

Sygn. akt II AKa 398/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 grudnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Krawiec
Sędziowie:	SSA Witold Franckiewicz SSA Wojciech Kociubiński (spr.)
Protokolant:	Anna Turek

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Marka Szczęsnego

po rozpoznaniu w dniu 12 grudnia 2013 r.

sprawy **M. S.**

oskarżonego z art. 62 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. art. 12 k.k.,

z powodu apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 24 września 2013 r. sygn. akt III K 99/13

**I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że za podstawę prawną orzeczonego w punkcie VIII części rozstrzygającej tego wyroku przepadku środka odurzającego w postaci marihuany i innych rzeczy przyjmuje art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 44 § 2 k.k.;**

**II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;**

**III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. S. C. 600 zł tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą obronę z urzędu oskarżonego M. S. w postępowaniu odwoławczym i 138 zł tytułem zwrotu VAT;**

**IV. zwalnia oskarżonego M. S. od obowiązku poniesienia wydatków za postępowanie odwoławcze, którymi obciąża Skarb Państwa.**

## UZASADNIENIE

M. S. został oskarżony o to, że:

I. w dniu 7 marca 2013 roku w N., woj. (...) działając wbrew przepisom ustawy posiadał 99,37 gramów środka odurzającego w postaci marihuany, tj. o czyn z art. 62 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

II. w grudniu 2012 roku w N., woj. (...) działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił małoletniemu P. K. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 1 gram za kwotę 30 złotych, tj. o czyn z art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

III. w okresie od listopada 2012 roku do lutego 2013 roku w N., woj. (...) działając w krótkich odstępach czasu i z góry powziętym zamiarem oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił co najmniej ośmiokrotnie R. K. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości po 1gramie za kwotę 30 złotych za każdym razem tj. o czyn z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

IV. w okresie od listopada 2012 roku do lutego 2013 roku w N., woj. (...) działając w krótkich odstępach czasu i z góry powziętym zamiarem oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił co najmniej dwudziestokrotnie P. L. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości po 0,5 grama za kwotę 10 złotych za każdym razem tj. o czyn z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

V. w grudniu 2012 roku w N., woj. (...) działając w krótkich odstępach czasu i z góry powziętym zamiarem oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił co najmniej dwukrotnie K. O. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości po 0,5 grama za kwotę 10 złotych za każdym razem tj. o czyn z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

VI. w okresie od grudnia 2012 roku do lutego 2013 roku w N., woj. (...) działając w krótkich odstępach czasu i z góry powziętym zamiarem oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił co najmniej dziesięciokrotnie A. T. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości po 0,5 grama za kwotę 15 złotych za każdym razem tj. o czyn z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

VII. w okresie od grudnia 2012 roku do lutego 2013 roku w N., woj. (...) działając w krótkich odstępach czasu i z góry powziętym zamiarem oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił co najmniej jedenastokrotnie P. G. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości po 2 gramy za kwotę 60 złotych za każdym razem tj. o czyn z art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

VIII. w lutym 2013 roku w N., woj. (...) działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił małoletniemu D. G. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 0,5 grama za kwotę 10 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 24 września 2013 r., sygn. akt III K 99/13 orzekł:

I. Oskarżonego M. S. uznał za winnego tego, że w dniu 7 marca 2013 roku w N., woj. (...) wbrew przepisom ustawy, posiadał środek odurzający w postaci marihuany w ilości 99,37 grama netto i czyn ten zakwalifikował z art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca roku o przeciwdziałaniu narkomanii i za to, na podstawie art. 62 ust.1 tej ustawy wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności;

II. oskarżonego M. S. uznał za winnego popełnienia czynów (zachowań) opisanych w pkt II-VIII części wstępnej wyroku, przyjmując, iż dopuścił się ich w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, zakwalifikował je jako jeden czyn ciągły z art. 59 ust. 2 i art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to, na podstawie art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii przy zastosowaniu art. 60 § 2 i § 6 pkt. 2 k.k., wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności;

III. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył kary pozbawienia wolności orzeczone wobec oskarżonego M. S. i jako karę łączną wymierzył mu karę 2 lat pozbawienia wolności;

IV. na podstawie art. 69 § 1 i 2 oraz art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby wynoszący pięć lat, zaś na podstawie art. 73 § 1 k.k. oddał oskarżonego w okresie próby pod dozór kuratora sądowego;

V. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności, na wypadek zarządzenia jej wykonania, zaliczył okres zatrzymania oskarżonego, od 7 marca 2013 roku do 8 marca 2013 roku;

VI. na podstawie art. 71 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii zobowiązał oskarżonego do podjęcia, w terminie jednego miesiąca od uprawomocnienia się wyroku. leczenia odwykowego w związku z uzależnieniem od narkotyków;

VII. na podstawie art. 45 § 1 k.k. orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa równowartości korzyści majątkowej osiągniętej przez oskarżonego z popełnionego przestępstwa opisanego w punkcie II części dyspozytywnej wyroku w kwocie 1310 ( jeden tysiąc trzysta dziesięć ) złotych;

VIII. na podstawie art. 70 ust. 1 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii zarządził przepadek oraz zniszczenie dowodów rzeczowych opisanych w pkt. 1, 2, 3, 4 , 7 wykazu dowodów rzeczowych nr 58/13, k. 47 akt oraz na podst. art. 230 § 2 k.p.k. zarządził zwrot na rzecz oskarżonego M. S. dowodów rzeczowych opisanych w punktach 5 i 6 wykazu dowodów rzeczowych nr 58/13, k. 47;

IX. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adwokata S. C. 885,60 zł (osiemset osiemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt groszy) z VAT, tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą obronę z urzędu oskarżonego; jego zaś zwolnił od obowiązku poniesienia kosztów sądowych, zaliczając wydatki poniesione w sprawie na rachunek Skarbu Państwa.

Apelację od powyższego wyroku wniósł prokurator.

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego, w części dotyczącej orzeczenia o karze, zarzucając:

1. Obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 70 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, poprzez ich niezastosowanie jako podstawy przepadku zabezpieczonych w sprawie dowodów rzeczowych w postaci woreczków foliowych z zawartością suszu marihuany i pustych woreczków strunowych i błędne zastosowanie jako podstawy przepadku wskazanych dowodów rzeczowych przepisu art. 70 ust. 1 Ustawy z dnia 29 listopada 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii;

2. Błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia i mający wpływ na treść polegający na przyjęciu, że wobec M. S. zachodzą podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary za czyn określony w wyroku jako II, podczas gdy okoliczności sprawy takie jak sposób życia przed popełnieniem przestępstwa, uprzednia karalność oskarżonego i jego zachowanie po popełnieniu przestępstwa polegające na kontynuowaniu przestępczego procederu w postaci posiadania i odpłatnego udzielania środków odurzających wskazują, że wobec M. S. nie zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek o jakim mowa w art. 60 § 2 k.k.

3. Rażąco niewspółmierność orzeczonej wobec oskarżonego kary jednostkowej za drugi czyn - 2 lat pozbawienia wolności oraz kary łącznej w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 5 lat, w stosunku do stopnia winy i społecznej szkodliwości przypisanych mu czynów, a nadto wymogów prewencji ogólnej i szczególnej.

***Podnosząc te zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie przepadku dowodów rzeczowych w postaci woreczków foliowych z zawartością suszu marihuany i pustych woreczków strunowych na podstawie art. 70 ust 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 44 § 2 k.k., wymierzenie oskarżonemu za czyn przypisany mu w pkt II kary 4 lat pozbawienia***

**wolności i w takiej wysokości kary łącznej oraz poddanie oskarżonego leczeniu na podstawie art. 71 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii.**

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

Słuszny jest zarzut wskazywany w pkt. 1 apelacji prokuratora. Sąd Okręgowy wyrokował z naruszeniem wskazanych przez prokuratora przepisów prawa materialnego, co obliguje zaskarżony wyrok w tej części zmienić i orzec zgodnie z wnioskiem apelacji.

Rzeczy w postaci woreczków foliowych z zawartością suszu i pustych woreczków strunowych, zostały zabezpieczone w związku z popełnieniem przez oskarżonego występku z art. 62 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, czyli przestępstwa nie wymienionego w katalogu wskazanym w art. 70 ust. 1 wymienionej ustawy. Podstawą prawną orzeczenia przypadku środków odurzających, jak słusznie wskazał skarżący, jest przepis art. 70 ust. 2, z którego wprost wynika, że dotyczy on przestępstw z art. 62 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii. Jeżeli chodzi natomiast o woreczki strunowe, to również zgodnie z twierdzeniem apelującego podstawą prawną przypadku tych rzeczy jest art. 44 § 2 k.k., ponieważ nie ma żadnej wątpliwości, że były one przeznaczone do popełniania przez skazanego przestępstw.

Niezasadne są natomiast zarzuty apelacji prokuratora skierowane przeciwko orzeczeniu o karze pozbawienia wolności.

Apelujący prokurator słusznie zauważa, że w sprawie ujawniają się okoliczności obciążające oskarżonego. Sąd Okręgowy okoliczności tych jednak nie pomijał i właściwie uwzględnił je przy wymiarze kary. Akcentowana przez prokuratora okoliczność, że oskarżony w dwóch przypadkach sprzedał marihuanę małoletnim ( P. K. i D. G.) należy do znamion przypisanego mu czynu i nie może być dodatkowo przyjmowana, jako obciążająca przy wymiarze kary, na podstawie kwalifikowanej sankcji. Uwzględniając natomiast szczegóły tych dwóch przypadków, jak okazjonalność przekazania małoletnim marihuany, niewielka ilość tego środka oraz fakt, że chodzi jednak o środek nie należący do grupy tzw. narkotyków twardych, należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, że nawet najniższa kara wymierzona na podstawie sankcji z art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii byłaby dla oskarżonego rażąco surowa. Nie można pomijać, że oskarżony sam jest uzależniony od marihuany i środek ten miał przede wszystkim dla siebie. Pozostałe wypadki sprzedaży marihuany ograniczały się do kręgu kolegów oskarżonego, co pomniejsza stopień ich karygodności i nie uzasadnia najsurowszej reakcji karnej. Wyrażona w apelacji prokuratora ocena stopnia społecznej szkodliwości czynów oskarżonego, gdy podkreśla się w niej, że „(...) sprzedaż środków odurzających (...) stanowiła jego sposób na życie przez około 4 miesiące” (str. 7-8 apelacji) jest jednostronna i uproszczona.

Prawidłowo ocenił Sąd Okręgowy także postawę oskarżonego w śledztwie i jego dotychczasowy tryb i sposób życia. Wprawdzie, co podnosi prokurator, oskarżony nie przyznawał się do przekazania marihuany nieletnim P. K. i D. G., co zostało mu przypisane, ale trafne są ustalenia Sądu Okręgowego, że zaraz po ujawnieniu przy nim marihuany opisał dokładnie skąd ją ma i przyznał się od razu, że część tego środka przekazywał kolegom, których ujawnił. Nie ulega przy tym wątpliwości, że biorąc pod uwagę całokształt okoliczności dotyczących zarówno przypisanych oskarżonemu czynów, jak i okoliczności charakteryzujących osobę oskarżonego, że nie mamy do czynienia z groźnym przestępcą, dla którego tylko kara bezwzględna może spełnić stawiane przed karą zadania. Tej oceny nie może skutecznie podważyć akcentowany w apelacji prokuratora fakt, że już po wszczęciu postępowania w niniejszej sprawie zatrzymano oskarżonego i stwierdzono, że posiada marihuanę. Pomijając, że oskarżony korzysta w tej części z domniemania niewinności (art. 5 § 1 k.p.k.), uwzględniając jednak jego uzależnienie od marihuany, nie jest to okoliczność, która pozwalałaby podważyć wyrok Sądu Okręgowego w części dotyczącej wymiaru kary.

Wiek oskarżonego, jego sytuacja rodzinna oraz wyniki wywiadu środowiskowego (k. 81 – 82), pozwalają stwierdzić, że oskarżony ma szansę na normalne życie, zerwanie z przestępczą działalnością i skuteczne leczenie (co deklaruje) bez konieczności odbycia bezwzględnej kary pozbawienia wolności i kontaktu z realiami zakładu karnego. A w takiej sytuacji, dyrektywa z art. 58 § 1 k.k. jednoznacznie wskazuje na potrzebę warunkowego zawieszenia wykonania wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności. Sąd Okręgowy dyrektywę tę zastosował prawidłowo, nadając

słusznie prymat elementom prewencji szczególnej przy wymiarze kary dla oskarżonego M. S.. Jeżeli oskarżony zawiedzie okazane mu zaufanie, odbędzie karę pozbawienia wolności. Dopóki jednak kara taka nie przedstawia się, jako bezwzględnie konieczna, należało od niej odstąpić.

Mając to wszystko na względzie orzeczono jak na wstępie.

O kosztach nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego za postępowanie odwoławcze orzeczono na podstawie art. 29 prawa o adwokaturze (Dz.U. nr 123, z 2002 r., poz. 1058 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.). Oskarżonego zwolniono od obowiązku poniesienia kosztów za postępowanie odwoławcze, albowiem przemawiają za tym względy słuszności (art. 624 § 1 k.p.k.)