



Sygn. akt II KK 176/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 stycznia 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący)

SSN Eugeniusz Wildowicz (sprawozdawca)

SSN Włodzimierz Wróbel

Protokolant Anna Janczak

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Małgorzaty Wilkosz-Śliwy,
w sprawie **J. J. M., D. M. O. i M. K.** skazanych z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia
29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 16 stycznia 2014 r.,

kasacji, wniesionych przez obrońców skazanych

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 22 lutego 2013 r., zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w W.

z dnia 26 października 2012 r.,

**I. uchyla zaskarżony wyrok w części utrzymującej w mocy
wyrok Sądu Okręgowego w W. w**

stosunku do:

1) D. M. O. i M. K. i sprawę

**w tym zakresie przekazuje Sądowi Apelacyjnemu
do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym;**

**2) J. J. M. w zakresie przyjętej kwalifikacji
prawnej czynu przypisanego mu w pkt I z art. 65 § 1 k.k. oraz
w zakresie rozstrzygnięcia o karze orzeczonej za ten czyn i
sprawę w tej części przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu
do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym;
II. zarządza zwrot na rzecz J. J. M.,
D. M. O. i M. K.
wniesionych opłat od kasacji.**

UZASADNIENIE

J. M., D. O. i M. K. zostali oskarżeni o to, że „w latach 2000 – 2002 działając wspólnie i w porozumieniu z ustalonymi i nieustalonymi osobami, wbrew przepisom ustawy, dokonali wewnątrzwspólnotowej dostawy znacznej ilości środka psychotropowego w postaci amfetaminy w ilości ok. 100 kg oraz 4932 tabletek ekstazy, poprzez zorganizowanie co najmniej 10 transportów samochodowych z ukrytą amfetaminą w/w ilości i jednego transportu również z zawartością ekstazy w/w ilości, które przekroczyły granicę polsko –szwedzką m.in. przez przejście graniczne w Ś., celem dalszej ich sprzedaży na terenie Szwecji”, tj. o czyn z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy czym D. O. i M. K. uczynili sobie z popełnienia tego przestępstwa stałe źródło dochodu, tj. o czyn z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k.

Ponadto J. M. został oskarżony o popełnienie przestępstwa z art. 189 § 1 k.k. w zb. z art. 158 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. na szkodę K. R.

Sąd Okręgowy, wyrokiem z dnia 26 października 2012 r., oskarżonych J. M., D. O. i M. K. uznał za winnych popełnienia zarzucanego im czynu, przy czym ustalił, że:

- M. K. brał udział w wewnątrzwspólnotowej dostawie znacznej ilości środków psychotropowych w postaci 30 kg amfetaminy i działał w celu osiągnięcia korzyści

majątkowej oraz wyeliminował z opisu zarzucanego mu czynu, że uczynił z popełnienia tego przestępstwa stałe źródło dochodu i za to na podstawie art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 4 § 1 k.k. skazał go na karę 4 lat pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 60 stawek dziennych po 100 zł każda;

- J. M. uczynił z popełnienia tego przestępstwa stałe źródło dochodu i za to na podstawie art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i przy zastosowaniu art. 60 § 3 i § 6 pkt 2 skazał go na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i karę grzywny w wysokości 80 stawek dziennych po 100 zł każda;
- D. O. na podstawie art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 65 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. skazał na karę 6 lat pozbawienia wolności i 150 stawek dziennych grzywny po 100 zł każda.

J. M. w ramach czynu zarzucanego mu w pkt II aktu oskarżenia uznał za winnego popełnienia przestępstwa z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 189 § 1 k.k. w zb. z art. 280 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to, przy zastosowaniu art. 60 § 3 i § 6 pkt 2 k.k., skazał go na karę roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności. Na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. wymierzył oskarżonemu karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Apelacje od powyższego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych i pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego K. R.

Obrońca D. O. zarzuciła wyrokowi:

1) naruszenie przepisów postępowania karnego:

- a) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. poprzez zaniechanie przeprowadzenia z urzędu dowodów z przesłuchania w charakterze świadków K. i K.;
- b) art. 7 k.p.k. w zw. z art. 4 k.p.k. poprzez uwydatnianie konfliktu pomiędzy J. M. a G. S. i bagatelizowanie konfliktu pomiędzy D. O. a J. M. oraz D. O. a G. S.;
- c) art. 5 k.p.k. poprzez przyjęcie, że pierwszy przemyt narkotyków z Polski do Szwecji miał miejsce w grudniu 2000 r.;
- d) art. 7 k.p.k. poprzez dowolne przyjęcie, że wiarygodne są wyjaśnienia oskarżonych J. M. i G. S. oraz zeznania świadka koronnego S.;

e) art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. poprzez wadliwe sporządzenie uzasadnienia wyroku, w tym m.in. pominięcie informacji o tym, że samochód Fiat nie przekraczał granicy oraz tych elementów uzasadnienia wyroku w sprawie VIII K .../09, które miały wspierać ustalenia faktyczne poczynione w sprawie niniejszej;

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegający na bezpodstawnym przyjęciu, że do pierwszego przemytu doszło w grudniu 2000 r. oraz że D. O. brał udział w 10 przemytach.

Na tej podstawie skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji ewentualnie zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Obrońca M. K. zarzuciła wyrokowi naruszenie art. 4, 5 § 2, 7, 410 i 424 § 1 pkt 1 k.p.k. polegające na nieobiektywnym przyjęciu, że wyjaśnienia J. M. i G. S. mogą stanowić wystarczający dowód winy oskarżonego M. K.

W oparciu o powyższe domagała się uniewinnienia oskarżonego ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Obrońca J. M. zaskarżył wyrok w części dotyczącej rozstrzygnięcia o karze pozbawienia wolności. Zarzucił wyrokowi rażąco niewspółmierność kary polegającą na nie zastosowaniu wobec oskarżonego warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności pomimo zaistnienia przesłanki wskazanej w art. 60 § 5 k.k., przy jednoczesnym przywołaniu okoliczności wskazujących na niezasadność warunkowego zawieszenia kary nie mających zastosowania do sprawcy skazanego w warunkach art. 60 § 3 k.k.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez warunkowe zawieszenie wymierzonej oskarżonemu kary łącznej pozbawienia wolności na okres próby 10 lat.

Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego zaskarżył wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze wymierzonej m.in. J. M. Domagał się zmiany wyroku poprzez wymierzenie kary znacznie surowszej oraz podwyższenia wysokości zasądzonego odszkodowania.

Apelacje te rozpoznał Sąd Apelacyjny, który wyrokiem z dnia 22 lutego 2013 r. zmienił zaskarżony wyrok m.in. w ten sposób, że z podstawy skazania oskarżonych J. M., D. O. i M. K. za czyn z punktu I wyeliminował przepis art. 4 § 1 k.k. Ponadto, w odniesieniu do oskarżonego J. M., uchylił rozstrzygnięcie o zasądzeniu na rzecz K. R. zadośćuczynienia w kwocie 5 000 zł. W pozostałej części, odnośnie do tych trzech oskarżonych, zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Kasacje od powyższego wyroku wnieśli obrońcy skazanych D. O. i M. K. oraz J. M.

Obrońca D. O. i M. K. zarzuciła wyrokowi rażące naruszenie prawa mające istotny wpływ na jego treść, a mianowicie:

- 1) obrazę prawa materialnego poprzez nie zastosowanie art. 12 k.k., co miało wpływ na sytuację oskarżonego;
- 2) art. 7 k.p.k. poprzez dokonanie (w ramach oceny zarzutu obrazy art. 5 k.p.k.) własnej oceny dowodów, polegającej na przyjęciu, że pierwszy przemyt miał miejsce w styczniu 2001 r., a czynności objęte okresem 2000 r. były czynnościami przygotowawczymi;
- 3) art. 433 § 2 i art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nie rozpoznanie wszystkich zarzutów apelacyjnych i rozpoznanie pozostałych zarzutów w sposób lakoniczny i nierzetelny, sporządzenie uzasadnienia wyroku w sposób ogólnikowy, ograniczający się do stereotypowych sformułowań, nie spełniający wymogów nałożonych przez ustawodawcę.

W konkluzji kasacji skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i utrzymanego nim w mocy wyroku sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.

Obrońca J. M. zrzucił wyrokowi rażące naruszenie:

- 1) art. 4 § 1 k.k., art. 69 § 3 k.k. i art. 65 § 1 k.k., „polegające na uznaniu przez Sąd Apelacyjny zarzutu apelacji za niezasadny z powołaniem się na treść art. 69 § 3 k.k. i art. 65 § 1 k.k., podczas gdy z uwagi na treść art. 65 k.k. obowiązującą w dacie popełnienia przestępstwa (...), który zgodnie z art. 4 § 1 k.k. należało jako względniejszy zastosować – art. 65 § 1 k.k. obowiązujący w dacie orzekania nie mógł zostać zastosowany, gdyż skazanemu przypisano jedno przestępstwo popełnione w latach 2000 – 2002”;

2) art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k., polegające na uznaniu przez Sąd Apelacyjny zarzutu apelacji za niezasadny z powołaniem się na treść art. 69 § 3 k.k. i art. 65 § 1 k.k., podczas gdy oświadczenie skazanego o zrzeczeniu się korzystania z prawa określonego w art. 607e § 1 k.p.k. w odniesieniu do czynów popełnionych przed przekazaniem zawierało zastrzeżenie, że nie rezygnuje on ze stosowania wobec niego z zasady specjalności w odniesieniu do odpowiedzialności z art. 258 k.k. oraz art. 65 k.k.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o ich oddalenie jako oczywiście bezzasadnych.

Prokurator Prokuratury Generalnej występująca na rozprawie kasacyjnej wniosła o uwzględnienie kasacji wniesionych na rzecz skazanych D. Ol. i J. M. i w konsekwencji uchylenie w stosunku do nich zaskarżonego wyroku (co do J. M. w części dotyczącej czynu z pkt I) oraz przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania. Wniosła o oddalenie kasacji wniesionej na rzecz skazanego M. K. jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja obrońcy skazanych D. O. i M. K. w zakresie, w jakim podnosi zarzuty rażącego naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., jest zasadna.

Rację ma bowiem skarżąca, że Sąd Apelacyjny nie wywiązał się w sposób właściwy z obowiązków kontrolnych, jakie nakładają na niego te przepisy. Obrońcy w apelacjach zarzucili sądowi pierwszej instancji szereg uchybień związanych ze sposobem procedowania, oceną dowodów oraz błędy w ustaleniach faktycznych. Zarzuty te autorki apelacji szczegółowo uzasadniły, przedstawiając argumenty, które ich zdaniem wskazują na naruszenie przez sąd pierwszej instancji przepisów postępowania karnego oraz dokonanie błędnych ustaleń faktycznych. W tej sytuacji obowiązkiem Sądu Apelacyjnego, wynikającym z art. 433 § 2 k.p.k., było rozważenie wszystkich zarzutów wskazanych w apelacjach oraz rzetelne ustosunkowanie się do każdego z nich. Realizując ten drugi z przywołanych obowiązków, Sąd odwoławczy powinien w uzasadnieniu wyroku wykazać

konkretnymi, znajdującymi oparcie w ujawnionych w sprawie okolicznościach argumentami, dlaczego uznał je za niezasadne (art. 457 § 3 k.p.k.).

Lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie pozostawia wątpliwości, że Sąd odwoławczy nie dopełnił tych obowiązków. Przede wszystkim nie rozpoznał zarzutów naruszenia art. 410 k.p.k. i art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k. zawartych w punkcie 1e apelacji obrońcy D. O. W zarzutach tych poruszono dwie kwestie, a mianowicie, że sąd pierwszej instancji pominął dowód (informację Straży Granicznej), iż samochód marki Fiat, którym sprawcy mieli przemycać narkotyki do Szwecji nie został odnotowany jako przekraczający granicę, oraz że nie wskazał, jakie fragmenty uzasadnienia wyroku w sprawie sygn. akt VIII K .../09 wspierały ustalenia faktyczne w sprawie niniejszej. Sąd Apelacyjny nie odniósł się do tych zarzutów; szczegółowej argumentacji skarżącej wskazującej na naruszenie przez sąd pierwszej instancji przepisów postępowania karnego nie poświęcił choćby zdania, zbył ją po prostu milczeniem.

Takie procedowanie Sądu odwoławczego jest oczywiście wadliwe. Nieodniesienie się przez ten Sąd do zarzutów apelacji musi prowadzić do wniosku, że doszło w postępowaniu odwoławczym do rażącego naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. W zaistniałej sytuacji nie ma bowiem możliwości skutecznego odparcia podniesionego w punkcie 3 kasacji zarzutu obrazy tego przepisu, określającego granice środka odwoławczego i zakres kognicji sądu drugiej instancji. Niewątpliwie doszło też w tym postępowaniu do rażącego naruszenia art. 457 § 3 k.p.k., który nakazuje podać w uzasadnieniu, czym kierował się sąd wydając wyrok oraz dlaczego zarzuty i wnioski apelacji uznał za zasadne albo niezasadne.

Skoro w pominiętych przez Sąd odwoławczy zarzutach podniesiono konkretne, znajdujące potwierdzenie w realiach sprawy, kwestie dotyczące zakresu odpowiedzialności oskarżonego D. O., to nie da się wykluczyć, że uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k. Wykluczenie możliwości takiego wpływu wymagałoby uprzedniego rozważenia tych zarzutów (szczegółowej analizy i oceny materiału dowodowego w postaci dokumentacji Straży Granicznej nadesłanej w odpowiedzi na pytania prowadzącego śledztwo – k. 742 - 753 oraz analizy wyjaśnień J. M. i uzasadnienia wyroku w sprawie sygn. akt VIII K .../09), do czego nie jest powołany sąd kasacyjny.

Sąd Najwyższy nie może bowiem przejąć roli sądu odwoławczego i rozpoznać pominięte przez ten sąd zarzuty w celu stwierdzenia, że zaistniałe w postępowaniu odwoławczym uchybienie nie miało istotnego wpływu na treść wyroku.

Pozostałe, zawarte w apelacji obrońcy tego oskarżonego, zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego oraz zarzuty błędów w ustaleniach faktycznych, zostały rozważone powierzchownie, w sposób jaskrawo odbiegający od wymogu rzetelnej ich analizy i oceny. Podobnie Sąd Apelacyjny rozpoznał zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego, podniesione w apelacji obrońcy oskarżonego M. K.

Dotyczy to w szczególności zarzutu naruszenia przepisów postępowania karnego, poprzez zaniechanie przeprowadzenia z urzędu dowodów z przesłuchania dwóch świadków (zarzut z punktu 1a apelacji obrońcy D. O.). W odpowiedzi na ten zarzut Sąd Apelacyjny stwierdził, że jest on niezrozumiały. Skoro bowiem sąd pierwszej instancji nie przeprowadził tych dowodów z urzędu, to widocznie nie widział takiej potrzeby.

Takie stwierdzenie jest dalece niewystarczające i słusznie spotkało się z krytyką skarżącej. Podzielając większość zaprezentowanych w uzasadnieniu kasacji argumentów, można jedynie podkreślić, że istotnie akurat w realiach tej sprawy, wobec szczupłości zgromadzonego materiału dowodowego (co do większości – bo co najmniej siedmiu transportów narkotyków – za taki można było uznać wyłącznie wyjaśnienia J. M.), każdy nowy dowód był cenny. Pomimo braku inicjatywy dowodowej stron (co samo w sobie jest zastanawiające) sąd pierwszej instancji powinien był, mając na względzie ciężący na nim obowiązek dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych, z urzędu przeprowadzić dowód z przesłuchania w charakterze świadków P. K. i K. – osób które miały brać udział w kilku transportach narkotyków. W każdym razie przedstawione w kasacji i znajdujące potwierdzenie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku „rozpoznanie” przez Sąd odwoławczy tego zarzutu nastąpiło z rażącym naruszeniem art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., co mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku.

Lektura uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie daje też odpowiedzi na pytania o przesłanki uznania za niezasadne zarzutów naruszenia prawa procesowego

podniesionych w apelacji obrońcy M. K. oraz zarzutów zawartych w punkcie 1b i d, a także w punkcie 2b apelacji obrońcy D. O.

Już z tych względów, w rezultacie uznania za zasadne zarzutów rażącego naruszenia art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., podniesionych w punkcie 3 kasacji obrońcy J. M. i M. K., zaskarżony wyrok w odniesieniu do tych oskarżonych należało uchylić. W tej sytuacji badanie zasadności kolejnych zarzutów, wskazujących na naruszenie art. 12 k.k. i art. 7 k.p.k. należy uznać za bezprzedmiotowe (art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.).

Można jedynie zasygnalizować, że zarzuty te nie mogły być uznane za trafne. Skoro w opisie czynu przypisanego oskarżonym brak jest podstawowych elementów niezbędnych do przyjęcia kwalifikacji prawnej z art. 12 k.k., a więc ustaleń o działaniu sprawców ze z góry powziętym zamiarem oraz ustaleń o działaniu w krótkich odstępach czasu, to - niezależnie od trafności poglądu, że przyjęta kwalifikacja prawna rzeczywiście nie jest prawidłowa, gdyż działanie polegające na dokonaniu w okresie dwóch lat przemytu z Polski do Szwecji, w dziesięciu transportach, ok. 100 kg amfetaminy, niewątpliwie należało oceniać w kategoriach przestępstwa ciągłego z art. 12 k.k. - w istocie mamy do czynienia z niedopuszczalnym w postępowaniu kasacyjnym zarzutem błędu w ustaleniach faktycznych, a nie zarzutem obrazy prawa materialnego art. 12 k.k. (zarzut z punktu 1 kasacji). Dodatkowo zauważyć należy, że jest to zarzut nowatorski – obrońcy oskarżonych w apelacjach zarzutów obrazy art. 12 k.k. nie podnosili. Nie kwestionowali tej wadliwości także w inny sposób (podnosząc inne zarzuty), dlatego nie można obecnie skutecznie zarzucać Sądowi odwoławczemu, że nie rozważył tego zagadnienia i nie usunął tego błędu poza granicami zarzutów. Zresztą należałoby w tym celu w kasacji stawiać zarzut naruszenia również art. 440 k.p.k., czego się nie czyni.

Nie może również być uznany za trafny podniesiony w punkcie 2 kasacji zarzut obrazy art. 7 k.p.k., poprzez dokonanie własnej oceny dowodów i przyjęcie, że pierwszy przemyt miał miejsce w styczniu 2001r., a czynności podjęte w 2000 r. były czynnościami przygotowawczymi. Już dlatego, że Sąd odwoławczy wyroku sądu pierwszej instancji w tym zakresie nie zmieniał, nie dokonywał też na nowo oceny żadnego z przeprowadzonych w sprawie dowodów i nie poczynił nowych lub

odmiennych, niż sąd meriti, ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę skazania oskarżonych. Wprawdzie istotnie, rozważając podniesiony w apelacji obrońcy oskarżonego D. O. zarzut naruszenia art. 5 k.p.k. poprzez ustalenie daty pierwszego przemytu narkotyków do Szwecji na grudzień 2000 r. oczywiście wadliwie uznał, że jest on m.in. nietrafny dlatego, gdyż ustalenie to nie narusza „zasadności dat wskazanych w zarzucie I i III a/o, bowiem czynności poprzedzające sam przemyt musiałyby być już w grudniu, a więc w 2000 r.”, lecz to stwierdzenie na miano ustalenia faktycznego, dokonanego z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów, z pewnością nie zasługuje. Po prostu jest to, jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, jeden z argumentów Sądu odwoławczego na odparcie apelacyjnego zarzutu naruszenia prawa procesowego – argument zupełnie chybiony, nietrafny, błędny. Niezależnie bowiem od celnych w tym względzie uwag skarżącej, zauważyć należy, że nie da się obronić ustalenia co do daty pierwszego transportu narkotyków do Szwecji lokowanej jednak na rok 2000, skoro z wyjaśnień J. M. – podstawowego w tym zakresie dowodu całkiem jasno wynika, iż doszło do tego w styczniu 2001 r. Należało po prostu zmienić w tym zakresie opis czynu. Jednak uchybienia tego, jako należącego do sfery faktów, skutecznie w kasacji nie można podważać.

W konsekwencji Sąd Najwyższy uchylił wyrok w zaskarżonej części i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W postępowaniu ponownym Sąd ten będzie zobowiązany respektować normę zwartą w art. 433 § 2 k.p.k., obligującą do rozpoznania środka odwoławczego w pełnym zakresie, to jest rozważenia wszystkich zarzutów i wniosków wskazanych przez skarżących oraz sporządzenia uzasadnienia wyroku odpowiadającego ustawowym wymogom.

Co do kasacji obrońcy skazanego J. M.

Kasacja ta w zakresie, w jakim zarzuca zaskarżonemu wyrokowi rażące naruszenie art. 4 § 1 k.k., art. 69 § 3 k.k. i art. 65 § 1 k.k., jest zasadna.

Sąd Apelacyjny rozważając podniesiony w apelacji obrońcy oskarżonego zarzut rażącej niewspółmierności orzeczonej kary pozbawienia wolności, polegający na nie zastosowaniu warunkowego zawieszenia jej wykonania, pomimo zaistnienia przesłanki określonej w art. 60 § 5 k.k., wyraził błędny pogląd, że na przeszkodzie

warunkowemu zawieszeniu wykonania tej kary stał przepis art. 69 § 3 k.k., gdyż podstawą skazania J. M. był także przepis art. 65 § 1 k.k.

Rację ma bowiem skarżący, że art. 65 § 1 k.k. (obowiązujący w czasie orzekania) nie mógł stanowić podstawy skazania i wymiaru orzeczonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności za przypisane mu przestępstwo, dlatego art. 69 § 3 k.k. nie mógł stanowić podstawy odmowy warunkowego zawieszenia wykonania tej kary.

Przepis art. 65 § 1 k.k. nie mógł stanowić podstawy skazania oskarżonego dlatego, gdyż względniejszy w rozumieniu art. 4 § 1 k.k. był dla niego obowiązujący w czasie popełnienia przypisanego mu przestępstwa art. 65 k.k. Rzecz bowiem w tym, że sąd pierwszej instancji przypisał J.M. popełnienie w latach 2000 – 2002 jednego przestępstwa, kwalifikowanego z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, z którego uczynił on stałe źródło dochodów. Tymczasem obowiązujący w czasie popełnienia tego przestępstwa przepis art. 65 k.k. nakazywał stosowanie przepisów dotyczących wymiaru kary, środków karnych oraz środków związanych z poddaniem sprawcy próbie - przewidzianych wobec multi recydywistów - także do sprawcy, który z popełniania przestępstw uczynił sobie stałe źródło dochodu. Warunkiem koniecznym zastosowania art. 65 k.k. wobec sprawcy, który uczynił sobie stałe źródło dochodu z popełniania przestępstw, było przypisanie mu co najmniej dwóch przestępstw albo ustalenie, iż uprzednio popełnił przestępstwa lub przestępstwo, które traktował - podobnie jak podlegające aktualnie osądowi - jako stałe źródło dochodu.

Natomiast w czasie orzekania zastosowanie konsekwencji charakterystycznych dla recydywisty specjalnego wielokrotnego było - zgodnie z art. 65 § 1 k.k. wprowadzonym do porządku prawnego ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 93, poz. 889) - możliwe m.in. do takiego sprawcy, który uczynił sobie stałe źródło dochodu z popełnienia przestępstwa.

Ponieważ ustawa ta nie zawierała przepisów intertemporalnych, poza art. 5 stwierdzającym, że wchodzi w życie z dniem 1 maja 2004 r., a nowelizacja miała charakter merytoryczny, wymagało rozstrzygnięcia – na podstawie art. 4 § 1 k.k. - która z konkurencyjnych ustaw jest względniejsza dla sprawcy. W ujęciu art. 4 § 1

k.k. „względniejszą” jest ta ustawa, która po przeprowadzeniu kompletnej oceny wszystkich skutków zastosowania owych konkurujących ze sobą ustaw, *in concreto* przewiduje dla danego sprawcy łagodniejsze, a więc „względniejsze” konsekwencje. Nie wchodząc w szczegóły – odsyłając w tym zakresie do argumentacji zaprezentowanej w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2009 r., II KK 260/08 (LEX Nr 491595) - stwierdzić należy, że zmiana treści art. 65 k.k., dokonana ustawą z dnia 16 kwietnia 2004r., umożliwia zastosowanie konsekwencji przewidzianych dla multirecydywistów, nie tylko wobec sprawców, co najmniej, dwóch przestępstw, ale również w odniesieniu do sprawców jednego przestępstwa, pod warunkiem poczynienia ustaleń świadczących o tym, iż stanowi ono stałe źródło dochodu. Na tle brzmienia art. 65 § 1 k.k. nie ma też podstaw do tego, aby uzależniać jego stosowanie od uprzedniej karalności sprawcy lub popełnienia uprzednio przestępstwa.

W świetle powyższego jest oczywiste, że kolizję ustaw należało rozstrzygnąć na rzecz ustawy obowiązującej w czasie popełnienia przypisanego oskarżonemu przestępstwa (art. 65 k.k.), gdyż była ona dla niego względniejsza. Jak jednak wskazano powyżej, wobec przypisania J. M. jednego przestępstwa, brak było podstaw do stosowania i tego przepisu prawa materialnego.

W związku z tym, należy zgodzić się ze skarżącym, że Sąd odwoławczy rażąco naruszył art. 4 § 1 k.k. i art. 65 § 1 k.k., gdyż nie wyeliminował z kwalifikacji prawnej i podstawy skazania oskarżonego za przestępstwo z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii tego ostatniego przepisu. Nie stał temu na przeszkodzie brak stosownego zarzutu apelacyjnego, gdyż taką możliwość dawało zaskarżenie wyroku co do kary. Zresztą, pomimo braku podniesienia zarzutów w środkach odwoławczych, Sąd ten zmienił zaskarżony wyrok eliminując z podstawy skazania art. 4 § 1 k.k. oraz uchylając środki karne (pkt I – III). Ponadto, w postępowaniu odwoławczym doszło do rażącego naruszenia art. 69 § 3 k.k., który w tej sytuacji nie mógł, co oczywiste, mieć zastosowania.

Wpływ tych uchybień na treść zaskarżonego wyroku jest, w realiach niniejszej sprawy, ewidentny. Konsekwencją wyeliminowania z kwalifikacji prawnej i podstawy skazania oskarżonego za czyn z punktu I przepisu art. 65 § 1 k.k. będzie bowiem możliwość rozważenia zasadności warunkowego zawieszenia wykonania kary

pozbawienia wolności orzeczonej za ten czyn z uwzględnieniem art. 60 § 5 k.k. Na przeszkodzie ewentualnemu zastosowaniu tego przepisu i warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności nie będzie bowiem stał już art. 69 § 3 k.k.

W tej sytuacji koniecznym było uchylenie zaskarżonego wyroku w części utrzymującej w mocy wyrok Sądu Okręgowego w zakresie kwalifikacji prawnej czynu przypisanego J. M. w punkcie I, w jakim powołano w niej art. 65 § 1 k.k. oraz orzeczonej za ten czyn kary pozbawienia wolności i grzywny. Sprawę w tym zakresie należało, zgodnie z wnioskiem skarżącego, przekazać Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Uchylenie wyroku w zaskarżonej części w stosunku do tego oskarżonego spowodowało, że z mocy prawa uległ rozwiązaniu węzeł kary łącznej pozbawienia wolności orzeczonej wobec niego w pkt XV wyroku sądu pierwszej instancji.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Apelacyjny uwzględni powyższe uwagi (art. 442 § 3 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k.). Dodatkowo wskazać trzeba, że w postępowaniu tym nie będzie jednak możliwe (z uwagi na zakres zaskarżenia – tylko co do kary) wyeliminowanie z opisu czynu ustalenia, że oskarżony uczynił z popełnienia tego przestępstwa stałe źródło dochodu. Ustalenie to jest jednak irrelewantne dla prawidłowej kwalifikacji prawnej tego czynu. Natomiast powinność dokonania takiej korekty zajdzie w odniesieniu do oskarżonego D. O. Po ponownym rozpoznaniu sprawy będzie też konieczne, co oczywiste, orzeczenie na nowo kary łącznej pozbawienia wolności w stosunku do oskarżonego J. M.

Mając na uwadze unormowanie art. 436 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. Sąd Najwyższy ograniczył rozpoznanie kasacji do zarzutu z punktu I, ponieważ rozpoznanie w tym zakresie było wystarczające do wydania wyroku, a rozpoznanie drugiego zarzutu jest bezprzedmiotowe. Można jedynie zauważyć, że w sytuacji, gdy oskarżony zrzekł się korzystania z zasady specjalności - która ogranicza możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności za przestępstwa inne niż te, w związku z którymi nastąpiło wydanie - co do przestępstwa z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i przestępstwa popełnionego na szkodę K. R., to nie może być mowy o naruszeniu art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k. Zasada specjalności oznacza bowiem zakaz ścigania, karania oraz pozbawienia lub ograniczenia wolności za konkretne przestępstwo, a nie zakaz kwalifikowania tych przestępstw z

określonych przepisów. Innymi słowy osoba ścigana nie może w swoim oświadczeniu zastrzec, że nie wyraża zgody na zastosowania do czynu którego dotyczy zrzeczenie się zasady specjalności, określonych przepisów ustawy karnej.

Kierując się powyższym, Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku. O zwrocie uiszczonych opłat kasacyjnych rozstrzygnięto na podstawie art. 527 § 4 k.p.k.