



Sygn. akt III KK 169/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 stycznia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Tomasz Artymiuk (przewodniczący)

SSN Jerzy Grubba

SSA del. do SN Andrzej Kot (sprawozdawca)

Protokolant Jolanta Włostowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Barbary Nowińskiej
w sprawie Ł. S.

skazanego z art. 258 § 1 k.k., art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o
przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 11 stycznia 2017 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 19 listopada 2015 r., sygn. akt II AKa (...),

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w T.

z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. akt II K (...),

**I. uchyla zaskarżony wyrok wobec Ł. S. i w tej części sprawę
przekazuje Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania,**

**II zarządza zwrot Ł. S. wniesionej przez niego opłaty od
kasacji.**

UZASADNIENIE

Oskarżony Ł. S. wyrokiem Sądu Okręgowego w T. z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. akt II K (...), został uznany za winnego tego, że:

- 1) w okresie od nieustalonego dnia września 2010 r. do 26 marca 2012 r. w T., mając z góry powzięty zamiar popełniania przestępstw, działając w krótkich odstępach czasu oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej wraz z T. M., J. D. oraz A. S., której celem było popełnianie przestępstw polegających na co najmniej pięciokrotnej uprawie konopi w ilości co najmniej 110 krzewów, wprowadzenie do obrotu co najmniej 1.700 gramów marihuany oraz udzielanie wyprodukowanej marihuany innym osobom wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przy czym z działalności tej uczynił sobie stałe źródło dochodu, tj. popełnienia występku z art. 258 § 1 k.k. i za to Sąd Okręgowy w T. na podstawie powołanego przepisu wymierzył oskarżonemu karę 1 roku pozbawienia wolności,
- 2) w okresie od nieustalonego dnia września 2010 r. do 26 marca 2012 r. w T., w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, działając w zorganizowanej grupie przestępczej w składzie opisanym w pkt I, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, brał udział w obrocie znaczną ilością wyprodukowanej przez T. M. marihuany w ten sposób, że po przekazaniu przez T. M. wyprodukowanej przez niego marihuany J. D., dwukrotnie w ilości po 500 gramów, nabył od J. D. wyżej wymienioną ilość narkotyku w cenie 18 złotych za 1 gram, tj. popełnienia występku z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dn. 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 k.k. i za to, na podstawie art. 56 ust. 3 powołanej ustawy, Sąd Okręgowy w T. wymierzył oskarżonemu karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę 200 stawek dziennych grzywny, przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych,
- 3) w okresie od nieustalonego dnia stycznia 2011 r. do 26 marca 2012 r. w T., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii brał udział w obrocie znaczną ilością marihuany wyprodukowanej przez J. D., w ten sposób, że nabył od niego marihuanę w ilości 600 gramów w cenie 19 złotych za 1 gram, tj.

popęłnienia występku z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy za dn. 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to, na podstawie art. 56 ust. 3 powołanej ustawy, Sąd Okręgowy w T. wymierzył oskarżonemu karę 2 lat pozbawienia wolności oraz karę 150 stawek dziennych grzywny, przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych,

- 4) w okresie od nieustalonego dnia stycznia 2011 r. do 26 marca 2012 r. w T., chcąc aby J. D. założył hodowlę konopi innych niż włókniste, które mogły dostarczyć znacznej ilości narkotyku, działając tym samym wbrew przepisom ustawy z dn. 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a następnie produkował co najmniej 5 kilogramów marihuany miesięcznie, nakłaniał go do tej działalności w ten sposób, że obiecywał mu sprzedaż wyprodukowanej przez niego marihuany w ilości 5 kilogramów miesięcznie, lecz zamierzonego skutku nie osiągnął z uwagi na nie wywołanie u J. D. zamiaru popełnienia czynu zabronionego, tj. popełnienia zbrodni z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 63 ust. 1 i 3 i art. 53 ust. 1 i 2 ustawy za dn. 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za to, w myśl art. 11 § 3 k.k., na podstawie art. 56 ust. 3 powołanej ustawy, Sąd Okręgowy w T. wymierzył oskarżonemu karę 3 lat pozbawienia wolności oraz karę 100 stawek dziennych grzywny, przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 złotych,

Na podstawie art. 85 k.k. i 86 § 1 i 2 k.k. w miejsce wymierzonych oskarżonemu Ł. S. jednostkowych kar pozbawienia wolności i grzywien Sąd Okręgowy w T. orzekł karę łączną 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę łączną 300 stawek dziennych grzywny, przyjmując wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 20 zł. Na poczet orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności Sąd zaliczył oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie z tytułu tymczasowego aresztowania od dnia 10 czerwca 2012 r. do dnia 9 listopada 2012 r.

Apelację od powyższego wyroku złożyła obrońca oskarżonego zaskarżając ww. wyrok w całości i podnosząc zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydanego orzeczenia, mającego wpływ na treść wydanego wyroku a wyrażającego się w bezpodstawnym skazaniu oskarżonego za wszystkie

przypisane mu przestępstwa, naruszenia przepisów postępowania art. 7 k.p.k., 92 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k. oraz obrazy prawa materialnego poprzez niezastosowanie art. 4 k.k. i dokonania błędnej wykładni art. 258 k.k. Obrońca wniosła o uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu w akcie oskarżenia czynów, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 19 listopada 2015 r., sygn. akt II AKa (...), po rozpoznaniu apelacji obrońcy, zmienił zaskarżony wyrok Sądu I instancji w ten sposób, że w pkt. XLII czyn przypisany oskarżonemu Ł. S. zakwalifikował z art. 56 ust 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2015 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k. W pozostałej części Sąd Apelacyjny utrzymał zaskarżony wyrok w mocy, zaś kosztami postępowania odwoławczego obciążył Skarb Państwa, zwalniając oskarżonego od opłaty za drugą instancję, oraz od pozostałych wydatków w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Odwoławczy w swoich rozważaniach stwierdził, iż brak jest podstaw do podzielenia argumentacji obrońcy oskarżonego przedstawionej we wniesionym środku odwoławczym, w konsekwencji utrzymując wobec oskarżonego Ł. S. zaskarżony wyrok w mocy, poza wskazaną w pkt XLII zmianą.

Od orzeczenia Sądu Apelacyjnego z dnia 19 listopada 2015 r. obrońca wywiodła kasację podnosząc następujące zarzuty:

- 1) rażącą obrazę przepisów prawa procesowego, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, t.j. art. 4 k.p.k., art. 7 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. i art. 424 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez powierzchowną i niepełną kontrolę odwoławczą zarzutu dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i oparcia ustaleń faktycznych w zakresie winy i sprawstwa Ł. S. wyłącznie na dowodzie z pomówień współoskarżonych J. D. i T. M.,
- 2) rażącą obrazę przepisów prawa procesowego, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez naruszenie art. 5 § 2 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nierozważenie w sposób należyty zarzutu apelacji dotyczącego rozstrzygnięcia przez Sąd nieusuwalnych wątpliwości wyłącznie na niekorzyść Ł. S. w zakresie winy i sprawstwa,

mimo iż istnieją wątpliwości co do sprawstwa skazanego z uwagi na zebrany w sprawie materiał dowodowy,

- 3) rażącą obrazę przepisów prawa procesowego, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez naruszenie art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegające na nierozważeniu w sposób należyty zarzutu apelacji dotyczącego obrazy prawa materialnego, poprzez niezastosowanie art. 4 k.k.,
- 4) rażącą obrazę przepisów prawa procesowego, która miała istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez naruszenie art. 433 § 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. polegające na nierozważeniu w sposób należyty zarzutu apelacji dotyczącego obrazy prawa materialnego poprzez błędną wykładnię art. 258 k.k.,

W oparciu o przedmiotowe zarzuty kasacyjne, obrońca sformułowała wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, a ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku go poprzedzającego i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w T. do ponownego rozpoznania.

Uzasadnienie prawne

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja wniesiona na korzyść oskarżonego okazała się zasadna, a przynajmniej niektóre z podniesionych w niej zarzutów trafnie wskazywały na rażące niedostatki kontroli odwoławczej przeprowadzonej przez Sąd Apelacyjny. W szczególności brak odniesienia się tego Sądu do kontestowanych przez autora apelacji ustaleń dotyczących udziału oskarżonego w zorganizowanej grupie przestępczej, czasu popełnienia poszczególnych przestępstw w perspektywie zmiany przepisów je penalizujących i oceny względności ustawy w rozumieniu art. 4 kk, zaprezentowane w pisemnych motywach wyroku Sądu odwoławczego, trzeba było uznać za rażące naruszenie dyspozycji przepisów wymienionych przez autora nadzwyczajnego środka zaskarżenia, mogące mieć istotny wpływ na treść orzeczenia. Taka konstatacja przemawiała za uwzględnieniem sformułowanego w kasacji wniosku - w części dotyczącej postulatu uchylenia wyroku Sądu drugiej instancji. Nie ulega przy tym wątpliwości, że sama forma zarzutów

zaprezentowanych w apelacji, jak i później przywołanych w kasacji, oraz brak ich usystematyzowania z punktu widzenia jednolitego kryterium, np. przez ich powiązanie z poszczególnymi czynami przypisanymi oskarżonemu, utrudniała nieco ich identyfikację i przyporządkowanie, ale nie powinno to stanowić istotnej przeszkody do ustosunkowania się do nich. Tymczasem w wielu miejscach w wywodach Sądu odwoławczego takiego ustosunkowania się po prostu zabrakło.

Odnosząc się chronologicznie do zarzutów kasacyjnych stwierdzić należy, że zasadniczo chybiony jest pierwszy z nich. Nie można zgodzić się z autorem kasacji, że Sąd Odwoławczy naruszył art. 4 k.p.k., art. 7 kpk. art. 410 k.p.k. i art. 424 k.p.k. w zw. z art. 433 § 3 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. poprzez powierzchowną i niepełną kontrolę odwoławczą zarzutu dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i oparcia ustaleń faktycznych wyłącznie na dowodzie z pomówień współoskarżonych J. D. i T. M.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na wadliwość tezy stawianej w tym zarzucie, iż tylko wyjaśnienia wskazanych dwóch współoskarżonych były podstawą ustaleń faktycznych, w sytuacji gdy Sądy I i II instancji przypisując winę oskarżonemu Ł. S. odwoływały się także do innych dowodów, choćby wyjaśnień M. M. (D.).

Sąd Apelacyjny, co przyznaje skarżący, weryfikował zarzuty apelacyjne kwestionujące oparcie ustaleń faktycznych na dowodzie z pomówień, uwzględniając w tej materii bogate i jednolite orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych, wskazujące na potrzebę szczególnej rozwagi przy ocenie takiego dowodu. Nie poprzestał przy tym tylko na przywołaniu judykatów, lecz odniósł się do realiów dowodowych niniejszej sprawy. Uwzględnił zatem Sąd Odwoławczy podnoszone przez apelującego wątpliwości wynikające z faktu, że analiza bilingów telefonicznych nie wykazała w inkryminowanym okresie faktu rozmów pomiędzy Ł. S. a J. D. Logicznie do tej kwestii odniósł się Sąd Apelacyjny, wskazując na fakt, że oskarżony Ł. S. często zmieniał numery telefonów. Jakkolwiek ustalenie to nie wynikało wprost z jego wyjaśnień, to miało podstawę w wypowiedziach J. D. Warto przy tym podkreślić, że oskarżony ten stanowczo twierdził, że kontaktował się z Ł. S. tylko przez wiadomości tekstowe, nie dzwonił do niego.

Zauważyć także należy, iż częstotliwość tych kontaktów nie była duża, skoro - jak wynika z ustaleń Sądu I instancji, zaaprobowanych przez Sąd Odwoławczy - do przekazania narkotyków oskarżonemu Ł. S. przez J. D. doszło „zaledwie” trzy razy. W tym stanie rzeczy, brak zarejestrowanych połączeń telefonicznych między współoskarżonymi nie dyskwalifikuje wyjaśnień oskarżonego J. D. i T. M.

Nie uszło uwadze Sądu Odwoławczego przy ocenie dowodów z wyjaśnień J. D. i T. M., że oskarżeni ci, choćby w perspektywie zastosowania art. 60 § 3 k.k, mieli interes procesowy w ujawnieniu okoliczności popełnionych przestępstw i osób współdziałających. Z tego też powodu – jak wynika z uzasadnienia wyroku pierwszoinstancyjnego - szczególnie ostrożnie wyjaśnienia te były oceniane przez Sąd Okręgowy. Kontrolując ową ocenę akcentował Sąd Apelacyjny, że współoskarżeni J. D. i T. M. nie mieli możliwości uzgodnienia wersji przed zatrzymaniem. Argument skarżącego, że takie porozumienie wydaje się prawdopodobne, w związku z dużym ryzykiem ujawnienia uprawy konopi prowadzonej przez J. D. i T. M., nie przekonuje. Pomija skarżący w tym miejscu, że relacje obu oskarżonych jednak się różniły. Nie były także jednoznaczne w zakresie, w jakim wskazywały na rolę i udział Ł. S.. Obydwaj oskarżeni obciążający Ł. S. nie przekazywali w pierwszych swoich wyjaśnieniach precyzyjnych informacji pozwalających na ustalenie jego tożsamości. W tych relacjach pojawiał się ubogi opis wyglądu oskarżonego, miejsce zamieszkania – osiedle R., określenie marki i koloru użytkowanego przezeń samochodu. Przeczy to jaskrawo tezie obrońcy, że oskarżeni J. D. i T. M. z góry założyli, iż w przypadku ich zatrzymania obciążą swoimi wyjaśnieniami właśnie Ł. S.

Sąd Apelacyjny kategorycznie, wbrew twierdzeniom autora kasacji, ustala, że T. M. swoją wiedzę na temat udziału Ł. S. w obrocie narkotykami uzyskiwał wyłącznie od J. D. Wynika to zarówno z wyjaśnień J. D. i T. M.. Wprawdzie oskarżeni zgodnie twierdzili, że dochodziło do spotkań między Ł. S. a T. M. w mieszkaniu J. D., w ich trakcie nie był poruszany jednak temat narkotyków. Jest to kolejny dowód na to, że współoskarżeni nie umówili się, że w przypadku ich zatrzymania obciążą S.

Jeśli uwzględnić nadto, iż Sądy obu instancji w sposób wyczerpujący i logiczny odniosły się w uzasadnieniach swoich orzeczeń do zatargu między Ł. S. a

J. D., do jakiego miało dojść – w świetle wyjaśnień tego pierwszego – na imprezie sylwestrowej w klubie „S.”, to omawianego zarzutu kasacyjnego za trafny uznać nie można.

Nie są natomiast pozbawione słuszności kolejne dwa zarzuty obrońcy oskarżonego. Podzielając dokonaną przez Sąd I instancji ocenę dowodów z wyjaśnień J. D. i T. M., nie odniósł się należycie Sąd Odwoławczy do zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych w zakresie czasu popełnienia przypisanych oskarżonemu Ł. S. przestępstw. Trafnie zwraca uwagę skarżący, cytując wyjaśnienia współoskarżonych na stronie 12 kasacji, iż trzykrotna sprzedaż marihuany Ł. S. przez J. D. miała miejsce przed grudniem 2011 roku. W istocie, w pisemnych uzasadnieniach wyroków Sądów I i II instancji nie wskazano żadnego dowodu na to, że J. D. przekazywał narkotyki oskarżonemu po tej dacie. Zaaprobowanie zatem przez Sąd Odwoławczy ustalenia, znajdującego odbicie w opisie przypisanych oskarżonemu czynów, że do nabycia narkotyków przez Ł. S., a wyprodukowanych przez T. M., doszło w okresie od września 2010 r. do 26 marca 2012 roku, zaś do sprzedaży narkotyków wyprodukowanych przez J. D. w okresie od stycznia 2011 roku do 26 marca 2012 r., nastąpiło z rażącym naruszeniem art. 433 § 2 i art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k.

Prawdą jest, że w *petitum* apelacji obrońca nie wyartykułował wprost zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych co do czasu przypisanych oskarżonemu przestępstw, tym niemniej zarzut o tej treści mieścił się w formule zarzutu pierwszego, wskazanego w środku odwoławczym i rzeczą Sądu Odwoławczego było odniesienie się do podniesionego uchybienia, zwłaszcza, że obrońca wskazywał na potrzebę rozważenia odpowiedzialności oskarżonego przy uwzględnieniu art. 4 k.k. i na stronie 6 apelacji wskazywał, że czyny oskarżonego datować można – przy przyjęciu, że do nich doszło – nie później niż do dnia 9 grudnia 2011 roku.

Poza sporem jest, iż w tej dacie (tj. 9 grudnia 2011 roku) nastąpiła zmiana art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. 2005 r. Nr 179 poz. 1485) poprzez podwyższenie dolnej i górnej granicy ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności. Do 8 grudnia 2011 r. przepis art. 56 ust. 3 przewidywał zagrożenie tą karą w wymiarze do 10 lat, natomiast po

nowelizacji ustawą z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2011 r. Nr 117 poz. 678) ustawodawca określił sankcję w wymiarze od 2 do 12 lat pozbawienia wolności. W tej sytuacji uznanie, że ustawa obowiązująca w dacie czynów - przy przyjęciu, że zostały popełnione do 9 grudnia 2011 roku - była by względniejsza dla sprawcy, znajdowało oczywiste uzasadnienie.

Zasadny jest także podniesiony w kasacji zarzut rażącego naruszenia art. 457 § 3 k.p.k. poprzez nienależyte rozważenie przez Sąd Apelacyjny postawionego w apelacji zarzutu obrazy prawa materialnego (art. 258 § 1 k.k.). Na marginesie należy zauważyć, że zarzut ten jest wadliwie sformułowany, ponieważ w środku odwoławczym w istocie kwestionowane były ustalenia faktyczne stanowiące podstawę subsumcji pod przepis art. 258 § 1 kk. Obrońca podważył bowiem trafność stanowiska wyrażonego przez Sąd I instancji, że Ł. S. był świadomy, iż narkotyk sprzedawany mu przez J. D. pochodzi z prowadzonej przez niego i T. M. uprawy oraz tego, że współdziałanie J. D., Ł. S., A. S. i T. M. przybrało na tyle sformalizowaną postać, by pozwolić na przypisanie im uczestnictwa w zorganizowanej grupie przestępczej.

Obrońca w apelacji przekonywał, że oskarżony nie był członkiem zorganizowanej grupy przestępczej albowiem nie miał świadomości, że jakakolwiek taka grupa istnieje. Podnosił, że Sąd I instancji nie wykazał roli poszczególnych ewentualnych członków zorganizowanej grupy, jej kierownictwa i organizacji, co stoi w sprzeczności z powszechnie przyjmowaną wykładnią przepisu z art 258 kk.

Odnosząc się do omawianego zarzutu Sąd Apelacyjny stwierdził, że oskarżony Ł. S. brał udział w zorganizowanej grupie przestępczej, zaś podział ról był oczywisty. W skład grupy wchodził J. D., T. M., Ł. S. oraz A. S. T. M. uprawiał krzewy konopi i wytwarzał marihuanę, J. D. także uprawiał krzewy konopi, odbierał wytworzony środek odurzający i sprzedawał go stałym odbiorcom tj. A. S. i Ł. S., zaś działania ich były stale i powtarzalne. Odwołał się na poparcie swojego stanowiska do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2008 r. w sprawie V KK 141/08: *„Trudno uznać w przypadku zorganizowanej grupy zajmującej się obrotem narkotykami, żeby osoby systematycznie od niej nabywające środki odurzające w celu dalszej odsprzedaży, nie wchodziły w skład jej struktury. Zatem*

gdyby dostawy narkotyków dla takiego odbiorcy odbywały się systematycznie, nie miały charakteru incydentalnego, bądź gdyby zostało wykazane, że odbiorca wyraził gotowość stałego nabywania narkotyków od członków zorganizowanej grupy przestępczej, można byłoby przyjąć, że uczestnicząc w taki właśnie sposób w obrocie narkotyków, osoba ta przynajmniej godziła się na to, że weszła w strukturę grupy, brała w niej udział. Bowiem osobę, która deklaruje wolę współpracy z grupą i stale odbiera od grupy narkotyki, łączy już pewna więź organizacyjna, która stanowi owo porozumienie wyrażające się w gotowości odbierania narkotyków”. Ponadto, Sąd Apelacyjny wskazał, że brak kierownictwa grupy nie wyklucza możliwości uznania grupy przestępczej za zorganizowaną. Wystarczy, że posiada ona trwałą strukturę poziomą, ze stałym gronem uczestników koordynujących jej działalność według ustalonych reguł. Taką właśnie strukturę miała – zdaniem Sądu II instancji - grupa, w której skład wszedł oskarżony Ł. S. i pozostałe wskazane osoby.

Zdaniem skarżącego, Sąd Apelacyjny nie odpowiedział jednak na pytania, jak trwałą strukturę poziomą miała ustalona grupa z udziałem Ł. S., jaki był wewnętrzny podział ról w ramach tej grupy, jakie były powiązania członków grupy, jak przejawiała się ich wewnętrzna pomoc, czy w ogóle była, jaki cel miała ta grupa, kto go sformułował, czy była jakaś dyscyplina wśród członków grupy, na czym ona polegała, kto ją narzucał. Wytknął również autor kasacji, że Sąd Apelacyjny w żadnej mierze nie odniósł się do weryfikacji świadomości Ł. S. o przynależności do grupy.

Takiemu stanowisku nie można odmówić słuszności. Sąd II instancji nie rozważył argumentów przeciwstawiających się przyjęciu, iż w rozpoznawanej sprawie sam fakt trzykrotnego nabycia narkotyków od J. D. pozwala na przypisanie nabywcy udziału w zorganizowanej grupie przestępczej, nawet jeżeli nabył je z zamiarem ich dalszego rozprowadzania. Obrońca wskazywał w apelacji na okoliczności mogące świadczyć o tym, że oskarżony nie był członkiem zorganizowanej grupy przestępczej. Sąd odwoławczy, akceptując punkt widzenia sądu I instancji, winien był wykazać w pisemnym uzasadnieniu wyroku, z jakich przyczyn argumentacja zawarta w apelacji nie została uwzględniona. Poprzestanie w istocie na przytoczeniu stanowiska wyrażonego w orzecznictwie, bez rzetelnego

odniesienia się do argumentów apelującego, podważających trafność poglądu Sądu I instancji, z pewnością nie może zostać ocenione jako rozważenie zarzutów apelacji. Analiza pisemnego uzasadnienia wyroku Sądu odwoławczego jest jedyną drogą do wykazania, że postępowanie odwoławcze przeprowadzono zgodnie z art. 433 § 2 k.p.k. Skoro zatem w uzasadnieniu nie odniesiono się należycie do zarzutu naruszenia art. 258 § 1 k.k., to stwierdzić trzeba, że kontrola instancyjna przebiegła w sposób nieprawidłowy, nie obejmując swym zakresem całości argumentacji podniesionej przez obrońcę. Przy czym wskazać trzeba na wpływ tego uchybienia na treść wyroku, gdyby bowiem sąd odwoławczy w sposób należyty rozpoznał te zarzuty apelacyjne i argumenty obrońcy, z pewnością dostrzegłby, że dokonanie trzech transakcji przez okres roku, nie musi samo w sobie świadczyć o stałości czy jakiegokolwiek regularności w odbieraniu narkotyków, nie dowodzi również istnienia więzi organizacyjnej między nim a dostawcą, nawet jeśli kupujący narkotyk zdawał sobie sprawę z tego, że nabywa środki odurzające od osoby współdziałającej przy ich wytworzeniu z inną osobą. Aby stwierdzić, czy taki odbiorca wchodził w skład struktury zorganizowanej grupy przestępczej należałoby zbadać, czy brał udział w innych akcjach przestępczych mających na celu obrót narkotykami, czy miał jakieś stałe zadania mające na celu kamuflowanie działalności grupy, przydzieloną rolę, czy dzielił się zyskiem z odsprzedaży narkotyków albo w jakikolwiek inny sposób ułatwiał czy pomagał w działalności grupy, a przede wszystkim identyfikował się z tą grupą. Powtórzenia wymaga, że dla przypisania komuś udziału w zorganizowanej grupie przestępczej mającej na celu obrót środkami odurzającymi nie wystarczy samo ustalenie, że osoba ta była trzykrotnym odbiorcą narkotyków i w tym celu kontaktowała się z członkiem grupy.

Akcentowana przez Sąd odwoławczy trwałość współpracy oskarżonego z J. D. i gotowość prowadzenia działalności w sposób ciągły pozostaje w opozycji do ustalenia, że ten ostatni nie zgodził się jednak na propozycję Ł. S. poszerzenia skali uprawy ziela konopi i wytwarzania większej ilości marihuany. Szczególnego podkreślenia wymaga, że Sądy obu instancji bardzo powierzchownie oceniły realizację znamion strony podmiotowej czynu oskarżonego Ł. S.. Występek z art. 258 § 1 k.k. można popełnić tylko umyślnie, zatem świadomość istnienia grupy, o której mowa w tym przepisie jest niezbędnym warunkiem przypisania tego

przestępstwa. Nie można należeć do grupy nie wiedząc, że ona istnieje. Nie wystarczy, że istnienia grupy i współdziałania z nią sprawca mógł i powinien się domyślać. Poza sporem jest, że uczestnicy zorganizowanej grupy nie muszą znać się osobiście i umawiać się wspólnie, muszą jednak posiadać świadomość działania w jej strukturze organizacyjnej. W tym miejscu, ponownie należy zwrócić uwagę na ustalenie, że Ł. S. nabywał narkotyki wyłącznie od J. D.. Do transakcji doszło tylko trzy razy, acz nie budzi wątpliwości, że przedmiotem sprzedaży były hurtowe ilości marihuany. Wyjaśnienia J. D. i T. M., przyjęte za podstawę ustaleń faktycznych w sprawie, przeczą przyjęciu, że oskarżony Ł. S. miał wiedzę, iż zakupiona przezeń marihuana została wytworzona przez inne osoby niż dostawca (J. D.). Zarówno Sąd Okręgowy, jak i Sąd Apelacyjny, nie wykazał w dostatecznym stopniu, iż oskarżony wiedział o współdziałaniu J. D. z innymi osobami, w szczególności o pozyskiwaniu narkotyków od T. M.. Innymi słowy, nie zostało należycie wykazane, że oskarżony Ł. S. wiedział, że poza J. D. są również inne osoby zaangażowane w proceder wytwarzania i sprzedaży marihuany. Tych wszystkich okoliczności wskazanych w apelacji obu obrońcy Sąd odwoławczy nie rozważył w ogóle.

Skazanie Ł. S. za przestępstwo 258 § 1 k.k. nie pozostawało bez wpływu na kwalifikację prawną czynu przypisanego oskarżonemu w pkt. XLII wyroku Sądu Okręgowego w T., z uwagi na ustalenie, że przestępstwa tego dopuścił się oskarżony działając w zorganizowanej grupie przestępczej (art. 65 k.k.). Z niejasnych powodów, Sąd Okręgowy nie uwzględnił art. 65 k.k. w podstawie skazania za czyny przypisane oskarżonemu w pkt. XLIII i XLIV przywołanego orzeczenia, pomimo tego, że ustalenia tego Sądu, dotyczące udziału oskarżonego w grupie przestępczej, czasu popełnienia przestępstwa z art.258 § 1 kk, świadczyły o tym, że pozostałe czyny oskarżonego stanowiły właśnie przejaw funkcjonowania owej grupy. Sąd Apelacyjny nie odniósł się do tej niekonsekwencji. Różnica w kwalifikacji prawnej czynów zakwalifikowanych z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w zakresie powołania art. 65 kk, stanowiła przeszkodę w przyjęciu konstrukcji ciągu przestępstw (art. 91 § 1 k.k.). Gdyby zatem wyeliminować z podstawy skazania za czyn przypisany oskarżonemu w pkt. XLII wyroku przepis art. 65 k.k. lub przypisać go w czynie XLIII to

zaistniałaby możliwość wymierzenia oskarżonemu jednej kary za oba przestępstwa, w oparciu o treść art. 91 § 1 k.k., co niewątpliwie byłoby dlań korzystniejsze w porównaniu do dotychczasowego rozstrzygnięcia.

Powyższe wywody wprost prowadzą więc do stwierdzenia rażącego naruszenia przez Sąd Apelacyjny przepisów art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. oraz - co oczywiste - wpływu powyższego uchybienia na treść orzeczenia, co z kolei obligowało Sąd Najwyższy do uwzględnienia kasacji i uchylenia zaskarżonego wyroku wobec Ł. S. w całości i przekazania sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny powinien rozważyć zarzuty apelacyjne zgodnie z dyrektywami zamieszczonymi w przepisach art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., w sposób świadczący o przeprowadzeniu rzeczywistej kontroli apelacyjnej zaskarżonego rozstrzygnięcia, mając na uwadze uwagi poczynione przez Sąd Najwyższy przy rozpoznawaniu kasacji.

W ocenie Sądu Najwyższego nie zachodziła konieczność wydania orzeczenia o charakterze kasatoryjnym w odniesieniu do wyroku Sądu I instancji. Bez ograniczania swobody orzekania Sądu odwoławczego, należy zarazem wyrazić przekonanie, że tego rodzaju, t.j. kasatoryjnego orzeczenia nie powinien też wydawać ten Sąd z powodu wyczerpania możliwości efektywnego przeprowadzenia postępowania pierwszoinstancyjnego. Nie ma bowiem przeszkód, by w razie potrzeby Sąd Apelacyjny skorzystał z unormowania art. 452 § 2 k.p.k.

Decyzja o zwrocie skazanemu uiszczonej opłaty od kasacji znajduje oparcie w art. 527 § 4 k.p.k.

Kierując się przedstawionymi względami, Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.

r.g.