

Sygn. akt II AKa 191/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Kot
Sędziowie:	SSA Tadeusz Kielbowicz (spr.) SSA Bogusław Tocicki
Protokolant:	Beata Sienica

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marka Ratajczyka

po rozpoznaniu w dniu 27 czerwca 2013 r.

sprawy **T. B.**

oskarżonego z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk; art. 53 ust. 1 i art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2015r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk, art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk; art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 28 lutego 2013 r. sygn. akt III K 1/13

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego T. B. w ten sposób, że

a) na podstawie art. 45 § 1 kk orzeka przepadek równowartości korzyści majątkowej osiągniętej przez oskarżonego w kwocie 570 zł z przestępstwa przypisanego mu w pkt III części rozstrzygającej (art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 12 kk);

b) w punktach I i II części rozstrzygającej jako podstawę nadzwyczajnego złagodzenia kary pozbawienia wolności w miejsce art. 60 § 6 pkt 1 kk przyjmuje art. 60 § 6 pkt 2 kk;

c) z podstawy wymiaru kary grzywny w punkcie I części rozstrzygającej eliminuje art. 33 § 2 i 3 kk a w punkcie III części rozstrzygającej art. 33 § 3 kk;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

III. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania odwoławczego, nadto wymierza mu 1 300 zł tytułem opłaty za drugą instancję.

UZASADNIENIE

T. B. został oskarżony, o to że:

I. w okresie od lipca do września 2011 roku w Ś., na polu przylegającym do zakładu Spółki z o.o. (...) uprawiał, wbrew przepisom ustawy i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, dwa krzaki konopi innych niż włókniste, a następnie we wrześniu 2011 roku, po zebraniu ziela i jego zasuszeniu, wytworzył środek odurzający w postaci marihuany w znacznej ilości nie mniejszej niż 256,18 grama,

tj. o przestępstwo z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca

2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 roku, Nr

179, poz. 1485 z późn. zmianami) w zw. z art. 11 § 2 k.k.

II. w okresie od października 2011 roku do lutego 2012 roku w Ś. w mieszkaniu przy ulicy (...) uprawiał, wbrew przepisom ustawy i w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, krzak konopi innych niż włókniste, a następnie w lutym 2012 roku, po zebraniu ziela i jego zasuszeniu, wytworzył środek odurzający w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 15,90 grama,

tj. o przestępstwo z art. 53 ust. 1 i art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca

2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 roku, Nr

179, poz. 1485 z późn. zmianami) w zw. z art. 11 § 2 k.k.

III. w okresie od stycznia do marca 2012 roku w Ś., w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru M. S. (1), P. D. i M. S. (2) oraz innym nieustalonym osobom środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 19 gramów za kwotę nie mniejszą niż 570 zł, i tak:

- w okresie od stycznia do lutego 2012 roku pięciokrotnie udzielił P. D. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 11 gramów za kwotę nie mniejszą niż 330 zł,

- w okresie od lutego do marca 2012 roku pięciokrotnie udzielił M. S. (1) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 5 gramów za kwotę nie mniejszą niż 150 zł,

- w lutym 2012 roku trzykrotnie udzielił M. S. (2) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości nie mniejszej niż 3 gramy za kwotę nie mniejszą niż 90 zł,

tj. o przestępstwo z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r.

o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z dnia 19.09.2005 r. z późn. zmianami) w zw. z art. 12 k.k.

IV. w dniu 8 marca 2012 roku w Ś. w mieszkaniu przy ulicy (...) posiadał, wbrew przepisom ustawy, znaczną ilość środka odurzającego w postaci 256,18 grama marihuany,

tj. o przestępstwo z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku

o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 roku, Nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami).

Wyrokiem z dnia 28 lutego 2013 roku, sygn. akt III K 1/13, Sąd Okręgowy we Wrocławiu:

I. oskarżonego T. B. uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie I części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 roku, Nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami) w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 53 ust. 2 cyt. ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k., przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 6 pkt

1 k.k., wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz na podstawie art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. karę grzywny w ilości 500 (pięćset) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 (dziesięć) zł;

II. oskarżonego uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie II części wstępnej wyroku, przyjmując, iż stanowi on przestępstwo z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 1 cyt. ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 53 ust. 2 cyt. ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k., przy zastosowaniu art. 60 § 1 i § 6 pkt 1 k.k. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

III. oskarżonego uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie III części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 59 ust. 1 cyt. ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 59 ust. 1 cyt. ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii oraz art. 33 § 1, 2 i 3 k.k. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności oraz karę grzywny w ilości 500 (pięćset) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 (dziesięć) zł;

IV. oskarżonego uznał za winnego popełnienia czynu opisanego w punkcie IV części wstępnej wyroku, tj. przestępstwa z art. 62 ust. 2 cyt. ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na tej podstawie wymierzył mu karę 1 (jednego) roku pozbawienia wolności;

V. na podstawie art. 85 k.k. oraz art. 86 § 1 i 2 k.k. połączył oskarżonemu T. B. kary pozbawienia wolności orzeczone w punktach I, II, III i IV części dyspozytywnej wyroku i kary grzywny orzeczone w punktach I i III części dyspozytywnej wyroku i wymierzył mu karę łączną 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz karę łączną grzywny w ilości 500 (pięćset) stawek dziennych, ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 (dziesięć) zł;

VI. na podstawie art. 69 § 1 k.k., art. 70 § 2 k.k. i art. 73 § 2 k.k. warunkowo zawiesił oskarżonemu wykonanie wymierzonej mu kary łącznej pozbawienia wolności na okres próby 5 (pięciu) lat, oddając go w tym czasie pod dozór kuratora sądowego;

VII. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet kary łącznej grzywny zaliczył oskarżonemu okres zatrzymania od 8 marca 2012 r. do 10 marca 2012 r.;

VIII. na podstawie art. 70 ust. 1 i ust. 2 cytowanej ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek przedmiotów i środków odurzających wymienionych w wykazach dowodów rzeczowych: nr I/ 78/ 12 pod pozycjami 1 - 2, nr II/ 79/ 12 pod pozycjami 3 - 4, nr III/ 80/ 12 pod pozycjami od 5 do 12, nr IV/ 81/ 12 pod pozycjami 14 - 15 i nr V/ 82/ 12 pod pozycją 16 (k. 107 - 111 akt), zarządzając ich zniszczenie;

IX. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zarządził zwrot telefonu komórkowego opisanego i wymienionego w wykazie dowodów rzeczowych nr III/ 80/ 12 pod pozycją 13 (k. 109 akt) T. B.;

X. zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe, zwalniając go od uiszczania opłaty.

Apelację od zapadłego orzeczenia wywiódł Prokurator Prokuratury Rejonowej w Środzie Śląskiej zaskarżając powyższy wyrok na niekorzyść oskarżonego T. B. w części dotyczącej orzeczenia o karze. Skarżący zarzucił orzeczeniu:

I. rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary T. B. kary łącznej 2 lat pozbawienia wolności przy jej równoczesnym warunkowym zawieszeniu na okres 5 lat próby wynikającą z niedostatecznego uwzględnienia okoliczności obciążających, a w szczególności stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu, właściwości i warunków osobistych oskarżonego oraz celów zapobiegawczych i wychowawczych, które kara ma osiągnąć wobec sprawcy, a także potrzeb w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, przy nadmiernym, nadaniu znaczenia okolicznościom łagodzącym, co w konsekwencji doprowadziło do wymierzenia oskarżonemu zbyt łagodnej kary za zarzucone mu przestępstwa,

II. obrazę przepisów prawa materialnego, a to art. 45 § 1 k.k. polegającą na nie orzeczeniu przepadku korzyści majątkowej jaką oskarżony T. B. osiągnął z popełnienia zarzuconego mu w pkt III aktu oskarżenia przestępstwa mimo istnienia przesłanek do obligatoryjnego orzeczenia tego środka karnego oraz art. 60 § 6 pkt 1 k.k. polegającą na jego zastosowaniu przy wymierzeniu oskarżonemu kary za czyny z pkt I i II aktu oskarżenia po zastosowaniu w tym zakresie nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 1 k.k. podczas gdy czyny te stanowią inną zbrodnię, a zatem zastosowanie przy wymierzeniu kary po zastosowaniu jej nadzwyczajnego złagodzenia winien mieć przepis art. 60 § 6 pkt 2 k.k.

Stawiając powyższe zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu T. B. za czyn opisany w pkt I aktu oskarżenia kary 2 lat i 11 miesięcy pozbawienia wolności i kary grzywny w ilości 500 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 złotych, za czyn opisany w pkt II aktu oskarżenia kary 1 roku pozbawienia wolności, za czyn opisany w pkt III aktu oskarżenia kary 1 roku pozbawienia wolności oraz kary grzywny w ilości 500 stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki na kwotę 10 złotych oraz za czyn opisany w pkt IV aktu oskarżenia kary 1 roku pozbawienia wolności i orzeczenie na podstawie art. 85 k.k. kary łącznej 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, przyjęcie za podstawę wymierzenia kary za czyny opisane w pkt I i II aktu oskarżenia art. 60 § 1 i § 6 pkt 2 k.k. oraz orzeczenie na podstawie art. 45 § 1 k.k. środka karnego przepadku korzyści majątkowej w kwocie 570 złotych, a także utrzymanie zaskarżonego wyroku w mocy co do pozostałych rozstrzygnięć.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie w odniesieniu do zarzutów zawartych w pkt II jej „petitum”. Na uwzględnienie nie zasługiwał natomiast zarzut dotyczący rażącej niewspółmierności kary.

Dokonując analizy zarzutów zawartych w apelacji Prokuratora, Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd I instancji dokonał prawidłowych ustaleń stanu faktycznego. Jednocześnie, Sąd Okręgowy dopuścił się kilku uchybień, które wymagały skorygowania.

W pierwszej kolejności zważyć należało, że na uwzględnienie zasługiwał zarzut obrazę prawa materialnego, a to art. 45 § 1 k.k. poprzez brak orzeczenia o przepadku korzyści majątkowej jaką oskarżony T. B. osiągnął z popełnienia czynu przypisanego mu w pkt III części rozstrzygającej wyroku. Zgodnie z treścią art. 45 § 1 k.k., jeżeli sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa, chociażby pośrednio, korzyść majątkową niepodlegającą przepadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 lub 6, sąd orzeka przepadek takiej korzyści albo jej równowartości. Z treści powołanego artykułu wynika, że w przypadku osiągnięcia korzyści majątkowej w wyniku popełnienia przez oskarżonego czynu zabronionego, Sąd obligatoryjnie orzeka przepadek tych korzyści. Z czynu polegającego na udzieleniu M. S. (1), P. D. i M. S. (2) oraz innym nieustalonym osobom środka odurzającego w postaci marihuany, oskarżony uzyskał korzyść majątkową w wysokości nie mniejszej niż 570 złotych. Zasadnie więc podnosił skarżący, że obowiązkiem Sądu Okręgowego było orzeczenie o przepadku osiągniętej korzyści. Apelacja w tym zakresie podlegała uwzględnieniu i na podstawie art. 45 § 1 k.k. Sąd Apelacyjny orzekł o przepadku równowartości korzyści majątkowej w kwocie 570 złotych osiągniętej przez oskarżonego z przestępstwa przypisanego w pkt III części rozstrzygającej (pkt I lit a).

Na uwzględnienie nie zasługiwał natomiast zarzut rażącej niewspółmierności kary. Na gruncie prawidłowo poczynionych ustaleń faktycznych, Sąd Okręgowy wymierzył oskarżonemu odpowiednie kary jednostkowe, a następnie sprawiedliwą karę łączną.

W orzecznictwie trafnie podkreśla się, że zarzut niewspółmierności kary, jako zarzut z kategorii ocen, można zasadnie podnosić wówczas: "gdy kara jakkolwiek mieści się w granicach ustawowego zagrożenia, nie uwzględnia w sposób właściwy zarówno okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i osobowości sprawcy, innymi słowy - gdy w społecznym odczuciu jest karą niesprawiedliwą" (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 kwietnia 1985 r., V KRN 178/85, OSNKW 7-8/1985, poz. 60). Oskarżonemu wymierzono kary jednostkowe praktycznie w ich dolnych granicach (przy zastosowaniu - w pkt I i III - ich nadzwyczajnego złagodzenia). Następnie, wymierzając karę łączną, Sąd Okręgowy zastosował zasadę absorpcji. Skarżący postulował o zmianę kary orzeczonej w pkt I zaskarżonego

wyroku i wymierzenie oskarżonemu zamiast kary 2 lat – kary 2 lat i 11 miesięcy, a następnie wymierzenie kary łącznej 3 lat i 6 miesięcy, przyjmując zasadę asperacji zbliżoną do kumulacji. Zdaniem Sądu Odwoławczego nie było podstaw do takiego zaostrzenia kary jednostkowej, a następnie kary łącznej. Sąd Okręgowy uwzględnił ścisły związek przedmiotowy, a także czasowy pomiędzy czynami, których dopuścił się oskarżony, co wpłynęło na obniżenie wymiaru kary. Sąd I instancji wziął też pod uwagę pozytywną postawę samego oskarżonego T. B. w trakcie postępowania przygotowawczego i sądowego, a także bardzo pozytywne opinie na jego temat. Jak wynika z opinii kuratora, T. B. nie wydaje się osobą zdemoralizowaną i jest utożsamiany ze spokojnym, prawidłowo funkcjonującym młodym człowiekiem. Opinia na jego temat jest pozytywna (k. 122-123). Pozytywną opinię wystawił oskarżonemu także pracodawca (k. 252). Ponadto, w momencie popełnienia czynu przypisanego w pkt I części rozstrzygającej wyroku oskarżony był młodociany, a w odniesieniu do czynu przypisanego w pkt II granica ta została jedynie nieznacznie przekroczona. Ponadto, zważyć też należało, że karalność oskarżonego (na którą powołał się Sąd I instancji) uległa już zatarciu w związku z treścią art. 76 k.k. Wszelkie powołane powyżej okoliczności przemawiają za tym, że orzeczone wobec oskarżonego T. B. kary jednostkowe są odpowiednie i taka jest też wymierzona mu kara łączna. Prawidłowe było zastosowanie wobec oskarżonego dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kar (orzeczonych w pkt I i II części rozstrzygającej) jak i warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej. Reasumując, wymierzone oskarżonemu T. B. kary jednostkowe i kara łączna są sprawiedliwe i czynią zadość wymogom stawianym w art. 53 k.k. tj. prewencji ogólnej jak i szczególnej, a apelacja Prokuratora nie dostarczyła argumentów mających świadczyć o konieczności ich zmiany. Dla Sądu Apelacyjnego nie budzi wątpliwości fakt, iż wobec oskarżonego można postawić pozytywną prognozę na przyszłość.

Korekty wymagała natomiast podstawa prawna nadzwyczajnego złagodzenia bowiem Sąd I instancji omyłkowo jako jego podstawę wskazał art. 60 § 6 pkt 1 k.k. Przypisane oskarżonemu w pkt I i II części rozstrzygającej czyny stanowiły „inną zbrodnię” w rozumieniu art. 60 § 6 pkt 2 k.k. (nie były one bowiem zagrożone co najmniej karą 25 lat pozbawienia wolności). Z powyższego wynika, że podstawą nadzwyczajnego złagodzenia powinien być art. 60 § 6 pkt 2 k.k. Sąd Apelacyjny dokonał więc w tym zakresie korekty (pkt I lit. b wyroku).

Skorygowania wymagało także orzeczenie w zakresie orzeczonej grzywny. W pkt I części rozstrzygającej oskarżonemu przypisano czyn zabroniony z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2005 roku, Nr 179, poz. 1485 z późn. zmianami) w zw. z art. 11 § 2 k.k. Przepis art. 53 ust. 2 przewiduje wymierzenie zarówno kary pozbawienia wolności jak i kary grzywny. Przepis ten wymaga więc wymierzenia obligatoryjnie grzywny obok kary pozbawienia wolności. Kara grzywny orzekana jest na podstawie art. 53 ust. 2 powyższej ustawy, nie zaś na podstawie art. 33 § 2 k.k., zatem przepis ten nie powinien zostać powołany w podstawie jej orzeczenia (zob. wyrok SA w Katowicach z 17 marca 2005 r., II AKa 54/05, Lex, nr 151792). Z tej też przyczyny, Sąd Apelacyjny wyeliminował w pkt I części rozstrzygającej z podstawy wymiaru kary art. 33 § 2 k.k. Sąd Odwoławczy wyeliminował także z pkt I i III części rozstrzygającej art. 33 § 3 k.k. albowiem powoływanie go w podstawie prawnej wymiaru kary jest zbędne (pkt I lit c).

W pozostałej części zaskarżony wyrok podlegał utrzymaniu w mocy.

Zgodnie z treścią art. 627 k.p.k., Sąd Apelacyjny zasądził od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania odwoławczego. Wysokość opłaty została wyliczona w oparciu o treść art. 2 ust. 1 pkt 4 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 roku Oplaty w sprawach karnych (Dz.U. z 1983 r. Nr 49, poz. 223 z późn. zm.)