



Sygn. akt III KK 459/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 stycznia 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący)

SSN Jerzy Grubba

SSN Włodzimierz Wróbel (sprawozdawca)

Protokolant Weronika Woźniak

przy udziale prokuratora del. do Prokuratury Krajowej Krzysztofa Urgacza,
w sprawie **P. S.**

skazanego z art. 56 ust. 3 ustawy z dn. 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii
w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 i in. k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie
w dniu 19 stycznia 2023 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku

z dnia 23 lutego 2021 r., sygn. akt II AKa 285/19

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w Elblągu

z dnia 21 listopada 2018 r., sygn. akt II K 72/15,

**1) uchyla zaskarżony wyrok oraz zmieniony nim wyrok Sądu
Okręgowego w Elblągu w zakresie czynu z pkt V aktu oskarżenia
i uniewinnia oskarżonego od zarzutu popełnienia tego czynu;**

**2) uchyla zaskarżony wyrok w części dotyczącej pkt VI i VIII
aktu oskarżenia i w tym zakresie przekazuje sprawę do**

ponownego rozpoznawania przed Sądem Apelacyjnym w Gdańsku w postępowaniu odwoławczym;

3) w pozostałym zakresie oddala kasację jako oczywiście bezzasadną;

4) obciąża Skarb Państwa kosztami postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 21 listopada 2018 r. (sygn. akt II K 72/15) P. S. został uznany winnym popełnienia czynu zarzucanego mu w:

I. pkt I aktu oskarżenia, kwalifikowanego z art. 258 § 3 k.k. i za to na podstawie art. 258 § 3 k.k. wymierzono mu karę 2 lat pozbawienia wolności;

II. pkt II aktu oskarżenia, kwalifikowanego z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k. wymierzono mu karę 4 lat pozbawienia wolności oraz karę 300 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł;

III. pkt III aktu oskarżenia, z tym ustaleniem, iż stanowi on wypadek mniejszej wagi kwalifikowany 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 z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzono mu karę 2 miesięcy pozbawienia wolności;

IV. pkt IV aktu oskarżenia kwalifikowanego z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzono mu karę 2 miesięcy pozbawienia wolności;

V. pkt V oskarżenia, z tym ustaleniem, iż stanowi on wypadek mniejszej wagi kwalifikowany z art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29

lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzono mu karę 2 miesięcy pozbawienia wolności;

VI. pkt VI i VIII aktu oskarżenia kwalifikowanych z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k. wymierzono mu karę 3 lat pozbawienia wolności oraz karę 150 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł;

VII. pkt VII aktu oskarżenia kwalifikowanego z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzono mu karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności;

VIII. pkt IX aktu oskarżenia kwalifikowanego z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 33 § 1 i 3 k.k. wymierzono mu karę lat pozbawienia wolności oraz karę 100 stawek dziennych grzywny ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł;

IX. pkt X, XI i XII aktu oskarżenia kwalifikowanych z art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i uznając, że zostały popełnione w warunkach ciągu przestępstw z art. 91 § 1 k.k., na podstawie art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 91 § 1 k.k. wymierzono mu karę 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Na podstawie art. 85 § 1 i 2 k.k., art. 86 § 1 k.k. połączono jednostkowe kary pozbawienia wolności orzeczone wobec oskarżonego P. S. i wymierzono karę łączną 7 lat pozbawienia wolności oraz karę łączną 400 czterystu stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 100 zł.

Wyrok ten został następnie zmieniony wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 23 lutego 2021 r. (sygn. akt II AKa 285/19) w ten sposób, że w zakresie czynów przypisanych oskarżonemu P. S.:

- 1) uchylono zawarte w punkcie X rozstrzygnięcie o karze łącznej pozbawienia wolności oraz zawarte w punkcie XI rozstrzygnięcie o zaliczeniu na poczet tej kary okresu rzeczywistego pozbawienia wolności;
- 2) w punkcie II: w opisie czynu ustalono, że oskarżony brał udział w obrocie znaczną ilością środka odurzającego w postaci marihuany o łącznej wadze 15250 gram i o wartości 180575 zł oraz znaczną ilością substancji psychotropowej w postaci amfetaminy o łącznej wadze 3480,13 gram, a w kwalifikacji przypisanego mu przestępstwa w miejsce „art. 12 k.k.” przyjęto „art. 12 § 1 k.k.” i wymierzoną karę pozbawienia wolności obniżono do 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności;
- 3) w punktach IV, V, VI, VII i VIII w kwalifikacji przypisanych mu przestępstw w miejsce „art. 12 k.k.” przyjęto „art. 12 § 1 k.k.”.

W pozostałym zakresie (istotnym dla niniejszego postępowania kasacyjnego) utrzymano wyrok w mocy.

Kasację od powyższego prawomocnego orzeczenia wniósł obrońca skazanego, zarzucając wyrokowi rażące naruszenie prawa przejawiające się w rażącej obrazie przepisów postępowania, tj.:

„1. art. 433 § 2 k.p.k. w z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez nieprawidłową merytoryczną ocenę zarzutów apelacji w zakresie oparcia wyroku Sądu II tylko na podstawie pomówień M. G., M. M. i B. M., które to pomówienia zostały ocenione w sposób całkowicie błędny, dowolny i uchybiający zasadom prawidłowego rozumowania oraz wskazaniom wiedzy i doświadczenia życiowego, a także w rażącej sprzeczności z kilkudziesięcioletnią, konsekwentną, jednoznaczną i jednolitą linią orzecniczą Sądu Najwyższego w zakresie wymagań stawianych wobec dowodu z pomówienia, co w konsekwencji miało istotny wpływ na treść orzeczenia,

2. art. 433 § 2 k.p.k. w z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k. poprzez nieprawidłową merytoryczną ocenę zarzutów apelacji w zakresie, w jakim Sąd a quo dokonał zbyt powierzchownej oceny pomówień, a tym samym zbagatelizował

wewnętrzne sprzeczności w ich treści i w konsekwencji zaistniałe wątpliwości rozstrzygnął na niekorzyść skazanego,

3. art. 433 § 2 k.p.k. w z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez nieprawidłową merytorycznie ocenę zarzutów apelacji w zakresie, w jakim Sąd a quo błędnie, dowolnie, uchylając zasadom prawidłowego rozumowania oraz wskazaniom wiedzy i doświadczenia życiowego ocenił materiał dowodowy i przyjął, że skazany założył i kierował zorganizowaną grupą przestępczą,

4. art. 167 in fine k.p.k. w zw. z art. 192 § 2 k.p.k. w zw. z art. 2 § 2 k.p.k. poprzez błędne nieprzeprowadzenie dowodu polegającego na powołaniu biegłego i zarządzeniu przesłuchania pomawiających M. G., M. M. i B. M. w obecności biegłego,

5. art. 433 § 1 in fine k.p.k. w z art. 440 k.p.k. w zw. z art. 62 ust. 3 w zw. z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez wadliwe nieprzeprowadzenie przez Sąd ad quem kontroli wyroku Sądu a quo w zakresie szerszym, niż podniesione przez obronę zarzuty w środku odwoławczym, co spowodowało utrzymanie rażąco niesprawiedliwego wyroku w zakresie, w jakim Sąd meriti uznał

- co do zarzutu numer V aktu oskarżenia - że dysponowanie środkiem odurzającym lub substancją psychotropową w trakcie ich zażywania wypełnia znamię „posiadania” w rozumieniu tego przepisu, przy czym prawidłowa wykładnia tego przepisu każe stwierdzić, że poza obszarem penalizacji nadal pozostaje proces zażywania środka odurzającego lub substancji psychotropowej, który zawsze wiąże się z jakąś formą „posiadania”, „dysponowania”, „dzierżenia”, czy po prostu „trzymania” takiego środka i takie karanie byłoby wyrazem złamania podstawowych reguł procesu karnego, w szczególności zasady nullum crimen sine lege;

6. art. 433 § 1 in fine k.p.k. w z art. 440 k.p.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez wadliwe nieprzeprowadzenie przez Sąd ad quem kontroli wyroku Sądu a quo w zakresie szerszym, niż podniesione przez obronę zarzuty w środku odwoławczym, co spowodowało utrzymanie rażąco niesprawiedliwego wyroku w zakresie, w jakim

Sąd meriti nie dostrzegł - co do zarzutu numer VI aktu oskarżenia - że w ramach przyjętego w opisie czynu okresu, tj. od dnia 1 grudnia 2010 r. do dnia 3 października 2011 r. obowiązywała ustawa względniejsza dla skazanego, albowiem zagrożenie ustawowe zarzucanego czynu było istotnie niższe, zarówno jeżeli chodzi o dolną (jeden miesiąc versus dwa lata), jak i o górną granicę (10 lat versus 12 lat) ustawowego zagrożenia, co spowodowało, że wyrok w tym zakresie nie odpowiada prawu, albowiem Sąd pierwszej instancji w procesie decyzyjnym co do tego czynu opierał się na przepisie kształtującym zagrożenie karą od 2 do 12 lat pozbawienia wolności, a winien, zgodnie z dokonaną zmianą przez art. 4 § 1 k.k., kształtować swój proces decyzyjny w zakresie zagrożenia od miesiąca do lat 10; w takim wypadku Sąd meriti opierał swój proces decyzyjny w zakresie tzw. dyrektywy wymiaru kary zawartych w przepisie art. 53 k.k., robiąc to już w założeniu błędnie, albowiem przystąpił do tej analizy mając na uwadze znacząco zawyżony próg dolnej i górnej granicy zagrożenia karą, co też obala cały proces decyzyjny co do wymierzonej kary;

7. *art. 433 § 2 k.p.k. w z art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 438 pkt 4 in principio k.p.k. poprzez nieprawidłową merytorycznie ocenę zarzutów apelacji w zakresie, w jakim Sąd jasno wskazując na brak okoliczności przemawiających za odpowiednio mniejszym wymiarem poszczególnych kar jednostkowych pominął w szczególności dyrektywy mówiące o spełnieniu przez karę celów zapobiegawczych i wychowawczych w stosunku do skazanego."*

Skarżący wniósł o uchylenie wyroku z dnia 23 lutego 2021 roku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku w całym zakresie, w jakim odnosi się do skazanego P. S. i wyroku z dnia 21 listopada 2018 r. Sądu Okręgowego w Elblągu w całym zakresie w jakim odnosi się do skazanego P. S. i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Elblągu do ponownego rozpoznania. Ewentualnie zaś, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, o uchylenie wyroku z dnia 23 lutego 2021 roku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku w całym zakresie, w jakim odnosi się do skazanego P. S. i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Prokurator w odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Kasacja okazała się bezzasadna w stopniu oczywistym w zakresie zarzutów 1-4 oraz 7.

Natomiast kasacja okazała się zasadna w zakresie zarzutów 5 i 6.

W odniesieniu do zarzutu 6 kasacji w sprawie Sąd Apelacyjny powinien z urzędu dostrzec, że w czasie, w którym oskarżony dokonywać miał czynów z art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w warunkach ciągu przestępstw (czyny z pkt VI i VIII aktu oskarżenia) doszło do zmiany ustawy.

Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu I instancji (s. 105) po odnowieniu kontaktów z M. G. 1 grudnia 2010 r. P. S. przekazywał mu do dalszej odsprzedaży marihuanę i amfetaminę (łącznie 3000 gram marihuany i 100 gram amfetaminy). Współpraca ta została przerwana przez zatrzymanie M. G. w dniu 4 października 2011 r. Następnie mężczyźni odnowili współpracę 1 grudnia 2011 r. i trwała ona do połowy listopada 2012 r. W tym czasie P. S. przekazał M. G. łącznie 1500 gram marihuany do dalszej odsprzedaży. Sąd uznał, że doszło tutaj do dwóch czynów ciągłych (przerwanych okolicznościami obiektywnymi). Ostatecznie potraktował te dwa zachowania polegające na braniu udziału w obrocie znaczną ilością środka odurzającego jako składające się na ciąg przestępstw z art. 91 § 1 k.k. Sąd II instancji tego wątku nie analizował w swoim uzasadnieniu, akceptując ustalenia Sądu I instancji.

Jednak umknęło uwadze Sądom obu instancji, że w wyniku ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 117, poz. 678), która weszła w życie w dniu 9 grudnia 2011 r., a więc już po zakończeniu pierwszego z przypisanych P. S. czynów ciągłych w pkt VI wyroku Sądu I instancji, kara za czyn z art. 56 ust. 3 ustawy została podniesiona do przedziału 2 do 12 lat (wcześniej był to wymiar od 1 miesiąca do 10 lat pozbawienia wolności).

Zasadnie więc skarżący w kasacji podkreśla, że „w ramach przyjętego w opisie czynu okresu, tj. od dnia 1 grudnia 2010 r. do dnia 3 października 2011 r. obowiązywała ustawa względniejsza dla skazanego, albowiem zagrożenie ustawowe zarzuconego czynu było istotnie niższe, zarówno jeżeli chodzi o dolną (jeden miesiąc versus dwa lata), jak i o górną granicę (10 lat versus 12 lat) ustawowego zagrożenia, co spowodowało, że wyrok w tym zakresie nie odpowiada prawu, albowiem Sąd pierwszej instancji w procesie decyzyjnym co do tego czynu opierał się na przepisie kształtującym zagrożenie karą od 2 do 12 lat pozbawienia wolności, a winien, zgodnie z dokonaną zmianą przez art. 4 § 1 k.k., kształtować swój proces decyzyjny w zakresie zagrożenia od miesiąca do lat 10.”

Pierwszy czyn ciągły przypisany oskarżonemu został dokonany przed wskazaną nowelizacją, a drugi, składający się zdaniem Sądu I instancji na ciąg przestępstw – już w czasie obowiązywania art. 56 ust. 3 u.p.n. w nowym brzmieniu przewidującym znacząco surowszą karę zwłaszcza w dolnej granicy ustawowego zagrożenia.

Z uzasadnienia wyroku Sądu I instancji nie wynika, by Sąd ten zauważył tę okoliczność związaną z prawem intertemporalnym i rozważył zagadnienie stosowania art. 4 § 1 k.k. W zakresie uzasadnienia wymiaru kary wątek ten także się nie pojawia. Niewątpliwie jednak pierwszy czyn został popełniony w czasie obowiązywania ustawy znacząco względniejszej, a drugi pod rządami ustawy nowej. Kluczowe w tym układzie faktycznym było dokonanie oceny, jak dyspozycja (bezwzględna) art. 4 § 1 k.k. rzutuje na wskazane dwa czyny. Sąd zobligowany był rozważyć, jakie rozwiązanie prawa materialnego powinno zostać zastosowane w niniejszej sprawie, by uczynić zadość wymogowi stosowania ustawy poprzednio obowiązującej, o ile jest ona względniejsza dla sprawcy. Konfiguracja czasowa czynów z art. 56 ust. 3 u.p.n. wymagała pogłębionych analiz, co in concreto oznacza konieczność stosowania ustawy względniejszej do jednego z czynów. Jak bowiem wynika z ugruntowanego już orzecnictwa Sądu Najwyższego - względność ustaw dokonana w ramach stosowania art. 4 § 1 k.k., powinna być oceniana in concreto przez całościowe (zbiorcze) porównanie wszystkich rozwiązań dotyczących orzekania w wyroku łącznym kary łącznej w obydwu stanach

prawnych. Ustawą względniejszą jest w związku z tym ta ustawa, która - po przeprowadzeniu kompletnej oceny wszelkich skutków zastosowania owych konkurujących ze sobą ustaw - in concreto przewiduje dla danego oskarżonego (skazanego) łagodniejsze konsekwencje (zob. wyroki z dnia 19 stycznia 2011 r., IV K.K. 378/10; z dnia 13 czerwca 2019 r., IV K.K. 211/19).

Nie ma przy tym racji prokurator w odpowiedzi na kasację, że skoro wymierzona kara mieści się w abstrakcyjnych granicach zagrożenia, przewidzianych zarówno w nowej ustawie, jak i ustawie poprzednio obowiązującej, to nie zachodzi konieczność ustalania, która z tych ustaw była względniejsza dla sprawcy. Taki tok rozumowania odwraca kolejność ustaleń niezbędnych dla oceny, czy prawidłowo zastosowano regułę z art. 4 § 1 k.k. Dopiero hipotetyczna, całościowa ocena czynu i wymiaru kary dokonana najpierw na gruncie ustawy poprzednio już obowiązującej, a następnie na gruncie ustawy nowej, poprzez porównanie uzyskanych w ten sposób rezultatów, pozwala odpowiedzieć na pytanie, czy prawidłowo zastosowano regułę z art. 4 § 1 k.k. Należy przy tym pamiętać, że wymiaru kary dokonywanego na gruncie ustawy poprzednio obowiązującej, nie można kształtować zgodnie z preferencjami kryminalnopolitycznymi ustawodawcy wyrażonymi dopiero w treści zmienionej, nowej ustawy.

W realiach niniejszej sprawy Sąd powinien ocenić, jak zmiana ustawy, do której doszło po popełnieniu pierwszego z przestępstw (a więc w przerwie spowodowanej zatrzymaniem jednego z mężczyzn) wpływa na możliwość uznania ich za ciąg przestępstw i konsekwentnie wymierzenie jednej kary. Inne są bowiem granice ustawowe czynów stojących u podstaw wymiaru kary na podstawie art. 91 § 1 k.k. („sąd orzeka jedną karę określoną w przepisie stanowiącym podstawę jej wymiaru dla każdego z tych przestępstw”). Za czyn pierwszy sąd operować mógłby jedynie w granicach od 1 miesiąca do lat 10 pozbawienia wolności, a w stosunku do drugiego już w przedziale od 2 do 12 lat pozbawienia wolności. Pamiętać ponadto należy, że w przypadku zmiany „widełek” zagrożenia ustawowego ustawodawca sygnalizuje, że dokonał ponownej oceny stopnia naganności danej grupy czynów (jako całości). Oznacza to w praktyce, że dokonując wymiaru kary w oparciu o

ustawę nową, przewidującą surowsze zagrożenie, sąd operuje w optyce stopnia społecznej szkodliwości już w nowej normatywnej rzeczywistości i musi brać pod uwagę zaistniałą zmianę w ocenie aksjologicznej dokonanej przez ustawodawcę. Naturalnie z uwagi na indywidualizację kary i regulację art. 53 i n. k.k. sąd karę kształtuje w oparciu o całokształt okoliczności obciążających i łagodzących, to wciąż musi pod uwagę brać nowe realia zagrożenia ustawowego. Dlatego też nie jest dopuszczalna ewentualna argumentacja, że skoro ostatecznie wymierzona kara mieści się zarówno w poprzednich „widełkach” jak i nowych, pominięcie rozważań intertemporalnych nie miało ostatecznie znaczenia dla treści orzeczenia o karze.

Zagadnienie oceny popełnienia przestępstwa w czasie obowiązywania ustawy względniejszej ma niebagatelne znaczenie ponadto z punktu widzenia kierunku zaskarżenia i reguły *ne peius*. Bowiem w takiej sytuacji jak w niniejszej sprawie (uchylenie orzeczenia z uwagi na brak zastosowania z urzędu art. 440 k.p.k. na korzyść sprawcy), kolejne dokonywane rozstrzygnięcie nie może być mniej korzystne. Wskazać należy, że czyny przypisane oskarżonemu, w ocenie Sądu I instancji składające się na potencjalny ciąg przestępstw mają różne zagrożenia ustawowe, co uniemożliwia w istocie realizację dyspozycji art. 91 § 1 k.k. Sąd II instancji rozważając z urzędu na podstawie art. 440 k.p.k. zagadnienie sprawiedliwości orzeczenia Sądu I instancji w tym wycinku musi rozważyć zatem nie tylko, jak w perspektywie art. 4 § 1 k.k. rozstrzygnąć zasady odpowiedzialności karnej za pierwsze przestępstwo popełnione pod rządami ustawy względniejszej, ale także w jaki sposób reguły *ne peius* determinują stosowania prawa materialnego obejmującego rozwiązanie dotyczące przypadku realnego zbiegu przestępstw. Oba powyższe zagadnienia są ze sobą funkcjonalnie powiązane w realiach faktycznych sprawy. Sąd rozstrzygnąć musi zatem, czy zgodne z zasadami prawa intertemporalnego zawartymi w Kodeksie karnym będzie zastosowanie konstrukcji ciągu przestępstw, a jeżeli tak - to biorąc pod uwagę jaki stan prawny. Sąd rozważyć musi także w powyższej optyce orzeczenie alternatywne, tj. obejmujące chociażby orzeczenie kary łącznej za dwa czyny, gdy uzna, że stosowanie art. 91 § 1 k.k. naruszałoby dyrektywę art. 4 § 1 k.k. lub to, czy

ustalenia faktycznie pozwalają jednak na objęcie obu zachowań klamrą czynu ciągłego.

W każdym z tych wariantów kluczowa jest ocena konsekwencji zaostżenia odpowiedzialności karnej za czyn z art. 56 ust. 3 u.p.n. i kierunek kasacji.

W odniesieniu zaś do zarzutu 5 wskazać należy, że Sąd odwoławczy winien z urzędu dostrzec, iż opis czynu przypisanego w pkt V wyroku i odnoszącego się do pkt V aktu oskarżenia, a polegającego na tym, że działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz wbrew przepisom ustawy oskarżony posiadał środek odurzający w postaci marihuany o łącznej wadze nie mniejszej niż 2,5 grama udzielony mu uprzednio w różnych ilościach jednostkowych przez P. K. w celu wspólnego odurzenia się, nie realizuje znamion typu z art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k.

Sąd I instancji ustalił, że P. K. i skarżony spotykali m.in. w restauracji M. w O.. W czasie tych spotkań mężczyźni spożywali alkohol oraz wspólnie palili marihuanę, którą każdy nabywał we własnym zakresie, a potem nawzajem się nią częstowali. W okresie od 9 kwietnia 2009 r. do 30 listopada 2012 r. P. S. kilkakrotnie udzielił P. K. marihuany, w sumie nie mniej niż 2,5 grama. Tyle samo marihuany w ten sam sposób udzielił mu P. K. Oznacza to, że marihuana była na bieżąco wypalana przez obu mężczyzn i wyłącznie do tego, tj. wspólnego palenia sprowadzało się dysponowanie nią przed m.in. oskarżonego. Ani Sąd I instancji, ani z urzędu Sąd odwoławczy nie zwrócił uwagi, że taka konfiguracja faktyczno-funkcjonalna związana z posiadaniem narkotyku nie realizuje wszak znamion zarzuconego czynu. Zgodnie bowiem z utrwaloną już linią orzecniczą Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych *„nie ulega wątpliwości, że ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii nie penalizuje wprost, ani poprzez przepisy zakazujące posiadania środków odurzających, samego zażywania narkotyków przez sprawcę. Intencją ustawodawcy było poddanie karalności posiadania środka narkotycznego w chwili stwierdzenia tego czynu. Takie posiadanie jednak powinno nosić cechy pewnej trwałości od momentu wejścia przez sprawcę w posiadanie środka odurzającego do momentu ujawnienia tego faktu przez organy ścigania. Nie jest przecież możliwe użycie środka odurzającego bez wcześniejszego wejścia w*

jego "posiadanie". Poza obszarem penalizacji nadal pozostaje proces zażywania środka odurzającego lub substancji psychotropowej, który zawsze wiąże się z jakąś formą "posiadania", "dysponowania", "dzierżenia", czy po prostu "trzymania" takiego środka. Wszystkie te formy dysponowania środkiem odurzającym w omawianej sytuacji nie mogą być uznane za jego "posiadanie" w rozumieniu art. 62 w/w ustawy. A zatem w przypadku użycia w całości środka odurzającego karanie takiej osoby za wcześniejsze jego posiadanie stanowiłoby obejście zakazu karania zachowania, które z istoty swej nie jest typizowane jako czyn zabroniony. Takie karanie byłoby wyrazem złamania podstawowych reguł procesu karnego, w szczególności zasady nullum crimen sine lege." (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 15.01.2010 r., V K.K. 363/09, Biul.PK 2010, nr 2, poz. 17-19; pogląd ten został przyjęty m.in. w wyrokach z 26.02.2020 r., V K.K. 611/18, LEX nr 3260306, z 26.02.2020 r., V K.K. 611/18, LEX nr 3260306).

Dlatego też, biorąc pod uwagę ustalenia faktyczne w odniesieniu do czynu z pkt V aktu oskarżenia, Sąd Najwyższy uchyli wyrok w tym zakresie i uniewinnił oskarżonego wobec braku realizacji znamion zarzucanego mu czynu.

Konkludując, oba wskazane zagadnienia wynikające z zarzutów kasacji nr 5 i 6 obligowały Sąd odwoławczy do wyjścia poza granice apelacji i skorzystanie z dyspozycji art. 440 k.p.k. Przepis ten z uwagi na swój wyjątkowy charakter, może mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy popełnione przez sąd pierwszej instancji uchybienia procesowe są rażące i ponadto miały - nie tylko potencjalny, ale realny, rzeczywisty wpływ na treść wyroku. Rażąca niesprawiedliwość orzeczenia sądu odwoławczego ma miejsce wtedy, gdy sąd ten pominął lub nie zauważył takich uchybień popełnionych przez sąd, niewątpliwych i bezspornych, które w sposób znaczący mogą stanowić o naruszeniu przez orzeczenie między innymi zasady sprawiedliwej represji. Ma ukazywać poważny "ciężar gatunkowy" uchybienia, które legło u podstaw wydania orzeczenia dotkniętego "rażącą niesprawiedliwością". Rzecz więc dotyczy nie każdej "niesprawiedliwości" wydanego orzeczenia, a jedynie takiej, której nie można pogodzić chociażby z zasadą rzetelnego procesu. Niewątpliwie niedostrzeżenie, że sprawca nie zrealizował znamion przypisanego mu czynu należy do wspomnianej kategorii. Podobnie brak dostrzeżenia

zaniechania Sądu I instancji w zakresie oceny skutków intertemporalnych nowelizacji ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.

Jakkolwiek w przypadku pierwszym Sąd Najwyższy mógł ostatecznie doprowadzić do wyeliminowania niesprawiedliwego orzeczenia z obrotu uniewinniając oskarżonego, to w drugim przypadku złożoność oceny faktycznej i prawnej (także pod kątem reguł *ne peius*) musi zostać dokonana na etapie postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.