

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 lutego 2019 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu II Wydział Karny w składzie:

Przewodniczący: SSA Cezariusz Baćkowski (spr.)

Sędziowie: SSA Jerzy Skorupka

SSA Edyta Gajgał

Protokolant: Paulina Pańczyk

przy udziale prokuratora Prokuratury Regionalnej Wiesława Bilskiego

po rozpoznaniu w dniu 27 lutego 2019 r.

sprawy M. R. (1)

oskarżonego z art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w związku z art. 12 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k., art. 59 ust 3 w zw. z art. 59 ust 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii i art. 59 ust 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii

na skutek apelacji wniesionych przez prokuratora i oskarżonego

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 30 października 2018 r. sygn. akt III K 80/18

I. zmienia zaskarżony wyrok wobec oskarżonego M. R. (1):

- w punkcie 8 części rozstrzygającej w ten sposób, że opis przypisanego tam przestępstwa z art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i przy zast. art. 11 § 2 k.k. uzupełnia i po słowach: „K. G. łącznie 4 gramy za kwotę 160 zł” dodaje słowa: „S. J. trzykrotnie łącznie 3 gramy za 120 zł, B. S. (1) czterokrotnie łącznie 4 gramy za 160 zł”.

- w punkcie 13 części rozstrzygającej w ten sposób, że uchyla orzeczenie o przepadku telefonu komórkowego marki H.;

II. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy wobec oskarżonego M. R. (1);

III. zasądza od oskarżonego na rzecz Skarbu Państwa 20 złotych kosztów sądowych postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

Na podstawie art. 423 § 1a k.p.k. w zw. z art. 457 § 2 k.p.k. stosownie do wniosku prokuratora uzasadnienie ograniczono do kwestii rozstrzygnięcia o karze wobec oskarżonego M. R. (1).

R. B. został oskarżony o przestępstwo z art. 55 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2009 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 783).

M. C. (1) zarzucono przestępstwo z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2009 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 783).

M. R. (1) został oskarżony o to, że:

III. woj. (...), działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uprawiał konopie inne niż włókniste w ilości nie mniejszej niż 4 rośliny i pozwalającej dostarczyć znaczną ilość ziela tych konopi, a następnie wytworzył z nich znaczną ilość środka odurzającego w postaci marihuany, w ten sposób, że po uzyskaniu dojrzałości kwiatostanów roślin zebrał je i wysuszył i poporcjował, uzyskując w ten sposób co najmniej 70 gram netto ziela konopi innych niż włókniste, zaliczanego do środków odurzających grupy I-N, IV-N wskazanych w załączniku nr 1. do ww. ustawy, z czego do dnia 3 stycznia 2018r, posiadał 10,75 gram netto .

tj. o przestępstwo z art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r. poz. 124 zm.) w związku z art. 12 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k.

IV. w dniu 1 stycznia 2018r . w B., woj. (...) działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, M. C. (2) jednokrotnie odpłatnie udzielił środka odurzające w postaci marihuany, w ilości 1 gram za 40 zł, przyjmując wypadek mniejszej wagi .

tj. o przestępstwo z art. 59 ust 3 w zw z art. 59 ust 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r. poz. 124 zm.)

V w grudniu 2017r . w B., woj. (...) działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, M. R. (2), czterokrotnie odpłatnie udzielił środki odurzające w postaci marihuany, po 1 gram za 40 zł, to jest w łącznej ilości 4 gram, za łączną kwotę 160 zł.

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

VI. na przełomie listopada i grudnia 2017r . w B., woj. (...) działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, A. B. , pięciokrotnie odpłatnie udzielił środki odurzające w postaci marihuany, po 1 gram za 30 zł, w łącznej ilości 5 gram, za łączną kwotę 150 zł.

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

VII. na przełomie listopada i grudnia 2017r . w B., woj. (...) działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, K. G. , czterokrotnie odpłatnie udzielił środki odurzające w postaci marihuany, po 1 gram za 40 zł, w łącznej ilości 4 gram, za łączną kwotę 160 zł.

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

VIII. na przełomie listopada i grudnia 2017r . w B., woj. (...) działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, S. J. , trzykrotnie odpłatnie udzielił środki odurzające w postaci marihuany, po 1 gram za 40 zł, w łącznej ilości 3 gram, za łączną kwotę 120 zł.

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

IX. na przełomie listopada i grudnia 2017r. w B., woj. (...) działając wbrew przepisom ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, B. S. (1), czterokrotnie odpłatnie udzielił środka odurzającego w postaci marihuany, po 1 gram za 40 zł, w łącznej ilości 4 gram, za łączną kwotę 160 zł.

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

Sąd Okręgowy w Opolu wyrokiem z dnia 30 października 2018 r., sygn. akt III K 80/18

1. uznał oskarżonego **R. B.** za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt. I aktu oskarżenia, tj. przestępstwa z art. 55 ust 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 55 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 37a k.k. i art. 34 § 1a pkt. 1 k.k. wymierzył mu karę 8 (ośmiu) miesięcy ograniczenia wolności, zobowiązując oskarżonego do wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 (dwudziestu) godzin w stosunku miesięcznym,

2. na podstawie art. 70 ust 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego R. B. nawiązkę w kwocie 600 (sześćset) zł na rzecz Stowarzyszenia (...) w Z.,

3. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu R. B. na poczet orzeczonej kary ograniczenia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w dniu 1 stycznia 2018 roku,

4. uznał oskarżonego **M. C. (2)** za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt. II aktu oskarżenia, z tą zmianą, że przyjął wypadek mniejszej wagi określony w art. 62 ust 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii i za to na podstawie art. 62 ust 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymierzył mu karę grzywny w wymiarze 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych ustalając wysokość jednej stawki dziennej na kwotę 10 (dziesięć) złotych,

5. na podstawie art. 70 ust 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego M. C. (2) nawiązkę w kwocie 400 (czterysta) zł na rzecz Stowarzyszenia (...) w Z.,

6. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu M. C. (2) na poczet orzeczonej kary grzywny okres rzeczywistego pozbawienia wolności w dniu 1 stycznia 2018 roku,

7. uznał oskarżonego **M. R. (1)** za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu opisanego w pkt. III aktu oskarżenia tj. przestępstwa z art. 63 ust 3 i art. 53 ust 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i przy zast. art. 11 § 2 k.k. i za to na podstawie art. 53 ust 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii przy zast. art. 11 § 3 k.k. i art. 60 § 2 i § 6 pkt. 2 k.k. wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności,

8. w miejsce czynów opisanych w pkt. IV do IX aktu oskarżenia uznał oskarżonego M. R. (1) za winnego tego, że w okresie od listopada 2017r. do 1 stycznia 2018r. działając z góry powziętym zamiarem odpłatnego udzielania środków odurzających w postaci marihuany udzielił odpłatnie:

- M. C. (2) 1 gram za kwotę 40 zł,

- M. R. (2) łącznie 4 gramy za kwotę 160 zł,

- A. B. łącznie 5 gram za kwotę 150 zł,

- K. G. łącznie 4 gramy za kwotę 160 zł,

tj. uznał go winnym przestępstwa z art. 59 ust 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. i za to na podst. art. 59 ust 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomani wymierzył mu karę roku pozbawienia

wolności, a na podst. art. 45 § 1 k.k. orzekł od oskarżonego przepadek równowartości osiągniętej korzyści majątkowej w kwocie 510 (pięćset dziesięć) zł,

9. na podstawie art. 70 ust 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł wobec oskarżonego M. R. (1) nawiązkę w kwocie 1000 (tysiąc) zł na rzecz Stowarzyszenia (...) w Z.,

10. na podst. art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. za zbiegające się przestępstwa wymierzył oskarżonemu M. R. (1) karę łączną roku pozbawienia wolności,

11. na podst. art. 69 § 1 k.k. i art. 70 § 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary zawiesił warunkowo M. R. (1) na okres próby lat 3 (trzech), a na podst. art. 72 § 1 pkt. 1 k.k. zobowiązując oskarżonego do informowania kuratora o przebiegu próby w okresach co 3 miesiące,

12. na podstawie art. 63 § 1 k.k. zaliczył oskarżonemu M. R. (1) na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w dniu 3 stycznia 2018 roku,

13. na podstawie art. 70 ust 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005r o przeciwdziałaniu narkomanii orzekł przepadek na rzecz Skarbu Państwa dowodów rzeczowych w postaci środków narkotycznych opisanych w wykazie nr I/221/18/N, oraz wagi elektronicznej koloru srebrnego, woreczków foliowych z zapięciem strunowym i telefonu marki H. opisanych w wykazie nr 12/18 depozytów rzeczowych poz. 2-4,

14. na podstawie art. 230 § 2 k.p.k. zwrócił M. R. (3) dowód rzeczowy w postaci telefonu komórkowego marki LG opisanego w wykazie dowodów rzeczowych 12/18 pod. poz. 1,

15. na podstawie art. 627 k.p.k. i art. 633 k.p.k. oraz art. 2 i 3 ustawy o opłatach w sprawach karnych zasądził na rzecz Skarbu Państwa koszty sądowe:

- od oskarżonego R. B. w kwocie 546,67 (pięćset czterdzieści sześć i 67/100) złotych tytułem poniesionych wydatków i wymierzył mu opłatę od kar w kwocie 180,00 (sto osiemdziesiąt) złotych,

- od oskarżonego M. C. (2) w kwocie 118,27 (sto osiemnaście i 27/100) złotych tytułem poniesionych wydatków i wymierzył mu opłatę od kar w kwocie 50 (pięćdziesiąt) złotych,

- od oskarżonego M. R. (1) w kwocie 1.356,89 (tysiąc trzysta pięćdziesiąt sześć i 89/100) złotych tytułem poniesionych wydatków i wymierzył mu opłatę od kary w kwocie 180,00 (sto osiemdziesiąt) złotych,

Apelacje od tego orzeczenia wnieśli prokurator i obrońcy oskarżonego M. R. (1).

Prokurator zaskarżył wyrok na niekorzyść oskarżonego M. R. (1) co do winy w zakresie czynów z art. 59 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2009 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 783) opisanych w punktach VIII i IX części wstępnej zaskarżonego wyroku (punkt 8 części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku) i w części dotyczącej kary w odniesieniu do rozstrzygnięć zamieszczonych w punktach 7, 10, 11 części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku i zarzucił:

I. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, polegający na przyjęciu, przez Sąd Okręgowy w Opolu, że w stosunku do czynu III aktu oskarżenia z art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 upn w zw. z art. 11 § 2 k.k., istnieją przesłanki do nadzwyczajnego złagodzenia kary w oparciu o przepis art. 60 § 2 i § 6 pkt 2 k.k. i wymierzenie kary roku pozbawienia wolności, podczas gdy przywołane przez Sąd I instancji okoliczności: ilość narkotyku, dobra opinia o oskarżonym, dotychczasowa niekaralność winny być brane pod uwagę jako przesłanka zwyczajnego wymiaru kary, albowiem ustawodawca nadzwyczajne złagodzenie kary ogranicza do „wypadku szczególnie uzasadnionego”, a zatem takich okoliczności, które w myśl art. 53 k.k. mają wpływ na wymiar kary, i które muszą wskazać, że kara nawet równa dolnemu progowi ustawowego zagrożenia przewidzianego za dane przestępstwo, byłaby niewspółmiernie surowa, co w danej sprawie nie miało miejsca.

II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, poprzez przyjęcie przez Sąd I instancji, że materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że oskarżony M. R. (1) odpłatnie udzielił marihuany S. J. i B. S. (1), podczas gdy sam oskarżony w pierwszych wyjaśnieniach wskazał te osoby z imienia i nazwiska, jako osoby którym odpłatnie udzielił narkotyku, czym wypełnił znamiona czynu z art. 59 ust. 1 upn.

III. błąd w ustaleniach faktycznych przyjęty za podstawę orzeczenia, mający wpływ na jego treść, poprzez przyjęcie przez Sąd I instancji, że przesłanki dotyczące niekaralności uzasadniają zastosowanie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kry łącznej roku pozbawienia wolności, podczas gdy, okoliczności popełnionych czynów, ilość ujawnionych narkotyków, odpłatne udzielanie narkotyków, postawa oskarżonego wyrażająca się brakiem skruchy, konsekwentnego przyznania się do sprawstwa, w żaden sposób nie uzasadniają stwierdzenia, że w przyszłości nie będzie łamał prawa, a cele kary zostaną w ten sposób osiągnięte.

Podnosząc powyższe zarzuty, apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylene z pkt 7 wyroku orzeczenia o zastosowaniu art. 60 § 2 k.k. oraz art. 60 pkt 2 k.k. i wymierzenie oskarżonemu, w miejsce kary roku, kary 3 lat pozbawienia wolności i orzeczenie kary łącznej 3 lat pozbawienia wolności, a także o przyjęcie, że w ramach czynu z art. 59 ust. 1 upn w zw. z art. 12 k.k. oskarżony odpłatnie udzielił marihuany B. S. (2), S. J..

Obrończyni oskarżonego M. R. (1) zaskarżyła wyrok w całości zarzucając:

1. obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na treść rozstrzygnięcia, a mianowicie:

a) art. 5 § 2 k.p.k., polegającą na rozstrzygnięciu nie dających się usunąć wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, w tym uznaniu, iż oskarżony swoim zachowaniem wypełnił znamiona przestępstwa z art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w sytuacji gdy w aktach sprawy brak jest obiektywnego dowodu wskazującego, że doszło do popełnienia powyższego przestępstwa (brak oględzin miejsca, brak dowodu wskazującego na rodzaj rzekomo uprawnionej marihuany itp.);

b) art. 7 k.p.k., polegającą na dowolnej, a nie swobodnej ocenie materiału dowodowego bez uwzględnienia wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oraz bezpodstawnej odmowie wiary wyjaśnieniom oskarżonego.

2. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na dowolnym przyjęciu, iż oskarżony dopuścił się zarzucanych w części wstępnej wyroku czynów, podczas gdy zarówno z wyjaśnień oskarżonego złożonych w postępowaniu jurysdykcyjnym, jak i z zeznań świadków złożonych w toku przewodu sądowego jednoznacznie wynika, iż oskarżony nie pełnił żadnej aktywnej roli w zdarzeniu, co nie pozwala na uznanie sprawstwa przypisanego przestępstwa.

3. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na dowolnym przyjęciu, iż wyjaśnienia złożone w śledztwie przez M. R. (1) nie zostały wymuszone, podczas gdy w trakcie przesłuchania w dniu 4.01.2018 r., oskarżony nie przyznał się do zarzucanych czynów, a następnie jak wynika z treści protokołu do pomieszczenia, w którym przeprowadzane były czynności wszedł bliżej nie określony prokurator, który zapoznał się z treścią protokołu, po czym ogłoszono przerwę, a następnie oskarżony zmienił swoje wyjaśnienia i przyznał się do popełniania wszystkich stawianych mu zarzutów, co wskazuje na nieprawidłowe zachowanie organów postępowania.

4. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na dowolnym przyjęciu w oparciu o wyjaśnienia oskarżonego, że dopuścił się on czynu stypizowanego w art. 63 ust. 3 i art. 53 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy w aktach sprawy brak jest obiektywnego dowodu wskazującego na popełnienie powyższego przestępstwa w tym oględzin miejsca rzekomej uprawy.

5. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na dowolnym przyjęciu w oparciu o wyjaśnienia oskarżonego, że uprawiał konopie inne niż włókniste w ilości nie mniejszej niż 4 rośliny, a następnie wytworzył z nich znaczną ilość środka odurzającego w postaci marihuany, podczas gdy w sprawie nie został przeprowadzony dowód z opinii biegłego, a który to wyjaśniłby czy możliwym jest wytworzenie znacznej ilości

narkotyku, co więcej jak wynika z zeznań świadka R. W. (funkcjonariusza policji) „Dojrzały krzak marihuany może mieć od 40 cm do 2 metrów wysokości. Chyba nie było opinii biegłego w zakresie możliwości prowadzenia uprawy w okresie kwiecień-listopad, z praktyki wiem, że taką uprawę można prowadzić od kwietnia – maja do września – października. Z innych opinii biegłych wiem, że z jednego krzaka może być zbiór nawet ok. 30 gramów”.

6. Błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na dowolnym przyjęciu w oparciu o wyjaśnienia oskarżonego, że uprawiał konopie inne niż włókniste w ilości nie mniejszej niż 4 rośliny, podczas gdy pomimo uzyskania informacji, iż oskarżony rzekomo zakupił nasiona marihuany na stronie (...), organy prowadzące czynności nie zweryfikowały, czy powyższa strona istnieje, a jeżeli tak, to czy możliwym jest zakup nasion marihuany.

7. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na dowolnym przyjęciu, że oskarżony w okresie od listopada 2017 r. do 1 stycznia 2018 r., udzielił M. C. (2) marihuany łącznie 1 gram za kwotę 40.00 zł podczas gdy M. C. (2) zaprzeczył by kiedykolwiek kupował narkotyki od oskarżonego, dodatkowo składając wyjaśnienia w sprawie nie potrafił dokładnie określić osoby, od której kupił marihuanę.

8. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na dowolnym przyjęciu w oparciu o zeznania świadka M. R. (2), że oskarżony w okresie od listopada 2017 r. do 1 stycznia 2018 r., udzielił świadkowi marihuany łącznie 4 gramy za kwotę 160,00 zł, podczas gdy świadek pozostaje w konflikcie z oskarżonym, jak również we wspomnianym okresie leczył się psychiatrycznie, jak również stosował leki, których zażywanie wywoływało liczne skutki uboczne, dodatkowo świadek zeznał, że rzekoma ilość którą otrzymał od M. R. (1) była mniejsza aniżeli 4 gram („Jednym z problemów było to, że byłem oszukiwany, bo w zamiast grama było 0,7 grama”), świadek działał również pod wpływem manipulacji organów ścigania jak bowiem zeznał „R. zeznał nie prawdę, ponieważ powiedział, że to on kupował marihuanę ode mnie. Wtedy stwierdziłem, że powiem prawdę i przyznałem, że to ja kupowałem od R. marihuanę”.

9. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na dowolnym przyjęciu, że oskarżony w okresie od listopada 2017 r. do 1 stycznia 2018 r., udzielił K. G. marihuany łącznie 4 gramy za kwotę 160,00 zł, podczas gdy świadek zarówno w trakcie postępowania przygotowawczego jak i w postępowaniu jurysdykcyjnym zeznał, że „Nie mam wiadomości na temat narkotyków u R.. Nie kupowałem marihuany od R. w listopadzie lub grudniu 2017 r.”, zaś jego zeznania były spójne i logiczne, zaś okoliczność kilku przypadkowych połączeń telefonicznych nie może stanowić dostatecznego dowodu potwierdzającego popełnienie przestępstwa, co więcej świadek od października, 2017 r. podjął studia stacjonarne i mieszkał w akademiku na ul. (...) w O., zaś przyjazdy do B. były rzadkie i nieregularne.

10. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na dowolnym przyjęciu, że oskarżony w okresie od listopada 2017 r. do 1 stycznia 2018 r., udzielił A. B. marihuany łącznie 5 gramy za kwotę 150,00 zł, podczas gdy świadek zarówno w trakcie postępowania przygotowawczego jak i w postępowaniu jurysdykcyjnym zeznał, że „W zeszłym roku nie kupowałem marihuany od M. R. (1). R. mówił, że ja kupowałem od niego marihuanę, dlatego znalazłem się w sprawie. Nie wiem dlaczego R. wskazał na mnie, że kupowałem od niego marihuanę. Nie jesteśmy w konflikcie z M.. Nie bywałem u niego w domu”, zaś jego zeznania były spójne i logiczne, zaś okoliczność kilku przypadkowych połączeń telefonicznych nie może stanowić dostatecznego dowodu potwierdzającego popełnienie przestępstwa, w sytuacji gdy świadek znał oskarżonego ze szkoły, jak również osoby te miały wspólnych znajomych.

11. błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść orzeczenia, a polegający na dowolnym przyjęciu, że woreczki i waga nie służyły świadkowi M. R. (3) do zakupu złota, podczas gdy przesłuchiwany przed Sądem świadek jednoznacznie stwierdził, że powyższe przedmioty stanowią jego własność, co więcej zarówno woreczki jak i waga znajdowały się w torbie żony świadka, a zatem trudno uznać, że były wykorzystywane przez oskarżonego M. R. (1).

Podnosząc powyższe zarzuty, wniosła o:

1. zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie oskarżonego od przypisanych mu czynów;

ewentualnie:

2. uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja prokuratora okazała się zasadna w części, gdzie zarzuca mający źródło w wadliwej ocenie dowodów błąd w ustaleniach faktycznych w zakresie uwolnienia oskarżonego M. R. (1) od odpowiedzialności za odpłatne udzielenie narkotyku B. S. (1) i S. J.. Natomiast apelację obrońcy oskarżonego należało uwzględnić w tym fragmencie, gdzie kwestionuje orzeczenie na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2009 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 783) przepadku przedmiotów, choć nie co do wagi i woreczków lecz w odniesieniu do telefonu H..

Sposób sformułowania orzeczenia zamieszczonego w punkcie 8 części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku („w miejsce czynów opisanych w pkt. IV do IX aktu oskarżenia uznaje oskarżonego M. R. (1) za winnego tego, że...”) pozwalał uznać, że istnieje przedmiot zaskarżenia (rozstrzygnięcie co do czynów zarzucanych w punktach VIII i IX aktu oskarżenia) do którego odnosi się zarzut z punktu II apelacji prokuratora. Nadto nie była kwestionowana forma rozstrzygnięcia o czynach zarzucanych oskarżonemu M. R. (1) w punktach VIII i IX aktu oskarżenia (art. 413 § 1 pkt 5 k.p.k.) w sytuacji, gdy dopiero wyrok Sądu Okręgowego wykreował czyn ciągle przypisany oskarżonemu w punkcie 8 części rozstrzygającej zaskarżonego wyroku.

Sąd Okręgowy trafnie uznał, że oskarżony M. R. (1) złożył wyjaśnienia w postępowaniu przygotowawczym w sposób swobodny, wolny od niedozwolonego wpływu innych osób. Przekonuje o tym nie tylko relacja policjanta R. W. (k.369) i deklaracje dobrowolności (k.63v), ale przede wszystkim treść tych wyjaśnień. Oskarżony nie tylko podał dane kolegów którym sprzedawał ziele konopi innych niż włókniste, ilości, czas kiedy to robił, ceny, miejsca ich zamieszkania (k.63v), ale i przeczył sprzedaniu narkotyku M. C. (2) argumentując, że skoro wskazał na swoich kolegów to przyznałby także udzielenie marihuany pomawiającemu go M. C. (2) (k.63v), co dowodzi nieskrepowanej możliwości kształtowania oświadczenia dowodowego.

Zasada swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.), inaczej niż zasada prawnej ich oceny, nie określa, co, kiedy i na podstawie jakich dowodów można lub należy ustalić. Dla przypisania sprawstwa nie jest więc konieczne istnienie co najmniej dwóch dowodów wskazujących na nie. Jest też jasne, że wyjaśnienia (zeznania) mogą być prawdziwe co do niektórych okoliczności, a co do innych nie mieć tej cechy.

Wyjaśnienia oskarżonego o uprawianiu czterech krzewów konopi innych niż włókniste (k.63, 79) znajdują pośrednio potwierdzenie w wynikach przeszukania mieszkania M. R. (1), gdzie odnaleziono woreczki z ziele konopi innych niż włókniste (k. 56-58, 125-129), zrzucie ze strony internetowej (...) z czasu kiedy oskarżony rozpoczął uprawę, trafnie uznanych za prawdziwe zeznaniach M. C. (2) (k. 37-38) oraz M. R. (2) (k.367v-368) podających, że kupowali od oskarżonego ten narkotyk w czasie odpowiadającym zakończeniu uprawy, zbiorowi i wytworzeniu marihuany. Skoro M. R. (1) odmówił wskazania miejsca gdzie hodował konopie (k. 136) to odnalezienie śladów uprawy nie było możliwe. Sąd Okręgowy nie miał powodu by wątpić w prawdziwość wyjaśnień oskarżonego o wytworzeniu z tych krzaków 70 g ziela konopi innych niż włókniste, co korespondowało z jego wyliczeniem narkotyku, który zażył, sprzedał i tego, który został ujawniony w jego pokoju, a także zeznaniami policjanta R. W. (k.369) mającego doświadczenie wynikające z prowadzenie podobnych spraw.

Wymienione dowody pośrednio potwierdzają też prawdziwość relacji oskarżonego z postępowania przygotowawczego o odpłatnym udzielaniu marihuany S. J. i B. S. (1). Nie miał on racjonalnego powodu by nieprawdziwie wskazywać na tę okoliczność narażając się na odpowiedzialność karną w sytuacji gdy organy ścigania nie dysponowały innymi

dowodami. Stąd dzieląc zarzut apelacji prokuratora należało zmienić zaskarżony wyrok i uzupełnić opis czynu ciągłego przypisanego w punkcie 8 części rozstrzygającej o te zachowania.

Uwzględniając przedstawioną modyfikację stanowisko Sądu I instancji odnośnie sprawstwa, winy i prawnokarnego wartościowania czynów przypisanych oskarżonemu M. R. (1) nie budzi wątpliwości.

Kara roku pozbawienia wolności równa dolnemu progowi ustawowego zagrożenia orzeczona za przestępstwo z art. 59 ust. 1 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii w zw. z art. 12 k.k. nie razi niewspółmierną surowością, jeśli zważyć, że w stosunkowo krótkim okresie czasu M. R. (1) udzielił odpłatnie ziela konopi innym niż włókniste sześciu osobom.

Oskarżony przyznał, że wagi i woreczków (k.63) używał do porcjowania narkotyku. Orzeczenie przypadku tych przedmiotów ma oparcie w treści art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii niezależnie od tego, czy były własnością ojca M. R. (1). Inaczej rzecz się ma z telefonem marki H., ponieważ z żadnego dowodu nie wynika, by oskarżony używał go do popełniania przestępstwa z art. 59 ust. 1 cyt. ustawy (podobnie z art. 63 ust. 3 cyt. ustawy, art. 53 ust. 2 cyt. ustawy w zw. z art. 11 § 2 k.k.). M. R. (1) nie wyjaśnia, by kupujący narkotyki kontaktowali się z nim w tym celu telefonicznie, nie mówią o tym M. C. (2) i M. R. (2). Nie wiadomo czego dotyczyły i z kim prowadzone były rozmowy z numerami telefonów jakimi posługiwali się wtedy A. B. i K. G. (k.185-221), którzy przecież byli znajomymi oskarżonego. Dlatego należało uchylić orzeczenie o przypadku telefonu H. (punkt 13 części rozstrzygającej).

Prokurator podnosi, że w doniesieniu do zbrodni z art. 63 ust. 3 cyt. ustawy, art. 53 ust. 2 cyt. ustawy w zw. z art. 11 § 2 k.k. Sąd Okręgowy błędnie uznał, że zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek przekonujący o potrzebie zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary. Nie jest kwestionowana rezygnacja z orzeczenia grzywny w sytuacji zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary za zbrodnię zagrożoną kumulatywnie karą pozbawienia wolności i grzywny (por. odmienne do prezentowanego w zaskarżonym wyroku stanowisko: Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. pod red. W. Wróbla i A. Zolla, WK 2016, teza 53 do art. 60, uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 16.12.1971 r., VI KZP 7/71, OSPiKA 1972 r., z. 9, poz. 155, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21.01.1987 r., V KRN 480/86, OSNPG 1987 r., z. 8, poz. 101, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14.02.2018 r., II AKa 11/18, LEX nr 2464892, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 23.03.2006 r., II AKa 286/05, LEX nr 183571).

Podstawa fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia kary o jakiej mowa w art. 60 § 2 k.k. dotyczy sytuacji, gdy zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek wskazujący, że nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa. Jest więc jasne, że instytucję tę można zastosować także wobec sprawcy zbrodni, jeśli tylko Sąd uzna, że taki szczególnie uzasadniony wypadek występuje. Przedmiotem takiej oceny będzie całokształt ujawnionych okoliczności obciążających i łagodzących charakteryzujących sprawcę i jego czyn istotnych dla wymiaru kary (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30.12.1977 r., V KR 190/77, OSNKW 1978 r. z. 4-5 poz. 44, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24.11.2005 r., III KO 52/04, LEX nr 164384). Nie ma więc podstaw by z tego relewantnego zbioru wyłączać niektóre z nich uznając, że mają znaczenie tylko dla wymiaru kary w granicach określonych w przepisie przewidującym sankcję za dany typ przestępstwa jak to zdaje się twierdzić prokurator. Rezultat wskazanego bilansu musi wskazywać na istotną przewagę okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego, co w relacji do dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za dane przestępstwo, ma prowadzić do wniosku, że nawet najniższa kara przewidziana za to przestępstwo, byłaby niewspółmiernie surowa. Nie chodzi przy tym o liczbową dominację okoliczności korzystnych. Także jedna lub kilka okoliczności może być na tyle ważkich, przy zachowaniu w polu widzenia wszystkich oddziałujących na wymiar kary, że mogą wskazywać na potrzebę sięgnięcia po omawianą instytucję (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24.11.2005 r. III KO 52/04 LEX nr 164384, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 18.04.2002 r., II A Ka 89/02, KZS 2003, z. 3, poz. 67).

Ustalenie Sąd Okręgowy, że w realiach sprawy mamy do czynienia z sytuacją niecodzienną, wyjątkową, wskazującą, że nawet kara równa dolnemu progowi ustawowego zagrożenia byłaby niesprawiedliwie surowa mieści się w granicach sędziowskiego swobodnego uznania.

Nietypowości sytuacji podlegającej ocenie Sąd I instancji upatruje w rozmiarze uprawy, ilości wytworzonego głównie na własny użytek ziela konopi innych niż włókniste, dobrej opinii z miejsca zamieszkania i niekaralności.

Oskarżony twierdzi, że konopie uprawiał i wytwarzał z niego marihuanę przede wszystkim na własne potrzeby a oferował do sprzedaży znajomym. Taki cel i rozmiar uprawy (4 krzewy) a co za tym idzie ilość (70 g) uzyskanego narkotyku wskazuje na mniejsze zagrożenie dla dobra chronionego: zdrowia publicznego. Podobnie rodzaj wytworzonej substancji - tzw. narkotyku miękkiego o stosunkowo mniejszej zdolności do wywołania uzależnienia i ujemnych następstw dla zdrowia.

Dobrowolne przyznanie oskarżonego w początkowej fazie postępowania (co prawda potem odwołane), opisanie okoliczności uprawy konopi i wytwarzania marihuany, odpłatnego udzielania, o czym organy ścigania nie wiedziały jest okolicznością przemawiającą na korzyść M. R. (1) wskazującą na mniejszy stopień jego demoralizacji. Potwierdza to niekaralność, pozytywna opinia środowiskowa (k.109) i podjęcie pracy (k.141,355).

Zmiana wyjaśnień nie podważa oceny o istotności tego dowodu dla czynienia prawdziwych ustaleń i znacznie szerszego rozmiaru odpowiedzialności oskarżonego obejmującego także uprawę konopi, wytwarzanie marihuany, odpłatne udzielanie jej innym (poza M. C. (2)) osobom.

W realiach sprawy Sąd Okręgowy mógł więc uznać, że zachodzi niecodzienny, wyjątkowy wypadek w którym bilans okoliczności oddziałujących na wymiar kary zarówno korzystnych jak i niekorzystnych dla oskarżonego wskazuje na taką jakościową przewagę tych pierwszych, która czyni karę 3 lat pozbawienia wolności odpowiadającą dolnemu progowi ustawowego zagrożenia za przestępstwo z art. 63 ust. 3 cyt. ustawy i art. 53 ust. 2 cyt. ustawy art. 11 § 2 k.k. niewspółmiernie surową. Orzeczone przez Sąd Okręgowy kara odpowiada realnie ocenianemu stopniowi winy oraz społecznej szkodliwości i spełni wymogi w zakresie prewencji indywidualnej i generalnej (w jej pozytywnym rozumieniu).

Apelacja nie podważa zastosowania zasady absorpcji przy wymiarze kary łącznej. Kwestionowanie jej wymiaru przez prokuratora jest konsekwencją podważania kary jednostkowej orzeczonej z zastosowaniem instytucji z art. 60 § 2 k.k., co z powodów wskazanych wyżej okazało się niezasadne. Posłużenie się regułą absorpcji zwalnia Sąd Apelacyjny z oceny (w związku z apelacją obrończyni kwestionującą całość wyroku) wymierzonej kary łącznej pod kątem rażącej niewspółmiernej surowości.

Sąd I instancji nie popełnił błędu w ocenie, że w stosunku do M. R. (1) zachodzą podstawy do zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności.

Przekonuje o tym nie tylko podniesiona przez Sąd I instancji niekaralność oskarżonego, ale i wskazywane wcześniej: pozytywna opinia z miejsca zamieszkania, życie w prawidłowo funkcjonującej rodzinie, podjęcie i kontynuowanie pracy zarobkowej. Okoliczności te prowadzą do wniosku, że prowadzona przez kilka miesięcy przestępcza działalność była epizodem w życiu oskarżonego, który po doświadczeniach postępowania karnego jakie się wobec niego toczyło nabierze przekonania o nieopłacalności naruszania prawa. Rozmiar uprawy (4 krzewy), ilość wytworzonego narkotyku (70 g) przeznaczonego przecież na własne przede wszystkim potrzeby, liczba transakcji narkotykowych (6) zawieranych wśród ograniczonego grona osób nie wskazują na taki stopień demoralizacji oskarżonego by niezbędne było osadzenie go w zakładzie karnym dla powstrzymania od popełnienia przestępstw w przyszłości. Skrucha, konsekwentne przyznanie są okolicznościami które pozytywnie opisują zachowanie oskarżonego po popełnieniu przestępstwa i mają znaczenie prognostyczne, ale nie są warunkiem zastosowania instytucji z art. 69 k.k. Nie można też tracić z pola widzenia, że początkowo (o czym już była mowa) oskarżony przyznawał się i składał wyjaśnienia o okolicznościach popełnienia przestępstw nieznanymi organom ścigania, których, jak można sądzić z wyników śledztwa, w innym wypadku organy te by nie poznały.

Zatem wniosek Sądu Okręgowego o istnieniu podstaw do orzeczenia wobec oskarżonego warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności nie wykracza poza granice sędziowskiego swobodnego uznania i jako taki musiał się spotkać z aprobatą Sądu Apelacyjnego.

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w wyroku nie dostrzegając okoliczności podlegających uwzględnieniu z urzędu.

O kosztach sądowych postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 627 k.p.k. w zw. z art. 634 k.p.k.

SSA Jerzy Skorupka SSA Cezariusz Baćkowski SSA Edyta Gajgał