

*Sygn. akt II Ka 525/15*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 8 lutego 2016 r.**

Sąd Okręgowy w Siedlcach II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący:	SSO Dariusz Półtorak
Protokolant:	st.sekr.sądowy Agata Polkowska

przy udziale Prokuratora Bożeny Grochowskiej-Małe

po rozpoznaniu w dniu 8 lutego 2016 r.

sprawy **D. M.**

oskarżonego o przestępstwo z art. 62 ust. 1 Ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji, wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Rejonowego w Mińsku Mazowieckim

z dnia 26 czerwca 2015 r. sygn. akt II K 44/15

wyrok uchyla i sprawę przekazuje Sądowi Rejonowemu w Mińsku Mazowieckim do ponownego rozpoznania.

*Sygn. akt II Ka 525/15*

## UZASADNIENIE

**D. M.** został oskarżony o to, że w dniu 22 grudnia 2014 r. w miejscowości J., gm. M., pow. (...), woj. (...), wbrew przepisom ustawy posiadał przy sobie środek odurzający w postaci 1,49 grama netto amfetaminy,

**tj. o czyn z art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 r., nr 179, poz. 1485)**

**Sąd Rejonowy w Mińsku Mazowieckim wyrokiem z dnia 26 czerwca 2015 r., sygn. II K 44/15:**

Przyjął, iż działanie oskarżonego D. M. stanowiło wypadek mniejszej wagi z art. 62 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i na podstawie tegoż przepisu wymierzył mu karę grzywny w ilości 100 (stu) stawek dziennych, ustalając stawkę dzienną na 10 zł (dziesięć złotych). Na podstawie art. 70 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (DZ. U. z 2005 r., nr 179, poz. 1485) orzekł przepadek środka psychotropowego w postaci amfetaminy w ilości 1,49 grama netto poprzez zniszczenie. Na podstawie art. 44 § 2 kk orzekł przepadek dowodów rzeczowych w postaci dwóch zawiniątek zgodnie z wykazem I/36/14 k. 36, poprzez zniszczenie. Na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej wobec oskarżonego kary grzywny zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie w dniach od 22 grudnia do 23 grudnia 2014 r., przyjmując, że jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równa się dwóm dziennym stawkom grzywny. Zasadził od oskarżonego

100 zł (sto złotych) tytułem opłaty i kwotę 70 zł (siedemdziesięciu złotych) tytułem zwrotu wydatków poniesionych przez Skarb Państwa, od chwili wszczęcia postępowania.

Apelację od przedstawionego wyżej wyroku wniósł prokurator, zaskarżając go w całości. Orzeczeniu temu zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, a polegających na bezzasadnym przyjęciu, iż czyn zarzucony oskarżonemu stanowi wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art. 62 ust. 3 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.2012.124 j.t), w sytuacji, gdy prawidłowa ocena zgromadzonego materiału dowodowego nie daje podstaw do takiego twierdzenia;
- obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 195 kkw poprzez wskazanie w części dyspozytywnej orzeczenia wyroku o sposobie dokonania przypadku dowodów rzeczowych w postaci 2 zawiniątek foliowych.

Podnosząc powyższe zarzuty prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Mińsku Mazowieckim, II Wydział Karny.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 06 listopada 2015 r. Sąd Okręgowy na podstawie art. 452 § 2 kpk (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 01 lipca 2015 roku) postanowił dopuścić dowód z opinii biegłego z zakresu toksykologii, któremu zlecił po uprzednim zbadaniu zabezpieczonego w przedmiotowej sprawie środka odurzającego wypowiedzenie się, co do ilości porcji umożliwiających jednorazowe odurzenie się, które mogłyby zostać uzyskane z zabezpieczonej w sprawie substancji.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 08 lutego 2016 r. nie stawił się ani oskarżony, ani jego obrońca, prawidłowo zawiadomieni o terminie. Prokurator poparł apelację i wnioski w niej zawarty.

#### ***Sąd Okręgowy w Siedlcach zważył, co następuje:***

Apelacja prokuratora okazała się zasadna i jako taka zasługiwała na uwzględnienie. Tym niemniej, w sytuacji uznania zasadności zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych w zakresie niesłusznego uznania przez Sąd I instancji czynu oskarżonego za wypadek mniejszej wagi, z uwagi na reguły procedowania Sądu Odwoławczego wyznaczone treścią art. 454 § 2 kpk, w brzmieniu sprzed 01 lipca 2015 r. (art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw), które to w istotny sposób ograniczają możliwość wydania orzeczenia reformatoryjnego, zaskarżony wyrok musiał zostać uchylony, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Na wstępie zasadniczej części rozważań wskazać należy, iż o błędzie w ustaleniach faktycznych można mówić, kiedy wynika on bądź to z niepełności postępowania dowodowego (tzw. błąd "braku"), bądź też z przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów (błąd "dowolności"). Może on także być wynikiem niezajomości określonych dowodów lub nieprzestrzegania dyrektyw obowiązujących przy ocenie dowodów (art. 7), np. błąd logiczny, zlekceważenie niektórych dowodów, danie wiary dowodom nieprzekonywującym, bezpodstawne pominięcie określonych twierdzeń dowodowych, czy oparcie się na faktach w istocie nieudowodnionych por. (wyr. Sądu Najwyższego z dnia 22 lipca 2004 r., WA 16/04, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 1358). Z uzasadnienia zarzutów podniesionych w apelacji wynika, iż skarżący zaskarżonemu wyrokowi zarzuca w istocie w ustaleniach faktycznych, polegający na niepełności postępowania dowodowego – tzw. błąd braku, któremu to, w realiach niniejszej sprawy nie sposób odmówić słuszności.

Oskarżonemu D. M. w zaskarżonym wyroku przypisano posiadanie wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii środka odurzającego w postaci 1,49 grama netto amfetaminy. Sąd I instancji procedując w przedmiotowej sprawie z urzędu, w sposób zupełnie dowolny, przy braku opinii biegłego toksykologa, przyjął, iż posiadana przez D. M. amfetamina wystarczyć miała, jak ujął to Sąd Rejonowy „najprawdopodobniej” jedynie na jego jednokrotne odurzenie się na zabawie sylwestrowej. W efekcie zmienił kwalifikację czynu na wypadek mniejszej wagi określony w art. 62 ust. 3 w/w ustawy.

Ustalenie takie, bez dopuszczenia dowodu z opinii biegłego toksykologa nie mogło się jednak ostać, dlatego też Sąd II Instancji w myśl art. 452 § 2 kpk w brzmieniu sprzed nowelizacji, jaka weszła w życie z dniem 01 lipca 2015 r., dopuścił dowód z opinii biegłego za zakresu toksykologii, któremu zlecił po uprzednim zbadaniu zabezpieczonego w przedmiotowej sprawie środka odurzającego, wypowiedzenie się co do ilości porcji umożliwiających jednorazowe odurzenie się, które mogłyby zostać uzyskane z zabezpieczonej substancji.

Z treści tejże opinii wynika, iż w zabezpieczonym w przedmiotowej sprawie proszku o łącznej masie netto 1,420 grama, znajdowało się 0,720 grama amfetaminy o 100 % czystości. Minimalna ilość amfetaminy o 100 % czystości potrzebna do wywołania stanu odurzenia u osoby przyjmującej po raz pierwszy, przy biodostępności 50 % (przyjętej na podstawie obliczeń jako średnia z 25 % przy przyjęciu doustnym i 75 % przy zażyciu donosowym) wynosi 20 mg - czyli 0,020 grama, co oznacza, iż z ilości 0,720 grama amfetaminy o 100 % możliwe jest uzyskanie 36 (0,720 : 0,020) tzw. „działek” tegoż narkotyku.

Wnioski płynące z analizy w/w opinii biegłego z zakresu toksykologii jednoznacznie obalają konstatację Sądu I instancji, iż oskarżony taką ilość narkotyku posiadał jedynie w celu, „najprawdopodobniej” jednorazowego odurzenia się na zabawie sylwestrowej. Stwierdzenie takie jawi się jako sprzeczne z zasadami wiedzy toksykologicznej - nauki interdyscyplinarnej z pogranicza biologii, chemii, medycyny i farmakologii, zajmującej się badaniem właściwości czynników toksycznych i negatywnymi skutkami ich oddziaływania na organizm ludzki. Błąd ten wynika bezpośrednio z braku przeprowadzenia przez Sąd I instancji dowodu z w/w opinii biegłego toksykologa, posiadającego wiadomości specjalne w swojej dziedzinie, którego doświadczenie zawodowe oraz związana z nim wiedza odnośnie wąskiej dziedziny nauki toksykologicznej, nie należą do okoliczności powszechnie znanych, jakie nie wymagają dowodzenia.

Stwierdzić przy tym należy, iż „błąd braku” bez wątplenia miał wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia Sądu I instancji. W przypadku posiadania przez oskarżonego kilkudziesięciu porcji handlowych „twardego” narkotyku, jakim jest amfetamina, ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji stanowią daleko idącą nadinterpretację wypadku mniejszej wagi, określonego w art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Kilkadziesiąt porcji tzw. działek amfetaminy bez wątplenia może być bowiem zakwalifikowane jako tzw. „zwykła” ilość posiadanych narkotyków z art. 62 ust. 1 w/w ustawy.

Dodać przy tym należy, iż posiadanie kilkudziesięciu porcji amfetaminy z uwagi na zagrożenie związane ze sposobnością jednorazowego odurzenia kilkudziesięciu osób nie może być uznane za czyn o niskiej społecznej szkodliwości, w szczególności biorąc pod uwagę szerzenie się narkomanii wśród młodych ludzi i związane z tym zagrożenia i patologie społeczne. Kwalifikacja czynu przypisanego D. M. w zaskarżonym wyroku nie mogła się zatem ostać, oznaczałaby bowiem błędną subsumcję („podciągnięcie”) stanu faktycznego po konkretne normy prawa materialnego. Równocześnie Sąd Odwoławczy nie był jednak uprawniony do korekty orzeczenia w tym zakresie z przyczyn opisanych poniżej.

Kwalifikacja czynu oskarżonego jako przestępstwa z art. 62 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, pociąga za sobą konsekwencje w postaci innego ustawowego zagrożenia karą. W przypadku mniejszej wagi z art. 62 ust. 3 w/w ustawy jest to grzywna, kara ograniczenia wolności lub kara pozbawienia wolności do roku, zaś odnośnie czynu z art. 62 ust. 1 tejże ustawy – kara pozbawienia wolności od roku do lat 3.

Zaznaczyć przy tym należy, iż wobec oskarżonego w zaskarżonym wyroku orzeczono najłagodniejszą rodzajowo karę grzywny, która nie jest w ogóle możliwa do wymierzenia za popełnienie czynu z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Powyższe oznacza, iż odmienne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy na podstawie opinii biegłego musiałyby skutkować zmianą kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu w orzeczeniu drugoinstancyjnym co skutkowałaby wymierzeniem D. M. surowszej kary. Tego jednak Sąd Okręgowy nie mógł uczynić.

Zgodnie z dyspozycją art. 454 § 2 kpk w brzmieniu sprzed 01 lipca 2015 r., sąd odwoławczy może orzec surowszą karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy nie zmienia ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku.

Przepis ten został uchylony ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247 ze zm. z Dz. U. z 2015 r., poz. 396), co powoduje, iż obecnie ograniczenie takie w procesie karnym nie występuje.

Jednakże w art. 36 ust. 2 tejże ustawy wprowadzono przepis przejściowy, zgodnie z którym do spraw, w których akt oskarżenia wniesiono przed 01 lipca 2015 r. (data nowelizacji kpk) zarówno art. 454 kpk, jak i art. 452 kpk stosowane są w dotychczasowym brzmieniu, aż do prawomocnego zakończenia postępowania. Sytuacja przewidziana w przepisach przejściowych związanych z nowelizacją Kodeksu postępowania karnego zaistniała także w niniejszej sprawie, gdzie akt oskarżenia przeciwko D. M. wpłynął do Sądu Rejonowego w Mińsku Mazowieckim w dniu 22 stycznia 2015 r. (k. 44), przed nowelizacją.

Odmienne ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę wyroku Sądu II instancji nie mogły zatem skutkować orzeczeniem wobec oskarżonego surowszej kary, niż orzeczona w zaskarżonym rozstrzygnięciu. W efekcie – wyrok Sądu Rejonowego w Mińsku Mazowieckim z dnia 26 czerwca 2015 r., sygn. II K 44/15 musiał zostać uchylony, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów prokuratora dotyczącego obrazy art. 195 kkw, wskazać należy, iż również jemu nie sposób odmówić zasadności. Skarżący słusznie wskazał przy tym, iż Sąd I instancji orzekając o przepadku na rzecz Skarbu Państwa dowodów w postaci zawiniątek foliowych – sreberek, nie powinien określać sposobu, w jaki przypadek ten ma nastąpić. Kwestię sposobu przepadku rzeczy określają bowiem przepisy Kodeksu Karnego Wykonawczego w art. 187- 195 kkw, a stosowanie tych przepisów możliwe jest dopiero po uprawomocnieniu się wyroku na etapie postępowania wykonawczego. Orzeczenie o przepadku w/w zawiniątek powinno zatem zapaść w drodze postanowienia sądu wykonującego wyrok na podstawie art. 195 kkw, po spełnieniu warunku przewidzianego w tym przepisie (niska wartość przedmiotu). Z tego też względu, rozstrzygnięcie w zaskarżonym wyroku o orzeczeniu na podstawie art. 44 § 2 kk środka karnego w postaci przepadku przedmiotów, które służyły do popełnienia przestępstwa z jednoczesnym poleceniem ich zniszczenia było wadliwe, naruszające dyspozycję art. 3 § 1 kkw i stanowiące antycypację postępowania wykonawczego w fazie jurysdykcyjnej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy w Siedlcach zaskarżony wyrok uchylił i sprawę niniejszą przekazał Sądowi Rejonowemu w Mińsku Mazowieckim do ponownego rozpoznania.

Procedując po raz kolejny, Sąd I instancji przeprowadzi postępowanie w sposób pozbawiony wyżej opisanych uchybień. W zakresie dowodów, które nie miały wpływu na treść zaskarżonego rozstrzygnięcia rozważy poprzestanie na ich ujawnieniu na rozprawie głównej w myśl art. 442 § 2 kpk.

Z tych względów, Sąd Okręgowy w Siedlcach orzekł jak w wyroku.