

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodniczący	SSA Halina Czaban
Sędziowie	SSA Andrzej Czapka SSA Piotr Sławomir Niedzielak (spr.)
Protokolant	Magdalena Zabielska

przy udziale Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w Białymstoku – Małgorzaty Gasińskiej - Werpachowskiej

po rozpoznaniu w dniu 9 grudnia 2014 r.

sprawy **M. K.**

oskarżonego z art. 59 ust. 2 i art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. i w zw. z art. 12 k.k.

z powodu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Ostrołęce

z dnia 16 lipca 2014 r. sygn. akt II K 27/14

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. K., a na podstawie art. 435 k.p.k. także wobec oskarżonych P. O. i D. Z., w ten sposób, że:

- ustala, iż przedmiotem czynu z pkt I części dyspozytywnej w zakresie udzielania środka odurzającego małoletniemu S. D. było tygodniowo nie więcej niż 5 gramów marihuany,
- uchyla rozstrzygnięcia z punktów: VI, XIV i XXII części dyspozytywnej,
- ustala wysokość korzyści majątkowych, których przepadek orzeczono w pkt. V części dyspozytywnej na 400 złotych, w pkt. XIII na 365 złotych, w pkt. XXI na 165 złotych;

II. utrzymuje wyrok w mocy w pozostałym zakresie;

III. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. W. D. 738 złotych, w tym 138 złotych należnego podatku VAT, tytułem wynagrodzenia za nieopłaconą obronę z urzędu oskarżonego M. K. przed sądem odwoławczym;

IV. kosztami sądowymi za postępowanie odwoławcze obciąża Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

M. K. był oskarżony o to, że:

I. w bliżej nieustalonym dniu w okresie, nie później niż od września 2009 r. do dnia 29 września 2012 r. w P. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielał małoletniemu S. D. raz w tygodniu co najmniej 5 gram środka odurzającego w postaci marihuany za kwotę 40 zł za gram,

tj. o czyn z art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r., Nr 124 ze zm.) w zw. z art. 12 k.k.,

II. w bliżej nieustalonym dniu w okresie, nie później niż od września 2010 r. do marca 2012 r. w P. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielał P. O. co najmniej 5 razy środka odurzającego w postaci marihuany w ilości po 1 gramie za kwotę 40 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r. Nr 124 ze zm.) w zw. z art. 12 k.k.,

P. O. był oskarżony o to, że:

III. w bliżej nieustalonym dniu w okresie od 1 do 29 września 2012 r. w miejscowości G. gm. P. woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z D. Z., wbrew przepisom ustawy oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił M. K. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 10 gram za łączną kwotę 330 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r. Nr 124 ze zm.)

IV. w dniu 29 września 2012 r. w miejscowości S. gm. G. woj. (...), wbrew przepisom ustawy oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił M. K. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 4 gram za łączną kwotę 200 zł.,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r., Nr 124 ze zm.),

V. w dniu 4 października 2012 r. w miejscowości G. gm. P. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, posiadał środki odurzające w postaci marihuany o wadze około 23,16 grama brutto,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r. Nr 124 ze zm.)

D. Z. był oskarżony o to, że:

VI. w bliżej nieustalonym dniu w okresie od 1 do 29 września 2012 r. w miejscowości G. gm. P. woj. (...), działając wspólnie i w porozumieniu z P. O., wbrew przepisom ustawy oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielił M. K. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 10 gram za łączną kwotę 330 zł.,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r. Nr 124 ze zm.),

VII. w bliżej nieustalonych dniach w okresie od września 2012 r. do 2 października 2012 r. w miejscowości G. gm. P. woj. (...), działając wbrew przepisom art. 33-35 i 37 ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, uczestniczył w obrocie środkami odurzającymi w postaci marihuany poprzez co najmniej dwukrotne przekazanie ich P. O. w ilości 5 gram oraz 27 porcji zawierających co najmniej 25 gram, celem ich dalszej odsprzedaży,

tj. o czyn z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r. Nr 124 ze zm.),

Sąd Okręgowy w Ostrołęce wyrokiem z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt II K 27/14:

I. W ramach zarzucanych oskarżonemu M. K. w pkt I i II aktu oskarżenia) uznał go za winnego tego że:

- w bliżej nieustalonym dniu w okresie, nie później niż od września 2009 r. do dnia 29 września 2012 r. w P. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielał małoletniemu S. D. raz w tygodniu co najmniej 5 gram środka odurzającego w postaci marihuany za kwotę 40 zł za gram,

- w bliżej nieustalonym dniu w okresie, nie później niż od września 2010 r. do marca 2012 r. w P. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udzielał P. O. co najmniej 5 razy środka odurzającego w postaci marihuany w ilości po 1 gramie za kwotę 40 zł, czym wyczerpał znamiona czynu opisane w art. 59 ust. 2 i art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk i za to, z mocy art. 59 ust. 2 i art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk i w zw. z art. 12 kk skazał go i z mocy art. 59 ust. 2 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 kk i w zw. z art. 60 § 1 i §6 pkt 2 kk, nadzwyczajnie łagodząc karę, wymierzył mu karę 2 (dwa) lata pozbawienia wolności.

II. Z mocy art. 69 § 1 kk i art. 70 § 2 kk wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby lat 5 (pięć).

III. Z mocy art. 73 § 2 kk oddał oskarżonego M. K. w okresie próby pod dozór kuratora sądowego.

IV. Z mocy art. 72 § 1 pkt 5 kk zobowiązał oskarżonego M. K. do powstrzymywania się od używania środków odurzających.

V. Z mocy art. 45 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego M. K. środek karny w postaci przepadku korzyści majątkowej w wysokości 20200 zł (dwadzieścia tysięcy dwieście złotych).

VI. Z mocy art. 70 ust. 4 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego M. K. nawiązkę w wysokości 1000 zł (jeden tysiąc złotych) na rzecz MONAR w O..

VII. W ramach zarzucanych oskarżonemu P. O. w pkt III i IV części wstępnej wyroku (pkt I i II aktu oskarżenia) czynów, uznał oskarżonego P. O. za winnego tego, że w okresie od 1 do 29 września 2012 r. działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, wbrew przepisom ustawy, wspólnie z innymi osobami, udzielał innym osobom w celu osiągnięcia korzyści majątkowej – tj. w bliżej nieustalonym dniu od 1 do 29 września 2012 r. w m. G. M. K., środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 10 gram za kwotę 330 zł, w dniu 29 września 2012 r. w m. S., udzielił M. K. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 4 gram za kwotę 200 zł., czym wyczerpał znamiona czynu opisane w art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk i za to z mocy art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 kk skazał go i z mocy art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę 1 (jeden) rok pozbawienia wolności.

VIII. Oskarżonego P. O. uznał za winnego popełnienia zarzucanego mu w pkt V części wstępnej wyroku (pkt III aktu oskarżenia) czynu, i za to z mocy art. 62 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii skazał go i wymierzył mu karę 8 (osiem) miesięcy pozbawienia wolności.

IX. Z mocy art. 85 kk i art. 86 § 1 kk wykonanie orzeczonych wobec oskarżonego P. O. w pkt VII i VIII wyroku kar pozbawienia wolności połączył i wymierzył oskarżonemu P. O. karę łączną 1 (jeden) rok i 6 (sześć) miesięcy pozbawienia wolności.

X. Z mocy art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk, wykonanie orzeczonej w pkt IX wyroku wobec P. O. kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby lat 5 (pięć).

XI. Z mocy art. 73 § 1 kk oddał oskarżonego P. O. w okresie próby pod dozór kuratora sądowego.

XII. Z mocy art. 72 § 1 pkt 5 kk zobowiązał oskarżonego P. O. do powstrzymywania się od używania środków odurzających.

XIII. Z mocy art. 45 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego P. O. środek karny w postaci przepadku korzyści majątkowej w wysokości 530 zł (pięćset trzydzieści złotych).

XIV. Z mocy art. 70 ust. 4 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego P. O. nawiązkę w wysokości 1000 zł (jeden tysiąc złotych) na rzecz MONAR w O..

XV. Oskarżonego D. Z. uznał za winnego zarzucanego mu w pkt VI części wstępnej wyroku (pkt I aktu oskarżenia) czynu i za to z mocy art. 59 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii skazał go i wymierzył mu karę 1 (jeden) rok pozbawienia wolności.

XVI. Oskarżonego D. Z. uznał za winnego zarzucanego mu w pkt VII części wstępnej wyroku (pkt II aktu oskarżenia) czynu, i za to z mocy art. 56 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii skazał go i z mocy art. 56 ust. 1 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 33 § 1 i 3 kk wymierzył mu karę 1 (jeden) rok pozbawienia wolności i karę grzywny w wysokości 100 (sto) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 50 zł (pięćdziesiąt złotych).

XVII. Z mocy art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej wobec oskarżonego D. Z. w pkt XVI wyroku kary grzywny, zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia go wolności w sprawie od dnia 05.10.2012 r. do 24.11.2012 r. przyjmując, iż jeden dzień rzeczywistego pozbawienia wolności równoważny jest dwóm stawkom dziennym grzywny, uznając orzeczoną karę grzywny za wykonaną w całości.

XVIII. Z mocy art. 85 kk i art. 86 § 1 kk wykonanie orzeczonych wobec oskarżonego D. Z. w pkt XVI i XVII wyroku kar pozbawienia wolności połączył i wymierzył oskarżonemu D. Z. karę łączną 1 (jeden) rok i 8 (osiem) miesięcy pozbawienia wolności.

XIX. Z mocy art. 69 § 1 i 2 kk i art. 70 § 1 pkt 1 kk, wykonanie orzeczonej w pkt XVIII wyroku wobec D. Z. kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby lat 5 (pięć).

XX. Z mocy art. 73 § 1 kk oddał oskarżonego D. Z. w okresie próby pod dozór kuratora sądowego.

XXI. Z mocy art. 45 § 1 kk orzekł wobec oskarżonego D. Z. środek karny w postaci przepadku korzyści majątkowej w wysokości 1530 zł (tysiąc pięćset trzydzieści złotych).

XXII. Z mocy art. 70 ust. 4 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego D. Z. nawiązkę w wysokości 2000 zł (dwa tysiące złotych) na rzecz MONAR w O..

XXIII. Z mocy art. 70 ust. 2 Ustawy z dnia 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek dowodów rzeczowych opisanych na wykazie dowodów rzeczowych nr I/12 (k. 461-461 v) pod poz. 1 i 4, oraz na wykazie dowodów rzeczowych nr II/12 (k. 478-478 v) pod poz. 3, zarządzając jednocześnie ich zniszczenie.

XXIV. Zasądził od Skarbu Państwa na rzecz adw. J. O. i adw. W. D., kwoty po 960 zł powiększone o stawkę podatku VAT – łącznie po 1180,80 zł. tytułem zwrotu kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

XXV. Zwolnił oskarżonych od obowiązku uiszczenia kosztów sądowych i opłat, przejmując je na rachunek Skarbu Państwa.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego M. K..

I. Na podstawie art. 444 kpk i art. 425 § 1-3 kpk zaskarżył wyrok w części, tj. w zakresie pkt I i V.

II. Na podstawie art. 438 pkt 2 i 3 kpk zarzucił wyrokowi:

1. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 424 kpk poprzez brak dostatecznego wyjaśnienia orzeczenia wobec M. K. środka karnego w postaci przypadku korzyści majątkowej i w jaki sposób Sąd doszedł do przekonania, że osiągnięta przez M. K. korzyść majątkowa wyniosła 20.200 złotych oraz brak dostatecznego wyjaśnienia konkluzji, że M. K. udzielając S. D. i P. O. środków odurzających w postaci marihuany działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej;

2. błąd w ustaleniach faktycznych powstały wskutek wybiórczej, błędnej, sprzecznej z logiką i doświadczeniem życiowym oceny wyjaśnień S. D., M. K. i P. O. wbrew ich literalnemu brzmieniu, skutkujące uznaniem:

- że oskarżony M. K. udzielał S. D. i P. O. środka odurzającego w postaci marihuany w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w sytuacji, gdy materiał dowodowy wskazuje, że udzielał w celu osiągnięcia korzyści osobistej w postaci zapalenia marihuany bądź spożycia piwa;

- że oskarżony M. K. udzielając S. D. i P. O. środka odurzającego w postaci marihuany osiągnął korzyść majątkową w sytuacji, gdy materiał dowodowy wskazuje, że korzyści takiej nie osiągnął;

- że oskarżony M. K. w bliżej nieustalonym dniu w okresie, nie później niż od września 2009 r. w P. udział małoletniemu S. D. raz w tygodniu co najmniej 5 gramów środka odurzającego w postaci marihuany za kwotę 40 zł za gram w sytuacji, gdy zebrany materiał dowodowy wskazuje, że było to od 1 do 5 gramów tygodniowo zatem zgodnie z art. 5 § 2 kpk należało przyjąć wartość najbardziej korzystną dla oskarżonego 1 grama tygodniowo.

III. Stawiając powyższe zarzuty, na podstawie art. 427 § 1 kpk i art. 437 § 1 i 2 kpk wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uznanie M. K. winnym tego, że w bliżej nieustalonym dniu w okresie, nie później niż od września 2009 r. do dnia 29 września 2012 r. w P. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy, w krótkich odstępach czasu w celu osiągnięcia korzyści osobistej, udzielał małoletniemu S. D. raz w tygodniu co najmniej 1 gram środka odurzającego w postaci marihuany za kwotę 40 zł za gram oraz, że w bliżej nieustalonym dniu w okresie, nie później niż od września 2010 r. do marca 2012 r. w P. woj. (...) w krótkich odstępach czasu w celu osiągnięcia korzyści osobistej, udział P. O. co najmniej 5 razy środka odurzającego w postaci marihuany w ilości po 1 gramie za kwotę 40 zł i u niewinnienie go w pozostałej części;

- uchylenie orzeczenia o przypadku równowartości majątkowej zawartego w pkt V zaskarżonego wyroku;

IV. Wniósł również o zasądzenie na jego rzecz kosztów nieopłaconej pomocy prawnej świadczonej na rzecz oskarżonego M. K. z urzędu wg. norm przepisanych, oświadczając, że koszty te nie zostały w żadnej części przez oskarżonego pokryte.

Prokurator, na rozprawie przed Sądem odwoławczym, wnosząc o nieuwzględnienie apelacji obrońcy, wniósł ponadto o zmianę wyroku w stosunku do oskarżonego M. K. w pkt V poprzez zmniejszenie kwoty przypadku korzyści majątkowej do kwoty 400 zł, uchylenie rozstrzygnięcia w pkt VI w oparciu o przepis art. 435 kpk, zmianę wyroku w stosunku do oskarżonego O. i Z. w pkt XII i XXI poprzez zmniejszenie kwoty przypadku korzyści majątkowej do kwot odpowiednio 365 złotych i 165 złotych oraz uchylenie rozstrzygnięć w pkt. XIV i XXII.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja obrońcy oskarżonego zasługiwała na uwzględnienie jedynie w odniesieniu do ustalenia dotyczącego ilości środka odurzającego udzielanego przez oskarżonego małoletniemu S. D., i to tylko częściowo. W pozostałym zaś zakresie nie było podstaw, aby ją podzielić i nie mogła prowadzić do oczekiwanych przez skarżącego rezultatów.

Niemniej jednak wyrok musiał ulec zmianie w zakresie orzeczenia o środkach karnych: przypadku równowartości korzyści majątkowej oraz nawiązki, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, zarówno na korzyść oskarżonego M. K., jak i w trybie art. 435 kpk na korzyść oskarżonych P. O. i D. Z.. Utrzymanie wyroku w w/w zakresie w mocy byłoby bowiem rażąco niesprawiedliwe, w rozumieniu art. 440 kpk, gdyż zapadł z rażącą obrazą przepisu art. 443 kpk w zw. z art. 434 § 1 zd. 2 kpk.

Rozważając zarzuty i wnioski apelacji w pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii ilości środka odurzającego, który oskarżony M. K. udzielał S. D.. W przedmiotowym zakresie apelacja obrońcy oskarżonego jest częściowo trafna. Skarżący ma bowiem rację o tyle, że materiał dowodowy nie dawał podstaw do przypisania oskarżonemu, iż udzielał małoletniemu, tygodniowo, co najmniej 5 gramów marihuany. Myli się natomiast apelujący twierdząc, że zachodziła konieczność określenia dolnej granicy ilości udzielanego środka na co najmniej 1 gram tygodniowo. Analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności zaś wyjaśnień złożonych przez S. D. w postępowaniu przygotowawczym, podczas przesłuchania w dniu 1.10.2012r., wskazuje jednoznacznie, że oskarżony M. K. udzielał mu tygodniowo do 5 gramów marihuany. S. D. stwierdził bowiem wprost, że pali marihuanę w ilości do 5 gramów tygodniowo, a narkotyki kupuje mu jego brat cioteczny M. K. (k.31). Przedmiotowe wyjaśnienia S. D., jeśli zważyć na cechy całości jego wypowiedzi – ich tok, szczegółowość, słownictwo, w tym jego emocjonalność, osadzenie w spójnej narracji, jej styl, mają jednoznacznie przymiot relacji z faktycznego przebiegu zdarzeń, w których uczestniczył. Jednocześnie należy podnieść, że w przedmiotowym zakresie żadną miarą nie może być mowy o obrazie art. 5 § 2 kpk. Ustalenia faktyczne zależały bowiem wyłącznie od swobodnej oceny zebranego w kompletny sposób materiału dowodowego, która – wbrew supozycjom skarżącego – nie ujawniła żadnych wątpliwości, które musiałyby być rozstrzygane w myśl dyspozycji w/w przepisu. W rezultacie, wyprowadzonego ustalenia, choć nie jest zgodne z żądaniem zawartym w apelacji, nie sposób jest skutecznie kwestionować.

Odnosząc się natomiast do kwestii celu w jakim działał oskarżony stwierdzić trzeba, że jeśli nawet udzielał środków odurzających za tę samą kwotę za którą je uprzednio nabył, nie przekreśla to ustalenia Sądu Okręgowego, iż działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Zgodnie z art. 115 § 4 kk, korzyścią majątkową jest bowiem korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego. Jednocześnie zaś – w świetle ujawnionych okoliczności sprawy – jasnym jest, że nieodzowną konsekwencją takiego działania oskarżonego, z której bezsprzecznie zdawał sobie sprawę, było przysporzenie korzyści majątkowej na rzecz osób, od których marihuanę kupował (oskarżony miał świadomość konieczności wystąpienia określonego skutku i mimo tej świadomości podjął działanie realizujące znamiona czynu zabronionego – zob. A.Zoll w Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Zakamycze 2004. Komentarz do art. 9 kk, teza 2.4. i cytowana tam literatura: I. Andrejew, Ustawowe..., s. 200 i n.; G. Rejman, Teorie..., s. 187 i n.; M. Król-Bogomilska, Formy..., s. 101 i n.).

Jednocześnie rozważając stanowisko apelującego dotyczące konsekwencji definicji „korzyści majątkowej” w myśl art. 115 § 4 kk, stwierdzić należy, że jawią się one jako dowolne, gdyż rzecz nie polega na jakiegokolwiek interpretacji w/w przepisu, bowiem jego treść, podobnie jak i konieczność stosowania (vide art. 116 kk) także do innych niż Kodeks karny ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, o ile ustawy te nie wyłączają wyraźnie ich zastosowania (a takiego wyłączenia ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii nie zna) jest oczywista. Nie jest też trafnym zapatrywanie, że sprawca udzielający narkotyku musi go zawsze wcześniej nabyć, a zatem przepis art. 58 w/w ustawy byłby martwy, gdyż „nabycie” oznacza w języku polskim nic innego jak „otrzymać coś na własność za pieniądze” – „kupić”, natomiast udzielający środka odurzającego może wejść w jego posiadanie także w sposób, którego elementem koniecznym nie jest odpłatność.

Nie sposób przy tym nie dostrzec, że wywody apelującego w tym względzie odrywają się w ogóle od wypływających z materiału dowodowego, trafnych ustaleń faktycznych Sądu I instancji, iż P. O. kupował marihuanę od oskarżonego oraz, że oskarżony kupował marihuanę dla S. D., co obrońca określa oględnie mianem „załatwiania marihuany”, zapominając, że miało ono aspekt majątkowy, gdyż towarzyszyła mu odpłatność. Skarżący pomija przy tym, że ewidentnym dowodem na to, że ustawowy obowiązek stosowania części ogólnej Kodeksu karnego do ustawy z dnia

29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii nie czyni przepisu art. 58 w/w ustawy martwym jest fakt skazania na jego podstawie S. D. w związku z tym, że częstował M. K. marihuaną, którą ten dla niego nabywał.

Wypada przy tym zaznaczyć, że z zebranych dowodów wynika, że oskarżony działał zarówno w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jak i osobistej, gdyż akcentowana przez niego okoliczność, że oskarżony po udzieleniu marihuany S. D., jak i P. O. był następnie przez nich częstowany tym środkiem odurzającym lub też piwem – wyczerpywała bezsprzecznie znamiona tej ostatniej. Sąd Okręgowy winien był zatem przypisać oskarżonemu działanie w podwójnym celu, czego rzecz jasne w postępowaniu odwoławczym, ze względów procesowych, nie sposób już było uczynić.

Odnosząc się natomiast do stanowiska obrońcy, który kwestionuje zasadność orzeczenia wobec oskarżonego M. K. środka karnego w postaci przepadku, stwierdzić trzeba, że jest ono tylko o tyle zasadne, iż przepadek równowartości powinien dotyczyć innej niż przyjęta przez Sąd Okręgowy kwoty. Rozstrzygnięcie w przedmiocie przepadku zapadło bowiem z rażącym naruszeniem prawa procesowego, tj. wynikającego z art. 443 kpk pośredniego zakazu reformationis in peius (błędem takim dotknięte jest również orzeczenie w przedmiocie nawiązki).

Wypada przypomnieć, że przepis art. 443 kpk stanowi, iż w wypadku przekazania sprawy do ponownego rozpoznania wolno w dalszym postępowaniu wydać orzeczenie surowsze niż uchylone tylko wtedy, gdy orzeczenie to było zaskarżone na niekorzyść oskarżonego. Nie budzi przy tym żadnych wątpliwości, że orzeczenie surowsze to takie, które w konkretnej sytuacji jest bardziej dolegliwe dla oskarżonego niż orzeczenie uchylone, zaś oceniając dolegliwość orzeczenia badać należy nie tylko karę lub zastosowany środek karny, ale również ustalenia faktyczne, kwalifikację prawną czynu, a także wszystkie możliwe następstwa tych rozstrzygnięć w aspekcie sytuacji prawnej oskarżonego (vide m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2003 r. I KZP 14/03). Jednocześnie poza sporem pozostaje to, że „...zakres (...) możliwego orzekania na niekorzyść oskarżonego w postępowaniu ponownym jest wyznaczony nie tylko przez sam fakt wniesienia w tym kierunku środka odwoławczego, ale także przez ograniczenia wynikające z art. 434 § 1 k.p.k. (pomijając wyłączenia z art. 434 § 3 k.p.k.). Oznacza to, że orzekanie na niekorzyść oskarżonego w postępowaniu ponownym jest dopuszczalne tylko w ramach zaskarżenia pierwszego, uchylonego wyroku, środkiem odwoławczym wniesionym na jego niekorzyść, a w wypadku sporządzenia i wniesienia środka odwoławczego przez oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika, także w granicach wyznaczonych stawianymi zarzutami w takim środku odwoławczym (art. 427 § 2 i 434 § 1 k.p.k.), chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 434 § 1 i art. 439 § 1, art. 440 k.p.k.)...”. (vide np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2010 r. II KK 255/09; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 stycznia 2003 r. II AKa 375/02). Przypomnieć również wypada, że „przepis art. 443 k.p.k. zezwala na wydanie przy ponownym rozpoznaniu sprawy surowszego orzeczenia jedynie w stosunku do tych rozstrzygnięć sądu pierwszej instancji, które zostały wcześniej zaskarżone na niekorzyść oskarżonego, natomiast „te części orzeczenia sądu a quo, które nie zostały zaatakowane w złożonym na niekorzyść oskarżonego środku odwoławczym, nie mogą zostać w toku dalszego postępowania ukształtowane surowiej.” (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2011 r. V KK 238/10).

Zarazem, zarówno w judykaturze, jak i doktrynie prawniczej ugruntowane jest zapatrywanie, że „przy braku zarzutu rażącej niewspółmierności kary w apelacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego zaskarżenie wyroku co do winy pozwala na zaostrenie kary, jednakże pod warunkiem stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym.” (patrz w tej mierze – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 1981 r., Rw 365/81, OSP 1982/7-8/136; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 2 czerwca 2011 r., II AKa 154/11, LEX nr 1001361, KZS 2011/9/105; w szczególności zaś wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 20 stycznia 2011 r., II AKa 379/10, LEX nr 821165, Prok.i Pr.-wkł. 2012/1/29, OSAW 2011/4/235, KZS 2012/10/77, KZS 2011/9/103, OSA 2012/7/35-72 wraz z przywołanym tam orzecznictwem i piśmiennictwem).

Rozwinięto je w ostatnim z wyżej przywołanych judykatów, stwierdzając, że „jeżeli w apelacji prokuratora lub pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego, której dotyczą ograniczenia z art. 434 § 1 zdanie drugie k.p.k., zaskarżono w całości rozstrzygnięcie o winie, zawarte w wyroku uniewinniającym, umarzającym postępowanie lub umarzającym je warunkowo, albo w wyroku skazującym za przestępstwo o łagodniejszej kwalifikacji prawnej niż dochodzona w apelacji, zagrożone łagodniejszą karą oraz środkami karnymi, to postawione w takiej apelacji zarzuty odnoszące się do

wadliwości rozstrzygnięcia w przedmiocie winy i sprawstwa, w tym obrazy przepisów prawa materialnego (art. 438 pkt 1 k.p.k.), obrazy przepisów prawa procesowego (art. 438 pkt 2 k.p.k.) i błędu w ustaleniach faktycznych (art. 438 pkt 2 k.p.k.), zgodnie z przepisem art. 447 § 1 k.p.k. odnoszą się do całości wyroku. Nie można bowiem wymagać, by autor takiej apelacji stawiał zarzut rażącej niewspółmierności kary (art. 438 pkt 4 k.p.k.), skoro chodzi o zupełnie inną sankcję, nieaktualną przy przyjętej przez sąd pierwszej instancji kwalifikacji prawnej.”

Podzielając, co do zasady, te zapatrywania, należy podkreślić znaczenie ostatniego ze zdań składających się na przywołaną wyżej tezę. Wynika z niego bowiem, w świetle gwarancyjnego znaczenia wykładanych przepisów, niezwykle istotne zastrzeżenie, które przejrzyście sprecyzował w komentarzu do Kodeksu postępowania karnego Dariusz Świecki, stwierdzając, co następuje – „(...) w wypadku zaskarżenia wyroku skazującego za przestępstwo o łagodniejszej kwalifikacji prawnej i wymierzenie kary w wysokości niższej w stosunku do dolnego ustawowego zagrożenia przewidzianego w kwalifikacji prawnej wskazanej w akcie oskarżenia, zaskarżenie wyroku na niekorzyść oskarżonego co do przyjętej kwalifikacji prawnej czynu odnosi się również do wymiaru kary. (...) Natomiast gdy wymiar kary za przypisane przestępstwo o łagodniejszej kwalifikacji prawnej mieści się w granicach wymiaru kary za przestępstwo o surowszej kwalifikacji prawnej zarzucanej w akcie oskarżenia, to zaskarżenie wyroku na niekorzyść oskarżonego, co do tej kwalifikacji prawnej nie obejmuje wymiaru kary, gdyż nie zawiera zarzutu co do tego rozstrzygnięcia. Oznacza to, że skarżący domagając się zmiany kwalifikacji prawnej, akceptuje wymiar kary.” (Kodeks postępowania karnego. Komentarz pod redakcją Dariusza Świeckiego, Wydanie 1 LexisNexis, Warszawa 2013, str. 369).

Clou przedstawionej rekapitulacji jest zatem pogląd prawny, iż orzekanie na niekorzyść oskarżonego, we wskazanych wyżej układach procesowych, jest możliwe wyłącznie w zakresie konsekwencji prawnych uwzględnienia podniesionych przez prokuratora uchybień. Zmiana orzeczenia o karze i środkach karnych jest uprawniona zatem jedynie wtedy, gdy jest implikowana nowym kształtem przypisania, które uwzględnia stanowisko podmiotu kwalifikowanego, który zaskarżył uprzednio wyrok na niekorzyść oskarżonego. Jeśli natomiast kształt orzeczenia o winie w wyniku ponownego rozpoznania sprawy, pomimo zmienionych podstaw prawnych skazania i wymiaru kary, nie wymusza modyfikacji rozstrzygnięcia o karze i środkach karnych, gdyż pierwotnie orzeczone mieszczą się w granicach konsekwencji prawnych ponownego skazania, surowsze rozstrzygnięcie we wskazanym przedmiocie jest procesowo niedopuszczalne.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wypada zatem podnieść, że prokurator, wywodząc apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Ostrołęce z dnia 13 listopada 2013 r. sygn. akt II K (...) (który Sąd Apelacyjny uchylił wobec oskarżonych P. O. i D. Z. w całości, a wobec oskarżonego M. K. w zakresie czynu przypisanego w pkt. 2b części dyspozytywnej wyroku, tj. w ramach czynów zarzucanych w pkt I i II, a sprawę w tej części przekazał do ponownego rozpoznania), zakwestionował jedynie to, że czyn przypisany oskarżonemu M. K. (podobnie i P. O. oraz D. Z.) stanowił wypadek mniejszej wagi, zaś w pozostałym zakresie (niezwiązanym z wyżej wskazanym zarzutem) wyrok akceptował (co jednoznacznie wynika z całości wywiedzionego środka odwoławczego).

Jasnym powinno być zatem, że przy ponownym rozpoznaniu sprawy, wobec skazania oskarżonych za przestępstwo w typie podstawowym, co było następstwem podzielenia stanowiska prokuratora, konieczna była zmiana orzeczenia o karze, wobec innego niż w typie uprzywilejowanym kształtu ustawowego zagrożenia, tj. wyższej dolnej i górnej granicy zagrożenia karą pozbawienia wolności, a w wypadku czynu z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii również zagrożenia grzywną obok kary pozbawienia wolności. Natomiast w pozostałym zakresie wyrok Sądu Okręgowego nie mógł być dla oskarżonych surowszy niż uchylony przez sąd odwoławczy. Do sfery objętej zakazem reformationis in peius należało zatem także rozstrzygnięcie w przedmiocie środków karnych. Orzeczenie w tym przedmiocie nie było bowiem w żaden sposób związane z tą materią orzeczenia, do której odnosiły się zarzuty apelacji prokuratora – nie było nieodzowną prawną konsekwencją podzielenia stanowiska zawartego w apelacji i wyeliminowania podniesionych w niej uchybień, gdyż przestępstwa, za które oskarżeni zostali uprzednio skazani, nie są zagrożone łagodniejszymi środkami karnymi, niż czyny w kształcie aktualnie im przypisanym. Sąd Okręgowy, niezależnie od tego czy czyny oskarżonych stanowiły wypadek mniejszej wagi, czy też nie, był wszak zobowiązany do orzeczenia przepadku, o którym mowa art. 45 § 1 kk, zaś prokurator ustaleń mających wpływ na treść

tego orzeczenia w ogóle nie kwestionował – ani wprost, ani też pośrednio jako konieczne następstwo podniesionego w apelacji zarzutu. Podobnie rzecz się ma z nawiązką. Sąd Okręgowy, zgodnie z treścią art. 70 ust. 4 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r., mógł ją orzec w każdym przypadku skazania za przestępstwa określone w art. 53-61, 63 i 64 ustawy, ale nie musiał (ma ona bowiem charakter fakultatywny) i przy pierwszym rozpoznaniu sprawy tego nie uczynił, a prokurator stanowiska Sądu meriti i w tym zakresie nie podważał (ani bezpośrednio, ani pośrednio). Orzeczenie w zakresie w/w środków karnych nie było zatem implikacją przyjęcia, że oskarżeni dopuścili się przestępstw w typie podstawowym, a nie uprzywilejowanym. W kontekście, zakazu reformationis in peius, statuowanego art. 443 kpk w zw. z art. 434 §1 zd. 2 kpk, orzeczenie o w/w środkach karnych miało jednoznacznie odrębny, samodzielny byt w stosunku do ustaleń skutkujących przyjęciem surowszej kwalifikacji prawnej.

W tym stanie rzeczy, Sąd Apelacyjny był zmuszony zmienić zaskarżony wyrok na korzyść nie tylko oskarżonego M. K., ale – z mocy art. 435 kpk – także i pozostałych dwóch oskarżonych, poprzez modyfikację orzeczenia o środku karnym przepadku równowartości korzyści majątkowej do wysokości wynikającej z pierwszego wyroku Sądu Okręgowego w Ostrołęce oraz uchylenie wobec oskarżonych orzeczenia o nawiązkach.

W odniesieniu do zarzutów apelacji obrońcy oskarżonego dotyczących kwestii środka karnego przepadku równowartości korzyści majątkowej, mając na względzie dyspozycję przepisu treść art. 436 kpk, dodatkowo stwierdzić jedynie należy, że ujawnione okoliczności sprawy – o czym już była wyżej mowa – dawały podstawy do przyjęcia, iż M. K. udzielał marihuanę P. O. w ten sposób, iż sprzedawał ją wyżej wymienionemu (łącznie 5 gramów po 40 zł za 1 gram) i że w taki sam sposób udzielił ostatnie 4 gramy marihuany (po 50 zł za 1 gram) S. D.. W świetle przedmiotowych ustaleń, uzasadnione więc było orzeczenie wobec M. K. przepadku równowartości korzyści majątkowej w kwocie 400 zł, gdyż „w skład korzyści majątkowej w rozumieniu art. 45 § 1 k.k., podlegającej przepadkowi, wchodzi również wszelkie wydatki poczynione przez sprawcę na uzyskanie przedmiotu pochodzącego z przestępstwa” (patrz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2010 r., I KZP 12/10, OSNKW 2010/9/78, Prok.i Pr.-wkl. 2010/11/1, Biul.SN 2010/8/13; jak również(OSNKW 2010, Nr 9, poz. 78).

Z tych wszystkich względów, Sąd Apelacyjny zmienił wyrok we wskazanym wyżej zakresie, utrzymując go w pozostałej części w mocy.

Wobec tego, iż co do zasady rozstrzygnięto na korzyść oskarżonego M. K. (oraz w trybie art. 435 kpk w stosunku do pozostałych oskarżonych), kosztami za postępowanie odwoławcze obciążono Skarb Państwa. O wynagrodzeniu obrońcy z urzędu oskarżonego M. K. orzeczono na podstawie § 14 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. 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.).

Wobec powyższego, orzeczono jak w wyroku.

P.