w akcie oskarżenia i wnosił o skazania za ten czyn w głosach końcowych na rozprawie. Nic nie stało na przeszkodzie, by prokurator w toku postępowania, gdyby jego intencje były takie jak podnosi w apelacji, zmodyfikował, a co najmniej poprawił zarzut aktu oskarżenia w tym zakresie. Popieranie takiej kwalifikacji ma doniosłe konsekwencje dla omawianego zarzutu apelacji, gdyż przestępstwo z art. 56 ust. 1 cyt. ustawy może być popełnione tylko na terytorium RP (Katarzyna Łucarz, Anna Muszyńska Komentarz do art. 56 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii LEX III.8). W wypadku tego zarzutu tak określone w akcie oskarżenia miejsce popełnienia przestępstwa, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zakreśla granicę oskarżenia. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 maja 2004 roku, orzekając pod rządami poprzedniej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, wywiódł, że o tym, że przestępstwo wprowadzenia i uczestnictwa w obrocie narkotykami może być popełnione na terytorium państwa obcego decydują znamiona „wbrew przepisom ustawy”. Skoro w aktualnym brzmieniu art. 56 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii zmieniono te słowa „wbrew przepisom ustawy” i zastąpiono słowami „wbrew przepisom art. 33-35 i 37”, to zaprezentowany wyżej wniosek o ograniczeniu odpowiedzialności do terytorium RP jest logiczny. Skoro tak, to w konsekwencji należy przyjąć, iż prokurator nie objął aktem oskarżenia zachowania oskarżonego poza granicami naszego kraju. Stąd skazanie go za wewnątrz wspólnotową dostawę z art. 55 ust. 1 cyt. ustawy bądź udzielenie tych środków za granicą z art. 58 § 1 lub 59 § 1 cyt. ustawy stanowiłoby wyjście poza akt oskarżenia. Nie zmienia to jednak faktu, iż oskarżony od momentu zakupu do wywozu tych środków psychotropowych poza granicę kraju, wbrew przepisom ustawy, posiadał je na terytorium RP czym wyczerpał znamiona art. 62 ust. 1 cyt. ustawy w zw. z art. 12 kk. Niemożność przypisania oskarżonemu popełnienia czynów z art. 55, 56, 58 lub 59 cyt. ustawy powoduje, iż przestępstwo posiadania wskazanych narkotyków nie zostaje pochłonięte jako czyn współukarany uprzedni i stanowi podstawę do samodzielnej, choć nie oddającej pełnej kryminalnej zawartości, odpowiedzialności karnej. Nie można się zgodzić z Sądem I instancji, że prokurator może zainicjować odrębne postępowanie i wnieść do sądu nowy akt oskarżenia, gdyż okoliczności, które miałyby być przedmiotem tego nowego postępowania były prokuratorowi znane, wynikały z materiału dowodowego niniejszej sprawy, lecz nie zostały objęte zarzutem aktu oskarżenia. Uniewinnienie w zakresie kwestionowanego czynu, tak jak zrobił to sąd I instancji, rodziłoby powagę rzeczy osądzonej.

Konsekwencją takiej oceny jest konieczność, z uwagi na treść art. 454 § 1 kpk,

w zakresie uniewinnienia oskarżonego D. od zarzutu popełnienia z czynu z art. 56 ust. 1 i 3 cyt. ustawy /pkt III aktu oskarżenia/ uchylenia sprawy do ponownego rozpoznania. W ponownym rozpoznaniu należy przesłuchać oskarżonego i w pełnym możliwym zakresie wykorzystać możliwość art. 442 § 2 kpk. Nieskuteczność zarzutów prokuratora w zakresie w jakim dotyczyły czynów z pkt 1 i 2 wyroku oraz nie zaskarżenie przez prokuratora orzeczenia o karze łącznej musiało skutkować utrzymaniem wyroku w pozostałej części dotyczącej oskarżonego I. D..

Jeżeli chodzi o kolejny zarzut apelacji dotyczący błędu w ustaleniach faktycznych skutkujący uniewinnieniem oskarżonego D. S. (1) od zarzutu uprawy konopi innych niż włókniste z art. 63 ust. 1 cyt. ustawy, to z uwagi na niepełną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego przez Sąd I instancji, na obecnym etapie postępowania nie można ocenić jego zasadności.

Trzeba zgodzić się z Sądem Okręgowym, że oskarżeni, w toku postępowania kiedy najobszerniej wyjaśniali na temat uprawy marihuany, byli przesłuchiwani w sposób mało precyzyjny, by nie powiedzieć ogólny. Nie były to jednak

przesłuchania tego rodzaju, by uniemożliwiały czynienie możliwych ustaleń stanu faktycznego, przy założeniu, że podstawą ich będzie pełna treść przesłuchanych w sprawie świadków. Tymczasem

Sąd Okręgowy, który dokonując oceny tego materiału, dochodzi najpierw do niekwestionowanych w apelacji ustaleń, że I. D. przywiózł w czasie wakacji 2006 roku do Polski nasiona konopi, które po zasadzeniu w doniczce w domu, wykiełkowały. Dalej Sąd I instancji czyni ustalenia, które są już kwestionowane, że nasiona te zostały zasadzone w lesie, w B.. Sąd Okręgowy nie ustala, by oskarżony S. brał udział w sadzeniu tych sadzonek lub w ich dalszej uprawie. Punktem wyjścia takich ocen sądu I instancji jest niejednoznaczność materiału dowodowego w tym zakresie. To prawda, że T. F. i S. N. pomawiali oskarżonego D. S. (1), iż brał udział w sadzeniu kiełków konopi w lesie, ale sąd meriti nie dał temu wiary opierając się w tym zakresie na wyjaśnieniach I. D., który o udziale S. w sadzeniu nic nie mówił, a oskarżony S. do tego też się nie przyznawał. Sąd Okręgowy miał prawo do takiej oceny, mieszczącej się w przysługujących mu granicach swobodnej oceny, tym bardziej, że skoro oskarżony S. przyznawał się do wiedzy o istnieniu tej plantacji, nie było powodów, mając na uwadze jego postawę w toku procesu, by do sadzenia kiełków się nie przyznał. Problem dotyczy kwestii dalszego udziału oskarżonego S. w uprawie leśnej „plantacji” marihuany. Sąd Okręgowy stwierdza, że oskarżony I. D. nic na temat udziału oskarżonego S. w tym przedsięwzięciu nie mówił. Jest to twierdzenie sprzeczne

z materiałem dowodowym sprawy. Oskarżony D. przesłuchiwany w dniu 10 lutego 2009 roku wyjaśnił, że D. S. (1) pomagał mu w uprawie plantacji marihuany (protokół przesłuchania k-32). W tym kontekście ocena wyjaśnień D. S. (1), że czasem robił jakieś prace wokół tych roślin, a potem robili sobie skręty i palili tę marihuanę (wyjaśnienia k-23 t. XV akt) może prowadzić do odmiennych wniosków co do udziału S. w zarzucanym mu przestępstwie, niż uczynił to sąd I instancji. Skoro Sąd Okręgowy słusznie wskazuje, że uprawa konopi w rozumieniu art. 63 § 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii to całokształt zabiegów w produkcji roślin, w tym pielęgnacja do momentu zbioru, to trudno zachowanie oskarżonego S. wynikające z zarówno z jego wyjaśnień jak i oskarżonego D. uznać za nie wyczerpujące znamion art. 63 ust. 1 cyt. ustawy.

Konsekwencją takiej oceny jest konieczność, z uwagi na treść art. 454 § 1 kpk, uchylenia sprawy w zakresie uniewinnienia oskarżonego S. od zarzutu popełnienia

z czynu z art. 63 ust. 1 cyt. ustawy (pkt X aktu oskarżenia) do ponownego rozpoznania. Oczywiście ocena materiału dowodowego należy do sądu I instancji, który nie jest związany w tym zakresie stanowiskiem Sądu Odwoławczego, jednak ocena ta musi uwzględniać wszystkie dowody przeprowadzone w sprawie, w tym wypadku także treść wyjaśnień oskarżonego D., w części obciążającej oskarżonego S.. W ponownym rozpoznaniu sprawy należy przesłuchać oskarżonego oraz I. D., a poza tym,

w pełnym możliwym zakresie, wykorzystać możliwość art. 442 § 2 kpk. Nie zaskarżenie przez prokuratora orzeczenia w części skazującej osk. S. i wymierzonej kary łącznej musiało skutkować utrzymaniem w mocy wyroku w pozostałej części wobec niego.

Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego w części utrzymującej zaskarżony wyrok w mocy, jest konsekwencją nieuwzględnienia apelacji prokuratora.