

Sygn. akt II AKa 399/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Krzysztof Noskowicz (spr.)

Sędziowie: SSA Dorota Rostankowska

SSA Grażyna Świdorska - Wandor

Protokolant: sekr. sądowy Anna Majewicz

przy udziale Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Słupsku del. do Prokuratury Apelacyjnej w Gdańsku Grażyny Bobryk

po rozpoznaniu w dniu 27 listopada 2014 r.

sprawy

**D. C.**

oskarżonego z art. 62 ust. 1 i 3 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii; art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.; art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.; art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego we Włocławku

z dnia 4 sierpnia 2014 r., sygn. akt **II K 91/13**

uchyla zaskarżony wyrok odnośnie oskarżonego D. C. i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu we Włocławku do ponownego rozpoznania.

## UZASADNIENIE

**D. C.** został oskarżony o to, że:

I. w dniu 27 marca 2013r. we W. działając wbrew przepisom ustawy posiadał przy sobie środek odurzający w postaci marihuany w ilości 0,26 gram netto, przyjmując, że czyn stanowi wypadek mniejszej wagi,

tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r.  
o przeciwdziałaniu narkomanii,

II. w okresie od bliżej nieustalonego dnia miesiąca stycznia 2012r. do 13 czerwca 2012r. w K., działając wbrew przepisom ustawy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz w warunkach czynu ciągłego i z góry powziętym

zamiarem wielokrotnie, nie mniej niż 20 razy udzielił małoletniemu K. W. środek odurzający w postaci marihuany w ilości łącznej nie mniejszej niż 20 gram, za kwotę łączną nie mniejszą niż 600 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.,

III. w okresie od 14 czerwca 2012r. od 25 marca 2012r. w K., działając wbrew przepisom ustawy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz w warunkach czynu ciągłego i z góry powziętym zamiarem wielokrotnie, nie mniej niż 65 razy udzielił K. W. środek odurzający

w postaci marihuany w ilości łącznej nie mniejszej niż 42,5 grama, za kwotę łączną nie mniejszą niż 1.275,00 zł oraz sześciokrotnie substancję psychotropową w postaci amfetaminy w ilości łącznej nie mniejszej niż 6 gram, za kwotę łączną nie mniejszą niż 120 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

IV. w okresie od 11 czerwca 2012r. do 16 marca 2013r. w K., działając wbrew przepisom ustawy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz w warunkach czynu ciągłego i z góry powziętym zamiarem dwukrotnie udzielił B. M. środek odurzający w postaci marihuany

w ilości łącznej nie mniejszej niż 2 gramy, za kwotę łączną nie mniejszą niż 60 zł oraz substancję psychotropową w postaci amfetaminy w ilości 1 grama za kwotę 20 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.,

V. w okresie od września 2012r. do 25 marca 2013r. w K. i w C., działając wbrew przepisom ustawy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz w warunkach czynu ciągłego i z góry powziętym zamiarem wielokrotnie, nie mniej niż 8 razy udzielił S. M. środek odurzający w postaci marihuany w ilości łącznej nie mniejszej niż 12 gram, za kwotę łączną nie mniejszą niż 335 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.,

VI. w okresie od listopada 2012r. do połowy marca 2013r. w K., działając wbrew przepisom ustawy w warunkach czynu ciągłego i z góry powziętym zamiarem nie mniej niż 5 razy posiadał środek odurzający w postaci marihuany w nieustalonej ilości, który udzielił mu nieodpłatnie K. W.,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.,

VII. w okresie od października 2012r. do listopada 2012r. w K. działając wbrew przepisom ustawy w warunkach czynu ciągłego i z góry powziętym zamiarem, dwukrotnie posiadał środek odurzający w postaci marihuany w nieustalonej ilości, który udzielił mu nieodpłatnie S. M.,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.,

VIII. w miesiącu październiku 2012r. w miejscowości (...), działając wbrew przepisom ustawy w warunkach czynu ciągłego i z góry powziętym zamiarem, dwukrotnie posiadał środek odurzający w postaci marihuany w łącznej ilości nie mniejszej niż 6 gram, który udzielił mu R. P. za kwotę nie mniejszą niż 155 zł,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy we Włocławku, wyrokiem z dnia 4 sierpnia 2014 r.

w sprawie **II K 91/13** orzekł następująco:

- oskarżonego D. C. uznał za winnego popełnienia zachowań zarzuconych mu w punktach II, III, IV i V aktu oskarżenia z tym ustaleniem, iż w przypadku zachowania zarzuconego w pkt III oskarżony działał do 25 marca 2013r., że zachowania te stanowią przestępstwo z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i art. 11 § 2 k.k. i za to przy zastosowaniu art. 11 § 3 k.k. na podstawie art. 59 ust. 2 ustawy z dnia

29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii po zastosowaniu art. 60 § 2 i § 6 pkt.2 k.k. skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności (pkt II.1);

- oskarżonego D. C. uznał za winnego tego, że w okresie od października 2012r. do połowy marca 2013r. w K., działając wbrew przepisom ustawy dwukrotnie posiadał środek odurzający w postaci marihuany w łącznej ilości nie mniejszej niż 6 gram oraz nie mniej niż siedem razy posiadał środek odurzający w postaci marihuany każdorazowo w ilości do jednorazowego spożycia, zaś w dniu 27 marca 2013r. posiadał przy sobie środek odurzający w postaci marihuany w ilości 0,26 gram netto, tj. przestępstwa z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności (pkt II.2);

- na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył orzeczone kary pozbawienia

wolności i wymierzył D. C. karę łączną 2 lat i 2 miesięcy pozbawienia wolności (pkt II.3), z zaliczeniem na jej poczet, na podstawie art. 63 § 1 k.k. okresu faktycznego pozbawienia wolności od dnia 27 marca 2013r. do dnia 28 marca 2013r. (pkt II.4);

- na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł wobec D. C. przepadek na rzecz Skarbu Państwa kwoty 2.410 zł stanowiącej równowartość korzyści majątkowej uzyskanej przez oskarżonego z popełnienia przestępstwa (pkt II.5);

- wyrok zawiera nadto rozstrzygnięcia w przedmiocie dowodów rzeczowych (pkt II.6), o zwolnieniu oskarżonego od kosztów sądowych (pkt III) oraz o zwrocie kosztów nieopłaconej obrony udzielonej oskarżonemu z urzędu (pkt IV).

Apelację od powyższego wyroku wywiodła obrońca oskarżonego, która zaskarżyła wyrok w całości. Wyrokowi temu, na podstawie art. 438 pkt 3 k.p.k. zarzuciła:

1. błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę orzeczenia i mający wpływ na jego treść przez:

a) uznanie oskarżonego za winnego czynów opisanych w pkt. II. 1 wyroku, w sytuacji gdy z dowodów zebranych w sprawie wynika, że oskarżonemu można przypisać tylko czyn z pkt. II aktu oskarżenia, tj. polegający na udzielaniu od stycznia 2012r. do 13 czerwca 2013 r. w K. małoletniemu K. W. środka odurzającego w postaci marihuany oraz z pkt. V aktu oskarżenia;

b) uznanie oskarżonego za winnego czynów opisanych w pkt. II.2 wyroku, w sytuacji gdy z dowodów zebranych w sprawie wynika, że oskarżony dopuścił się jedynie czynu w dniu 27 marca 2013 r., tj. posiadania marihuany w ilości 0,26 grama netto, tj. przestępstwa z art. 62 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, który należało zakwalifikować jako przypadek mniejszej wagi;

W konsekwencji obrońca wniosła o:

1. zmianę wyroku Sądu I Instancji w pkt. II. 1 poprzez wyeliminowanie z opisu czynu czynów III i IV aktu oskarżenia, a za czyn z pkt. II i V aktu oskarżenia, po zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary wymierzenia kary łagodniejszej i warunkowej jej zawieszenie;

2. zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. II. 2 poprzez wyeliminowanie z opisu czynu przestępstwa polegającego na posiadaniu przez oskarżonego w okresie od połowy października do połowy marca środka odurzającego w postaci marihuany w ilości łącznej nie mniejszej niż 6 gram i nie mniej niż 7 razy, a jeżeli chodzi o czyn polegający na posiadaniu w dniu 27 marca 2013 r. marihuany w ilości 0,26 grama netto, to zmianę kwalifikacji poprzez przyjęcie, że stanowi on wypadek mniejszej wagi;

3. uchylenie orzeczenia o karze łącznej;

4. zmianę wyroku w pkt. 5 poprzez uznanie, że równowartość korzyści majątkowej uzyskanej z popełnionego przestępstwa jest niższa;

ewentualnie o:

5. uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja obrońcy, zasługująca w znacznej mierze na uwzględnienie, odniosła finalnie ten skutek, że zaskarżony wyrok odnośnie oskarżonego D. C. podlegał uchyleniu i sprawa została przekazana Sądowi Okręgowemu we Włocławku do ponownego rozpoznania.

Wyjaśniając przyczyny, dla których zaskarżony wyrok nie mógł dalej funkcjonować w obrocie prawnym stwierdzić trzeba, że jest to wynikiem korelacji trafności zarzutów postawionych przez apelującą i szeregu uchybień natury procesowej, popełnionych przez sąd meriti w toku rozpoznawania sprawy. Popełnione uchybienia są zaś tego rodzaju, że ich naprawienie nie było możliwe bez konieczności uzupełnienia postępowania dowodowego, przy tym wykraczającego poza ramy dozwolonego uzupełnienia przewodu sądowego w postępowaniu odwoławczym (art. 452 § 2 k.p.k. Tym samym zaistniały podstawy do uczynienia zadość tylko temu wnioskowi skarżącej, który był najdalej idący.

Przypomnienia wymaga w tym miejscu to, że formułując zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku, trzeba postrzegać go w kategoriach błędu, który wynika bądź to z niepełności postępowania dowodowego (tzw. błąd "braku"), bądź też z przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów (błąd "dowolności"). Może on być wynikiem niezajomości określonych dowodów lub nieprzestrzegania dyrektyw obowiązujących przy ocenie dowodów (art. 7 k.p.k.) np. błąd logiczny, zlekceważenie niektórych dowodów, danie wiary dowodom nieprzekonywającym, bezpodstawne pominięcie określonych twierdzeń dowodowych, czy oparcie się na faktach w istocie nieudowodnionych (zob.: wyrok S. Apel. we Wrocławiu z dnia 6.02.2013 r., II AKa 395/12, LEX nr 1289604; Grzegorzczak T., Komentarz do art. 438 Kodeksu postępowania karnego w: Grzegorzczak T., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Zakamycze 2003).

Uprzedzając dalsze rozważania stwierdzić trzeba, że w wykonaniu sądu a quo mamy do czynienia z omawianym błędem „braku”, a błąd „dowolności” ma już tylko znaczenie wtórne. Niewyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy jest wynikiem obracania się przez sąd meriti w ramach ułomnego procesowo materiału dowodowego, to jest takiego, który nie może być uznany za wyczerpujący. Rozstrzygnięcie zatem w takich warunkach o kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego D. C. nie może zasługiwać na aprobatę.

Wyznacznikiem ogólnej trafności zarzutów stawianych przez obrońcę oskarżonego są uchybienia procesowe, które w sposób oczywisty miały wpływ na treść zaskarżonego wyroku. Dlatego też za wystarczające uznać należy wskazanie przede wszystkim na owe uchybienia, albowiem wynikające z tego powiązania i zależności przedstawiają się już w sposób oczywisty.

Sąd Apelacyjny zwraca uwagę przede wszystkim na uchybienia natury proceduralnej, związane z nieuwzględnianiem w wymaganym stopniu przez sąd a quo w toku prowadzonego postępowania losów sprawy wyłączonej do odrębnego rozpoznania. Bowiern po upływie aktu oskarżenia w badanej sprawie, która otrzymała sygnaturę akt II K 91/13, postanowieniem z dnia 9 stycznia 2014 r. wyłączono z niej sprawę m. in. oskarżonych B. M., N. P., S. M., S. O. i I. O. (k. 146). Wymienieni oskarżeni

w rozpoznawanej sprawie występowali w charakterze świadków. Wiedza na temat aktualnie toczącego się wyłączonego postępowania była zatem istotna już choćby z uwagi na potrzebę rozważenia konieczności pouczenia każdego z tych świadków o treści art. 182 § 3 k.p.k. czy też art. 183 § 1 k.p.k. Sąd Okręgowy nie wyraził *expressis verbis* stanowiska, czy chodziło o świadków, którzy

w innej toczącej się sprawie byli oskarżeni o współudział w przestępstwie objętym postępowaniem. Zgodzić się natomiast trzeba co do tego, że "inna tocząca się sprawa" w rozumieniu art. 182 § 3 k.p.k. to inne postępowanie karne, także w stadium postępowania przygotowawczego, a osoba która ma być przesłuchana w charakterze świadka w tej innej sprawie, ma nie tylko status oskarżonego, ale także podejrzanego, a oskarżenie (podejrzenie) o współudział polegać może nie tylko na współsprawstwie, ale także na innych formach zjawiskowych: pomocnictwie i podżeganiu. Wszystko to dotyczy przestępstwa, w związku z popełnieniem którego odpowiedzialność karna jest przedmiotem postępowania, w którym osoba taka ma być przesłuchana w charakterze świadka (por.: wyrok S. Apel. w Warszawie z dnia 23.11.2012 r., II AKa 323/12, LEX nr 1246940).

Nie ulega jednocześnie wątpliwości to, że o prawie świadka do odmowy zeznań, określonym w art. 182 k.p.k. należy go uprzedzić, w sposób odpowiednio dla niego zrozumiały, stosownie do wieku i rozwoju umysłowego (zob. wyrok S. Apel we Wrocławiu z dnia 22.02.2012 r., II AKa 27/12, LEX nr 1120040), o ile zostaną ujawnione okoliczności objęte tym przepisem. To samo dotyczy pouczenia o treści art. 183 k.p.k., bo taki jest wymóg wynikający z treści art. 191 § 2 k.p.k.

Jak wynika z akt sprawy posiedzenie Sądu Rejonowego we Włocławku w sprawie wyłączonej o sygn. akt II K 363/14 odbyło się w dniu 13 maja 2014 r. i w tym też dniu został wydany wyrok w tej sprawie (k. 233-244). Brak jest jednak jakichkolwiek ustaleń ze strony sądu *meriti* co do kwestii uprawomocnienia się tegoż wyroku. Dowód z protokołu posiedzenia i wyroku z akt Sądu Rejonowego we Włocławku o sygn. akt II K 363/14 został przeprowadzony dopiero na rozprawie w dniu 24 czerwca 2014 r. (k. 219v). Jednocześnie sąd *a quo* pominął w ogóle fakt, iż w toku ww. posiedzenia Sąd Rejonowy we Włocławku wyłączył „do odrębnego rozpoznania i rozstrzygnięcia” sprawę S. M., S. O. i I. O., bo dowodu z akt tej sprawy wyłączonej już nie przeprowadził.

Tymczasem w protokole rozprawy z dnia 27 marca 2014 r. wprawdzie znajduje się ogólna formułka o pouczeniu świadków S. M.

i S. O. m. in. o treści art. 182, 183 k.p.k., jednakże z treści przesłuchania tychże świadków nie wynika w najmniejszym stopniu, aby byli oni indagowani o toczące się przeciwko nim postępowanie karne przed Sądem Rejonowym we Włocławku. Nie można zatem zasadnie wnosić, że pouczenie zostało dokonane w związku z ujawnieniem okoliczności objętych omawianymi przepisami. Jednocześnie nie sposób utrzymywać, że okoliczność ta nie była znana sądowi *a quo*. Sytuacja ta odnosi się również do przesłuchania świadka R. P. na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2014 r. (k. 194v).

Doniosłość przepisu art. 182 § 3 k.p.k., jak i też przepisu art. 183 § 1 k.p.k. wymaga, aby zawrzeć w protokole rozprawy wyraźne stwierdzenie

o toczącym się innym postępowaniu i wyraźne pouczenie świadka odpowiednio o treści tych przepisów oraz odebrać odeń stosowne oświadczenia w omawianej kwestii. Treść uprzedzenia i stanowisko świadka należy zatem odnotować w protokole.

Ogólnikowy zapis (sporządzony na zasadzie „wytnij-wklej”) nie czyni zadość przytoczonym wymogom, bo nie usuwa wątpliwości co do prawidłowości dokonanego pouczenia. W konsekwencji zaś rodzi to wątpliwości także co do poprawności ukształtowania podstawy dowodowej wyroku (art. 410 k.p.k.).

Wniosek powyższy nie jest wynikiem nadmiernego rygoryzmu procesowego, lecz tylko rezultatem analizy sposobu procedowania przez Sąd Okręgowy. O stosowaniu techniki „wklejania” omawianego pouczenia świadczy choćby uczynienie tego również wobec świadka K. G., policjanta sporządzającego protokół przesłuchania K. W., na rozprawie

w dniu 23 maja 2014 r. (k. 201v), co do którego oczywiście nie zachodziła potrzeba pouczenia go w omawianych trybach. Zastosowana formułka jest dokładnie taka sama w odniesieniu do świadków przesłuchiwanym na rozprawie w dniu 29 lipca 2014 r. (k. 243v).

Nie jest też do zaakceptowania sposób uzyskania przez Sąd Okręgowy zeznań świadka B. M.. Otóż na rozprawie w dniu 24 czerwca 2014 r., wobec przejściowych, jak należy wnosić, trudności w spowodowaniu stawienia tego świadka i wyraźnego wniosku m. in. obrońcy oskarżonego D. C. o jego bezpośrednie przesłuchanie, Sąd Okręgowy po naradzie nad wnioskami stron w tej materii postanowił: „Na podstawie art. 391 § 1 k.p.k. odczytać zeznania B. M. z k. 3-6v, 20 oraz kart 102-104, 429-431, 439-440 z akt II K 363/14 Sądu Rejonowego we Włocławku”. Z jakiego jednakże powodu tak uczyniono, Sąd Okręgowy nie wyjaśnił, bo nie zawarł żadnego uzasadnienia wydanego postanowienia. Zarazem zwrócenia uwagi wymaga to, że odczytana karta 20, to tylko część protokołu, bowiem cały znajduje się on na kartach 19-20.

Podjęta decyzja nie przeszkodziła w wydaniu następnie zarządzenia o doręczeniu wezwania dla tego świadka, adresowanego do KP w K. z informacją, że świadek ten przebywa w miejscu zamieszkania na weekendy z uwagi na to, że pracuje w delegacji w Ł. (k. 219v). Nietrafność zastosowanego w tym przypadku trybu z art. 391 § 1 k.p.k. przedstawia się zatem oczywiście.

W protokole rozprawy z dnia 29 lipca 2014r. przed przesłuchaniem m. in. świadka B. M. znajduje się omawiana wyżej standardowa formułka pouczeń, choć jak się wydaje, nie było już potrzeby tak szerokiego pouczenia tego świadka. W trakcie tego przesłuchania „Wobec częściowej sprzeczności i niepamięci na podstawie art. 391 § 1 k.p.k. ujawniono k. 3-6”. Takie sformułowanie wymaga komentarza. Oczywiście przedstawia się bowiem to, że w trybie art. 391 § 1 k.p.k. wolno odczytywać w odpowiednim zakresie protokoły złożonych poprzednio przez świadka zeznań w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem w tej lub innej sprawie albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę. (...) nie czyni temu zadość. Sposób prezentacji świadkowi protokołu na k. 3-6 budzi uzasadnione wątpliwości. Powziąć tylko można w związku z tym kolejną wątpliwość, czy świadek, który następnie wypowiadał się w tej materii, miał pełny ogłąd treści tego protokołu.

Zastanowienia wymaga następnie to, dlaczego w przytoczonym przypadku Sąd Okręgowy pominął treść protokołów przesłuchania świadka B. M. (w charakterze podejrzanego) na kartach 19-20 oraz na kartach 102-104, 429-431, 439-440 z akt II K 363/14 Sądu Rejonowego we Włocławku. Jest to ewidentna niekonsekwencja. Odnosnie pominiętych protokołów, których kserokopie, aczkolwiek niewiarygodne, znajdują się na k. 210-218 akt, występują te same okoliczności, jak w przypadku zastosowania art. 391 § 1 k.p.k. w odniesieniu do protokołu na k. 3-6. Faktem jest natomiast to, że na rozprawie w dniu 29 lipca 2014 r. Sąd Okręgowy nie dysponował już oryginałami przytoczonych protokołów, bowiem akta sprawy II K 363/14 Sądu Rejonowego we Włocławku zostały w dniu 24 czerwca 2014 r. zwrócone temu Sądowi (k. 237).

Zgodzić należy się w konsekwencji z obrońcą oskarżonego, że Sąd Okręgowy nie wyjaśnił wszystkich istotnych okoliczności związanych

z przypisaniem D. C. przestępstwa w punkcie II.1., zwłaszcza w zakresie udzielania marihuany B. M. i S. M.. Brak dostrzeżenia przez sąd a quo sygnalizowanych okoliczności skutkowało w konsekwencji skazaniem oskarżonego, co z pewnością jest przedwczesne, gdyż dowody mające istotne znaczenie dla przyjęcia ewentualnego zawinienia tego oskarżonego nie zostały prawidłowo przeprowadzone. Uwzględnienie i wykorzystanie materiału dowodowego na etapie dokonywania ustaleń faktycznych i wyrokowania winno być poprzedzone prawidłowym jego zgromadzeniem w toku rozprawy głównej, a tego w realiach badanej sprawy nie sposób jest stwierdzić.

Rację ma również skarżąca wskazując na to, że w sytuacji gdy oskarżony nie przyznał się do posiadania marihuany w innych okresach niż w dniu 27 marca 2013 r., to zebrany w sprawie materiał dowodowy nie wskazuje, aby tych czynów dopuścił się. Również w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku brak jest analizy dowodów, na podstawie których

Sąd pierwszej instancji przyjął winę oskarżonego i na jakich dowodach oparł swoje rozstrzygnięcie w zakresie czynu przypisanego oskarżonemu w punkcie II.2.

Z pewnością w omawianej materii nie jest wystarczające wnioskowanie, które jak należy wnosić zostało dokonane przez sąd a quo, a mianowicie, że fakty przypisanego oskarżonemu posiadania marihuany są pochodną udzielenia mu tego środka odurzającego nieodpłatnie przez K. W.

i S. M. oraz zakupienia jej od R. P.. Trudno zaakceptować taki zabieg jako wystarczający dla przyjęcia sprawstwa oskarżonego. Tym bardziej, że sąd a quo wszystkie zdarzenia związane z posiadaniem marihuany ujął w ramach jednego przestępstwa, również nie wyjaśniając w tej mierze w uzasadnieniu wyroku przyczyn zajętego stanowiska.

Konstruując ustalenia faktyczne odnośnie posiadania przez oskarżonego D. C. poszczególnych ilości narkotyków sąd a quo w ogóle nie poczynił rozważań co do okoliczności związanych z wejściem w ich posiadanie. Wprawdzie trzeba pamiętać o tym, że posiadaniem środka odurzającego lub substancji psychotropowej w rozumieniu art. 62 ustawy z dnia 21 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.) jest każde władanie takim środkiem lub substancją, a więc także związane z jego użyciem lub zamiarem użycia (zob.: Uchwała SN 7 sędziów z dnia 27.01.2011 r., I KZP 24/10, OSNKW 2011/1/2, Prok. i Pr.- wkł. 2011/4/6, LEX nr 686664, Biul. SN 2011/1/15), ale jednocześnie i o tym, że posiadanie środków odurzających i substancji psychotropowych, które łączy się poprzez bliskość czasową i więź sytuacyjną z przestępstwami określonymi w art. 53, 55, 56 i 59 ustawy z 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, nie podlega odrębnemu ukaraniu. W takiej bowiem sytuacji pomiędzy wskazanymi wyżej przestępstwami, a czynem określonym w art. 62 ustawy zachodzi pozorny (pomijalny) zbieg przestępstw i posiadanie narkotyków winno być traktowane jako zachowanie współukarane w stosunku do wyżej wymienionych przestępstw głównych (zob.: wyrok S. Apel. w Lublinie z dnia 30.08.2012 r., II AKa 176/12, LEX nr 1220531, KZS 2013/2/80). Tego typu zróżnicowania zabrakło w wykonaniu sądu a quo.

Przepis art. 62 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii penalizuje działanie przestępcze polegające na niezgodnym z ustawą posiadaniu środków odurzających lub substancji psychotropowych. Nie bez znaczenia jest też to, że przestępstwo posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych jest zaliczane do przestępstw trwałych. Stąd też przy ustaleniu, czy oskarżony posiadał środek odurzający należy kierować się faktyczną ilością posiadanych rzeczywiście przez oskarżonego środków odurzających w konkretnym czasie (por.: wyrok S. Apel. w Warszawie z dnia 14.02.2014 r., II AKa 442/13). Rozważań w tej materii, jak już była o tym mowa, sąd a quo nie przytoczył w uzasadnieniu wyroku. Dla rozszyfrowania stanowiska tego sądu nie jest wystarczające odwołanie się do uprzedzenia dokonanego w trybie art. 399 § 1 k.p.k., że przestępstwo w punkcie I, VI, VII i VIII jest przestępstwem trwałym (k. 246).

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, odwołując się do dokonanych ustaleń faktycznych nie wskazał nic więcej poza stwierdzeniem,

iż oskarżony „...działaniem swoim wyczerpał znamiona art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29.07.2005 r., albowiem „...posiadał...” w ujętym zbiorczo okresie (od października 2012 r. do połowy marca 2013 r. oraz w dniu 27 marca 2013 r.) przytoczone ilości narkotyków. Nie baczył przy tym na dopiero co uczynione stwierdzenie, iż przyjął, że oskarżony „...działał z góry powziętym zamiarem odsprzedaży narkotyków w celu uzyskiwania dochodów, a do sprzedaży tych dochodziło w krótkich odstępach czasu...” (s. 14 uzas.).

Sąd Okręgowy nie dokonał zatem żadnego istotnego rozróżnienia i nie zastanawiał się w ogóle nad tym, czy w ramach przypisanego oskarżonemu posiadania marihuany mogły być jednak i takie sytuacje, które z uwagi na bliskość czasową i więź sytuacyjną, łączyły się z przestępstwem przypisanym oskarżonemu z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a w konsekwencji czy to posiadanie środków odurzających nie powinno być traktowane jako zachowanie współukarane w stosunku do wyżej wymienionego przestępstwa głównego.

Oczywiście trudna sytuacja dowodowa wynika też z tego, że w sprawie nie zabezpieczono żadnej ilości narkotyków, poza ujawnioną ilością 0,26 gram netto marihuany w czasie przeszukania osoby oskarżonego w dniu 27 marca 2013 r. To nakazywało zaś szczególnie ostrożne procedowanie.

Sąd Okręgowy w ogóle też nie prowadził żadnych rozważań w zakresie przytaczanego przez świadków ewentualnego „częstowania” oskarżonego marihuaną. Jest to istotne także o tyle, że nawet w świetle cytowanej wyżej Uchwały SN 7 sędziów z dnia 27.01.2011 r. problematycznie przedstawia się możliwość przypisania posiadania narkotyków osobie, której narkotyk udostępniono w sposób niezwiązany z przejęciem przez nią władztwa nad tym narkotykiem (por. glosa krytyczna Kornak M. i glosy częściowo krytyczne: Maraszek M. i Snarski T. do ww. Uchwały).

Bezspornie, w aktualnym stanie prawnym nie mamy do czynienia z normatywnie sformułowanym zakazem zażywania narkotyków, co wcale nie jest zbędne, bo nie jest zbędne to, co stanowi istotną funkcję gwarancyjną prawa. Niesprecyzowanie zakresu tzw. niekaralnego posiadania konsumenckiego jest w literaturze określane nawet mianem błędu czy też niedopatrzenia ustawodawcy (tak: M. Klinowski, Granice odpowiedzialności za posiadanie narkotyków, Prok. i Pr. 2011/3/99-117).

Przyjęte przez sąd a quo stanowisko wymaga zatem zweryfikowania pod kątem wskazanych wyżej okoliczności. Istotne jest bowiem to, że w chwili obecnej, bez przeprowadzenia uzupełniającego postępowania dowodowego nie sposób racjonalnie odeprzeć twierdzenia skarżącej, iż oskarżony posiadał jedynie w dniu 27 marca 2013 r. marihuanę w ilości 0,26 gram netto, co umożliwiłoby z kolei zakwalifikowanie tego czynu jako wypadku mniejszej wagi z art. 62 ust. 3 cyt. ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Sąd Okręgowy uwzględni w postępowaniu ponownym przytoczone wyżej wskazania i uwagi, mając jednocześnie na względzie to, aby nie powtórzyły się stwierdzone uchybienia. Zarazem będzie miał też na uwadze pozostałe okoliczności podnoszone przez obrońcę oskarżonego, tylko wyżej zasygnalizowane, jak i te, zwłaszcza w zakresie wymiaru kary, co do których rozważania byłyby przedwczesne z uwagi na kasatoryjne rozstrzygnięcie sądu odwoławczego. Mając zaś na względzie optymalny przebieg postępowania ponownego sąd orzekający w pierwszej instancji, przeprowadzając postępowanie w zakresie dowodów, które nie miały wpływu na uchylenie wyroku, winien korzystać z unormowania zawartego w art. 442 § 2 k.p.k.

Po dokonaniu prawidłowych ustaleń sąd ponownie rozpoznający sprawę, jeśli dojdzie do wniosku o zawinięciu oskarżonego, to kształtując finalne rozstrzygnięcie będzie musiał mieć też na uwadze treść art. 443 k.p.k., z uwagi na kierunek apelacji, wywiedzionej w sprawie.