

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kociubiński (spr.)
Sędziowie:	SSA Wiesław Pędziwiatr SSA Jerzy Skorupka
Protokolant:	Iwona Łaptus

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marii Walkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 28 grudnia 2012 r.

sprawy **A. S.**

oskarżonego z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. 179 poz. 1485 z późn. zm.)

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora i oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 2 października 2012 r. sygn. akt III K 67/12

I. zaskarżony wyrok uchyla i sprawę A. S. przekazuje Sądowi Okręgowemu w Świdnicy do ponownego rozpoznania;

II. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. K. K. 600 zł tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą obronę oskarżonego z urzędu w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł podatku VAT.

UZASADNIENIE

A. S. został oskarżony o to, że : w dniu 1 stycznia 2012 r. w K., woj. (...), działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił małoletniemu Ł. P. (ur. (...)) środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ilości 21,52 grama za kwotę nie mniejszą niż 315 złotych; - **tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.**

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt: III K 67/12 oskarżonego A. S. uznał za winnego tego, że w dniu 1 stycznia 2012 r. w K. udzielił małoletniemu Ł. P. środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ilości 21,52 grama, to jest popełnienia czynu z art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i za czyn ten na podstawie tego przepisu wymierzył mu karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności i na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa i zarządził zniszczenie dowodu rzeczowego w postaci woreczka foliowego z zawartością suszu roślinnego, ujętego w wykazie dowodów rzeczowych na k. 41 akt sprawy oraz zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. R. T. z Kancelarii Adwokackiej w Ś. 1.033,20 zł z VAT, tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą obronę z urzędu oskarżonego; jego zaś zwolnił od obowiązku poniesienia kosztów postępowania, którymi obciążył Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku wnieśli oskarżony i prokuratur.

Obrońca oskarżonego zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, mianowicie art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, wynikającą z jego bezzasadnego zastosowania do czynu przypisanego oskarżonemu, mimo że czyn ten nie wypełnia znamion przestępstwa określonego w tym przepisie,
2. rażąco niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności – wynikającą z jej wysokości i niezastosowania przy jej wymierzeniu art. 69 k.k.

Obrońca oskarżonego wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uniewinnienie oskarżonego od zarzutu aktu oskarżenia albo o wymierzenie kary pozbawienia wolności w granicach dolnego zagrożenia, z zawieszeniem jej wykonania, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Prokurator zaskarżonemu wyrokowi zarzucił (cyt. dosł. z apelacji):

1. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, polegający na niesłusznym przyjęciu, iż A. S. udzielił małoletniemu Ł. P. środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste, w ilości 21,52 grama, bez zamiaru osiągnięcia korzyści majątkowej, w celu zażycia części środka przez małoletniego oraz po to, aby małoletni zorientował się wśród kolegów, czy są zainteresowani używaniem tegoż środka, podczas gdy właściwa ocena zeznań świadka P. B. oraz Ł. P., z uznaniem za wiarygodne przede wszystkim tych, które złożył on na etapie postępowania przygotowawczego, jednoznacznie wskazują na to, iż przekazując małoletniemu tak istotną ilość ziela konopi oskarżony zarówno udzielił części środka małoletniemu na własny użytek, jak i działał w zamiarze wprowadzenia ich do obrotu za pośrednictwem Ł. P., z czego miał osiągnąć wymierną korzyść majątkową, co w konsekwencji winno skutkować rozważeniem przez Sąd możliwości przyjęcia kumulatywnej kwalifikacji czynu przypisanego oskarżonemu z art. 56 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 §2 k.k. a także w zw. z art. 64 k.k., przy czym podstawę do przyjęcia działania sprawcy w warunkach powrotu do przestępstwa należy odnieść do uprzedniego skazania A. S. za przestępstwa przeciwko mieniu i podobieństwa wynikającego z faktu działania sprawcy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

2. rażąco niewspółmierność kary orzeczonej wobec oskarżonego A. S., polegającej na orzeczeniu kary w wymiarze 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, gdy prawidłowa analiza materiału dowodowego w sprawie, nakazująca (jak wskazano w I zarzucie skargi) ocenę zachowania oskarżonego jako kumulatywnie kwalifikowany czyn wprowadzenia do obrotu środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste i udzielenia tegoż środka małoletniemu Ł. P., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, przy uwzględnieniu, iż przy tak skonstruowanej kwalifikacji, sprawca winien odpowiadać w warunkach powrotu do przestępstwa, w związku z uprzednim skazaniem za przestępstwa przeciwko mieniu, winna skutkować orzeczeniem wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności w wymiarze 4 lat pozbawienia wolności.

Podnosząc powyższe zarzuty, prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja oskarżonego jest bezzasadna i to w stopniu oczywistym. Pomijając kwestię nieprawidłowego określenia zarzutu wskazanego w pkt 1 tej apelacji (jako obrazy prawa materialnego, gdy w istocie chodzi o zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia), dowolne są twierdzenia podniesione w jego uzasadnieniu, że żaden dowód przeprowadzony bezpośrednio na rozprawie nie potwierdził ustalenia, że oskarżony przekazał małoletniemu Ł. P. środek odurzający w postaci 21,52 g marihuany. Ustalenie Sądu Okręgowego, że fakt taki miał miejsce wynika jednoznacznie z zeznań świadków na które powołał się Sąd Okręgowy, a o ich wiarygodności przemawiają pośrednio okoliczności związane z zatrzymaniem Ł. P. i ujawnieniem posiadanej przez niego marihuany. Sąd Okręgowy z dowodami wskazującymi na sprawstwo oskarżonego, jak i dowodami przeciwnymi, zapoznał się bezpośrednio na rozprawie i wszystkie wszechstronnie ocenił, wykazując ponad wszelką wątpliwość wiarygodność dowodów obciążających oskarżonego i niewiarygodność jego wyjaśnień, w których zaprzeczał swojemu sprawstwu. Apelacja poza gołosłownym twierdzeniem, że ocena dowodów powinna być odwrotna od wyrażonej przez Sąd Okręgowy, nie przedstawia żadnego argumentu za takim stanowiskiem.

Jako częściowo zasadne przedstawiają się natomiast zarzuty zawarte w apelacji prokuratora. Szkoda tylko, że kwestie, które prokurator dostrzega w apelacji, pozwalające kwestionować przyjętą przez Sąd Okręgowy ocenę prawną czynu oskarżonego, ten sam prokurator nie dostrzegł wcześniej, konstruuąc akt oskarżenia. W uzasadnieniu aktu oskarżenia prokurator ustala wyrażnie, że „A. S. przekazał małoletniemu woreczek foliowy z suszem roślinnym i polecił mu rozprowadzenie tych narkotyków po 30 zł za 1 gram” (str. 2 a/o), a mimo to czyn oskarżonego kwalifikuje z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i dopiero w apelacji prawidłowo zauważa, że tak przedstawiające się zachowanie sprawcze wypełnia znamiona typu czynu zabronionego polegającego na wprowadzaniu do obrotu środków odurzających (patrz: art. 4 ust. 34 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii), co – w zależności od ilości tych środków – podlega kwalifikacji z art. 56 ust. 1 lub 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Podobnie rzecz wygląda z możliwością odpowiedzialności oskarżonego w warunkach art. 64 § 1 k.k., a to w związku z uprzednim skazaniem oskarżonego i odbyciem kary pozbawienia wolności za przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. (patrz k.46, 133). Już zarzucony oskarżonemu w akcie oskarżenia czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. także charakteryzuje się działaniem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i na tej podstawie przestępstwo o takich znamionach jest tak samo podobne do przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. (art. 115 § 3 k.k.), jak popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej wprowadzanie do obrotu środków odurzających. Dostrzeżenie przez prokuratora wcześniej tych oczywistych kwestii pozwoliłoby uniknąć konieczności ponownego rozpoznania sprawy przez Sąd Okręgowy, co jest szczególnie niekorzystne dla stanu psychicznego świadka Ł. P., który najwyraźniej boi się oskarżonego (patrz k. 7, 56, 141) i należałoby unikać kolejnej ich konfrontacji na rozprawie. Tymczasem, z uwagi na rodzaj uchybień popełnionych przez Sąd Okręgowy i możliwość odmiennych ustaleń, w związku z zarzutami apelacji prokuratora, które zasługują na uwzględnienie, orzeczenie reformacyjne Sądu Apelacyjnego jest niemożliwe – o czym poniżej.

Sąd Okręgowy, ustalając prawidłowo, że w mieszkaniu E. B. oskarżony przekazał małoletniemu Ł. P. 21,52 gram marihuany dowolnie, bo sprzecznie z tym co obiektywnie wynika z treści wiarygodnych dowodów, przyjął, że środek ten Ł. P. „(...) miał sam próbować i w takim celu dawać kolegom. (...) w ten sposób oskarżony chciał niejako na przyszłość zbadać czy w tym środowisku, w którym na co dzień funkcjonował Ł. P. istnieje zapotrzebowanie na środki narkotyczne” (str. 5 uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego). Sąd Okręgowy oparł takie ustalenia na zeznaniach złożonych przez Ł. P. na rozprawie, pomijając całkowicie towarzyszący świadkowi strach przed oskarżonym i ewidentną obawę przed złożeniem obciążających go zeznań. Ale nawet na rozprawie świadek Ł. P., na pytanie Sądu stwierdził w końcowej części swoich zeznań, że oskarżony mówił w mieszkaniu, po wręczeniu mu marihuany, że „mam to sprzedać i groził, że nie będę mógł wyjść na K. czy coś takiego” (k.142, t. V). Jednoznaczne odnośnie tej kwestii są zeznania świadka Ł. P. złożone w postępowaniu przygotowawczym (k. 7, 56) i absolutnie nieprzekonujące, choć w sytuacji świadka zrozumiałe, jest to co mówi na rozprawie, kiedy nieudolnie próbuje wycofać się z tych zeznań (k.142).

Wersja, że od początku chodziło o sprzedaż marihuany wśród uczniów w szkole, jest przekonująca także w świetle innych, obiektywnych okoliczności ujawnionych na rozprawie przed Sądem Okręgowym. Już wymowna jest reakcja oskarżonego na spóźnienie się świadka Ł. P. w przyjsciu do mieszkania E. B., gdzie czekał na niego oskarżony z porcją

marihuany. Cios w twarz, jaki oskarżony zadał świadkowi z tego powodu miał ewidentnie charakter skarcenia go za niesubordynację; że spóźnił się do odebrania zlecenia, jakie miał dla niego oskarżony. A to zlecenie nie mogło polegać na ofiarowaniu mu za darmo 21,52 gramów marihuany dla – jak przyjmuje Sąd Okręgowy – jedynie sondażu czy w przyszłości znajdą się chętni do zakupu takiego samego „towaru”. Sąd Okręgowy ustala, że oskarżony przekazał Ł. P. marihuanę w ilości pozwalającej na wydzielenie „około 215 najmniejszych, najczęściej spotykanych porcji handlowych” (str. 2 uzasadnienia S.O) , co uwzględniając podniesione wyżej okoliczności, przedstawiające w jakiej relacji pozostawali oni do siebie, pozwala zdecydowanie zakwestionować wersję przyjętą przez ten Sąd, jako sprzeczną także z zasadami doświadczenia życiowego.

Biorąc to wszystko pod uwagę, apelację prokuratora należało uwzględnić i orzec zgodnie z jej wnioskiem. Sąd Apelacyjny nie mógł orzekać reformacyjnie, lecz zobligowany był do uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania. Możliwość kwalifikacji czynu oskarżonego, jako przestępstwa wprowadzania do obrotu środka odurzającego, wymaga bowiem także rozważenia (co apelacja prokuratora już pomija) czy w grę wchodzić będzie podstawowa postać tego przestępstwa, czy też postać kwalifikowana z art. 56 ust. 3, ze względu na ilość przekazanej marihuany. W orzecznictwie dominuje stanowisko, że znaczna ilość narkotyków, to taka, która wystarcza do jednorazowego odurzenia co najmniej kilkudziesięciu osób (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 14.07.2011 r., IV KK 127/11, Lex nr 897769; postanowienie Sądu Najwyższego z 23.09.2009 r., I KZP 10/09, OSNKW 10/2009, poz. 84).

Do rozstrzygnięcia pozostaje też kwestia odpowiedzialności oskarżonego w warunkach art. 64 § 1 k.k., co zależy od ustaleń czy działał on w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W przypadku przyjęcia takich ustaleń, biorąc pod uwagę obowiązujące już w dacie czynu oskarżonego zagrożenie przewidziane w art. 56 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, zmianę wyroku przez Sąd Apelacyjny wyklucza reguła ne peius z art. 454 § 2 k.p.k.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy uwzględni poczynione wyżej uwagi i dokona jeszcze raz oceny prawnej czynu oskarżonego, eliminując błędy jakie w tej mierze popełniono w zaskarżonym wyroku. Z uwagi na to, że poza zeznaniami świadka Ł. P. pozostałe dowody przeprowadzone w postępowaniu nie miały wpływu na uchYLENIE wyroku, przy ponownym rozpoznaniu sprawy można będzie poprzestać na ich ujawnieniu (art. 442 § 2 k.p.k.).

O wynagrodzeniu obrońcy z urzędu oskarżonego za postępowanie odwoławcze, ustanowionego przez Sąd Apelacyjny, orzeczono na podstawie art. 29 prawa o adwokaturze (DzU nr 146/2009 r., poz. 1188 ze zm.) i § 2 ust. 3, 14 ust. 1 pkt 5 oraz § 20 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. nr 163, poz. 1348 z późn. zm.).