

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 września 2012 roku

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Bogusław Tocicki
Sędziowie:	SA Cezariusz Baćkowski (spr.) SA Jerzy Skorupka
Protokolant:	Aldona Zięta

przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej delegowanej do Prokuratury Apelacyjnej B. K.

po rozpoznaniu w dniu 27 września 2012 roku

sprawy **M. L. (1)**

oskarżonego z art. 53 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 62 ust 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 58 ust 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 178a § 4 k.k. i art.244 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., art. 244 k.k., art. 209 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.,

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 6 czerwca 2012 roku sygn. akt III K 133/11

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. L. (1) w ten sposób, że uchyla orzeczenie zawarte w pkt I części rozstrzygającej i oskarżonego M. L. (1) uznaje za winnego tego, że w okresie od 24 do 25 października 2011 roku w Z. działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami wytwarzał środek odurzający poprzez rozdrabnianie znacznej ilości – 7425,5 g ziela konopi indyjskich tj. przestępstwa z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jednolity Dz. U. 2012, poz. 124) i za to na podstawie art. 53 ust. 2 cytowanej ustawy przy zastosowaniu art. 60 § 2 k.k. i § 6 pkt 2 k.k. wymierza mu karę 2(dwóch) lat pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny po 10 zł, stwierdzając, że kara łączna orzeczona w pkt IX części rozstrzygającej utraciła moc;

II. uchyla zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. L. (1) w pkt XI części rozstrzygającej w zakresie przestępstwa z art. 209 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k. i w tej części przekazuje sprawę od ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Kędzierzynie Koźlu;

III. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

IV. na podstawie art. 85 k.k., art. 86 § 1 k.k. orzeka wobec oskarżonego M. L. (1) karę łączną 2(dwóch) lat i 6(sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

V. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zalicza oskarżonemu na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 25 października 2011 roku do dnia 27 grudnia 2011 roku;

VI. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. G. S. 600 zł tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł tytułem zwrotu podatku VAT;

VII. zwalnia oskarżonego M. L. (1) od ponoszenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, zaliczając je na rachunek Skarbu Państwa.

UZASADNIENIE

M. L. (1) został oskarżony o to, że:

I. od bliżej nieokreślonego dnia do 25 października 2011 roku w Z., działając wspólnie w porozumieniu z innymi osobami, w stosunku do których dokonano wyłączenia materiałów do odrębnego postępowania, wytwarzał poprzez rozdrabnianie i suszenie ziela konopi indyjskich, środki odurzające w znacznej ilości w postaci suszu marihuany o wadze 7.425,5 gramów,

tj. o przestępstwo z art. 53 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

II. w miejscu wrześnie 2011 roku w Z. posiadał wbrew przepisom ustawy 3 gramy suszu marihuany, który to czyn jest wypadkiem mniejszej wagi

tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

III. w bliżej nieokreślonym dniu miesiąca września 2011 roku w L. udzielił środków w ilości 1 grama marihuany osobom, co do których wyłączono materiały do odrębnego postępowania, przy czym jedna z tych osób była osobą małoletnią

tj. o przestępstwo z art. 58 ust 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

IV. w dniu 9 października 2011 roku o godzinie 1.40 w L. na ul. (...) kierował motorowerem marki Y. (...) o nr rej. (...) znajdując się w stanie nietrzeźwości, przy posiadaniu w wydychanym powietrzu alkohol w ilości 0,68 mg/dm³ będąc uprzednio skazanym za prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości i równocześnie nie stosując się do orzeczonego przez Sąd Rejonowy w Strzelcach Opolskich wyrokiem II K 913/11 z dnia 2 września 2011 roku zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na okres 1 roku

tj. o przestępstwo z art. 178a §4 k.k. i art. 244 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

V. w dniu 24 października 2011 roku na trasie L. - Z. prowadził samochód osobowy nie stosując się do orzeczonego przez Sąd Rejonowy w Strzelcach Opolskich wyrokiem II K 913/11 z dnia 2 września 2011 roku zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na okres 1 roku

tj. o przestępstwo z art. 244 k.k.

VI. w okresie od lutego 2011 roku do października 2011 roku w Z. uporczywie uchylał się od wynikającego z mocy ustawy oraz orzeczenia Sądu Rejonowego w Kędzierzynie-Koźlu z dnia 7 października 2003 roku III RC 864/02 i ciężącego na nim obowiązku opieki nad córką M. L. (2) poprzez nielożenie na jej utrzymanie przez co naraził ją na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych przy czym czynu tego dopuścił się w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary za umyślne przestępstwo podobne w okresie od 3 kwietnia 2004 roku do 16 kwietnia 2006

roku z zaliczeniem okresu 7 lipca 2000 oraz od 20 września 2001 roku do 6 listopada 2001 roku orzeczonej wyrokiem Sądu Rejonowego w Kędzierzynie-Koźlu II K 259/01 z dnia 22 marca 2002 roku objętego następnie wyrokiem łącznym II K 78/03 z dnia 13 czerwca 2003 roku Sądu Rejonowego w Kędzierzynie-Koźlu

tj. o przestępstwo z art. 209 § 1 k.k. w zw. z art. 64 § 1 k.k.

VII. w bliżej nieokreślonym dniu grudnia 2011 roku w S., podrobił podpis A. K. (1) na dokumencie zatytułowanym jako wniosek, celem następnego użycia go przez nią jako autentycznego poprzez wysłanie do Sądu

tj. o przestępstwo z art. 270 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 6 czerwca 2012 r. (sygn. akt III K 133/11)

I. oskarżonego M. L. (1) uznał za winnego popełnienia tego, że w okresie od 24 do 25 października 2011 roku w Z. poprzez rozdrabnianie ziela konopi indyjskich pomagał nieustalonym osobom w wytwarzaniu środka odurzającego w znacznej ilości w postaci suszu marihuany o wadze 7.425,5 grama, to jest przestępstwa z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 53 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 19 § 2 k.k. w zw. z art. 60 § 1 i § 6 pkt 2) k.k. w zw. z art. 53 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary, wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 (dziesięć) złotych;

II. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych w wykazie dowodów rzeczowych nr I/113/11 pod poz. 3,4,5, (k. 246);

III. oskarżonego M. L. (1) uznał za winnego popełnienia czynu zabronionego opisanego w pkt. II. części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek dowodu rzeczowego opisanego w wykazie dowodów rzeczowych nr I/113/11 pod poz. 6 (k. 246);

V. oskarżonego M. L. (1) uznał za winnego popełnienia tego, że w bliżej nieokreślonym dniu miesiąca września 2011 roku w L. udzielił środków w ilości 1 grama marihuany osobom, co do których wyłączono materiały do odrębnego postępowania, tj. przestępstwa z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności;

VI. oskarżonego M. L. (1) uznał za winnego popełnienia czynu zabronionego opisanego w pkt. IV. części wstępnej wyroku tj. przestępstwa z art. 178 a § 4 k.k. i za to na podstawie art. 178 a § 4 k.k. wymierzył mu karę 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

VII. na podstawie art. 42 § 2 k.k. orzekł wobec oskarżonego M. L. (1) środek karny w postaci zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych w ruchu lądowym na okres 3 (trzech) lat;

VIII. oskarżonego M. L. (1) uznał za winnego popełnienia czynu zabronionego opisanego w pkt. V. części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 244 k.k. i za to na podstawie art. 244 k.k. wymierzył mu karę 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności;

IX. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył wymierzone oskarżonemu M. L. (1) jednostkowe kary i wymierzył mu łączną karę 2 (dwóch) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

X. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 25 października 2011 roku do dnia 27 grudnia 2011 roku;

XI. oskarżonego M. L. (1) uniewinnił od zarzutów popełnienia czynów zabronionych w pkt. VI. i VII. części wstępnej wyroku;

XII. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił dowód rzeczowy opisany w wykazie dowodów rzeczowych nr I/113/11 pod poz. 7 (k. 246) A. K. (1) jako osobie uprawionej;

XIII. na podstawie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o Adwokaturze (Dz. U. Nr 16 poz. 124 z późn. zm.) w zw. z §2 ust. 3, § 14 ust. 2 i pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. Nr 163, poz. 1348) zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokata G. S. kwotę 738 zł, w tym 138 zł VAT, tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu;

XIV. na podstawie art. 624 §1 k.p.k. zwolnił skazanego od ponoszenia kosztów sądowych, obciążając nimi Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku wnieśli prokurator i oskarżony M. L. (1) poprzez obrońcę.

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego w odniesieniu do czynów z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 50 ust. 2 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz z art. 209 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk i zarzucił:

1) obrazę przepisu prawa materialnego w postaci art. 18 § 3 kk poprzez wyrażenie błędnego poglądu, iż zachowanie oskarżonego wyczerpuje znamiona określone w art. 18 § 3 kk w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy prawidłowa analiza zgromadzonego materiału, a przede wszystkim osadzenie zachowania M. L. (1) w udokumentowanym kontekście sytuacyjnym prawidłową czynią konkluzję, iż oskarżony dopuścił się nie pomocnictwa lecz sprawstwa w zakresie wytwarzania środków odurzających,

2) obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść orzeczenia w postaci art. 4 kpk, 7 kpk, art. 2 § 2 kpk oraz 410 kpk poprzez całkowite zaniechanie poddaniu analizie okoliczności przemawiających na niekorzyść oskarżonego M. L. (1) w postaci ukrywania osiągniętych dochodów, zaniechania w zakresie poszukiwania legalnego zatrudnienia, całkowitego braku partycypacji w kosztach utrzymania córki a w konsekwencji wybiórczą oraz zupełnie dowolną interpretację zgromadzonego materiału dowodowego i w konsekwencji zanegowanie możliwości ustalenia prawdy materialnej oraz zaniechanie wskazania w uzasadnieniu motywów wyeliminowania dowodów przemawiających na niekorzyść oskarżonego M. L. (1) co skutkowało tym, że Sąd przyjął, iż nie dopuścił się on popełnienia przestępstwa opisanego w punkcie VI części wstępnej wyroku i w konsekwencji uniewinnił go od tego zarzutu,

3) błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia polegający na przyjęciu, że oskarżony M. L. (1) swoim zachowaniem nie dopuścił się popełnienia czynu opisanego w punkcie VI części wstępnej wyroku, podczas gdy prawidłowa ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego prowadzi do wniosku przeciwnego wskazującego jednoznacznie na negatywny stosunek oskarżonego co do realizacji ciężącego na nim obowiązku alimentacyjnego,

4) błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia poprzez niezasadne przyjęcie, iż w odniesieniu do oskarżonego zaistniały przesłanki umożliwiające skorzystanie z nadzwyczajnego złagodzenia kary w zakresie czynu określonego pkt. I) podczas gdy rola M. L. (1) w zakresie wytwarzania substancji odurzających, a w konsekwencji stopień zawinienia oraz społecznej szkodliwości czynu prowadzą do konkluzji, iż brak jest jakichkolwiek elementów prognostycznych przemawiających za stwierdzeniem, iż nawet najniższa kara wymierzona za to przestępstwo byłaby karą niewspółmiernie surową.

Prokurator na podstawie art. 437 § 2 kpk wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazania do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Natomiast obrońca oskarżonego M. L. (1) zakwestionował wyrok w zakresie czynów z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a także z art. 244 kk przypisanych odpowiednio w pkt. I i VIII części rozstrzygającej i zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku w punkcie I części dyspozytywnej orzeczenia, a polegający na przyjęciu, że oskarżony w okresie od 24 do 25 października 2011 r. w Z. poprzez rozdrabnianie ziela konopi indyjskich pomagał nieustalonym osobom w wytwarzaniu środka odurzającego w znacznej ilości w postaci suszu marihuany o wadze 7,425,5 grama, podczas gdy zebrany materiał dowodowy nie przekonuje by zabezpieczony u oskarżonego materiał dowodowy w całości stanowił susz ziela konopi indyjskich,

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku w punkcie VIII części dyspozytywnej orzeczenia, a polegający na przyjęciu, że w dniu 24 października 2011 roku na trasie L. – Z. oskarżony prowadził samochód osobowy nie stosując się do orzeczonego wyrokiem Sądu Rejonowego w Strzelcach Opolskich z dnia 02 września 2011 roku zakazu prowadzenie wszelkich pojazdów mechanicznych przez okres 1 roku, podczas gdy zebrany materiał dowodowy nie przekonuje by oskarżony dopuścił się tego czynu zabronionego.

Wskazując na powyższe zarzuty obrońca oskarżonego wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego od dokonania przypisanych mu w punkcie I i VIII zaskarżonego wyroku czynów zabronionych,

ewentualnie o uchYLENIE wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Opolu.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacja prokuratora była w znacznej części zasadna. Nie mogła natomiast zostać uwzględniona apelacja obrońcy oskarżonego M. L. (1).

W odniesieniu do czynu z art. 18 § 3 kk w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (test jedn. Dz. U. z 2012 r. poz. 124) przypisanego oskarżonemu w pkt. I części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku obrońca kwestionuje ocenę Sądu Okręgowego, że konopie które rozdrabniał M. L. (1) były innymi niż włókniste odwołując się do wyjaśnień tego oskarżonego oraz niepełności opinii biegłego z badań chemicznych (k. 239-241).

Niekompletności ekspertyzy skarżący upatruje w tym, że biegły nie zbadał „całego zatrzymanego materiału dowodowego w postaci rzekomych konopi indyjskich” (apelacja obrońcy).

Opinia niepełna to, odnosząc rzecz do jej typowych braków, taka która nie odpowiada na wszystkie postawione pytania na które wg. zakresu posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych i udostępnionych dowodów mogła i powinna odpowiadać, lub nie uwzględnia wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia danego problemu bądź nie wyjaśnia wyrażanych ocen i poglądów (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 25.06.2008 r. V KK 206/08, OSNwSK 2008 r., z. 1, poz. 350, podobnie postanowienie z 1.09.1975 r., z. 24/75, OSNKW 1975 r., z. 12, poz. 172).

W tym więc wypadku chodziłoby o to, że opinia nie odnosi się – zdaniem skarżącego – do całego materiału roślinnego zabezpieczonego w mieszkaniu oskarżonego. Z wyrażanym w apelacji stanowiskiem obrońcy nie można się zgodzić.

Nie jest niczym nadzwyczajnym, nieznanym lecz zwyczajną praktyką wynikającą z metodologii badań pobranie z jednorodnego materiału próbek, poddanie ich badaniom i wnioskowanie o własnościach całego materiału na podstawie rezultatów tych badań. W realiach sprawy dokonując analizy jakościowej i ilościowej dostarczonych próbek suszu (3,2 g) i nasion biegły nie kwestionował sposobu, ani wielkości pobranego materiału. Funkcjonariusz policji który materiał przedstawił biegłemu do badań pobrał susz z trzech pudełek (k. 80) w których końcowo znajdował się materiał roślinny z mieszkania M. L. (1) (k. 10-12). Próbkę pobraną więc były losowo z każdego z pojemników w których znajdował się materiał dowodowy poddany weryfikacji pod kątem tego czy nie stanowi środka odurzającego

– ziela konopi wymienionego w załączniku nr 1 do ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (art. 4 pkt. 26 i 37 cyt. ustawy).

Nie były więc badane te części zabezpieczonych roślin (łodygi, kłacza) które zielem konopi nie są.

Z wyjaśnień oskarżonego M. L. (1) wynika, że otrzymał od W. S. i D. K. takie same a nie różne rośliny (k. 35v, 130v). Tyle, że wg. niego były to konopie „przemysłowe” włókniste, a nie takie o zwiększonej zawartości substancji czynnej ⁹-tetrahydrokannabinolu (tzw. indyjskie). Ani z protokołu przeszukania (k. 10-12) ani z zeznań policjanta A. I. (k. 450-451) nie wynika by w mieszkaniu oskarżonego stwierdzono obecność dwóch rodzajów konopi. Jednocześnie wymieniony funkcjonariusz (k. 451) wyczuwał w mieszkaniu M. L. (1) bardzo wyraźną, charakterystyczną przecież, woń marihuany. Tak więc i oskarżony nie mógł mieć wątpliwości co do tego jakie rośliny dostarczyli mu mężczyźni skoro jak przyznaje (k. 35) wcześniej miał kontrakt z tym środkiem odurzającym, a w pomieszczeniu przebywał kilka godzin rozdrabniając je. Potwierdza to sposób ich przekazania – późną nocą przez okno.

Nie budzi więc wątpliwości, że próbki pobrane z całego jednorodnego materiału roślinnego przypominającego organoleptycznie ziele konopi innych niż włókniste były reprezentatywne i w wystarczającej ilości by określić istotne z punktu widzenia odpowiedzialności karnej cechy zabezpieczonego materiału dowodowego. Opinia wydana na podstawie przeprowadzonych badań chemicznych jednocześnie identyfikuje dostarczony materiał jako ziele konopi o zawartości (...) przekraczającej 0,2 % wag., a więc innych niż włókniste. Taki sam był efekt badania innych dwóch próbek przy użyciu testera narkotykowego (k. 13). Wszystkie te okoliczności w oczywisty sposób przekonują o trafności stanowiska Sądu I instancji w omawianej tu kwestii.

Posiłkując się wyjaśnieniami oskarżonego (k. 35v, 130v, 357) opisującego wygląd materiału roślinnego jaki otrzymał od mężczyzn, zeznaniami policjanta A. I. (k. 450-451) i protokołu przeszukania (k. 10-12) wraz z materiałem pogładowym (k. 25-26) prezentujących wygląd tego materiału po czynnościach oskarżonego Sąd I instancji trafnie ustalił, że jego działanie polegało na rozdrabnianiu ziela konopi indyjskich, choć uczynił to niezbyt konsekwentnie bo w uzasadnieniu jest mowa także o segregacji (str. 2, 7, 8, 13).

Wytwarzanie w rozumieniu cyt. ustawy to czynności za pomocą których mają być otrzymywane środki odurzające, substancje psychotropowe, prekursorzy, środki zastępcze, ich oczyszczanie, ekstrakcja surowców, półproduktów oraz otrzymywanie soli tych środków lub substancji (art. 4 pkt. 35 cyt. ustawy). Tak więc ustawa uznaje za wytwarzanie czynności podejmowane w stosunku do substancji i środków wymienionych w załączniku nr 1 lub 2 do niej (por. art. 4 pkt. 25 i 26 cyt. ustawy) bo takimi są oczyszczanie i otrzymywanie soli tych środków lub substancji.

Nie budzi więc wątpliwości, że wytwarzaniem środka odurzającego z art. 53 cyt. ustawy „ w sytuacji gdy inne przepisy tej ustawy odrębnie penalizują zakazaną uprawę określonej rośliny (np. konopi) oraz zbiór z niej takich jej części, które same są już uznawane za środek odurzający (np. ziela i żywicy konopi) są dopiero także dalsze czynności podejmowane po zbiorze (np. suszenie) za pomocą których otrzymuje się gotowy środek odurzający zdalny do użycia, a więc określony preparat danej rośliny, np. susz konopi” (postanowienie Sądu Najwyższego z 8.03.2005 r., IV KK 14/05, OSNKW 2005 r., i z. 4, poz. 37). Taką dalszą czynnością służącą otrzymaniu gotowego do zażycia narkotyku w wypadku ziela konopi innych niż włókniste będzie rozdrabnianie (por. K.Łucarz, A.Muszyńska, Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii Komentarz, Oficyna 2008, teza 6 do art. 53) i cyt. tam wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12.10.2005 r., II A Ka 200/05) skoro narkotyk ten występuje jako gotowy do użycia pod nazwą marihuana w postaci wysuszonych i rozdrobnionych żeńskich kwiatostanów oraz męskich i żeńskich liści (por. K.Łucarz, A.Muszyńska tamże teza 4 do art. 4). Czynnością prowadzącą do otrzymania zdatnego do zażycia preparatu C. będącego środkiem odurzającym (w tym wypadku marihuana) jest także segregowanie oddzielonego od roślin ziela konopi o czym pisze w uzasadnieniu Sąd I instancji. W zależności od stanu oddzielonych części roślin, stopnia wilgotności różna jest ich przydatność do wytworzenia marihuany. Ustalenie, że zachowanie oskarżonego polegało również na segregowaniu zebranych części konopi indyjskich nie było możliwe skoro nie znalazło się ono w opisie czynu przypisanego w zaskarżonym wyroku, a zarzutu w tej mierze brak w apelacji prokuratora na niekorzyść M. L. (1).

Wbrew przypuszczeniom apelacji prokuratora Sąd Okręgowy nie ma wątpliwości, że zachowania podejmowane przez oskarżonego stanowiły wytwarzanie środka odurzającego o jakim mowa w art. 53 cyt. ustawy (uzasadnienie str. 13).

Uznając, że M. L. (1) zrealizował znamiona pomocnictwa a nie współsprawstwa do wytworzenia znacznej ilości środka odurzającego (art. 18 § 3 kk w zw. z art. 53 ust. 2 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii) Sąd Okręgowy wskazał, że oskarżony zajmował się tylko jednym z etapów wytwarzania ziela konopi innych niż włókniste – rozdrabnianiem „nie czynił tego dla siebie” i brak podstaw by uznać, że działał wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami (uzasadnienie str. 13). Widać więc już na pierwszy rzut oka, że wg. Sądu I instancji niesprawcza forma współdziałania przestępnego polegała na zrealizowaniu przez oskarżonego znamienia czynności wykonawczej typu czynu zabronionego zamiast sprawy któremu popełnienie tego czynu ułatwiało.

Jednocześnie Sąd przyjmuje, że oskarżony samodzielnie podjął zachowanie realizujące znamiona art. 53 ust. 2 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii bo przecież uznał, że rozdrabnianie ziela konopi co robił M. L. (1), jest wytwarzaniem tego środka odurzającego i to oskarżony zdecydował, że czynność tą wykona.

Trzeba więc przypomnieć, że istotą sprawstwa pojedynczego (jednosprawstwa, sprawstwa sensu stricto) jest samodzielne wykonanie czynu zabronionego (art.18 § 1 kk). Chodzi więc o to, że podmiot sam decyduje, realizuje znamiona typu czynu zabronionego w całości lub części (usiłowanie).

Powszechny jest pogląd, że „ustawodawca oparł konstrukcję sprawstwa pojedynczego na koncepcji formalno-obiektywnej (tzn. sprawcą jest ten kto realizuje znamiona czynnościowe typu czynu zabronionego – przyp. S.A.). Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest oderwanie tej postaci sprawczej od elementów subiektywnych”.(Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz pod red. M.Królikowskiego i R.Zawłockiego, CH Beck 2011, Nr 7 do art. 18 kk i cyt. tam poglądy doktryny). Bez znaczenia jest więc w czyim interesie działa taka osoba, jakim kieruje się celem, czy traktuje czyn jako własny czy cudzy(tamże, por. też Komentarz do Kodeksu karnego część ogólna pod red. K.Buchały, Warszawa 1994 r. str. 122 – 123, Kodeks karny część ogólna Komentarz I, Zakamycze 2004 r. teza 14 do art. 18 kk) byleby jej zachowanie było zbieżne ze znamionami typu czynu zabronionego opisanymi w ustawie.

Gdyby więc M. L. (1) sam zdecydował (także podżegany przez mężczyzn) o podjęciu się rozdrabniania ziela konopi i potem to sam czynił to należałoby go uznać za sprawcę pojedynczego czynu z art. 53 ust. 2 cyt. ustawy, a nie pomocnika niezależnie od tego czy miał wolę wypełnienia znamion przestępstwa wytwarzania znacznej ilości narkotyku jako własnego, czy traktował swe zachowanie jako udział w cudzym czynie i czy robił to dla siebie, czy w interesie mężczyzn którzy konopie mu przekazali. Brak świadomości lub woli wspólnego wykonania czynu prowadziłyby więc do odpowiedzialności oskarżonego za sprawstwo pojedyncze, a nie pomocnictwo.

Nie budzi jednak wątpliwości w kontekście jednoznacznych ujawnionych na rozprawie okoliczności, istnienie porozumienia między oskarżonym, a mężczyznami co do wspólnego wykonania czynu zabronionego – wytworzenia zdatnego do używania środka odurzającego będącego preparatem z konopi indyjskich.

Przecież M. L. (1) wyjaśnia (k. 35, 130v – 131, 357) czemu Sąd Okręgowy daje wiarę, że skontaktowali się z nim W. S. i D. K. proponując pieniądze w zamian za przygotowanie do dystrybucji konopi na co oskarżony przystał. Wtedy mężczyźni dostarczyli rośliny ustalając, że odbiorą je następnego dnia zaś oskarżony wykonał ustalone czynności: posegregował oddzielony materiał roślinny i rozdrobnił ziele konopi. Tę ostatnią czynność ujęto w opisie czynu przypisanego, zaś wymieniony zakres działań oskarżonego wynika z porównania tego jak opisywał to co otrzymał (pocięte, suche rośliny) z tym co rano policjanci ujawnili w jego mieszkaniu (znajdujący się w osobnych workach rozdrobniony susz roślinny, nasiona, kłącza, łodygi).

Współsprawstwo to „oparte na porozumieniu wspólne wykonanie czynu zabronionego, które charakteryzuje się po stronie każdego ze współników (partnerów) odgrywaniem istotnej roli w procesie realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego.” (A.Wąsek „Formy popełnienia przestępstwa w Kodeksie Karnym z 1997 r.”, seria Nowa

kodyfikacja karna, Warszawa 1998 r., str. 92). Nie jest jednak niezbędne by uczestnicy takiego porozumienia byli wobec siebie równorzędni (tamże str. 95) czy równorzędny był ich wkład we wspólną akcję przestępczą.

„Istotą współsprawstwa (...) jest oparte na porozumieniu współdziałania dwóch lub więcej osób z których każda obejmuje swoim zamiarem realizację całości znamion określonego czynu przestępczego. To porozumienie się jest tym szczególnym elementem podmiotowym który zespalając zachowania się poszczególnych osób, pozwala przypisać każdej z nich i tę akcję sprawczą która przedsięwzięła inna osoba współdziałająca w popełnieniu przestępstwa” (wyrok Sądu Najwyższego z 22.11.1971 r., Rw 1202/71, OSNKW 1972 r. 23, poz. 54).

Przedstawione wyżej okoliczności kontaktu M. L. (1) z jednej strony i W. S. oraz D. K. z drugiej jednoznacznie prezentują proces zawierania porozumienia, jego treść oraz świadomość i wolę jego wykonania.

Treścią porozumienia było wspólne wykonanie czynu zabronionego wytwarzania marihuany w ramach ustalonego podziału zadań. Oskarżony miał segregować i rozdrabniać ziele konopi, a pozostali mężczyźni dostarczyć mu konopie, odebrać susz konopi i zapłacić za wykonane czynności. Świadomość i wola realizacji porozumienia – podjęcia wspólnego zachowania realizującego znamiona czynu zabronionego wynika z wykonania jego treści bo przecież rozdrabnianie przekazanego ziela konopi indyjskich jest wytwarzaniem środka odurzającego, co już wskazano wyżej i co podziela przecież Sąd Okręgowy. Realizację dalszej części porozumienia uniemożliwiła interwencja policjantów.

Nie ma przy tym znaczenia dla odpowiedzialności za czyn z art. 53 ust. 2 cyt. ustawy to czy M. L. (1) uprawiał konopie, inne niż włókniste, co stanowić może osobny czyn zabroniony lub je z tej uprawy zabierał. Podobnie to, że nie uczestniczył w dalszych czynnościach np. porcjowaniu suszu. Oskarżony odpowiada bowiem w granicach swej umyślności (art. 20 kk) za to co wykonał w ramach zawartego z mężczyznami porozumienia – za wytwarzanie środka odurzającego poprzez rozdrabnianie ziela konopi indyjskich.

Wspólne wykonanie czynu zabronionego jest przedmiotowym elementem konstytutywnym współsprawstwa.

Doktryna wypracowała cztery zasadnicze koncepcje wyjaśniające istotę współsprawstwa. Mogą być one źródłem kryteriów pozwalających odróżnić współsprawstwo od pomocnictwa, co jest przedmiotem zarzutu apelacji prokuratora.

Według teorii formalno-objektywnej współsprawcą będzie ten kto wypełnia przynajmniej część znamion czynnościowych przy czym w ramach porozumienia pozostałe realizuje inna osoba (osoby) i zachowania tych osób się uzupełniają. Teorie subiektywne za sprawcę uznają współdziałającego z wolą realizacji znamion czynu zabronionego jako własnego lub tego w którym interesie wykonany jest czyn zabroniony, pomocnikiem więc będzie ten którego wolą jest udział w cudzym przestępstwie bądź realizuje je w cudzym interesie.

Koncepcje mieszane łączą ujęcie formalno-objektywne z subiektywnym zalecając najpierw ocenę czy podmiot z innymi wykonuje czynność czasownikową a w wypadku negatywnej odpowiedzi sprawdzenie zamiaru współdziałającego. Natomiast teorie materialno-objektywne za współsprawcę uznają tego kto w porozumieniu z inną osobą realizuje znamiona typu czynu zabronionego, a także tego czyj uzgodniony wkład w realizację wspólnego przestępczego przedsięwzięcia jest istotny, choć nie stanowi realizacji żadnego znamienia wykonywanego czynu zabronionego (por. A. Wąsek Formy popełnienia przestępstwa w Kodeksie karnym z 1997 r. seria Nowa Kodyfikacja karna Warszawa 1998 r. str. 109-116, Kodeks karny część ogólna Komentarz t. I pod red. M.Królikowskiego i R.Zawłockiego, CH Beck 2011 nb 18-22).

Jak więc widać zachowanie oskarżonego M. L. (1) wypełniające znamię czynnościowe wytworzenia znacznej ilości środka odurzającego o jakim mowa w art. 53 ust. 2 cyt. ustawy stanowi formę zjawiskową współsprawstwa wg ujęć formalno-objektywnego, materialno – objektywnego i mieszanego.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego zdecydowanie przeważa nawiązywanie do koncepcji materialno-objektywnych. Wskazuje się więc, że współsprawstwo zachodzić będzie nie tylko wtedy gdy każdy ze współdziałających zrealizuje

część znamion typu czynu zabronionego, ale i wtedy gdy współdziałający nie zrealizuje żadnego znamienia, lecz podjęte przez niego czynności są istotnym wkładem we wspólne przedsięwzięcie (wyrok Sądu Najwyższego z 29.06.2006 r. V KK 391/05, OSNwSK 2006 r. z. 1, poz. 1289, postanowienie Sądu Najwyższego z 22.02.2007 r., V KK 183/06, KZS 2007 r. z. 6, poz. 3 postanowienie Sądu Najwyższego z 15.12.2006 r., II KK 208/06, Prok. i Pr. 2007 r. z. 7-8, poz. 9 postanowienie Sądu Najwyższego z 2.04.2012 r., III KK 82/12, LEX nr 1162705, wyrok Sądu Najwyższego z 8.12.2011 r., II KK 162/11). Najwyższa instancja sądowa, zwraca też w niektórych rozstrzygnięciach uwagę na element subiektywnego współdziałania z wolą sprawcą (cum animo auctoris) obok materialno-objektywnego, co charakteryzuje teorie mieszane (por. wyrok Sądu Najwyższego z 1.03.2005 r., III KK 208/04, OSNKW 2005, z. 7-8, poz. 62, postanowienie Sądu Najwyższego z 1.03.2005 r., III KK 249/04 OSNKW 2005 r. z.7-8, poz. 63). W wyroku z 29.06.2006 r. (V KK 391/05, OSNwSK 2006 r. z. 1, poz. 1289) Sąd Najwyższy podniósł, że dla przyjęcia współsprawstwa nie jest konieczne by każda z osób współdziałających realizowała całość lub część znamion czynu zabronionego. Wystarczy by w ramach uzgodnionego podziału ról ułatwiała realizację wspólnie zamierzonego celu. Decydujące jest to, czy współdziałający dążyli to tego samego celu wspólnymi siłami (communio auxilio) w ramach wspólnego porozumienia (communio consilio).

Z kolei w postanowieniu z 20.04.2004 r. (V KK 351/03, OSNKW 2004 r. z. 5 poz. 13) Sąd Najwyższy wskazał na element strony podmiotowej będący częścią struktury podżegania i pomocnictwa – subiektywny stosunek podżegacza i pomocnika do czynu zabronionego oczekiwanego od sprawcy, którego nie uważają za swój i nie obejmują własną wolą popełnienia. Godzi się zauważyć, że w sprawie tej Sąd Najwyższy podzielił zapatrywanie sądów niższych instancji, że współsprawcą zbrodni zabójstwa, a nie podżeganiem lub pomocnikiem jest osoba która przystając na propozycję zleceniodawcy pozbawienia życia ofiary wyszukała inne osoby które podjęły się realizacji w zamian za obietnicę podzielenia się pieniędzmi od zleceniodawcy, dostarczyła im broń palną i zaplanowała zbrodnię.

Tak więc i przy przyjęciu prezentowanych tu ujęć mieszanych akcentujących znaczenie subiektywnego stosunku współdziałającego do czynu obok warunku istotnej roli w procesie realizacji znamion czynu zabronionego niewątpliwie jest uznanie oskarżonego M. L. (1) za współsprawcę, a nie pomocnika do nielegalnego wytwarzania znacznej ilości środka odurzającego.

Subiektywny stosunek oskarżonego do tego czynu zabronionego nie był taki jak pomocnika. M. L. (1) przystał przecież na propozycję wytworzenia narkotyku (rozdrabniania go) w zamian za wynagrodzenie i wykonał to zobowiązanie jak to wcześniej uzgodnił z W. S. i D. K.. Nie ma natomiast znaczenia dla wypełnienia znamion współsprawstwa czynu z art. 53 ust. 2 cyt. ustawy, zakres w jakim partycypował on w czerpaniu korzyści z hurtowego czy detalicznego obrotu wytworzonym ostatecznie środkiem odurzającym oraz to czy materiał roślinny będący przedmiotem wytwarzania należał do niego, czy innych osób.

Odwołując się do tego, że M. L. (1) nie wytwarzał środka odurzającego dla siebie (uzasadnienie str. 13). Sąd I instancji zdaje się nawiązywać do dorobku teorii subiektywnych, a więc woli bycia sprawcą (animus auctoris) i interesu w czym realizowany jest czyn zabroniony. Wskazywanie na wolę sprawcą i interes jako najistotniejsze przy ocenie form zjawiskowych pomija treść art. 18 § 1 kk gdzie ustawodawca wyraźnie określił, że sprawcą jest ten kto wykonuje czyn zabroniony (sprawstwo pojedyncze) albo ten kto wykonuje go wspólnie z inną osobą (współsprawstwo) odwołując się do znamion typu czynu zabronionego. Teorie te nie spotkały się z aprobatą większej części przedstawicieli doktryny (jako zwolennika tych koncepcji w ograniczonym zakresie wskazuje się J.Szwachę – Z problematyki współdziałania przestępczego NP 1970, Nr 12) i nie były przyjmowane w orzecznictwie. Prowadzą one do osobliwego – jak pisze A.Wąsek (A.Wąsek „Formy popełnienia przestępstwa ...” str. 111) – rezultatu uznania osoby która własnoręcznie zabiła inną jedynie za pomocnika traktującego swoje zachowanie jako udział w cudzym przestępstwie, bądź jako podjęte w interesie innej osoby.

Nie dzieląc omawianej tu koncepcji z racji jej sprzeczności z art. 18 § 1 kk można zauważyć, że popełniając z zamiarem sprawczym przestępstwo wytwarzania znacznej ilości narkotyku w ramach łączącego go z pozostałymi współsprawcami porozumienia i ustalonego tam podziału ról oskarżony czynił to także we własnym interesie. Choć nie rozdrabniał ziela konopi dla siebie by je zużyć czy zbyć to przecież liczył na uzyskanie za podejmowane czynności

realnej korzyści – 300 zł. (k. 13a). Okoliczność, że korzyść jakiej spodziewali się mężczyźni przekazujący konopie do przetworzenia mogła być wyższa nie ma znaczenia dla przypisania oskarżonemu realizacji znamion przestępstwa z art. 53 ust. 2 cyt. ustawy. Ocena, że chodziło o wytwarzanie znacznej ilości środka odurzającego nie budzi wątpliwości. Wszak z 7,42 kg ziela konopi indyjskich można uzyskać od kilku do kilkunastu tysięcy porcji narkotyku.

Z tych względów należało uznać, że oskarżony M. L. (1) wyczerpał swoim zachowaniem dyspozycję art. 53 ust. 2 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 124), a nie jak przyjął Sąd I instancji pomocnictwa do tego czynu.

Zważywszy na ograniczony czasowo (noc z 24/25.10.2011 r.) i przedmiotowo zakres zaangażowania oskarżonego w proces wytwarzania środka odurzającego, jego często wykonawczą rolę, Sąd Apelacyjny uznał za trafny pogląd Sądu Okręgowego, że nawet najniższa kara pozbawienia wolności (3 lata) przewidziana za zbrodnię z art. 53 ust. 2 cyt. ustawy byłaby niewspółmiernie surowa nawet w sytuacji gdy stopień udziału M. L. (1) w wyjaśnieniu sprawy nie był aż tak znaczny jak to przyjął Sąd I instancji. Choć trudno przeczyć, że oskarżony ujawnił osoby o większym niż on zaangażowaniu w przestępczy proceder.

Stąd nie zasługiwały na aprobatę przeciwne argumenty zawarte w uzasadnieniu apelacji prokuratora.

W tych warunkach za współmierną do stopnia winy i społecznej szkodliwości uwzględniającą istniejące okoliczności obciążające i łagodzące uznano karę 2 lat pozbawienia wolności i 200 stawek dziennych grzywny. Określając wielkość stawki dziennej grzywny należało uwzględnić sytuację zarobkową (utrzymywanie się z prac dorywczych) i rodzinną oskarżonego, który ma na utrzymaniu małoletnie dzieci i jest zobowiązany do alimentacji.

Apelacja obrońcy oskarżonego M. L. (1) kwestionuje ustalenia faktyczne w zakresie przypisania czynu z art. 244 kk (pkt. VIII części rozstrzygającej) wywodząc, że ich błędność wynika z dowolnej oceny wyjaśnień oskarżonego. Zdaniem apelującego ich zmienność powinna skłonić Sąd I instancji do dyskwalifikacji tego dowodu.

Sąd Okręgowy dostrzegł (uzasadnienie str.9), że M. L. (1) najpierw przyznawał (k. 35), iż 24.10.2011 r. przyjechał autem do A. K. (2) w sytuacji gdy obowiązywał go zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczony wyrokiem Sądu Rejonowego w Strzelcach Opolskich (k. 63), potem zaś na rozprawie (k. 357) temu przeczył. Sytuacja taka nie jest niczym nadzwyczajnym w praktyce wymiaru sprawiedliwości i nie oznacza dyskwalifikacji takiego dowodu. Sąd I instancji wskazał którą z rozbieżnych relacji oskarżonego uznaje za prawdziwą i przekonująco wytłumaczył dlaczego tak czyni.

Istotnie trudno znaleźć powód i nie wskazał go też M. L. (1) dlaczego miałby nieprawdziwie przyznawać prowadzenie samochodu wbrew orzeczonemu zakazowi. Tym bardziej, że pośrednio jego wyjaśnienia potwierdziła A. K. (2) (k. 368-369). Zeznała ona, iż oskarżony, rzeczywiście był u niej wieczorem 24.10.2011 r. choć nie wie jak do niej dotarł. Nie potwierdziła więc by to jej wówczas szesnastoletni syn woził oskarżonego i dodała, że nie ma on nawet prawa jazdy. To prawda, że dla nieletnich osób brak uprawnienia niekiedy jest przeszkodą do kierowania autami. Trudno jednak uznać za przekonujące wyjaśnienia M. L. (1), iż dlatego że chciał odwiedzić A. K. (2) przyjechał po niego wieczorem i odwiózł potem do domu jej szesnastoletni syn nie mający prawa jazdy.

Ustalenia Sądu Okręgowego są więc oczywiście trafne podobnie jak konkluzja o sprawstwie i winie oskarżonego w zakresie wypełnienia znamion art. 244 kk. Orzeczona kara nie razi niewspółmierną surowością odpowiadając stopniowi społecznej szkodliwości i nie przekracza stopnia winy zwłaszcza w sytuacji gdy oskarżony był już wcześniej karany.

Rację ma prokurator gdy wskazuje, że na skutek dowolnych i pomijających ujawnione na rozprawie okoliczności (art. 410 kpk) ocen Sąd Okręgowy wadliwie uznał, że oskarżonemu M. L. (1) nie można przypisać subiektywnego elementu upórcożywości w niealimentacji małoletniej córki M. L. (2).

Nie można jednak zgodzić się z zarzutami obrazy art. 4 kpk, art. 2 § 2 kpk i art. 424 kpk zawartymi w tym środku odwoławczym.

Art. 2 § 2 kpk i art. 4 kpk formułują ogólne zasady prawa pierwszy zasadę prawdy a drugi obiektywizmu. Są to dyrektywy kierunkowe których realizacji służą szczegółowe przepisy proceduralne. Jak to już wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy (ostatnio w postanowieniu z 3.04.2012 r., V KK 338/11, LEX nr 1163976) przepisy takie nie mogą stanowić samodzielnie podstawy skutecznego zarzutu odwoławczego. Odwołanie się do dyrektywy postępowania z art. 2 § 2 kpk Sąd Apelacyjny traktuje jako spełnienie warunku (art. 438 pkt. 2 kpk) wykazania relewantności uchybienia w postaci dowolności ocen i pominięcia ujawnionych okoliczności. Natomiast odmienność, wadliwość takich ocen nie oznacza jeszcze, sama w sobie braku obiektywizmu Sądu I instancji.

Sąd ten w pisemnych motywach poddał ocenie poszczególne dowody wyjaśniając czy i w jakiej części uznaje je za wiarygodne lub niewiarygodne. Wskazał też jakie okoliczności uznał za dowiedzione i powody uwolnienia oskarżonego od odpowiedzialności za czyn z art. 209 § 1 kk w zw. z art. 64 § 1 kk, inna rzecz czy są one przekonujące. Trudno więc mówić o naruszeniu art. 424 kpk zwłaszcza w stopniu o jakim mowa w art. 438 pkt. 2 kpk gdy nie traci się z pola widzenia, że zasadniczym przedmiotem kontroli odwoławczej jest wyrok, a nie sporządzone już po jego wydaniu uzasadnienie (sytuacja z art. 425 § 2 zd. II kpk w niniejszej sprawie nie zachodzi).

Rację ma Sąd I instancji wskazując z odwołaniem się do orzecznictwa, że znamię „uporczywości uchyłania się od alimentacji oznacza długotrwałe postępowanie charakteryzujące się nieustępliwością, złą wolą. Łączy więc w sobie element obiektywny – utrzymywanie się wytworzonego przez sprawcę stanu przez dłuższy czas i subiektywny – negatywny stosunek psychiczny do ciężącego obowiązku alimentacyjnego mimo możliwości spełnienia go, zła wola”.

Badając psychiczne nastawienie oskarżonego do obowiązku łożenia na utrzymanie małoletniej córki Sąd Okręgowy pomija ujawnione na rozprawie okoliczności, które mogłyby zmienić ocenę tej przesłanki podmiotowej dokonaną w zaskarżonym wyroku.

Dostrzegając, że M. L. (1) uzyskiwał z prac dorywczych około 2.000 zł. miesięcznie Sąd podnosi, że środki te przeznaczał na utrzymanie siebie i ciężarnej konkubiny, zaś córce przekazywał drobne sumy i się z nią kontaktował, co przekonało ten sąd o braku nieustępliwości, złej woli, w dążeniu do niewykonywania obowiązku alimentacyjnego.

Z zeznań matki pokrzywdzonej (k. 358, 359) wynika, że w czasie objętym zarzutem aktu oskarżenia (luty – październik 2011 r.) oskarżony przekazał córce łącznie 80 zł. (około 9 zł. miesięcznie), kupił jej buty i odzież (spodnie, bluzę) i komplet zabawek oraz dwukrotnie zabrał nad wodę. Sąd Okręgowy nie odnosi tych świadczeń do zakresu obowiązku alimentacyjnego i podstawowych potrzeb życiowych małoletniej (utrzymanie, edukacja, rozwój zainteresowań, korzystanie z dóbr kultury) ani do zarobków oskarżonego i jego możliwości w tej mierze. Konieczna jest więc ocena czy istotnie symboliczne zaangażowanie w alimentację małoletniej pokrzywdzonej po odliczeniu kosztów utrzymania oskarżonego odpowiada uzyskiwanym dochodom (2.000 zł. miesięcznie) i możliwościami M. L. (1), który jest przecież dojrzałym mężczyzną w pełni sił.

Sąd Okręgowy nie odnosi się także do kwestii na co również zwraca uwagę prokurator, czy, a jeśli tak to w jakim zakresie oskarżony był zobligowany do dostarczania środków utrzymania konkubinie oraz jej najbliższym i czy sytuacja ta ma wpływ na zakres obowiązku alimentacyjnego wobec M. L. (2). Natomiast przekazywanie przez zobowiązanego do alimentacji uzyskiwanych środków finansowych innym osobom na których utrzymanie nie jest zobowiązany łożyć może wskazywać na nastawienie psychiczne do powinności alimentacyjnej wobec uprawnionego. Podobne wyjaśnienie i rozważenie powodów dla których oskarżony spełniał świadczenia na rzecz pokrzywdzonej w tak ograniczonym zakresie. M. L. (1) podaje (k. 485), że nie łożył na utrzymanie córki ponieważ spłacał zadłużenie alimentacyjne „u komornika”. Jednak z karty rozliczeniowej wynika (k. 207), że ostatnia wpłata w wysokości 20 zł. miała miejsce 11.01.2011 r., a więc przed okresem objętym aktem oskarżenia. Sąd Okręgowy kwestię tę pomija milczeniem choć może mieć ona znaczenie dla oceny istnienia lub nie złej woli po stronie oskarżonego.

Słusznie też prokurator podnosi nierozważnie w omawianym kontekście kolejnej ujawnionej na rozprawie okoliczności, a to niezarejestrowania się oskarżonego w urzędzie pracy po listopadzie 2010 r. (k. 187 pismo Powiatowego Urzędu Pracy w K., wyjaśnienia M. L. – k. 485). M. L. (1) tłumaczy, że nie uczynił tego gdyż pracował dorywczo (k. 485). Istotne jest przy tym nie tylko to czy oskarżony poszukiwał w urzędzie pracy zajęcia, czy otrzymywał oferty zatrudnienia i czy takowe w ogóle wtedy były, ale i zdecydowanie się na zajęcie dorywcze, gdzie możliwość ustalenia realnych dochodów, a tym bardziej prowadzenia z nich egzekucji jest nader ograniczona przy rezygnacji z poszukiwania „legalnej” pracy.

Wszystkie te okoliczności ujawnione na rozprawie pomija sąd okręgowy, a mogą one prowadzić do odmiennej niż przyjęta w zaskarżonym wyroku oceny stosunku psychicznego oskarżonego M. L. (1) do ciężącego na nim obowiązku alimentacyjnego. Natomiast przekonanie, że osiągając miesięczny dochód w wysokości 2.000 zł. w czasie objętym zarzutem niealimentacji oskarżony przy uwzględnieniu kosztów jego utrzymania wywiązywał się z obowiązku dostarczania środków utrzymania małoletniej córce w miarę swoich obiektywnych możliwości wydaje się dowolne.

Stąd zarzuty i wniosek apelacji prokuratora w zakresie omawianego tu czynu okazały się zasadne.

Orzekając wobec oskarżonego karę łączną Sąd Apelacyjny uwzględnił bliskość czasową realnie zbiegających się przestępstw, oraz ich związek przedmiotowy, fakt, że godziły w różne dobra prawne.

Z tych wszystkich powodów apelacja obrońcy oskarżonego M. L. (1) była niezasadna, na uwzględnienie zaś w zasadniczej części zasługiwała apelacja prokuratora. Konsekwencją takiej oceny zarzutów apelacji była zmiana zaskarżonego wyroku w części dotyczącej czynu z art. 53 ust. 2 ustawy z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz uchylenie tego orzeczenia w zakresie czynu z art. 209 § 1 kk w zw.z art. 64 § 1 kk i przekazanie sprawy w tej części właściwemu Sądowi I instancji.

Wydanie orzeczenia reformatoryjnego w odniesieniu do pierwszego z wymienionych przestępstw było możliwe ponieważ zmiana opisu czynu przypisanego i jego kwalifikacji prawnej na niekorzyść oskarżonego wskutek uwzględnienia apelacji zwróconej w tym kierunku nie skutkowało orzeczeniem surowszej kary (art. 454 § 2 kpk).

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy we wskazanym wyżej zakresie Sąd Rejonowy uwzględni przytoczone wyżej uwagi i wskazania, wyjaśni powody przekazywania przez oskarżonego na rzecz pokrzywdzonej świadczeń w opisanej wysokości i braku rejestracji w urzędzie pracy, możliwości uzyskania tam ofert pracy i oceniając te okoliczności w kontekście znamienia uporczywego uchylania się od alimentacji z art. 209 § 1 kk i wyda stosowne rozstrzygnięcie nie pomijając ustalenia czy zachodzą pozostałe znamiona tego typu czynu zabronionego.

Oskarżony ma na utrzymaniu dwoje dzieci, ciąży na nim obowiązek alimentacyjny nie byłoby więc słusznym obciążanie go kosztami sądowymi postępowania apelacyjnego w zakresie od niego przypadającym stąd orzeczono o zwolnieniu od ich uiszczenia (art. 624 § 1 kpk).

O kosztach nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego w postępowaniu apelacyjnym orzeczono na podstawie art. 29 art. 1 prawa o adwokaturze.