

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 grudnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Jerzy Skorupka

Sędziowie: SSA Piotr Kaczmarek (spr.)

SSA Stanisław Rączkowski

Protokolant: Wiktoria Dąbrowicz

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej we W. Marka Ratajczyka

po rozpoznaniu w dniu 5 grudnia 2018 r.

sprawy F. W.

oskarżonego z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk, art. 58 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk

na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonego i prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze

z dnia 6 czerwca 2018 r. sygn. akt III K 42/18

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego F. W. w ten sposób, że:

a. stosując nadzwyczajne złagodzenie kary na podstawie art. 60 § 1, 2 i 6 pkt 2 k.k. orzeczoną w punkcie III karę pozbawienia wolności obniża do roku, stwierdzając, że utraciło moc orzeczenie o karze łącznej z punktu VII,

b. przyjmuje, że czyn przypisany w punkcie V stanowi wypadek mniejszej wagi tj. przestępstwo z art. 59 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 59 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierza oskarżonemu karę 5 (pięciu) miesięcy pozbawienia wolności

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. na podstawie art. 91 § 2 k.k. łączy kary pozbawienia wolności wymierzone w punkcie I zaskarżonego wyroku oraz w punkcie I lit. a i b przedmiotowego wyroku i wymierza oskarżonemu karę łączną roku pozbawienia wolności, na poczet której na podstawie art. 63 § 1 k.k. zalicza okres rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonego od 22 stycznia 2018 r. godz. 10:35 do 6 czerwca 2018 r. godz. 14:45;

IV. na podstawie art. 71 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzeka umieszczenie oskarżonego przed wykonaniem kary pozbawienia wolności w zakładzie opieki zdrowotnej

realizującym program leczenia odwykowego dla osób uzależnionych od środków odurzających lub substancji psychoaktywnych;

V. zasądza od oskarżonego F. W. na rzecz Skarbu Państwa 10 zł tytułem zwrotu połowy wydatków poniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ustawy o opłatach w sprawach karnych wymierza oskarżonemu 300 zł opłaty za obie instancje.

UZASADNIENIE

F. W. został oskarżony o to, że:

I. w dniu 17 stycznia 2018r. w J. działając wbrew przepisom ustawy posiadał środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 4,92 grama oraz substancję psychotropową w postaci (...) w ilości 1,35 grama (trzy tabletki),

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

II. w dniu 22 stycznia 2018r. w P. działając wbrew przepisom ustawy posiadał środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości 3,02 grama,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

III. w okresie od czerwca do listopada 2017r. w J., P. i G. w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, niemniej niż czterokrotnie udzielił małoletniemu M. J. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że sprzedał mu tę substancję w ilości każdorazowo po 1 gramie za kwotę każdorazowo 30 PLN,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

IV. w okresie od połowy lipca, lecz nie później niż do połowy sierpnia 2017r. w J., P. i G. w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, niemniej niż szesnastokrotnie udzielił małoletniemu E. W. (1) środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że sprzedał mu tę substancję w ilości każdorazowo po 2 gramy za kwotę każdorazowo 60 PLN,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

V. w okresie od czerwca do listopada 2017r. w J., P. i G. w krótkich odstępach czasu oraz z góry powziętym zamiarem niemniej niż dwukrotnie udzielił małoletniemu M. J. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości każdorazowo po 1 gramie,

tj. o czyn z art. 58 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

VI. nieustalonego dnia pomiędzy marcem a majem 2015r. w S. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił M. Ż. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że sprzedał mu tę substancję w ilości 5 gramów za kwotę 110 PLN,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

VII. nieustalonego dnia marca 2017r. w J. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił małoletniemu D. J. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że sprzedał mu tę substancję w ilości 1 gram za kwotę 40 PLN,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

VIII. w okresie od stycznia do maja 2017r. w G. w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dwukrotnie udzielił J. K. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że sprzedał mu tę substancję w ilości każdorazowo po 0,5 grama za kwotę każdorazowo 15 PLN,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze wyrokiem z dnia 6 czerwca 2018r. w sprawie o sygn. akt III K 42/18:

I. uznał oskarżonego F. W. za winnego popełnienia zarzucanych mu czynów opisanych w pkt I i II części wstępnej wyroku przy przyjęciu, że działał on w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem takiej samej sposobności, stanowiących ciąg przestępstw z art. 91 § 1 k.k., to jest występków z art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzył mu karę 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności,

II. na podstawie art. 70 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych zarejestrowanych w wykazie dowodów rzeczowych Drz. 631-634/18,

III. uznał oskarżonego F. W. za winnego tego, że w okresie od stycznia 2017 roku do listopada 2017r. w J. oraz P., wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej odpłatnie udzielił szeregu osobom środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ten sposób, że w okresie od stycznia do maja 2017r. dwukrotnie udzielił małoletniemu J. K. urodzonemu w dniu (...) środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że sprzedał mu tę substancję w ilości każdorazowo po 0,5 grama za kwotę każdorazowo 15 zł oraz dwukrotnie udzielił małoletniemu J. K. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości każdorazowo po 0,5 grama, jeden raz udzielił małoletniemu D. J. urodzonemu w dniu (...) środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że sprzedał mu tę substancję w ilości 1 gram za kwotę 40 zł, nie mniej niż dwudziestokrotnie udzielił małoletniemu M. J. urodzonemu w dniu (...) środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że nie mniej niż dziesięciokrotnie sprzedał mu tę substancję w ilości po 1 gramie za kwotę każdorazowo 30 zł i nie mniej niż dziesięciokrotnie sprzedał mu tę substancję w ilości po 0,5 grama za kwotę każdorazowo 15 zł oraz nie mniej niż dwukrotnie udzielił małoletniemu M. J. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości każdorazowo po nie mniej niż 0,5 grama, nie mniej niż dwudziestokrotnie udzielił małoletniemu E. W. (1) urodzonemu w dniu (...) środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że nie mniej niż dziesięciokrotnie sprzedał mu tę substancję w ilości po 2 gramy za kwotę każdorazowo 60 zł i nie mniej niż dziesięciokrotnie sprzedał mu tę substancję w ilości po 1 gramie za kwotę każdorazowo 30 zł, to jest przestępstwa 58 ust. 2 i art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to, na podstawie art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k., wymierzył mu karę 3 (trzech) lat i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności,

IV. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego F. W. środek karny w postaci przepadku na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa w kwocie 1420 zł (słownie złotych: jeden tysiąc czterysta dwadzieścia);

V. uznał oskarżonego F. W. za winnego tego, że nieustalonego dnia pomiędzy marcem a majem 2015r. w J. - S. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił M. Ż. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że dwukrotnie sprzedał mu tę substancję w ilości każdorazowo po 2 gramy za kwotę po 60 zł, to jest przestępstwa 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to, na podstawie art. 59 ust.

1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności,

VI. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego F. W. środek karny w postaci przepadku na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa w kwocie 120 zł (słownie złotych: sto dwadzieścia);

VII. na podstawie art. 86 § 1 k.k. i art. 91 § 2 k.k. biorąc za podstawę orzeczone wobec oskarżonego F. W. w pkt I, III i V części dyspozytywnej wyroku jednostkowe kary pozbawienia wolności orzekł wobec oskarżonego F. W. karę łączną 3 (trzech) lat i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

VIII. na podstawie art. 71 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł umieszczenie oskarżonego F. W. przed wykonaniem kary w zamkniętym zakładzie opieki zdrowotnej realizującym program leczenia odwykowego dla osób uzależnionych od środków odurzających lub substancji psychoaktywnych,

IX. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu F. W. na poczet kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 22 stycznia 2018r., godzina 10:35 do dnia 6 czerwca 2018r.;

X. na podstawie art. 627 k.p.k. zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa zwrot kosztów sądowych, w tym na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 23 czerwca 1973r. o opłatach w sprawach karnych wymierza mu opłatę w kwocie 400 zł.

Apelację od powyższego wyroku w części dotyczącej pkt III oraz pkt VII części dyspozytywnej wyroku od winy na niekorzyść oskarżonego złożył Prokurator Rejonowy w Jeleniej Górze zarzucając błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na treść orzeczenia, polegający na dowolnym i niezasadnym przyjęciu iż czynów opisanych w punkcie III części dyspozytywnej wyroku F. W. dopuścił się w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w wyniku czego Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze w wyroku przyjął, że stanowiły one jeden czyn i zakwalifikował je w związku z art. 12 kk w sytuacji, gdy prawidłowa ocena zgromadzonego materiału dowodowego, a przede wszystkim zeznań przesłuchanych świadków J. K., M. J., E. W. (1), D. J. wskazuje, że oskarżony dokonując obrotu środkami odurzającymi działał w zamiarze co najwyżej odnawialnym i pojawiającym się sukcesywnie w odniesieniu do każdej z wymienionych osób, co tym samym wskazuje, że zachowania te stanowiły odrębne czyny zabronione popełnione w ramach ciągu przestępstwa opisanego w art. 91 § 1 kk.

Podnosząc powyższy zarzut prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku:

1. dot. pkt III części dyspozytywnej poprzez uznanie F. W. za winnego tego, że w okresie od stycznia 2017 roku do listopada 2017r. w J. oraz P., wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem tej samej sposobności oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej odpłatnie udzielił niżej wymienionym osobom środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ten sposób, że w okresie od stycznia do maja 2017r. dwukrotnie udzielił małoletniemu J. K. urodzonemu w dniu (...) środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że sprzedał mu tę substancję w ilości każdorazowo po 0,5 grama za kwotę każdorazowo 15 zł oraz dwukrotnie udzielił małoletniemu J. K. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości każdorazowo po 0,5 grama, jeden raz udzielił małoletniemu D. J. urodzonemu w dniu (...) środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że sprzedał mu tę substancję w ilości 1 gram za kwotę 40 zł, nie mniej niż dwudziestokrotnie udzielił małoletniemu M. J. urodzonemu w dniu (...) środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że nie mniej niż dziesięciokrotnie sprzedał mu tę substancję w ilości po 1 gramie za kwotę każdorazowo 30 zł i nie mniej niż dziesięciokrotnie sprzedał mu tę substancję w ilości po 0,5 grama za kwotę każdorazowo 15 zł oraz nie mniej niż dwukrotnie udzielił małoletniemu M. J. środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste w ilości każdorazowo po nie mniej niż 0,5 grama, nie mniej niż dwudziestokrotnie udzielił małoletniemu E. W. (1) urodzonemu w dniu (...) środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ten sposób, że nie mniej niż dziesięciokrotnie sprzedał mu tę substancję w ilości po 2 gramy za kwotę każdorazowo 60 zł i nie mniej niż dziesięciokrotnie sprzedał mu tę substancję w ilości po 1 gramie za kwotę każdorazowo 30 zł, to

jest przestępstwa 58 ust. 2 i art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii stanowiące ciąg przestępstw, o których mowa w art. 91 § 1 kk i za to na mocy art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 91 § 1 kk wymierzenia mu kary 3 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności;

2. dot. pkt VII części dyspozytywnej poprzez wymierzenie F. W. kary łącznej na podstawie art. 86 § 1 kk i art. 91 § 2 kk za czyny opisane w punkcie I, III i V części dyspozytywnej wyroku w wymiarze 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

i utrzymania w mocy orzeczenia w pozostałym zakresie.

Powyższy wyrok w apelacji zaskarżył również obrońca oskarżonego zarzucając:

1. obrazę przepisu prawa procesowego art. 410 kpk w zw. z art. 60 § 1 kk mająca istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia, a polegający na oparciu orzeczenia jedynie o część zebranego w sprawie materiału dowodowego, a tym samym wadliwe ustalenie, że:

1. w przedmiotowej sprawie nie zachodzą okoliczności łagodzące po stronie oskarżonego, które winny skutkować zastosowaniem nadzwyczajnego złagodzenia kary, gdy tymczasem:

1. F. W. w toku postępowania przygotowawczego wyjawiał osoby dostawców narkotyków tj. A. G. oraz M. P.,

2. F. W. już w trakcie tymczasowego aresztowania podjął leczenia odwykowe oraz psychiatryczne, co winno mieć wpływ na ocenę okoliczności łagodzących w ramach zachowania oskarżonego po popełnieniu przestępstwa.

2. obrazę przepisu prawa materialnego art. 62 a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez zaniechanie jego zastosowania w zakresie czynów w pkt I i II części wstępnej wyroku, gdy tymczasem okoliczności faktyczne oraz zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwalają przyjąć, że ujawnione przy oskarżonym narkotyki były ilością nieznaczną i wyłącznie na jego osobisty użytek;

3. obrazę przepisu prawa materialnego – art. 71 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez umieszczenie oskarżonego w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego, gdy tymczasem z zaświadczenia podmiotu leczniczego, jakim jest (...) w J. z dnia 25 czerwca 2018r. wynika iż zasadnym w przypadku oskarżonego jest umieszczenie go w Zakładzie (...) w postaci Stowarzyszenia (...) w J. z zastosowaniem:

1. kontynuacji psychoterapii podstawowej, intensywnej w Oddziale Dziennym z planowanym zakończeniem leczenia na dzień 14 sierpnia 2018r;

2. po zakończeniu terapii dziennej kontynuowanie terapii odwykowej w formie ambulatoryjnej w poradni leczenia uzależnień – psychoterapii grupowej (2 razy w tygodniu po 3 godziny) oraz psychoterapii indywidualnej (1 raz w tygodniu po 1 godzinie) przez okres 12 miesięcy;

3. po zakończeniu terapii ambulatoryjnej kontynuowanie psychoterapii grupowej (1 raz w tygodniu po 4 godziny) oraz sesjach psychoterapii indywidualnej (1 raz w tygodniu po 1 godzinie) przez okres 8 miesięcy;

4. rażącą niewspółmierność orzeczonych kar jednostkowych pozbawienia wolności, a także kary łącznej, gdy tymczasem przy uwzględnieniu okoliczności łagodzących kary te winny być znacznie niższe.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez :

1. umorzenie w zakresie pkt I i II części wstępnej orzeczenia;

2. zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia w zakresie czynu opisanego w pkt III i V części dyspozytywnej orzeczenia i tym samym wymierzenie kary łącznej z zastosowaniem zasady asperacji bliższej absorpcji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja prokuratora nie zasługuje na uwzględnienie.

Niewątpliwie istnieje linia orzecznicza, którą w apelacji przedstawia prokurator warunkująca przyjęcie działania czynem ciągłym od skonkretyzowanego zamiaru sprawcy obejmującego tożsamość osób nabywających środki odurzające, ilość tych środków podlegającą sprzedaży lub nieodpłatnemu udzielaniu czy chociażby czas i miejsce transakcji. Podzielić jednak należy ustalenia Sądu I instancji, że chociaż zamiar, z którym działał oskarżony F. W. dokonując sprzedaży lub nieodpłatnego udzielenia narkotyków nie był tak silnie skonkretyzowany, to jednak nie można jego kilku zachowań traktować jako odrębnych czynów i stosować do nich regulacji z art. 91 § 1 kk. Zachowanie oskarżonego było realizacją objętego jednym zamiarem procederu polegającego na sprzedaży i nieodpłatnym udzielaniu środków odurzających. Miał on bowiem świadomość, że będzie zaopatrywał wskazane osoby w marihuanę przy każdej nadarzającej się okazji i za każdym razem, gdy zajdzie taka potrzeba. Udzielanie i sprzedaż środków różnym osobom nie stoi również na przeszkodzie przyjęciu konstrukcji czynu ciągłego, gdyż ustawą o przeciwdziałaniu narkomanii jest życie i zdrowie społeczeństwa jako całość, tzw. zdrowie publiczne, nie zaś poszczególnych osób (zob. postanowienie SN z dnia 28 września 2006 r., I KZP 19/06, OSNKW 2006, z. 11, poz. 99; uchwała SN z dnia 27 października 2005 r., I KZP 32/05, OSNKW 2005, z. 11, poz. 105). Fakt sprzedaży i nieodpłatnego udzielenia środków odurzających różnym osobom nie ma zatem znaczenia dla zaistnienia przestępstwa ciągłego.

Na marginesie wskazać dodatkowo należy niekonsekwencję prokuratora w świetle odmiennego brzmienia zarzutów stawianych oskarżonemu (kwalifikacja w związku z art. 12 kk w zakresie zachowań obejmujących tożsamego odbiorcę) i wniosków apelacji, gdzie oskarżyciel, nie negując przypisania oskarżonemu wielokrotności udzielenia środka odurzającego (np. E. W. pkt. IV części wstępnej we wnioskach (str. 2 apelacji) taką kwalifikację pomija co sugerowałyby, że neguje w ten sposób twierdzenie zawarte w akcie oskarżenia, czego oczywistą konsekwencją musiałoby być przyjęcie (a czego nie czyni) że każde zachowanie, przykładowo polegające na udzieleniu temu odbiorcy środka odurzającego stanowiłoby oddzielny czyn (przestępstwo), w przypadku tego odbiorcy 20 czynów. Po wtóre mając na uwadze już literalne brzmienie art. 91 § 1 k.k. oraz treść art. 58 ust. 2 i art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w szczególności wysokość zagrożenia ustawowego (podstawy wymiaru kary) nie jest możliwe pozostawanie w ciągu przestępstw o którym mowa w art. 91 § 1 k.k. tych dwóch typów przestępstw, a o co wniesiono w apelacji.

Apelacja obrońcy oskarżonego zasługuje na uwzględnienie jedynie w części.

Nie można podzielić zarzutu obrońcy zmierzającego do umorzenia postępowania wobec oskarżonego na podstawie art. 62a ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii co czynów przypisanych w pkt. I części rozstrzygającej. Przesłankami umorzenia postępowania na tej podstawie są oprócz posiadania przez sprawcę nieznacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych i niecelowości orzeczenia kary z uwagi na okoliczności popełnienia czynu oraz stopień jego społecznej szkodliwości - posiadanie ich na własny użytek. Przesłanki tej nie należy interpretować rozszerzająco. Jest to bowiem wyjątek od zasady legalizmu. Skoro zatem sprawca posiada część z posiadanych środków lub substancji na własne potrzeby, zaś część z nich przeznaczona jest dla kogoś innego, nie jest możliwe umorzenie w stosunku do niego postępowania na podstawie art. 62a przedmiotowej ustawy (tak m.in. Komentarz do art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Marek Kulik, SIP LEX). Cel tego przepisu polegać miał na zapobieganiu stygmatyzacji sprawców drobnych przestępstw – konsumentów środków odurzających, nie zaś na premiowaniu uzależnionych sprzedawców czy udzielających nieodpłatnie innym środków odurzających. W związku z powyższym uwzględnienie wniosku obrońcy oskarżonego jest wykluczone.

Podzielić należy zarzut obrońcy, że w stosunku do oskarżonego F. W. uzasadnienie znajduje zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary w stosunku do przestępstwa przypisanego mu w punkcie III części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku. Nie można tracić z pola widzenia, że oskarżony w stosunku do tychże przestępstw posiadał status sprawcy młodocianego. Niewątpliwie za nadzwyczajnym złagodzeniem kary przemawiał właśnie jego młody wiek, uprzednia niekaralność sądowa, fakt uzależnienia, podjęcia leczenia odwykowego, wsparcie rodziny. Powyższe uzasadniało zastosowanie przedmiotowej instytucji, a wymierzona w oparciu o przepis art. 60 § 1, 2 i 6 kk kara

jest adekwatna do postaci jego sprawstwa i stopnia winy, społecznej szkodliwości czynu oraz uwzględnia jego cechy osobowe. Wymierzona oskarżonemu kara spełni również cele wychowawcze.

Jednocześnie wskazać należy, że po analizie okoliczności popełnienia przestępstwa przypisanego w punkcie V wyroku uznać należało, że stanowi ono wypadek mniejszej wagi tj. przestępstwo z art. 59 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, co również w konsekwencji doprowadziło do obniżenia wymiaru kary przypisanej oskarżonemu za to przestępstwo. Za uznaniem przedmiotowego przestępstwa za wypadek mniejszej wagi przemawiała ilość i rodzaj środka podlegającego sprzedaży, jak również sposób i okoliczności popełnienia czynu w postaci nieinicjowania przez oskarżonego transakcji, a jedynie udzieleniu środka osobie pełnoletniej zgłaszającej się do niego z własnej inicjatywy. Uznać zatem należało, że okoliczności te zadecydowały o zmniejszeniu stopnia społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie V części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku.

Wskutek powyższych zmian dokonanych przez Sąd Apelacyjny nastąpiła potrzeba wymierzenia nowej kary łącznej. Jej wymiar kształtuje się w granicy minimalnej kary możliwej do wymierzenia oskarżonemu za przypisane mu przestępstwa. Z uwagi na posiadanie statusu sprawcy młodocianego w przypadku większości z przestępstw, za które oskarżony został skazany (z wyjątkiem przestępstw sankcjonowanych przepisem art. 62 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii) Sąd Apelacyjny kierował się przede wszystkim potrzebą spełnienia przede wszystkim funkcji wychowawczej kary. Jej wymiar czyni zadość również celom prewencji szczególnej i ogólnej. Uznać należy ją za wyważoną i sprawiedliwą. Nie mniej jednak mając na uwadze ilość zachowań podjętych przez oskarżonego oraz okoliczność, że udzielał nieopłatnie i sprzedawał środki odurzające głównie osobom małoletnim nie byłoby uzasadnione warunkowe zawieszenie tejże kary. Dla osiągnięcia celów kary wobec oskarżonego F. W. konieczne jest jej wymierzenie w postaci bezwzględnej kary pozbawienia wolności.

Odnośnie umieszczenia oskarżonego przed wykonaniem kary pozbawienia wolności w zakładzie opieki zdrowotnej realizującym program leczenia odwykowego dla osób uzależnionych od środków odurzających lub substancji psychoaktywnych wyeliminowano z punktu VIII części rozstrzygającej orzeczenia Sądu I instancji w tym zakresie oznaczenie zakładu jako „zamkniętego”.

Na powyższą decyzję złożyło się kilka argumentów sprowadzających się do braku podstawy prawnej do umieszczenia oskarżonego w tego rodzaju zakładzie. Niewątpliwie art. 71 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii nie mówi o zakładzie zamkniętym, a jedynie o – odpowiednim podmiocie leczniczym. Podobnie - rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 1 grudnia 2006r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu postępowania w przedmiocie leczenia lub rehabilitacji osób uzależnionych, skazanych za przestępstwa pozostające w związku z używaniem środków odurzających lub substancji psychotropowych (Dz.U.2006.239.1738) nie zawiera wykazu zakładów, w którym może odbywać się leczenie. Odnośnie leczenia lub rehabilitacji osób uzależnionych, skazanych za przestępstwo pozostające w związku z używaniem środków odurzających lub substancji psychotropowych na karę pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono wskazuje się na możliwość ich prowadzenia w systemie ambulatoryjnym lub stacjonarnym (§ 6), podczas gdy leczenie lub rehabilitacja tychże osób skazanych na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, prowadzi się w zakładzie, wskazanym w orzeczeniu sądu (§ 8). Rodzaju zakładu pod tymże względem nie przewiduje również Kodeks karny w brzmieniu nadanym ustawą o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396) po 1 lipca 2015r. Wykaz i pojemność zakładów leczenia odwykowego przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających związanych z umieszczeniem w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego zawierał załącznik nr 4 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 10 sierpnia 2004 r. w sprawie wykazu zakładów psychiatrycznych i zakładów leczenia odwykowego przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających oraz składu, trybu powoływania i zadań komisji psychiatrycznej do spraw środków zabezpieczających (Dz.U.2014.599 j.t.), które zostało jednak uchylone z chwilą nowelizacji rozdziału X Kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2015.396). Wobec powyższego dojść należy do wniosku, że nie ma obecnie podstaw prawnych

do orzeczenia środka zabezpieczającego z art. 71 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii polegającego na umieszczeniu oskarżonego przed wykonaniem kary w zakładzie o charakterze zamkniętym z uwagi na niewskazywanie takiego typu zakładu w przepisach będących podstawą prawną orzekania w tym zakresie. Powyższe w konsekwencji skutkowało wyeliminowaniem określenia „zamknięty” z podstawy umieszczenia oskarżonego F. W. przed wykonaniem kary w zakładzie opieki zdrowotnej realizującym program leczenia odwykowego dla osób uzależnionych od środków odurzających lub substancji psychoaktywnych.

Na podstawie art. 627 kpk w zw. z art. 634 kpk zasądzono od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa połowę wydatków związanych z postępowaniem odwoławczym, a na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23.06.1973r. o opłatach w sprawach karnych wymierzono mu opłatę za obie instancje.

SSA Piotr Kaczmarek

SSA Jerzy Skorupka

SSA Stanisław Rączkowski