

Sygnatura akt II AKa 187/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Barbara Krameris

Sędziowie: SSO del. do SA Piotr Kaczmarek (spr.)

SSA Jerzy Skorupka

Protokolant: Beata Sienica

przy udziale prokuratora Prokuratury Apelacyjnej Urszuli Piwowarczyk - Strugały

po rozpoznaniu w dniu 23 lipca 2015 r.

sprawy **D. K.**

oskarżonego za czyn z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 11 § 2 kk w związku z art. 12 kk

na skutek apelacji wniesionej przez prokuratora

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 4 maja 2015 r. sygn. akt III K 39/15

**I. zmienia zaskarżony wyrok przyjmując, że wytworzona z uprawy ilość środka odurzającego stanowi znaczną ilość i czyn przypisany oskarżonemu kwalifikuje jako przestępstwo z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 11 § 2 kk w związku z art. 12 kk w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015r. w zw. z art. 4 § 1 kk, a za podstawę orzeczonych w pkt I i III kary pozbawienia wolności i grzywny przyjmuje art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 kk przy zastosowaniu art. 60 § 2 i § 6 pkt 2 kk ;**

**II. na podstawie art. 63 § 1 kk na poczet orzeczonej kary grzywny zalicza okres rzeczywistego pozbawienia wolności oskarżonego w dniu 19 listopada 2014r.;**

**III. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;**

**IV. zasądza od Skarbu Państwa na rzecz adw. M. Ż. 600 zł tytułem kosztów nieopłaconej obrony z urzędu oskarżonego D. K. w postępowaniu odwoławczym oraz 138 zł tytułem zwrotu VAT;**

**V. zwalnia oskarżonego od ponoszenia kosztów sądowych w postępowaniu odwoławczym, zaliczając wydatki na rachunek Skarbu Państwa.**

## UZASADNIENIE

D. K. został oskarżony o to, że

w okresie od sierpnia do 11 listopada 2014 r. w P. woj. (...), wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uprawiał konopie inne niż włókniste w ilości 5 krzewów mogące dostarczyć znacznej ilości ziela konopi inny niż włókniste, z których poprzez pocięcie i wysuszenie wytworzył środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste o wadze 88,51 grama, co stanowi znaczną ilość środka odurzającego,

***tj. o przestępstwo 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 k.k. w zw. z art. 12 k.k.***

Sąd Okręgowy w Świdnicy wyrokiem z dnia 4 maja 2015 r. (sygn. akt III K 39/15) rozstrzygnął następująco:

I. oskarżonego **D. K.** uznał za winnego tego, że w okresie od sierpnia do 11 listopada 2014 r. w P. woj. (...), wbrew przepisom ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uprawiał konopie inne niż włókniste w ilości 5 krzewów, z których poprzez pocięcie i wysuszenie wytworzył środek odurzający w postaci ziela konopi innych niż włókniste o wadze 88,51 grama, tj. popełnienia czynu z art. 53 ust. 1 i art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i za to na podstawie art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 k.k. wymierzył mu karę 1 (jednego) roku i 6 (sześciu) miesięcy pozbawienia wolności;

II. na podstawie art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 pkt. 1 k.k. warunkowo zawiesił wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego **D. K.** kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności na okres próby lat 5 (pięciu);

III. na podstawie art. 71 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego **D. K.** kary grzywny w wysokości 50 stawek dziennych określając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 10 zł;

IV. 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 suszu roślinnego o wadze 88,48 grama zapakowane w kopercie depozytowej nr (...) opisanego w wykazie dowodów rzeczowych k. 53 akt;

V. zasądził od Skarbu Państwa na rzecz Kancelarii Adwokackiej adwokata M. Ż. kwotę 738,00 złotych (siedemset trzydzieści osiem) wraz z podatkiem VAT tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej oskarżonemu z urzędu;

VI. zasądził od oskarżonego **D. K.** na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe w wysokości 465,37 złotych (czteryście sześćdziesiąt pięć zł 37/100);

Apelację od tego wyroku wniósł Prokurator Prokuratury Rejonowej zaskarżając wyrok w całości na niekorzyść oskarżonego D. K., zarzucając :

I. obrazę przepisów prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 53 ust. 3 i art. 63 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, wynikającą z jego niezastosowania i wyrażenia błędnego poglądu prawnego, że uprawianie 5 krzewów konopi innych niż włókniste oraz wytworzenie z nich środka odurzającego w postaci ziela marihuany w ilości 88,51 grama nie stanowią znamiennej „znacznej ilości”, co skutkowało skazaniem oskarżonego D. K. za czyn polegający na uprawianiu i wytwarzaniu środka odurzającego w typie podstawowym w rozumieniu przepisów art. 53 ust. 1 i 63 ust. 1 cyt. ustawy, podczas gdy uprawa krzewów w ilości 5 sztuk i wytworzenie z nich 88, 51 grama środka odurzającego w postaci ziela konopi innych niż włókniste, pozwalające na odurzenie co najmniej kilkudziesięciu osób, wskazuje na konieczność zakwalifikowania takiego zachowania w typie kwalifikowanym;

II. rażąco niewspółmierność wymierzonej oskarżonemu D. K. kary w wymiarze 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności za przestępstwo uprawy i wytwarzania środka odurzającego w postaci marihuany w ilości 88, 51 gramów, będącą wynikiem nieuwzględnienia faktu, iż ilość ta stanowi realizację znamienia „znacznej ilości” oraz niedoceny okoliczności obciążających takich jak: wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu

przejawiający się w posiadaniu środka odurzającego w ilości pozwalającej na odurzenie co najmniej kilkudziesięciu osób, co ostatecznie doprowadziło do wymierzenia oskarżonemu kary nie odpowiadającej jej celom i podstawowym dyrektywom jej wymiaru.

Prokurator na podstawie art. 437 § 2 k.p.k. wniósł o zmianę wyroku:

- poprzez przyjęcie, że czyn przepisany oskarżonemu stanowi zbrodnie kwalifikowaną 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 w zw. z art. 12 kk i w konsekwencji wymierzenie za ten czyn kary 3 lat pozbawienia wolności,

- utrzymanie wyroku w pozostałym zakresie.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacja Prokuratora zasługiwała na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia prawa materialnego tj. błędnej wykładni art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy z 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zakresie użytego tam pojęcia „znacznej ilości” i towarzyszącemu mu wnioskowi o przyjęcie kwalifikacji z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 w/w ustawy w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 12 kk. Jednocześnie, nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut rażącej niewspółmierności wymierzonej oskarżonemu kary pozbawienia wolności i towarzyszący mu wniosek o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez wymierzenie oskarżonemu kary 3 lat pozbawienia wolności.

Okolicznością niekwestionowaną, bo znajdującą pełne uzasadnienie w zgromadzonych dowodach o charakterze osobowym i rzeczowym, jest ilość uprawianych przez oskarżonego krzewów konopi innej niż włóknista (5) jak też ilość wytworzonego z nich, poprzez pocięcie i wysuszenie, ziela konopi (88,51 gramów). Tym samym istotą przedmiotowej sprawy była prawno-karna ocena czynu przypisanego oskarżonemu, przy czym sprowadzała się ona do wykładni pojęcia „znacznej ilości” jakiego ustawodawca używa m.in. w art. 53 ust. 2 i 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii dla stypizowania czynów kwalifikowanych. Sąd Apelacyjny rozpoznający sprawę jest świadom występujących w orzecznictwie sądowym różnic w zakresie interpretacji tego pojęcia, w szczególności wyrażanego przez pewien czas w orzecznictwie Sądu Apelacyjnego w Krakowie, których różnic potwierdzeniem są wskazane zarówno przez Sąd meriti (k. 75v-76), jak też apelującego (k. 84-85), poglądy oraz wyrażające je grupy orzeczeń sądowych. Sąd Apelacyjny wykładnię tego pojęcia kształtuje w sposób odpowiadający dominującemu – jak się wydaje – pogładowi którego istotę oddaje stwierdzenie, że „znaczna ilość” w rozumieniu art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jest ilość porcji wystarczająca na zaspokojenie potrzeb co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych (por. postanowienie SN z 23.09.2009r. IKZP 10/09 OSNKW 2009/10/84), przy czym o dominującym charakterze tego poglądu przekonuje treść orzeczeń sądów apelacyjnych, dostępnych w prawniczych bazach danych, których obszernie cytowanie jest zbędne wobec ich łatwej dostępności. Pogląd aprobowany przez orzekający Sąd Apelacyjny uwzględnia w procesie wykładni nie tylko czyste kryterium ilościowe, rozumiane jako waga (ciężar), ale także kryterium jakościowe tj. rodzaj środka odurzającego lub psychotropowego (a więc czy chodzi o tzw. narkotyki „miękki” czy „twardy”) oraz kryterium jakościowo-ilościowe tj. wielkość porcji i ilość tych porcji danego, konkretnego narkotyku konieczną do zaspokojenia narkotycznych potrzeb osoby uzależnionej, tu kwalifikowaną poprzez przyjęcie że oceniana ilość wystarczyć ma do jednoczesnego zaspokojenia takich potrzeb u kilkudziesięciu osób uzależnionych.

Prawidłowo ustalona ilość wytworzonego środka odurzającego, stanowi ilość wystarczającą do zaspokojenia wyżej wskazanych potrzeb albowiem zarówno przy przyjęciu wartości 0,5 grama jako jednej porcji, jak też 1 grama, pozwoliłaby ona na sporządzenie od 88 do 177 porcji, a więc w każdym przypadku ilości porcji wystarczających dla kilkudziesięciu osób. W konsekwencji uznać należało, że przypisana oskarżonemu ilość (uprawianych krzaków, wytworzonego środka odurzającego) jest „znaczna ilością” w rozumieniu wskazanych przepisów, przy świadomości że jest to wartość zbliżona do granicznej pomiędzy ilością uzasadniającą przyjęcie typu podstawowego oraz ilością konieczną dla typu kwalifikowanego. Taka ocena prawna przesądzała konieczność zmiany zaskarżonego wyroku poprzez zakwalifikowanie czynu przypisanego oskarżonemu jako przestępstwa z art. 53 ust. 2 i art. 63 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 2 kk i art. 12 kk, jednocześnie przyjęcie tej kwalifikacji skutkowało tym że podstawą wymierzonej oskarżonemu kary grzywny, w miejsce przyjętego w zaskarżonym wyroku art. 71 § 1

kk, stał się art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, przewidujący kumulatywną grzywnę, orzekaną obok kary pozbawienia wolności.

Sąd Apelacyjny, mając na uwadze czas popełnienia przypisanego oskarżonemu przestępstwa (od sierpnia do 11 listopada 2014r.), wyrażoną w art. 4 § 1 kk zasadę tzw. ustawy względniejszej, czyn przypisany oskarżonemu zakwalifikował na podstawie stanu prawnego obowiązującego do 30 czerwca 2015r. tj. przed wejściem w życie z dniem 1 lipca 2015r. zmian w kodeksie karnym zawartych w ustawach z 27 września 2013r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013r. poz. 1247) i 20 lutego 2015r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015r. poz. 396), mając na uwadze, że rozwiązania w kodeksie karnym w brzmieniu obowiązującym do 30.06.2015r. są korzystniejsze in concreto dla oskarżonego z uwagi na daleko mniej idące ograniczenia dot. warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności, m.in. co do rozmiaru kary mogącą być warunkowo zawieszoną, czy też warunku braku poprzedniej karalności na taki rodzaj kary.

Podzielenie apelacji prokuratora w zakresie naruszenia prawa materialnego nie oznaczało niejako automatycznego podzielenia zarzutu rażącej niewspółmierności kary, sprowadzającego się do konieczności wymierzenia oskarżonemu kary minimalnej przewidzianej w art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (art. 11 § 3 kk) tj. trzech lat pozbawienia wolności. Nie tracąc z pola widzenia okoliczności podniesionych przez apelującego, przemawiających p-ko oskarżonemu z perspektywy dyrektyw wymiaru kary, dostrzegając okoliczności trafnie ustalone przez Sąd meriti (k. 77) oraz uwzględniając takie okoliczności jak rodzaj wytworzonego środka odurzającego, należącego do najmniej uzależniających i toksycznie działających na organizm człowieka, ilość spełniająca co prawda przesłankę „znacznej ilości” ale zbliżoną do dolnej granicy tego pojęcia przede wszystkim zaś to że wytworzony środek odurzający nie tyle nie trafił, co w ogóle nie miał trafić do obrotu z uwagi na przeznaczenie go od początku na potrzeby własne oskarżonego (a tym samym na abstrakcyjny charakter zagrożenia dla dobra chronionego tj. zdrowia publicznego) Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania że wymierzenie oskarżonemu za przypisany czyn kary w rozmiarze minimalnym tj. trzech lat pozbawienia wolności doprowadziłoby do orzeczenia kary niewspółmiernie surowej, której niewspółmierność miałaby charakter rażący. Z tego powodu, uznając karę w wymiarze pierwotnym, orzeczoną w zaskarżonym wyroku, za karę odpowiadającą dyrektywą wymiaru kary art. 53 kk co do omczynu przypisanego, zastosowano wobec oskarżonego instytucję nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 § 2 kk), przyjmując że podstawą orzeczonej kary jest art. 53 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 11 § 3 kk przy zast. art. 60 § 2 i § 6 pkt 2 kk. Podzielono przy tym argumenty Sąd meriti (k. 77) pozwalające założyć możliwość osiągnięcia celów kary wobec oskarżonego także przy probacyjnym charakterze kary pozbawienia wolności dlatego utrzymano w mocy zaskarżony wyrok w zakresie warunkowego zawieszenia tej kary, przy orzeczeniu maksymalnie długiego (w danym stanie prawnym) okresu próby. Długość tego okresu pozwoli na właściwe kontrolowanie zachowania oskarżonego, dla ustalenia czy przestrzeganie przez niego porządku prawnego nabrało pożądanых cech zachowania stałego, utrwalonego.

Na poczet orzeczonej kary grzywny, jako podlegającej efektywnemu wykonaniu, zaliczono zatrzymanie oskarżonego 19.11.2014r. (k. 2).

O kosztach obrony z urzędu w postępowaniu odwoławczym orzeczono na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z 26.05.1982 r. prawo o adwokaturze oraz § 14 ust. 2 pkt 5 i § 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, mając na uwadze wnioski obrońcy oraz zakończenie postępowania odwoławczego na jednym terminie rozprawy.

O kosztach sądowych w postępowaniu odwoławczym orzeczono na podstawie art. 624 § 1 kpk w zw. z art. 634 kpk mając na uwadze sytuację majątkową i osobistą oskarżonego, znajdującą potwierdzenie w wynikach wywiadu kuratora (k. 31-32).

SSO (del) Piotr Kaczmarek SSA Barbara Krameris SSA Jerzy Skorupka