

Sygn. akt II AKa 42/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 kwietnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku II Wydział Karny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Dariusz Malak

Sędziowie: SSA Danuta Matuszewska (spr.)

SSO del. Rafał Ryś

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Pankowska

przy udziale Prokuratora wykonującego zadania w Prokuraturze Regionalnej w Gdańsku Mirosława Kido

po rozpoznaniu w dniu 14 kwietnia 2016 r.

sprawy

**M. R. (1)**

oskarżonego z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012, poz. 124); art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r., poz. 124) w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk;

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu

z dnia 22 października 2015 r., sygn. akt **II K 96/15**

I. na podstawie art. 440 k.p.k. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. uchyła zawarte w punktach 9 i 11 rozstrzygnięcia o karze łącznej oraz o zaliczeniu na jej poczet okresu tymczasowego aresztowania,
2. obniża wymierzone oskarżonemu M. R. (1) kary pozbawienia wolności:
  - a) w punkcie 7 do 4 (czterech) miesięcy,
  - b) w punkcie 8 do roku,

II. utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok w pozostałej części,

III. na podstawie art. 85 § 1 k.k. i art. 86 § 1 k.k. łączy wymierzone oskarżonemu M. R. (1) jednostkowe kary pozbawienia wolności i orzeka karę łączną roku i 2 (dwóch) miesięcy pozbawienia wolności,

IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet kary łącznej pozbawienia wolności zalicza oskarżonemu okres rzeczywistego pozbawienia wolności od dnia 28 lutego 2015 r. do dnia 09 października 2015 r.,

V. zwalnia oskarżonego z obowiązku uiszczenia kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze, a jego wydatkami obciąża Skarb Państwa.

## UZASADNIENIE

**M. R. (1)** został oskarżony o to, że:

III. w okresie do 26 lutego 2015 roku w I., woj. (...) wbrew przepisom ustawy, w swoim pokoju w internacie Zespołu Szkół (...) posiadał środek odurzający w postaci marihuany w ilości 35,28 gramów netto,

tj. o czyn art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012, poz. 124)

IV. w okresie od maja 2014 roku do stycznia 2015 roku w I., w K. oraz w J., pow. (...), woj. (...), w L., pow. (...), woj. (...), w P. oraz w K., pow. (...), woj. (...), działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, co najmniej kilkanaście razy udzielał innym osobom środka odurzającego w postaci marihuany przy czym:

a) w okresie od maja 2014 roku do stycznia 2015 roku w I., woj. (...) udzielił M. D. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości co najmniej 7 gramów, za co otrzymał pieniądze w kwocie co najmniej 210 zł,

b) w październiku 2014 roku w I., woj. (...) działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udzielił małoletniemu M. R. (2), ur. (...) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 1 grama za co otrzymał pieniądze w kwocie 30 zł,

c) w okresie od września 2014 roku do stycznia 2015 roku w P. oraz w K., woj. (...), udzielił nieustalonemu mężczyźnie o imieniu P. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości co najmniej 101 gram, za co otrzymał pieniądze w kwocie co najmniej 2.525 zł,

d) w okresie od września 2014 roku do stycznia 2015 roku w P., woj. (...), udzielił nieustalonemu mężczyźnie o imieniu D. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości co najmniej 72 gram, za co otrzymał pieniądze w kwocie co najmniej 1.800 zł,

e) w okresie od września 2014 roku do stycznia 2015 roku w miejscowości L., woj. (...), udzielił małoletniemu H. Ż., ur. (...) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości co najmniej 203 gram, za co otrzymał pieniądze w kwocie co najmniej 5.075 zł,

f) w okresie od września 2014 roku do stycznia 2015 roku w I., woj. (...), udzielił nieustalonemu mężczyźnie o pseudonimie (...) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości co najmniej 157 gram, za którą otrzymał pieniądze w kwocie co najmniej 3.925 zł,

g) w okresie od września 2014 roku do stycznia 2015 roku w I., woj. (...), udzielił nieustalonemu mężczyźnie o pseudonimie (...) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości co najmniej 122 gram, za którą otrzymał pieniądze w kwocie co najmniej 3.050 zł,

h) w okresie od października 2014 roku do listopada 2014 roku w miejscowości J., woj. (...), udzielił R. K. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości co najmniej 3 gram, za co otrzymał pieniądze w kwocie co najmniej 90 zł,

i) w okresie od czerwca 2014 roku do września 2014 roku na drodze relacji S.-K., woj. (...), udzielił P. N. środka odurzającego w postaci marihuany w ilości co najmniej 5 gram, za co otrzymał pieniądze w kwocie co najmniej 150 zł,

j) w grudniu 2014 roku w I., woj. (...), udzielił małoletniemu Ł. L., ur. (...) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości co najmniej 2 gram, za co otrzymał pieniądze w kwocie co najmniej 60 zł,

k) w okresie od czerwca do lipca 2014 roku w K., woj. (...) udzielił małoletniemu K. N., ur. (...) środka odurzającego w postaci marihuany w ilości co najmniej 30 gram, za co otrzymał pieniądze w kwocie co najmniej 800 zł,

tj. o czyn z art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r., poz. 124) w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk;

Wyrokiem w z dnia 22 października 2015r., sygn. akt II K 96/15 Sąd Okręgowy Elblągu:

- oskarżonego M. R. (1) uznał winnym popełnienia czynu opisanego w pkt III aktu oskarżenia, za który przy przyjęciu kwalifikacji prawnej jako występku z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r., poz. 124) na mocy art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r., poz. 124) wymierzył mu karę 8 (ośmiu) miesięcy pozbawienia wolności;

- oskarżonego M. R. (1) uznał winnym popełnienia czynu opisanego w pkt IV aktu oskarżenia, za który przy przyjęciu kwalifikacji prawnej z art. 59 ust. 1 i art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2012 r., poz. 124) w zw. z art. 11 § 2 kk w zw. z art. 12 kk., na mocy art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 1 k.k. w zw. z art. 60 § 6 pkt 2 k.k. wymierzył mu karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności;

- na mocy art. 85 § 1 k.k. w zw. z art. 85a k.k. w zw. z art. 86 § 1 k.k. oskarżonemu M. R. (1) połączył orzeczone w punktach 7- wyroku kary jednostkowe pozbawienia wolności i orzekł karę łączną 2 (dwóch) lat i 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności;

- na mocy art. 45 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego M. R. (1) na rzecz Skarbu Państwa przepadek korzyści majątkowej uzyskanej z przestępstwa w kwocie 17.715 zł (siedemnaście tysięcy siedemset piętnaście złotych);

- na mocy art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności zaliczył oskarżonemu M. R. (1) okres tymczasowego aresztowania w sprawie od dnia 28 lutego 2015 r. do dnia 09 października 2015 r.;

Wyrok zawiera także rozstrzygnięcia co do dowodów rzeczowych i kosztów postępowania.

Powyższy wyrok w części dotyczącej orzeczenia o karze zaskarżył obrońca oskarżonego M. R. (1) zarzucając:

obrazę prawa materialnego, tj. art. 54 k.k. oraz art. 60 §1 k.k. poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji wymierzenie oskarżonemu kary nie uwzględniającej celów wychowawczych kary, który jest sprawcą młodocianym, tj. kary w postaci 8 miesięcy pozbawienia wolności za pierwsze z przypisanych przestępstw, kary 2 lat pozbawienia wolności za drugie z przypisanych oskarżonemu przestępstw oraz kary łącznej 2 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności, których to dolegliwość znacznie przekracza winę oskarżonego, nie uwzględnia społecznej szkodliwości czynu i poprzez tak znaczny wymiar stoi w sprzeczności wobec celów prewencji ogólnej i szczególnej oraz przeczy prymatowi celu wychowawczego kary wobec sprawcy młodocianego, podczas gdy fakt, iż oskarżony nie był wcześniej karany, przyznał się do popełnienia w/w czynów, złożył obszernie wyjaśnienia, wyraził swój negatywny stosunek do popełnionych czynów uzasadnia orzeczenie wobec oskarżonego kar: za pierwsze z przypisanych mu przestępstw na zasadzie art. 37 a k.k. kary grzywny w wymiarze 100 stawek dziennych w wysokości po 10 zł każda oraz za drugie z przypisanych mu przestępstw na zasadzie art. 54 k.k. w zw. z art. 60 § 1 k.k. kary pozbawienia wolności w wymiarze 2 lat z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres 5 lat oraz orzeczenie wobec oskarżonego środka karnego w postaci dozoru kuratora.

Stawiając taki zarzut obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wymierzenie oskarżonemu M. R. (1) kar wyżej postulowanych.

Skarżący wniósł także o przeprowadzenie dowodu z dokumentu, tj. zaświadczenia z Liceum Ogólnokształcącego potwierdzającego kontynuację nauki; zaświadczenia o zatrudnieniu na okoliczność, iż oskarżony prowadzi ustabilizowany tryb życia, posiada stałą pracę, kontynuuje naukę.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja obrońcy M. R. (1) o tyle okazała się zasadna, że skutkowałą częściową zmianę zaskarżonego wyroku.

Podkreślić na wstępie trzeba, że wyrok Sądu Okręgowego w Elblągu zapadł w efekcie uwzględnienia wniosku M. R. (1) złożonego w trybie art. 387§1 k.p.k. Rozstrzygnięcia Sądu I instancji zgodne są z postulatem oskarżonego w zakresie kary jaką gotów był ponieść.

W złożonej apelacji obrońca nie zawarł takich zarzutów, które podważałyby dopuszczalność wydania wyroku w trybie przewidzianym art. 387 k.p.k. Także Sąd odwoławczy nie dostrzega okoliczności, które sprzeciwiałyby się co do zasady uwzględnieniu propozycji przedstawionej na rozprawie przez oskarżonego. Nie są przekonujące sugestie skarżącego, że M. R. (1) nie był do końca świadomy konsekwencji uwzględnienia wniosku w tym sensie, że kara na którą się godzi spowoduje obowiązek odbycia kary pozbawienia wolności w wymiarze przekraczającym stosowany na etapie postępowania przygotowawczego i przed Sądem I instancji środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania, jeśli się zważy, że oskarżony korzystał z pomocy prawnej fachowego podmiotu.

Stosownie do treści art. 447§5 k.p.k. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 27.09.2013 r. (Dz.U. poz.1247 z późn.zm.), obowiązującym od 01.07.2015 r., a więc znajdującym zastosowanie w przedmiotowej sprawie, podstawą apelacji nie mogą być zarzuty określone w art. 438 pkt 3 i 4, związane z treścią porozumienia o jaki mowa w art. 387 k.p.k.

Nie może zatem być podstawą apelacji od wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu zarzut rażącej niewspółmierności kary, a tylko taki zarzut postawił obrońca w złożonym środku odwoławczym. Nie wyklucza to jednak możliwości zajęcia przez Sąd odwoławczy stanowiska, że zachodzą warunki o jakich mowa w art. 440 k.p.k., zgodnie z którym orzeczenie podlega zmianie na korzyść oskarżonego, jeżeli utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, a u podstaw takiego przekonania będzie dopatrzenie się rażącej niewspółmierności kary.

W świetle całokształtu okoliczności sprawy Sąd Apelacyjny uznał, że w istocie rzeczy wymierzone oskarżonemu kary cechują się rażąco niewspółmiernością- surowością. Zaznaczyć jednak trzeba wyraźnie, że na takie stanowisko Sądu Apelacyjnego wpływ miały w istocie rzeczy okoliczności jakie wyniknęły już po wydaniu wyroku przez Sąd I instancji.

Lektura pisemnych motywów zaskarżonego wyroku przekonuje, że Sąd I instancji miał uwadze takie przesłanki na korzyść oskarżonego jak dotychczasową jego niekaralność oraz fakt, że jest sprawcą młodocianym- ich uwzględnienie skutkowało zaakceptowaniem wniosku oskarżonego o zastosowanie w odniesieniu do czynu z art. 59 ust.2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Podkreślić należy, że po wydaniu 22.10.2015 r. wyroku przez Sąd Okręgowy zaszły bardzo korzystne zmiany w postawach życiowych M. R. (1). Oskarżony pracuje, w miejscu zatrudnienia cieszy się dobrą opinią, kontynuuje naukę w Liceum Ogólnokształcącym dla Dorosłych w K. (k.715,716,732).

W tym stanie rzeczy Sąd odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że obniżył wymierzone kary pozbawienia wolności: za czyn z art. 62 ust.1 ustawy z dnia 29 lipca o przeciwdziałaniu narkomanii do 4 miesięcy, a za czyn z art. 59 ust.1 i art. 59 ust.2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11§2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. - do roku. W przekonaniu Sądu odwoławczego kary w takim rozmiarze odpowiadają ustawowym wymiarom kary, należycie uwzględniają istotne okoliczności łagodzące jakie pojawiły się po stronie oskarżonego. Zważywszy bardzo ściśle związki przedmiotowo-podmiotowe zachodzące pomiędzy dokonanymi przez oskarżonego przestępstwami, jako łączną Sąd odwoławczy orzekł karę roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której zaliczono okres rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonego od dnia 28 lutego 2015 r. do dnia 09 października 2015 r.

Sąd odwoławczy nie znalazł podstaw do zastosowania wobec oskarżonego warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary łącznej, mimo braku ku temu warunków formalnych. Pamiętać trzeba, że skoro ostatniego przestępstwa M. R. (1) dopuścił się 26 lutego 2015 r., to zastosowanie będzie miała ustawa Kodeks Karny w brzmieniu obowiązującym sprzed 1 lipca 2015 r. (art. 4§1 k.k.). Przed zmianami wprowadzonymi ustawą z 20.02.2015 r. (Dz.U.poz.396), ustawa karna dopuszczała możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności nie przekraczającej 2 lat (art.69§1 k.k.). Sąd odwoławczy miał na względzie, że wymierzając karę brać należy także pod uwagę, stosownie do treści art. 53§1 k.k., potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, co winno zmierzać do ugruntowania przekonania, że sprawca spotka się z odpowiednią do wagi popełnionego czynu karną reakcją. Zastosowanie wobec M. R. (1) warunkowego zawieszenia wykonania kary mogłoby w ocenie Sądu odwoławczego wywołać przekonanie, że oskarżony potraktowany został w istocie nie sprawiedliwie, ale wręcz pobłażliwie. Brak jest w ocenie Sądu odwoławczego dostatecznych przesłanek do twierdzenia, że także przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary, jej cele wobec M. R. (1) zostaną osiągnięte.

W tym stanie rzeczy, poza omówionymi zmianami, zaskarżony wyrok jako w pełni trafny, utrzymano w mocy.

Sąd Apelacyjny na podstawie art. 624§1 k.p.k. zwolnił oskarżonego od zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych za postępowanie odwoławcze uznając, że ich uiszczenie byłoby dla M. R. (1) zbyt uciążliwe zważywszy jego sytuację materialną.