

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w II Wydziale Karnym w składzie

Przewodniczący	SSA Andrzej Czapka
Sędziowie	SSA Brandeta Hryniewicka SSA Halina Czaban (spr.)
Protokolant	Monika Wojno

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

po rozpoznaniu w dniu 15 listopada 2012 r. sprawy:

1) **M. J. s. J.** oskarżonego z art. 62 ust. 1 art. ustawy z dnia 29.07.2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii, art. 13 § 1 kk w zw. z art. 55 ust. 1 i 3 cytowanej ustawy, art. 56 ust. 1 i 3 cytowanej ustawy

2) **M. B.** oskarżonego z art. 56 ust.1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii

z powodu apelacji wniesionych przez prokuratora i obrońców oskarżonych

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 6 lipca 2012r. sygn. akt II K 79/12

I. Zaskarżony wyrok zmienia w ten sposób, że :

- w pkt. I części dyspozytywnej w odniesieniu do czynu III i w pkt. III części dyspozytywnej w odniesieniu do czynu IV za podstawę prawną skazania przyjmuje art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 124 z 2012r.), a za podstawę prawną wymiaru kary art. 56 ust. 3 cytowanej ustawy,

- w pkt V podstawę prawną orzeczonego przypadku uzupełnia o art. 70 ust. 2 cytowanej ustawy.

II. W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy.

III. Zasądza od oskarżonych tytułem opłaty za II instancję kwoty: od M. B. 900 złotych, od M. J. 1200 złotych i obciąża ich pozostałymi kosztami postępowania odwoławczego w częściach im przypadających.

## UZASADNIENIE

M. J. został oskarżony o to, że:

I. w dniu 20 października 2011 r. w Z. w samochodzie marki V. (...) o nr rej. (...) oraz w pomieszczeniach piwnicznych położonych przy ul. (...) wbrew przepisom ustawy posiadał środek odurzający w postaci marihuany o łącznej wadze 12,66 grama,

tj. o czyn z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii,

II. w dniu 20 października 2011 r. w Z., działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, wbrew przepisom ustawy, usiłował dokonać wewnątrzspółnotowej dostawy znacznych ilości substancji psychotropowych w postaci amfetaminy o łącznej wadze 1800,6 grama, w ten sposób, że przekazał podmiotowi świadczącemu międzynarodowe usługi transportowe przesyłkę zawierającą wskazaną powyżej substancję psychotropową w celu przewiezienia jej z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na terytorium Belgii, jednak zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na zatrzymanie pojazdu transportującego przesyłkę przez funkcjonariuszy Policji,

tj. o czyn z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii,

III. w dniu 7 października 2011 r. w Z., wbrew przepisom ustawy wprowadził do obrotu znaczne ilości środków odurzających w postaci marihuany o łącznej wadze 971,906 grama oraz znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci amfetaminy o łącznej wadze 98,853 grama poprzez przekazanie ich w celu dalszej odsprzedaży na rzecz M. W. (2),

tj. o czyn z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

M. B. został oskarżony o to, że:

IV. w dniu 18 października 2011 r. w okolicach O. wbrew przepisom ustawy wprowadził do obrotu znaczną ilość substancji psychotropowej w postaci amfetaminy o łącznej wadze 2 kilogramów, poprzez przekazanie jej w celu dokonania wewnątrzspółnotowej dostawy na rzecz M. J.,

tj. o czyn z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Wyrokiem z dnia 6 lipca 2012 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie:

I. oskarżonego M. J. uznał za winnego popełnienia zarzuconych mu czynów opisanych w punktach I, II, III i za to, za czyn opisany w punkcie I wyczerpujący treść art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 124 z 2012 r.) skazał go na karę 4 (czterech) miesięcy pozbawienia wolności, za czyn opisany w punkcie II wyczerpujący treść art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 55 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 124 z 2012 r.) i opierając wymiar kary o treść art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 124 z 2012 r.) skazał go na karę 3 (trzech) lat pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych przyjmując każdą z nich za równoważną kwocie 40 (czterdziestu) złotych, zaś za czyn opisany w punkcie III, wyczerpujący treść art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 124 z 2012 r.) skazał go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wysokości 50 (pięćdziesięciu) stawek dziennych przyjmując każdą z nich za równoważną kwocie 40 (czterdziestu) złotych,

II. na podstawie art. 85 k.k. i art. 86 § 1 k.k. połączył orzeczone wobec M. J. kary pozbawienia wolności i wymierzył mu karę łączną 3 (trzech) lat i 3 (trzech) miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 100 (stu) stawek dziennych przyjmując każdą z nich za równoważną kwocie 40 (czterdziestu) złotych,

III. oskarżonego M. B. uznał za winnego popełnienia zarzuconego mu czynu opisanego w punkcie IV wyczerpującego treść art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 124 z 2012 r.) i za to opierając wymiar kary o treść tego artykułu skazał go na karę 2 (dwóch) lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w

wysokości 60 (sześćdziesięciu) stawek dziennych przyjmując każdą z nich za równoważną kwocie 50 (pięćdziesięciu) złotych,

IV. na podstawie art. 63 § 1 k.k. na poczet orzeczonej wobec oskarżonego M. J. kary pozbawienia wolności zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 20 października 2011 r. do dnia 6 lipca 2012 r., zaś na poczet orzeczonej wobec M. B. kary pozbawienia wolności zaliczył okres od 6 do 7 marca 2012 r.,

V. na podstawie art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 124 z 2012 r.) orzekł przepadek przez zniszczenie dowodów rzeczowych w wymienionych na karcie 846-848 wpisanych pod numerem 15/12 księgi w przechowywanych przedmiotów oraz przechowywanych w KWP O. i CBS KGP O. pod pozycjami od 1-35 oraz 39-40,

VI. ma podstawie art. 626 § 1 k.p.k. zasądził od każdego z oskarżonych po 1/2 kosztów procesu, a nadto obciążył ich opłatami: M. B. w wysokości 900 zł, zaś M. J. w wysokości 1200 zł.

Apelację od powyższego wyroku złożył prokurator, zaskarżając go w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego M. J.. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa marnego materialnego, tj.:

- art. 56 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez odstąpienie od wskazania powyższego przepisu jako podstawy prawnej wymiaru kary za przypisany oskarżonemu M. J. czyn z punktu III, wyczerpujący znamiona występku z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, podczas gdy w sytuacji przypisania oskarżonemu odpowiedzialności za czyn wypełniający znamiona dwóch przepisów ustawy karnej przewidujących różną wysokość ustawowego zagrożenia za określone w nich przestępstwa, zasadnym było określenie, na którym ze wzmiankowanych przepisów oparto wymiar kary orzeczonej względem oskarżonego,
- art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii poprzez odstąpienie od wskazania powyższego przepisu jako podstawy prawnej orzeczenia przepadku zabezpieczonych od M. J. środków odurzających w postaci marihuany o łącznej wadze 12,66 grama, których to posiadanie przypisano oskarżonemu M. J. w punkcie I zaskarżonego wyroku, skazując jednocześnie wymienionego za ten czyn, wyczerpujący znamiona występku z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności, w związku z czym podstawą orzeczenia przepadku wskazanych powyżej środków odurzających winien być przepis art. 70 ust. 2 ustawy, albowiem wskazany przez Sąd w punkcie V wyroku przepis art. 70 ust. 1 wzmiankowanego aktu prawnego odnosi się jedynie do orzekania przepadku środków odurzających i substancji psychotropowych, związanego ze skazaniem za przestępstwa określone w art. 64 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

2. rażąco łagodność orzeczonej względem oskarżonego M. J. kary łącznej, poprzez skazanie go na karę łączną w wymiarze 3 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności, podczas gdy stopień społecznej szkodliwości czynów popełnionych przez oskarżonego, a także jego właściwości i warunki osobiste oraz wzgląd na cele ogólnie i indywidualnie prewencyjne, uzasadniały w analizowanym przypadku orzeczenie względem oskarżonego kary łącznej pozbawienia wolności w wymiarze 4 lat i 6 miesięcy.

Wskazując na powyższe zarzuty prokurator wniósł o:

1. zmianę punktu I zaskarżonego wyroku poprzez wskazanie jako podstawy prawnej wymiaru kary za przypisany oskarżonemu M. J. czyn z punktu III, wypełniający znamiona występku z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, przepisu art. 56 ust. 3 tej ustawy,

2. zmianę punktu II zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie w stosunku do oskarżonego M. J. kary łącznej w wymiarze 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności,

3. zmianę punktu V zaskarżonego wyroku poprzez wskazanie jako podstawy prawnej orzeczenia przypadku zatrzymanych od oskarżonego M. J. środków odurzających w postaci marihuany o łącznej wadze 12,66 grama przepisu art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

Apelację złożył także obrońca M. J., zaskarżając wyrok na korzyść tego oskarżonego w części dotyczącej wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności (pkt II wyroku).

Rozstrzygnięciu temu zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych, który miał wpływ na treść orzeczenia, polegający na mylnym przyjęciu, iż nie ma podstaw do orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności z zastosowaniem zasady pełnej absorpcji w sytuacji, gdy zbieżność czasowa czynów, podobny sposób działania, jak również zachowanie i postawa sprawcy po popełnieniu przestępstwa wskazują, że kara łączna pozbawienia wolności wyroku powinna być orzeczona z zastosowaniem w/w zasady.

Z uwagi na powyższy zarzut obrońca M. J. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie kary łącznej w wymiarze 3 lat pozbawienia wolności.

Ponadto apelację złożył obrońca M. B., zaskarżając wyrok w całości na rzecz tego oskarżonego.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił rażąco niewspółmierność kary wymierzonej temu oskarżonemu, polegającą na orzeczeniu kary w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności, podczas gdy całokształt okoliczności o charakterze podmiotowym i przedmiotowym uzasadnia, iż zastosowanie wobec oskarżonego instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności spełni swoje cele, zarówno w zakresie prewencji generalnej jak również indywidualnej.

Z uwagi na powyższy zarzut obrońca M. B. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i zastosowanie względem tego oskarżonego warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności na okres próby wynoszący 5 lat.

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

Apelacja prokuratora jest zasadna częściowo.

W odniesieniu do czynu III przypisanego M. J. winna być jednoznacznie wyartykułowana podstawa skazania – art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, a następnie wskazana podstawa prawna wymiaru kary.

Ustęp pierwszy oraz ustęp trzeci art. 56 przewidują różną wysokość ustawowego zagrożenia za przewidziane w tych przepisach czyny. W tym przypadku podstawą wymiaru kary za popełnione przez M. J. przestępstwo powinien być art. 56 ust. 3, gdyż przedmiotem czynu z punktu III, polegającego na wprowadzeniu do obrotu środków odurzających oraz substancji psychotropowych, była znaczna ich ilość.

Wprawdzie apelacja prokuratora dotyczyła jedynie oskarżonego M. J., to z mocy art. 455 k.p.k. należało poprawić w tożsamym zakresie wyrok co do podstawy prawnej skazania i wymiaru kary wobec M. B. tj. niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów.

Sytuacja przedstawiała się analogicznie jak co do czynu III przypisanego M. J..

Ponadto prokurator trafnie wskazał, że rozstrzygnięcie z punktu V zaskarżonego wyroku w zakresie przypadku przedmiotów stanowiących przedmiot przestępstwa zapadło z naruszeniem art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Zastosowany art. 70 ust. 1 odnosi się jedynie do przypadków skazania za czyny określone w art. 53 – 61 i 63 – 64 powołanej ustawy. W sytuacji zaś skazania za czyn z art. 62 ust. 1 ustawy,

podstawą orzeczonego przypadku powinien być również art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii.

W pozostałej części apelacja prokuratora nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zarzuty w niej zawarte wskazywały na rażącą łagodność kary łącznej 3 lat i 3 miesięcy pozbawienia wolności wymierzonej M. J.. Z drugiej zaś strony wymiar tej kary kwestionował obrońca oskarżonego. Co istotne, żaden ze skarżących nie kwestionował wymiaru kar jednostkowych pozbawienia wolności wymierzonych oskarżonemu za poszczególne przestępstwa.

Argumenty przytoczone w zarzucie apelacji prokuratora są nietrafne. Takie okoliczności jak: stopień zawinienia i społeczna szkodliwość czynów, w tym też kształtujące tę ostatnią: rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, a nadto okoliczności odnoszące się do trybu życia oskarżonego, mają istotne znaczenie dla wymiaru kar jednostkowych za poszczególne przestępstwa, ale nie mają znaczenia dla wymiaru kary łącznej (co do trybu życia oskarżonego w sytuacji orzekania o karze łącznej co do kilku czynów w jednym postępowaniu). Wymierzając karę łączną stosuje się zwykle dyrektywy karania, a zwłaszcza słuszności i celowości wyrażone przez związek przedmiotowo-podmiotowy pomiędzy poszczególnymi przestępstwami. Decydujące znaczenie ma bowiem wzgląd na prewencyjne oddziaływanie kary, w znaczeniu prewencji indywidualnej i ogólnej.

Wymierzona oskarżonemu kara łączna, przy zastosowaniu zasady asperacji, uwzględnia powyższe okoliczności i realizuje cele prewencji indywidualnej i cele w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Popelnienie przez oskarżonego M. J. trzech przestępstw z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a zatem rodzajowo podobnych, oraz w sytuacji gdy czasowo-przestrzenna więź pomiędzy poszczególnymi czynami była bliska, przemawia za orzeczeniem kary łącznej tylko nieco surowszej od wynikającej z dyrektywy absorpcji.

Natomiast odnosząc się do apelacji obrońcy stwierdzić należy, że niezależnie od teoretycznych możliwości zastosowania przy wymiarze kary łącznej zasady absorpcji, oparcie wymiaru kary na tej zasadzie traktować należy jako rozwiązanie skrajne, stosowane wyjątkowo i wymagające szczególnego uzasadnienia. Wymierzenie takiej kary (tj. w wysokości najsurowszej ze zbiegających się kar – 3 lat) prowadziłoby do premiowania sprawcy popełniającego nie jedno, a więcej przestępstw, zatem prowadziłoby do praktycznej bezkarności innych zachowań zabronionych. W tym aspekcie zasadę pełnej absorpcji należy zastosować gdy orzeczone za niektóre czyny kary są tak minimalne, że w żadnym stopniu nie mogłyby rzutować na karę łączną.

Poza bliską więzią podmiotową i przedmiotową wykazywaną przez obrońcę oskarżonego, co zasadniczo jest niesporne, innych okoliczności apelacja nie zdołała wykazać. O ile wszystkie przestępstwa to przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, podniesiona powyżej przesłanka, że jedynie w sytuacji, gdy kary inne są tak minimalne, że w żadnym stopniu nie mogłyby rzutować na karę łączną nie występuje. Nie występują też inne szczególne okoliczności dotyczące osoby skazanego, za takie nie mogą bowiem uchodzić – choć niewątpliwie mają wymowę pozytywną – przyznanie się do winy i złożenie wyjaśnień w sprawie, ale ma to znaczenie w odniesieniu do kar jednostkowych.

Nie zasługiwała na uwzględnienie także apelacja obrońcy oskarżonego M. B..

Pomimo sformułowania przez obrońcę zakresu zaskarżenia sugerującego kwestionowanie wyroku w całości, apelację należało traktować wyłącznie jako skierowaną przeciwko rozstrzygnięciu co do kary, a to z uwagi na treść postawionego w niej zarzutu, a także jednoznaczny wniosek, a mianowicie o zastosowanie względem oskarżonego warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności.

Podstawową przesłanką stosowania wspomnianej instytucji jest pozytywna prognoza, wyrażająca się w przekonaniu sądu, że sprawca wykona nałożone obowiązki próby i nie powróci do przestępstwa, a zatem wykonanie wymierzonej mu kary nie jest konieczne.

O pozytywnej prognozie, uzasadniającej zastosowanie warunkowego zawieszenia wykonania kary, decyduje całościowa ocena przesłanek wskazanych w art. 69 § 2 k.k. tj. postawy sprawcy, jego właściwości i warunków osobistych, dotychczasowego sposobu życia oraz zachowania się po popełnieniu przestępstwa.

Niewątpliwie w niniejszym postępowaniu M. B. przyznał się do zarzucanego mu czynu oraz złożył wyczerpujące wyjaśnienia, a okoliczności te poczytać należy na korzyść oskarżonego.

Jednakże Sąd I instancji formułując negatywną prognozę wobec M. B. trafnie powołał się na jego wielokrotną karalność oraz okoliczność, że przedmiotowego przestępstwa dopuścił się w okresie przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności.

Także w ocenie Sądu Apelacyjnego oskarżony dopuszczając się ponownie czynu zabronionego rażąco naruszył prawo. Skoro dotychczas stosowane wobec niego kary o charakterze izolacyjnym nie spełniły pożądanej funkcji, to z całą pewnością nie można przyjąć, że orzeczone wobec oskarżonego w niniejszym postępowaniu kara, pomimo jej niewykonania, osiągnęłaby swoje cele, w szczególności zapobiegłaby jego powrotowi do przestępstwa.

Podnoszona w apelacji okoliczność, że oskarżony poprzednio był karany za przestępstwa rodzajowo inne (m.in. z art. 286 § 1 k.k., art. 158 § 3 k.k., art. 258 § 1 k.k.), nie może stanowić argumentu do złagodzenia powyższej oceny. Wręcz przeciwnie - należy dostrzec, że oskarżony nie waha się wkraczać w coraz to nowe obszary działalności przestępczej.

Także powoływanie się przez obrońcę na obowiązek opieki przez oskarżonego nad chorą matką – co jak się wydaje miałoby stanowić element przesłanki „dotychczasowego sposobu życia” – nie może odnieść oczekiwanego skutku. Swoją postawą skazany wykazał, że poprawa trudnej sytuacji jego matki jest dla niego kwestią drugorzędną, pomimo deklaracji, jakie składał ubiegając się o udzielenie przerwy w karze.

Podsumowując należy stwierdzić, że przewaga okoliczności obciążających nad okolicznościami korzystnymi dla oskarżonego, wyklucza sformułowanie pozytywnej prognozy kryminologiczno – społecznej, a tym samym uniemożliwia zastosowanie wobec niego instytucji warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności.

Uznając zatem zaskarżony wyrok w omówionej wyżej części za prawidłowy i słuszny, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 437 § 1 k.p.k. utrzymał go w mocy.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd orzekł na podstawie art. 626 § 1 k.p.k., zaś o opłatach za II instancję na podstawie art. 8 w zw. z art. 2 ust.1 pkt 5 (w stosunku do M. J.) i pkt 4 (w stosunku do M. B.) oraz art. 3 ust. 1 ustawy z 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (Dz.U. z 1983 r., Nr 49 poz.223 t.j. ze zm.).

(...)(...)