

Sygn. akt II AKa 469/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lutego 2015r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie w Wydziale II Karnym w składzie:

Przewodniczący: SSA – Maria Mroziak-Sztykiel (spr.)

Sędziowie: SA – Maria Żłobińska

SO (del.) – Ireneusz Szulewicz

Protokolant: – sekr. sąd. Kazimiera Zbysińska

przy udziale prokuratora Jacka Pergałowskiego

po rozpoznaniu w dniu 4 lutego 2015 r.

sprawy 1/.R. R. oskarżonego o czyn z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

2/.M. B. oskarżonego o czyn z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

z powodu apelacji wniesionych przez obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie

z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt V K 138/13

uchyla zaskarżony wyrok i sprawę oskarżonych R. R. i M. B. przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu Warszawa-Praga w Warszawie;

zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. Z. P., Kancelaria Adwokacka w W. kwotę 738 zł, w tym 23% VAT, tytułem obrony z urzędu pełnionej w postępowaniu odwoławczym.

UZASADNIENIE

R. R. został oskarżony o to, że:

w dniu 9 maja 2013 roku w W. działając wbrew przepisom oraz posiadał środki odurzające w postaci marihuany w łącznej ilości wagowej 38,5 grama netto,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

M. B. został oskarżony o to, że :

w okresie od najwcześniej 30 czerwca 2012 r. do 07 maja 2013 r. w W. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w krótkich odstępach czasu i w realizacji z góry powziętego zamiaru za kwotę 1.200 złotych udzielił małoletniemu R. R. łącznie 38,5 grama netto środka odurzającego w postaci marihuany,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga wyrokiem z 24 września 2014 r. sygn. V K 138/13 orzekł:

I. W ramach zarzucanego czynu oskarżonego R. R. uznał za winnego tego, że w dniu 9 maja 2013 roku w W. działając wbrew przepisom ustawy posiadał znaczne ilości środków odurzających w postaci marihuany o łącznej ilości wagowej 38, 5 grama netto tj. przestępstwa z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie tegoż przepisu skazał oskarżonego na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

II. Na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. oraz art. 70 § 1 pkt.1 i § 2 k.k. wykonanie wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący 5 lat.

III. Na podstawie art. 73 § 2 k.k. oddał oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora sądowego.

IV. Na podstawie art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek przez zniszczenie dowodów rzeczowych w postaci marihuany o łącznej wadze 38, 5 gram netto wymienionych pod poz. 1 - 3 w wykazie dowodów rzeczowych na k. 27 akt.

V. Oskarżonego M. B. uznał za winnego dokonania zarzucanego mu czynu, z tym, że przyjął, że dopuścił się go od miesiąca czerwca 2012 roku i za to na podstawie art. 59 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii skazał go na karę 3 lat pozbawienia wolności.

VI. Na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności zaliczył mu okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 10 maja 2013 roku do dnia 22 kwietnia 2014 roku.

VII. Zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. Z. P. – Kancelaria Adwokacka (...)-(...) W. ulica (...) kwotę 1328,40 złotych wraz z VAT tytułem, wynagrodzenia za obronę oskarżonego R. R. z urzędu.

VIII. Zwolnił obu oskarżonych od opłaty i kosztów postępowania przyjmując je na rachunek Skarbu Państwa.

Apelacje od tego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych.

Apelacja obrońcy oskarżonego R. R. zarzuca wyrokowi: obrazę przepisów postępowania mających istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 170 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. polegającego na oddaleniu wniosku dowodowego z:

a) opinii biegłego z zakresu chemii w celu ustalenia czy zabezpieczony susz stanowi susz ziela konopi włóknistej czy innej niż włókniste w sytuacji, gdy nie można było jednocześnie stwierdzić, że przyznanie się oskarżonego do zarzucanego czynu pomimo faktu, iż w chwili zatrzymania był małoletnim nie będącym w stanie stwierdzić w oparciu o wiedzę jak i doświadczenie życiowe, że posiadany przez niego susz był rzeczywiście marihuaną, a także pomimo badania testerami narkotykowymi N. I. nr 20, których daty przydatności do użycia w momencie badania nie da się ustalić oraz niemożliwość rozróżnienia podczas badania przez w/w tester konopi włóknistej od innej niż włókniste (posiadają środek odurzający w postaci (...)) - konopia włóknista w mniejszych ilościach) ale również sygnalizowania przez oskarżonego już na etapie postępowania przygotowawczego okoliczność, że przedmiotowy susz był suszem słabym, znalezionym w krzakach koło stawu, a w szczególności fakt, iż podczas zatrzymania oskarżonego znaleziono u niego 2,5 grama brutto suszu wraz z opakowaniem z którego wyselekcjonowano zaledwie 0,1 grama netto co spowodowało niedostateczne rozpoznanie sprawy i błędne przyjęcie, że zabezpieczony susz stanowił marihuanę, a w konsekwencji doprowadziło to do skazania oskarżonego.

b) opinii biegłego celem ustalenia rzeczywistej wagi suszu gdyby okazało się, iż jest to marihuana albowiem podczas zatrzymania oskarżony posiadał 2,5 grama brutto suszu wraz z opakowaniem z którego wyselekcjonowano zaledwie 0,1 g netto, a także okoliczność iż ważenia suszu dokonywali funkcjonariusze nieposiadający wiedzy specjalistycznej przyjmując dowolnie wagę zabezpieczonego suszu z pominięciem istotnych ustaleń, które należało poczynić tj. odjąć od wagi suszu wagę liści, lodyg itd. które nie powinny być uwzględniane podczas ważenia, a także fakt, iż do akt sprawy

nie załączono jakichkolwiek świadectw oraz atestów wagi którą ważono susz, co w konsekwencji spowodowało błędne przyjęcie ilości posiadanego suszu i skazanie oskarżonego za posiadanie znacznej ilości narkotyku.

W związku z powyższym skarżący wnosi o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Ewentualnie, gdyby Sąd nie podzielił stanowiska w zakresie naruszenia przepisów postępowania podnosił zarzut naruszenia:

przepisów prawa materialnego tj. art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez przyjęcie, iż 38,5 grama netto środka odurzającego w postaci marihuany stanowi znaczną ilość pomimo, że utrwalone orzecznictwo oraz materiał zgromadzony w aktach sprawy daje podstawę do przypisania oskarżonemu czynu z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii.

Mając na uwadze powyższy zarzut apelacji wnosi o zmianę wyroku poprzez zmianę kwalifikacji prawnej czynu z art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii na art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i wymierzenie oskarżonemu łagodniejszej kary.

Apelacja obrońcy oskarżonego M. B. zarzuca wyrokowi:

obrazę przepisów prawa procesowego, która miała wpływ na treść orzeczenia, tj.:

- art. 5 § 2 k.p.k. przez rozstrzygnięcie nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, co miało miejsce przy ocenie wyjaśnień R. R., zmieniających się za każdym razem oraz w sytuacji, gdy odmówił on odpowiedzi na pytania obrońcy M. B., co uniemożliwiło wyjaśnienie wielu wątpliwości;

- art. 4 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. - przez dowolną a nie swobodną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego i tym samym naruszenie zasady obiektywizmu, co objawiło się uznaniem, iż wyjaśnienia R. R. w których pomawia on M. B. są wiarygodne (pomimo wielu wątpliwości, nielogiczności i sprzeczności), zaś wyjaśnienia M. B. nie zasługują na danie im wiary;

- art. 92 k.p.k., art. 2 § 2 k.p.k. oraz art. 410 k.p.k. przez nie wzięcie pod uwagę całości zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, mającego znaczenie dla rozstrzygnięcia, nie zbadanie i nie rozważenie wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności tych, które przemawiały na korzyść oskarżonego M. B..

Wskazując na powyższe zarzuty apelacja wnosi o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego M. B. od popełnienia zarzucanego mu czynu

Ewentualnie

- uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej M. B. i przekazanie sprawy do ponownego jej rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego R. R. zasługuje na uwzględnienie, a w konsekwencji uwzględnieniu podlegała również apelacja obrońcy oskarżonego M. B..

Należy podzielić stanowisko apelacji obrońcy oskarżonego R. R., iż Sąd Okręgowy dopuścił się obrazy art. 170 § 1 pkt 2 kpk, co mogło mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku. To uchybienie odnosi się do oddalenia przez Sąd wniosku dowodowego w postaci dopuszczenia dowodu z opinii biegłego celem zbadania zabezpieczonego u tego oskarżonego suszu roślinnego i określenia czy zabezpieczony susz jest środkiem odurzającym w postaci konopi innych niż włókniste opisanych w załączniku 1 do ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Sądu I instancji, że w sprawie przedstawionej z aktem oskarżenia prokurator wykazał, że zabezpieczony u oskarżonego R. R. susz roślinny stanowi środek odurzający w postaci konopi innych niż włókniste (marihuany) i że ta okoliczność została w toku przewodu sądowego udowodniona. W tym zakresie nie wystarczy przekonanie oskarżonego, czy wynik testera, który wykazał „zabarwienie zgodnie z wzorcem w kierunku marihuany”. Należy bowiem podnieść, że odczynniki testerów barwnych do analizy narkotykowej, zgodnie z certyfikatem zgodności (k 351), są przeznaczone do **wstępnej** identyfikacji nadużycia domniemanej substancji. Są one używane, co wynika też z praktyki sądowej, do wstępnych czynności selekcyjnych w aspekcie ewentualnych kolejnych badań specjalistycznych celem nie tylko potwierdzenie ich wyniku, ale stwierdzenia w sposób jednoznaczny jaki środek odurzający (psychotropowy) był przedmiotem pogłębionego badania, tym bardziej, że w przypadku marihuany istotą jest zawartość (...). W tej sytuacji zasadnym jest uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy oskarżonego R. R. do ponownego rozpoznania.

Powyższe uchybienie skutkowało też uchyleniem zaskarżonego wyroku odnośnie oskarżonego M. B., bowiem Sąd Okręgowy ustalił, że zabezpieczony u R. R. susz roślinny nabył on od M. B.. W tej sytuacji nie można uznać, aby wskazywane uchybienie procesowe nie mogło mieć wpływu na treść zaskarżonego wyroku i wobec tegoż oskarżonego, i to ze względu na kierunek apelacji bez względu na fakt, że z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika jakie dowody doprowadziły Sąd Okręgowy do takich ustaleń faktycznych. W tej sytuacji czynienie rozważań odnośnie apelacji obrońcy oskarżonego M. B. stało się przedwczesne.

W toku ponownego rozpoznania Sąd Okręgowy dopuści dowód z opinii biegłego z zakresu badania środków odurzających, przeprowadzi przewód sądowy, w tym przesłucha oskarżonych ze szczególnym zwróceniem uwagi na okoliczności związane ze znamionami zarzucanych im czynów, dokona wnikliwej i wszechstronnej analizy ujawnionych dowodów, a także zgodnie z art. 7 kpk ich oceny. Sąd winien rozważyć też czy kwalifikacja prawna w zakresie ilości środka odurzającego zaproponowana przez prokuratora nie jest właściwa w aspekcie rodzaju środka odurzającego i doświadczenia sądowego.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na mocy art. 437 § 1 kpk orzekł jak w wyroku.